

Schenkung
des Hofrates

Dr. Ludwig Schiffner,

k. k. Universitätsprofessors,
gestorben zu Innsbruck
2. Jänner 1909.

Commen tar

zum

österreichischen allgemeinen

bürgerlichen Gesetzbuche

von

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

Zweiter Band.

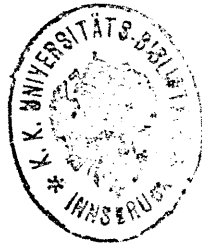
Erste Abtheilung.

BIBL. DES
UNIV. PROF.
SCHIFFNER



Wien, 1877.

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



Achtes Hauptstück.

Von dem Erbrechte.

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

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

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

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

Gebäude gleich, 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 Guße ist, nahezu gar keine oder doch nur eine sehr indirecte Bedeutung.¹⁾ Aber selbst die dogmatischen Darstellungen des gemeinen Rechtes²⁾ haben hier weniger directen Bezug, als im Obligationen-Recht und im Mobilien-Sachen-Recht. Denn die Redactoren haben sich hier in hohem Grade selbständig gegenüber dem römischen Rechte verhalten und eine — trotz mancher Mängel — sehr rühmliche legislative Leistung zu Stande gebracht, welche gleich nach ihrem Erscheinen vielseitige Anerkennung gefunden hat³⁾ und bei jeder künftigen mitteleuropäischen Legislation, die auf der Höhe der Zeit stehen will, auf das eingehendste wird berücksichtigt werden müssen.⁴⁾ Freilich war hier durch das preussische Gesetzbuch (wenn gleich weniger gut als in anderen Theilen) vorgearbeitet, weshalb die das letztere betreffende Literatur auch für uns sehr wichtig ist. Was das deutsche Recht betrifft, so kommen für unseren Zweck mehr seine allgemeinen Grundsätze, als seine besonderen Bestimmungen in Betracht.

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

Literatur

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

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. O. B. Das erste Heft („vol. I fasc. 1“) 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 selbständig nachgedacht hat und den

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

²⁾ Unter diesen haben die älteren für uns insoferne oft größere Bedeutung, als die neueren, als uns jene über gewisse Vorstellungen der Redactoren aufklären.

³⁾ Thibaut Civil. Abhandlungen (1814) S. 455 f., vgl. die oben I S. 54 N. 282 Citirten. Mehr als solche einzelne Aussprüche kommt aber in Betracht das Werk von C. 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 österr. a. b. O. B. anschließt. — Von Neueren: z. B. Bruns in Holtendorff's Encyclop. (zweite Aufl.) I S. 430, G. Binding im Arch. f. civil. Praxis 57. Bd. S. 421, Gengler Deutsches Privatrecht (3. Aufl.) S. 645.

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

⁵⁾ Die hier und bei Arndts S. 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. Jüger von Rechtborn Das Erbrecht nach dem Oesterreich. a. b. Gesetzbuche systematisch dargestellt und mit den früheren Landesgesetzen in Ungarn, Croatien, Slavonien, Siebenbürgen, Serbien und dem kaiserl. Banate verglichen. 3 Thle. (Hermannstadt 1860.)

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

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

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

Preussische Literatur.

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

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

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

Ein 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 Buchelt) am Anfang des IV. Bandes.

Romanistische Literatur.

a) Die ältere Literatur s. in Glück's Commentar XXXIII S. 312—316; — b) die neuere bei Arndts S. 463 Anm. — Dazu kommt der II. Bd. der „Gesammelten civilistischen Schriften“ von Arndts (670 SS. gr. 8, Stuttgart 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 Beseler (S. 149 ff.).

Von partikularrechtlichen Darstellungen ist noch hervorzuheben:

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

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

Vorbemerkungen.

I. Die Grundlage des Erbrechtes. So befriedigend im Ganzen das Erbrecht in unserem Gesetzbuche normirt ist (es ist wohl die gelungenste Partie desselben), so mangelhaft war die Einsicht der Redactoren und ihrer Zeitgenossen in die Grundlagen des ganzen Institutes. Kaum ist irgend eine Frage des Rechtes von der sogen. Naturrechtslehre schiefser und oberflächlicher betrachtet worden, als diese. Indem man die Quelle für das Recht des Erben lediglich in dem Willen des Verstorbenen suchte (auch die gesetzliche Erbfolge wurde auf den vermutheten Willen des Erblassers zurückgeführt),¹⁾ war man geneigt, das ganze Erbrecht für eine dem „Vernunftrechte“ fremde, nur auf positiver Satzung beruhende²⁾ Institution zu erklären, die der Staat aus bloßen Nützlichkeitsbeträchtigungen eingeführt habe: „zur Hintanhaltung der schrecklichen tumultuarischen Auftritte, welche sich aus dem Zueignungsrechte in freistehenden Verlassenschaften ergeben würden, dann zur Aufmunterung im Erwerbe und zur Belebung der Industrie.“³⁾ So lange der Erblasser lebt, habe der Erbe noch kein Recht, da jener sich desselben noch nicht begeben habe. Der todtbe Erblasser aber könne nichts mehr geben; denn nur der Lebende hat Recht;⁴⁾ und Manche folgerten unerschrocken, es gebe von Natur kein Erbrecht, die Güter des Verstorbenen fallen dem allgemeinen Occupationsrecht heim,⁵⁾ und jede positive Anerkennung des Erbrechtes könne der Fiktionen nicht entzihen. — Es ist leicht einzusehen, daß so auch die Möglichkeit einer Veräußerung sich läugnen ließe; so lange der Veräußerer noch Eigenthümer ist, kann es der Andere noch nicht sein; sobald das Eigenthum Jenes aufhörte, kann er nicht mehr die rechtlichen Schicksale der Sache bestimmen.⁶⁾ Und doch würde, wer deshalb etwa die Tradition in Dereliction und Occupation zerlegen wollte,⁷⁾ das Wesen des derivativen Erwerbes verkennen. — Und wenn man weiter einwendete; zwischen dem Erblasser und dem Erben komme keine Willenseinigung zu Stande, so beruht das auf dem Grundirrtum, als ob alle Rechte aus Verträgen fließen würden.⁸⁾ In Wahrheit fließen alle subjectiven Rechte durch Eintritt der bedingenden Thatfachen aus dem objectiven Rechte, und diese Thatfachen sind auch auf anderen Gebieten keineswegs immer Verträge.⁹⁾ Ob nun das Gesetz ein Testament oder ein Verwandtschaftsverhältniß als solche Thatfache anerkennt, wir werden darin überall nichts von einer „Fiction“ erkennen.

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

¹⁾ Anklänge selbst bei Savigny, 3. B. VIII S. 499.

²⁾ Auch dies klingt bei Savigny an, 3. B. VIII S. 537.

³⁾ Zeiller Nat. Pr. R. S. 204, Comm. II S. 383.

⁴⁾ Vgl. Zeiller Nat. Pr. R. S. 203; Egger Das nat. Pr. R. S. 233.

⁵⁾ S. 3. B. R. S. v. Gros I. d. Naturrechts (Stuttg. 1841) §§. 171, 172. Vgl. Walter Naturrecht und Politik §§. 189 ff.

⁶⁾ Vgl. Hofmann Entstehungsgründe d. Oblig. S. 94.

⁷⁾ S. 3. B. Hufeland Lehrsätze des Nat. R. (1790) §. 223 und selbst Puchta Institutionen 6. Aufl. II S. 525, 526; 8. Aufl. II S. 186.

⁸⁾ 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.

⁹⁾ Beispiele bieten: Ertzung, alluvio u. dgl. Aber auch zum derivativen Erwerbe gehört nicht nothwendig ein Vertrag; man denke an die adiudicatio.

seinen nächsten Angehörigen hinterlassen wollen. In der gesetzlichen Erbfolge-Ordnung stelle der Gesetzgeber für seine Bürger gleichsam ein General-Testament auf. Wer damit als Erblasser im concreten Falle nicht zufrieden sei, solle testiren; wer aber mit den gesetzlichen Dispositionen einverstanden sei, brauche nicht erst selbst welche zu treffen.⁹⁾ — In Wahrheit ist die sogen. Intestat-erbfolge wohl um Jahrtausende älter, als die Testamente. Ueberall ist die Familien-Ordnung älter als der Staat, und weit älter, als die Emancipation des Individuums. Wo die Familie noch eine wirthschaftliche Einheit darstellt, entsteht beim Tode eines ihrer Glieder gar nicht die Frage, was mit dessen Vermögen geschehen solle; wo sie aber schon entstanden ist, lautet die Antwort doch immer: sein Gut gehört den Seinen'. Der Gedanke letztwilliger Verfügungen scheint Naturvölkern fremd; der Erbe wird geboren, nicht gekoren. Alles Erb-recht ist anfänglich nur ein Kapitel des Familiengüterrechts. Die asiatische Rechts-geschichte bietet hiefür eine Fülle unwidersprechlicher Zeugnisse.¹⁰⁾ Als in Attika spät genug und nur in beschränkter Weise Testirfreiheit gegeben wurde, blieb doch die wahre Grundlage des Erbrechts unvergessen (arg. Platon *περί νόμων*, XI p. 923).^{10a)} Die slavischen Hauscommunien ragen bis in unsere Tage herein,¹¹⁾ 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.“¹²⁾ — Aus Gründen, die in der Eigenart des römischen Volkes und Staates zu suchen sind,¹³⁾ gelangte die Testirfreiheit in Rom sehr früh zur Anerkennung („uti legassit. . .“). Obgleich nun deshalb hier, wie bei keinem andern Volke, die testamentarische Erb-folge in den Vordergrund tritt, hat sich doch auch hier das Bewußtsein der wahren Grundlage des Erbrechts 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, 2.¹⁴⁾

Der rationalistische Subjectivismus erklärt den ersten, die Unvertraulichkeit mit der nicht-römischen Rechtsgeschichte den zweiten der beiden gerügten Grund-irrtümer. Der römischen Auffassung (Gai. II, 100 sq. = Inst. II, 9 i. f., 10 sq.) freilich entspricht die Zurückstellung der gesetzlichen Erbfolge¹⁵⁾ in §. 533 und im XIII. Hauptstück (nachdem in den Hauptstücken IX—XII vom letzten

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

¹⁰⁾ Eb. Gans Das Erbrecht in weltgesch. Entwicklung Bb. I (1824).

^{10a)} 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: *ἐργὴ οὐκ νομοθέτης ὢν, οὐδ' ἑμᾶς ἡμῶν αὐτῶν εἶναι τίθῃσι οὔτε τῆν οὐδῖαν ταύτην, ἐνυπαντος δὲ τοῦ γένους ἡμῶν τοῦ τε ἡμυροσθένος καὶ τοῦ ἔπειτα ἐδομένον . . .*

¹¹⁾ Vgl. über die altslavische Auffassung des Erbrechts: Kanda Erwerb der Erb-schaft S. 16 Note. P. Turner Slavisches Familienrecht (Straßb. 1874) §§. 16—21, 23.

¹²⁾ Vgl. J. B. Gengler Lehrb. d. deutsch. Pr. R. (1862) S. 1443 ff.

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

¹⁴⁾ Vgl. Köppen S. 1 ff.

¹⁵⁾ Dies beweist schon die negative Bezeichnung „successio ab intestato“.

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

II. Das Wesen der Erbfolge. Gegenüber der bis hin herrschenden Auffassung, welche (in verschiedenen Wendungen)¹⁶⁾ von einer Fortsetzung der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Erblassers durch den Erben sprach, behaupten sehr bedeutende Juristen der Gegenwart,¹⁷⁾ 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, biblische Nebewendungen („Stelle“, „Mittelpunkt“) für eine wissenschaftliche Erörterung untauglich, — der Gedanke selbst, der hinter ihnen steht, trifft nicht das Wesen, sondern nur das Außerliche 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.¹⁸⁾ In dem Gefühl, wie wenig mit dem „Erwerbe des Nachlasses“ das Wesen der Erbfolge getroffen sei, wird hinzugesügt: „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 Nachlastheile, sie gehören alle z. B. zum Johann Werner'schen Nachlaß. Das Rechtsband, welches den Erblasser und sein Vermögen umschlang,¹⁹⁾ wird nun an die Person des Erben geknüpft; die Erbfolge ist Nachfolge in das Recht an dem hinterlassenen Vermögen. Hereditas (von heres, herus, Herr: §. 7. Inst. II. 19; Festus vb. hernas) „bezeichnet . . . die Herrschaft, welche auf einen Anderen übergeht.“²⁰⁾ „Das Erbrecht, sobald es erworben wird, ist ein allgemeines Eigenthum über eine ganze Verlassenschaft.“²¹⁾

Der modernen Rechtswissenschaft²²⁾ (nicht auch dem Bewußtsein der Laien und dem Sprachschatz der civilisirten Völker) fehlt der Begriff des Eigenthums im höchsten Sinne, als der rechtlichen Anerkennung der Zugehörigkeit eines Vermögens zu einer bestimmten Person, wodurch jenes eben die Habe dieser Person wird.²³⁾ Diese Bedeutung von Eigenthum hat man im Sinne, wenn es von

¹⁶⁾ „Fortsetzung, Uebergang der vermögensrechtlichen Persönlichkeit“, „substantiirte Persönlichkeit“ (Shering), „Recht an der in den Erben übergegangenenen Person des Erblassers“ (Buchta) u. s. w. Vgl. auch Lassalle II S. 12 ff.

¹⁷⁾ Namentlich Windscheid in der krit. Ueberschau I S. 181 ff., Brinz §. 156, Unger Erbrecht §. 2 N. 7.

¹⁸⁾ Wegen des römischen Sprachgebrauches s. Arndts §. 56 Anm. 2.

¹⁹⁾ Vgl. Leift Civil. Studien I S. 45.

²⁰⁾ Burcharbi System §. 296 N. 5. Vgl. auch Huschke 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!“

²¹⁾ Zeiller Comm. II. Bd. S. 377 N. **. Vgl. namentlich auch Mühlentruch Cession (3. Aufl.) S. 5 ff., insb. S. 9 ff.

²²⁾ Eine Ausnahme macht z. B. Zacharia Franzöf. Civilr. III §. 575.

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

den Meisten für heilig, von Einigen für Diebstahl erklärt wird. Und da nun dies Eigenthum die Anerkennung der Persönlichkeit nach der Seite des Vermögens hin ausdrückt, so erhellet, daß jene, jetzt oft verspottete, Lehre von der Fortsetzung der vermögensrechtlichen²⁴⁾ 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,²⁵⁾ 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*,²⁶⁾ 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.²⁷⁾ 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 hierfür nicht verwenden, so liegt der Grund darin, daß der Sprachgebrauch der heutigen Wissenschaft dieses Wort schon für das *dominium rei* mit Beschlag belegt hat, wir aber nicht verkennen, daß das, was vom *dominium rei* gilt, weder auf das von der älteren Doctrin sogen. Rechteeigenthum, noch auf die Zugehörigkeit eines ganzen Vermögens zu dessen Subject ohne weiteres übertragen werden kann.

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

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

²⁶⁾ *His verbis: Titius hereditatis meae dominus esto, recte institutio fit.* (Marcianus l. 48 pr. D. 23, 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 *usucapio hereditatis*, welche einjährig war, „quia hereditas soli non est, neque corporalis est“ (Gaius II §. 54).

²⁷⁾ 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 Rechtsobject²⁸⁾ setzt. Jemandes Erbe sein ist eine statusähnliche Eigenschaft (etwa wie: Jemandes Frau sein), die aber ein dingliches Recht in diesem letzteren Sinne zur nothwendigen Folge hat.²⁹⁾

Trotz jener tiefen Verschiedenheit sind die Analogien zwischen *dominium hereditatis* und *dominium rei* zahlreich³⁰⁾ 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 Respectingur 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.³¹⁾ Weil die Vorenthaltung eines Vermögens sehr selten vorkommt, wird dies übersehen. Wer aber die Universal-Klage eines rückgekehrten Verschollenen, in dessen Vermögen bereits Andere eingewiesen wurden, nach allen Richtungen durchdenkt (s. Unger I S. 243 N. 36), wird nicht mehr zweifeln können, daß in ihr eine überraschende praktische Bewahrung jenes so nahe liegenden und doch so allgemein verkannten Begriffes enthalten ist.³²⁾ —

III. Die Erbfolge ist eine Universal-Succession, und zwar nach österrömischem Rechte die einzige Universal-Succession. Der Erbe erwirbt den Nachlaß nicht als Summe (wie der Erbschaftskäufer), sondern als Einheit. Er erwirbt das Vermögen nicht als so großes, so beschaffenes, sondern als z. B. Werner'sches Vermögen. Er erwirbt primär *omne ius, universum ius defuncti* (l. 24 de V. S., l. 37 D. 29, 2; cf. l. 3 D. 37, 1: „succeedit 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.³³⁾ Darum gehen Forderungen und Schulden des Erblassers ohne weiteres auf ihn über. Diese können gedacht werden als negative Theile des Vermögens³⁴⁾ (römische Auffassung), oder als auf dem Vermögen haftende Lasten (deutsche Auffassung). In Folge der ersteren wird kein Unterschied ge-

²⁸⁾ Hofmann in der österr. Ger. Ztg. 1870 Nr. 9, 10. *Titulus* und *Modus* S. 53. — Windscheid war früher (Vb. I S. 137 N. 6) im Wesentlichen derselben Ansicht, jetzt (III. Bb. S. 605 N. 13) verwirft er sie, aus Gründen, die obige Argumentation u. S. 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.

²⁹⁾ 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.).

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

³¹⁾ Das übersah Stahl (II, I 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.

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

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

³⁴⁾ Damit zerfällt Buchta'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 über³⁵⁾ den Betrag des Nachlasses.³⁶⁾ 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* Mehreren³⁷⁾ zusammen zu gleichen oder ungleichen Theilen zustehen. Daß aber die Erbtheile nothwendig ideelle (*aliquote*) sind, ergibt sich daraus, daß der Erbe in ein Recht am Nachlaß eintritt, und ein Recht eben nicht anders, als ideell getheilt werden kann. So ergibt sich das Verhältniß der Miterben und die Abgränzung von Erbtheil und Vermächtniß (§. 535) in einfacher Weise aus obiger Auffassung der Erbfolge. —

IV. Sprachgebrauch. A. Erbrecht im objectiven Sinne ist der Inbegriff der die Schicksale des Nachlasses betreffenden Rechtsregeln. — Erbrecht im subjectiven Sinne ist ein mehrdeutiges Wort: 1) Kann man so nennen das Recht, Erbe zu werden (das Recht aus der *Delation*); §§. 536, 537, 560, 726, vgl. 809.³⁸⁾ Die technische Bedeutung von Erbrecht ist dies nicht, sonst müßte man behaupten, daß dieses (gleich der *obligatio*) im Augenblicke der Ausübung erlösche.³⁹⁾ 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).⁴⁰⁾ 3) Der concrete Inhalt der Stellung des Erben, die Summe der Folgen des Erbe—geworden—seins; s. z. B. §. 1280. — In §. 576 steht „das gesetzliche Erbrecht“ für „die gesetzliche Erbfolge“. — B. Im technischen Sinne gehen die von der Wurzel „Erb“ abgeleiteten und die meisten der mit ihr zusammengesetzten Wörter⁴¹⁾ auf die *Universal-Succession*, während für andere Zuwendungen bezw. Erwerbe von Todeswegen

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

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

³⁷⁾ *Zheilerben*, 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.

³⁸⁾ 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.

³⁹⁾ Vgl. Unger §. 2 N. 11; Windscheid III §. 536 N. 3; Arnolds *Civ. Schr.* III S. 237.

⁴⁰⁾ 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 *Erbantrittung* denkt; z. B. §§. 750, 753; zunächst handelt es sich dabei allerdings um die *Delation*. — Unger §. 2 wendet die nur für die erste Bedeutung passende Umschreibung „*Recht zu der Erbfolge, Recht auf die Erbschaft*“ auf die zweite Bedeutung an.

⁴¹⁾ Natürlich nicht alle, z. B. nicht *Erbsüß* (§§. 556, 824), *Erbspacht*, *Erbszins*.

„vermachen, Vermächtniß . . .“ gesagt wird. Doch ist die Verwechslung dieser Ausdrücke in letztwilligen Verfügungen überaus häufig, und — sofern nur der Wille außer Zweifel steht — unschädlich. In 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, ⁴²⁾ 759, ⁴³⁾ 762, ⁴⁴⁾ 770. — 3) Dagegen kommt „Erbe“ statt Legatar, „Erbtheil“ statt Legat u. B. im Gesetzbuche nicht ⁴⁵⁾ vor. Wohl aber wird in den §§. 729, 764 der Pflichttheil ein „Erbtheil“ genannt, obgleich der contra tabulas erlangte Pflichttheil in der Regel (ausgenommen die Fälle der §§. 777, 778) kein Erbtheil ist.

II) In den Entwürfen unseres Gesetzbuches stand oft „vermachen“ für letztwillig zuwenden, hinterlassen, „Vermächtniß“ für letztwillige Zuwendung; so z. B. im Westgal. G. B. II §§. 508, 585, 586 (s. a. b. G. B. §. 774 pr.). Bei der letzten Redaction wurden diese Ausdrücke wegschickelt. ⁴⁶⁾ 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 letztwilligen Verordnung“, dann aber auch dieses (weil dort überflüssig) weggelassen. ⁴⁷⁾

§. 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

⁴²⁾ 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“.

⁴³⁾ 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.

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

⁴⁵⁾ Ueber §. 757 s. bei diesem und hier N. 43.

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

⁴⁷⁾ Der Laie gebraucht noch heute „vermachen“ in jener weiteren Bedeutung, die auch den veralteten Worten „Gemächte, Gemacht, Gemechniß“ zukam; s. z. B. Oengler Lehrb. d. deutschen Pr. R. (1862) S. 1444.

wird erst eröffnet, nachdem er gerichtlich für todt erklärt ist.¹⁾ Tritt Jemand in einen Orden, so fällt weder sein Vermögen von selbst diesem zu (wie nach canon. R.),²⁾ 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.³⁾ Das Vermögen eines Deserteurs wird zwar sofort sequestrirt, aber erst nach seinem Tode den gesetzlichen Erben hinausgegeben.⁴⁾ Ueberhaupt gibt es gar keine Ausnahme von dem Satze „viventis non datur hereditas“ — auch nicht hinsichtlich des in contumaciam zum Tode Verurtheilten;⁵⁾ denn unser Recht kennt keinen „bürgerlichen Tod“ — und nahezu keine Ausnahme von dem Satze, daß jeder Mensch vermögensfähig ist,⁶⁾ mithin beerbt werden kann.⁶⁾

II. Der Nachlaß, die Verlassenschaft (auch Hinterlassenschaft) ist nicht immer gleich dem Vermögen, das der Erblasser zuletzt hatte; denn manche Rechtsverhältnisse („bloß persönliche Verhältnisse“, auch „höchstpersönliche Verhältnisse“) erlöschen zugleich mit seinem Leben (Westf. G. B. II §. 325 und a. b. G. B. §. 1448). So in der Regel (§. 529) die persönlichen Servituten, namentlich die wichtigste: der Nießbrauch, so jenes eingeschränkte Eigenthum, dessen Inhalt sich praktisch wenig vom Nießbrauch unterscheidet, wie namentlich das des Fiduciars (§. 613), des Ehemannes am Heirathsgut (§. 1227, §. 1229); so Ansprüche auf Leibrenten, auf Alimentation, auf persönliche Genugthuung, namentlich auf Schmerzensgeld.⁷⁾ Höchst persönlich sind ferner Offerten nach §. 918 (anders H. G. B., A. 297), das in §. 955 erwähnte Versprechen, das Wiederkaufs-, Rückverkaufs-, Vorkaufsrecht (§§. 1070, 1071, 1074), Dienstverträge für den Bediensteten,⁸⁾ das Mandat für beide Seiten (§. 1022, s. jedoch §. 1025 und H. G. B., A. 297), die Pflicht, eine Gemeinschaft dinglicher Rechte nicht aufzuheben (§§. 831, 832), in der Regel die Societät (a. b. G. B. §. 1206, H. G. B., A. 123 Z. 2, A. 261 Z. 1, jedoch auch a. b. G. B. §§. 1207, 1208, H. G. B., A. 170, 200, 264). Doch erlöschen mit einem solchen Verhältnisse (Mandat, Societät . . .) nicht auch die daraus bereits entstandenen einzelnen Ansprüche⁹⁾, ja es können solche gerade aus dieser Endigung entstehen (z. B. bei beendigtem Nießbrauche: §. 529).

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

¹⁾ Näheres bei §. 278. — Vgl. ferner Gruchot I S. 54 ff.

²⁾ Bachmann Lehrb. des Kirchenrechtes (3. Aufl.) I §. 157; Sellmann Das gemeine Erbrecht der Religiosen (1874) S. 11 ff.

³⁾ So mit Recht Winiwarter III S. 3 f. gegen Saimberger.

⁴⁾ Stzbd. v. 4. März 1842 (bei Michel Nr. 997) §§. 8—11.

⁵⁾ Die abweichende Ansicht von Hüttner (Gesetzl. Erb. §. 9) fand mit Recht allgemeinen Widerspruch. S. Rippel IV S. 15 f., Winiwarter III S. 2 u. S. 4, und so alle Späteren.

⁶⁾ Bekanntlich im Unterschied von röm. R. — Arndts §. 469.

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

⁸⁾ Außer es wäre von dem Beschädigten bereits die Klage angestellt oder im sogen. Abhäsionsproceß Schmerzensgeld gefordert worden: Unger II S. 535 (dagegen über den passiven Klagübergang s. ebd. S. 534 N. 6). — Vgl. noch Windscheid Pandekten (4. Aufl.) II §. 455 N. 33. Nicht entgegen stehen §§. 1327, 1329, wo es sich um wahren Schadenersatz handelt.

⁹⁾ 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.

¹⁰⁾ S. Sammlung IX Nr. 4384.

Familien-⁹⁾ und öffentlich-rechtliche Verhältnisse nicht betrifft. Die Vererbung der Souveränität und gewisser Würden und Aemter ist wesentlich von der privat-rechtlichen 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.¹⁰⁾ — Selbstverständlich ist ein Orden als Auszeichnung (also das Recht, ihn zu tragen) nicht vererblich; ob er aber als Sache (als Ordenszeichen) vererblich ist, ist eine in den verschiedenen Ordensstatuten verschieden beantwortete Frage.¹¹⁾

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;¹²⁾ 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 Erblasser freiwillig zu vererben kein Recht hatte“ von dem Begriffe des Nachlasses aus. Eine Erinnerung des niederösterreich. Appellationsgerichtes widersprach. Zeiller sagte in der Sitzung vom 19. December 1803: Fideicommiss und Lehen seien zwar auch eine, aber eine von der freivererblichen verschiedene Verlassenschaft oder Erbschaft; während er sie im Comm. II S. 382 zwar für „einen Theil der Verlassenschaft, aber nicht der Erbschaft“ erklärt. Winiwarter III S. 2 setzt das „vinculirte Vermögen“ der Verlassenschaft entgegen, während Stubenrauch II S. 719 f. den Nachlaß in einen vinculirten und einen freivererblichen eintheilt, und mit dem ersteren „Lehen, Fideicommiss, Stiftungen, Beneficien u. dgl.“ meint.

Zunächst ein Streit um Worte! Allerdings hindert kein sprachlicher Grund, unter „Nachlaß“ alles durch Jemandes Tod erlebte Vermögen zu verstehen. Aber juristisch ist gewiß der Sprachgebrauch des Westgal. Gesetzbuches, dem Winiwarter folgt, vorzuziehen. Denn die Nachfolge in Lehen und Fideicommiss ist gar keine Erbfolge im technischen Sinne, sondern eine der öffentlich-rechtlichen Vererbung analoge Nacheinanderfolge.¹³⁾ Und nun vollends Beneficien! Wer möchte sagen, der Pfarrer habe die Pfründe von seinem Vormann „geerbt“! — Und wenn Zeiller darum sagt „zwar Verlassenschaft, aber nicht Erbschaft,“ so ist das eine verwirrende, dem Gesetze (§. 532) nicht entsprechende Verwendung dieser Worte.¹⁴⁾ 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

⁹⁾ Doch erscheinen manche familiengüterrechtliche Verpflichtungen als auf dem Nachlaß haftende Lasten. S. Hofmann in Grünhut's Archst. I S. 546 ff., bes. §§. 2, 3.

¹⁰⁾ Vgl. Unger S. 1 A. 3.

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

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

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

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

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

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

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

§. 532.

Erbrecht und Erbschaft.

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

I. Westgal. Gesetzbuch II §. 322 begann: „Das vorzügliche und besondere Recht, sich eine Verlassenschaft zuzueignen, heißt Erbrecht.“ Man dachte sich also das Erbrecht, etwa wie das Jagd-, Fischerei-, Bergbau-Recht, als ein auf gewisse Personen eingeschränktes Occupationsrecht! Das niederöstr. Appellationsgericht beanstandete die Worte „vorzügliche und besondere“; ebenso Zeiller (Prot. 19. Dez. 1803): jedes Recht sei ein ausschließendes,¹⁾ 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 Pflieger's gegen Zeiller's Widerspruch das Wort „ausschließende“ eingeschaltet; auch behauptete Pratobevera bei dieser Gelegenheit wieder, das

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

¹⁾ So bemerkte auch neuerdings Meuner (Privatrechtsverh. S. 15): jedes Recht sei in gewissem Sinne ein absolutes.

Erbrecht sei allerdings „ein Zueignungsrecht“! — Wenn Unger I S. 534 f. gegen die Definition des §. 532 bemerkt: sie beschreibe nur die dem Erben zustehenden Befugnisse, und diese nicht erschöpfend, da ja z. B. Vincinationsmacht 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.²⁾

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

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

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

³⁾ Die Ansicht Rippel's IV S. 7, daß die Fruchtnießung an einer Quote ein Erbtheil sei, beruht auf handgreiflichen Mißverständnissen (s. XI. Hauptstl.). Die richtige Ansicht s. in der Sammlung V Nr. 2445, VII Nr. 3204, 3284, 3285.

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

⁵⁾ Vgl. Winiwarter III S. 5 f., Unger §. 8 Anm. 6.

dings als ein dingliches Recht anzusehen ist, so ist doch der zweite Satz (noch deutlicher das Westgal. G. B. „weil es“, wo das a. bgl. G. B. „welches“ sagt) verfehlt, da er eine Verwechslung von Dinglichkeit und Absolutheit enthält.⁶⁾ Nicht gegen die Behauptung der Dinglichkeit, aber gegen ihre Begründung⁷⁾ in §. 532 ist Widerspruch zu erheben.

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

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

Titel zu dem Erbrechte.

§. 533.

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

§. 534.

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

I. Die Lehre, daß zum Erwerbe eines dinglichen Rechtes *titulus* und *modus acquirendi* 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.¹⁾

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.²⁾ — Die im römischen

¹⁾ Vgl. Unger I §. 536 ff. und den Aufsatz in d. österr. Ger. Ztg. 1870 Nr. 9, 10.

²⁾ Die richtige gibt Winiwarter III §. 6.

³⁾ Winiwarter a. a. D. bemerkt, daß man wohl auch schon vor der Delation von „Erben“ spreche und damit solche Personen meine, welche eine (objectiv begründete) Aussicht haben, Erben zu werden (s. bei §. 536).

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

⁵⁾ Bei Walthers Tract. II cap. XV (in den *Consuetudines* S. 957) findet sich der gute Ausdruck „von Sippschaft oder Testament wegen“. — Die Nebeneinanderstellung von Gesetz und Testament ist so unpassend, als die Nebeneinanderstellung von Gesetz und Vertrag (z. B. in §§. 317, 424, 859, 860). Vgl. Unger I §. 24, 25; II §. 4, S. 384 Nr. 14, Hofmann in Grünhuts Ztschft. I S. 463; wie es umgekehrt nicht angeht, die regelmäßige Wirkung der Verträge „Autonomie“ zu nennen (Puchta *Gewohnheitsrecht* I S. 158).

Recht für unstatthaft erklärten Erbverträge^{2a)} sind im Mittelalter in Deutschland aufgekommen, bei uns aber nur unter Gatten erlaubt.³⁾

III. Ein tiefer eingreifender Unterschied vom römischen Rechte wird begründet durch das Princip der Compatibilität der drei Delationsgründe (§. 534). Der auffallende, noch immer nicht genügend erklärte⁴⁾ 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 letztwillige Verfügungen nur hinsichtlich eines Theils des Vermögens zuließen. Der §. 534 war keine Neuerung, auch nicht eine Nachahmung des §. 45 preuß. P. R. I Tit. 12, sondern er bestätigte nur, was in der Praxis längst feststand, wie dies auch Zeiller (Prot. 2. Jän. 1804) ausdrücklich hervorhob. Damit entfällt auch die große Anzahl von Folgesätzen, die das römische Recht aus jenem Satze ableitete. — Die verschiedenen „Arten des Erbrechtes“, d. h. die verschiedenen Delationsgründe „können auch neben einander bestehen“; z. B. kann Jemand seiner Witwe die Hälfte des Nachlasses durch Erbvertrag, einem Freunde ein Viertel durch Testament zugewendet haben, wo dann über das erübrigende Viertel die sogen. gesetzliche Erbfolge eröffnet wird, bei welcher jene Witwe selbst wieder participiren kann, so daß auch eine und dieselbe Person gleichzeitig aus verschiedenen „Titeln“ erben kann.

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

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

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

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

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

^{2a)} Windscheid III §. 529 N. 2.

³⁾ S. bei §. 1249 ff.

⁴⁾ Ueber die verschiedenen Erklärungs-Versuche s. Gruchot I S. 373 ff. Bgl. Cassalle II S. 391, 488—516.

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

⁶⁾ Vgl. Unger II S. 269 ff. und oben S. 8 Note 30.

^{*}) Auch die erste officielle Ausgabe des G. B. und jene in der J. G. S. haben

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

§. bei §. 532 und XI. Hauptstück.

Zeitpunct des Erbansfalles.

§. 536.

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

§. 537.

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

I. So lange man lebt, ist man nicht Erblasser und hat keine Erben (s. bei §. 531 I); m. a. W. Niemand kann erbrechtliche Befugnisse bezüglich des Vermögens eines Lebenden haben.¹⁾ Wenn man gleichwohl in der Umgangssprache von präsumtiven (vermuthlichen^{1a}) Erben eines Lebenden spricht und damit seine nächsten Verwandten oder die in seinem Testamente Eingesezten meint, und wenn auch Wissenschaft und Gesetzgebung diese Ausdrucksweise beibehalten, um unerträglich schleppende Umschreibungen zu vermeiden, — so darf man doch nie vergessen, daß dies eine uneigentliche, elliptische Redeweise ist.²⁾ — 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 Erbansfall (die Delation) schon ein *ius quaesitum* begründe? Die Bejahung versteht sich von selbst für jene Rechte, welche wie das altdeutsche, und ihm folgend das preussische (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.³⁾ Die Frage hat also nur Sinn, wo der Delat erst durch seine Erklärung Erbe wird. Wo sie, wie im §. 537 bejaht wird, darf man nie vergessen, daß dies *ius quaesitum* doch kein Erbrecht im technischen Sinne ist (s. oben §. 9 IV. A, 1 und bei §. 532 IV). Praktisch bewährt sich aber dieses Recht als ein erworbenes namentlich durch seine Vererblichkeit.

III. Das römische Recht verneinte jene Frage. *Hereditatem, nisi fuerit adita, transmitti, nec veteres concedebant, nec nos patimur* (l. un. §. 5. Cod. VI. 51; l. 3 §. 7 D. 37, 1; l. 7 Cod. VI. 30). Das Recht aus der Delation war ein höchstpersönliches. Nachdem aber schon früher verschiedene Ausnahmen (sogen. Transmissions-Fälle⁴⁾) statuiert waren, wurde durch ein Gesetz Justinian's

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

¹⁾ Selbst Verletzungen eines Pflichttheilrechtes durch Aste *inter vivos* sind unbedenkbar, und darum ist die Lehre von der *querela inofficiosae donationis* (§. 951) — trotz offener Billigkeit — theoretisch so unerquicklich.

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

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

³⁾ 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.

⁴⁾ 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)⁵⁾ das Verhältniß von Regel und Ausnahme praktisch umgekehrt, wenn auch theoretisch festgehalten. Es ist darum löblich, daß die österreichische Gesetzgebung (Westgal. G. B. II §. 330; §. 537 a. b. G. B.) an die Stelle der complicirten, nur geschichtlich begreiflichen, in ihren Einzelheiten sehr bestrittenen römischen Transmissionslehre — die einem Gebäude gleich, zwischen dessen in verschiedenen Jahrhunderten aufgeführten Theilen keine Harmonie des Styles herrscht — den einfachen Grundsatz gestellt hat: Die angefallene, nicht erworbene, aber auch nicht ausgeschlagene Erbschaft kann von den Erben des Verufenen⁶⁾ erworben werden.⁷⁾

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

V. Voraussetzung der Transmission ist Leben und Erbsfähigkeit des Transmittenten im Augenblicke der Delation (§. 545), dagegen nicht Kenntniß derselben.¹⁰⁾ Jedenfalls also muß der Transmittent den Erblasser überlebt haben

Äußerliche 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 Verufenen (bald nur gewisse, bald alle Erben — „in omnes successores, sive cognatos sive extraneos“ l. 19 cit.) transmittirt wird, ist die (nur aus dem römischen Familienrecht zu erklärende) Transmission zu Gunsten von Nicht-erben, zuweilen sogar bei Lebzeiten des Delaten.

⁵⁾ Arndts §. 515; Windscheid III §. 600.

⁶⁾ Man nennt sie auch Erbeserben; vgl. bei §. 532 IV.

⁷⁾ 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. 11) und 2) daß es sich dort um Vererbung des Erbrechts im technischen Sinne handelt.

⁸⁾ 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 deserirt worden wäre (ac si emtor ad hereditatem vocatus esset).

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

^{9a)} Dies wird oft verkannt (s. z. B. Michel in Haimel's Magazin VII S. 286, Kitta in d. Ztschft. f. österr. Rechtsgef. [damals „österr. Ztschft. f. Rechts- u. Staatswiss.“] Jahrg. 1847 II. Bd. S. 271 a. E. und das dort (S. 267) mitgetheilte Erkenntniß der I. Instanz). Damit hängt zusammen die früher verbreitete, und doch so verbrehte Meinung, daß das Recht aus der Delation ein taugliches Object des Pfandrechtes und der Execution sei! S. den von Staudinger mitgetheilten Rechtsfall (in derf. Ztschft. Jahrg. 1837 I. Bd. S. 166 ff.); Staudinger's treffende Bemerkungen auf S. 175 fanden nicht die verdiente Beachtung: s. den von Kitta (a. a. D. S. 265 ff.) mitgetheilten Rechtsfall (auch Kitta's eigene unhaltbare Ansichten S. 273 ff., welschen jedoch auf S. 276, 277 die praktische Spitze abgebrochen wird).

¹⁰⁾ Vgl. Zeiller S. 391: „ob schon er von der Verufung nichts gewußt hat.“ — Ebenso war es bei der Theodosischen Transmission (l. un. Cod. VI 52: „sive se noverint scriptos heredes, sive ignoraverint“); anders bei der Justinianischen: „qui sciens

und der Transmissar dies eventuell beweisen können; ist dies (z. B. bei Commorienten) ihm unmöglich, so kann er seinen Anspruch nicht durchsetzen.^{11a)} Jenes Erforderniß ist aber selbstverständlich, da einem Verstorbenen oder Erbunfähigen eben gar nicht deferirt wird. Ebenso selbstverständlich war der auf Antrag des innerösterreich. N. O. (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.¹¹⁾); wohl aber muß schon hier hervorgehoben werden, daß die Substitution in der Regel die Transmission ausschließt (§. 809).

VI. Die §§. 536, 537 gelten unzweifelhaft¹²⁾ (analog) auch für Vermächtnisse. „Auch ein Vermächtniß wird von dem den Erblasser überlebenden Legatar, obgleich er es weder angenommen, noch von dem Nachlasse Wissenschaft gehabt hat, auf seine Erben übertragen“ (Zeiller S. 391 f.).

VII. Von dem §. 536, der aus dem Begriff des Erbrechtes fließt, kann es keine Ausnahme geben. Eine solche ist weder in dem §. 779 (s. bei diesem), noch in dem sogen. Repräsentationsrecht (s. XIII. Spst.) enthalten;¹³⁾ sondern gerade der selbstverständliche Grundsatz des §. 536 hätte vor dem Irrthum bewahren sollen, als ob der sogen. Repräsentant ein ererbtes Recht ausüben würde.¹⁴⁾ Er erbt nur, wenn der in der Mitte Stehende vor dem Erblasser gestorben ist, der Transmissar gerade umgekehrt nur dann, wenn der seine Beziehung zum Erblasser Vermittelnde diesen überlebt hat.¹⁵⁾ — Von allen diesen Fällen ist wieder zu unterscheiden der der successiven Delation,¹⁶⁾ 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 wegzubedenken (wie Windscheid III §. 600 N. 5 versucht) unthunlich scheint.

^{10a)} Vgl. Unger System I S. 251. — Die entgegengesetzte Entscheidung dieser angebl. „ambigua questione“ sucht — aber mit sehr schwachen Argumenten — zu begründen Bellingheri p. 45—48.

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

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

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

¹⁴⁾ Der Repräsentant erbt *iure proprio*,²⁾ der Transmissar kraft ererbten Rechtes; um so mehr muß man sich hüten, den Transmissar einen „Repräsentanten“ zu nennen, wie Rippel IV S. 20 thut.

¹⁵⁾ 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 Schlüßworte 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“.

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

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

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

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 entzogen, oder auf eine bestimmte Erbschaft gültig Verzicht gethan; so ist er dadurch des Erbrechtes überhaupt, oder des Rechtes auf eine bestimmte Erbschaft verlustig geworden.

§. 539.

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

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

A. Erbfähigkeit: 1) Absolut erbfähig ist, wer Niemanden beerben kann, 2) relativ erbfähig 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.¹⁾

B. Mangel der *testamenti factio passiva*²⁾ 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 begriffsnothwendig gesetzt. Und wirklich kennt unser Recht (§. 543) einen Fall relativen Mangels der *test. f. p.*, ohne daß von relativer Erbfähigkeit geredet werden könnte.^{3) 4)}

¹⁷⁾ 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.

¹⁾ S. Unger §. 5 N. 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 sämmtlich Indignitätsgründe. Doch ändert diese zufällige Thatsache nichts an dem Begriffe.

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

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

⁴⁾ 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 Incapacität⁵⁾ des römischen Rechtes (die nur die testamentarische Erbfolge betraf) nicht die Delation, sondern nur den Erwerb, weshalb die Capacität erst zur Zeit des Erwerbes vorhanden zu sein brauchte.⁶⁾ Dieser Begriff ist dem österr. Rechte fremd.

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

Die Behauptung, daß eine technische, d. h. von der Erbnunfähigkeit im eigentlichen Sinne⁸⁾ verschiedene Erbnunwürdigkeit im österreichischen Rechte nicht vorkomme,⁹⁾ ist so wenig richtig, als die entgegengesetzte, daß der gemeinrechtliche Begriff unverändert beibehalten worden sei.¹⁰⁾ Der Satz, daß die Indignität Delation und Erwerb nicht hindere, auch wenn sie schon zur Zeit des Erblassers vorhanden ist, ist (üblicher 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 Erbswerb 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.¹¹⁾ 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 Verhältnis derselben zur Erbnunwürdigkeit insbesondere bei §. 770 die Rede sein.

F. Verschieden von der Erbfähigkeit ist die Fähigkeit zur Erbserkklärung.¹²⁾ Jene gehört zur Rechtsfähigkeit, diese zur Handlungs- und Dispositionsfähigkeit.

intestato erben konnte, dennoch eingesetzt werden konnte, enthielt das römische Recht: s. Arndts §. 492 A. 2.

⁵⁾ Arndts §. 492, Windscheid III §. 550.

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

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

⁸⁾ Im weit. S. bedeutet „Erbnunfähigkeit“ 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 Erbnunfähigkeit.

⁹⁾ Dies behauptet Unger §. 5 A. 4 und A. 18.

¹⁰⁾ Diese Meinung liegt zu Grunde dem Aufsatze von Michel „die Erbnunwürdigkeit nach österr. Gesetz“ in Gaimerl's Btschft. II. Bd. (1858) S. 29—58.

¹¹⁾ Außer in der eben cit. Arbeit, die viel Verdienstliches, aber auch manches Unrichtige enthält, ist die Erbnunwürdigkeit 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 Communar) können nur die Resultate jener Untersuchung in dogmatisch-gebräugter Darstellung vorgeführt werden.

¹²⁾ Von ihr wird im XV. Hauptst. gehandelt werden.

Die Erbfähigkeit¹³⁾ bildet die große Regel (§. 538 pr.), sie kommt auch noch ungeborenen Erzeugten (nascituri) zu: §. 22, §. 274, §. 681 (a. E. „erzeugt“), ferner den juristischen Personen. Zwar spricht §. 26 nur von „erlaubten Gesellschaften“, aber seine Marginalnote („moralische Personen“) zeigt, daß überhaupt juristische Personen gemeint sind, was auch nicht bezweifelt wird;¹⁴⁾ dazu kommt, daß im §. 559 i. f. die Erbfähigkeit sowohl von Corporationen, als von Gemeinden vorausgesetzt wird.

Absolut erbunfähig sind:¹⁵⁾ 1) „Wer dem Rechte etwas zu erwerben überhaupt entsägt“ (§. 538), d. h. das feierliche Gelübde der Armuth abgelegt hat,¹⁶⁾ also die meisten Ordensgeistlichen und Nonnen.¹⁷⁾ Säkularisirte Ordens-

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

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

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

¹⁶⁾ Das Westgal. O. II §. 334 enthielt noch diese Erklärung (freilich unpassend mit „z. B.“ statt mit „d. h.“). Bei der Redaction i. J. 1804 (2. Säun.) wurde sie nur darum weggelassen, „um den genaueren Bestimmungen, die zur politischen Gesetzgebung gehören, auszuweichen.“

¹⁷⁾ Nach gemeinem Rechte sind die Religiosen nicht erbunfähig, sondern erwerben für ihren Orden (welscher Erwerb schon sehr verschieden aufgefaßt worden ist, s. Hellmann Das gemeine Erbrecht der Religiosen [München 1874] S. 86 ff. bes. 104 ff.); ist dieser aber vermögensunfähig (Mendicanten-Orden), so sind sie incapaces (Hellmann S. 109). — Auch hier (vgl. bei §. 573) unterscheidet sich das österröichische Recht wesentlich von dem gemeinen, indem die Religiosen weder für sich, noch für ihren Orden erben. Doch nur die feierlichen Gelübde haben diese Wirkung; „die einfachen berauben den Gelobenden weder seines Eigenthumes, noch machen sie ihn zum eigenen Erwerbe unfähig. Sie beschränken ihn nur in seiner Dispositionsfähigkeit, weil er ohne Erlaubniß seiner Oberen nicht verfügen darf. Eigenmächtige Verfügungen bleiben jedoch vollkommen rechtsgültig“ (Hellmann S. 21). Darum sind z. B. die Redemptoristen erbunfähig, welche darin ausdrücklich den Weltgeistlichen gleich gestellt werden (Hfd. 9. Jänner 1843 J. O. S. 670, bei Michel Nr. 995). Hinsichtlich der Redemptoristen verordnet das Hofkd. 23. Dec. 1830 (J. O. S. Nr. 2498), daß nicht blos ihr Convent, sondern auch dessen einzelne Mitglieder erbunfähig sein sollen. Die unter Hinweis auf die Amortisationsgesetze beigefügte Einschränkung hinsichtlich liegender Güter ist wohl mit diesen hinweggefallen (arg. Concordat Art. 29 und 34) (anders die Note der Manz'schen Ausgabe zu §. 539). Nach dem Hfd. 7. Juni 1774 (bei Michel Nr. 967) waren „die vier englischen Stiftshäuser“ (St. Pölten, Krems, Prag, Ofen) den Amortisationsgesetzen unterworfen, dagegen „die einzelnen Personen gedachter Häuser aller acquisitiones 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. O. S. Nr. 723, Michel Nr. 968) wurden auch die Stifter selbst (nämlich die zu St. Pölten und Krems) von den Amortisationsgesetzen befreit. — Ueber die Congregationen mit einfachen Gelübden vgl. Pachmann Kirchenrecht 3. Aufl. I §. 171. — Nicht das oben aufgestellte Princip, sondern nur sehr alte tatsächliche 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 Armuth nicht beobachtet und das Hfd. 4. Juli 1791 (J. O. S. Nr. 171) verfügte: „Die Deutschen Ordens-Mitglieder sollen in dem derzeit besessenen Rechte der Erbfähigkeit auch ferner nicht beirret werden.“ Das Pat. 28. Juni 1840 (J. O. S. Nr. 451) sagt im §. 10: „Die Ordensritter und Priester werden nach ihren Ordensgelübden als Religiosen angesehen. Sie bleiben jedoch im Genuße ihres Vermögens. Sie können . . . durch Handlungen unter Lebenden sowohl, als durch Erbschaften nicht nur freieigenes Vermögen, sondern auch Lehen und Fideicommiss, soweit es der Inhalt der Fideicommiss-Institute gestattet, erwerben.“ Eine theilweise Aenderung trat ein mit der W. Vdg. 31. Dec. 1866 (St. G. B. 1867 Nr. 4): Nachdem der deutsche Ritterorden beschloffen habe, „für die dem Orden angehörigen oder demselben künftig beitretenden Priester Convente zu errichten, deren Glieder verpflichtet sein werden, die feierlichen Gelübde in ihrer vollen Strenge nach Maßgabe der ihnen vorgezeichneten Statuten zu beobachten,“ so sollen für solche Priester

personen (die sogen. Erreligiosen) sind erbfähig¹⁸⁾ (von welchem Augenblick an? S. Peitler's Sammlung Nr. 317);¹⁹⁾ dagegen vermag eine Dispensation von Seiten der Ordensobern die Erbfähigkeit nicht zu beheben (Sammlung VI Nr. 2815). Früher waren durch die den Erwerb der „manus mortuae“ beschränkende sogen. Amortisationsgesetze²⁰⁾ die geistlichen Corporationen für erbunfähig erklärt, und auch in den durch besondere Begünstigung davon ausgenommenen Orden blieben die einzelnen Mitglieder erwerbunfähig und wurde ausdrücklich eingeschärft, daß die Orden das ihren Professoren durch letztwillige Anordnung Zugedachte oder ab intestato Angefallene²¹⁾ keineswegs Statt derselben erwerben dürfen.²²⁾ 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 (s. Nr. 20) ihren Orden (Klöstern . . .) zu Gute kommt.²³⁾ — Andererseits ist durch Art. 6 Al. 2 des Staatsgrundgesetzes vom 21. Dezember 1867 (Nr. 152 R. G. B.) die Aufhebung der Amortisationsgesetze nicht aufgehoben worden.²⁴⁾ 2) Deferteure²⁵⁾ der Linie und der Reserve (nicht auch der Landwehr²⁶⁾); und zwar wenn sie aus der activen Dienstleistung entwichen sind, vom Tage ihrer Entweichung,²⁷⁾ sonst vom Tage der Einberufung²⁸⁾ bis zu ihrer Stellung oder Einlieferung.²⁹⁾ — 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 Deferteure. Für die Verneinung: 1) es hat nicht bloß eine quantitative, sondern eine prinzipielle Abänderung Platz gegriffen: Früher Auswanderungsverbot (mit Ausnahmen), jetzt Auswanderungsfreiheit (mit einer einzigen Ausnahme); 2) es sind ohnehin auf die Nichterfüllung der Wehrpflicht Strafen

nicht die §§. 10 und 12 des Pat. 28. Juni 1840, „sondern die über die Vermögensrechte von Ordenspersonen mit feierlichen Gelübden bestehenden allgemeinen Vorschriften“ gelten.

¹⁸⁾ Die Tyroler Landstände wünschten, daß die Erreligiosen „nach Maßgab des 36. Titels 3. Buchs der Tyroler Landes-Dbg. . . . als verächtet zu halten, und nur mit der 5. Linie zu erben fähig“ sein sollten. Zeiller bemerkte: „das gehöre allenfalls in das Provinzialrecht“. Prot. 16. Jan. 1804 (vgl. oben I S. 79 ff.).

¹⁹⁾ 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. B. Nr. 30) und Hdb. 17. Aug. 1835 (S. G. B. Nr. 76). Bei Michel Handb. II S. 104, Nr. 961, 962.

²⁰⁾ Rippel IV S. 25, Michel II (S. 104 ff.) Nr. 963 ff.

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

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

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

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

²⁵⁾ Vgl. Kirchstetter (2. Aufl.) S. 284 und S. 32.

²⁶⁾ Ges. v. 23. Mai 1871 (R. G. B. Nr. 45).

²⁷⁾ Mil. Str. G. §. 208; vgl. §. 544 a. b. G. B.

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

²⁹⁾ Was dem Deferteure 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 Anfalltag nicht erlebt hätte (s. Mil. Str. G. §. 208 lit. c). Und damit ist es ihm definitiv verloren, wenn er sich auch später selbst stellen sollte (s. 546). Vgl. Excursus zu §. 544.

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

Relative Erbunfähigkeit: Das Gesetz (§. 538) stellt — unpassender Weise³³⁾ — den Erbverzicht her, von dem bei §. 551 zu handeln ist. — In den von Unger (§. 5) hergezählten Fällen ist Indignität vorhanden.³⁴⁾ Die Vorschrift des §. 543 und die über das Personale in den Contumazanstalten³⁵⁾ sind auf die gewillkürte Erbfolge eingeschränkt. Es gibt somit im österr. Rechte keinen reinen Fall relativer Erbunfähigkeit.

Ursachen der Unfähigkeit 1)

§. 540. 2)

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

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

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

³⁰⁾ Vgl. über diese Streiffrage auch Kirchstetter (2. Aufl.) S. 48 N. 14.

³¹⁾ 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 Kosjef „über das Erbrecht der Fremden in der Türkei“ im April-Heft 1875 der österr. Monatsschrift f. d. Orient. Mit Recht wird da die Ansicht des türkischen Staatsrathes bekämpft, daß das neue Gesetz den a. 109 ff. des Code de la propriété foncière nicht derogirt habe. Jene Behörde behauptet nämlich, daß das den Fremden eingeräumte Recht, Liegenschaften zu erwerben, nicht das Recht einschliesse, sie zu erben. — Montenegriner sind bei uns erbfähig. J. M. B. 5. Aug. 1849 (R. G. Bl., Erg. Bd. Nr. 348).

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

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

³⁴⁾ S. die Bemerkungen zu den §§. 540—542.

³⁵⁾ S. vorläufig Michel's Handbuch Nr. 998.

1) S. oben S. 21 Note 8.

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

3) Michel in d. Aufl. S. 47 und S. 37; Unger §. 5 N. 11 a: C.

4) Winiwarter III S. 19 f. Note.

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

Verletzung reicht aus, dagegen eine noch so schwere culpose nicht. — Nur eine unter das Strafgesetz fallende⁵⁾ Verletzung, also nicht jede Beleidigung (Sammlung I Nr. 155 [ausführlich bei Peitler Nr. 320] vgl. Sammlung II Nr. 947), — macht unwürdig, gleichviel ob sie ein sogen. officioses oder ein Antragsdelict ist. Weder Vollenbung des Delictes (es genügt schon der strafbare Versuch), noch Bestrafung⁶⁾ oder auch nur Verurtheilung,⁷⁾ sondern einzig die Strafbarkeit der Handlung wird in §. 540 vorausgesetzt. Auf die Kenntniß des Verletzten kommt es nicht an.⁸⁾ Das strafgerichtliche Erkenntniß ist für das civilgerichtliche Verfahren in der Regel präjudiciell und muß deshalb, wenn noch nicht gefällt, abgewartet werden.⁹⁾ Die Indignität wird aufgehoben durch Verzeihung des Erblassers,¹⁰⁾ welche nicht gerade ausdrücklich erklärt zu sein braucht, aber aus einem bloß negativen Verhalten (Unterlassung der Strafanzeige, Nichtänderung des Testaments) nicht gefolgert werden kann.¹¹⁾ Die Verzeihung muß bewiesen werden; es spricht für sie keine Vermuthung;¹²⁾ wohl aber ist ein Indiciensbeweis („aus den Umständen“) zulässig.¹³⁾

Auch nach dem Tode des Erblassers begangene Delicte können diese Erbunwürdigkeit begründen;¹⁴⁾ so Schmähungen des Verstorbenen, Ermordung eines seiner Kinder, Beraubung seiner Leiche, selbst Entwendungen aus dem ruhenden Nachlasse¹⁵⁾ (arg. §. 547 i. f.), wobei freilich auch der Gesichtspunkt von §. 542 eingreift. Natürlich genügt nicht jede strafbare Verletzung einer persona coniuncta; je geringfügiger sie ist und je später sie begangen wird, desto schwerer wird der Richter in ihr eine (nach §. 540 zu ahnende) Impietät gegen den Erblasser erkennen.

§. 541.

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

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

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

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

⁶⁾ Erlaß oder Verjährung der Strafe schließen den §. 540 nicht aus. Unger N. 10, Bellingeri p. 62—64.

⁷⁾ „Verfahren werden kann“. Unrichtig Winiwarter III S. 20 f.

⁸⁾ Unrichtig Winiwarter III S. 21.

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

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

¹¹⁾ Vgl. Zeißler II S. 397, Winiwarter III S. 21.

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

¹³⁾ Dies wurde von den Redactoren selbst hervorgehoben.

¹⁴⁾ Geläugnet wird dies von Unger N. 12, bewiesen durch dogmatische und historische Gründe in der cit. Abhdlg., Abf. VI a. E. und Abf. VII.

¹⁵⁾ Nach dem Zeugniß der Redactoren.

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

²⁾ 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 Redactoren³⁾ hingen mit klarem Bewußtsein der alten falschen Theorie an, daß die sogen. Repräsentanten kein eigenes Erbrecht, sondern nur das von ihrem Patens überkommene ausüben. Der §. 541 wurde ausdrücklich als eine Abweichung von der Rechtsconsequenz bezeichnet, als eine humane Ausnahme, die überdies nur sehr schwer und mit geringer Majorität durchgesetzt wurde.⁴⁾

III. Es ist kein vernünftiger Grund auffindbar, warum §. 541 nicht ebenso auf die Fälle des §. 542 als die des §. 540 anwendbar sein sollte.⁵⁾ 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 ernstliche Argument für die Einschränkung, nämlich die Einreihung des §. 541, zerfällt, sobald man weiß, daß er früher die gegentheilige Disposition enthielt, wonach die Nachkommen des Unwürdigen stets ausgeschlossen sein sollten.⁶⁾

§. 542.

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

Erbunwürdig ist Jeder, „der eine dem wahren Willen des Erblassers widersprechende Ordnung der Erbfolge herbeizuführen sucht;“¹⁾ also namentlich wer durch Zwang oder Betrug den Erblasser zur Errichtung, Abänderung, Widerrufung eines Testamentes, Codicilles, Erbvertrages bestimmt oder davon abhält; ebenso wer eine solche Willenserklärung²⁾ unterdrückt oder verfälscht, oder (umgekehrt) unterschiebt.³⁾ Die letzteren Formen des Delictes werden meist erst nach dem Tode des Erblassers, oft lange nach dem Antritt der Erbschaft begangen.

Einen in der obigen Absicht geübten erlaubten Zwang gibt es nicht;⁴⁾ aber Zureden ist gar kein Zwang. — Weder gewinnlüchtige Absicht, noch Strafbarkeit wird im §. 542 vorausgesetzt; da aber des Versuches⁵⁾ nicht ausdrücklich

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

¹⁾ Mit Ausnahme des erst später in die Commission eingetretenen Protobeyera.

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

³⁾ Richtig Winwarter und Unger (a. d. a. D.). Unrichtig Gapp in der Ztschft. f. österr. Rechtsgel. v. 1825 II S. 189 ff., dem Rippel IV S. 37 ff. folgt.

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

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

¹⁾ Unger §. 5 A. 19.

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

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

⁴⁾ Unrichtig Rippel IV S. 34 f.

⁵⁾ S. die verschiedenen Ansichten bei Michel (Aufsatz) S. 53, Rippel IV S. 39, Winwarter III S. 26 f. Note.

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

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

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

§. 543.

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

Dieser Paragraph enthält keinen Indignitätsgrund, da die Verzeihung des (mitschuldigen!) Testators nichts zu ändern vermag,¹⁾ und Begehung des Delictes nach dem Erbserwerbe undenkbar ist; aber auch keinen Fall relativer Erbfähigkeit (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 (Erkeinfegung oder Legaterrichtung)²⁾ wird;³⁾ und deshalb verordnet es, daß solchen Personen unter einander die testamenti factio passiva fehle. Da sich

⁶⁾ Richtig die herrschende Meinung, unrichtig Süttner S. 91 und Fäger I S. 12 f.

⁷⁾ Vgl. Nippel IV S. 40 und Stubenrauch I S. 735.

⁸⁾ Näheres hierüber in der Abhandlung in den Excursen.

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

¹⁾ Auch „der Umstand, daß der (gefränkte) Ehegatte den Ehebruch nachsieht, wendet (zwar die Bestrafung) nicht (aber auch wie in der Carolinischen Successions-Ordnung T. 14 §. 2) die Unfähigkeit zum Erbrechte ab.“ Zeißler II S. 401 Note. Dieser Punkt wurde auch bei den Beratungen (2. Jänner 1804) hervorgehoben unter ausdrücklicher Ablehnung eines darauf bezüglichen Monitum der Commission von Laibach. Es steht dies nur scheinbar im Widerspruch mit der Vorschrift des §. 503 pr. St. G. B., wonach die vorangegangene Verzeihung die Ueberweisung in der Regel unmöglich macht. Hier opfert eben der Gesetzgeber den Zweck, den er in §. 543 vgl. G. B. verfolgt, den Gefühlen und dem Interesse des Schuldlosen. Kam es aber einmal schon zum Skandal und zur Ueberweisung, so entfällt diese Rücksicht.

²⁾ Daß §. 543 auch Vermächtnisse betrifft (§. 647), was kaum Jemand bezweifeln wird, führt in geschmackloser Weise und mit einer unrichtigen Bemerkung hinsichtlich des Wortes „Erbrecht“ aus M. Schuster in der Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1830 II S. 45—47.

³⁾ Vgl. Zeißler S. 401.

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

Im §. 336 Westgal. G. B. II war nur vom Ehebruch die Rede; die Coordinirung der Blutschande erfolgte auf Anregung des niederöstrerr. 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 unpraktischen⁵⁾ Erbvertrages zu vermeiden.

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

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

⁴⁾ Nippel IV S. 41.

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

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

⁷⁾ Arg.: 1) vb. „sind“; 2) §. 503 St. G. B.; 3) da es selbstverständlich ist, daß jeder Ausschließungsgrund im Rängnussfalle 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. östrerr. Ger. Ztg. v. 1852 Nr. 68, Stubenrauch I S. 736 und das daselbst (N. 3) sowie in Peitler's Sammlung Nr. 321 cit. Urtheil.

⁸⁾ 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.

⁹⁾ Vgl. die Motive der III. Instz., und Wehll §. 22 Text bei Nr. 18.

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

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

§. 544.

In wie fern Landesingeborne, 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^{6.)} zu beurtheilen.

§. 545.

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

§. 546.

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

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

II. In diesem Zeitpunkte (also nicht nothwendig beim Tode des Erblassers³⁾)

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

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

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

²⁾ Unger Erbr. §. 5 N. 20.

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

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

III. Das „nur“ in §. 545 pr. bedeutet lediglich die Abschaffung der für unser Recht unpassenden^{4a)} römischen Rechtsregel, daß der Eingesetzte schon zur Zeit der Einsetzung erbfähig sein muß. Zeiller, der nicht der Urheber des §. 545 ist (f. §. 342 Westgal. G. B. II⁵⁾), hat, offenbar verleitet durch das preussische Recht,⁶⁾ wo aber die Erbschaft ipso iure erworben wird, das „nur“ dahin mißverstanden, daß die Erbfähigkeit auch in keinem späteren Zeitpunkte nöthig sei, und die anderen Commentatoren haben ihm dies nachgeschrieben,⁷⁾ — bis Unger (§. 5 A. 22) auf das eigentlich Selbstverständliche aufmerksam machte, daß die Erbfähigkeit jedenfalls von der Delation bis zum Erbschaftsantritt ununterbrochen fortdauern müsse, weil im Augenblicke des Verlustes der Erbfähigkeit sofort einem Anderen deferirt würde, woran auch — da es die von Niemand angefochtene Lehre war⁸⁾ — die Verfasser des §. 342 Westgal. G. B. II gewiß nicht gezweifelt haben.⁹⁾

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 Verufenen (§. 537).

V. Eine nach dem Erbserwerbe eintretende Erbunfähigkeit kommt für

^{3a)} Beachtenswerthe Complication: Ein am 3. April 1831 gestorbener Testator hatte die Enkel der C instituirt. Ein Sohn der C heirathete am 25. Juli 1831; schon am 17. December desselben Jahres wurde in dieser Ehe ein Kind D geboren und vom Vater als das seine anerkannt („Jurist“ XVIII S. 129). Die I. und II. Instanz läugneten die Erbfähigkeit des D. Dabei wurde vor allem übersehen, daß eine Qualität, vermöge welcher man in einer gattungsmäßigen Einsetzung unbegriffen 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 angewendet ist. — Die Gerichte behaupteten: D sei am Todestage des Testators weder de facto, noch de iure (§. 22) als Enkel vorhanden gewesen; nicht de facto, weil nicht geboren (kein Mensch), nicht de iure, weil kein ehelicher Embryo, da die Ehe erst später (zwischen dem Tode des Testators und der Geburt des Kindes) erfolgte. Mit Recht verwarf die III. Instanz (außerord. Rev.) dieses Urtheil (doch sind ihre Motive nicht mitgetheilt). Denn D war beim Tod des Testators schon concipirt; das in der Ehe, wenn auch zu frühe, geborene, vom Vater anerkannte Kind steht einem ehelich erzeugten durchaus gleich; und endlich wird in §. 22 eheliche Erzeugung nicht gefordert (vgl. bei §. 559 N. 46).

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

^{4a)} Savigny Syst. VIII S. 457 ff., Zeiller II S. 404 Z. 4, Unger §. 5 A. 21.

⁵⁾ Neu ist nur die auf Anregung des Böhm. A. G. (1804) beigefügte Hinweisung auf §. 703.

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

⁷⁾ Rippel IV S. 44 f., Winwarter III S. 33, Stubenrauch (1. Aufl.) II S. 271, Michel in Haimerl's Bisth. II S. 36, Eltinger zu §. 545.

⁸⁾ S. Unger §. 22 a. E. — Höpfner Comm. über das Heinecc. Instit. (8. Aufl. 1804) S. 530 a. E., S. 532 A. 5.

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

diese Erbschaft nicht mehr in Betracht (andere verhält es sich mit der Erbunwürdigkeit: s. bei §. 538 f. D); dagegen nützt auch eine erst nach dem Erbansfalle 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.¹⁰⁾ Vgl. Excursus zu §. 544 und Stubenrauch I S. 737, N. 2.

VI. Die Behauptung von Winiwarter (jun.),¹¹⁾ daß man Jemanden, der zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht einmal erzeugt oder zu dieser Zeit erbunfähig ist, gültig einsetzen könne für den Fall, daß er zur Existenz gelangt, beziehungsweise erbfähig wird,¹²⁾ bedeutet (was er nicht erwogen hat) nichts geringeres, als eine Beseitigung der Regel des §. 545 für die ganze testamentarische Erbfolge, zumal er soweit geht, den Zusatz „für den Fall, daß . . .“ zu subintelligiren, wenn ein Unerzeugter (also folgeweise auch wohl ein Erbunfähiger: arg. S. 65) pure eingesetzt ist. So unstichhältig aber auch seine Ausführungen in theoretischer Hinsicht¹³⁾ ¹⁴⁾ waren, so entsprachen sie doch (rückichtlich der Unerzeugten) einem praktischen Bedürfnisse¹⁵⁾ und einer deutschen Rechtsüberzeugung;¹⁶⁾ woraus es sich erklärt, daß die dort vertretene Ansicht bald, nämlich in dem Hofdecret vom 29. Mai (Stz. 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 Erbfolge jede ernstliche Bedeutung verlieren würde.

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

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

¹²⁾ Bezüglich des letzteren (vgl. N. 13) Falles folgte er allerdings nur der unrichtigen Lehre Mühlenbruch's (in Glück's Comm. XXIX S. 145 ff., S. 418 a. C.); gegen diese s. Arndt's Civil. Schrift. II S. 67 ff., Vangerow II S. 429 N. 1, IV.

¹³⁾ Für die Gültigkeit der Einsetzung von zur Todeszeit des Testators Unerzeugten beruft er sich auf Mühlenbruch 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. insbef. S. 419 Zeile 22 ff.) genau das Gegenteil dessen behauptet, was Winiwarter (S. 63 Z. 7 ff.) ihm unterlegt. — Vgl. auch Arndt's Civil. Schrift. II S. 70, Vangerow II S. 429 N. 3 b) (7. Aufl. S. 84 a. C., S. 85), Windscheid III §. 535 N. 5. — Die Bemerkungen auf S. 64, 67, 68 zeigen, wie unklar Winiwarter über das Verhältniß von conditio und dies war; der dies als solcher kann die Delation nie hinausschieben, sondern nur die etwa in ihm enthaltene conditio. (Es ist natürlich unthunlich, hier eine Analyse und Kritik des ganzen Aufsatze zu geben.)

¹⁴⁾ Dasselbe gilt von Keller's Versuch (ebd. S. 231 ff., insbef. 234, 235), die Frage zu einer Frage nach dem Umfange der „erblasserischen Dispositionsbefugniß“ (die mit „test. factio activa“ identificirt wird) zu machen. Richtiger ausgedrückt würde seine Behauptung lauten, daß die Regel des §. 545 blos dispositiver Natur sei, d. h. der Anordnung des Testators weiche. Winiwarter und Keller übersehen folgendes: Die Bedingungen, an welche bei dem im §. 545 cit. §. 703 gedacht ist, sind ihretwillen da, die Hinausschiebung der Delation ist nur ihre unwillkührliche 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.

¹⁵⁾ Vgl. Unger s. 20 N. 10, aber auch N. 3 ebd.

¹⁶⁾ Gerber's System §. 29 N. 5.

Wirkung der Annahme der Erbschaft.

§. 547.

Der Erbe stellt, sobald er die Erbschaft angenommen hat, in Rücksicht auf dieselbe den Erblasser vor. 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 inneröstrerr. App. Ger.¹⁾ angehängt wurde, während er offenbar richtiger am Anfange des Paragraphen stünde, handelt von der hereditas iacens, dem ruhenden Nachlasse.²⁾

II. Dieser Begriff setzt einen Culturzustand voraus, wo die Alleinherrschaft der Familienerbfolge gebrochen ist, und fehlt auch heute noch denjenigen Rechten, welche (wie z. B. das preussische)³⁾ 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.⁴⁾ Wenn „nur der Lebende Recht hat“ und im Augenblicke des Todes des Erblassers die Erbschaft nicht sogleich angetreten ist, so sind an sich die Sachen herrenlos,⁵⁾ 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 Staturierung eines „vorzüglichen Zueignungsrechtes“ genügen, um alle Nichtberufenen auszuschließen und wirklich sagte die Naturrechtslehre, die noch im Westgal. Gesetzbuch II §. 322 Ausdruck gefunden hat, das Erbrecht so auf.⁶⁾ Schon sie erkannte damit an, daß „herrenlos noch nicht rechtlos“ ist,⁷⁾ ja er fand den Begriff der „ansprüchigen Sache, res iacens“⁸⁾ d. h. einer Sache sine domino, die doch dem Zugriff nicht freisteht, weil eben Jemand ein ausschließendes Occupationsrecht hinsichtlich ihrer hat. Diese Theorie reicht nicht nur für die persönlichen, sondern auch für die dinglichen Rechtsverhältnisse nicht aus, weil sie deren Continuität mit dem derivativen Erwerbe preisgibt, und damit das Wesen des Erbrechtes verfehlt. — Diesen Unzukömmlichkeiten entgeht jene neuere Ansicht, welche die Möglichkeit subjectloser Rechte behauptet. Aber sie postulirt Undenkbares — subjective Rechte ohne Subjecte, Berechtigungen ohne

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

²⁾ 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 Stabirenden ist zu seiner Orientirung zu empfehlen der Aufsatz von Dworzak in Haimerl's Wjchft. XI S. 219–242; womit etwa zu vgl. Kirchstetter S. 288 N. 3.

³⁾ S. Grundr. I S. 43, 44.

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

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

⁶⁾ Zeiller Natürliches Privatrecht §. 141. Vgl. oben bei §. 532.

⁷⁾ Brinz Pand. I. Auf. S. 661, bestimmend Windscheid §. 531 N. 5 und Thering S. 422 N. 32.

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

Berechtigte.⁹⁾ Bestehender ist die in neuester Zeit von Fhering 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 Fhering dabei ausgeht, geprüft werden. Hier genüge es, auf die Verwandtschaft dieser Ansicht mit jener naturrechtlichen hinzuweisen,¹⁰⁾ und im allgemeinen Stellung zu ihr zu nehmen. Auch wir glauben mit Fhering (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 fort dauern oder eintreten könne,“ — aber wir denken dabei an das objective Recht. Warum sollte die Rechtsordnung nicht Sachen sine domino gegen den Zugriff des ersten Besten schützen? warum nicht Pflichten auferlegen, die ihrem Inhalte nach privatrechtlich sind und denen doch kein Privatrecht correspondirt¹¹⁾ oder aber eines von nur secundärer Bedeutung.¹²⁾ 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,¹³⁾ kann sie ohne dieses nicht sein. Darum ist direct vom objectiven Rechte auszugehen.

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

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

¹⁰⁾ 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.)

¹¹⁾ Z. B. die gesetzliche Einschränkung der Ausübung des Eigenthums am Wasb.

¹²⁾ Treffend stellt Windscheid I §. 169 R. 2 die wirklichen Servituten einseh. 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 Rehrseite“.

¹³⁾ S. Fhering S. 394.

¹⁴⁾ Scheurl Beiträge I S. 19, Dvorzaf S. 236, Fhering S. 414.

¹⁵⁾ Daraus kommt Windscheid III S. 13 hinaus.

lassen sich Stellen aus römischen Juristen anführen.¹⁶⁾ Möglich, daß die Auffassung zu verschiedenen Zeiten verschieden war, oder auch von gleichzeitigen Juristen das Verhältniß verschieden gedacht wurde; erweisbar ist es nicht.¹⁷⁾ Wohl aber darf als die mindestens vorwiegende römische Anschauung die Vereinigung der ersten und dritten Fiction bezeichnet werden, indem die hereditas in der Art personificirt wird, daß die Persönlichkeit des Erblassers in ihr fort existirend fingirt erscheint. An sehr vielen Stellen¹⁸⁾ wird einerseits die Erbschaft¹⁹⁾ selbst als *domina* der Erbschaftsachen bezeichnet, andererseits von ihr gesagt, daß sie den Erblasser vorstelle (*defuncti personam* oder *vicem sustinet*).

Was nun die Angemessenheit der Fiction betrifft, so bleibt uns, nachdem wir die Form c schon abgelehnt, nur noch die Wahl zwischen a (beziehungsweise der eben bezeichneten Combination) und b übrig. — Der ruhende Nachlaß hat, wie Janus, zwei Gesichter: eines dem verstorbenen, das andere dem künftigen Herren zugekehrt; der Nachlaß ist für diesen da, als Einheit aber erscheint er durch Beziehung auf jenen,²⁰⁾ durch dessen rechtliche Beherrschung des Vermögens als eines Ganzen;²¹⁾ 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.²²⁾ *Hereditas non heredis personam, sed defuncti sustinet* (l. 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 Erbrechtes²³⁾ 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.²⁴⁾ — 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.²⁵⁾ Freilich ist auch die Gleichstellung der *hereditas iacens* mit dem noch nicht verwaisten Vermögen

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

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

¹⁸⁾ Sie sind zusammengestellt bei Dworzak S. 228, 229.

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

²⁰⁾ Arndts S. 465 Anm. Vgl. auch Lassalle II S. 341 f.

²¹⁾ S. oben S. 6.

²²⁾ 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.

²³⁾ S. oben S. 4 ff.

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

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

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

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

III. „Die Doctrin hat von der Glosse angefangen bis auf die neuere Zeit . . . den Satz festgehalten, daß die hereditas loco defuncti sei.“³⁰⁾ In dem zur Zeit der Abfassung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches gangbarsten Lehrbuch, dem von Höpfner³¹⁾, wird dies so formulirt: „(die) hereditas iacens . . . stellt den Verstorbenen vor, d. i. die Gesetze fingiren, der Verstorbene lebe noch, sei noch Eigenthümer seines Vermögens. Durch diese Fiction bekommt die Erbschaft eine Art von Persönlichkeit.“³²⁾ Offenbar das Nämlische in verschiedenen Wendungen sagt das in Note 1 angeführte Monitum, der Schlußsatz von §. 547 und die Umschreibung Zeiller's: Bis zum Antritt des Erben „wird noch immer der Verstorbene für den Eigenthümer gehalten, und inzwischen die Verlassenschaft in dessen Namen von einem Curator verwaltet . . .“³³⁾ Gegen die selbst noch bei manchen Neueren vorkommende Formel: Das römische Recht fingire in manchen Beziehungen, daß der Erblasser noch lebe — ereifern sich Andere, theils weil das Vermögen nicht unverändert geblieben ist,³⁴⁾ 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

²⁶⁾ S. Dworzak Abs. V (S. 236 ff.).

²⁷⁾ S. bei §. 26.

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

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

³⁰⁾ Dworzak S. 231 f.

³¹⁾ Theoretisch-praktischer Commentar über die Heinemann'schen Institutionen. 8. Aufl. (1804) S. 615, 616.

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

³³⁾ Commentar II. Bd. S. 406.

³⁴⁾ Dworzak S. 234 und N. 29.

Bedeutung erlaubt.³⁵⁾ 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“.³⁶⁾

Der Schlusssatz von §. 547 entspricht der römischen Anschauung und erscheint auch als der angemessene Ausdruck für das fragliche Verhältniß. Nur insofern ist er ungenau, als die Einschränkung „in den meisten Beziehungen“ fehlt.³⁷⁾ Denn die in der Fiction ausgesprochene Gleichstellung der Thatbestände, ist, wie meistens, so auch hier keine vollständige.³⁸⁾ 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.³⁹⁾ 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.⁴⁰⁾ Dahin gehört auch die Ersetzung. Bekanntlich war dies auch im römischen Recht anerkannt,⁴¹⁾ welches gleichwohl inconsequenter Weise⁴²⁾ 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.⁴³⁾ Die an sich richtige Begründung: weil die „*possessio facti et animi* sei“⁴⁴⁾ reicht nicht aus gegenüber dem praktischen Bedürfnis, der Erwägung, daß *possessio . . . et iuris* est (l. 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* *faciens* für sie Besitz erwerben könne, nimmt schon die gemeinrechtliche Praxis vielfach an,⁴⁵⁾

³⁵⁾ Z. B. sagt Windscheid §. 531 N. 12: „Sehr mit Unrecht“ sehe man in den bekannten Quellenausprüchen die Auffassung vertreten, es sei die in der Erbschaft fortlebend gedachte Persönlichkeit des Erblassers das Subject der den Nachlaß bildenden Rechte und Verbindlichkeiten. Dort sehe nichts davon, „daß die Erbschaft von der Persönlichkeit des Verstorbenen gebabt 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 Gesägneten 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 Uebrigen ist es nur ein Wortstreit.

³⁶⁾ 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.

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

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

³⁹⁾ 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.

⁴⁰⁾ Vgl. Unger §. 7 Text N. 2.

⁴¹⁾ S. Unger §. 7 N. 16.

⁴²⁾ Arndts §. 465 N. 2.

⁴³⁾ Dworzak S. 238.

⁴⁴⁾ Vgl. die bei Unger N. 17 angef. Stellen.

⁴⁵⁾ Arndts a. a. D. — Besitzwerb durch den Testaments-Executor Namens der instituirten Erben vor deren Antretung? Seuffert's Archiv XIV Nr. 102.

und darf für's österreichische Recht nicht bezweifelt werden.⁴⁶⁾ 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.⁴⁷⁾ 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 fielen. Und gerade in dieser Zeit ist die Gefahr fremder Eingriffe am größten! — Es lassen sich theoretische, aber keine praktischen Gründe dafür angeben, warum der Besitz durch den Wahnsinn des Besitzers nicht, wohl aber durch seinen Tod erlöschen soll.⁴⁸⁾ 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 Delictus- und Eigenthums-, sondern auch possessorische Klagen begründet werden. Dafür spricht auch der Wortlaut des §. 547: „als wenn sie noch von dem Verstorbenen besessen würde“ und dieses Argument dürfte für Viele das durchschlagende sein; — nicht auch für uns; denn das „besessen“ könnte synonym gebraucht sein für das nicht gut klingende „gehabt“, wie denn Zeiller in der Umschreibung dieses Satzes den Verstorbenen nicht als „Besitzer“, sondern als „Eigenthümer“ bezeichnet. Für uns liegt das Entscheidende in der unbefangenen Betrachtung des Verhältnisses.⁴⁹⁾

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

⁴⁶⁾ Unger §. 7 N. 20, Randa Besitz §. 12 N. 14.

⁴⁷⁾ Es entfällt auch nicht durch die verschiedenen Vorsichtsmaßregeln unserer Verlassenschaftsabhandlung (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 Verlassenschaftsabhandlung zur Deposition verhalten werden? S. Sammlung IV Nr. 1656.

⁴⁸⁾ Es war ein directer Widerspruch, wenn Randa in der 1. Aufl. §. 22 N. 2 Diejenigen tabelte, 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 „nichts ein neuer Willensentschluß (animus non possidendi)“ und S. 214 N. 4: „Nicht das bloße Absein des Willens zu besitzen, sondern der Wille, die Sache nicht mehr zu besitzen, ist zum Besitzverluste animo nöthig.“ Hat der Todte diesen Willen? ist das Sterben „ein neuer Willensentschluß“?! — Vgl. nun auch Randa (2. Aufl.) S. 440 und die citirten Noten; der Widerspruch ist nunmehr durch Aenderung des Textes („aufgehört“ oder sich geändert hat) vermieden.

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

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

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

IV. Nicht jede hereditas iacens bekommt schon als solche einen Curator. Ein solcher wird entweder auf Verlangen eines Erbschaftsgläubigers⁵¹⁾ oder aber von Amtswegen 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 Erbsserklärung abzuwarten. Sie können ihre Ansprüche wider die Masse anbringen und begehren: daß zur Vertretung derselben ein Curator bestellt werde, gegen welchen sie ihre Forderungen ausführen können“ (§. 811). Dieses Recht steht jedem einzelnen Erbschaftsgläubiger zu, wäre seine Forderung auch noch so gering. — Lit. d des einer lex satura vergleichbaren Hofdecrets vom 19. Jänner 1790 (J. G. S. Nr. 1094) lautet: „Wenn wider eine hangende Verlassenschaftsmasse eine Klage vorkommt, bevor derselben Erben bekannt, oder von den bekannten eine Erbsserklärung eingereicht ist, soll auf des Klägers Anlangen der Masse ein Vertreter bestellt, dem bekannten Erben⁵²⁾ aber hiervon Nachricht ertheilet werden, damit wider diesen⁵³⁾ allenfalls gemeinschaftlich mit den bekannten Erben die Klage der Ordnung nach fortgeführt werde.“⁵⁴⁾ Sobald aber die Erbsserklärung 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) hat ein Gläubiger, nach erfolgter Erbsserklärung und von dieser wissend, gelegentlich einer Wechsellage um Bestellung eines curator ad hoc; die I. Instanz gab diesem Verlangen Folge, die III. Instanz sah daran nichts uncorrectes, während die II. richtiger das Verfahren für ungiltig und die Verjährung für nicht unterbrochen erklärte, weil „der Kläger seinen Gegner verfehlt habe“. Später gelangte diese richtigere Ansicht auch beim obersten Gerichtshofe zur Anerkennung. In dem ganz ähnlichen Falle Sammlung I Nr. 461 erkannten alle drei Instanzen übereinstimmend, daß die Bestellung eines curator ad actum nach erfolgter Erbsserklärung unzulässig, und die mit der Bitte um seine Bestellung verbundene Klage a limine zurückzuweisen sei. Und in Sammlung VIII Nr. 382 I erkannte der oberste Gerichtshof das Verfahren selbst dann für nichtig, wenn während des Processes die Antretung der Erbschaft erfolgt und jener gegen den curator (statt gegen den Erben) fortgesetzt wird. — Solche Klagen sind, gleichviel ob sie gegen den curator oder gegen den Erben gerichtet sind, vor der Einantwortung bei dem Abhandlungsgericht, nach derselben bei der Personalinstanz des Erben anzubringen. §. 37⁵⁵⁾ der C. Z. N. v. 1852. — Wegen eines

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

⁵²⁾ Genauer: Verurtheilten, Delaten.

⁵³⁾ Soll heißen „wider jenen“ d. h. den Vertreter.

⁵⁴⁾ Diese leicht zu Mißverständnissen führenden Worte beziehen sich nicht auf den Fall, wo während des Processes die Erbschaft angetreten wird; denn unter „Erben“ sind in diesem ersten Satze überall „Delaten“ zu verstehen. Vgl. den weiter im Texte besprochenen Fall Nr. 382 I.

⁵⁵⁾ Dadurch erhielt die von Wolfg. Wessely in der Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 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.

Entgelt für seine Mithewaltung kann sich selbstverständlich auch dieser Curator nur an die Masse (bez. die Erben) halten.⁵⁶⁾

b) Eine andere Stellung und einen ausgedehnteren Wirkungskreis hat der *curator honorum*, der von Amtswegen im Interesse unbekannter, säumiger oder delictirender Delaten, aber doch nicht für sie,⁵⁷⁾ sondern für den Nachlaß⁵⁸⁾ bestellt wird (§. 78 des Pat. v. 1854). Auch er hat gegenüber einer etwaigen Klage den Nachlaß zu vertreten; aber darauf beschränkt sich sein Beruf nicht. Er kann für den Nachlaß auch klagend auftreten, bedarf aber hiezu wie zum Abschluß von Vergleich der Genehmigung der Abhandlungsinstanz (§. 129 a. E.); er kann Nachlassforderungen eintreiben⁵⁹⁾ 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 erfordert werden (§. 146—148). Kurz: ihm obliegt „die Verwaltung und Vertretung des Nachlasses“ (§. 129). Dennoch ist seine Aufgabe — entsprechend der Natur des ruhenden Nachlasses — eine beschränktere, als z. B. die des Vertreters einer Stiftung. Es handelt sich um Erhaltung, nicht um Vermehrung des Vermögens.⁶⁰⁾ Ferner handelt es sich um Vertretung des Nachlasses und nicht der Erben, sachlicher, nicht persönlicher, gemeinschaftlicher (neutraler), nicht gesonderter Interessen, oder genauer: der Erben in abstracto, nicht concreter (bestimmter) Erben. Dadurch unterscheidet sich der in den Fällen des §. 78 ernannte Curator von dem nach §. 77 und §. 131 für minderjährige, abwesende Erben u. s. w. ebenfalls von Amtswegen bestellten Curator; hier eine *cura personorum*, dort eine *cura honorum*. Dies tritt besonders deutlich darin hervor, daß der nach §. 78 ernannte Curator „als solcher“⁶¹⁾ weder in irgend Jemandes Namen eine Erbserklärung überreichen,⁶²⁾ noch die von einem Anderen

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

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

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

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

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

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

⁶¹⁾ Diese einschränkende Worte des §. 129 können doch nur bedeuten: nicht in seiner Eigenschaft als Curator, wohl aber als Jemandes Special-Mandatar (§. 1008).

⁶²⁾ Diese an sich doppelstimmigen Worte können bedeuten: a) der *cur. her.* kann nicht diesen Nachlaß für irgend Jemanden antreten; b) er darf nicht eine dem Verstorbenen ausgefallene Erbschaft für die künftigen Erben (Transmissare) annehmen. Beides ist richtig.

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

Das Amt dieses curator honorum endigt nicht immer sofort mit der Erbsserklärung, ein Irrthum, zu dem das über den curator litis Gesagte und die unvorsichtige Fassung des §. 79 M. 2⁶³) 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 (s. N. 64), während welcher Frist der Curator um die Ausforschung der Uebrigen oder ihres Aufenthaltes sich bemühen soll (§. 129); und erst nach ihrem Verlauf ist die Verlassenschaft mit denjenigen, die sich allein gemeldet, zu verhandeln (Sammlung V Nr. 2192)⁶⁴). Es kann also auch eine pars hereditatis ruhen, iacens sein, was dort noch weniger einem Zweifel unterliegen kann, wo Jemand ausdrücklich auf einen Theil eingesezt, 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 Erbsserklärung abzugeben (§. 120) und dem Sich-nicht-melden von Seiten unbekannter (ungewisser) Delaten (§. 128) besteht.⁶⁵)

Ja, wenn schon der ganze Nachlaß angetreten ist, erlischt nicht eo ipso das Amt des curator honorum, sondern erst wenn der Antretende die Verwaltung des Nachlasses zu übernehmen wünscht, und zu diesem Ende „sein Erbrecht hinreichend ausweist“ (§. 810 und Pat. §. 145). Wie überhaupt zwischen der nicht angetretenen (ruhenden) und der noch nicht eingetworteten Erbschaft nach höherr. Rechte eine große Analogie stattfindet und der Erbe, dem die Verwaltung übertragen ist, selbst eine ähnliche Stellung hat, wie ein Verlassenschaftscurator (Pat. §. 145)⁶⁶), so kann während dieser Zeit das Amt des Curators nicht nur, wie erwähnt, fortdauern (§§. 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 honorum wesentlich von dem bloßen curator litis (s. oben). Ein anderer Unterschied besteht darin, daß für den curator honorum behauptet werden darf, was wir beim curator litis geläugnet haben (N. 56): ein Vorzugsrecht hinsichtlich seines Honorars (s. §. 690) vor den anderen Nachlaßgläubigern.⁶⁷) 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.

⁶³) 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 Erbsserklärung oder aber das Ansuchen um Ueberlassung der Verwaltung (§. 810) bedeuten kann.

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

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

⁶⁶) S. vorläufig Unger s. 40 M. 2; Rippel IV S. 47 ff.

⁶⁷) Der Vorzug vor den Legataren versteht sich von selbst (§. 690).

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

B. „Wirkung der Annahme der Erbschaft.“

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

V. Durch die Annahme (§. 799) verwandelt sich die Möglichkeit des Erwerbens in eine Wirklichkeit; der Delat, der bisher nur in einem uneigentlichen Sinne Erbe genannt wurde, ist es jetzt wirklich. Er ist als Universalsuccessor in die Gesamtheit der nicht höchstpersönlichen Rechtsverhältnisse des Erblassers eingetreten.⁶⁵⁾ Ipso iure wird man bei uns nie Erbe; es gibt in diesem Sinne keine heredes necessari.⁶⁶⁾ Man pflegte und pflegt⁷⁰⁾ im Anschluß an Quellaussprüche⁷¹⁾ jenes so auszudrücken: der Erbe stelle den Erblasser vor, werde mit ihm bezüglich der Erbschaft juristisch als eine und dieselbe Person betrachtet. Diese Ausdrucksweise findet sich auch im §. 547.⁷²⁾ „In Rücksicht auf dieselbe (die Erbschaft);“ denn einerseits stand der Erblasser in Rechtsverhältnissen, die nicht zum Nachlaß gehören (s. oben bei §. 531 II), auf den Erben nicht übergehen; andererseits steht dieser in Rechtsverhältnissen, die mit seiner Eigenschaft als Erbe nicht zusammenhängen. „In Beziehung auf einen Dritten.“ Zeiller (II S. 405) fügt erläuternd hinzu: „nicht aber auch in Beziehung auf sein eigenes Rechtsverhältnis zu dem Erblasser: §. 802,“ — womit gemeint ist, daß der Beneficiarerbe auch für seine eigenen Forderungen gegen den Erblasser Befriedigung aus dem Nachlaß verlangen kann. Trotz beider Einschränkungen paßt aber die Formel nicht überall, namentlich nicht im Verhältniß zu den Legataren. Hier wird der onerirte Erbe „in Rücksicht auf die Erbschaft und in Beziehung auf einen Dritten“ doch nicht mit dem Erblasser „für Eine Person“ gehalten.⁷³⁾

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

⁶⁵⁾ Vgl. oben S. 8 f.

⁶⁶⁾ 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 parallelistren (wobon an anderer Stelle); sie denken an ein Geben von Seite des Erblassers und ein Nehmen von Seite des Berufenen.

⁷⁰⁾ S. z. B. Arndts §. 465 Text a. C.

⁷¹⁾ Arndts §. 465 A. 3.

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

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

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

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

zunächst nur die Obligationen; nur ihrer willen, also indirect (per exceptionem, dem Erfolge nach) convalesciren dingliche Verträge. Es gibt aber Verfügungen über Rechte eines Dritten, welche durchaus null sind, ein Schlag ins Wasser, ein Wort in den Wind. Diese convalesciren auch dadurch nicht, daß der Dritte den Verfügenden beerbt. Zu wie ernstern Irrthümern es noch bei den heutigen Juristen⁷⁶⁾ führt, daß man die Grenzen und den Zusammenhang jener Pflicht der Erben nicht untersucht und sich dabei beruhigt hat zu sagen, der Erbe dürfe „Verfügungen des Erblassers“ über seine (des Erben) „Sachen und Rechte“ nicht anfechten,⁷⁷⁾ — davon wird ein Beispiel in der Lehre vom Erbverzichte gegeben werden.⁷⁸⁾ — Im Westgal. Gesetzbuch II §. 326 hieß es nach den Worten „für Eine Person gehalten“: „Daher kann ein Erbe sein besonderes⁷⁹⁾ Recht gegen denjenigen nicht verfolgen, dem er im Namen des Erblassers die Gewähr zu leisten schuldig ist,“ — und erst im folgenden Paragraph war vom Uebergang der Verbindlichkeiten die Rede. So war einerseits der Satz richtig begrenzt, andererseits aber in einen unrichtigen Zusammenhang gebracht, dem Schuldenübergang coordinirt. Da er nun, soweit er richtig ist, aus §. 548 sich von selbst ergibt, so ist es zu billigen, daß er, nachdem er noch im Texte von 1803 wörtlich beibehalten war, später gestrichen wurde. Eine materielle Aenderung war damit natürlich nicht beabsichtigt.

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

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

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

⁷⁷⁾ So z. B. Seuffert a. a. D. — Vorsichtiger Windscheid §. 605 vb. „bindend in demselben Maße, in welchem sie es für den Erblasser waren.“

⁷⁸⁾ In der Abhandlung über den Erbverzicht in den Excursen.

⁷⁹⁾ D. h. ihm schon vor dem Erbserwerbe eigenes.

⁸⁰⁾ War diese Entscheidung des oberst. O. G. 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 Todesfalls an zurück gerechnet, den Erblasser vor," — so in nicht glücklicher Umschreibung des „heres quandoque adeundo“ etc. zwei mindestens der Form nach einander direct widersprechende 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 Thering) lassen sie historisch, Andere (z. B. Windscheid) ebenfalls zeitlich, aber innerhalb jedes concreten Falles, einander ablösen; Einige (z. B. Scheurl) läugnen, die Anderen constatiren den Widerspruch; die Meisten aber sind darüber einig, daß sich dieser damit löse, daß man aus der Fiction der Rückziehung des 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,⁵¹⁾ — und die praktische, daß „alle in der Zwischenzeit das Erbvermögen betreffenden Veränderungen schließlich doch den Erben treffen.“⁵²⁾ 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 Nichtiges; letzteres ist aber ohnehin im §. 547 implicite enthalten.

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

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

Wenn derjenige, dem ein Haupteid aufgetragen ist („Delat“ in diesem Sinne) stirbt, so können die (wenngleich minderjährigen) Erben sich nicht darauf berufen, daß sie keine Kenntniß von der Sachlage haben, folglich der Gegner „bloß seinen eigenen Eid anbiete“; denn der Eid war schon früher angeboten, und durch den Tod des Delaten soll der Kläger nicht um jenes Beweismittel kommen. Auch für diese Entscheidung wird das Princip des §. 547 angerufen (Sammlung V Nr. 2360). Anders liegt der Fall, wenn ein Eid, der dem Verstorbenen noch nicht angeboten war, erst dem Erben (über eine Handlung des Erblassers) deferirt wird. Allerdings ist auch dies nach §. 207 a. O. D. zulässig, aber die fragliche Handlung als eine dem Delaten fremde zu betrachten, und deshalb ist es nicht zu billigen, daß der oberste Gerichtshof in Sammlung II Nr. 801 sich auf §. 547 bezogen hat. Richtiger erkannte der oberste Gerichtshof in Sammlung V Nr. 2518. Es handelte sich um Difeffion 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,⁵³⁾ sondern nach dem dritten Satze⁵⁴⁾ des §. 37 des Gesetzes vom

⁵¹⁾ Unger §. 6 N. 4.

⁵²⁾ Unger a. a. O.; vgl. Stubenrauch I S. 741. Vgl. über ganze Frage die bei Unger Citirten.

⁵³⁾ Er lautet: „Der angebliche Aussteller einer Urkunde, der die Echtheit seiner Schrift oder Unterschrift . . . befreitet, muß auf Verlangen seines Gegners verurtheilt werden, ohne den Beisatz: seines Wissens und Erinnerens zu schwören“ u. s. w.

⁵⁴⁾ 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 Haupteid mehreren Erben deferirt wird, s. bei §. 550.

§. 548. 1)

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

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

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

III. Die Passivobligationen (Schulden im weiteren Sinne) sind in der Regel vererblich, ausnahmsweise unvererblich („höchstpersönlich“). Der §. 548 stellt den Grundsatz auf: vererblich seien die „Verbindlichkeiten, die der Erblasser^{2a)} aus seinem Vermögen zu leisten gehabt hätte“. Den Gegensatz hiezu, so sollte man meinen, bilden die auf ein facere gerichteten Verbindlichkeiten. Dennoch war zunächst bei Abfassung dieses Satzes an einen anderen Gegensatz gedacht, nämlich den im zweiten Satze des §. 548 enthaltenen, woran bei Vergleichung mit §. 327 Westgal. G. B. II³⁾ kein Zweifel übrig bleibt. Die

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

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

²⁾ S. darüber Hofmann in Grünhut's Ztschft. I S. 552 ff.

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

³⁾ „Verbindlichkeiten . . . 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 entbehrlich; 2) zu „Geldstrafen“ sollte man beifügen „gesetzliche“, um die Conventionalstrafen auszuschließen; 3) das „hingegen“ sei nicht ganz richtig, „da auch die Conventionalstrafen, bei einer auch ohne Verurtheilung offensbaren Verschuldung, aus dem Vermögen zu leisten gewesen wären“; 4) „sei es für sich bekannt und in dem Strafgesetzbuch ausgedrückt, daß Leibstrafen den Erben nicht treffen können.“

verwirkte, aber noch nicht verhängte Geldstrafe ist vorerst eine latente, auf die Person beschränkte Wirkung der „Schuld“ im subjectivem Sinne; durch die Verurtheilung wird daraus eine „Schuld“ im objectiven Sinne des Vermögensrechtes, aus dem Schuldigen ist ein Schuldner geworden, aus der persönlichen Eigenschaft eine Last, die das Vermögen mindert, die somit auch dem Nachlasse anhaftet. Daß dieß 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;⁴⁾ 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.⁵⁾ — 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.⁶⁾ 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)⁶⁾. Von ihnen ist die Rede im §. 1448 und mit specieller Rücksicht auf Verträge in §. 918.⁷⁾

IV. Wann wird die Geldstrafe fähig, auf die Erben überzugehen? Sobald der Erblasser „verurtheilt“ war (§. 548 a. b. G. B., §. 327 Westgal. G. B. II). Das könnte an sich bedeuten den Zeitpunkt, wo das Urtheil gefällt, oder den, wo es in Rechtskraft erwachsen ist; richtiger ist das Wort hier schon darum im letzteren Sinne zu nehmen, weil man erst dann „verurtheilt“ ist, wenn das Urtheil unabänderlich feststeht. Wichtig 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.⁸⁾ Der §. 548 stimmt mit den Grundsätzen des gemeinen

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

¹⁾ „Nur Nutzungen und Lasten, die der Verlassenschaft anhaften, sind ein Gegenstand der Erbschaft. Verbindlichkeiten, Rechte und Vorzüge des Erblassers, die bloß auf seinen persönlichen Verhältnissen beruht haben, werden auf den Erben nicht übertragen.“

²⁾ H. Grotius gibt auf die Frage: heres cur de ceteris debitis teneatur, de poena non teneatur? die Antwort: vera causa haec est, quod heres personam defuncti refert non in meritis, quae sunt mere personalia, sed in bonis quibus ut cohaerent ea quae alicui 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 S. 24).

³⁾ S. oben bei §. 531 unter II.

⁴⁾ Wenn Nippel IV S. 51 die Pflicht zur Rechnungslegung als Ausnahme hervorhebt, so ist zu bemerken, daß hier das Moment der Arbeit ganz zurücktritt hinter dem der Verantwortlichkeit, und daß die Vererbung dieser darum gar nicht auffallend ist, weil es sich bei der Rechnungslegung (z. B. des Verwalters), von der persönlichen Seite ganz abgesehen, so zu sagen um die Grenzregulirung zwischen zwei Vermögen handelt. Vgl. Sammlung IX Nr. 4384.

⁵⁾ Die Vorstellung von höchstpersönlichen Rechtsverhältnissen ist indeß nicht etwa auf die Frage nach der Vererblichkeit eingeschränkt; vgl. §. 442 (Rechte), §. 563 und §. 606 (Lasten).

⁶⁾ Wenn z. B. an den Localarmenfond gezahlt werden soll, so ist dieser „Destinatar“, aber nicht Gläubiger. S. Min. Vdg. v. 11. Febr. 1855 (R. G. B. Nr. 30) und Vollzugsvorschrift zur (neuen) Str. P. O. §§. 50—54.

Rechtes überein.⁹⁾ 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;¹⁰⁾ und indem er als Grund der Unvererblichkeit angibt „besonders da (der Beschuldigte) sich mannigfaltiger Vertheidigungsgründe bewußt sein kann, die dem Erben unbekannt sind“,¹¹⁾ hält er sich an Nebensächliches und übersieht das Princip. — Durch das Hofsecret vom 18. Juli 1820¹²⁾ 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 immer¹³⁾ vererbt. Dennoch wurde Letzteres aus an sich löblicher Gesinnung unter Hinweisung auf das Strafgesetzbuch (v. 1803) I §. 202, II §. 271 bestritten und behauptet, daß solche Geldstrafen, die gemäß den Anordnungen des allgemeinen Strafgesetzbuches verhängt werden, ganz unvererblich seien.¹⁴⁾ Diese Ansicht wurde durch die Ministerialverordnung vom 3. April 1859¹⁵⁾ ausdrücklich verworfen. — Diese Rechtsregel ist bald wegen ihrer Humanität gepriesen,¹⁶⁾ bald wegen ihrer Härte getadelt worden;¹⁷⁾ sie verstoße gegen den Grundsatz, es dürfe die Strafe nur den Schuldigen treffen.¹⁸⁾ Beides mit Unrecht. Sie ist weder human, noch hart, sondern das Product einer ganz richtigen¹⁹⁾ juristisch-logischen Operation. Der Anspruch gegen die Erben ist ein privatrechtlicher; die Obligation haftet auf dem Nachlasse. Daß die über den Erblasser verhängte Geldstrafe diesen mindert, also den Erben nachtheilig ist, ist wahr; es wäre aber nicht anders, wenn der Erblasser vor seinem Tode das Strafgeld bezahlt hätte. Dem angerufenen Satze aber von der Einschränkung der Strafe auf den Schuldigen kommt eine materielle Wahrheit nicht zu.²⁰⁾ —

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

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

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

¹²⁾ S. G. S. Nr. 1676 (S. 221 f.). Abgedruckt in Scheidlein's Commentar S. 340 f., Winawarter'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 Winawarter a. a. D. S. 219, bei Michel Nr. 1001.

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

¹⁴⁾ Scari in der Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1830 II S. 247—259; ihm folgt Winawarter (1841) III S. 39.

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

¹⁶⁾ Nippel IV S. 51.

¹⁷⁾ S. z. B. Littmann bei Gruchot S. 30 N. 3.

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

¹⁹⁾ Vgl. auch Unger Erbrecht §. 40 N. 10.

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

Was im §. 548 für Geldstrafen ausgesprochen ist, gilt für alle Vermögensstrafen²¹⁾ und auch für die Verpflichtung zum Erfaz der Kosten des Strafverfahrens.²²⁾

V. Von Strafen wesentlich verschieden sind Delictschulden; denn sie entspringen aus Handlungen, die nicht strafbar zu sein brauchen,²³⁾ und sie gehen auf Schadenersatz, nicht auf Strafe. Nach römischem²⁴⁾ Rechte haftet der Erbe nur soweit, als die Erbschaft durch das Delict noch bereichert ist,²⁵⁾ nach gemeinrechtlicher auf einem Mißverständniß des canonischen Rechtes²⁶⁾ beruhender Praxis bis zum Belange der Erbschaft, nach den meisten neueren Gesetzgebungen²⁷⁾ und so denn auch nach österreichischem Rechte unbeschränkt: §. 1337. Dabei ist die schon von älteren Naturrechtslehrern²⁸⁾ vertheidigte Gleichstellung mit den anderen Schulden ein deutscher Gedanke, die Haftung selbst über den Nachlaß hinaus²⁹⁾ die einfache Folge des recipirten allgemeinen römischen Grundsatzes über die Haftung des Erben für Erbschaftschulden. Der §. 1337 handelt übrigens nicht von Delictschulden allein, sondern von der Schadenersatzpflicht, ohne Unterschied, ob sie aus einem Vertrage oder einem Delicte 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.“³⁰⁾ Ebenso irrelevant ist es, ob die Handlung, aus der die Ersatzpflicht erwachsen ist, unter das Strafgesetzbuch fällt oder nicht, und ob im ersteren Falle über den Schadenersatz im Adhäsions- oder im civilrechtlichen Verfahren entschieden, beziehungsweise verhandelt wurde. Ganz unrichtig wäre es, wenn man aus §. 527 St. O. B. ein arg. a contr. ziehen wollte.³¹⁾ Der Paragraph sagt nur, daß wenn in dem Urtheil des Strafgerichtes auf Schadenersatz erkannt war, diese Wirkung des Urtheils mit dem Tode des Schuldigen nicht erlösche. Keineswegs aber will er dem Beschädigten den Ersatzanspruch nehmen, wenn der Beschädigte vor Beendigung des Processes stirbt. Dann ist dieser Anspruch eben im Civilwege gegen die Erben geltend zu machen. Hiefür sprechen gewiß auch §. 366 pr. und §. 372 der Strafproceßordnung von 1873.³²⁾ 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? —

²¹⁾ Min. Vbg. v. 3. April 1859.

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

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

²⁴⁾ 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.

²⁵⁾ Windscheid II §. 359 Z. 2. Gruchot S. 27 f.

²⁶⁾ Formell; materiell offenbar auf dem nationalen Rechtsgeföhle. Vgl. Unger Erbrecht §. 40 M. 9; Bruns in Holtendorff's Encyclopädie (1. Aufl.) I S. 287 (2. Aufl. S. 351).

²⁷⁾ S. Gruchot S. 29. Auch nach französis. R., s. z. B. Frey III §. 658.

²⁸⁾ S. bei Gruchot S. 29 N. 1.

²⁹⁾ 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 Principis unberührt, wodurch eine Incongruenz von Wort und Gedanke entstanden ist. (Zeiller formulirte [Prot. 9. Juni 1806] den §. 1337 geradezu: „die Verbindlichkeit . . . geht also auf die Erben über.“) Darüber bei den §§. 801, 802.

³⁰⁾ Winiwarter IV S. 603.

³¹⁾ Der Wortlaut des Paragraphen gibt hiezu freilich gar keine Veranlassung, wohl aber die Art der Wiedergabe seines Inhaltes in der Manuz'schen Ausg. in der Anmerkung zu §. 548, etwa zusammen mit der Bemerkung bei Nippel IV S. 52 a. E.

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

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

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

§. 549.

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

I. Die Pflicht zur Bestreitung der Beerdigungskosten obliegt zunächst dem Erben. Er haftet für sie, wie für eine Erbschaftsschuld¹⁾ (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.²⁾ Mehrere Erben haften nach §§. 550, 820, 821.³⁾ Bei erblosem Nachlasse sind die Kosten aus diesem zu decken, beziehungsweise zu ersetzen (§. 388 Westgal. G. B. III), wie sie auch sonst dem Nachlasse nicht nur vor der Einantwortung, sondern schon vor dem Antritte des Erben, nöthigenfalls durch Veräußerung von Nachlasssachen, entnommen werden dürfen (§. 46 und §. 145 des Pat. vom 9. August 1854). Wer aber hat die Kosten des Begräbnisses zu tragen, wenn

³³⁾ Taglioni VIII p. 271.

³⁴⁾ Vgl. Gruchot S. 24 Note 1.

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

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

³⁷⁾ 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).

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

²⁾ 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. Sintonis §. 126 I. 2. — Es ist dies ein Fall, wo man von dem Gesetze selbst das sagen kann, was es in §. 655 von dem Erblasser sagt.

³⁾ Vorausgesetzt, daß nicht einem oder einigen von ihnen, oder einem Legatar oder einem sub modo Beschenkten diese Last von dem Erblasser ausdrücklich auferlegt ist. Ebenso kann der Erblasser vorgesorgt haben durch den Beitritt zu einem 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 unsere Juristen mit Ausnahme Stubenrauch's,⁴⁾ der sich indeß auf die Bemerkung beschränkt, daß die Kosten da theils entfallen, theils von den Gemeinden⁵⁾ 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 Vätern seit jeher für heilig gehaltenen Pietätspflicht zu verhalten sein? Müssen doch Eltern ihrem Kinde, und hätte es ihnen selbst nach dem Leben gestrebt, den nothwendigen Unterhalt vor der Gemeinde reichen und sterbend hinterlassen (§. 795)! Dazu kommt, daß in frühem Alter Gestorbene in der Regel kein Vermögen gehabt haben. Freilich läßt die Pietät der Eltern oder Verwandten die Rechtsfrage sehr selten aufkommen. Aber der Sitte muß hier doch auch ein Recht entsprechen. Von selbst bietet sich die Analogie der Alimentationspflicht dar,⁶⁾ womit nicht gesagt wird, daß jene Pflicht aus dieser abzuleiten sei.⁷⁾ Darnach wären zur Befattung 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. Bdg. v. 6. August 1851:⁸⁾ „die nach privatrechtlichen Grundsätzen zur Bezahlung der Leichenkosten verpflichteten Personen, nämlich die Ascendenten und Descendenten oder der überlebende Ehegatte“. . . Zweifelhafter ist die Reihenfolge, in der diese Personen verpflichtet sind. U. E. rangiren sie so: Eltern, Gatte, Kinder.⁹⁾ Selbstverständlich kann auch hier eine partielle Devolution eintreten, so daß die Nacheinander-Verpflichteten in concreto neben einander verpflichtet sind.¹⁰⁾ — 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 Begräbnißkosten den Schuldigen in Anspruch nehmen (§. 1327).^{10a)}

⁴⁾ Comm. I S. 742, Handbuch der Verwaltungs-Gesetzkunde II S. 346.

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

⁶⁾ 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 Befattung werde „an dem Kinde das letzte Werk leitlicher Sorgfalt geübt“.

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

⁸⁾ Bei Nstl und Michel (s. Note 5).

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

¹⁰⁾ Vgl. bei S. 1220.

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

II. *Actio funeraria*. Wenn ein Nichtverpflichteter (nicht *donandi animo*) die Kosten bezahlt hat, so hatte er nach römischem Rechte die *a. neg. gest. contr.*, oder wenn deren Voraussetzungen nicht vorlagen, namentlich selbst dann, wenn er gegen das (nicht gerechtfertigte) Verbot des Verpflichteten gehandelt hat, die *actio funeraria*¹¹⁾ 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 §. 387 Westgal. G. B. III gab in mißlungener Fassung¹²⁾ 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,¹³⁾ „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 vermutheten Verträgen“, sondern besser in's Hauptstück von der Antretung der Erbschaft oder an diese Stelle gehöre; auch schlug er eine dem §. 549 fast wörtlich gleichlautende Textirung vor. Einer besonderen *actio funeraria* geschieht darin nicht die mindeste Erwähnung. Zeiller, mit dem die Anderen auch hierin einverstanden waren, bemerkte: daß der Erbe demjenigen, welcher an seiner Stelle die Kosten bestritten hat, selbe ersetzen müsse, erhelle aus den Grundsätzen über die freiwillige Geschäftsführung. Daß übrigens auch er an dem Gesichtspunkt des „vermutheten Vertrags“ und zwar speciell des „vermutheten Auftrages“ festhielt, zeigt sein Comm. II S. 409. Daraus würde sich ergeben, daß es eine eigene *actio funeraria* nicht mehr gibt, sondern nur die *a. neg. gest. contr.* hier Platz greife. Danach aber würde namentlich der gegen des Erben Verbot sich Einnemgende nie einen Anspruch haben. Dennoch kann dies wegen des §. 1042, auf den sich schon Zeiller beruft, nicht durchgreifend behauptet werden, obgleich es absurd ist, von einem Solchen zu sagen: er habe sich „inner der Grenzen des vermutheten (!) Auftrags gehalten“ (Zeiller). So muß denn wohl auch bei uns, wie bei der römischen *actio funeraria*,¹⁴⁾ sehr viel dem billigen richterlichen Ermessen anheingeegeben 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 Pflicht 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 *vitalis communio* zuletzt gelebt hat, angeordnete Beerdigung kann in der Regel so wenig als eine unbefugte Einnemgung angesehen werden, daß der die Todfallsaufnahme vollziehende Gerichtsabgeordnete diesen Personen „die zur Beerdigung der Leichenkosten erforderlichen Beträge aus den Verlassenschaftsgeldern“ vorzuschließen hat (§. 46 des Pat. v. 9. Aug. 1854). Ueberhaupt ist es zweierlei: das Begräbniß anordnen (es besorgen), und es bezahlen. Die Pflicht zu dem einen und die zu dem anderen kann verschiedenen Personen obliegen.¹⁵⁾ Die

¹¹⁾ Glüd XI S. 421 ff., Seuffert §. 346 B. 3 und die bei Windscheid a. a. D. Citirten. Ueber die bei Aufstellung dieser *actio* mitwirkenden religiösen Anschauungen Walther S. 370 ff.

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

¹³⁾ §. 388 auch gegen die *hereditas iacens* bez. deren Curator.

¹⁴⁾ Glüd XI S. 424.

¹⁵⁾ 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 Erbschaftsanspruch ausschließender animus¹⁶⁾ gefolgert werden. Dies ist anerkannt in Sammlung I Nr. 71.¹⁷⁾ — h) Andererseits sollte es sich von selbst verstehen, daß ein Unberufener sich einer solchen Angelegenheit erst dann annehmen darf, wenn die Berufenen ihre Pflicht zu thun versäumen. Gegenüber ausdrücklichem Verbote wird eine Anzeige an die Behörden, denen die Aufsicht über die Befolgung der die Leichenbestattung betreffenden Gesetze obliegt, richtiger sein, als eigenmächtiges Handeln; doch kommt Alles auf die concreten Umstände an. Ein muthwilliges Einnengen in fremde Angelegenheiten ist nirgends, also auch hier nicht zu begünstigen. Darum kann die oberstgerichtliche Entscheidung in Sammlung VII Nr. 3650¹⁸⁾ nicht gebilligt werden. — Daß auch der Beneficiarerbe selbst das

¹⁶⁾ 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 Erbschaftsanspruch. L. 14 §. 7. 9. D. de rel. 11. 7. Andererseits ist zur Wahrung dieses Anspruches nur das Fehlen des eben beschriebenen animus, nicht das Vorhandensein eines bestimmten animus neg. aliena gerendi zu erfordern. Oft werden die Veranlasser des Begräbnisses nicht wissen und auch gar nicht darüber nachdenken, ob sie die Verpflichteten seien oder nicht. Genug, wenn sie nur den animus recipiendi haben (Walther S. 379) oder sich irrig selbst für verpflichtet halten. L. 14 §. 11 L. 32 pr. h. t.

¹⁷⁾ Der überlebende Mann hatte Bestellungen für die Leichenfeier gemacht; Universal-erben der Frau waren aber deren Eltern. Daß die Kosten effectiv von diesen zu tragen waren, ist gewiß. Eine andere Frage aber ist, ob sich der Wachskerzen-Fabrikant an den Besteller oder direkt an die Erben zu halten hatte. Er that letzteres und die beiden höheren Instanzen billigten dies. Wir glauben, daß, wie bei der actio funeraria derjenige, „welcher dem eigentlichen Besorger einzelne Bedürfnisse zur Beerdigung geliefert hat,“ — also wo nicht hervorgetreten ist, daß er damit selbst als „Besorger“ des Begräbnisses auftreten wollte, gegen die Masse keinen Anspruch erheben kann; „denn er hat seine Klagen gegen den Besorger selbst“. Schweppe Röm. Priv. R. 4. Aufl. V S. 8. Daran darf die Fassung des §. 549 (mit Rücksicht auf Note 2 und Text nach Note 13 zu diesem Paragraphen) nicht irre machen; wenn wir auch im hiesigen Recht beim Mandat das Princip direkter Stellvertretung haben, so kann doch bei einer Geschäftsführung ohne Auftrag vor der rathabitio von einer solchen nicht die Rede sein. Somit war durch die Bestellung nur der Mann obligirt, dem seinerseits der Negreß 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 ohnehin unzweifelhaft eine solche auch diese Gegenstände umfassende Verpflichtung dieses dominus gegenüber dem „Besorger“ entweder unter dem Gesichtspunkt der neg. gestio oder der in rem verso schon besteht.

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

aus Eigenem auf diese Kosten Vorgeschoffene aus dem Nachlaß sich ersetzen darf, versteht sich (nach §. 802 i. f. verglichen mit dem hier Eingangß 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);¹⁹⁾ 2) in Ermangelung solchen Willens sollen die Kosten „dem Gebrauche des Ortes,²⁰⁾ dem Stande und dem Vermögen des Verstorbenen angemessen“ sein (§. 549).²¹⁾ 22)

§. 550.

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

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

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

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

¹⁹⁾ Arg. vb. „andere aus dem letzten Willen entspringende Lasten“.

²⁰⁾ Daß hiemit kein (locales) Wohnrecht anerkannt sei, bemerken mit Recht Winwartner I S. 91 f. und Unger I S. 38—41.

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

²²⁾ Ist jedoch der Verstorbene als Erbar nach Eröffnung des Concurßes gestorben, so stehen nur „die mit dessen Beerbigung unvermeidlich verbundenen Auslagen“ in der ersten Classe.

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

¹⁾ Vgl. oben S. 6 ff. Abs. II, III.

²⁾ S. Abs. III a. a. D.

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.³⁾ 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.⁴⁾ Die Rechte der anderen Miterben werden davon nicht berührt.⁵⁾

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

IV. Bei §. 547 wurde im Absatz IX erörtert, ob und wieweit aus der Repräsentation des Verstorbeneu (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 Litisconforten bezeichnet; sondern es ist vor Allem festzuhalten, daß die Miterben Solidarschuldner sind (§. 550, 2. Satz). Damit steht fest, daß von einer theilweisen Erlöschung der Forderung des Klägers, je nachdem einige Erben schwören, andere den Eid zurückschieben wollen, nie die Rede sein könne. Oberstgerichtliche Entscheidung Sammlung II Nr. 816.¹⁰⁾ Sonach kann die Schuld nur ganz oder aber gar nicht abgeschworen werden. Wenn nun Jemand die Miterben gemeinschaftlich wegen einer Schuld des Erblassers belangt und ihnen den Haupteid

³⁾ 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.

⁴⁾ Vgl. Unger Erbr. §. 49.

⁵⁾ Vgl. Unger §. 49 Text N. 4.

⁶⁾ Unger §. 43 N. 1.

⁷⁾ Unger §. 40 Text N. 2. — Vgl. oben bei §. 547 IV b) S. 39.

⁸⁾ Wie selbst Unger (a. zuletzt a. O.) thut.

⁹⁾ All' 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. Aussage.

¹⁰⁾ 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 unstatthaft.

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 Thatsache Wissenschaft hat, die Ablegung dieses Eides unterlassen könnte.“ — Wie aber, wenn der Kläger einen Erben auf die ganze Schuld belangt, da „Einer für Alle steht“? Vor der Einantwortung darf er dies nicht; zwar sind die Erben seine Schuldner,¹¹⁾ aber der Gläubiger kann vorerst nur Zahlung aus dem Nachlasse verlangen. Wie aber wenn der Gläubiger die Miterben zwar gemeinschaftlich belangt, aber den Haupteid nur Einem von ihnen 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. 3398.¹²⁾

Verzicht auf das Erbrecht.¹⁾

§. 551.

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

I. Die im römischen Rechte²⁾ verbotenen Erbverzichte kamen im Mittelalter in Uebung³⁾ und werden von der Mehrzahl der neueren Gesetze anerkannt,⁴⁾ so auch vom österreichischen in obigem, 1807 und 1809 entstandenen Paragraphen.⁵⁾

II. Die ältere Theorie⁶⁾ faßte den Erbverzicht als einen obligatorischen Vertrag über den künftigen Nachlaß auf; die heute herrschende, von Haffe angelegte, von Beseler ausgeführte Theorie erklärt den Erbverzicht als einen sofort definitiv wirkenden Vertrag über das „Erbrecht“,⁷⁾ wofür auch der Wortlaut der §§. 538, 551 a. b. G. B. spricht.⁸⁾ Daran ist zu billigen die Negation jener älteren Meinung und die Statuirung des erbrechtlichen Vertrages; nicht zu billigen dagegen die Formulirung des positiven Theils dieser Lehre. Denn ein (nicht existirendes) „Erbrecht“ (viventis nulla hereditas) kann nicht „sofort zerstört“ werden; und die „Erbverbindung“ (beim gesetzlichen Erben) wird nicht gelöst. Denn daß dem Verzichtenden nicht deferirt wird, ist nicht etwa auf eine Aenderung der juristischen Qualitäten (des sogen. status) zurückzuführen. Der Erbverzicht kann nicht der emancipatio des alten römischen Rechtes oder der Ehetrennung unseres Rechtes (§. 1266 a. E.) an die Seite gestellt werden, durch welche allerdings die Erbverbindung gelöst wird. Unrichtig ist deshalb auch die Be-

¹¹⁾ 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.

¹²⁾ 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.

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

²⁾ Abhdlg. in d. Excursen N. 1–3; vgl. Haffe im Rhein. Museum II S. 154 ff.

³⁾ Beseler Erbverträge II, 2. §§. 24, 26; System §§. 161, 173.

⁴⁾ Dagegen verworfen im franz. öst. G. B., a. 791, 1130.

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

⁶⁾ Vgl. Beseler Erbverträge II 1. Abth. §§. 5, 6; 2. Abth. §. 24.

⁷⁾ Haffe S. 151; vgl. S. 199 f.

⁸⁾ Beseler Erbverträge II 2. Abth. S. 240.

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

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

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

V.¹⁴⁾ Weil der Erbverzicht nicht mit der Ausschlagung einer deferrirten Erbschaft, sondern mit der testamentarischen Ausschließung von der Erbfolge zu vergleichen ist, so ist die Statthastigkeit bedingter Erbverzichte, und zwar sowohl resolitiv- als suspensiv-bedingter, nicht zu bezweifeln, und sind auf solche Verhältnisse die Bestimmungen der §§. 707 und 708 a. b. G. B. analog anzuwenden. Es ist nämlich so, als wäre der Verzichtende testamentarisch von der Erbfolge unter einer Bedingung ausgeschlossen. Nun ist aber offenbar eine resolitiv-bedingte Ausschließung gleich einer suspensiv-bedingten Einsetzung, und eine suspensiv-bedingte Ausschließung gleich einer resolitiv-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 deferrirt, und zwar auch dann, wenn dem „Begünstigten“ die Erbschaft bereits deferrirt war, er aber stirbt, ohne erworben

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

¹⁰⁾ Ueber Wesen und Wirkung des Erbverzichtes ausführlich: Hofmann a. a. O. (f. N. 1) und Excursus Abs. V und VI.

¹¹⁾ Excursus Abs. III.

¹²⁾ Excursus Abs. IV.

¹³⁾ Zu diesem Abs. vgl. Excursus Abs. VII.

^{13a)} Bedenken gegen seine Statthastigkeit könnte §. 719 erregen; aber es ist eben nur die (nicht genug zu tabelnde) Formlosigkeit des Erbverzichtes, welche auf diesem Punkte, wie auf vielen anderen, Unzukömmlichkeiten mit sich führt.

¹⁴⁾ Vgl. Excursus Abs. VIII.

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

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

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

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

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

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

¹⁵⁾ Vgl. Excursus Abf. IX.

¹⁶⁾ Ist freilich der Erbverzicht im einzelnen Falle als *Chepact* gedacht, so muß natürlich die für *Chepacte* geltende Form beobachtet werden.

¹⁷⁾ Vgl. Excursus Abf. X.

¹⁸⁾ Vgl. Excursus Abf. XI.

^{18a)} Die für Erbverträge in §. 602 (vgl. §. 1249) aufgestellte Einschränkung gilt für Erbverzichte nicht.

¹⁹⁾ Arg. §§. 865, 1250. *De lege ferenda* ist Testirfähigkeit zu verlangen.

²⁰⁾ Vgl. Excursus Abf. XII.

²¹⁾ Vgl. Excursus Abf. XIII.

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

Neuntes Hauptstück.

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

Das entsprechende (XI.) Hauptstück des Westgal. G. B. war überschrieben: „Von letztwilligen Verordnungen.“ Zeiller tabelte an dieser Ueberschrift, sie sei tautologisch²³⁾ 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,²⁴⁾ die auch einstimmig angenommen wurde (9. Jänner 1804).

Aus der Erwägung, daß zur Gültigkeit eines Testamentes oder Cobicilles 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 Spitze gestellten definirenden Paragraphen wird in den Paragraphen von der Erbeinsetzung (also vom Inhalte), in den §§. 560—563 vom „Recht des Zuwachses“ (von der Accrescenz), dann in den §§. 564, 565, 570—572 von der Willenserklärung, in den §§. 566—574 (mit Ausschluß der nicht hin gehörigen §§. 570—572) von der Testirungsfähigkeit, hierauf (nach zwei allgemeine Grundfätze 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

²²⁾ Vgl. Zeiller II S. 411.

²³⁾ Literatur: a) östereich. R. Ant. Ascona Teoria generale delle forme interne ed esterne delle dichiarazioni delle ultime volontà . . . (Milano 1822). Ein Heftchen, dessen Inhalt viel enger begrenzt ist, als der Titel erwarten läßt; rec. in der Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1830 (III S. 445 f.). Die übrigen bei Michel II S. 120 f. angeführten Bücher stehen mit „Briefstellern“ u. dgl. ungefähr auf gleicher Stufe. — Die nur einzelne Fragen behandelnden Aufsätze werden bei diesen angeführt werden. — b) Gemeines R.: Köschirt Das testamentarische Erbrecht 2 Thle. 1840. Heimbach im Rechtsler. X S. 713 ff. Fein Das Recht der Cobicille (44. und 45. Bd. des Glück'schen Commentars). — c) Ueber das preussische R. s. Gruchot I S. 300 ff.

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

²⁾ Nur hieß es: „dem Testamente“.

ist zwar keine gelungene, aber auch keine gedankenlose. Die §§. 554—559 handeln nach Zeiller's eigenem Ausdruck „von dem ersten Erforderniß eines jeden Testamentes, nämlich der Einsetzung eines oder mehrerer Erben und wie im letzteren Falle die Erbschaft vertheilt werde.“ Dabei ist übersehen, daß von der Erbeinsetzung nur mehr der Name, nicht mehr die Gültigkeit der Erklärung des letzten Willens abhängt. Auch mag bei dieser Anordnung mitgewirkt haben, daß man die den Testamenten eigenthümlichen Paragraphen vorweg nehmen wollte, damit man dann in dem Reste des Hauptstückes (§§. 565—601) von der Erklärung des letzten Willens, ohne Unterscheidung zwischen Testamenten und Codicillen handeln könne; namentlich gilt das von der Testirungsfähigkeit und von der „äußeren Form“ Gesagte auch für Codicille. — Der Uebergang von den §§. 554—559 zu den §§. 560—563 (Accrescenz) ergab sich, sobald man nicht auf den theoretischen Unterschied zwischen Umfang der Erbeinsetzung und Umfang des Erbserwerbes, sondern auf die äußere Ähnlichkeit der Thatbestände sah, von selbst. Durchaus verfehlt ist nur die Verstellung der vom Irrthum handelnden Paragraphen (570—572) mitten in die Materie von der Testirungsfähigkeit, während sie noch im Westgal. G. B. (§§. 360—363) etwas besser gestellt waren.³⁾ Gegen die Reihenfolge der übrigen Paragraphen ist nichts Erhebliches zu erinnern. Die Stellung der §§. 575, 576 nach den Paragraphen von der Willenserklärung und von der Testirungsfähigkeit und vor den Paragraphen von den Formen rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß zwar in den Zuständen und Eigenschaften des Testators eine Aenderung sich ergeben kann, nicht aber an der einmal gesetzten Form.⁴⁾

Bei einem Blick auf die Marginalien fällt sofort auf, daß eine „innere Form“ und „eine äußere Form der Erklärungen des letzten Willens“ unterschieden werden, und daß dasjenige, was da „innere Form“ genannt wird, gar keine Form ist. So unpassend nun dieser früher beliebte Sprachgebrauch war,⁵⁾ so geht man doch heut zu Tage zu weit, wenn man die Zulässigkeit der Unterscheidung von „äußerer“ und „innerer Form“ überhaupt läugnet. In einem anderen Sinne gebraucht, ist sie nicht grundlos. Wenn noch nach classischem römischen Rechte die Erbeinsetzung an den Anfang des Testamentes gestellt (Gaius II 229) und in bestimmten verbis imperativis erklärt werden mußte (Gaius II 116, 117. Ulp. fragm. tit. XXI), so waren das Formvorschriften und doch verschieden von denen über den *litus per aes et libram* u. dgl. Die Formeln der Legate waren eine Formvorschrift des älteren römischen Rechtes; ebenfalls eine Formvorschrift, aber anderer Art war es, daß nach späterem römischem Rechte, aber vor dem Jahre 531 (l. 32 Cod. VI, 42), ein Vermächtniß sowohl in einem Testamente als in einem Codicille, aber auch nur in diesen wirksam angeordnet werden konnte, so daß einerseits die Beobachtung der Codicillarform genügte, andererseits eine formlose Anordnung nicht genügte. Der Unterschied zwischen diesen Formvorschriften besteht darin, daß einige die Form des äußerlichen Herganges bei der Erklärung (Form des *Testiractes*, äußere Form), andere die Form des Inhaltes (innere Form) betreffen. Eine innere Form in diesem Sinne ist nach österr. Rechte weder für die Testamenten, noch für die Erbeinsetzungen, noch für die Vermächtnisse vorgeschrieben („*amota est solemnium sermonum necessitas*“ f. l. 15 Cod. VI, 23).

³⁾ Dort beruht die Einreihung offenbar auf dem Gedanken, daß auch der Irrthum, wie die Furcht und die Trunkenheit ein die freie Absichtlichkeit der Erklärung ausschließender Zustand ist. Es ist nicht dieses Ortes, zu zeigen, wie viel hieran richtig, wie viel unrichtig ist.

⁴⁾ Eine Aenderung hinsichtlich der Form könnte sich nur auf Seiten des objectiven Rechtes, nicht auf Seiten der Thatfachen ergeben.

⁵⁾ S. Unger II §. 86 N. 2, VI §. 13 N. 2.

Erklärung des letzten Willens.

§. 552.

Die Anordnung, wodurch ein Erblasser sein Vermögen, oder einen Theil desselben Einer oder mehreren Personen widerrüflich auf den Todesfall überläßt, heißt eine Erklärung des letzten Willens.

Erfordernisse: 1. Innere Form.

§. 553.

Wird in einer letzten Anordnung ein Erbe eingesetzt, so heißt sie Testament; enthält sie aber nur andere Verfügungen, so heißt sie Codicill.

I. Wie der „Eigenthümer“¹⁾ überhaupt die rechtlichen Schicksale seines Vermögens bestimmen kann, kann er auch verfügen, was damit nach seinem Tode zu geschehen habe. Es ist dies die höchste Aeußerung der Herrschaft des Einzelnen über das Seine; das *legem dicere posse rei suae*. Seit den ältesten Zeiten hat man die Analogie zwischen solchen Verfügungen und der Gesetzgebung bemerkt.²⁾ Sie äußert sich auch darin, daß die Verfügung von demjenigen, der sie gemacht hat, beliebig abgeändert oder zurückgenommen werden kann, daß daher die ältere Anordnung der neueren weichen muß.³⁾ Aber auch darin, daß nur der in bestimmter feierlicher Form erklärte Wille beachtet wird. Es gilt also der letzte d. h. nicht mehr abgeänderte⁴⁾ Wille (*suprema, ultima voluntas*⁴⁾); als solcher gilt aber derjenige, der zuletzt formgerecht erklärt worden ist. Man hat den Ausdruck von dem Erzeugenden auf das Erzeugte übertragen und nennt die Verfügung⁵⁾ ebenfalls „letzter Wille“. Schon im *corpus iuris civ.* kommt der entsprechende Sprachgebrauch vor⁶⁾ und ist im Mittelalter zu einem technischen geworden.⁷⁾ Durch eine solche einseitige, an Niemanden gerichtete (adressirte)

¹⁾ Dieses Wort (nicht „Erblasser“) steht im Westg. G. B. II §. 345.

²⁾ Testamentum in calatis comitiis. — „Uti legassit“ etc. (12 Taf., I. 120 D. 50, 16). Vgl. Cicero Philipp. II 42; Quinetil. declam. 308. — Lassalle II S. 179 ff. Keinen Glauben verdient die von Lassalle II S. 117 und Runge in seinen Excursen über röm. R. (S. 542) ausgesprochene Vermuthung.

³⁾ Lex posterior derogat priori. — Posteriore testamento rumpitur superius (§. 1 J. II, 17). — Ambulatoria est voluntas etc. (I. 4 D. 34, 4).

⁴⁾ Ob dieser Ausdruck (bez. der folgende lateinische) sprachlich auf den Willen eines Sterbenden deutet, lassen wir dahin gestellt, neigen aber zur Verneinung. Jedenfalls drückt er ganz bezeichnend das nächsterne juristische Verhältniß aus, und brauchen wir Juristen jene Vorstellung nicht durch Fiktionen einzuschleichen, wie selbst Savigny VIII S. 447 f. thut, der sie sogar zum Ausgangspunkt eines Theiles seiner Theorie der zeitlichen Grenzen nimmt. — Vgl. I. 1 §. 1 D. 37, 11 (Ulp.): . . . tabulas supremas hoc est eas, quae novissime ita factae sunt, post quas nullae factae sunt; supremae enim hae sunt, non quae sub ipso mortis tempore factae sunt, sed post quas nullae factae sunt, licet hae veteres sint. Diese einschärfenden Wiederholungen beweisen, daß das Wort „suprema, ultima“ (voluntas) schon damals dem Sprachgeföhle zweideutig erschien, wie uns „letzter Wille“, bei dem der Lateiner sofort an die „letzte Stunde, letzte Ehre“ u. dgl. denkt.

⁵⁾ „Suprema voluntas“: I. 1 Cod. I, 2; I. 22 pr. D. de leg. III; „ultima voluntas“: I. 6 pr. D. 35, 1. Ein mehrmaliges Testiren setzt dieser Ausdruck keineswegs voraus; „supremae tabulae habentur et solae (Paulus in I. 163 pr. D. de V. S.). Vgl. „suprema hominum iudicia“ in I. 5 D. 29, 3, „supremae defuncti preces“ (= fideicommissum) in I. 55 §. 3 D. 36, 1; „suprema sua ordinare“ in I. 39 D. 13, 7; I. 25 §. 1 D. 28, 2; I. 36 §. 2 D. 29, 1.

⁶⁾ Ebenso die Urkunde, in der sie etwa aufzeichnet ist.

⁷⁾ C. bes. Nov. 1 cap. 4 §. 2: κρατιὴν ὁμοίως καὶ ἐπὶ ἀγράφων διαθηκῶν, καὶ ἐπὶ πάσης τελευταίας βουλήσεως θεοπίζουεν (haec omnia similiter valeant tam in non scriptis testamentis, quam omni ultima voluntate).

⁸⁾ Spiegelii Lexicon Juris Civilis (Basel, Ausg. v. 1577 Fol. nicht paginirt): „Voluntas ultima. Haec vox in genere invenitur, ut quae nec sit testamentum, nec codicillus, nec donatio causa mortis, nec alio speciali nomine nominetur; sed sim-

für den Todesfall getroffene Verfügung erwirbt bei Lebzeiten des Verfügenden Niemand ein Recht; sie ist beliebig abänderlich.

II. Nichts ist bekannter, nichts selbstverständlicher, als diese Widerruflichkeit. Fragt man aber nach ihrem Grunde, so fehlt eine befriedigende Antwort. Jene Eigenschaft folgt nicht, wie so Viele, namentlich — im Anschluß an Zeiller (II S. 416) — unsere Commentatoren glauben, schon aus der Einseitigkeit dieser Rechtsgeschäfte; denn auch durch einseitige Handlungen kann man sich eines Rechtes begeben⁸⁾ oder Anderen Rechte einräumen⁹⁾ oder sonst sich binden; namentlich kann eine Stiftung durch einseitigen und doch unabänderlichen Rechtsact erfolgen. Auch folgt die Widerruflichkeit nicht daraus, daß auf den Todesfall verfügt wird: es gibt auch unwiderrufliche Verfügungen auf den Todesfall: diesen Charakter hat der Erbvertrag immer, die mortis causa donatio manchmal. Richtiger schon ist es, wenn man die beiden Momente combinirt.¹⁰⁾ Wollte man ferner den Grund der Widerruflichkeit darein setzen, daß aus einer solchen Verfügung zunächst Niemandem ein Recht oder auch nur eine feste Anwartschaft erwächst — so wäre das theils nur eine Weiterlegung der Frage,¹¹⁾ theils nicht sicher gegen Einwendung.¹²⁾ Eine durchschlagende und doch einfache und positive Antwort ist unmöglich, weil die Frage unlogisch ist. „Warum ist eine solche Anordnung widerruflich?“ Antwort: „Ja, warum sollte sie denn bindend sein?“ — Hinter dem positiven Ausdruck der Widerruflichkeit verbirgt sich eine negative Thatsache, die einer Erklärung nicht bedarf.¹³⁾ Will man jene Frage einer Antwort würdigen, so muß man verneinend alle die möglichen Momente durchgehen, welche eine Willenserklärung bindend machen können.¹⁴⁾ Und um auch ein positives Moment in die Erklärung aufzunehmen, wird man auf den Willen des Verfügenden hinweisen, der keines jener Momente setzen wollte. Der Testator ist nicht gebunden, weil er sich durch seine Erklärung nicht binden will, und dies Jedem erkennbar¹⁵⁾ ist. — Selbst aber gegen diese Erklärung erhebt sich

pliciter in generali appellatione ultimae voluntatis relinquatur: de qua facit mentionem Gloss. not. in l. licet C. de Pact.“ [l. 19 Cod. II, 3]. Die beiden hier unklar verschmolzenen Gedanken werden geschieden im Lexicon Juridicum des Heibelberger Professors Calvinus (Kahl) (Genevae 1683 fol): „Ultima voluntas“ sei einmal jede unbenannte Art letztwilliger Verfügungen im Unterschiede von den benannten Testament, Codicill, m. c. don.), dann die „appellatio generalis“ für alle letztwilligen Verfügungen, wofür er sich auf die in R. 6 cit. Stelle bezieht (p. 956). Vgl. Codex Max. Bav. civ. Th. III Kap. II §. 2: „Was Jemand verstandenermaßen auf seinen künftigen Todesfall von dem Seinigen disponirt oder verordnet, das heißt regulariter ein letzter Wille (ultima voluntas), und wird nach dem Unterschiede der Dispositionen bald ein Testament, bald ein Codicill, Legat, Donation oder Fideicommiss genant.“ Schon in den Landrechten und Reformationen des 16. und 17. Jahrh. wird der Ausdruck „letzter Wille“ ganz ebenso gebraucht, wie heut zu Tage.

⁸⁾ Derelictio, manumissio, emancipatio etc.

⁹⁾ Vgl. Siegel Das Versprechen als Verpflichtungsgrund (1873).

¹⁰⁾ S. z. B. Gruchot II S. 242: „Die Widerruflichkeit des Testaments und Codicilles, als einer einseitigen Verfügung auf den Todesfall . . .“

¹¹⁾ Sie würde nun lauten: „warum erwächst daraus keine feste Anwartschaft?“

¹²⁾ Die Offerte bindet, bevor aus ihr Jemandem ein Recht erwachsen ist. Doch ist dies allerdings eine anomale Erscheinung.

¹³⁾ Auf die Frage: „warum gehört die Sache x dem A?“ läßt sich ganz präcis antworten: z. B. „weil er sie geerbt hat“; die Frage: „warum gehört die Sache x nicht dem A?“ wäre offenbar albern.

¹⁴⁾ Rechts-Entäußerung, Uebertragung, Vertrag, absichtlich Vertrauen erweckendes Versprechen u. s. w.

¹⁵⁾ Es bedarf hiezu, wie manche unserer Schriftsteller (Zeiller II S. 416, Nippel IV S. 61) ausdrücklich zu sagen für nöthig halten, „keines ausdrücklichen Vorbehaltes des Widerrufes“, weil jeder Zurechnungsfähige die Bedeutung letztwilliger Verfügungen kennt, und es sich selbst zuschreiben hat, wenn er im Vertrauen auf eine solche später widerrufene Zuwendung größeren Aufwand gemacht hat.

noch der Zweifel, daß nach römischem Rechte des Testators Wille an der Widerruflichkeit nichts zu ändern vermöge,^{15a)} also auch nicht ihr Grund sein könne.¹⁶⁾ Dieser Einwand ist hinfällig. Der Wille des Testators, die Widerruflichkeit auszuschließen, ist entweder nicht erklärt und dann für die Rechtsphäre nicht vorhanden, oder aber erklärt; dann ist diese Erklärung entweder an eine bestimmte Person gerichtet und wird zu einem Erbvertrage führen, dessen Ungiltigkeit im römischen Rechte auf positiver Vorschrift beruht, während er nach gemeinem und theilweise auch nach österr. Rechte (§. 1249) gültig ist; — oder aber: die Erklärung ist ein Wort in's Blaue¹⁷⁾ und verhallt wirkungslos;¹⁸⁾ denn es liegt in der Natur der Willensfreiheit, daß sie sich selbst nicht direkt aufheben kann. — Und so wird denn gerade im römischen Rechte die Antwort auf die Frage, ob eine mortis causa donatio (also eine Verfügung auf den Todesfall) bindend oder widerruflich sei, von dem erkennbaren Willen des Verfügenden abhängig gemacht (l. 35 §. 4 D. 39, 6).

III. Nicht jedes Rechtsgeschäft, dessen Erfolg irgendwie durch den Tod des Verfügenden bedingt oder befristet ist, ist darum schon ein „Rechtsgeschäft von Todeswegen“, „eine Verfügung auf den Todesfall“. Eine solche ist nicht vorhanden, wo der Todesfall nur einen Nebenpunkt des Geschäftes, und wäre es selbst eine Schenkung,¹⁹⁾ bildet; sondern dort, wo die contemplatio mortis die Hauptsache ist, wo Vermögensverhältnisse für den Todesfall eben mortis causa geordnet werden.^{19a)} — Nicht jede Verfügung auf den Todesfall (von Todeswegen) ist darum schon eine „letztwillige Verfügung“. Denn das Eigenthümliche dieser besteht ja, wie der Name sagt, darin, daß sie als „letzte“, also darum gilt, weil sie nicht widerrufen wurde. Unwiderrufliche Verfügungen, deren Kraft also nicht davon abhängt, daß sie die ultima (suprema) voluntas enthalten, verdienen diesen Namen nicht.²¹⁾ Indes wird er sehr oft von Schriftstellern und in Gesetzen in einem weiteren Sinne — synonym mit „Verfügung auf den Todesfall“ — gebraucht.²²⁾ Indem das a. b. G. B. im §. 552 seiner Definition die engere Bedeutung zu Grunde legt, bezeichnet es diese mit Recht als die eigentliche technische. Daneben kommt freilich auch die weitere

^{15a)} Walther Tract. II c. XIV (meist Suttinger's Consuetudines angehängt): „Wann gleich ein Geschäftiger“ (Testator) „einen Eid geschworen hätte, sein Testament unwiderruflich zu halten, so wollen doch die Rechten, daß er ungehindert solches Eids (als der in solchem Falle nicht bindet) dasselbe widerrufen möge“ (vgl. Beckmann p. 484), — eine Anspielung auf l. 112 §. 4 D. de leg. I; s. Mühlenthaler in Glück's Comm. XXXVIII S. 194 f. N. 24 und N. 26, dann übhpt. S. 189 ff.

¹⁶⁾ Der Wille allein bindet nie, immer muß noch ein anderes Moment hinzutreten (s. Hofmann Entstehungsgründe der Obligationen); dagegen kann natürlich für das Negative (das Nicht-gebunden-sein) schon das Fehlen oder die negative Richtung des Willens genügen.

¹⁷⁾ Die zwar adressirte, aber nicht angenommene Erklärung steht damit praktisch gleich. Es ist kein Grund vorhanden, hier dem unangenehmen Versprechen eine bindende Kraft beizulegen, wie dies in anderen Fällen im Interesse des Verkehres zuweilen geschieht. Vgl. Hofmann a. a. D.

¹⁸⁾ L. 22 pr. D. de legat. III: „... suprema voluntas potior habetur; nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat.“

¹⁹⁾ Vgl. Unger Erbrecht §. 77 Anm. 22.

^{19a)} Vgl. Windscheid I §. 69 N. 6* und zugehörigen Text, dann III §. 675 N. 1 und Lehre v. d. Voraussetzung S. 83 f.

²⁰⁾ Hofmann in Grünhut's Zschr. III S. 666. — Umgekehrt aber ist allerdings jede letztwillige Verfügung eine Verfügung auf den Todesfall.

²¹⁾ Uebereinstimmend Rippel IV S. 61, Winwarter III S. 46, Windscheid III §. 538 N. 2, Roth III §. 299; vgl. auch Zeißler II S. 415 f., Gruchot II S. 243. — Abweichend Unger Erbr. §. 8 N. 3.

²²⁾ S. hier Note 7.

Bedeutung zuweilen in unserem Gesetzbuche vor: so namentlich in §. 1254.²³⁾ Für die, engere Bedeutung sind außer §. 552 in erster Linie zu beachten §. 534 und §. 603, dann die §§. 121, 716, 718, 449, 1449 u. a. m.²⁴⁾²⁵⁾

IV. Je nachdem „eine Erklärung des letzten Willens“ im eigentlichen (engeren) Sinne²⁶⁾ eine²⁷⁾ Erbsetzung enthält oder nicht, heißt sie Testament²⁸⁾

²³⁾ „Den Nothherben bleiben ihre Rechte (gegen den Erbvertrag), wie gegen eine andere letzte Anordnung vorbehalten.“ Vgl. auch Notar. Dvg. §. 56 lit. a.

²⁴⁾ Wir haben dabei zunächst genannt diejenigen Paragraphen, wo sich die Bedeutung schon aus der grammatischen Auslegung ergibt. Die logische Auslegung führt bei den §§. 573, 569 (vgl. mit §. 1250), 898 (vgl. mit §. 1251) auf die engere, bei den §§. 542, 727, 728, 1487 auf die weitere Bedeutung. Keineswegs aber darf man diese überall dort annehmen, wo etwas von dem „letzten Willen“ (der „letzten Anordnung, Verfügung“) Ausgesagte auch auf Erbverträge anwendbar ist, weil diese eben in vielen Beziehungen den letzten Willenserklärungen gleich gestellt sind. So ist im ganzen IX. Hauptstück, an dessen Anfang die §§. 552, 553 gestellt sind, und wo erst gegen's Ende (§. 602) zum ersten Mal der Erbverträge Erwähnung geschieht, der Ausdruck „letzter Wille“ synonym mit „Testament und Codicill“ (was sich in §. 578 schon aus der grammatischen Auslegung ergibt), und doch gilt vieles von seinem Inhalt auch für Erbverträge.

²⁵⁾ „Eine Stimme bei der juristischen Facultät“ (offenbar in Wien) glaubte, das Merkmal der Widerruflichkeit sei wegzulassen, weil die Erklärung sonst zu eng wäre, die unwiderrücklich gemachte Schenkung auf den Todesfall nicht einschließen würde. Zeiller wendete (9. Jän. 1804) theils gegen die Textirung des Paragraphen (345) im Westgal. G. B. II, theils gegen dieses Monitum ein: Das Wesen des letzten Willens bestehe nicht in der Vermuthung des Erblassers, daß die bedachte Person ihn überleben werde, sondern darin, daß ihr etwas auf den Todesfall und widerrücklich hinterlassen wird. Wenn die Ueberlassung unwiderrücklich geschieht, so sei es nach §. 57 Westgal. G. B. III eine Schenkung unter Lebenden. — Ueber seinen Antrag wurde die gegenwärtige Textirung (nur hieß es statt „Erblasser“ „Eigentümer“) einstimmig angenommen. Der §. 344 Westgal. G. B. wurde gestrichen, da alle Mitglieder der Commission mit der Bemerkung der Wiener Facultät einverstanden waren, daß er „vielmehr in das Lehrbuch gehöre“.

²⁶⁾ Schon der Gebrauch des Wortes „letztwillig“ in der weiteren Bedeutung ist ungenau; noch weniger läßt es sich rechtfertigen, daß Arnolds (§. 501 A. 5) und Unger (§. 8 und §. 26) — einer u. E. nicht haltbaren Construction des Erbvertrages (s. bei §. 1249) zu Liebe — das Merkmal der Widerruflichkeit aus der Definition des Testamentes entfernen, damit einen der ältesten und sichersten Begriffe unserer Wissenschaft in Frage stellend.

²⁷⁾ D. h. wenigstens eine. — Daß das Testament außerdem Vermächtnisse und überhaupt die verschiedensten Anordnungen vermögensrechtlicher oder anderer Natur (z. B. hinsichtlich des Leichenbegängnisses, der Erziehung der Kinder, Bestellung eines Vormundes) enthalten kann, versteht sich von selbst. Windscheid III §. 678.

²⁸⁾ Die Etymologie dieses Wortes war schon unter den Römern bestritten. Servius Sulpicius, welchem Ulpian (XX, 1) und die Verfasser der Justin. Inst. (II, 10 pr.) gefolgt sind, leitete es von *mentis contestatio* ab (vgl. Lassalle II S. 58 ff.); und obwohl schon Gellius (N. A. VI, 12) die richtige Ansicht unter Hinweis auf analoge Wortbildungen ausgesprochen hatte, so wurde diese doch erst viel später (namentlich auch durch Laurentius Valla, l. 6 elegantiar. c. 36) zu allgemeiner Anerkennung gebracht (vgl. auch Calvini Lexicon p. 901). — In den römischen Rechtsquellen (s. l. 1 Cod. Theod. IV, 4; §. 12 J. II, 23; s. Fein in Glück's Comm. XLIV S. 350 N. 47) kommen die Worte *testari*, *testator* zuweilen in einer weiteren Bedeutung vor; nicht aber auch — u. W. — das Wort *testamentum*; um so öfter wird es aber von den Späteren und bis auf den heutigen Tag ungenau d. h. in einem anderen als dem technischen Sinne gebraucht. Vgl. Sebast. Almers *Manuale Juris* (Frankfurt u. Leipzig 1692 ff. 8) p. 1233: „*Testamentum, ex eo dictum, quod sit testatio mentis, capitur latissime pro quavis voluntate seria, late, ut etiam codicillos complectatur* (§. 3 Inst. de eo, cui lib. c. [III, 11]), *strictae et proprie denotat eam ultimam voluntatem, quae codicillis opponitur.*“ Auch im a. b. G. B. wird „Testament“ zuweilen in einem die Codicille mitumfassenden Sinne gebraucht, aber nur selten (so in den §§. 579, 584, 598 zur Vermeidung übellauteuder Wiederholungen), wogegen das Zeitwort „testiren“ in der Regel (und mit gutem Grunde) auch auf die Errichtung von Codicillen geht (s. z. B. §§. 577, 585, 587).

oder aber Codicill²⁹⁾ (f. §. 553³⁰⁾.³¹⁾ Da nun nach österr. Rechte bei beiden Arten letztwilliger Verfügungen dieselben persönlichen Eigenschaften auf Seiten des Verfügenden und dieselben Förmlichkeiten erfordert werden (f. oben), da auch der Legatar die testamenti factio passiva haben muß (§. 647), da ferner bei uns nicht nur der Bestand des Codicills nicht von dem eines Testaments,³²⁾ sondern selbst die Gültigkeit des übrigen Inhaltes eines Testaments nicht von der Wirksamkeit der Erbeinsetzungen abhängt,³³⁾ vielmehr die einzelnen Anordnungen (ob man nun dies Wort in einem formellen oder materiellen Sinne nimmt) von einander unabhängig sind; da es endlich weder nützt noch schadet, wenn der Testator ein Testament „Codicill“ oder ein Codicill „Testament“ nennt oder die Ausdrücke „Erbe“ und „Legatar“, — „Erbtheil“ und „Vermächtniß“ u. f. w. verwechselt,³⁴⁾ — so hat die ganze Unterscheidung beinahe gar keine praktische Bedeutung. „Beinahe“; denn durch die §§. 713 und 714 wird in einem Punkte allerdings ein Unterschied begründet.³⁵⁾ Von diesem einzigen (und überdies, wie wir bei den citirten Paragraphen sehen werden, ganz ungerechtfertigten) Unterschiede abgesehen, kann man auch von unserem G. B. sagen, es habe „die im römischen Recht so bedeutungsvolle Unterscheidung zwischen Testament und Codicill aufgenommen, aber in der That nur den Wortbegriffen, nicht ihrem wahren Wesen nach.“³⁶⁾ — Zeiller (S. 417) nennt eine Erklärung eines letzten Willens, worin keine Erbeinsetzungen, wohl aber „Substitutionen“ vorkommen, ein Codicill. In gleichem Sinne haben sich Rippel³⁷⁾, Ellinger³⁸⁾, Stubenrauch³⁹⁾ und am ausführlichsten Basevi⁴⁰⁾ ausgesprochen, in entgegen-gesetztem Unger (§. 8 A. 5). Die gemeine Substitution ist ganz gewiß eine wahre Erbeinsetzung, ob die fideicommissarische⁴¹⁾ es ist, wird im X. Hauptstück untersucht werden. Jedenfalls hat jene Meinungsverschiedenheit auch nicht die

²⁹⁾ Ueber das Wort f. Fein in Glück's Comm. 44. Bd. S. 16 ff., Unger §. 56 A. 1 und A. 2. — Der bei uns allgemeine Sprachgebrauch, „das Codicill“ zu sagen, ist auch der des Gesetzbuchs: f. bes. §. 714, dann auch die §§. 578, 695, 715.

³⁰⁾ Geschichte des §. 553: Grundlage der Redaction war §. 346 Westgal. G. B. II. Statt „letztwillige Verordnung“ wurde gesetzt: „letzte Anordnung“ auf Zeiller's Antrag (9. Jän. 1804); zugleich wurde das Ende des §. 346 auf Antrag des Präf. Gf. Rottenhann als überflüssig (f. §. 347 Westgal. G. B., §. 535 a. b. G. B.) gestrichen. Bei der Sup. Rev. (30. Nov. 1809) setzte man auf Pfleger's Antrag: „andere Verfügungen“ statt (wie es noch 1804 hieß): „einzelne Vermächtnisse und Verfügungen“.

³¹⁾ Daß man die widerrechtliche m. c. donatio hier nicht berücksichtigte, erklärt sich aus der eigenthümlichen Behandlung der m. c. don. im österr. R. (§. 956).

³²⁾ Unger §. 56 A. 3; vgl. auch Zeiller II S. 417.

³³⁾ Unger §. 13 A. 1 und §. 22 A. 2.

³⁴⁾ Vgl. Winiwarter III S. 47. — Nach allem oben Gesagten versteht es sich von selbst, daß eine Codicillar-Clausel in einem österreichischen Testamente keinen Sinn hätte. Vgl. Zeiller II S. 489, Unger §. 56 A. 5.

³⁵⁾ Darauf hat schon Zeiller II S. 418 aufmerksam gemacht.

³⁶⁾ Grundot I S. 307 f. Mit Recht spricht er sich für das Aufgeben der Unterscheidung aus. Man beachte auch die daselbst beigebrachten Citate, denen die bei Unger §. 56 A. 1 cit. Stelle aus Koch beizufügen ist. Wenn Fein (in der bei Unger ebd. abgedruckten Stelle) für die Beibehaltung der Unterscheidung von Testament und Codicill den wesentlichen Unterschied zwischen Universal- und Singular-Succession anführt, so beweist dies Argument nicht, was es soll, — sondern nur (was Niemand bezweifelt), daß es einen praktischen Sinn hat, zwischen Erbeinsetzung und Vermächtniß zu unterscheiden.

³⁷⁾ Der auch hier (IV S. 62) Zeiller's Comm. ausgeschriben hat.

³⁸⁾ Er macht zu dem Worte „ein Erbe“ in §. 553 die Glosse: „d. i. ein direkter Erbe (§. 604)“.

³⁹⁾ 1. Aufl. II S. 288 f., 2. Aufl. I S. 748.

⁴⁰⁾ 6. Aufl. p. 223.

⁴¹⁾ Und an sie allein denkt wohl auch jene Juristen, welche ohne Unterscheidung von „Substitutionen“ sprechen (Zeiller, Rippel, Basevi).

mindeste praktische Bedeutung, da die in den §§. 713, 714 behandelte Frage hier gar nicht gestellt werden kann.⁴²⁾

V. Wie es gleichgiltig ist, ob der Erblasser seine Willenserklärung „Testament“ oder „Codicill“ genannt hat, so kommt auch für die (praktisch sehr wichtige) Frage, ob etwas Erbeinsetzung oder Vermächtniß sei, Nichts auf die Ausdrücke, Alles auf den aus der formgerechten Erklärung objectiv erkennbaren Willen des Erblassers an.⁴³⁾ Mag dieser auch nie etwas von einer Universal- und einer Singular-Succession gehört haben und den Unterschied von Erbtheil und Vermächtniß nicht kennen, für den praktischen Unterschied wird er nicht unempfänglich sein, und mag er auch diesen im Augenblicke der Verfügung nicht gerade überdacht haben, so kann man doch in den meisten Fällen mit aller Sicherheit sagen, welche Deutung der Erblasser selbst seiner Verfügung gegeben hätte, wenn man ihn auf den Unterschied aufmerksam gemacht haben würde. Eine Erbeinsetzung ist dann vorhanden, wenn der Erblasser Jemanden zur Fortsetzung der Herrschaft über sein Vermögen berufen wollte. Daß, wenn er einem Erben nur einen Theil des Nachlasses zuwenden, also mehrere Erben haben will, der Theil eines Jeden ein quoter sein muß (§§. 532, 535), ist nur die nothwendige Folge davon.⁴⁴⁾ Andererseits ist in der Zuwendung einer Quote, wenn nichts entgegensteht,⁴⁵⁾ der Wille, Jemanden zum Erben haben, zu erkennen, wie umgekehrt die Bedeutung des „Erben“ mit einer einzelnen Sache oder einer Summe andeutet, daß ein Vermächtniß beabsichtigt ist.⁴⁶⁾ Entscheidend ist aber dies nicht, sondern, ob es dem Willen des Erblassers gemäß ist, daß sich Legatäre und Erbschaftsgläubiger an Einen halten können; wenn ja, dann ist man Erbe. So wenn dem Einen das bewegliche, dem Anderen das unbewegliche Vermögen^{46a)} „vermacht“ wird.⁴⁷⁾ Hier sind die Lasten von den beiden Erben nach Verhältniß des Werthes des jedem Zugewiesenen zu tragen, so daß aus der Werthberechnung die Quoten ermittelt werden⁴⁸⁾ und die Verfügung als Erbeinsetzung auf diese Quoten, verbunden mit einer Vorschrift über die Vertheilung der Nachlassgegenstände (über die familia dividenda⁴⁹⁾ behandelt werden muß (s. S. 14 N. 4). — Aber

⁴²⁾ Wollte man gerade daraus, daß durch eine solche Verfügung ein vorhandenes Testament nie entkräftet werden kann, ein Argument für die Meinung Zeiller's ableiten, so wäre dies verkehrt; denn 1) gilt dasselbe von einer Verfügung, die nur gemeine Substitutionen enthält, und 2) sind die Worte des §. 713 „dafern der Erblasser“ u. s. w. zu beachten.

⁴³⁾ Vgl. l. 15 Cod. VI 23 (quolibet loquendi genere formata institutio valet, si modo per eam liquebit voluntatis intentio); §. 347 Bespal. G. B. II; §. 4 A. L. R. I 12, dann die reichlichen und interessanten Nachweisungen bei Gruchot I S. 309 ff.

⁴⁴⁾ Vgl. oben S. 9.

⁴⁵⁾ Hiese es z. B. „ $\frac{1}{4}$ des reinen Nachlasses“, so wäre das ein Vermächtniß. Vgl. auch Härdtl in der bei §. 556 in N. 16 cit. Schrift S. 132 ff.

⁴⁶⁾ S. Sammlung I Nr. 350, wo Jemand zum „Universal-Erben“ eingesetzt war, aber „mit Einschränkung auf 3000 Lire“. — Vgl. Hfb. 12. Juni 1789 S. G. S. Nr. 1019, und Zeiller II S. 419 a. G., 420; preuß. L. R. I 12 §. 257; Mommsen §. 138. Damit entfallen die großen Schwierigkeiten, welche nach römischem Rechte die institutio ex re certa bereitet (Unger §. 8 N. 4), über die neuerdings wieder so vielerlei Meinungen geäußert worden sind (vgl. Münchener Krit. Wtschft. XII S. 476 ff., XVII S. 567—578).

^{46a)} Ebenso, wenn es hiese „bewegliche (unbewegliche) Sachen“ (§. 298), sobald gewiß ist, daß er die Beiden zu Erben haben wollte; vgl. Zeiller II S. 422.

⁴⁷⁾ S. Unger §. 8 N. 6, wo noch mehrere andere lehrreiche Beispiele nachzulesen sind. Vgl. auch Sammlung V Nr. 2371.

⁴⁸⁾ Wenn aber Kuntze (Ueber die Erbeinsetzung auf bestimmte Nachlassstücke, Epz. 1875) dieselbe Auffassung in das alte römische Recht verlegt, so hat dies alle historische Wahrscheinlichkeit gegen sich.

⁴⁹⁾ Cf. l. 21 Cod. III 36; l. 20 §. 3 D. 10, 2.

wenn auch eine weitgehende Nachlässigkeit im Ausdruck, ⁵⁰⁾ sobald des Testators Wille feststeht, nicht schadet (s. Sammlung I Nr. 310, sehr zweifelhaft dagegen Sammlung VIII Nr. 3846), so muß doch stets erfordert werden, daß irgend eine Erklärung animo testandi (s. bei §. 565) in einer correcten „äußeren“ Testamentsform abgegeben worden sei, was in Sammlung III Nr. 1143 nicht der Fall war. ⁵¹⁾

Zutheilung der Erbschaft: *)

§. 554.

a) wenn nur Ein Erbe;

Hat der Erblasser einen einzigen Erben, ohne ihn auf einen Theil der Verlassenschaft zu beschränken, unbestimmt eingesetzt; so erhält er den ganzen Nachlaß. Ist aber dem einzigen Erben nur ein in Beziehung auf das Ganze bestimmter Erbtheil angemessen worden; so fallen die übrigen Theile den gesetzlichen Erben zu.

I. Die Vorschriften der §§. 554—558 zeichnen sich durch Einfachheit und Natürlichkeit vor den verknüpfsten römischen Bestimmungen über denselben Gegenstand aus, welche eine Consequenz des mit gutem Grunde in unser Recht nicht aufgenommenen (§. 534, vgl. preuß. L. R. I 12 §. 45) Satzes „nemo pro parte“ etc. waren. Für unser Recht ist hier der leitende Grundsatz, daß der Wille des Erblassers, wenn er auch nicht ausdrücklich erklärt, aber doch objectiv erkennbar ist, befolgt werden soll. ¹⁾ Die erwähnten Paragraphen sind deshalb nicht absoluter Natur, sondern Interpretationsregeln, welche weichen müssen, wenn überzeugend dargethan werden kann, daß in concreto die Verfügung des Erblassers anders gemeint war. ²⁾

II. Redaction des §. 554. Grundlage war §. 349 Westgal. G. B. II, an welchem die Worte „ohne alle Beschränkung“ mit dem Hinweis auf mögliche Bedingungen u. dgl. getadelt wurden. Auf Zeiller's Antrag wurde (9. Jän. 1804) ein dem jetzigen gleichlautender Text beschloffen; nur daß er (wie der westgalizische) am Ende nach den Worten „die übrigen Theile“ den Zusatz enthielt: „mit den verhältnißmäßigen Lasten“, der bei der Superrevision gestrichen wurde, weil er überflüssig sei und mißverstanden werden könnte (30. Nov. 1809).

III. Das nicht glücklich (s. §. 565 pr.) gewählte Wort „unbestimmt“ in §. 554 bedeutet, daß im Testamente nicht gesagt ist, wie viel der Erbe bekommen soll. Da nun der Fall, wo er bloß auf einen Theil eingesetzt ist, ohnedies im §. 554 zweimal ausgeschieden wird (vb. „ohne ihn . . .“ und „Ist aber“), so wurde jenes Wort in unnöthiger Scrupulosität nur eingefügt, um die Fälle auszuschließen, wo der einzige Erbe ausdrücklich auf das Ganze berufen oder als „Universalerbe“ bezeichnet wird, in denen zwar dasselbe gilt, für die es aber keiner besonderen Interpretationsregel bedarf. — Der zweite Satz des §. 554

⁵⁰⁾ Vielleicht das Aeußerste hierin und an Begriffsverwirrung hat geleistet der Testator in dem von Zugschwerdt im „Jurist“ XI S. 99—155 viel zu weitläufig erzählten, von den Gerichten unrichtig entschiedenen Falle (im Auszuge bei Peitler Nr. 347).

⁵¹⁾ Die dort mitgetheilte Entscheidung des obersten G. H. ist aus vielen Gründen zu mißbilligen; s. hier bei §. 565 und bei §. 578.

^{*)} Die §§. 553—563, also auch diese Materie, betrifft ein Aufsatz von M. Karmin, von dem nicht zu begreifen ist, wozu er geschrieben, noch weniger, wozu er in Haimerl's Magazin XV. Bd. S. 274—280 aufgenommen wurde; denn er enthält, von einigen unrichtigen Bemerkungen abgesehen, nichts, als was etwa ein recht dürftiger Leitfaden über unseren Gegenstand bringen würde.

¹⁾ Vgl. Zeiller II S. 419 und S. 385, Winwartter III S. 47, Stubenrauch I. Aufl. II S. 290, 2. Aufl. S. 748.

²⁾ Dies entspricht dem Geiste des ganzen österreich. Erbrechts, welches den wirklichen Willen des Erblassers zur Geltung zu bringen so sehr bemüht ist (s. z. B. §. 558 a. E.), wie es das römische Recht nur hinsichtlich der letztwilligen Verfügungen der Soldaten thut.

rechtfertigt sich durch folgende Erwägung: Wenngleich die Anschauung der Redactoren, daß die gesetzliche Erbfolge auf den präsumtiven Willen des Erblassers zurückzuführen ist, oft zu unerträglichen Fiktionen führt, so ist sie doch gerade im vorliegenden Falle eine natürliche. Denn hier, wo der Erblasser nicht nur testirfähig war, sondern auch wirklich testirt hat, liegt die Annahme nahe, daß er über den Rest nur darum nicht verfügt hat, weil er ihn den gesetzlichen Erben belassen wollte. Und selbst, wenn dies nicht der Fall gewesen sein sollte, wäre ebenso zu entscheiden; denn wäre auch nur unbekannt, wem er den Rest zuwenden wollte, so wäre doch der Wille, den eingesetzten Erben auf einen Theil einzuschränken, gewiß. Zu demselben Ergebniß führt die heutige Vorstellung von dem Verhältniß der Delationsgründe. Die gesetzliche Erbfolge ist darnach die Regel, bei der es so lange und insoweit sein Bewenden hat, als sie nicht durch eine gegentheilige gültige Verfügung des Erblassers ausgeschlossen ist (vgl. §. 728). — In der *institutio excepta re-certa* ist ein Vermächtniß zu Gunsten der Intestaterben enthalten. Hat sich dagegen der Erblasser nur vorbehalten, über die Sache anderweitig zu verfügen (was freilich keinen praktischen Sinn hat), und hat es dann doch nicht gethan, so ist sie eben nicht *excepta* und bleibt dem (oder den) testamentarischen Erben.³⁾ — Wenn der Testator geschrieben hätte: „A soll den — Theil als Erbe bekommen,“ weil er über die zu gewährende Portion noch unschlüssig war, und hätte dann die Lücke nicht ausgefüllt, so bekäme der A nichts;⁴⁾ denn zum Testiren gehört vor Allem ein klarer bestimmter Entschluß (*certum debet esse consilium testantis*; §. 565).

IV. Schwierigkeiten macht der Fall, wo der einzige eingesetzte Erbe⁵⁾ an sich zugleich Intestaterbe wäre. Gewiß muß man im Zweifel sich an die im Gesetz aufgestellte Regel halten, welche nicht unterscheidet. Demnach wird ein solcher Erbe außer seiner testamentarischen Portion auch noch einen Antheil an dem Rest bekommen.^{6a)} Andererseits ist aber die Vorschrift des §. 554 nicht absoluter Natur, sondern eine Interpretationsregel, welche nicht nur der ausdrücklichen gegentheiligen Anordnung des Erblassers weicht, sondern jedem Nachweis einer anderen Absicht desselben hinsichtlich des *institutus*, wobei die Anhaltspunkte für diesen Nachweis auch anderswoher als aus dem Testamente selbst entnommen werden dürfen (arg. §. 582 i. f.).^{6b)} Liegt es doch bei einer so unvollständigen

³⁾ Beide Entscheidungen hat schon Rippel IV S. 66; beistimmend Unger §. 15 A. 1, Stubenrauch 2. Aufl. I S. 749. Vgl. Sächf. G. B. §. 2172, Wommsen §. 139.

⁴⁾ Unrichtig Rippel IV S. 63 f., der sich unnötige Scrupel über die Berechnung des Wieviel macht, während es hier nichts zu rechnen gibt! — Richtig Stubenrauch 1. Aufl. II S. 290, 2. Aufl. I S. 749, Basevi p. 224, Unger §. 15 A. 2.

⁵⁾ Vgl. die Bemerkung zu §. 556 pr.

^{6a)} Daß dem nicht der Wortlaut von §. 534 (vb. „dem einen Erben . . . , dem anderen . . .“) und noch viel weniger §. 808 entgegensteht, ist so selbstverständlich, daß die (überdies zum Theil unrichtigen) Ausführungen Karmin's S. 275 f. unnötig waren.

^{6b)} Ueber die Entscheidung dieser Fälle sind die Commentatoren nicht einig. Zeiller erwähnt ihrer nicht, weder hier (S. 418 ff.), noch S. 385 f.; wahrscheinlich haben die Redactoren an sie gar nicht gedacht. Rippel IV S. 64 f. hat ein casuistisches Schema zur Entscheidung der einzelnen Fälle aufgestellt, wogegen sich alle späteren Bearbeiter des österreichischen Rechts, die überhaupt auf die Frage eingegangen sind, ausgesprochen haben, ohne dem richtigen Kern der Ausführungen von Rippel gerecht zu werden. Zimmerlin gebührt diesem das Verdienst, der erste auf die Schwierigkeiten dieser Fälle aufmerksam gemacht zu haben und ihnen nicht ausgewichen zu sein. Gegen ihn aber ist zu erinnern: a) daß sich für die Interpretation der concreten Fälle kein allgemeingültiges Schema aufstellen läßt; daß Rippel's vermeintliche Regeln nur Gesichtspunkte sind, die neben anderen bei der Interpretation in Betracht kommen; b) daß seine Bemerkungen, auch in diesem Sinne genommen, nicht durchweg zutreffend sind (s. hier N. 9). — Winivarter (III S. 48) lehrt: „Kommt dem Eingesetzten zugleich die Eigenschaft eines gesetzlichen Erben

Verfügung über das Vermögen nahe, anzunehmen, daß der Testator nur hinsichtlich der Größe der Portion des einen gesetzlichen Erben modificirend in die Intestaterbfolge eingreifen wollte; wenn er z. B. von vier gleichstehenden Intestaterben einen auf $\frac{1}{3}$ eingesetzt hat, so ist es gewiß nicht wahrscheinlich, daß er wollte, daß dieser Erbe $\frac{1}{3} + \frac{1}{6}$ bekommen soll; viel wahrscheinlicher ist es, daß er seine Portion von $\frac{1}{4}$ auf $\frac{1}{3}$ erhöhen wollte. Nur freilich genügt die Wahrscheinlichkeit nicht, es muß der Wille des Erblassers erweislich sein,⁷⁾ wobei andererseits auch ein Indicienbeweis zureicht.⁸⁾ Wenn Jemand seinen einzigen nächsten gesetzlichen Erben, der es auch schon zur Zeit der Testamenterrichtung war, auf einen Theil einsetzt, so wird es in den meisten Fällen den Sinn haben, daß er ihn auf diesen Theil einschränken wollte,⁹⁾ gewiß dann, wenn er gesagt hat, z. B. „A soll nur den dritten Theil meines Nachlasses bekommen.“ Gerade hier aber entstehen neue Bedenken. An wen soll der Rest fallen, da der A ab intestato keine Miterben gehabt haben würde? An die nach ihm nächsten gesetzlichen Erben. Ist dies aber nicht eine (gewiß unstatthafte) stillschweigende Erbeinsetzung? Nein. Es braucht den entfernteren gesetzlichen Erben nicht erst die Erbenqualität verliehen zu werden. Sie haben, so zu sagen, ein virtuelles Recht,¹⁰⁾ das von selbst potenziell wird,¹¹⁾ sobald ihm kein besseres mehr entgegensteht, wobei es gleichgültig ist, aus welchem Grunde (Tod, Verzicht, Ausschlagung, Erbfähigkeit u. s. w.) die an sich Nächsten nicht erben. Es fragt sich also nur, ob der Erblasser der nächsten gesetzlichen Erben von der Intestaterbfolge anders als durch Erbeinsetzungen Anderer ausschließen kann, eine Frage, deren bejahende Beantwortung an späterem Orte¹²⁾ begründet werden wird.

zu, so concurrirt er als solcher ungeachtet der Einsetzung auf einen bestimmten Theil mit den übrigen gesetzlichen Erben, da ihm in einem solchen Falle ein doppelter Titel zu dem Erbrechte zusteht: der Wille des Erblassers und das Gesetz.“ Die Begründung zeigt, daß die Entscheidung wirklich so allgemein (so absolut) gemeint, als ausgesprochen ist. Entscheidung und Begründung sind unrichtig: die erstere eben wegen ihrer Allgemeinheit, die letztere, weil die Vorstellung, als ob die beiden „Titel“ unter sich ohne allen Zusammenhang wären, als ob es bei der Vertheilung des Restes ganz und gar nicht darauf ankäme, was der Erblasser gewollt hat, Winivarter's eigener richtigerer Bemerkung auf §. 47 a. E. (s. hier N. 1) widerspricht. — Dieselbe Entscheidung hat Ellinger (bei §. 554), mit der anderen, ebenfalls unrichtigen, Begründung: „denn die Verfügung dieses Paragraphen lautet ganz allgemein“ (dagegen s. hier Abs. I). — Stubenrauch 1. Aufl. II S. 290, 2. Aufl. I S. 748 schließt sich an Ellinger an mit einer Abweichung: während nämlich dieser seine Entscheidung auch dort aufrecht hält, wo ein anderer Wille des Erblassers zu vermuthen wäre (s. hier N. 7), sagt Stubenrauch: „und es ist nicht anzunehmen, daß die Berufung als testamentarischer Erbe zugleich eine Ausschließung von der Intestaterbfolge enthalte.“ Diese Bemerkung ist nun in solcher Allgemeinheit gewiß falsch, schlimmer aber noch (weil unwissenschaftlicher Ecticismus) ihre Verquickung mit der Entscheidung Ellinger's, welche den Willen des Erblassers principiell für irrelevant erklärt. — Näher unserer Ansicht kommt die Entscheidung Unger's (s. 15 N. 2), die sich von der eben mitgetheilten (von Winivarter, Ellinger, Stubenrauch) durch die Einschränkung unterscheidet: „wenn nicht der Erblasser etwas anderes verfügt hat,“ — am nächsten die eine weitere Deutung zulassende Fassung Basevi's (p. 224): „tutte le volte, che dalla disposizione testamentaria non emergesse di volentelo escludere,“ wogegen nur das im Texte (unmittelbar vor N. 6) Bemerkte zu erinnern ist.

⁷⁾ Ellinger sagt (a. a. D.): „Wenn gleich vermuthet werden könnte, daß ihn der Erblasser von dieser Concurrenz habe ausschließen wollen.“ Ganz richtig; wie aber, wenn es erwiesen werden könnte?! Ellinger müßte consequent auch hier seine Entscheidung aufrecht halten (s. N. 6).

⁸⁾ Vgl. bei §. 540 die N. 13 und Text dazu.

⁹⁾ Anders (und, wie uns scheint, nicht treffend) äußert sich über diesen Fall Rippel S. 65:

¹⁰⁾ „Recht“ im weiteren Sinne, kein ius quaesitum.

¹¹⁾ Aber selbst damit noch kein erworbenes Recht.

¹²⁾ Im Eingange zum XIII. Hauptstück.

b) wenn mehrere ohne Theilung:

§. 555.

Sind ohne Vorschrift einer Theilung mehrere Erben eingesetzt worden, so theilen sie zu gleichen Theilen.

I. Redaction. Der §. 350 Westgal. G. B. II entspricht unserem §. 555 (vgl. auch preuss. L. R. I, 12 §. 261), nur daß sein zweiter Satz abgelöst und — unpaffender Weise ¹⁾ — an's Ende des §. 559 gestellt wurde, und daß statt des „für Ungelehrte nicht verständlichen (?) Ausdrucks“ „nach Köpfen“ gesetzt wurde: „zu gleichen Theilen“ (9. Jan. 1804).

II. Die in diesem Paragraphen aufgestellte Regel ist selbstverständlich; denn aus welchem Grunde könnte da Einer mehr verlangen, als die Anderen erhalten? — Vgl. §. 839 b. G. B.; §. 6 J. II 14; l. 9 §. 12 D. 28, 5. Daß dabei „ein Körper (Corporation), eine Gemeinde, eine Versammlung (z. B. die Armen) immer nur für Eine Person gerechnet werden“ (§. 559 a. G.), ist ebenfalls selbstverständlich.

III. Obige Regel hat aber Ausnahmen. Der Wille des Erblassers kann darauf gerichtet gewesen sein, daß zwei oder mehrere Erben zusammen eine Portion bekommen sollen, was sich auch in der Satzfügung ausdrücken kann, ²⁾ und nach gesetzlicher Interpretationsvorschrift im Falle des §. 559 pr. anzunehmen ist. ³⁾

IV. „Wenn alle Erben in dem allgemeinen Ausdrucke einer gleichen Theilung zur Erbschaft berufen werden“ (§. 560), „so theilen sie“ natürlich auch „zu gleichen Theilen“ (§. 555), und es wird selbst die Ausnahme des §. 559 pr. dadurch meistens ausgeschlossen sein, ⁴⁾ freilich aber nicht immer und nothwendig. ⁵⁾

V. Wenn in dem Testamente keine Erbtheile ausgemessen sind, sondern deswegen auf eine separate Verfügung (beziehungsweise Aufzeichnung) hingewiesen wird, so ist die Vorschrift von §. 582 pr. zu beobachten, mag nun diese abgeforderte Theilbestimmung dem eigentlichen Testamente vorangehen oder nachfolgen. Wie nun, wenn sich nach dem Tode des Testators eine solche Theilbestimmung nicht auffinden läßt? — Dann ist sie entweder nie erfolgt und die Einsetzungen sind aus Mangel eines bestimmten Entschlusses ungiltig (vgl. bei §. 554 Abf. III a. G.); oder aber sie ist erfolgt, und nur die Urkunde unauffindbar, ihr Inhalt unbekannt (oder doch unerweislich: §. 722), dann kann der unbekannte Wille des Testators so wenig befolgt werden, als im Falle einer unverständlichen Anordnung. ⁶⁾

¹⁾ S. Unger §. 15 A. 3; und hier bei §. 559 Abf. I.

²⁾ Unsere Commentatoren behaupten, daß die Verbal-Conjunction nach Herr. R. durchaus bedeutungslos sei; so Zeiller II S. 420, Taglioni IV p. 87 sg., Winwartter III S. 49, Stubenrauch 1. Aufl. II S. 291, 2. Aufl. I S. 749 — der Erstgenannte mit der Begründung, daß die römischen Bestimmungen über *verbis coniuncti* „in unser Gesetzbuch nicht aufgenommen worden sind“. Es ist aber auch hier zu erinnern, daß §. 555 keine absolute Vorschrift ist, sondern dem Nachweis eines anderen Willens des Erblassers weicht; vgl. bei §. 554 Abf. I und A. 6. Richtig Unger §. 15 A. 8, wo Beispiele nachzulesen sind.

³⁾ Daß §. 555 durch §. 559 modificirt werde, darauf hat schon Zeiller II S. 420 aufmerksam gemacht, dem die späteren Darsteller gefolgt sind. Um so unbegreiflicher ist es, wie dies die II. Instanz im Falle der Sammlung II Nr. 741 verkennen konnte. Richtig ebd. die III. Instanz (im Princip richtig auch die I. Instanz, die aber bei der Durchführung irrte, *per stirpes* theilend, wo zunächst *per lineas* zu theilen war).

⁴⁾ Stubenrauch 1. Aufl. II S. 291 f., der hier mit Recht an l. 13 pr. D. 28, 5 erinnert.

⁵⁾ Weil eben hier alles Interpretationsfrage ist. S. Unger §. 15 A. 9 a. G. S. übrigens auch bei §. 559 Abf. V (S. 80), wo wir darauf noch zurückkommen.

⁶⁾ Vgl. Unger §. 13 A. 4 und Text dazu.

Praktisch stehen sich also jene beiden Fälle gleich, zumal man meistens gar nicht wissen wird, ob die unaussprechbare Erklärung überhaupt jemals abgegeben worden ist. — Für die Aufrechterhaltung solcher Erbeinsetzungen könnte man anführen den favor testamenti, und etwa sagen: 1) der Wille des Testators, diesen Personen zusammen seinen ganzen Nachlaß zu hinterlassen, steht fest; 2) da Niemand von ihnen beweisen kann, daß ihn der Erblasser besser bedenken wollte (beziehungsweise bedacht hat), so erben sie zu gleichen Theilen. Allein: a) das unter 1) Gesagte ist nicht wahr; es könnte ja eine Vertheilung, wie sie in §. 556 pr. vorausgesetzt ist, beabsichtigt gewesen sein; 7) b) stünde aber auch in concreto fest, daß die Institutirten den ganzen Nachlaß bekommen sollten, so könnte doch jene Erwägung höchstens für den Gesetzgeber bestimmend sein, nicht für den Richter, der sich gegenwärtig halten muß, daß hier entweder kein bestimmter Entschluß des Testators oder keine vollständige und verständliche Erklärung desselben vorliegt.⁸⁾ Ausnahmslos gilt freilich auch dies nicht, wie fast nichts in dieser Materie, bei der es sich um Willensinterpretation handelt. Wenn sich nämlich der Erblasser „die Bestimmung der Theile noch vorbehält,“ so kann darin möglicher Weise der (sehr unnöthige!) Vorbehalt einer Aenderung der Theile (die zunächst als gleiche gedacht sind) gelegen sein; im Zweifel ist jedoch dies nicht anzunehmen.⁹⁾

VI. Befinden sich unter den Eingesezten Ungeborene (nascituri im weiteren Sinne), so ist zu unterscheiden: a) sie sind schon empfangen (concepti, nascituri im engeren Sinne), so sind die Theile vorerst ungewiß und kann vor erfolgter Geburt zu einer Theilung nicht geschritten werden;¹⁰⁾ oder b) sie sind zur Zeit des Todes des Testators noch nicht einmal concipirt; dann wird dies als eine successive fideicommissarische Erbeinsetzung mit variablen Portionen behandelt.¹¹⁾

7) Dies überseht Basevi (bei §. 555 Abs. 2).

8) Vgl. Mommsen S. 202. Auch entspricht eine gleiche Vertheilung hier fast nie dem Willen des Testators, worauf aber freilich kein Gewicht zu legen ist, da es seinem Willen noch weniger entspricht, wenn die Institutirten nichts bekommen.

9) Die Frage war schon unter den römischen Juristen bestritten: l. 2 D. 28, 5. Andere einschlägige Stellen: l. 36, l. 81 §. 1 D. 28, 5; l. 12 D. 37, 11. Darnach ist es für's gemeine Recht „bei Bezugnahme auf eine künftig erst vorzunehmende Theilbestimmung, die sich dann aber nicht wirklich findet, im Zweifel so zu halten, als wenn die Erben ganz ohne Angabe der Erbtheile eingesetzt worden, in dem Falle hingegen, wo auf eine vorgenommene Theilbestimmung, die sich aber nicht findet, Bezug genommen wird, ist die Erbeinsetzung selbst so gut als nicht geschehen.“ Arndts im Rechtslexikon III S. 920 (Civil.-Schriften II S. 78, Vangerow 7. Aufl. II S. 168, Vering Röm. Erbrecht S. 305, 320 f.). Diese auf nicht immer zutreffenden Deutungen der testamentarischen Aeusserungen beruhende Unterscheidung der römischen Juristen ist kaum zu billigen (vgl. Mommsen S. 202; auch Basevi p. 224 Nr. 1 und 2 will beide Fälle gleich behandelt wissen, aber er ist in beiden Fällen für Giltigkeit der Erbeinsetzungen; ebenso entscheidet für's preuß. Recht Gruchot I S. 529); mithin auch nicht, daß Unger S. 15 N. 4 sie in's östereich. R. herübernehmen will. Selbst wenn man jene Entscheidungen für's römische R. billigen könnte, würde das gleiche für's östereich. R. nicht gelten. Im römischen R. ist die Ungewißheit darüber, ob die unbekannt gebliebenen Theile das Ganze erschöpft haben würden, irrelevant (wegen des „nemo pro parte . . .“); ganz anders im östereich. R.: §. 556 pr. Auch harmonirt Unger's Entscheidung in N. 4 nicht recht mit der richtigen in N. 2 (a. E.), wo er sich (mit Recht) an die l. 36 D. 28, 5 nicht kehrt hat.

10) Vgl. Zeiler II S. 421 (der wohl auch nur an diesen Fall denkt), Basevi zu §. 555 Nr. 4, Stubenrauch 1. Aufl. II S. 291, 2. Aufl. I S. 749, Unger S. 50 N. 15.

11) Hfd. v. 29. Mai (Hftb. v. 30. Juni) 1845. Darüber s. bei §§. 545, 546 Abs. VI und unten bei §. 612.

c) wenn alle in bestimmten Theilen;

§. 556.

Sind mehrere Erben und zwar alle in bestimmten Erbtheilen, die aber das Ganze nicht erschöpfen, eingesetzt worden, so fallen die übrigen Theile den gesetzlichen Erben zu. Hat aber der Erblasser die Erben zum ganzen Nachlasse berufen; so haben die gesetzlichen Erben keinen Anspruch, obgleich er in der Berechnung der Beträge, oder in der Aufzählung der Erbstücke etwas übergegangen hätte.

I. Redaction: a) Wie dem §. 555 der §. 350 Westgal. G. B. zu Grunde liegt, so dem §. 556 der §. 353. Die eingeschobenen §§. 351, 352, die vom ius accrescendi handelnd, die Materie von der Theilung der Erbschaft unter mehrere eingesetzte Erben unterbrochen, wurden von mehreren Ländercomissionen getadelt und über Zeiller's Antrag (9. Jän. 1804) „vorerst übergegangen“ (s. §. 560 ff.). Dies war um so richtiger, als beide Materien bei gänzlicher innerer Verschiedenheit eine gewisse äußerliche Aehnlichkeit haben, welche jene Vermengung noch verwirrender machte. — Auch der zweite Satz von §. 353 wurde von beinahe allen Comissionen getadelt; doch sind ihre Monita nicht mittheilenswerth; ¹⁾ um so mehr aber sind es Zeiller's Ausführungen, die ungefähr dahin gingen:

(b) Zeiller's Referat.) Im ersten Satze werde die Materie von der Theilung der Erbschaft unter mehrere eingesetzte Erben fortgesetzt. Dabei seien drei Fälle zu scheiden:

- 1) alle sind unbestimmt eingesetzt: §. 350 Westgal. G. B.;
- 2) alle auf bestimmte Theile;
- 3) nur einige auf bestimmte Theile: §. 355.

Hier ist vom zweiten Fall die Rede, innerhalb dessen wieder drei Fälle möglich sind:

a) die Theile erschöpfen genau die Erbschaft (dieser Fall bedarf keiner gesetzlichen Bestimmung);

b) die Theilung ist nicht erschöpfend: z. B. Titius $\frac{1}{2}$, Caius $\frac{1}{4}$. Nach römischem Rechte falle wegen der Regel „nemo pro parte . . .“ das übrige Viertel dem Titius und Caius zu, nach unserem den Intestaterben.

c) Der Erblasser überschreite in der Vertheilung den Nachlaß. Das römische Recht mit seiner Unzertheilung sagt: singulis pro rata decrescit. Wir machen so viele Theile, als der Erblasser angeordnet hat. Inzwischen könne doch der Erblasser aus Versehen eine verkehrte Berechnung vornehmen und z. B. sagen: A sei Erbe zu $\frac{1}{2}$, B zu $\frac{1}{4}$, C zu $\frac{2}{3}$ u. dgl. Für diesen Fall sorge aber der zweite Theil des §. 356 Westgal. G. B. [= §. 558 a. E.]. Hier sei also nur ²⁾ festzusetzen . . . [der Antrag stimmt wörtlich mit §. 556 pr.].

Der zweite Satz des §. 353 Westgal. G. B. scheine ³⁾ auf den Fall

¹⁾ Am besten noch war der Antrag der obderennsischen Comm. und des böhmischen N. G., zu textiren: „wenn der Verstorbene in seinem Testamente sein ganzes Vermögen überhaupt einem oder mehreren Erben zugedacht hat, so hat der gesetzliche Erbe auf die Summen, von welchen im Testamente“ u. s. w. (= §. 353). (Offenbar hat hier — wie in anderen Fällen — Zeiller der Kürze wegen zwei sehr ähnliche Anträge zusammengesetzt; denn eine wörtliche Uebereinstimmung beider Comissionen ist doch nicht glaublich.)

²⁾ Der Gedankengang ist offenbar dieser: da der erste Unterfall (2 a) keiner Normirung bedürfe, für den Dritten (2 c) die allgemeine Vorschrift in §. 558 i. f. ausreiche, so sei hier nur der mittlere Fall (2 b) zu normiren.

³⁾ Dies nur vermuthungsweise ausgesprochene ist gewiß richtig; vgl. preuß. L. R. I, 12 §§. 254, 255, 264—266. Solche oft vorkommende Nebenwendungen bestätigen die Annahme, daß Zeiller die Protokolle der älteren Redactionen nicht benützt hat; s. Pfaff in Grünhut's Ztschft. II S. 258 ff.

zu deuten, wo der Erblasser durch die Vertheilung unter die Erben den ganzen Nachlaß erschöpfen will, dennoch aber in der beigefügten Berechnung der Summen oder Aufzählung der Verlassenschaftsstücke etwas übergangen hätte. Gesezt der Erblasser sagte: „Mein Vermögen so in 10,000 fl. besteht, sollen A und B haben;“ es fänden sich aber 11,000 fl. im Werthe. Oder er sagte: *) „Mein Vermögen vermache ich dem A und B, und zwar dem A meine Grundstücke, dem B mein Haus in der Stadt mit allen Mobilien.“ **) Nun fände sich aber auch eine „Obligation“, oder Privatforderung, an die der Erblasser nicht gedacht hat.

Als Zeiller's Frage, ob über den Fall etwas im O. B. zu sagen sei, von der Commission bejaht wurde, **) schlug Zeiller einen Text vor, der mit dem jetzigen §. 556 fast *) wörtlich übereinstimmt.

II. Der Testator kann beliebig viele und beliebig große Erbtheile machen. **) Doch müssen diese ihrem Wesen nach Quoten sein (§. 532, §. 535) und wenn sie in anderer Art angegeben wären, auf solche reducirt werden. **) Uebrigens kann die Größe des Erbtheiles in sehr verschiedener Art angegeben werden. **)

III. Auch der erste Satz des §. 556 ist, wie der zweite von §. 554, eine Consequenz von §. 534 (vgl. §. 728). Sind die mehreren Eingesezten zugleich gesetzliche Erben, so können hier dieselben Zweifel entstehen, wie bei §. 554 (s. dort Absatz IV.). — Ist der Wille, nur die Instituirten zu Erben zu haben, unzweifelhaft, **) so schadet es nicht, daß sich der Testator in der Berechnung der Quoten **) oder, wo er den Werth seines Vermögens angegeben und das Verhältniß der Erbtheile durch Summen bestimmt hat, in der Werthangabe geirrt, **)

*) Vgl. zu dem Folgenden oben S. 64 Text a. E.

**) Vgl. §. 674 a. b. O. B.

*) „Der Deutlichkeit wegen“ hielt man einen Beisatz hierüber für wünschenswerth.

**) Nur hieß es in den vorletzten Zeilen statt „Beträge“: „Summen“.

*) Auch schon nach römischem R. trotz der im Duodecimalssystem wurzelnden Gewohnheit der Uncialtheilung. L. 13 §. 1 D. 28, 5: Paterfamilias distribuere hereditatem in tot partes potest, quot voluerit, sed solemnibus assis distributio in duodecim uncias fit. (Solemnis bedeutet hier nicht „feierlich“, sondern „gewöhnlich“.)

**) Vgl. bei §. 552 f. R. 47 und Text zu R. 47—49. Eine institutio ex re certa, wobei sowohl aus der Erbqualität, als aus der Einschränkung auf die res certa voller Ernst gemacht würde, wie das Härdtl (auf S. 134 f. feiner in R. 16 cit. Schrift) voraussetzt, wäre ein nach östereich. R. ganz unmögliches Zwitterverhältniß.

**) Am einfachsten durch directe Angabe der Quote (Halbte, Drittel, zwei Fünftel, drei Siebentel u. s. w.); oder durch res certae, worüber die in der vorigen Note angeführten Stellen zu vergleichen sind; oder in anderer „mittelbarer“ Weise, wie es Härdtl nennt; z. B. „von meinen beiden Erben A und B soll B einen doppelt so großen Theil, als A erhalten“ oder „von meinen drei Erben A, B, C hat B zweimal so viel als A und überdies 100 fl. und C zweimal so viel als B zu erhalten“ (Härdtl S. 128 f.) oder noch complicirter. Gerade von solchen Fällen handelt Härdtl mit Vorliebe, obgleich von ihnen allen gilt, was er nur von den complicirten sagt (S. 152), daß sie „im wirklichen Leben gewiß nur sehr selten vorkommen“. Ist die Angabe geradezu unverständlich, so will Härdtl S. 152, dem Wininwarter (Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1838 III S. 120) zustimmt, unter Berufung auf §. 839 den Eingesezten gleich große Theile zusprechen, soferne nicht wegen §. 559 eine Ausnahme eintrete. Ein stärkeres Argument für diese Ansicht böte vielleicht S. 697; aber ein so singulärer Satz gestattet keine Analogie, und man muß bei Testamenten umsomehr eine verständliche Willens-Erklärung erfordern, als eine so arge Unklarheit der Erklärung auf eine Unklarheit des Willens hindeutet.

**) Er ist hinreichend deutlich ausgedrückt, wenn der Testator die Instituirten als seine Universal-Erben bezeichnet hat. Vgl. Härdtl S. 135, Stubenrauch 1. Aufl. II S. 292, 2. Aufl. I S. 750. — Interessanter Fall: Sammlung II Nr. 820, wo die Auslegung der III. Instanz ebenso gewiß richtig, als die der II. unrichtig war.

**) Wie solches wirklich geschehen kann, darüber s. Härdtl S. 127.

**) Z. B. „Mein Vermögen stellt einen Werth von 40,000 fl. dar; davon soll A 18,000 fl., B 12,000 fl., C 10,000 fl. bekommen.“ In Wahrheit würde aber der Nachlaß einen größeren oder geringeren Werth darstellen.

oder, wenn er den Erben gewisse Nachlaß-Bestandtheile zuwies,¹⁴⁾ bei deren Aufzählung etwas vergessen hat.¹⁵⁾ Es werden dann seinem wahrscheinlichen Willen gemäß die Angaben über die Erbtheile berichtigt¹⁶⁾ (§. 558 a. E.). Wenn die Summe der vom Testator direkt angegebenen oder aus seinen Angaben berechneten Quoten mehr oder weniger als ein Ganzes beträgt, so werden sie verhältnißmäßig verkleinert oder vergrößert, und zwar am einfachsten, indem man sie, wenn sie nicht ohnehin schon gleichnamig sind, auf gemeinschaftlichen Nenner bringt, an dessen Stelle man dann die Summe der Zähler setzt.¹⁷⁾ Die bei dieser Berichtigung sich ergebenden Schwierigkeiten sind meist nicht juristischer Natur.

IV. Juristische Schwierigkeiten aber ergeben sich, wenn der Testator keine Quoten gemacht, sondern die Bestandtheile des Nachlasses unter die Erben vertheilt und dabei einige Nachlaßstücke nicht erwähnt hat, sei es aus Vergeßlichkeit, sei es, daß sie erst später erworben wurden. Nichts scheint einfacher und consequenter, als die Beibehaltung des eben angegebenen Verfahrens, indem man aus dem Werthe der res certae die Erbquoten ermittelt. Und doch würde hier die proportionale Auftheilung der vergessenen Sachen oder Rechte meistens gegen den Willen des Erblassers gehen. Denn diesem ist es ganz gewiß zunächst nicht darum zu thun, daß der ganze Nachlaß gerade in dem (oft sehr complicirten) Verhältniß der Werthe der res certae vertheilt werde, sondern daß z. B. sein Gut oder Haus einem Einzigen (z. B. dem ältesten Sohne) zukomme.¹⁸⁾ Würde er an die vergessenen Werthe erinnert worden sein (sie werden meistens einen relativ geringen Theil darstellen), so würde er sie vielleicht dem mindest Bedachten, vielleicht allen zu gleichen Theilen zugebacht zu haben. Offenbar aber hat man nur zwischen der proportionalen und der gleichen Vertheilung die Wahl und wird mit der letzteren in den meisten Fällen dem Willen des Testators näher

¹⁴⁾ S. bei §. 552 f. N. 47.

¹⁵⁾ Mit Recht erinnert Unger (§. 8 N. 6) hier an l. 10 Cod. III, 33: „Scriptura testamenti, qua specialiter omnia divisa continentur, quominus res, quarum testator non fecit mentionem, heredes inquirere possint, nihil impedit.

¹⁶⁾ Darüber eine eigene Abhandlung: F. h. R. Härdtl Ueber die Berechnung der Erbtheile unter Testamentserven nach §§. 556—558 des a. b. G. B. (als Anhang zu der Monographie des. Verf. über die Anrechnung in den Pflichttheil — Wien 1838). Bestimmend Binivarterer in d. Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1838 III S. 119 f.

¹⁷⁾ Dies wird von Härdtl S. 143 ff. mit zahlreichen Beispielen verdeutlicht. — Rechnung, aber auch schon apriorische Ueberlegung lehrt, daß es ganz zu demselben Resultate führt, wenn man das Zuviel oder Zuwenig proportionell auf die Erbtheile (subtrahirend bez. addirend) vertheilt. Vgl. Zeiller bei §. 558 N. 3; Nippel IV S. 68 a. E., S. 69 a. E.; Härdtl S. 144 Note. Hier mögen wenige Beispiele genügen. I. Die Theile erschöpfen nicht ein Ganzes: a) A ist eingesetzt auf $\frac{1}{7}$, B auf $\frac{2}{7}$, C auf $\frac{3}{7}$. Man nimmt die Summe der Zähler zum Nenner; also A $\frac{1}{6}$, B $\frac{2}{6}$ ($\frac{1}{3}$), C $\frac{3}{6}$ ($\frac{1}{2}$). b) Oder man vertheilt das restirende Siebentel proportional (1 : 2 : 3) unter die Erben, so daß A $\frac{1}{6}$ davon bekommt (d. h. $\frac{1}{42}$), B $\frac{2}{42}$, C $\frac{3}{42}$; dann hat A $\frac{1}{7} + \frac{1}{42} = \frac{1}{6}$; B $\frac{2}{7} + \frac{2}{42} = \frac{1}{3}$; C $\frac{3}{7} + \frac{3}{42} = \frac{1}{2}$. — II. Die Theile übersteigen ein Ganzes: a) A $\frac{1}{7}$, B $\frac{2}{7}$, C $\frac{5}{7}$, also zusammen $\frac{8}{7}$. A bekommt $\frac{1}{8}$, B $\frac{2}{8}$, C $\frac{5}{8}$. b) Oder man theilt das überschüssige Siebentel im Verhältniß von 1 : 2 : 5, mithin in Achtel, also $\frac{5}{8}$ des Ganzen und vermindert dem entsprechend die Portionen: A $\frac{1}{7} - \frac{1}{56} = \frac{8}{56} - \frac{1}{56} = \frac{7}{56} = \frac{1}{8}$; B $\frac{2}{7} - \frac{2}{56} = \frac{16}{56} - \frac{2}{56} = \frac{14}{56} = \frac{1}{4}$; C $\frac{5}{7} - \frac{5}{56} = \frac{40}{56} - \frac{5}{56} = \frac{35}{56} = \frac{5}{8}$. An diesen einfachen Beispielen sieht man, daß beide Rechnungsarten das gleiche Ergebnis liefern, daß aber die zweite viel schwerfälliger ist, als die erste. Die erste dagegen ist selbst bei complicirteren Verhältnissen einfach und bequem. Z. B. A $\frac{3}{16}$, B $\frac{2}{9}$, C $\frac{7}{30}$, D $\frac{1}{5}$ (solche minder übersichtliche Quoten werden sich bei institutiones ex re oft ergeben). A $\frac{15}{90}$, B $\frac{20}{90}$, C $\frac{21}{90}$, D $\frac{16}{90}$; zusammen $\frac{72}{90}$; folglich ist jene Vertheilung nicht erschöpfend und A bekommt $\frac{15}{72}$, B $\frac{20}{72}$, C $\frac{21}{72}$, D $\frac{16}{72}$.

¹⁸⁾ Wenn z. B. Jemand einem seiner Söhne eine Wirtschaft im Werthe von 60,000 fl., einem zweiten einen Kaufladen im Werthe von 55,000 fl. zuwendet, weil jener zum Defonomen, dieser zum Kaufmann ausgebildet ist, — so ist es ihm gewiß nicht darum zu thun, daß der Zweite um $\frac{1}{2}$ weniger bekomme als der Erste; sondern es wäre ihm lieber, wenn das Geschäft auch 60,000 fl. werth wäre.

kommen (vgl. §. 558 a. E.) als mit der ersteren. Auf dieser Erwägung beruht wohl die Vorschrift des §. 266 preuß. L. R. I 12.¹⁹⁾ Von einem richtigen Gefühl geleitet, entscheiden die meisten unserer Juristen, Rippel an der Spitze, ebenso.²⁰⁾ Aber ihre Begründung (und auch in dieser folgen sie Rippel) ist unhaltbar. Sie erklären dann nämlich die institutiones ex rebus certis als Erbeinsetzungen ohne Theilangabe (§. 555) verbunden mit Prälegaten der res certae.²¹⁾ Dabei denken sie nicht an die weiteren Konsequenzen, an die Vertheilung der Erbschaftslasten. Man denke: Jemand setzt seine drei Kinder zu Erben ein, A auf sein Landgut im Werthe von 200,000 fl., B auf sein Stadthaus (Werth: 160,000 fl.), dem C hätte er Barschaft und Werthpapiere (120,000 fl.) zugewiesen; der Werth der vergessenen Nachlassstücke betrage 20,000 fl., Schulden und Legate 90,000 fl. Nach der obigen Auffassung müßte jeder der drei Erben 30,000 fl. zu diesen Lasten beitragen, nach richtiger Auffassung (s. E. 64. Text a. E.) A $\frac{5}{12}$, B $\frac{4}{12}$, C $\frac{3}{12}$ (also 37,500, 30,000, 22,500 fl.); offenbar entspricht nur die letztere Vertheilung der Billigkeit und dem wahrscheinlichen Willen des Verstorbenen. — Nicht auf jene verunstaltete Construction, sondern auf den wahrscheinlichen Willen des Erblassers ist die gleiche Vertheilung des Restes zu stützen, und darum auch nicht als durchgreifende Regel zu behaupten; vielmehr ist alles Interpretationsfrage, wobei alle Umstände (manchmal auch die Größe des Restes)²²⁾ in Betracht kommen.

d) wenn einige mit Theilen, andere ohne Theile eingesetzt sind.

§. 557.

Wird unter mehreren eingesetzten Erben einigen ein bestimmter Theil (z. B. ein Drittheil, ein Sechstheil), andern aber nichts Bestimmtes ausgemessen; so erhalten diese den übrigen Nachlaß zu gleichen Theilen.

§. 558.

Bleibt nichts übrig, so muß von sämmtlichen bestimmten Theilen für den unbestimmt eingesetzten Erben verhältnißmäßig so viel abgezogen werden, daß er einen gleichen Antheil mit demjenigen erhalte, der am geringsten bedacht worden ist. Sind die Theile der Erben gleich groß, so haben sie an den unbestimmt eingesetzten Erben so viel abzugeben, daß er einen gleichen Antheil mit ihnen empfangt. In allen andern Fällen, wo ein Erblasser sich verrechnet hat, ist die Theilung auf eine Art vorzunehmen, wodurch der Wille des Erblassers nach den über das Ganze erklärten Verhältnissen auf das möglichste erfüllt wird.

¹⁹⁾ „Wenn aber der Erblasser, ohne Bestimmung von Erbquoten, den ganzen Nachlaß, bis auf ein solchen Ueberrest, unter die mehreren Erben vertheilt hat, so haben dieselben an diesen Ueberrest den gleichen Anspruch.“

²⁰⁾ Rippel IV S. 69, Ellinger zu §. 556, Basevi zu §. 556, Winiwarter III S. 50, Stubenrauch 1. Aufl. II S. 293 (2. Aufl. I S. 750), Hårdt I S. 136. Viel vorsichtiger behandelt die Frage Taglioni IV p. 89 sg.

²¹⁾ Eine wunderliche Unklarheit enthält die Wendung Hårdt's (S. 136): „wenn der Erblasser die Antheile seiner Testamentserben bloß durch Vorausvermächtnisse bezeichnet hätte“ . . . Ist es ein Vorausvermächtniß, so ist es kein Erbtheil; ist es ein Erbtheil, so ist es kein Vorausvermächtniß.

²²⁾ Wäre diese nämlich sehr groß, dann könnte allerdings die oben abgewiesene Auffassung zutreffen; es würde sich dann aber meistens gar nicht um vergessene, sondern um absichtlich übergangene Vermögenstheile handeln und müßte die Erbenqualität der fraglichen Personen anderweitig feststehen (s. das Beispiel bei Winiwarter); denn aus der Zuwendung der res certae würde sie sich eben nicht ergeben. — Vgl. etwa auch Taglioni l. c. — Jedenfalls unrichtig, ja geradezu ungerecht (§. 556 i. f. und §. 558 i. f.) war es, daß in dem bei §§. 552, 553 N. 50 erwähnten Falle der unvertheilte Rest den Intestatserben vorbehalten und schließlich einer Verwandten aus der vierten Linie (!) zugesprochen wurde, obgleich der Testator sehr deutlich den Willen erschöpfender Vertheilung ausgesprochen und das Gericht selbst „einen Rechnungsfehler und eine Vergeßlichkeit des Erblassers“ angenommen hatte!

I. Redaction: §. 557. Die textuelle Aenderung gegenüber §. 355 Westgal. G. B. II wurde (9. Jän. 1804) von Zeiller vorgeschlagen und ohne Debatte angenommen. — §. 558. Gegen den §. 356 Westgal. G. B. II erinnerten das böhmische und das ostgal. N. G.:¹⁾ man könnte zweifeln, ob auch von dem geringsten Theile ein Abzug gemacht werden müsse. Deshalb sollte man textiren: „Dieser Betrag wird von den sämtlichen bestimmten Theilen verhältnißmäßig abgezogen, jedoch dergestalt, daß dieser Betrag nicht mehr ausmache, als jener, welcher nach gepflogenen Abzuge auf jenen ausfällt, der mit dem geringsten Theile bedacht worden ist.“ Zeiller textirte (am 9. Jän. 1804) unter allgemeiner Zustimmung so: „Bleibt . . .“ (= §. 558 pr.) „verhältnißmäßig ein solcher Betrag abgezogen werden, als derjenige ist, welcher nach geschehenem Abzug für den mit dem geringsten Antheil bedachten Erben ausfällt. In allen . . .“ (= §. 558 i. f.) — bei der Revision dagegen (17. Aug. 1807), abermals unter Zustimmung der Uebrigen, so: „Bleibt nichts übrig, so bekümmert der ohne bestimmten Theil eingesetzte Erbe so viel, als der, welcher mit dem geringsten Theile bedacht worden ist. Dazu tragen außer dem Letzteren die übrigen in bestimmten Theile eingesetzten Erben verhältnißmäßig bei . . .“ (im übrigen fast wörtlich wie jetzt). — Späterer Textänderungen gedenken die Protokolle nicht, und doch stimmt der erste Satz von §. 558 mehr mit dem Texte von 1804, als mit dem von 1807 überein. Die Erklärung liegt in dem oben Bd. I S. 32 N. 174 Gesagten.

II. Zu §. 557 vgl. §. 6 J. II 14; §. 268 preuß. L. N. I 12; sächs. G. B. §. 2179, Mommsen's Entwurf §. 14~~7~~. — Der Vorderatz des §. 557 enthält den Thatbestand, der Nachatz die Disposition, die zwei selbstverständliche Rechtsätze combinirt: a) die unbestimmt Eingesetzten bekommen den Rest, b) sie theilen ihn zu gleichen Theilen (§. 555). — Auch hier ist Zurückführung auf gemeinschaftlichen Nenner zweckmäßig: Beispiele: 1) „A soll mein Erbe sein auf $\frac{1}{3}$, B auf $\frac{1}{6}$; auch C soll Erbe sein.“ A erhält $\frac{2}{6}$, B $\frac{1}{6}$, C $\frac{3}{6}$ ($\frac{1}{2}$). Siehe es im vorigen Beispiel: „auch C und D sollen Erben sein,“ so bekämen diese je $\frac{1}{4}$; wäre noch ein Dritter genannt, so entfielen auf jeden $\frac{1}{6}$, bei vier unbestimmt Eingesetzten $\frac{1}{8}$ u. s. w. — 2) „Ich setze ein A auf $\frac{1}{4}$, B auf $\frac{2}{5}$, ferner den C, D und E.“ A bekäme $\frac{5}{20}$, B $\frac{8}{20}$; C, D, E je $\frac{7}{60}$. 3) Es würde nichts ändern, wenn es hieße: „auf den Rest berufe ich“ oder „den Rest sollen bekommen,“ oder: „in den Rest sollen sich theilen“ oder endlich: „den Rest sollen zu gleichen Theilen erhalten“ (arg. §. 560).

III. Der erste und zweite Satz des §. 558 sind nachgebildet den §§. 269 und 270 preuß. L. N. I 12;²⁾ der dritte (aus dem Westgal. G. B. §. 356 beibehaltene) Satz ist eine Anwendung und beiläufige Anerkennung des leitenden Gedankens in dieser ganzen Materie (s. oben bei §. 554 Abs. I und N. 2).

IV. Der zweite Satz hebt den einfachsten Fall unnöthiger Weise und offenbar nur deshalb hervor, weil man sich scheute, hier von einem „geringsten“ Theile zu sprechen.³⁾

V. Die Rechnung ist sehr einfach: man schreibt den (oder die) unbestimmt eingesetzten Erben zunächst mit dem kleinsten ausgesetzten Erbtheil an, womit sich dieser Fall in den oben (bei §. 556 N. 17, II) schon behandelten auflöst, wo nur certae partes sind, die zusammen ein Ganzes übersteigen. Beispiele:

¹⁾ S. bei §. 556 N. 1 a. G.

²⁾ „Es ist (in solchen Fällen) nothwendig, daß der Gesetzgeber durch eine, von den Grundätzen der Billigkeit geleitete, willkürliche Verfügung durchgreife.“ Diese Bemerkung Rippel's (IV S. 71) ist richtiger als die Zeiller's (II S. 424), der diesem Ausmaße den Schein logischer Nothwendigkeit zu geben sucht.

³⁾ Vgl. Zeiller II S. 424.

„A soll die Hälfte meines Nachlasses bekommen, B $\frac{1}{4}$, C $\frac{1}{4}$.“ Später heißt es im Testamente: „auch D soll mein Erbe sein.“ Es ist ebenso, als ob der Erblasser den D auf $\frac{1}{4}$ eingesetzt hätte. A bekommt $\frac{2}{5}$, B, C, D je $\frac{1}{5}$. — A ist eingesetzt auf $\frac{2}{5}$, B auf $\frac{1}{10}$, C auf die Hälfte, D unbestimmt; daher anzusetzen: A $\frac{4}{10}$, B $\frac{1}{10}$, C $\frac{5}{10}$, D $\frac{1}{10}$; Summe der Zähler 11. A bekommt $\frac{4}{11}$, B $\frac{1}{11}$, C $\frac{5}{11}$, D $\frac{1}{11}$. — Wären im vorigen Beispiele Mehrere (z. B. D, E, F) unbestimmt eingesetzt, so würde jeder mit dem kleinsten bestimmten Theile angeschrieben. A $\frac{4}{10}$, B $\frac{1}{10}$, C $\frac{5}{10}$, D $\frac{1}{10}$, E $\frac{1}{10}$, F $\frac{1}{10}$; somit bekämen: A $\frac{2}{13}$, B $\frac{1}{13}$, C $\frac{5}{13}$, D $\frac{1}{13}$, E $\frac{1}{13}$, F $\frac{1}{13}$.

VI. Ganz ebenso verfährt man in dem, im Gesetze nicht besonders hervorgehobenen, Falle, wo schon die bestimmten Theile das Ganze übersteigen, und doch noch Erben ohne Theilangabe berufen sind. Z. B. „Den A setze ich ein auf $\frac{3}{5}$, den B auf $\frac{1}{5}$, den C auf die Hälfte meines Nachlasses. Auch D, E und F sollen meine Erben sein.“ A $\frac{6}{10}$, B $\frac{2}{10}$, C $\frac{5}{10}$, D $\frac{2}{10}$, E $\frac{2}{10}$, F $\frac{2}{10}$; Summe der Zähler 19; folglich bekommen: A $\frac{6}{19}$, C $\frac{5}{19}$; B, dann D, E, F je $\frac{2}{19}$.

VII. Diese und manche schon gegebene Entscheidung fällt unter den Schlußsatz des §. 558, eine clausula generalis, die der Gesetzgeber hinzugefügt hat in dem Bewußtsein, daß die in diesem und den voranstehenden Paragraphen enthaltenen Auslegungsregeln nicht erschöpfend seien. Der Richter hat den Willen „auf das möglichste“ zu erfüllen, womit er zu arbiträrer Entscheidung für solche Fälle ermächtigt wird, wo die letzte Anordnung nicht genau befolgsam ist und eine stricte Analogie der gesetzlichen Auslegungsregeln nicht vorliegt.⁴⁾ Fälle solcher ungenauer Vertheilungen werden am öftesten bei institutiones ex re, dann bei einer Mehrheit von Testamenten und Codicillen vorkommen. Bei ihrer Entscheidung hat man auch den §. 582 i. f. sich gegenwärtig zu halten.

VIII. Eingehende Erwägung verdient der Fall, wo nach einer das Ganze erschöpfenden Vertheilung Jemand „auf das Uebrige“, „auf den Rest“ eingesetzt ist. Bei Befolgung der Worte des Testators bekäme er nichts; aber das österreichische Recht will den Willen des Testators zur Geltung bringen und ihn nicht dem Buchstaben opfern. Deshalb muß man von der Betrachtung ausgehen, daß in solchen Fällen nur folgende psychologische Möglichkeiten vorliegen: 1) der Testator wußte, daß kein „Rest“ „übrig“ ist: derisoria institutio, eine verächtliche Frivolität, die nur selten vorkommen dürfte, da der Gedanke an das Lebensende ernst stimmt; 2) der Testator wußte nicht, ob die Vertheilung erschöpfend sei oder nicht; er war hierüber zweifelhaft und wollte jedenfalls nur den Rest dem Betreffenden zuwenden, — gewiß auch ein sehr seltener Fall; oder 3) er meinte, die Vertheilung sei nicht erschöpfend; er befand sich in einem Irrthum. Würde er auf diesen Fall aufmerksam geworden sein, so würde er entweder a) dem auf den Rest Gesetzten einen Theil, den er durch Reduction der anderen Portionen gewonnen hätte, zugewiesen haben, oder b) er würde ihn lieber ganz leer haben ausgehen lassen, als daß er die Antheile der Anderen reducirt hätte. — Die Wahrscheinlichkeit des Falles 3 ist eine ganz unvergleichlich größere, als die der

⁴⁾ Auf die (unererschöpfliche) Casuistik einzugehen, ist unthunlich. Beispiele für §. 558 i. f. haben wir ohnehin schon kennen gelernt. Hier noch ein bei Ellinger angeführtes, das zwar kaum praktisch, aber doch recht witzig erdacht ist. „Der Erblasser sagte: „Ist die Leibesfrucht meiner Schwester ein Knabe, so soll er $\frac{2}{3}$ und die Mutter $\frac{1}{3}$; ist sie ein Mädchen, so soll die Mutter $\frac{2}{3}$ und die Tochter $\frac{1}{3}$ bekommen.“ Nun hätte die Schwester Zwillinge, und zwar einen Knaben und ein Mädchen geboren. Es wären dem Sohne $\frac{1}{2}$, der Mutter $\frac{1}{2}$, der Tochter $\frac{1}{2}$ zuzuwenden.“ Die Entscheidung scheint auch uns richtig; denn der Testator wollte dem Kinde, wenn es ein Knabe wäre, doppelt so viel, wenn es ein Mädchen wäre, halb so viel zuwenden, als der Mutter ($x + 2x + 4x = n$; $7x = n$; $x = \frac{n}{7}$).

Fälle 1 und 2; und innerhalb des Falles 3 ist wieder der Fall a viel wahrscheinlicher, als der Fall b. Deshalb muß man so lange den Normalfall (3 a) voraussetzen, als nicht ein anderer Wille des Testators erwiesen wird.⁵⁾ — Daß das römische Recht anders entscheidet,⁶⁾ darf nicht Wunder nehmen; es ist einer der vielen Fälle, wo wir im römischen Testamentsrechte einem unerfreulichen Buchstabendienste begegnen. In das entgegengesetzte Extrem verfällt das preussische Recht, indem es (im §. 274 L. R. I 12) anordnet, daß der ohne Theilangabe Eingesetzte selbst dann einen Theil (gleich dem in unserem §. 558 bemessenen) zu bekommen habe, wenn der Testator ihn „ausdrücklich nur in den Ueberrest eingesetzt, oder alle Abzüge von den Antheilen der übrigen Miterben ausdrücklich verboten hätte,“ — offenbar in zu strenger Reaction gegen die Verkehrtheit, daß Jemand einen Anderen (ihn absichtlich oder unabsichtlich foppend) zum Erben auf Nichts einsetze. Die richtige Entscheidung, welche allein dem Sinne des §. 558 entspricht, liegt in der Mitte zwischen der des römischen und der des preussischen Rechtes.⁷⁾

Welche Erben als Eine Person betrachtet werden.

§. 559.

Treffen unter den eingesetzten Erben solche Personen zusammen, wovon einige bey der gesetzlichen Erbfolge gegen die übrigen als Eine Person angesehen werden müssen, (z. B. die Bruderskinder gegen den Bruder des Erblassers); so werden sie auch bey der Theilung aus dem Testamente nur als Eine Person betrachtet. Ein Körper, eine Gemeinde, eine Versammlung (z. B. die Armen) werden immer nur für Eine Person gerechnet.

I. Redaction.¹⁾ Der Text ist bis incl. „so werden“ aus §. 354 Westgal. G. B. II wörtlich²⁾ beibehalten. Der Paragraph wurde (9. Jän. 1804) unmittelbar an §. 350 Westgal. G. B. (= §. 555) angegeschlossen, und das war eine Verbesserung. Dabei wurde aber der Schlusssatz von §. 350 zum Schlusssatz unseres Paragraphen gemacht, und das war eine Verschlechterung, indem damit „das Erben mehrerer physischer Personen nach Stämmen und das einer Corporation als Einzelpersonlichkeit ungebührlich zusammengestellt“ wurde.³⁾ Noch schlimmer war, daß man dieser unpassenden Zusammenstellung zu Liebe

⁵⁾ Auch Mommsen §. 144 M. 2 und S. 235 hat dies nicht genug erwogen.

⁶⁾ L. 17 §. 3 D. 28, 5 (Ulp.): „Sed si asse expleto alium sine parte heredem scripserit, in alium assem veniet; aliter atque si ita scripsisset expleto asse: ex reliqua parte heres esto, quoniam, quum nihil reliquum est, ex nulla parte heres institutus est.“ Wie der erste Theil der Entscheidung positiv durch §. 558 abgelehnt ist, so widerspricht der zweite dem Geiste dieses Paragraphen, wie es denn Wortfängerei ist, den größten praktischen Unterschied davon abhängen zu lassen, ob gesagt ist: „übrigens soll auch N. N. mein Erbe sein“ oder aber: „N. N. soll im Uebrigen (auf das Uebrige) mein Erbe sein.“ — U. M. ist Unger, der die römische Entscheidung auch für's spätere R. billigt. — Gar nicht her gehört l. 78 §. 3 eod. (Papin.), wo Jemand den A. auf alles einsetzen will, für den Fall aber, daß er durch die Gesetze über die Capacität am Erwerbe ganz oder theilweise gehindert würde, ihm den B. (ganz oder theilweise) substituiert. [Die Compileroren haben mißverständlich und ganz unpassend den Zusammenhang dieser Stelle — l. 78 §. 3 und l. 80 — durch Einschaltung einer Stelle aus einem anderen Werke Papinian's unterbrochen, wo aber von einem ganz anderen (nämlich dem in l. 17 cit. behandelten) Falle die Rede ist.]

⁷⁾ Wir können dafür auch das Zeugniß Zeiller's anführen: S. 424 werden die Formeln „D soll auch mein Erbe sein“ und „D soll im Uebrigen mein Erbe sein,“ gleichgestellt. (Zeiller bedient sich des Ausdrucks „im Uebrigen“ offenbar gerade im Hinblick auf l. 17 §. 3 und l. 79 cit.)

¹⁾ Mehrere einzelne Punkte der Debatte werden an späteren Stellen verwerthet werden; hier nur das Allgemeine.

²⁾ Nur hieß es „müßten“, richtiger als jetzt („müssen“).

³⁾ Unger §. 15 A. 3. Vgl. oben bei §. 555 II.

(s. Marginalnote⁴), an die Stelle des guten Ausdrucks des Westgal. G. B. „so werden die Theile nach Stämmen abgemessen“, den unpassenden setzte: „so werden sie auch bei der Theilung aus dem Testamente nur als Eine Person betrachtet.“ Ein weiterer Rückschritt war es, daß später⁵) der Paragraph aus seinem natürlichen Zusammenhang⁶) mit §. 555 wieder losgerissen wurde. Dagegen wurde mit Recht der auf das Accrescenzrecht sich beziehende Schlusssatz des §. 354 cit. gestrichen.⁷)

II. Der erste Satz des §. 559 ist darnach angethan, viele Zweifel über den Grund und Sinn der in ihm enthaltenen Anordnung zu erregen.⁸) — Es kommt nicht selten vor, daß man zur Erläuterung einer letztwilligen Anordnung auf die Grundsätze der gesetzlichen Erbfolge zurückgehen muß. Einen dieser Fälle hebt unser Paragraph, einen anderen der §. 682 hervor, in dessen zweiter Hälfte ausdrücklich auf unseren Paragraphen verwiesen wird. Er lautet: „Ein ohne nähere Bestimmung für die Verwandten ausgesetztes Vermächtniß wird denjenigen, welche nach der gesetzlichen Erbfolge die nächsten sind, zugewendet, und die oben in dem §. 559 über die Vertheilung einer Erbschaft unter solchen Personen, welche für Eine Person angesehen werden, aufgestellte Regel ist auch auf Vermächtnisse anzuwenden.“ Und ebenso ist offenbar umgekehrt §. 682 pr. auch auf Erbeinsetzungen anzuwenden.⁹) Ist also in allgemeinem Ausdruck „die Verwandtschaft“ oder „die Familie“ oder dgl.¹⁰) eingesetzt, so richtet sich das Wem? und das Wieviel?¹¹) der Delation nach den Regeln von der gesetzlichen Erbfolge. Dabei ist es gleichgiltig,¹²) ob der Testator (was der häufigste Fall ist) seine Verwandten oder die einer dritten Person¹³) zu Erben einsetzt. Es handelt sich eben nur einfach um die Auslegung eines zusammenschaffenden Ausdrucks, einer institutio breviloqua, — und diese Auslegung kann verständiger Weise ohne besondere Anhaltspunkte im Testamente, die einen anderen Willen kundgeben, gar nicht anders gedacht werden. Ebenso wenn Jemand kurzweg seine „Kinder“ zu Erben eingesetzt hätte (anal. aus §. 681).¹⁴) Die Besonderheit beider Fälle liegt in den Collectivbezeichnungen. — Es fragt sich nun, ob dieses auch von §. 559 gelte. Diese Frage zerfällt wieder in zwei Fragen: a) gilt §. 559 auch von Verwandten eines Dritten? b) gilt er auch von nicht-collectiv bezeichneten eigenen Verwandten?

⁴) Vgl. auch Zeißler II S. 427.

⁵) Wann, ist nicht ersichtlich.

⁶) S. z. B. Sammlung II Nr. 741.

⁷) Auf Anregung der Wiener Facultät.

⁸) Das Verdienst der wissenschaftlichen Prüfung derselben gebührt einem Aufsatze von S. P. in d. Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1828 II S. 45—66, den Rippel noch nicht berücksichtigt, dem aber die späteren Commentatoren in den meisten Punkten gefolgt sind (s. z. B. Winwartner III S. 26). — Dagegen verdient keine Beachtung der Aufsatz von Stöckl im „Jurist“ Vb. III S. 45—51; über den Aufsatz von Rarmin s. oben bei §. 554 N. *. — Aus den oberstiger. Entscheidungen gehören her Sammlung II Nr. 741 und VI Nr. 2884.

⁹) „Jurist“ XVIII S. 254.

¹⁰) Es wäre dasselbe, wenn es hieß: „die Verwandten“ oder „meine gesetzlichen Erben“ oder selbst (s. Sammlung VI Nr. 2884) kurzweg: „mein Vermögen hinterlasse ich meinen Erben, sie sollen aber an Legaten entrichten“ u. s. w.

¹¹) In spitzfindiger Weise wird dies zum Theile geläugnet von Minasiewicz in der Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1834 III S. 154.

¹²) Freilich ist dies bestritten; s. darüber bei §. 682.

¹³) Z. B. seiner Frau (Rippel IV S. 73), oder seiner verstorbenen Pflegeeltern. Man muß sich fragen: „wer würde und den wievielften Theil würde er bekommen, wenn diese Familie die Familie des Testators wäre?“ oder auch: „wenn jetzt die dritte Person (die Frau, der Pflegeparens . . .) ab intestato zu beerben wäre?“

¹⁴) Vgl. Zeißler II S. 428.

III. Die erstere Frage ist zu verneinen. Es genügt nicht das Verhältniß der Eingefestten zu einander, es kommt vor Allem auf ihr Verhältniß zum Testator an. Nicht wegen §. 681, auch nicht allein wegen des in §. 559 in der Klammer beigelegten Beispiels, das eben nur Beispiel ist, sondern weil geschichtlich feststeht, daß die Redactoren den §. 559 nur von Verwandten des Erblassers verstanden wissen wollten. Allerdings wird auch bei Verwandten eines Dritten zuweilen in derselben Weise getheilt werden müssen (wegen einer Collectivbezeichnung¹⁵⁾ zusammen mit der ganzen Satzfügung), aber es wird dies auf Grund allgemeiner Interpretationsregeln und nicht auf Grund des §. 559 geschehen.

IV. Auf die zweite Frage läßt sich eine durchgreifende Antwort nicht geben. Sie würde selbstverständlich ebenfalls zu verneinen sein, wenn §. 559 pr. gleich §. 681 und §. 682 nur eine Worterklärung, nur die gesetzliche Interpretation einer institutio breviloqua enthielte. Dies ist aber nicht der Fall; denn als Grund der fraglichen Anordnung wurde (9. Jän. 1804) vom Freiherrn von Haan unter Zustimmung der ganzen Commission Folgendes angegeben: „Diese Erben stellen gemeinschaftlich ihren Stammvater vor und haben alle zusammen nicht mehr Recht erhalten, als ihr Stammvater erworben haben würde.“ Obwohl nun gar nichts Verkehrteres gedacht werden kann, als diese Einnengung der schon an sich unrichtigen Vorstellung vom Repräsentationsrecht, wo es sich doch hier um die testamentarische Erbfolge, mithin nur um die Auslegung des letzten Willens handelt, — so kehrt doch dieser Gedanke auch bei Zeiller wieder, allerdings schon verschmolzen mit der richtigeren Berufung auf den wahrscheinlichen Willen des Testators,¹⁶⁾ mit welcher — in jener geschickteren Wendung, welche ihr in dem N. 8 erwähnten anonymen Aufsatz gegeben worden ist¹⁷⁾ — seither fast immer¹⁸⁾ §. 559 pr. motivirt wurde. Wenn man nur die Formulirung in N. 17 im Auge hätte, so käme man umgekehrt (s. oben) zu der Behauptung, die der Verfasser jener Stelle auch wirklich mit großer Entschiedenheit ausge-

¹⁵⁾ Vgl. Z. P. (f. N. 8) S. 53 f.

¹⁶⁾ Man müsse bei „Verwandten, die in der gesetzlichen Erbfolge nach dem Vorstellungsrechte . . . geerbt haben würden . . ., vermuthen, daß der Erblasser sie . . . doch hauptsächlich ihres Vorfahrers wegen, den sie vorstellen, begünstigen, mithin ihnen nicht mehr zuzuwenden wolle, als der Vorfahrer erhalten haben würde“ (II S. 427 f.).

¹⁷⁾ Z. P. S. 85 f. „Da die gesetzlichen Erbfolgeordnungen, welche den letzten Willen derjenigen suppliren sollen, die entweder nicht testiren wollen, oder nicht testiren können, . . . mit Berücksichtigung aller Umstände, welche allgemein auf die Willensbestimmung der Menschen Einfluß haben, und mit Bedachtnahme auf diejenigen Verhältnisse, die sich aus der Staatsverfassung, der Religion, dem Culturgrade u. s. w. eines bestimmten Volkes . . . ergeben, von der höchsten Intelligenz im Staate gegeben werden; so ist vorauszusetzen, daß dieselben den Verhältnissen des größten Theiles der Staatsbürger zusagen, dergestalt, daß es keine Fiction ist, wenn man annimmt, daß derjenige, welcher ab intestato stirbt, die Erbtheilung im Wesentlichen ebenso angeordnet haben würde, als dieselbe in Gemäßheit der gesetzlichen Erbfolgeordnung wirklich geschieht. Es ist daher einleuchtend, daß der Staat diese Gesetze nicht nur dann angewendet wissen wolle, wenn gar keine letztwillige Anordnung vorliegt, sondern auch dann, wenn in derselben eine Unbestimmtheit unterläuft. Die Gesetze über die Intestaterbfolge dienen also nicht blos zur Stellvertretung, sondern auch zur Ergänzung und Auslegung aller testamentarischen Anordnungen, welchen letzteren in Ermanglung ausdrücklicher bestimmter Erklärungen ein solcher Sinn beigelegt werden muß, welcher von der gesetzlichen Erbfolgeordnung, die allgemein die natürlichste und gerechteste ist, am wenigsten abweicht.“ . . . So sage auch die in §. 559 vorgeschriebene Theilung „den natürlichen und allgemeinen Verhältnissen der Menschen am meisten zu“; und „der Erblasser würde, wenn auf seinen Willen andere . . . besondere Bestimmungsgründe eingewirkt hätten, seinen Willen so bestimmt ausgesprochen haben, daß darüber kein Zweifel obwalten könnte.“

¹⁸⁾ Die Aeußerung bei Winiwarter III §. 26 pr. (ähnliches bei Anderen, z. B. Basevi) ist nur ein Echo der eben citirten Stelle.

sprochen hat (§. 62), nämlich „daß, wenn (die sonstigen Voraussetzungen für die Anwendung der) Vorschrift des §. 559 vorhanden sind, es gar nicht darauf ankomme, ob die Erben mit individueller Bezeichnung, oder . . . blos dem Stamme nach benannt sind, daß daher immer nur die Theilung nach Stämmen Statt finde.“¹⁹⁾ Er hat dabei zu ausschließlich die möglichste Anlehnung an die gesetzliche Erbfolge im Auge, während es sich doch (wie J. P. selbst nicht bezweifelt) um die Erforschung des Willens des Testators handelt, wobei in erster Linie die von ihm gebrauchten Worte in Betracht kommen.²⁰⁾ Wenn er vollends behauptet, §. 559 sei sogar mit überwiegender Rücksicht auf solche Fälle abgefaßt, wo die Personen der Erben einzeln aufgezählt werden, da bei der Bezeichnung nach Stämmen „sich die Entscheidung aus den Worten des Testaments selbst ohne die im §. 559 aufgestellte gesetzliche Vermuthung ergebe“ (§. 62 f.), so ist das Letztere in solcher Allgemeinheit nicht richtig, noch viel weniger aber das Erstere, dem die im Gesetze selbst, im Protokolle und bei Zeiller gewählten Beispiele offenbar widersprechen. Es ist zu bedauern, daß in dem (hinichtlich unseres Paragraphen auch sonst ungenau abgefaßten) Protokolle gänzlich davon geschwiegen wird, was über das einschlägige Monitum des inneröstr. A. G.,²¹⁾ das doch von Zeiller zur Sprache gebracht wurde, in der Sitzung vom 9. Jän. 1804 gesagt worden ist. Die Nichtannahme des beantragten Zusatzes (Nr. 21) beweist für sich allein noch nicht eine Verwerfung des in ihm enthaltenen Gedankens. Allerdings nun ist diese wahrscheinlich, aber die Abweisung einer durchgreifenden Regel noch lange nicht die Billigung der entgegengesetzten Regel. Jedenfalls liegt für uns die Frage so, daß wir sowohl das „Ja“ als das „Nein“ ablehnen und den Richter auf die Umstände des einzelnen Falles, namentlich den ganzen Zusammenhang und die Gliederung des Testamentstextes hinweisen werden, namentlich da §. 559 pr. eine absolute Norm gar nicht aufstellen will (s. unten). Dabei wird die bloße Collectivbezeichnung ebenso entschieden für, als die blos individuelle Bezeichnung²²⁾ gegen die Anwendung des §. 559 in's Gewicht fallen. Dazwischen aber liegen die mannigfachen Combinationen, z. B. Verbindung der Collectivbezeichnung mit der Aufzählung der Namen,²³⁾ Verbindung der Verwandtschaft bezeichnenden Ausdruckes mit den einzelnen Namen,²⁴⁾ also der gattungsmäßigen, aber doch nicht collectiven, Bezeichnung mit der individuellen, — dabei mehr oder weniger Präcision in der Bezeichnung der Verwandtschaft,²⁵⁾ dann Mengungen dieser Bezeichnungsarten (d. h. bei einigen Erben diese, bei anderen jene). Außerdem wird aber auf die Verbalconjunction oder ihr Gegentheil (die Nennung in verschiedenen Satztheilen, Sätzen oder gar

¹⁹⁾ Auch hierin sind die Meisten dem Ungenannten gefolgt, so Winiwarter, Ellinger, Stubenrauch. Aber auch schon vor ihm (1818) entschied ebenso Taglioni IV p. 93. — Zweideutig ist das „namentlich“ in Nr. 2884 cit. a. E., da damit auch die Bezeichnung der Stämme im Gegensatze des ganz allgemeinen Ausdruckes „meine Erben“ gemeint sein kann.

²⁰⁾ Und er selbst legt dort, wo §. 559 keine Anwendung findet, auf den Unterschied der individuellen oder aber collectiven Bezeichnung das größte Gewicht (§. 61, 63).

²¹⁾ Es wurde nämlich der einschränkende Zusatz beantragt: „wenn sie nicht alle namentlich im Testamente ausgebrüht sind.“

²²⁾ Z. B. wenn es hieß: „meine Erben sollen sein: . . .“ und nun Nessen und Nichten verschiedener Stämme ohne jede Erwähnung des Verwandtschaftsverhältnisses aufgezählt und etwa nach ihren Namen, Titeln und Wohnorten bezeichnet würden („Herr Heinrich Meyer, Bergwerksdirector in G., Herr Adolph Meyer, Grundbesitzer in E.“ u. s. w.). Da würde doch die gleiche Theilung keinem Zweifel unterliegen.

²³⁾ Z. B. „Erben sollen sein: die Kinder meines Bruders Karl (Josef, Albert, Hedwig), die Töchter meines Bruders Ferdinand (Anna und Marie)“ u. s. w.

²⁴⁾ Z. B. „mein Nefse Director Heinrich Meyer in G.“, oder: „Heinrich M., der Sohn meiner verstorbenen Schwester Martha“ u. dgl.

²⁵⁾ Vgl. vorige Note.

Paragraphen des Testaments) zu sehen sein. All' das läßt sich mit einiger Sicherheit nur in concreto beurtheilen; abstracte Casuistik könnte nur verwirren.

V. Eine ganz zuverlässige Regel läßt sich auch darüber nicht aufstellen, welche Bedeutung der Zusatz „zu gleichen Theilen“ habe; ob er auf die absolute oder relative Gleichheit, mit andern Worten die der Personen oder die der Stämme gehe. Im Zweifel ist das erstere anzunehmen.²⁶⁾ Denn: 1) entspricht dies am meisten dem Wortsinne; die Beziehung der fraglichen Worte auf die Stämme, die Bezeichnung ungleicher Vetheilung mit dem Ausdruck der Gleichheit ist gekünstelt und dem Laien meistens ferneliegend;²⁷⁾ 2) würde bei der entgegengesetzten Ansicht der Zusatz „zu gleichen Theilen“ ganz leer und überflüssig sein; es wäre gerade so, als stünde er nicht da.²⁸⁾ Beide Sonderbarkeiten aber verbinden sich zu einer wahren Ungereimtheit, indem der Testator eine Ungleichheit will, die, wenn er schweigt, von selbst eintreten würde; und um diesen Erfolg zu sichern, hebt er ausdrücklich die Gleichheit hervor! Wo freilich die Beziehung jener Worte auf die Stämme deutlich ist (weil nicht ein Plural „Kinder des N“, sondern ein nur den Stamm als solchen bezeichnendes Wort gebraucht ist, etwa „die Nachkommenschaft“, „die Descendenz des N“), da entfällt der Zweifel sowohl, als der Vorwurf des unpassenden Ausdrucks. Im Uebrigen kommen außer der syntaktischen Gliederung (s. IV) die verschiedensten jeder Regel spottenden Momente in Betracht.²⁹⁾

VI. Zur Anwendung des §. 559 ist einerseits nicht erforderlich, daß die Eingesezten bei Wegfall des Testaments in concreto wirklich concurriren würden;³⁰⁾ andererseits aber muß ihre Concurrnz bei der Intestaterbfolge rechtlich möglich sein³¹⁾ und zwar gerade bei der Erbfolge nach diesem Erblasser, nicht etwa nach irgend welchem gemeinschaftlichen Verwandten; folglich müssen „sämmliche eingesezte Erben mit dem Insituenten in gleich naher Linie“ (und zwar nicht über die sechste hinaus) verwandt sein. §. 559 ist demnach ebenso unanwendbar, wenn die verschiedenen stirpes verschiedenen Parentelen angehören, als wenn in derselben Parentel (Linie) die Glieder einer stirpes neben ihrem

²⁶⁾ Vgl. oben bei §. 555 Abs. IV und die dort in N. 4 und N. 5 Citirten. — Ein Beispiel einer solchen Anordnung bietet das Testament, welches Anlaß zu dem in N. 8 cit. Auf. von J. P. gab. Es hieß dort: „Ich ernenne zu Universalserben die Kinder meines Onkels F. H., dann die Kinder meines Vetzters G. H., zu gleichen Theilen“ (dort waren sechs, hier drei Kinder). — Ein anderes Beispiel bei Unger §. 15 N. 9 a. E.

²⁷⁾ A. M. war S. P. (S. 53 a. E.) und die I. Instanz in dem dort erzählten Prozesse (S. 51).

²⁸⁾ Dies behauptet J. P. (S. 65 f.) geradezu, und folgert es aus §. 560, wo der allgemeine Ausdruck gleicher Theilung dem Schweigen über die Theilung gleichgestellt werde. Daß aber aus diesem das Accrescenzrecht betreffenden Paragraphen nicht entfernt die sonderbare Interpretationsregel folge: ein solcher Zusatz des Testators sei als nicht geschrieben zu behandeln, — bedarf wohl keines Beweises.

²⁹⁾ So ist u. E. die Beziehung der fraglichen Worte auf die Stämme um so unwahrscheinlicher, je weniger Stämme eingesezt sind. Dies sprach u. E. in dem in N. 26 erzählten Fall so sehr für die Kopftheilung, daß es die für Stammtheilung sprechende Collectivbezeichnung und das „dann“ überwog. — Der Umstand, daß der Testator die Zahl der Erben nicht kannte, ist wenig wichtig, da der Testator dies ebenso wenig bei der Stamm-, als bei der gleichen Kopftheilung nöthig hat. Zusammen mit anderen Momenten kann er aber immerhin auch in Betracht kommen (s. den Auf. von J. P. S. 46, wo sich eine Partei mit Recht darauf als auf eine unterstützende Thatsache berief) u. zw. zu Gunsten der Kopftheilung, weil damit der Einwand beseitigt wird: warum denn der Testator die Erben, wenn er nicht Stammtheilung wollte, nicht individuell bezeichnet und aufgezählt habe? Es wird aber ein solcher Fall immer eintreten, wo Jemand in gesundem Zustand testirend, an die noch zu erwartenden (z. B.) Neffen oder Nichten denkt.

³⁰⁾ Unrichtig ist die im „Jurist“ XVIII. Bd. S. 251 (Mitte) referirte Meinung.

³¹⁾ Dies verkannten alle drei Instanzen in dem von J. P. erzählten Rechtsfalle.

Haupte in einem jener Fälle instituirt sind, wo der Parens bei der Intestat-erbsfolge seine Descendenten ausschließen würde.^{32) 33)}

VII. Wenn nicht sämmtliche, sondern nur einige Glieder einer stirps eingesetzt sind, so ist nach der herrschenden³⁴⁾ und doch wohl richtigen³⁵⁾ Ansicht §. 559 nicht anwendbar, da hier die Erben nicht bloß als Theile eines Stammes, sondern individuell berufen sind; weil es „dann augenfällig ist, daß der Erblasser bei der Erbeinsetzung nicht bloß das Verwandtschaftsverhältniß berücksichtigt,“³⁶⁾ sondern die Persönlichkeiten der Erben im Auge gehabt habe.

VIII. Der §. 559 ist anwendbar, auch wenn neben den Verwandten Fremde eingesetzt sind. Das inneröstr. N. G. beantragte unter Zustimmung Zeiller's die gegentheilige Anordnung, was aber (9. Jän. 1804) einstimmig (auch Zeiller änderte seine Ansicht)³⁷⁾ abgelehnt wurde. Die herrschende Lehre³⁸⁾ ist hier also unzweifelhaft richtig. — Daß andererseits §. 559 pr. nur auf Fälle sich bezieht, in denen neben den Eine stirps bildenden Erben auch noch andere Verwandte instituirt sind, versteht sich von selbst,³⁹⁾ am meisten dann, wenn überhaupt gar keine anderen Erben da sind.⁴⁰⁾

IX. Allgemein anerkannt und ganz unzweifelhaft ist, daß §. 559 einer gegentheiligen ausdrücklichen Willenserklärung weicht;⁴¹⁾ aber ebenso sicher⁴²⁾ ist es, daß er auch dann zurücktreten muß, wenn ein solcher Wille nicht in directen

³²⁾ Die allgemeine Behauptung von J. P. S. 63: der §. 559 sei unanwendbar, so oft Jemand zusammen mit seinen eigenen Kindern instituirt sei, „weil Kinder mit ihrem noch lebenden Vater, bei der gesetzlichen Erbfolge nicht concurriren können,“ beruht auf einem (wohl durch §. 732 i. f. veranlaßten) Versehen. Sehr oft concurrirt z. B. in der II. Linie ein Vater mit seinen eigenen Kindern (Geschwistern des Erblassers) (§. 735 i. f.). — Winiwarter III S. 53 ist auch hierin dem Ugenannten gefolgt (§. 559, sagt er, findet „seine Anwendung, wenn jemand zugleich mit seinen Abstammungen eingesetzt ist“). Vorsichtiger (und richtig) die Formulirung bei Ellinger, Stubenrauch (Z. 7 lit. e).

³³⁾ All' dies (Abf. VI mit Ausnahme der in der vorigen Note erwähnten Correctur) die allgemein angenommenen Ergebnisse des verdienstlichen Aufsatzes von J. P. (f. N. 8).

³⁴⁾ Winiwarter III S. 53 (der einzige Punkt, in dem er von J. P. abweicht), Stubenrauch bei §. 559 Z. 7 lit. d, Ellinger, Basevi p. 225 (nr. 1).

³⁵⁾ Die entgegengesetzte Entscheidung vertreten J. P. (S. 65) und Bellingeri p. 168 sg., während Unger (§. 15 N. 9 a. E.) auch hier keine allgemeine Regel gelten lassen will.

³⁶⁾ Winiwarter a. a. D.

³⁷⁾ Auf die Einsprache des Frh. v. Haan, der sich auf die Repräsentation berief (f. oben), und die Orlandini's, der darauf hinwies: daß, wenn ein Bruder und zehn Kinder eines verstorbenen Bruders eingesetzt wären, der Bruder die Hälfte, wenn aber ein extraneus hinzukäme, nach Zeiller's Auffassung nicht $\frac{1}{3}$, sondern bloß $\frac{1}{12}$ erhalten würde.

³⁸⁾ S. z. B. Zeiller, der es auf S. 428 (II. Bd.) zweimal einschärft (vb. „oder mit Fremden“, dann: „und sein Freund“), Unger §. 15 (gegen Ende des Textes, vb. „unter den allein oder mit Anderen eingesetzten Verwandten“). — Unrichtig, aber nicht ohne Schein, wäre die Ansicht, daß in solchen Fällen gleiche Theilung eintrete. Verkehrt dagegen ist die Behauptung Taglioni's (IV p. 95 sg.), daß in solchem Falle für den extraneus ein Resttheil ausgeschieden, der Rest aber nach §. 559 vertheilt werde. J. P. Jemand setzt ein: seinen Bruder, die vier Kinder eines verstorbenen Bruders, und einen Freund. Nach der richtigen Ansicht bekäme dieser $\frac{1}{3}$, nach T.'s Meinung $\frac{1}{6}$ (während $\frac{1}{12}$ dem Bruder, $\frac{1}{12}$ den vier anderen Erben zusammen zufielen).

³⁹⁾ Das liegt ebenso im Wortlaute des §. 559, als in der Natur der Sache. Hervorgehoben wird es von Nippel IV S. 73 f. und Stubenrauch Z. 7 lit. b. Jemand setzt z. B. seinen Freund und zwei Kinder einer Schwester ein; der Nachlaß wird in Drittel getheilt.

⁴⁰⁾ Es ist fast anßößig, dies zu erwähnen; dennoch wird es von Taglioni IV p. 93 sg. weitläufig ausgeführt, mit der Wendung, daß solche Personen nur relativamente, nicht absolutamente Eine Person vorstellen!

⁴¹⁾ Nur dieses (was im §. 354 Westgal. G. B. II sogar noch ausdrücklich gesagt war) gibt J. P. zu (S. 61, 62, 63 i. f., 64).

⁴²⁾ Es wird auch dies von den Meisten anerkannt (f. z. B. Winiwarter III S. 53, Stubenrauch Z. 8), nur nicht immer gehörig beherzigt.

Worten erklärt, aber deutlich erkennbar ist (arg. §. 683 i. f.). Noch gewisser ist es andererseits, daß in Fällen, die unter §. 559 nicht zu subsumiren sind (z. B. wenn stirpes aus verschiedenen Linien eingefetzt sind), darum nicht schon immer anders entschieden werden muß, als nach §. 559 entschieden würde.⁴³⁾ All' dies muß um so mehr betont werden, je öfter eine kritiklose Anwendung des §. 559 den Willen des Erblassers verfehlen würde. Freilich wäre der ganze (wie gezeigt, auch formell verfehlt) §. 559 besser weggeblieben und „alles der freien Interpretation überlassen“ worden.⁴⁴⁾

X. Sind die §§. 681, 682, 559 auch auf die uneheliche Verwandtschaft anwendbar? Man muß unterscheiden a) das Verhältniß eines ehelich gebornen Erblassers zu seinen unehelichen Verwandten, und b) das Verhältniß eines unehelich gebornen Testators zu seinen Verwandten. — a) Der Testator ist von ehelicher Geburt.⁴⁵⁾ α) Er setzt kurzweg seine „Verwandten“ zu Erben ein; darunter sind nach der klaren und angemessenen Anordnung des §. 682 die unehelichen nicht mitverstanden, wenn nicht ein anderer Wille aus bestimmten Indicien klar erkennbar ist; je entfernter die Parentel, desto weniger wahrscheinlich ist eine Ausnahme. β) Eine Frauensperson setzt ihre „Kinder“ ein (§. 681); es ist selbstverständlich, daß auch uneheliche Kinder, beziehungsweise die Descendenten solcher vor der Erblasserin gestorbenen Kinder, darunter zu verstehen sind. γ) Ein Mann setzt seine „Kinder“ ein. Es ist einleuchtend, daß darunter die unehelichen Kinder, mag auch die Vaterschaft gerichtlich ausgesprochen sein, nicht zu verstehen sind; außer es könnte nachgewiesen werden, daß der Vater ein uneheliches Kind ganz wie ein eheliches behandelt habe. Man wird es aber mit dieser Ausnahme um so strenger nehmen, je auffallender es ist, daß der Vater für ein solches Kind nicht ausdrücklich im Testamente Vorsorge getroffen hat. δ) Jemand setzt eine bestimmte andere Kategorie von Verwandten ein, z. B. die Nachkommen seiner Geschwister, oder noch bestimmter: die Nachkommen einer oder mehrerer individuell bezeichneter (verwandter) Personen (§. 559). Hier muß man abermals unterscheiden: wird die Verwandtschaft durch eine uneheliche Mutter vermittelt (z. B. eine Schwester des Testators), so zählt die fragliche Person mit, wenn dagegen durch einen unehelichen Vater (z. B. Bruder oder Oheim oder Vetter des Testators), so zählt sie nicht mit. — Legitimirte⁴⁶⁾ stehen in allen diesen Fällen den ehelichen Verwandten gleich. Bezweifeln könnte man das höchstens etwa in den Fällen γ) und δ) hinsichtlich solcher Personen, welche erst nach errichtetem Testamente legitimirt wurden. Aber auch dies wäre unbegründet, weil ja der Testator hier nicht so sehr an die einzelnen Personen, als an die stirpes im Ganzen gedacht hat.⁴⁷⁾

⁴³⁾ Vgl. oben Abs. III. — Es ist ähnlich, wie bei der regula Catoniana des röm. R., mit der viele Entscheidungen übereinstimmen, welche doch nicht auf sie basirt werden dürfen.

⁴⁴⁾ Unger §. 15 N. 9; vgl. auch Mommsen S. 233 f.

⁴⁵⁾ Unrichtig, weil viel zu allgemein, ist die (von Stubenrauch §. 559 Z. 5 und Basevi §. 559 nr. 3 gebilligte) Behauptung J. Freudenreich's (S. 139 ff. des in N. 46 cit. Auff.), daß es dort, wo Jemand bestimmte Classen von Verwandten einsetzt (also die Fälle β, γ, δ), auf den Unterschied von unehelicher und ehelicher Verwandtschaft gar nicht ankomme.

⁴⁶⁾ Zu dem Falle, der die Besprechung dieser Fragen angeregt hat (s. J. Freudenreich im „Jurist“ XVIII. Bd. S. 129—141), handelte es sich weder um uneheliche, noch um legitimirte, sondern um eheliche Verwandtschaft; denn ein zu früh in der Ehe geborenes Kind ist, wenn der Vater von dem ihm nach §. 156 zustehenden Recht keinen Gebrauch gemacht hat, nicht für legitimirt, sondern für ehelich anzusehen. Die eheliche Geburt steht hier der ehelichen Zeugung gleich. — Was an jenem Falle juristisch interessant war, gehört nicht hierher, sondern zu §§. 545, 546. S. dort N. 3^a.

⁴⁷⁾ Für die äußerst seltenen Fälle, wo bei einer solchen institutio breviloqua

XI. b) Ein kinderloser⁴⁸⁾ Testator von unehelicher Geburt setzt nach dem Tode seiner Mutter seine „Verwandten“ zu Erben ein; das Vermögen sei unter sie „gesetzmäßig“ zu vertheilen. Da er gar keine ab intestato erbberechtigten Verwandten hatte, so wollte er offenbar, daß sein Nachlaß an diejenigen und in dem Maße kommen soll, denen und wie er ihnen ab intestato zukommen würde, wenn er der eheliche Sohn seiner Mutter wäre (anal. §. 682). Dies scheint auch die herrschende Ansicht zu sein.⁴⁹⁾ Am schwierigsten sind natürlich diejenigen Fälle, wo beide Fragen (a und b) combinirt zur Sprache kommen, d. h. wo es sich um einen unehelichen Testator und andererseits um Verwandte theils ehelicher theils unehelicher Abkunft handelt.⁵⁰⁾ Es geht nicht an, hier ohne weiteres die obige Regel a α) herüberzunehmen, schon darum nicht, weil alle Verwandte, ob sie selbst ehelicher oder unehelicher Geburt sind, dem Testator nur unehelich verwandt sind.⁵¹⁾

XII. Wenn „die Armen“ ohne nähere Bezeichnung zu Erben eingesetzt sind, so kommt das von Legaten an Arme handelnde Hfd. v. 3. Juni 1846

Adoptiv-Kinder in Frage kommen, mögen hier zwei Andeutungen genügen: a) daß für ihre Ausschließung der dritte Satz des §. 183 kein genügendes Argument ist, weil es sich eben hier nicht um Familienrechte, sondern um die Auslegung einer testamentarischen Verfügung handelt; b) daß dort, wo die Adoption von Seite eines Verwandten des Testators nach der Errichtung des Testaments erfolgt ist, man sich nicht auf die Analogie des soeben im Texte Gesagten berufen dürfe, weil die Adoption in weit höherem Maße den Charakter einer willkürlichen Handlung an sich trägt, als die Legitimation.

⁴⁸⁾ Zu dem Falle, der die Besprechung dieser Frage angeregt hat (f. N. 49), war der Testator überdies unverheirathet.

⁴⁹⁾ Stubenrauch §. 559 Z. 4 a. E. im Anschluß an Joh. Stieger. Dieser erzählt (Jurist XVIII S. 248 ff.) nachstehenden Rechtsfall: Clara N. hatte außer der Ehe zwei Söhne (Franz und Mathias) geboren, als deren Vater B. in's Geburtsbuch eingetragen wurde. Später heirathete sie einen anderen Mann, und gebar in dieser Ehe zwei Töchter, M. und A., deren letztere selbst auch zwei uneheliche Kinder (U. und J.) bekam, und beim Tode des Testators Franz (bei dem alles im Texte Vorausgesagte eintraf) nicht mehr am Leben war. — Stieger führt nun, scheinbar sich jeden Urtheils enthaltend, vier Ansichten vor (sichtlich aber die zuletzt gestellte billigend). Die erste, wonach der Fiscus das Vermögen einziehen kann (§. 760), verdient keine Widerlegung. Ebenso falsch ist die die Kopftheilung verlangende zweite Ansicht. Alles dort dafür Vorgebrachte ist unrichtig, — auch das, daß aus den gleich großen für Mathias, die Schwester M., die Nessen U. und J. ausgesetzten Legaten die Absicht einer gleichen Theilung der Erbsolge erhelle. Denn gleiche Prälegaten haben gerade bei ungleichen Erbtheilen einen rechten Sinn. — In der dritten Ansicht ist Nichtiges und Unrichtiges gemengt. — Mit Recht wird S. 254 (im Sinne der vierten Ansicht) die analoge Anwendung des §. 682 auf Erblasser von unehelicher Geburt damit begründet, daß die Anordnung nicht durch Beschränkung auf erberechtigte Verwandte ungültig, andererseits nicht durch Zulassung aller sich meldender Verwandten (Zersplitterung des Nachlasses) absurd werden solle.

⁵⁰⁾ So in dem eben (N. 49) erzählten Fall.

⁵¹⁾ Wie unzulässig eine einfache Combination der Regeln a α) und b) wäre, zeigt gerade obiger Fall. Nach der Formel b), die eben nur das Verhältniß des Unehelichen zu ehelich geborenen Verwandten angibt, würden sowohl der Bruder Mathias als U. und J. leer ausgehen, die Schwester M. bekäme — gegen den Willen des Testators — Alles. Ebenso wäre es nach der Formel a α). Und doch ist es hier klar, daß Mathias, die M., und die Nessen U. und J. erben sollen. Zweifelhaft kann nur sein, ob Mathias (als halb-bürtiger Bruder) $\frac{1}{3}$ oder aber (als vollbürtiger Bruder) $\frac{1}{2} + \frac{1}{6} = \frac{2}{3}$ bekommen soll. Stieger S. 255 und Stubenrauch 1. Aufl. II S. 298 Note, 2. Aufl. I S. 753 N. 1 (in beiden Aufl. steht der Druck- [bez. Schreib-] Fehler „halbbürtig“, es soll heißen „vollbürtig“) sind für die letztere Theilung, uns schienen überwiegende Gründe für die erstere zu sprechen. Nicht entscheidend ist, daß ein unehelicher Bruder nur als halbbürtiger gilt (f. bei Stieger S. 254) — denn wir bewegen uns im Gebiete der durch die testamentarische Einsetzung supplirten Ehelichkeit —; sondern, daß er dem Erblasser meistens doch nur als Sohn seiner Mutter nahe stehen wird, wie jener überhaupt unter den „Verwandten“ wohl fast immer nur die Verwandten von der Mutterseite, nicht auch die Verwandten seines unehelichen Erzeugers gemeint haben dürfte. Darnach bekäme Mathias $\frac{1}{3}$, die M. $\frac{1}{3}$, U. $\frac{1}{6}$, J. $\frac{1}{6}$, während nach der anderen Ansicht Mathias $\frac{2}{3}$, die M. $\frac{1}{6}$, U. $\frac{1}{12}$, J. $\frac{1}{12}$ bekämen).

(Nr. 964 J. G. C.)⁵²⁾ analog zur Anwendung. Ueber die Einsetzung der eigenen Seele zum Erben f. Hftzb. v. 17. Septbr. 1812 (Nr. 1006 J. G. C.)⁵³⁾

Recht des Zuwachses.*)

§. 560.

Wenn alle Erben ohne Bestimmung der Theile, oder in dem allgemeinen Ausdrucke einer gleichen Theilung zur Erbschaft berufen werden, und es kann, oder will einer der Erben von seinem Erbrechte keinen Gebrauch machen; so wächst der erlebte Theil den übrigen eingesetzten Erben zu.

§. 561.

-Sind Ein oder mehrere Erben mit, ein anderer oder mehrere ohne Bestimmung des Erbtheiles eingesetzt; so wächst der erlebte Theil nur dem einzelnen, oder den mehreren noch übrigen, unbestimmt eingesetzten Erben zu.

§. 562.

Einem bestimmt eingesetzten Erben gebührt in keinem Falle das Zuwachsrecht. Wenn also kein unbestimmt eingesetzter Erbe übrig ist; so fällt ein erlebter Erbtheil nicht einem noch übrigen, für einen bestimmten Theil eingesetzten, sondern dem gesetzlichen Erben zu.

§. 563.

Wer den erlebten Erbtheil erhält, übernimmt auch die damit verknüpften Lasten, insofern sie nicht auf persönliche Handlungen des eingesetzten Erben eingeschränkt sind.

I. Redactionsgeschichte. Die äußerliche¹⁾ Aehnlichkeit der Frage nach dem Rechte des Zuwachses oder der Anwachsung (ius accrescendi)²⁾ mit derjenigen nach dem Umfange der Erbeinsetzung bestimmte unsere Redactoren, jene gleich nach dieser zu behandeln, während sie zum guten Theile in das 15. Hauptstück gehört (f. Note 20). Daraus entsteht für uns die Unzulässigkeit, trotz der Ueberschrift des 9. Hauptstückes und dem Inhalt der §§. 560—563 hier auch von der Anwachsung bei der gesetzlichen Erbfolge handeln zu müssen, um nicht Zusammengehöriges zu zerreißen, obgleich allerdings die §§. 727, 728 auch einen Anknüpfungspunkt geboten hätten. Von der Accrescenz bei Vermächtnissen dagegen kann erst bei §. 689 gehandelt werden. — Immerhin aber war es schon ein Fortschritt, daß diese Materie (auf Zeiller's Antrag 9. Jän. 1804) überhaupt eine besondere Stelle bekam, während das Westgal. G. B. nur zwei

⁵²⁾ Bez. Hftzb. v. 16. Mai 1846, bei Michel II S. 171 Nr. 1071.

⁵³⁾ Bei Michel II S. 170 Nr. 1069.

*) Literatur: Dvorzak in Haimeri's Bjscht. VIII S. 87—91 (über den Aufsat von Karmin f. bei §. 554 Note *). — Römisches R.: S. Baumeister Das Anwachsungsrecht unter Miterben (Tübingen 1829). M. S. Mayer Das Recht der Anwachsung . . . (Tübingen 1835). R. Witte Art. „Anwachsungsrecht“ in Weiske's Rechtslexikon I S. 270 ff. Mühlenbruch in Glück's Pandecten XLIII (1843) S. 243 ff. Dvorzak Beiträge zur L. v. ius accrescendi, in Haimeri's Bjscht. VIII (1861) S. 1 ff. — Preussisches R.: Gruchot I S. 542. — Ueber die ältere Literatur f. Thibaut §. 994 N. m, Mühlenbruch S. 243 f. Note *, Baumeister S. 5—10, Gruchot S. 542 Note.

¹⁾ Im römischen R. haben beide Materien durch ihren Zusammenhang mit der Regel nemo pro parte . . . eine engere Beziehung zu einander, die aber Mayer S. 17 ff., bes. S. 31 doch zu stark betont.

²⁾ Ueber den letzteren Ausdruck f. Witte S. 270 f., Mühlenbruch S. 244. Man sagt oft auch „Accrescenzrecht“, Baumeister sogar „Recht der Accretion“. Dalwigk II §§. 20—22 sagt „Zuwachsrecht“, ebenso Dabelow System II (1794) §. 2079; unser Gesetzbuch (Marg. R. bei §. 560) gleich dem preussischen (I 12 Marg. R. bei §. 281) „Recht des Zuwachses“, Mommsen und die meisten Neueren „Anwachsungsrecht“; Zeiller bediente sich in der Debatte (Prot. 9. Jän. 1804) wiederholt des unpassenden Ausdruckes „Anfallsrecht“.

in die Normen vom Umfang der Erbsetzung eingemischte Paragraphen enthielt. Sie lauten:

§. 351. Kann oder will einer der eingesetzten Erben von seinem Erbtheile keinen Gebrauch machen; so fällt der ihm bestimmte Theil den übrigen eingesetzten Erben zu.

§. 352. Sind aber mehrere Erben, und zwar jeder für einen bestimmten und besonderen Erbtheil, oder auch nicht bloß stillschweigend, sondern ausdrücklich mit den Worten in gleiche Theile ernannt worden; so fällt der Theil, welcher Einem derselben nicht zu Statten kömmt, den gesetzlichen Erben zu.

Bei dem §. 351 ist aus §. 350 der Thatbestand zu ergänzen, daß „ohne Vorschrift einer Theilung mehrere Erben eingesetzt waren.“ Die Debatte hastete diesmal nicht, wie so oft, am Außerlichen und wird deshalb hier stückweise bei der Exegese verwerthet werden. Hier sei nur erwähnt, daß der (am 9. Jänner 1804) mit Stimmenmehrheit beschlossene Text inhaltlich, nicht aber auch wörtlich mit dem jetzigen übereinstimmte (namentlich bildeten die jetzigen §§. 561, 562 einen einzigen³⁾) und daß der jetzige Text bei der Revision (17. Aug. 1807) von Zeiller vorgeschlagen, von den Uebrigen einstimmig angenommen wurde, ohne daß eine Motivirung oder Debatte aus den Prot. ersichtlich wäre. — Der Ausdruck „wächst zu“ (§. 560, §. 561) ist besser, als der im Westgal. G. B. gebrauchte und im §. 562 noch stehen gebliebene „fällt zu“, weil dieser die Vorstellung erwecken könnte, als ob hier eine neuerliche Delation Statt fände. — Die im Folgenden darzustellenden Grundsätze haben auch außerhalb Oesterreichs Beifall und Nachahmung gefunden.^{3a)}

II. So sehr die Ansichten über die eigentliche Grundlage der Anwachsung ererbiger Erbtheile im römischen Rechte auseinandergehen,⁴⁾ so unzweifelhaft ist es, daß sie nicht in dem zu vermuthenden Willen des Erblassers zu suchen ist (anders bei Vermächtnissen),⁵⁾ während die moderne Rechtsanschauung umge-

³⁾ Der Anfang stimmte wörtlich mit der ersten Hälfte des §. 560, dann aber hieß es nach den Worten „berufen werden“: „oder wenn auch nur einige der Erben unbestimmt eingesetzt sind, und es kann oder will einer derselben“; im übrigen wieder wörtlich, wie §. 560, nur „fällt“ statt „wächst“ und „unbestimmt eingesetzt“.

^{3a)} Vgl. die Nachweisungen bei Gruchot I S. 546, dazu Carozzi XIII p. 4, 5, 9, Dalwigk II S. 22, Mommsen §§. 234—243 und S. 294.

⁴⁾ „In der älteren Zeit hat man sich gerne mit der bloßen Berufung auf den . . . Satz . . . „Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest“ zufrieden gestellt.“ Dworzaf S. 3. So erklärte Zeiller in der Sitzung v. 9. Jän. 1804 das ins accrescendi im Röm. R. für eine nothwendige Folge jenes Satzes. Uebereinstimmend Dalwigk II S. 20, Rippel IV S. 74, Thibaut (8. Aufl.) S. 824, Mayer S. 5, 16 (f. aber auch S. 241); mit Einschränkung auf die testamentarische Erbfolge z. B. Kuborff in d. Ztschft. f. gesch. R. W. VI S. 400, Mommsen S. 293. Offenbar vermag aber jener Satz die Anwachsung bei der gesetzlichen Erbfolge nicht zu erklären (Mühlenbruch S. 251, Dworzaf S. 4 und N. 6). Andere erklären es als dem Wesen der Erbfolge widersprechend, daß einen Theil des Nachlasses Niemand erbe; solches würde nun ohne die Accrescenz bei der gesetzlichen Erbfolge oft eintreten; bei der testamentarischen freilich könnte der lebige Theil an die Intestatanten fallen; aber hier stehe der Satz „nemo pro parte . . .“ entgegen. Höpfer S. 492, Haimberger S. 402; vgl. Schwegge V (4. Aufl.) S. 879, Mayer S. 241, Arnolds S. 518. Scheinbar anders Brinz (1. Aufl.) S. 831 f., welcher einwendet, der Satz nemo pro parte sei Grund der Vacanz, nicht der Accrescenz; dennoch ist seine Ansicht genau dieselbe, wie die von Höpfer und Arnolds. — Die meisten neueren gemeinrechtlichen Schriftsteller sehen den Grund der Anwachsung darin, daß jeder der mehreren Berufenen eventuell auf die ganze Erbschaft berufen ist, was sie aber wieder in verschiedener Art zu begründen suchen. Gemeinschaftlich (und gewiß richtig) ist der Gedanke, daß selbst bei einer testamentarischen Berufung auf certae partes doch effectiv „partes concursu sunt“. Mühlenbruch S. 251 f., Witte S. 272, Burchardi S. 298, Vangerow II S. 494, Dworzaf S. 4 ff., Runke Excursus S. 567 ff., Windscheid III S. 603 bef. N. 6 u. 10 und die daselbst in N. 1 Citirten. Segen die von Vielen behauptete „ausschließliche Vernunftmäßigkeit oder apodictische Nothwendigkeit“ der römischen Behandlung erklärt sich Baumeister S. 109 ff. insbes. S. 114.

⁵⁾ Vgl. Duarenus op. p. 1077. — Der Testator konnte die Accrescenz durch

fehrt nur diesen als entscheidend für die Frage, ob, wem und in welchem Maße ein erledigter Erbtheil zuwachsle, ansieht.⁶⁾ Und dies ist auch der Standpunkt unserer Redactoren.⁷⁾ Darnach ist nun die Anwachsung nicht mehr eine iuris necessitas für den Testator (N. 5);⁸⁾ es fragt sich, ob sie es noch für den Verufenen sei, wie sie es nach römischem Rechte unzweifelhaft ist (l. 53 §. 1 D. 29, 2; l. un. §. 10 Cod. VI, 51), genauer: ob der accrescierende Theil ipso iure erworben und ferner: ob er abgelehnt werden könne.⁹⁾ Darüber wird unter unseren Schriftstellern gestritten. Die Protokolle schweigen über beide Fragen. Zeiller bejaht im Comm. II S. 433 die zweite, ohne sich über die erste auszusprechen; doch scheint auch er ipso iure-Erwerb angenommen zu haben.⁹⁾ Ganz ausdrücklich erklärt sich für diese media sententia Ellinger zu §. 560,¹⁰⁾ und auch Winiwarter trotz widerspruchsvoller Aeußerungen,¹¹⁾ am ausführlichsten (mit besonderer Rücksicht auf die Intestaterbfolge) Hüttner l. v. d. gesetzlichen Erbfolge §§. 43, 44. Dagegen sprechen sich für unabweislichen Erwerb aus (der also ohne und selbst gegen den Willen des Erwerbenden erfolgt): Bellingeri p. 181—184, Nippel IV S. 75 f., 78 f., Michel in Haimel's Magazin VII, S. 287—289, Dworzak in Haimel's Bistht. VIII S. 87, Stubenrauch 1. Aufl. II S. 283 und 303, 2. Aufl. I S. 744 und 756, Unger §. 38 N. 4, Kirchstetter 2. Aufl. S. 294.

Bedenkt man nun, daß durch die veränderte Begründung der Anwachsung der Satz „partes concursu sunt“^{11a)} nicht aufgehoben, sondern nur enger begrenzt

Anordnung von Substitutionen ausschließen, aber nicht direct verbieten. Witte S. 295, Dworzak S. 1, Mommsen S. 293. Diesen Punkt betonte auch Zeiller (Prot. 9. Jän. 1804). Anders nach preuß. l. R. (l. 12 §. 285), das die Witte hält zwischen dem gemeinen und dem österr. R. — Umsomehr natürlich kann bei uns der Testator die Accrescenz auch direct verbieten. Unger §. 38 N. 4 a. E., vgl. Mommsen §. 238.

⁶⁾ Vgl. Dalwigk II S. 24, Gruchot I S. 543 und die dort in N. 2 Citirten, Mommsen S. 293.

⁷⁾ „Der Entwurf (des Testal. G. V.) geht sehr richtig von dem wahrscheinlichen Willen des Erblassers aus.“ Zeiller in der Sitzung v. 9. Jän. 1804; vgl. Comm. II S. 429.

⁸⁾ Vgl. Bellingeri p. 181.

⁹⁾ Beide Fragen sind nicht gleich; denn Erwerb ohne Willen und Erwerb gegen Willen sind verschieden. Die Vermächtnisse werden (wenigstens gewiß nach röm. R.) ipso iure erworben und können doch ausgeschlagen werden. Es sind also an sich drei Behandlungen der Anwachsung möglich: 1) unabweislicher Erwerb, 2) ipso iure-Erwerb, der aber durch Ausschlagung ausgeschlossen bez. rückgängig werden kann (dies proponirt Mommsen §. 242 und S. 295 f.), 3) Erwerb durch Willenserklärung. Man darf also nicht (wie Unger §. 38 N. 4 thut) die Frage so stellen: „ob die Anwachsung ipso iure und mit Rechtsnothwendigkeit stattfindet, oder ob die eingesetzten Miterben den freigewordenen Theil auch ablehnen können;“ denn wer ipso iure-Erwerb annimmt, läugnet damit noch nicht nothwendiger Weise die Möglichkeit der Ablehnung. — Wenn der Accrescenzberechtigte seinen eigenen (anfänglichen) Theil noch nicht erworben hatte, so modificiren sich die Fragen dahin: ob mit der Annahme jenes Theiles auch der accrescierende angenommen sei, und: ob man zugleich diesen ablehnen und jenen annehmen könne?

¹⁰⁾ Also die in der vorigen Note erwähnte media sententia (= Mommsen). Die Stelle bei Zeiller lautet: „Der Zuwachs ist aber ein Vortheil, ein Permissiv-Recht, worauf der Miterbe, vielleicht weil die Last den Vortheil zu überwiegen scheint, Verzicht thun kann. Leisten die Miterben auf das Zuwachsrecht Verzicht, so treten die gesetzlichen Erben in deren Stelle.“ — Ganz ähnlich Basevi p. 226.

¹¹⁾ Einerseits: „Durch das Hinwegfallen eines Miterben fällt nur eine Beschränkung des Nachlasses weg; es bedarf daher keiner besonderen Erbserklärung zu dem erledigten Theile.“ Andererseits: „Die Verzichtleistung auf das Zuwachsrecht ist nicht unstatthaft, weil es nicht versagt ist, sich mit einem kleineren als dem gebührenden Erbtheile zu begnügen.“

¹¹⁾ Denn aus den Worten: „gleiche Wirkung mit der Substitution“ (Comm. III S. 55) möchte man schließen, er meine Erwerb durch Willenserklärung; S. 54 aber sagt er ausdrücklich, es bedürfe keiner neuerlichen Ansetzung.

^{11a)} Die unzählige Male wiederholte alte Bemerkung (wessen?), das ius accrescendi

worden ist, so muß man sich unbedenklich für den ipso-iure-Erwerb entscheiden. Unrichtig wäre es demnach, Erwerb durch Willenserklärung zu verlangen.^{11b)} Der Streit aber zwischen den Anhängern der *media sententia* und des unabweislichen Erwerbes löst sich in eine andere Frage auf, nämlich die, ob man einen Erbtheil theilweise annehmen, theilweise ausschlagen kann. Das Gesetz beantwortet sie nicht; für die Bejahung ließe sich anführen, daß die Redactoren den Erbserwerb ansahen als Ausübung einer durch die Berufung gebotenen rechtlichen Möglichkeit, wobei in plus das minus enthalten sei. Auch ist zuzugeben, daß die dem römischen Rechte eigenthümlichen Hindernisse einer solchen Gestattung für uns entfallen sind. Dennoch hätte diese ihre Unzukömmlichkeiten und widerspricht es insbesondere bei der testamentarischen Berufung der unbefangenen Anschauung, daß der Erbe willkürlich die Erbtheile anders machen dürfte, als der Testator wollte. Dies spricht für die herrschende Ansicht, sowohl hinsichtlich dieser allgemeineren,¹²⁾ als jener besonderen Frage.¹³⁾ Dagegen ist zuzugeben, daß viele der für die auch u. E. richtige Ansicht vorgebrachten Gründe hinfällig sind. So Michel's Berufung auf den ohnehin in's österr. Recht nicht mehr recht passenden §. 808; so Dworzak's Hinweisung auf den Fall, wo der Accrescenzberechtigte seinen Theil bereits erworben hatte (s. hier N. 8 a. E.), weil dieser schon vollzogene Erwerb auch auf den accrescirenden Theil sich beziehe und nicht zum Theile rückgängig gemacht werden kann. Allerdings kann der Delat seine Willenserklärung nicht abändern, seine Annahme nicht widerrufen (§. 806);¹⁴⁾ aber ein Schluß von dieser auf den ipso-iure-Erwerb ist ganz unstatthaft; der römische Legatar erwarb das Vermächtniß ipso iure, konnte es aber ablehnen, jedoch nicht mehr, wenn er es ausdrücklich angenommen hatte.¹⁵⁾ Auch ist zuzugeben, daß die *media sententia* praktisch sehr wohl ausführbar wäre; es siele eben der abgelehnte Theil an die übrigen Accrescenzberechtigten oder aber an die Intestaterben, während nach römischem Rechte der Satz „*nemo pro parte*“ entgegenstand.¹⁶⁾ — Wir fassen zusammen: Der Erwerb erfolgt ipso iure, weil die accrescirende Portion eigentlich gar kein selbständiger Theil ist, so daß man genauer sagen könnte: der accrescirende Theil wurde schon (eventuell) angenommen; — die Anwachsung erfolgt unabweislich, weil man einen Erbtheil nicht spalten (theils annehmen, theils ausschlagen) kann. Es erfolgt also in dem Augenblick, wo die Erledigung eines Theiles gewiß wird, nicht eine neue Delation; mithin braucht der Accrescenzberechtigte in diesem Zeitpunkt nicht mehr erbfähig zu sein,^{16a)} ja er braucht diesen Zeitpunkt nicht einmal zu erleben

sei eigentlich ein *ius non decrescendi*, enthält nur einen etwas paradoxen Ausdruck für ganz denselben Gedanken, den der Satz *partes concursu fiunt* ausdrücken soll. Sie würde nicht gemacht worden sein, wenn nicht viele unter den älteren Juristen (schon unter den Glossatoren) ohne haltbaren Grund zwischen einem *ius accrescendi* und einem *ius non decrescendi* unterschieden hätten (Baumeister §. 21), eine Unterscheidung, die *Duarenus* (op. p. 1083 cap. XI) ein „*discrimen tritum et perulgatum apud nostros interpretes*“ nennt.

^{11b)} Auch ist u. B. diese Meinung von Niemandem literarisch vertreten worden.

¹²⁾ Unger §. 37 A. 4.

¹³⁾ Auch Unger §. 38 A. 4 bringt beide Fragen in Verbindung, aber nicht in eine so directe, wie hier geschieht.

¹⁴⁾ Auch Unger §. 38 A. 4 (gegen's Ende) beruft sich auf diesen Paragraphen, aber zur Widerlegung der Ansicht, daß man „sich mit einem kleineren als dem gebührenden Erbtheile begnügen“ könne. Vgl. Rippel IV S. 79 (Mitte) und Dworzak a. a. O.

¹⁵⁾ Arndts §. 555, Windscheid III §. 643.

¹⁶⁾ Freilich hätten bei mehreren Accrescenzberechtigten durch die Ausschlagung des Einen die Theile der Anderen wachsen können; wie aber, wenn alle abgelehnt hätten?

^{16a)} §. 208 lit. c. Mil. St. G. B. weist nur das Vermögen, welches dem Deserteur bis zu seiner Verhaftung oder Rückkehr von Todeswegen zufällt, jenen gesetzlichen Erben zu, an die es gefallen wäre, wenn er den Anfalltag nicht erlebt hätte.

mit andern Worten die Anwachsung kommt seinen Erben auch dann zu Statten, wenn er vor jenem Zeitpunkt gestorben ist, der erledigte Theil gehört zu dem, „was der Erbschaft selbst zuwächst“ (§. 1279; portio portioni accrescit);¹⁷⁾ daher erwirbt der Accrescenzberechtigte auch die accrescirende Portion gerade so als Testaments- oder als Intestaterbe, wie er die ursprüngliche erwarb. Die Erledigung ist aber erst dann entschieden, wenn weder Substituten noch Transmissare da sind, beziehungsweise wenn sie abgelehnt haben; denn das Substitutionsrecht geht dem Transmissionsrecht (§. 809), beide dem Accrescenzrecht vor.¹⁸⁾ Auch hier macht sich der Uebelstand, daß das österr. Recht nur eine Präklusivfrist für die Theilnahme an der Verlassenschaftsabhandlung, nicht auch für das Erbrecht selbst hat, fühlbar.¹⁹⁾

III. Es ist unter den gemeinrechtlichen Juristen bestritten, für welchen Thatbestand der Ausdruck „Accrescenz“ technisch sei. Rein tritt der ipso iure-Erwerb freilich nur dann hervor, wenn der Accrescenzberechtigte seinen anfänglichen Theil bereits erworben hatte. Dennoch scheint man einzig darüber zu sein, daß auch dort, wo eine deserirte, aber noch nicht erworbene Portion durch Erledigung einer andern von selbst eine Vergrößerung erfährt, dies Anwachsung im technischen Sinne ist,²⁰⁾ wengleich hier jene iuris necessitas anders formulirt werden muß (s. hier N. 8 a. E.). Streit ist nur darüber, ob, wenn einer der Eingefesteten (beziehungsweise der Verwandten) vor dem Tode des Erblassers wegfällt, so daß von Anfang an ein größerer Theil deserirt wird, man das unter „Accrescenz“ mitbegreifen solle. Es ist zuzugeben, daß zu Lebzeiten des Erblassers von einer Berufung im technischen Sinne nicht die Rede sein kann, und daß, wenn man diese Fälle nicht ausscheidet, unsere Lehre mit der vom Umfang der Erbeinsetzung verfliebt; aber gerade weil dies in unserem Gesetzbuche der Fall ist, kann nicht bezweifelt werden, daß hier das „Recht des Zuwachses“ alle drei obigen Thatbestände umfaßt.²¹⁾ Die Frage ist übrigens insofern ohne praktisches Interesse, als nicht zu bezweifeln ist, daß die Vertheilung in allen obigen Fällen dieselbe ist.²²⁾

IV. Das a. b. G. B. behandelt nirgends das Anwachsungsrecht bei der gesetzlichen Erbfolge.²³⁾ Dennoch ist ein solches auch für's österr. Recht nicht

¹⁷⁾ Göschen §. 971 N. 2 und die daselbst citirten Quellenstellen; Windscheid §. 603 N. 4; Unger §. 38 N. 4 (Mitte); Mommsen §. 241 und S. 295. — Schon deshalb geht es nicht an, die Accrescenz auf eine gesetzliche Substitution zurückzuführen. S. Dvorzak S. 19 ff., Kirchstetter 2. Aufl. S. 301. — Ueber Sammlung VI Nr. 2855 f. unten in der Lehre v. d. fideicommissarischen Substitution (§. 608 ff.).

¹⁸⁾ Unger §. 38 N. 3; vgl. a. b. G. B. §. 689, dann Mommsen §. 236.

¹⁹⁾ S. Sammlung III Nr. 1403; über diesen Proceß s. auch hier bei §. 547 Note 65.

²⁰⁾ Deshalb gehört die Accrescenz systematisch sowohl in die Lehre von der Berufung, als in die vom Erbserwerb. A. M. Windscheid §. 603 N. 6.

²¹⁾ Entscheidung des oberst. O. G. v. 2. April 1852 J. 3108 in der Gerichtszeitung 1855 Nr. 121 (Peitler Nr. 340); Stubenrauch 2. Aufl. S. 755; Basevi p. 226 n. 3.

²²⁾ Dies bestreiten auch nicht diejenigen, die (wie z. B. Witte S. 271, Bangerow §. 494 pr.) im letzteren Falle nicht von Accrescenz reden wollen. Mit der Auffassung unseres Gesetzbuches stimmt auch die Mehrzahl der gemeinrechtlichen Schriftsteller überein, so Mayer (s. hier N. 1), Mühlenthal S. 246 ff., Dvorzak S. 22 ff., Brinz 1. Aufl. S. 826, Windscheid §. 603 N. 6 u. N.

²³⁾ Wenn Stubenrauch aber deshalb (S. 756) sagt: daß die Vorschriften der §§. 560—562 „offenbar nur bei der testamentarischen Erbfolge gelten“, so ist dies einerseits selbstverständlich (institutio auf certae oder incertae partes!), andererseits, sofern damit eine Anwachsung bei der gesetzlichen Erbfolge gelänget werden soll, unrichtig. Diese Längnung findet sich auch in einem Aufsatz von Mühlenthal in Schopp's Archiv (1837) I S. 165 ff. Die meisten Commentatoren schweigen über diesen Punkt gänzlich. Dagegen ist die Anwachsung bei der gesetzlichen Erbfolge eingehend besprochen bei Hüttner l. von d. gesetzl. Erbfolge §§. 42—44.

zu bezweifeln, wie auch der oberste Gerichtshof ausdrücklich anerkannt hat (Sammlung VIII Nr. 3780) unter Berufung auf den „Geist des Gesetzes“. Die Verfasser desselben hielten nämlich eine eigene Normirung dieses Anwachsungsrechtes für überflüssig, da über die Art der Vertheilung hier nie ein verständiger Zweifel entstehen kann.²¹⁾ Aber die Existenz dieses Rechtes ist im Gesetze schon damit anerkannt, daß die entfernteren „Linien“ so lange ausgeschlossen sind, als ein Erbe aus der näheren vorhanden ist (§§. 730, 735 pr., 738 pr., 740 pr., 744 pr., 748 pr.). Da es hat dieß Recht hier offenbar einen noch stärkeren Grund für sich, und gilt das „partes concursu fiunt“ hier noch allgemeiner, als bei der testamentarischen Erbfolge. Doch wird die Accrescenz hier durch die sogen. Repräsentanten und die Transmissare (wie bei der testamentarischen Erbfolge durch die Substituten und die Transmissare) ausgeschlossen. Ferner haben, wie aus den Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge erhellen wird, „die zu demselben Stamm oder zu derselben Stammgruppe Gehörigen vor anderen (Mitberufenen) den Vorzug.“²²⁾

Doch darf man nicht glauben, daß nach dem Gesagten eine partielle Caducität überhaupt unmöglich wäre. Bei der reinen Intestaterbfolge ist sie es allerdings;^{23a)} aber wenn ein testamentarischer, bestimmter Theil (pars certa) unerworben und auch von den sämtlichen gesetzlichen Erben (§. 562) unangetreten bleibt, dann wird er caduc. Mit andern Worten, wo die Accrescenz ausgeschlossen ist, dort ist partielle Caducität möglich; vgl. Pat. v. 9. Aug. 1854 §. 128. Ebenso unzweifelhaft aber geht die Accrescenz der Caducität vor (Sammlung VIII Nr. 3780).²⁶⁾

V. Zu §. 560. „In dem allgemeinen Ausdrucke einer gleichen Theilung“ d. h. wenn die Theile nicht mit Brüchen angegeben sind, sondern es kurzweg heißt „zu gleichen Theilen“ u. dgl. Die Gleichstellung einer solchen Einsetzung und einer ohne Theilangabe verdient den allgemeinen Beifall, den sie gefunden hat. Mit Recht bemerkt Zeiller (9. Jan. 1804), daß „die aus dem römischen Recht herübergenommene subtile Unterscheidung in §. 352 Westgal. G. B. II dem Willen des Erblassers nicht angemessen scheine.“ Und Unger (§. 63 A. 3): „In jenem Zusatz („zu gleichen Theilen“) ist nicht die Position der Beschränkung jedes Berufenen auf den durch die arithmetische Theilung sich ergebenden bestimmten Antheil, sondern nur die Negation ungleicher Antheile (resp. der Stammtheilung) für den Fall der wirklichen Theilung, also eine bloße Angabe des Theilungsmodus, zu sehen.“²⁷⁾ — „Kann von seinem Erbrechte keinen Gebrauch machen:“ ein nicht ganz correcter Ausdruck, da man z. B. bei einem Erbunfähigen überhaupt von keinem „Erbrecht“ sprechen kann.

VI. Conjunction. Unter den Accrescenzberechtigten können wieder Einige unter einander zu einer engeren Gruppe verbunden sein und Jeder in Bezug auf den Anderen ein vorzügliches Anwachsungsrecht haben. Ganz unzweifelhaft ist das Anwachsungsrecht der re coniuncti d. h. der gemeinschaftlich auf einen Erbtheil Berufenen, mögen daneben die anderen Erben in zweiter Linie ein solches

²¹⁾ Uebereinstimmend Carozzi XIII p. 3.

²²⁾ Unger §. 38 Text a. E. Hüttner §. 42.

^{23a)} Anders schon bei der besonderen Erbfolge in den Nachlaß katholischer Weltgeistlichen, wo die Antheile der Kirche und der Armen von vornherein unüberschreitbar fixirt sind; würden hier die Verwandten verzichten, so müßte das Verwandtendrittel gerade so dem Fiskus zufallen, wie dies der Fall ist, wenn es an erbberechtigten Verwandten überhaupt fehlt (Michel Handb. Nr. 1129 ff.).

²⁴⁾ Vgl. Unger §. 90 Anm. 1. — Nach all' dem Gesagten (s. bei N. 18) erhellt diese Rangfolge: Substitution, Transmission, Accrescenz (bez. Eintritt gesetzlicher Erben), Caducität.

²⁷⁾ Vgl. Zeiller II S. 430, Winiwarter III S. 54, Dworzak S. 88.

Recht haben oder nicht, mit andern Worten mögen ihre Theile partes certae sein oder nicht.²⁵⁾ Eben so unzweifelhaft ist es, daß die Verbalconjunction, wo sie nur eine solche ist, keine Bedeutung hat; aber es kann in ihr der Wille, eine Realconjunction zu setzen, sich äußern.²⁶⁾ Im Zweifel ist dies jedoch nicht anzunehmen, also auch nicht, daß die re et verbis coniuncti vor den bloß re coniuncti einen Vorzug haben.²⁷⁾ Als re coniuncti sind namentlich auch diejenigen Erben zu betrachten, die zufolge §. 559 „als Eine Person angesehen werden müssen.“²⁸⁾

VII. Zu §. 561 und §. 562.

1) Wer auf eine pars certa eingesetzt ist, hat nie, wer auf eine pars incerta berufen ist, hat immer ein Anwachsungsrecht. Diese Sätze werden auf den zu vermuthenden Willen des Testators gegründet. „Diejenigen Erben, denen er keinen bestimmten Theil ausgeworfen hat, beruft er zur Erbfolge überhaupt; er beruft sie zu allem, was nach Abzug dessen, so anderen Personen gebührt, erübrigen wird, folglich auch zu den in Erledigung kommenden Erbtheilen.“²⁹⁾ Hingegen äußere sich in der Einsetzung auf einen bestimmten Theil der Wille des Testators, dem Betreffenden jedenfalls „nicht mehr zukommen lassen zu wollen,“ und deshalb habe ein solcher Erbe nie Anspruch auf Accrescenz.³⁰⁾ Jene Grundsätze kann man billigen, der zuletzt erwähnten Argumentation in solcher Allgemeinheit nicht beistimmen. Wenn Jemand den Einen auf einen größeren Theil eingesetzt hat, als den Andern, so sieht man, daß er Jenen vor diesem bevorzugte; daß er aber die Portion des Bevorzugten, wenn sie vacant wird, lieber den Intestaterben, als dem auf einen kleineren Theil Gesezten gönnen wollte, ist keineswegs selbstverständlich. Vielmehr hat Dworzak das Richtige getroffen, wenn er (S. 15) sagt: „Es ist zuvörderst so viel gewiß, daß der Erblasser den Intestaterben nichts hinterlassen wollte, so fern die Instituirten erben; ob er für den entgegengesetzten Fall den gesetzlichen Erben oder den Miterben des Wegfallenden die vacante Portion zuwenden wollte, ist völlig unentschieden; ja man möchte etwa zu Gunsten des ius accrescendi den Umstand geltend machen, daß er die Miterben als Instituirte honorirt, der Intestaterben aber gar nicht erwähnt hat. Die Theilbestimmung, die vom Testator gemacht wurde, hat keineswegs schon ihrer Natur nach die Tendenz einer fixen Beschränkung; sie kann ebenso gut in diesem Sinne, als auch bloß zur Bestimmung des gegenseitigen Verhältnisses der Miterben vom Testator gesetzt worden sein.“ Es scheint also in solchen Fällen, fährt er (S. 18 f.) fort, „die Bevorzugung der Accrescenz vor der Intestatsuccession eben so haltbar, als das Gegentheil, wenn nicht der Testator die bestimmt eingesetzten Erben ausdrücklich auf ihre partes certae beschränkt hat.“ — Nicht um die gesetzliche Anordnung zu tabeln, wird dies angeführt, sondern um daran zu erinnern, daß diese Anordnung nicht absolut durchgreifend ist. Allerdings muß man sich so lange an sie halten, als nicht ein abweichender Wille des Erblassers sicher ist. Vor einem solchen aber

²⁵⁾ Auf die Beschaffenheit des gemeinschaftlichen Theiles kommt es nicht an.

²⁶⁾ Dies betont Unger §. 38 A. 5 (vgl. §. 15 A. 8) entgegen der herrschenden Ansicht (Zeiller II S. 430, Winivarter III S. 56, Dworzak S. 89), deren richtigem Kern durch den folgenden Satz Rechnung getragen wird.

²⁷⁾ Unger s. 38 A. 5 behauptet ein Vorzugsrecht der re et verbis coniuncti vor den bloß re coniuncti, Dworzak S. 90 läugnet es. Vergleicht man aber das daselbst S. 89 Gesagte mit den Beispielen Unger's, so sieht man, daß die Differenz mehr die Worte, als die Meinungen betrifft.

²⁸⁾ Taglioni IV p. 98, Dworzak S. 89.

²⁹⁾ Zeiller's Commentar II S. 430 f.

³⁰⁾ Zeiller in der Sitzung v. 9. Jan. 1804. Beistimmend Dalwigk II §. 22, die Commentatoren, Unger §. 38 A. 2, Mommsen S. 294.

treten jene Normen zurück, gerade weil bei uns die Accrescenz nicht auf iuris necessitas, sondern auf dem wahrscheinlichen Willen des Erblassers beruht. Sobald also gewiß ist, daß die Theilangaben nur das Verhältniß der Miterben betreffen, ein bloßer Theilungsmodus sind, findet §. 562 pr. keine Anwendung.³⁴⁾

2) Ob der erledigte Theil eine pars certa oder incerta ist, ist gleichgiltig; es kommt nur auf die Beschaffenheit derjenigen Theile an, von denen es sich fragt, ob ihnen etwas zuwächst. Also auch eine pars incerta wächst nicht einer pars certa zu; und einer pars incerta wächst auch eine pars certa zu.³⁵⁾ — Zeiller hatte zwar den Antrag gestellt: „Sobald der Erblasser für einige Erben die besonderen Erbtheile bestimmt, so bestimmt er sie wenigstens stillschweigend auch für die übrigen.“ Hat also „der Erblasser für alle oder auch, nur für einen Erben den Erbtheil bestimmt, so gebührt den eingesetzten Erben kein Anfallsrecht, sondern der erledigte Theil kommt an die gesetzlichen Erben.“ Dieser Antrag³⁶⁾ wurde jedoch mit gutem Grunde von der Commission verworfen (Prot. 9. Jän. 1804).

3) Wenn nach den obigen Grundsätzen die Accrescenz ausgeschlossen ist, so fällt der erledigte Theil, gleich den im Testamente unvergebenen (§§. 554, 556) an die gesetzlichen Erben (§. 562 i. f.). Es ist dies eine neue Delation, also findet kein ipso-iure-Erwerb Statt. Wenn dagegen im Falle von §. 556 pr. erledigte Theile mit unvergebenen an die gesetzlichen Erben kommen, so ist dies eine Accrescenz;³⁷⁾ hatten sie die unvergebenen Theile bereits angetreten, so wachsen ihnen die erledigten von selbst zu; im anderen Falle müssen sie die vergrößerten deferirten Portionen ganz annehmen oder ganz ausschlagen.

VIII. Zu §. 563. Pars accrescit cum suis oneribus (§. 563,³⁸⁾ vgl. §. 606). Man muß nämlich annehmen, „es sei dem vermuthlichen Willen des Erblassers gemäß, daß der Mitberufene den freigewordenen Erbtheil nicht unter günstigeren Bedingungen behalten solle, als ihn der ausfallende Miterbe erhalten hätte.“³⁹⁾ Zu den Lasten gehören: fideicommissarische Substitutionen,⁴⁰⁾ Vermächtnisse, Aufträge (modi; §. 709 ff.), nicht auch Bedingungen (arg. §. 702).⁴¹⁾

³⁴⁾ Dies ist vom obersten O. S. anerkannt in Sammlung II Nr. 820, wo die Entscheidung der II. Instanz um so auffallender ist, als in jenem Falle der Tenor des Testaments keinen Zweifel übrig lassen konnte. Vgl. auch Vb. III Nr. 1283, wo es sich allerdings um ein Legat handelte, aber ähnliche Erwägungen maßgebend waren. Vgl. Worzlat S. 90 (Zeile 8—14).

³⁵⁾ Beispiele: „A soll Erbe sein auf $\frac{1}{4}$, B auf $\frac{1}{6}$; ferner sollen C, D, E meine Erben sein.“ Das $\frac{1}{4}$ würde vacant, so wächst es nicht dem B, wohl aber dem C, dem D und dem E zu. — „A soll mein Erbe sein auf $\frac{1}{2}$, B auf $\frac{1}{6}$; auch C soll mein Erbe sein.“ Centfällt, A und B sind nicht accrescenzberechtigt.

³⁶⁾ Vielleicht dachte Zeiller nur daran, daß a) keine pars certa an irgend welche pars und b) daß a) keine pars certa irgend welche pars anwachsen soll, was neuerdings Mommsen §. 237 (und S. 294) besürwortet. Schon dies ist zu mißbilligen. In Zeiller's Formulirung lag aber noch mehr; nämlich wenn z. B. ein Erbe auf eine pars certa, drei Erben auf partes incertae eingesetzt sind, so hätte nach jenem Vorschlag selbst eine pars incerta zu einer pars incerta nicht accresciren sollen! —

³⁷⁾ Denn die Intestaterben sind hier zu dem Reste (zu allem, was übrig bleibt), also zu unbestimmten Theilen berufen. — Rippel ist der Einzige, der diese Frage nicht übersehen hat (IV S. 77).

³⁸⁾ Dieser Paragraph ist übergegangen in das sächsische O. B. §. 2275 und in Mommsen's Entw. S. 243. — Vgl. I. un. §§. 4, 9, 10 Cod. de cad. toll. VI, 51.

³⁹⁾ Unger §. 38 N. 4, vgl. Zeiller II S. 433.

⁴⁰⁾ Seuffert's Archiv I Nr. 266. — Selbstverständlich auch die entsprechende Quote von Erbchaftsschulden, was aber keine vom Erblasser mit der Portion verknüpfte Last ist.

⁴¹⁾ Wenn in I. un. §§. 4, 9 cit. von „gravamen conditionis implendae gratia“ und von „conditio vel aliud gravamen“ die Rede ist, so heißt das nicht: „die conditio ist ein gravamen,“ sondern: „sie kann eines sein“ (z. B. die auf ein Geben gerichtete). Vgl. hinsichtlich der Substituten einerseits I. 73 D. 28, 5, andererseits I. 39 pr. D. 35, 1.

Eine Ausnahme erfährt obiger Satz dann, wenn das onus seinem Inhalte nach nur von dem Instituirten hätte erfüllt werden können⁴²⁾ oder aber nach des Testators aus jenem Inhalte zu erschließenden (N. 42)⁴³⁾ oder ausdrücklicly erklärten⁴⁴⁾ Willen nur von jenem hätte erfüllt werden sollen. Zu denjenigen Auflagen, die nur von dem Eingesezten vermöge „seiner persönlichen Verhältnisse“ (N. 42) hätten erfüllt werden können, gehört die testamentarische Anordnung der Collation (§. 790 pr.)⁴⁵⁾

§. 564.

Der Erblasser muß den Erben selbst einsetzen; er kann dessen Ernennung nicht dem Ausprüche eines Dritten überlassen.

I. Die Marginalnote, die jetzt bei §. 565 steht, stand im Manuscript richtiger bei §. 564; denn es betrifft auch dieser Paragraph die Bestimmtheit des Willens. Dennoch beruht ihre jetzige Stellung nicht auf einem Druckfehler, wie man aus Zeiller's Commentar II S. 435 erfieht; auch wurden schon in der Verathung die §§. 565, 566 zusammengefaßt, wie es bei Zeiller geschieht, was zwiefach unpassend ist, da es den Zusammenhang der §§. 564 und 565 zerrißt und andererseits Paragraphen, deren einer die Beschaffenheit der Willenserklärung, deren anderer die Testirfähigkeit betrifft, unter einen Gesichtspunkt bringt, wozu freilich der Schluß von §. 566 Anlaß gibt.

II. Dem §. 564 liegt der §. 357 Westgal. G. B. II zu Grunde, an welchem eine meritorische Aenderung nicht beabsichtigt war,¹⁾ weshalb sein nachstehender Wortlaut von exegetischem Interesse ist:

„Der Erblasser darf in keinem Falle die Ernennung seines Erben dem Ausprüche eines Dritten überlassen. Er muß selbst eine bestimmte Person zum Erben einsetzen. Allein er kann seinem Erben eine Bedingung machen, deren Erfüllung von der Willkühr eines Dritten abhängt.“

Mit dem Monitum der Wiener Facultät: „es sollte auch die Einsetzung einer unbestimmten Person, z. B. dessen, der im nächsten Jahre Bürgermeister

⁴²⁾ „Quid enim, si iusserit eum in certum locum abire, vel liberalibus studiis imbui, vel domum suis manibus extruere, vel pingere, vel uxorem ducere?“ An dergleichen Fälle ist bei den „persönlichen Handlungen“ in §. 563 vornehmlich gedacht (Vorfertigung eines Kunstwerkes (Zeiller), Besorgung einer Vormundschaft (Winwartter) u. s. w.), aber nicht ausschließlich; s. Zeiller S. 433 Z. 2 „blos von dem unmittelbar beauftragten Erben kraft seiner persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse . . .“ ein die letzten Worte beleuchtendes Beispiel, wo es sich nicht um ein facere im eng. S. handelt, s. unten in N. 45, ein anderes gibt Zeiller: Der Instituirte sollte an seinem Grundstücke dem Nachbar eine Servitut einräumen. Deshalb heißt es im sach. G. B. §. 2275 allgemeiner: „wenn diese blos auf die Person des Weggefallenen sich beziehen.“

⁴³⁾ In manchen jener Fälle (N. 42) wird man nicht sagen dürfen, daß der Accrescenzberechtigte jenen Auftrag nicht erfüllen könne; dennoch wird nie zu bezweifeln sein, daß der Testator den Auftrag (zu heirathen, die Vormundschaft zu führen . . .) nur dem Instituirten gegeben hat; so selbst bei dem „pingere“, wenn der Accrescenzberechtigte ebenfalls malen könnte. Unrichtig die hyper subtilen Unterscheidungen Nippel's IV S. 79 f. Denn selbst, wenn man das auf S. 79 i. f. und S. 80 pr. Gesagte zugeben könnte, so wäre der Schluß von der Substitution auf die Accrescenz gerade hier unzulässig.

⁴⁴⁾ „Verborum conceptio et facti natura“ (l. un. §. 9 cit.).

⁴⁵⁾ Der Testator bezieht einem Kinde, gewisse Vorausempfanze (x) in seinen testamentarischen Erbtheil sich anrechnen zu lassen. Das Kind fällt aus, seine Portion kommt an andere Erben. Selbst wenn diese ähnliche Gaben (y) auch empfangen hätten, so brauchen sie nicht nur nicht — sie können nicht jenen Befehl erfüllen, da er nicht dahin geht, daß die Gaben y, sondern dahin, daß die Gaben x conferirt werden sollen. Die entgegengesetzte Entscheidung Basevi's (bei §. 563) ist geradezu unbegreiflich.

¹⁾ Eine Debatte fand, wie es scheint, nicht Statt. Man erklärte sich einfach mit Zeiller's Bemerkungen einverstanden.

werden würde, gestattet werden" — erklärte sich Zeiller einverstanden²⁾ und schlug „darum“ den gegenwärtigen Text vor.³⁾ Den Schlusssatz von §. 357 wollte man in die Materie von den Bedingungen einreihen, wo man aber seiner offenbar vergessen hat.⁴⁾

III. Aus dem Princip „certum consilium debet esse testantis“ (Ulpian. XXII, 4) wurden im älteren römischen Rechte Folgerungen gezogen, die sich nicht mit Denknothwendigkeit aus ihm ergeben und unseren heutigen Anschauungen widersprechen; insbesondere sollten darnach nicht eingesetzt werden können: 1) juristische Personen, 2) Personen, die zur Zeit der Einsetzung noch nicht existirten, 3) solche, die erst durch ein künftiges Ereigniß bestimmt werden sollten.⁵⁾ Diese Sätze sind großentheils schon dem Justinianischen Rechte, durchaus dem unseren fremd.⁶⁾ Wohl aber bleibt auch für uns der Folgesatz richtig, daß der Erblasser die Benennung des Erben nicht einem Dritten überlassen dürfe,⁷⁾ selbst dann nicht, wenn er diesen als seinen Stellvertreter gedacht hätte — der Testiract verträgt eben keine Vertretung (§. 564: „selbst“; vgl. §. 569.)⁸⁾ Nicht einmal die Auswahl aus einem Kreise von Personen kann er Dritten überlassen, was im gemeinen Rechte bestritten ist,⁹⁾ für uns aber nach dem kategorischen Wortlaut des §. 564 und vollends des §. 357 Westgal. G. B. II füglich keinem Zweifel unterliegen sollte.⁹⁾ Es wäre nicht anders, wenn er die

²⁾ Prot. 16. Jan. 1804, vgl. auch Zeiller's Commentar II S. 434 Z. 2. In diesem Sinne ist denn zulässig eine bloß generische Bezeichnung, als: „meine gesetzlichen Erben“, „meine Verwandten“ (arg. §. 682); ja selbst: „diejenigen, die mich nach römischem (französischem, preussischem. . .) Rechte ab intestato beerben würden“. S. Stubenrauch I. Aufl. II S. 306, 2. Aufl. I S. 758 und Unger §. 15 N. 6 gegen Nippel IV S. 81 ff., ferner Sammlung II Nr. 741, IV Nr. 1529, VI Nr. 2884.

³⁾ In der That läßt dieser Text jene Möglichkeit deutlicher erkennen, als der westgalizische, der aber auch schwerlich etwas Anderes besagen wollte (vgl. S. 96 N. 17).

⁴⁾ Daß man auch da nichts ändern wollte, sagt ausdrücklich Zeiller's Commentar a. a. D.

⁵⁾ Windscheid §. 547 N. 2.

⁶⁾ Zu 1) s. bei §. 538 f., zu 2) f. bei §. 545, zu 3) f. hier II. und Note 2. — Eine Stiftung kann auch im Testamente erst errichtet werden; s. Unger §. 14 N. 8, Sammlung III Nr. 1055, VII Nr. 3240 (vgl. die Einsetzung eines Slaven cum libertate; auch hier wird der Berufene gleichzeitig Person und Erbe).

⁷⁾ Eine solche Unterordnung unter das Belieben eines Dritten, zumal wo es sich um den Hauptpunkt handelt, verträgt sich nicht mit dem Wesen letztwilliger Anordnung als der höchsten Aeußerung privatrechtlicher Souveränität. Dazu kommt das Erforderniß der Bestimmtheit des Willens-Entschlusses und -Inhaltes. Zeiller (II S. 434 Z. 1), dem es Andere nachschrieben, unterstellt auch hier Utilitätserwägungen.

⁸⁾ Ueber c. 13 X de test. 3. 26 vgl. Vangerow II §. 432 Num. (7. Aufl. S. 96 ff.), aber auch Arndts in Glück's Comm. Bd. 46 S. 362 ff. Der auf diese Decretale gebaute Anschauung der Doctrin tritt §. 564 in entscheidener Weise entgegen.

⁹⁾ S. über diese Streiffrage Arndts §. 491 N. 5 und die daselbst Citirten.

⁹⁾ Vgl. die bei Stubenrauch 2. Aufl. S. 757 N. 1 cit. Entscheidungen. — Willkürlich ist die in der Sammlung IV Nr. 1806 (vgl. Nr. 1547 ebd.) gemachte Unterscheidung zwischen einer dritten Privatperson und einer Behörde; denn auch einer solchen kann die Benennung des oder der Erben nicht überlassen werden. Wohl aber war die Entscheidung materiell gerecht, nur anders zu motiviren. Aus jenem Umstande, sowie aus der richtigen Wahrnehmung, daß der Erblasser nicht sein Wollen, sondern sein Wissen fremdem Ausspruch untergeordnet hatte, daß von der Behörde in jenem Falle eigentlich keine Auswahl, sondern nur der Ausspruch gemacht worden sei, „ob und welche Personen die in der letztwilligen Anordnung bestimmten Eigenschaften besitzen“ (Nr. 1806), — endlich aus dem in dem letzten Willen (s. Nr. 1517) selbst enthaltenen Fingerzeig war zu entnehmen, daß es sich dort (wie die Finanzprocuratur richtig behauptete) nicht um Einsetzung unbestimmter Erben, sondern um Begründung einer Stiftung handelte. Die Gerichte stießen sich an den Mangel eines dauernden Zweckes — u. E. mit Unrecht (vgl. auch Pfeiffer L. v. d. juristischen Personen §. 48 Z. 1, Briuz; Pand. 1. Aufl. S. 1020 f.). — Der Fall war nämlich folgender: Jemand schrieb am Ende seines ausführlichen Testaments: „Zwölftens ernenne ich zu Universalerben dreißig hiesige, ihr Gewerbe noch betreibende,

Personen, aus denen gewählt werden soll, mit Namen aufgezählt hätte und wenn ihrer auch nur zwei wären.¹⁰⁾ Auch kann man Einen nicht gültig unter der Bedingung instituiren, daß ein Anderer es so haben wolle oder damit einverstanden sei; wohl aber unter einer Bedingung, die mehr oder weniger¹¹⁾ von dem Willen eines Anderen abhängt.¹²⁾

Unstatthaft ist es endlich, daß Jemand vom Testator zum Interpreten seines Willens in der Art bestellt werde, daß sich das Gericht schlechthin dem Ausdruck desselben fügen müßte; denn damit wäre der Inhalt der Anordnung und so insbesondere auch die Auswahl der Erben von dem Dritten abhängig.¹³⁾ Zulässig dagegen ist es, einem Dritten die Zuweisung einzelner Nachlassstücke an einen der Erben, wodurch die Größe der Erbtheile nicht verändert wird, zu überlassen.¹⁴⁾

Gleichgültig ist es, ob der Erbe mit Namen genannt oder in anderer Art individuell erkennbar gemacht ist.¹⁵⁾

Die Erklärung muß überlegt, bestimmt und frey seyn.

§. 565.

Der Wille des Erblassers muß bestimmt, nicht durch bloße Bejahung eines ihm gemachten Vorschlages; er muß im Zustande der vollen Besonnenheit, mit Ueberlegung und Ernst, frey von Zwang, Betrug und wesentlichem Irrthume erklärt werden.

I. Die Grundlage dieses und des folgenden Paragraphen sind die §§. 359, 360 Westgal. G. B. II; letzterer entspricht dem §. 566, enthält aber auch die Erwähnung von Zwang, Betrug und wesentlichem Irrthum, die (16. Jän. 1804) in den §. 565 herübergenommen wurde. Die Worte „in der bedachten Person oder in der vermachten Sache“ wurden gestrichen, weil davon, was wesentlichem Irrthum sei, später die Rede sein werde. — Ueber die Marginalnote s. hier bei §. 564 I.

redliche, fleißige, gut patriotisch gesinnte und von der k. k. Stadthauptmannschaft für die würdigsten erkannte verunglückte Bürger, welche den Rest meines Vermögens in dreißig gleichen Theilen zu erhalten haben.“ Der Testator zweifelte selbst an der Möglichkeit solcher „Erbsernennung“ und fügt hinzu, es möchte diese seine „letztwillige Anordnung wenigstens doch als ein Codicill, donatio mortis causa, oder auf (irgend) eine nach den Gesetzen bestehende Art“ erfüllt werden (Nr. 1547). Offenbar sollte an diese Personen nur der Rest des Actiivvermögens vertheilt werden. A. M. Stubenrauch S. 758 Nr. 1.

¹⁰⁾ Vgl. Basevi zu §. 564 nr. 2. — Vollends ungültig wegen Mangels eines klaren bestimmten Willensentschlusses (§. 565) wäre es, wenn Jemand den A oder B zu Erben einsetzen würde, ohne einem Anderen die Auswahl aufzutragen. Unger §. 14 A. 4 will die singuläre Justinianische Vorschrift der l. 4 Cod. VI, 38 auch im österr. Recht gelten lassen.

¹¹⁾ Je nachdem es sich um eine einseitige Handlung oder aber eine Mitwirkung des Dritten handelt (z. B. Bedingung des Heirathens).

¹²⁾ Denn hier macht der Testator die Einsetzung von äußeren Thatumständen abhängig, und wenn gleich diese wieder von dem Willen eines Dritten abhängen, so ist dies doch keine Unterordnung jenes Willens unter diesen. Vgl. Unger §. 14 A. 4 und §. 57 A. 2, Basevi zu §. 564 nr. 1.

¹³⁾ S. Sammlung I Nr. 251 (Weitler Nr. 348). Ganz wirkungslos wird übrigens eine solche Anordnung nicht sein; das Gericht wird bei seiner Interpretation des Testamentes die Mittheilungen eines solchen Vertrauensmannes des Verstorbenen ernstlich in Betracht ziehen, so lange sie nicht geradezu unwahrscheinlich sind (arg. §. 582). Vgl. übrigens noch Rippel V S. 221 f.

¹⁴⁾ S. Zeiller II S. 434 f., der als Beispiel anführt, daß in manchen Gegenden unter den Landeuten üblich sei, der Witwe die Entscheidung anheimzugeben, welcher der Söhne gegen Abfindung der Geschwister die Wirtschaft übernehmen solle.

¹⁵⁾ Stubenrauch S. 757 B. 3, Unger §. 14 Text zu Nr. 3. Ueber die schimpfliche Bezeichnung s. Unger §. 14 Nr. 3, für's gemeine Recht Arndts §. 491 bei Nr. 6, insbes. aber Civil. Schriften II S. 77.

II. „Der §. 565 redet nicht bloß von der Erbeinsetzung, er redet von der Willenserklärung überhaupt, ist also auch auf Substitutionen, Enterbungen, Vermächtnisse und die Aufhebung des letzten Willens anzuwenden“¹⁾ (vgl. §. 718), auf Codicille ebenso, wie auf Testamente.

III. Wenn von der erforderlichen Beschaffenheit einer Willenserklärung die Rede ist, so fragt es sich einmal um die Beschaffenheit des Willens, dann um die der Erklärung. Der §. 565 betrifft beides, wenn auch überwiegend das Willensmoment. Es muß hier deshalb erst von diesem (A), dann von dessen Erklärung (B) die Rede sein; bei manchen der hier zu behandelnden Fragen läßt sich aber das innerliche und das äußerliche Moment der Willenserklärung gar nicht scheiden; von ihnen werden wir zuletzt handeln (C).

A. Erfordernisse hinsichtlich des Willens:

1) „Ueberlegung und Ernst“. Ob eine letztwillige Anordnung reiflich erwogen oder übereilt, besonnen oder unüberlegt sei, entzieht sich oft einer objectiven Beurtheilung. Das Gesetz kann unüberlegten, übereilten, von vorübergehender Stimmung eingegebenen Verfügungen am besten durch Solennitätsformen entgegenwirken, deren Beobachtung einige Umständlichkeit mit sich führt (es hat hierin eher zu wenig, als zu viel gethan, s. unten Einleitung zu §. 577 ff. unter III 1), dann indem es jugendlichen Personen das Testiren theils nicht gestattet, theils erschwert (s. §. 569). Aber ein Testament kann nicht wegen Unüberlegtheit angefochten werden; dies würde der richterlichen Willkür zu großen Spielraum lassen, indem damit die Angemessenheit des Inhaltes der Erkenntniß des Richters unterstellt würde. Die Worte „Ueberlegung und Ernst“ bedeuten hier gewiß nur den animus testandi. Daß als Gegensatz zu „Ernst“ nicht bloß Eifer, Fiction im Lehrvertrage u. dgl.²⁾ gemeint ist, sondern überhaupt Abwesenheit des animus testandi, erhellt aus §. 359 Westgal. O. B. II.³⁾ Es genügt nicht die noch so ernste und feste Absicht, Jemanden bedenken zu wollen, es gehört zu jenem animus das Bewußtsein, daß die gegenwärtige Erklärung die Disposition selbst schon enthalte.⁴⁾ Eine Mittheilung an Freunde, man werde demnächst ein Testament dieses Inhaltes machen, ist, wenn auch alle äußerlichen Erfordernisse zu einem mündlichen Testamente vorhanden wären, ein solches doch nicht — ebenfowenig, als die Mittheilung, man habe ein solches Testament bereits gemacht. Deshalb nützt es nichts, wenn der Erblasser das vermeintlich formgerechte, in Wahrheit formwidrige Testament mehreren Freunden vorgelesen hat, weil dies animo narrandi, nicht animo testandi geschehen ist (Sammlung IX Nr. 4025). Selbst das genügt noch nicht, daß Jemand „aus freier Bestimmung den Willen gehabt hat, eine Handlung mit rechtlichen Folgen zu unternehmen“⁵⁾ — dieser Wille muß gerade ein animus testandi (nicht donandi, solvendi⁶⁾ u. s. w.) gewesen⁷⁾ sein. Am allerwenigsten also kann der Beweis genügen,⁸⁾ daß Jemand

¹⁾ Zeiller II S. 435.

²⁾ Woran allein man gewöhnlich denkt; s. z. B. Stubenrauch S. 759 Z. 3.

³⁾ „Wer . . . lediglich bejaget, . . . ist kein ernstlicher Testator.“ Wegen des Wortes „Ueberlegung“ s. ebd. 2. Satz.

⁴⁾ Mag der Entschluß noch so fest und reif sein, er genügt nicht ohne das Bewußtsein der rechtlichen Bedeutung der abgegebenen Erklärung. Vgl. Zeiller S. 436. Schon aus diesem Grunde (und noch aus vielen anderen) ist die obergerichtliche Entscheidung in Sammlung III Nr. 1143 zu mißbilligen.

⁵⁾ So definiert Winivarter III S. 58 den animus testandi.

⁶⁾ So wunderbar es klingt, so kann selbst das zweifelhaft sein, ob einer für die Zeit nach dem Tode getroffenen Anordnung ein animus testandi oder solvendi (im weit. S.) zu Grunde liege; s. Sammlung I S. 310, wenngleich dort unbedenklich ersterer anzunehmen war.

⁷⁾ Ob dieser animus sich auch gerade auf eine bestimmte Form fixirt haben müsse, darüber s. bei §. 577.

⁸⁾ Und nicht einmal dieser Beweis war in dem Falle der Sammlung Nr. 1143

einen Anderen zum Erben überhaupt oder zu einem gewissen Theil zu haben wünschte, und nur deshalb ein Testament zu errichten unterließ, weil er irrtümlich annahm, es werde dieser Erfolg bei der gesetzlichen Erbfolge eintreten, während das Gesetz dem Betreffenden kein oder nur ein geringeres Erbrecht einräumt. Denn mag er inmerhin aus Rechtsirrtum nicht testirt haben, das ändert nichts an der Thatsache, daß er eben nicht testirt hat.⁹⁾ Denn wozu wären sonst alle Vorschriften über die Testamentsformen? Jeder (oft nur scheinbare) Beweis über die Absichten des Verstorbenen müßte genügen, und der Erbschleicherei wäre Thür und Thor geöffnet.

2) Der Wille muß „frei von Zwang, Betrug und wesentlichem Irrthume erklärt werden“ (§. 565). Die erzwungene oder erlittene Erklärung ist und bleibt (§. 576) absolut nichtig,¹⁰⁾ gleichviel, ob der Zwang (Betrug) von dem Eingesezten oder von einem Dritten ausgeübt wurde.¹¹⁾ Gar kein Zwang ist hier erlaubt,¹²⁾ aber nicht jedes Zureden ist schon ein Zwang.¹³⁾ Doch sollte man diesen Begriff hier weiter als sonst fassen, wofür auch die Gesetzesworte einen Anhaltspunkt gewähren;¹⁴⁾ gewiß verdient die Testirfreiheit mehr Rücksicht, als das Interesse eines Erbschleichers.¹⁵⁾ Aus der Sorge für die Testirfreiheit ist auch entsprungen die Vorschrift im §. 71 der Postpolizeiordnung vom 30. Juni 1837 hinsichtlich der in Contumazianstalten errichteten letztwilligen Anordnungen.¹⁶⁾ — Ueber Ungiltigkeit wegen Irrthum s. §§. 570 ff.

3) „Der Wille des Erblassers muß bestimmt . . . erklärt werden.“ Das hervorgehobene Wort ist vieldeutig, aber in jeder Bedeutung zutreffend, mag es nun auf die Deutlichkeit der Erklärung (s. unten) oder auf den animus testandi oder auf den Willensinhalt (certum consilium) oder auf all' das zusammen gehen. Der Inhalt darf nicht vag sein; also muß die Erbeinsetzung sich auf eine bestimmte Person (wenn auch nicht eine certa persona im Sinne des römischen Rechtes) beziehen d. h. auf eine vom Erblasser selbst (§. 564), gleichviel übrigens wie, bezeichnete Person.¹⁷⁾ Auch hinsichtlich des Erbtheiles muß ein bestimmter Wille erklärt worden sein (s. bei §. 554 Abs. III a. E.). Der

(s. Note 4) in glaubwürdiger Weise erbracht. Möglicher Weise wollte der belästigte Kranke sich nur Ruhe verschaffen.

⁹⁾ In dem in der vorigen Note erwähnten Falle wurde der Erblasser aufgefordert, ein Testament zu Gunsten seines Weibes zu machen. Er lehnte dies mit den Worten ab: „Wozu brauchen wir ein Testament? es brauch'ts nicht; es gehört ohnehin alles dir; es kann dir kein Mensch etwas nehmen.“ Darin erkannte die II. und III. Instanz eine gültige Erbeinsetzung des Weibes auf den ganzen Nachlaß! —

¹⁰⁾ Unger §. 13 Anm. 2, Zeiller S. 437. — Im römischen Rechte ist dieser Punkt sehr bestritten; s. Arndts §. 491 Anm. 2 und die daselbst Citirten, insbes. Mühlenbruch XLIII S. 485 ff.

¹¹⁾ Zeiller S. 437, Stubenrauch S. 760.

¹²⁾ Absurd ist die Meinung von Nippel IV S. 86 f., daß das Testament gültig sei, wenn dem Erblasser, um ihn zum Testiren zu bewegen, ein Uebel angedroht wurde, welches zuzufügen der Drohende berechtigt war; denn er war nicht berechtigt, damit zu drohen, um dadurch eine letztwillige Anordnung zu erpressen. Gegen Nippel hat sich ausgesprochen Stubenrauch S. 760 N. 1; s. auch Zeiller S. 437 N. *.

¹³⁾ S. Zeiller S. 436 a. E., Arndts §. 491 N. e und Anm. 2 a. E. — Sammlung IX Nr. 4174.

¹⁴⁾ Denn man kann schon sagen, eine Erklärung sei nicht „frei von Zwang“, wo man Bedenken trägt, sie geradezu als „erzwungen“ zu bezeichnen.

¹⁵⁾ Eine auf Zureden und Suggestionen hin abgegebene Erklärung ist verbächtigt und hinsichtlich ihrer Gültigkeit strenge zu prüfen. In diesem Geiste hat die II. und die III. Instanz entschieden in Sammlung I Nr. 93.

¹⁶⁾ Winivarter III S. 59; Michel Nr. 998 (wo es aber natürlich heißen soll „ungezwungenen“).

¹⁷⁾ In diesem Sinne ist eine bestimmte Person z. B. auch „das erste Kind, das meine Schwester haben wird“.

Inhalt der Vermächtnisse soll bestimmt sein, um der Willkür des Schuldners keinen zu weiten Spielraum zu lassen u. s. w. Freilich folgt aus der Unbestimmtheit der Erklärung nicht mit Nothwendigkeit, daß auch der Wille unbestimmt war; und darum ergänzt in vielen Fällen das Gesetz, was der Erklärung an Bestimmtheit fehlt (s. z. B. §§. 607, 610, 614, 670, 682, 683 u. s. w.).

Aus allem bisher Besprochenen zusammen mit der unter C 2 zu erörternden Vorschrift ergibt sich das Axiom: der letzte Wille soll vom Testator aus eigener Initiative erklärt sein. Dies „soll“ ist allerdings kein „muß“, d. h. man kann ein Testament, dem im Ganzen oder in einzelnen Verfügungen jene Eigenschaft abgeht, deshalb allein noch nicht für ungültig erklären; aber der Richter sollte ein solches um so strenger prüfen, um so genauer zusehen, ob die Erfordernisse „Ernst und Bestimmtheit des Willens, Freiheit von Zwang, Betrug und Irrthum“ wirklich vorhanden waren.¹⁸⁾

B. Erfordernisse hinsichtlich der Erklärung.

1) Diese soll deutlich oder doch verständlich sein. Vielleicht bezieht sich auch hierauf das Wort „bestimmt“ in §. 565 (s. oben); wäre dies aber auch nicht der Fall, wäre dies Erforderniß nirgends im Gesetze erwähnt, es verstünde sich doch von selbst (vgl. §§. 315, 427 und besonders §. 869), da eine unverständliche Willenserklärung gar nicht befolgt werden kann. Andererseits freilich darf man es mit dem Erforderniß der Deutlichkeit nicht zu streng nehmen, da sonst die große Mehrzahl aller Testamente für ungültig erklärt werden müßte; Gesetz¹⁹⁾ und Wissenschaft²⁰⁾ helfen hier nach; wie weit sie dabei freilich gehen sollen, mit andern Worten: wo die Grenze ist, jenseits welcher man eine undeutliche Erklärung als nichtig behandeln muß, ist im einzelnen Falle oft recht schwer zu sagen.²¹⁾ Der Grund der Undeutlichkeit beziehungsweise Unverständlichkeit kann ein ganz äußerlicher sein: Schwäche der Stimme, Undeutlichkeit der Aussprache, Unleserlichkeit der Schrift.²²⁾ Wie ein nicht (einmal implicite) erklärter Wille rechtlich nicht in Betracht kommt, so ist eine nicht verständliche Erklärung keine; in beiden Fällen ist eben der Wille nicht mitgetheilt. — Die Undeutlichkeit kann aber ihren Grund auch in einer den Gedanken nicht oder schlecht ausdrückenden Redeweise, im verkehrten, verworrenen, mehrdeutigen²³⁾ Ausdruck haben. Sie kann ferner eine Folge der Unklarheit des Denkens und Wollens, sie kann aber auch endlich geradezu beabsichtigt sein. So wäre es z. B. eher eine Verheimlichung, als eine Erklärung des Willens zu nennen, wenn Jemand verfügte: sein Nachlaß solle einer bestimmten Person übergeben werden, damit diese ihn in der mit dem Testator heimlich verabredeten Weise vertheile. Dergleichen ist durchaus ungültig (Pettler Nr. 344, 345), es widerspricht ebenso

¹⁸⁾ Vgl. R. 15. Auch dieses wurde in dem Falle Nr. 1143 nicht beachtet.

¹⁹⁾ S. z. B. §§. 614, 655 ff.

²⁰⁾ Ueber die Auslegung der letzten Willen, die aber keineswegs nur bei incorrecten Erklärungen stattfindet (s. z. B. §§. 605, 616, 617) s. Carozzi XIII cap. IX (p. 299 bis 358).

²¹⁾ Vgl. Unger §. 13 Anm. 4 und System II §. 89 II). — Auf diesen Punkt wird an mehreren Stellen unseres Werkes aufmerksam gemacht (s. z. B. bei §. 555 Abf. V).

²²⁾ In einem in der Ger. Ztg. 1853 Nr. 86 erwähnten Falle (Pettler Nr. 349, S. 261) erklärten es alle drei Instanzen für genügend, wenn die unleserliche Schrift wenigstens von im Schreibfache Sachverständigen gelesen werden kann. — Ueber Anwendung von nicht gemeinbekannten Schriftarten s. bei §. 578.

²³⁾ Jemand hatte vor Zeugen zu seiner Frau gesagt: „Du weißt wohl, daß alles, was dein ist, auch mein ist, und was mein ist, auch dein;“ die I. Instanz betrachtete dies als eine gültige Erbsetzung, die II. und III. Instanz vermifchten das Erforderniß der Deutlichkeit. In der That lassen jene Worte nicht nur zweifelhaft, ob Testament, Erbvertrag oder Gütergemeinschaft gemeint waren, sondern auch ob die Erklärung eine Bestätigung oder aber eine Disposition sein sollte.

der Absicht des §. 565, als der des §. 564.²⁴⁾ — Andererseits ist aber für die Erbesezung weder eine Formel vorgeschrieben, noch der Gebrauch des Wortes „Erbe“ oder eines anderen wesentlich (Sammlung I Nr. 310).

2) Die Erklärung soll eine fertige, und bei mangelnder Vollständigkeit wenigstens in dem Sinne eine vollendete sein, daß das Erklärte für sich einen Sinn gibt, in sich abgeschlossen ist, und daß man annehmen kann, es entspreche dem Willen des Verstorbenen selbst ohne das noch Fehlende.²⁵⁾ Auch noch in einem anderen Sinne muß der Testiract perfect sein, wovon jedoch erst unten bei der Testamentsform (§§. 577 ff.) die Rede sein wird. Die Unvollständigkeit und Unfertigkeit kann auf die Erklärung beschränkt sein (s. Sammlung VIII Nr. 3846), sie kann aber auch in einer Unvollständigkeit der Entschlüsse des Testators ihren Grund haben (Peitler Nr. 346). — War der Wille deutlich und vollständig erklärt, ist dann aber ein Theil (z. B. der in §. 582 gemeinte „Zettel“) verloren gegangen, so kommt §. 722 a. b. G. B. zur Anwendung.

C. Erfordernisse, welche den Willen und die Erklärung betreffen:

1) Vollständigkeit (s. B 2 a. E.). 2) Die Erklärung des Erblassers darf nicht in einer „bloßen Bejahung eines ihm gemachten Vorschlages“ bestehen (§. 565). Diese Vorschrift betrifft ebenso den Willen, als die Erklärung, da eine bloße Bejahung nicht nur die schlimmsten Mißverständnisse ermöglichen würde, sondern den Zweifel erweckt, ob ein ernster und freier, überhaupt ein solcher Wille, wie er zum Testiren erfordert wird, vorhanden war²⁶⁾ (vgl. Sammlung IV Nr. 1600 und in VII Nr. 3277 die Gründe der I. Instanz). Das freilich schadet nicht, daß der Erblasser im allgemeinen aufgefordert wurde, ein Testament zu machen, selbst nicht, daß er gebeten wurde, Jemanden zu bedenken. Auch schadet es der Gültigkeit nicht, wenn der Testator (während des Testirens) auf die Frage: wer Erbe sein solle, dessen Namen genannt hat;²⁷⁾ wenn die Zeugen eines mündlichen Testaments durch Fragen den Testator zu einem deutlicheren oder ihnen verständlicheren Ausdruck veranlassen; oder wenn bei einem allographen Testamente der Schreiber desselben, unsicher, ob er richtig verstanden habe, eine Frage stellt, welche bejaht wird.²⁸⁾ Wenn aber Jemandem ein Aufsatz vorgelesen würde und er darauf sagt: „Ganz einverstanden“ oder „Ja, dies ist mein letzter Wille,“ so kann das unter Umständen ein gültiges allographes, jedenfalls aber nicht ein

²⁴⁾ In keinem Widerspruch damit steht die Statthaftigkeit der sogen. mystischen Erbesezung; s. §. 582.

²⁵⁾ Vgl. Unger §. 13 Anm. 7, Kirchstetter S. 297 Nr. 5. — Die Schwierigkeit des in der Sammlung I Nr. 148 erzählten Falles lag in der That (nicht in der Rechts-) Frage; ebenso in dem von Peitler Nr. 346 berichteten Falle, wo das Erklärte seinem Inhalte nach als vollständig hätte gelten können, und nur das im Wege stand, daß der Testator erklärte, über etwas noch nachdenken und am folgenden Tage sein Testament beenden zu wollen.

²⁶⁾ Vgl. Leyser VI p. 799; Glük XXXIV S. 23 ff. §. 1406 c: „Ein letzter Wille soll . . . das Werk der cristen, freien, selbstwirkenden Ueberlegung sein. Er darf also dem Testirer nicht abgefragt werden, sondern er muß ihn selbst erklären.“ . . . Wäre freilich „auf eine allgemeine Frage eine specielle Antwort, oder wenigstens auf eine specielle Suggestivfrage eine derselben entsprechende specielle Antwort erfolgt, so (ist das) dem Testamente unmaßthellig. Allein ein bloßes Ja, oder wohl gar nur ein Kopfnicken auf eine specielle Frage, welche die Namen der Erben und deren Erbtheile ausdrückt, ist ohne Gültigkeit, und ein auf solche Art abgefragtes Testament muß für null und nichtig erklärt werden, wenn nicht Erbschleichereien und Testamentsfälschungen Thür und Thor geöffnet werden soll. Ob der Fragende eine öffentliche oder eine Privatperson ist, darauf kommt nichts an.“ Ueber das bloße Nicken mit dem Kopfe insbef. s. Sammlung II Nr. 982 a. E. — Zeiller II S. 436 betont nur „den Zweifel“, ob der Erblasser die Frage „gehört und richtig aufgefaßt habe“; aber damit ist die ratio legis nicht erschöpfend bezeichnet. Vgl. was oben (unter A a. E.) über des Testators Initiative gesagt wurde.

²⁷⁾ Ellinger zu §. 565.

²⁸⁾ Glük a. a. D. S. 23.

giltiges mündliches Testament sein (Sammlung IV Nr. 1600). Ebenso verbreitet²⁹⁾ als unrichtig dagegen ist die Meinung, daß die hier in Frage stehende Vorschrift des §. 565 überhaupt nur auf mündliche Testamente Bezug habe. Dem widerspricht ebenso die ratio legis als die systematische Stellung. Es ist kein Grund denkbar, warum sonst die betreffenden Worte in §. 565 und nicht in §. 585 stünden! Zwischen dem mündlichen und dem schriftlichen Testamente besteht ein Unterschied in der Form, unsere Vorschrift — wie überhaupt der ganze Inhalt des §. 565 — betrifft gar nicht die Form, sondern die allgemeinen Erfordernisse hinsichtlich der Willenserklärung. Allerdings wird bei einem allographen Testamente die Art der Entstehung der Urkunde meistens nicht zur Sprache kommen; allerdings braucht sie nicht nothwendig vom Erblasser dictirt zu sein; es genügt daß es seine Aeußerungen sind, denen ein Anderer die stylistische Einkleidung gegeben hat; allerdings (und dies ist zu bedauern, aber durch Wissenschaft und Praxis nicht zu ändern) enthält das Gesetz (abgesehen von dem besonderen Falle des §. 581) keine Anordnung, wodurch der Umstand, ob dem Erblasser der Inhalt der Urkunde auch wirklich bekannt war, außer Zweifel gesetzt würde; — daraus folgt aber noch immer nicht die Nichtigkeit jener willkürlich einschränkenden Auslegung. Wenn z. B. Jemand einen Aufsatz gemacht hätte ohne Anleitung des Erblassers, ja ohne seine Aufforderung, und dann in Gegenwart von Zeugen den Testator gefragt hätte, ob dies sein letzter Wille sei, und dieser würde es bejaht haben, so wäre das gar kein giltiges Testament, auch kein allographes.³⁰⁾ Allerdings würde beim mündlichen Testamente die noch so ernsthafte und unzweideutige generelle Bestätigung eines wie immer entstandenen Aufsatzes nicht genügen,³¹⁾ während sie für ein allographes Testament genügen könnte, — aber dies betrifft die Form und folgeweise den größeren oder kleineren Raum, in dem der Grundsatz des §. 565 praktisch wird, nicht einen Unterschied im Principe selbst.

IV. Von dem Beweise bei der Erbschaftsklage ist an späterer Stelle (§§. 823, 824) zu handeln. Hierher gehört nur die Bemerkung, daß die im §. 565 enthaltenen Erfordernisse nicht von dem, der sich auf das Testament beruft, sondern der Mangel eines derselben von demjenigen, der die Ungiltigkeit des Testaments behauptet, zu beweisen wäre.³²⁾

²⁹⁾ Namentlich in der Praxis: Sammlung I Nr. 428, 478, II Nr. 562; — richtig dagegen der oberste O. S. in Sammlung II Nr. 982.

³⁰⁾ An solche Fälle hat Stubenrauch S. 759 N. 2 nicht gedacht, und deshalb ist — trotz der Nichtigkeit des im zweiten Satze daselbst Gesagten — die daraus gefolgerte Einschränkung im ersten Satze unrichtig. — Nicht unrichtig, aber unvorsichtig und verwirrend ist Zeiller's Formulirung (II S. 436): „Wer einen ihm gemachten Vorschlag, oder vorläufig schon entworfenen und abgelesenen Aufsatz bloß mit Kopfschütteln oder einer kurzen Bejahungsformel billigt, läßt den Zweifel übrig, ob er ihn gehört und richtig aufgefaßt habe. Er muß ihn also ausdrücklich als seinen letzten Willen bestätigen (§. 579).“ So richtig es an sich ist, daß §. 565 für schriftliche und mündliche Testamente gilt, so ist doch seine Anwendung den verschiedenen Formen anzupassen. Zudem nun hier zwischen diesen nicht unterschieden und auch die Entstehungsart des „vorläufig schon entworfenen Aufsatzes“ nicht genauer angegeben wird, könnte man aus obiger Stelle eine zu laze Ansicht für die mündlichen Testamente sich bilden.

³¹⁾ S. vorige Note a. E. — Insoferne, aber auch nur insofern, ist es richtig, daß „bei mündlichen letztwilligen Anordnungen eine größere Vorsicht vom Gesetzgeber beabsichtigt“ sei, als bei allographen (Sammlung IV Nr. 1600, VII Nr. 3277).

³²⁾ Vgl. Sammlung I Nr. 306; Zeiller II S. 437 Z. 6, Stubenrauch S. 760 Z. 6, Unger §. 51, insbes. Anm. 7.

Ursachen der Unfähigkeit zu testiren;

In den §§. 566 — 574 wird (abgesehen von der unpassenden Einschlebung der Paragraphen 570—572 über den Irrthum) von der Testirunfähigkeit gehandelt. Es ist hier einiges Allgemeine über diesen Gegenstand voranzuschicken.

I. Der gänzliche Mangel oder eine Einschränkung der die Regel bildenden Testirfähigkeit können an sich (d. h. von der Einschränkung auf das österr. Recht vorläufig abgesehen) verschiedene Gründe haben: Mangel (oder Beschränkung) 1) der Rechtsfähigkeit, 2) der Willensfähigkeit, 3) der Willenserklärungsfähigkeit.¹⁾ Und damit sind noch lange nicht alle Unterschiede bezeichnet. Denn es kann Jemand testirunfähig sein, weil er a) gänzlich rechtsunfähig ist (Sklave), oder b) weil er kein Vermögen haben, also überhaupt nicht beerbt werden kann (z. B. der *filius familias* nach älterem römischem Rechte) oder endlich c) weil ihm speciell das Recht der letztwilligen Verfügung versagt ist (z. B. der Pasquillant nach römischem Rechte, der Deserteur nach österr. Rechte) und doch gehören alle diese Fälle unter 3. 1). Es kann entsprechend den Stufen der Willensfähigkeit die Testirfähigkeit gänzlich fehlen oder beschränkt sein (§. 569). Es kann die Unfähigkeit zur Erklärung des letzten Willens eine natürliche oder eine specifisch juristische sein,²⁾ welche letztere aber richtiger unter 1) als unter 3) eingereiht wird. Es kann aber auch der Grund in einer solchen Einschränkung der Handlungsfähigkeit liegen, die nicht in einem Mangel an Willensreife begründet ist und etwa als Mangel oder Beschränkung der Dispositionsfähigkeit bezeichnet werden könnte.³⁾ Es gibt endlich Fälle, die sich überhaupt nicht einreihen, weil nicht auf einen einfachen Gedanken zurückführen lassen.⁴⁾

Bei solcher Sachlage wäre eine schematische Vorführung der Fälle von mehr Schwierigkeit als Nutzen. Unerlässlich aber ist es, sich bei jedem einzelnen Falle mangelnder oder mangelhafter Testirfähigkeit genaue Rechenschaft über den Grund des Mangels zu geben. Denn es ist dies für die Frage nach dem Einfluß des nachträglichen Verlustes der Testirfähigkeit auf vorher errichtete Testamente von entscheidender Wichtigkeit (hierüber bei §§. 575, 576).⁵⁾

¹⁾ Man kann die Fälle unter 2) und 3) zusammen als „natürliche Testirunfähigkeit“ denen unter 1) entgegensetzen und diese als specifisch-juristische bezeichnen. Doch sind diese Worte natürlich *cum grano salis* zu nehmen, da Niemand verkennen wird, daß z. B. die Altersgrenzen durch positive Sätze bald so, bald anders normirt sind; noch weniger aber wird Jemand den Unterschied übersehen, der zwischen der Testirunfähigkeit eines Kindes oder Wahnsinnigen und der eines Pasquillanten oder *capite damnatus* besteht. Dies auch gegen Berger, dessen Kritik (Beiträge S. 136) nicht bloß dem allerdings unpassenden Ausdruck „physische Unfähigkeit“ gilt.

²⁾ Natürliche Unfähigkeit: so die des Stummen überhaupt nach classischem, des schreibunkundigen Stummen nach Justin. Recht. Auch solche Fälle haben natürlich noch eine positiv-juristische Seite (s. vorige Note); denn wäre Jemand absolut unfähig, sich irgendwie verständlich zu machen, so wäre es lächerlich, von seiner Testirunfähigkeit überhaupt nur zu reden, da es gewiß ist, daß er kein Testament machen wird. — Specifisch-juristische Unfähigkeit zur Erklärung des letzten Willens: so mußten nach ältestem röm. Recht alle Frauen schon darum testirunfähig sein, weil sie die Erklärung in *calatis comitiis* wegen mangelnder *comitorium communio* nicht abgeben konnten.

³⁾ So können nach Justin. R. selbst großjährige Hauskinder über ihre *bona adventicia* nicht letztwillig verfügen (auch nicht mit Einwilligung des Vaters); obgleich die *bona adventicia* allerdings ein selbständiges Vermögen, also nach des Hauskinds Tod ein Nachlaß (nämlich Object der Intestat-Erbfolge) sind; nur fehlt dem Kinde die „*administratio*“ und „*gubernatio*“. Wehnlich verhält es sich nach österr. (anders nach canon. R. mit den Ordenspersonen (a. b. O. B. §. 573 vgl. mit Pat. v. 9. Aug. 1854 §. 182, wo die Worte „Verlust der freien Verwaltung“ zu beachten sind).

⁴⁾ So die Testirunfähigkeit des *prodigus* nach röm. R., worüber bei §. 568.

⁵⁾ Insbes. hier kommt die in Note 1 erwähnte Zweitheilung in Betracht.

II. Das Testiren ist ein höchst persönlicher Act, welchen man nicht durch einen Stellvertreter vornehmen kann. (Oben S. 93.) Selbst die Ergänzung der Willensreise durch Mitwirkung von Vormündern widerspricht jenem Wesen des Testirens.⁶⁾ Es ist aber auch gar kein Bedürfnis nach einer solchen Ingerenz vorhanden. Denn einerseits ist das Testiren einer allzu jugendlichen Person nicht wünschenswerth; es hat damit keine Eile; dem Bevormundeten schadet es nicht, kein Testament zu haben, und seinen Angehörigen, da die ihm Nächsten ohnehin erbberechtigt sind, auch nicht. Es verhält sich also ganz anders, als mit den Verträgen, ohne welche oft die nöthigsten Bedürfnisse nicht befriedigt werden können, die also unentbehrlich und in gewissem Sinne unaufschiebbar sind, wie Essen und Trinken. Andererseits kann man einem jungen Menschen das Testiren früher frei geben, als das Contrahiren, da er mit jenem nicht, wie mit diesem, sich selbst Schaden zufügen kann;⁷⁾ und für die berechtigten Interessen Dritter soll durch das Pflichttheilsrecht gesorgt sein. Noch unpassender wäre es, wollte man statt eines Geisteskranken seinen Curator testiren lassen. Es ist also durchaus löblich, daß nach unserem Rechte auf diesem Gebiete weder der Stellvertretung noch der Vormundschaft Raum gegeben ist (s. bei §. 569). Zum Theile anders verhielt es sich nach dem Westgal. G. B., welches (II §. 365) für puberes unter 18 Jahren „Genehmhaltung der Obervormundschaft oder ihrer Aeltern“, für Verschwender (§. 369) die Erlaubnis des „persönlichen untern oder obern Gerichtsstandes“ d. h. der Curatelbehörde verlangte; — ähnlich das Zürcher G. B. §. 2055.⁸⁾

1. Mangel der Besonnenheit;

§. 566.

Wird bewiesen, daß die Erklärung im Zustande der Raserey, des Wahnsinnes, Blödsinnes, oder der Trunkenheit geschehen sey, so ist sie ungültig.

§. 567.

Wenn behauptet wird, daß der Erblasser, welcher den Gebrauch des Verstandes verloren hatte, zur Zeit der letzten Anordnung bey voller Besonnenheit gewesen sey; so muß die Behauptung durch Kunstverständige, oder durch obrigkeitliche Personen, die den Gemüthszustand des Erblassers genau erforschten, oder durch andere zuverlässige Beweise außer Zweifel gesetzt werden.

I. Redaction. Grundlage des §. 566 ist §. 360 Westgal. G. B. II (s. oben bei §. 565), des §. 567 der §. 364 ebd. Dieser beschränkte den Beweis auf die Aussage von Sachverständigen und verlangte „daß der helle Zwischenraum wenigstens 24 Stunden vor, und eben so lang nach Errichtung des letzten Willens ununterbrochen fortgedauert habe.“ Von der Prager Facultät und dem innerösterreich. N. G. wurde mit Recht hiegegen erinnert, wie unpraktisch eine solche Bestimmung über die Zeitdauer sei, nicht ganz mit Recht,¹⁾ daß sie dem §. 370 Westgal. G. B. II (jetzt §. 575) widerspreche. — Zeiller erwähnte (Prot. 16. Jän. 1804), bei der französischen Gesetzgebung habe man den Vorschlag gemacht,²⁾ daß die gesetzlichen Erben den Vernunftgebrauch des Erblassers gar

⁶⁾ Ebenso Mommsen S. 172, §. 46; vgl. Gruchot I S. 354 N. 1.

⁷⁾ Vgl. Zeiller II S. 444, Winivarter III S. 66 f., Stubenrauch 2. Aufl. I S. 763. Nicht überzeugend scheint, was Mommsen S. 174 dagegen einwendet.

⁸⁾ Daß nach älterem röm. R. Frauenpersonen nur tutore auctore testiren konnten, gehört nicht her; denn das war nicht um der Bevormundeten, sondern um der Vormünder Willen angeordnet (l. 1 pr. D. 26, 4; Gaius I 192, III 43 cf. I. 90).

¹⁾ Denn der Sinn jener Vorschrift war, daß nur unter der angegebenen Voraussetzung mit Vernünftigung angenommen werden könne, der Erblasser sei beim Testiren schon und noch zurechnungsfähig gewesen.

²⁾ Er wurde nicht Gesetz; wenigstens nehmen Theorie und Praxis als feststehend an,

nicht sollten bestreiten können, wofern sie nicht bei dessen Lebenszeit um Bestellung eines Curators für ihn bei der Obrigkeit angefragt haben. Dieses habe zwar viel für, jedoch die Erwägung gegen sich, daß der Erblasser auch „erst am Krankenlager auf einige Zeit den Verstandesgebrauch verlieren kann.“ Die preussische Gesetzgebung fordere in der Regel Errichtung der Testamente vor der Obrigkeit, welche den Geisteszustand des Testators zu untersuchen habe.³⁾ Der Entwurf verschaffe bessere Garantien, als der frühere Rechtszustand, wo man sich oft mit zweideutigen Beweisen begnügt habe. Doch seien Sachverständige namentlich auf dem flachen Lande oft schwer zu haben und so könne der §. 364 zu großer Unbilligkeit besonders „gegen die um den Erblasser oft sehr verdienten Legatare“ führen. Deshalb beantragte Zeiller den die obrigkeitlichen Personen betreffenden Zusatz. — Die Debatte betraf zwei Fragen: a) ob man nach dem Muster des Westgal. G. B. eine „Periode“ fixiren solle, „binnen welcher der Erblasser den Gebrauch seiner Vernunft haben muß?“ was mit Recht⁴⁾ abgelehnt wurde; — b) wie es mit dem Beweise zu halten sei? „Daß man (damit) etwas strenger (als bisher) sein solle, dafür war die entschiedene Mehrheit der Stimmen, indem, wenn dieser Beweis nicht hergestellt würde, die gesetzlichen Erben Vortheil ziehen, für welche ohnehin alle philosophischen Rücksichten eintreten“ (Prot. 16. Jan. 1804); Ehrenberg war geradezu für die Beibehaltung der Einschränkung auf den Beweis durch Kunstverständige, während die Mehrzahl, durch Pitreich's (von Schmidfeld und Orlandini unterstützte) Bemerkungen bestimmt, eine so weit gehende Strenge (ja selbst die in Zeiller's Antrag enthaltene) mißbilligte. Kunstverständige (und obrigkeitliche Personen) seien nicht immer (namentlich auf dem Lande und bei kürzeren Intervallen) erreichbar; und auch andere Leute könnten beurtheilen, ob der Testator bei Verstand gewesen sei; auch ergebe sich dies oft schon aus dem Inhalte des Testaments. Der Beurtheilung des Richters sei hinsichtlich des Beweises keine Grenze zu setzen. Man beschloß in Folge dieser Bemerkungen dem von Zeiller vorgeschlagenen Texte⁵⁾ beizufügen „oder durch andere zuverlässige Beweise außer Zweifel gesetzt werden,“ wonach der Text (schon in der I. Lesung) mit dem gegenwärtigen §. 567 wörtlich übereinstimmte.

II. Die Ausdrücke „Naserei, Wahnsinn, Blödsinn“ in §. 566 könnten für eine Einschränkung dieses Paragraphen auf einzelne Arten des Irreseins⁶⁾ angerufen werden. Aber nicht nur ist es gewiß, daß auch Krankheiten, auf welche jene Namen nicht passen, die Testirfähigkeit ausschließen können, sondern ebenso sehr, daß die Redactoren mit jenen Ausdrücken nicht genau bestimmte Krankheitsformen bezeichnen und der wachsenden psychiatrischen Einsicht in keiner Weise präjudiciren wollten.⁷⁾ Die Erwähnung des meistens bald vorübergehenden Zustandes der Trunkenheit,⁸⁾ dem andere vorübergehende Geistesstörungen, wie Schlastrunken-

daß art. 504 cod. civ. gerade auf lehtwillige Verfügungen keine Anwendung finde. Zachariä I §. 127 Note 11, IV §. 648 Note 3.

³⁾ S. preuß. L. R. I, 12 §§. 145—149.

⁴⁾ Auf Ehrenberg's Antrag. Pyro wollte jene Bestimmung des Westgal. G. B. nur hinsichtlich der Dauer (3 statt 24 Stunden) modificirt wissen.

⁵⁾ Wie dieser gelautet, ergibt sich aus dem Nachfolgenden von selbst. — Vgl. zu Obigem Zeiller's Comm. II S. 438 f.

⁶⁾ Wegen der Charakteristik der verschiedenen Psychosen s. Krafft-Ebing Grundzüge der Criminalpsychologie (Erlangen 1872) und desselben Verfassers Lehrbuch der gerichtlichen Psychopathologie (Stuttgart 1875) passim; über die Testirfähigkeit insbesondere S. 353—372, wo sich viele interessante Mittheilungen finden. Die Literatur ist in der letztgenannten Schrift bes. S. 62, 146, 155, 170, 177, 184, 203, 353 nachgewiesen. Vgl. etwa auch den in N. 18 citirten Aufsatz von Meyser.

⁷⁾ S. Zeiller I S. 118 Note *.

⁸⁾ Vgl. Krafft-Ebing Criminalpsychologie S. 107 ff.

heit, Delirium, heftige Aufregung⁹⁾ u. dgl. hierin gleichstehen,¹⁰⁾ verknüpft den §. 566 mit dem §. 565 (Mangel der vollen Besonnenheit).

III. Während nach römischem Rechte die sonst Geisteskranken in den lichten Zwischenräumen (lucida oder dilucida intervalla) vollkommen handlungsfähig sind,¹¹⁾ gilt solches bei uns nicht. Die singuläre Vorschrift des §. 567¹²⁾ darf nicht generalisirt werden,¹³⁾ namentlich können sich solche Personen ohne Zustimmung ihres Curators nicht verpflichten.¹⁴⁾ Diese verschiedene Behandlung der lechtwilligen Verfügungen und der Verträge rechtfertigt sich durch das oben (§. 101) Gesagte. — Auch sonst ist die Vorschrift des §. 567 wohl zu billigen;¹⁵⁾ denn wie immer man über die lucida intervalla denken mag,¹⁶⁾ so läßt sich doch nicht bestreiten, daß die verschiedenen Psychosen sehr verschieden auf die Verstandes- und Willens-Thätigkeit einwirken, ja erstere zuweilen (z. B. bei noch nicht sehr hochgradiger Melancholie) soweit intact lassen, als sie hier in Betracht kommt.¹⁷⁾ Andererseits ist zuzugeben, daß auch bloße Störungen des Gemüthslebens unmotivirte Neigungen und Abneigungen zur Folge haben, kurz auf die natürliche Testirfähigkeit einfließen können.¹⁸⁾ Die unvollständige Aufzählung der Geisteskrankheiten in §. 566 und der §. 567 machen es dem Richter möglich, hier dem einzelnen Falle gerecht zu werden und ihn nicht einem theoretischen Schematismus zu opfern. Dabei wird er einerseits vor allem auf den Inhalt des Testamentes sehen,¹⁹⁾ andererseits sachverständigen Rath einholen.²⁰⁾ Allzu große Rigorosität könnte auch vom Uebel sein; denn die Behauptung der Redactoren, daß die Intestaterben die größte Berücksichtigung verdienen, ist viel zu allgemein. Dst sind dies nicht wirklich nahe Angehörige; manchmal sind sie sogar die gefährlichsten Feinde des Testators, mitschuldig an seiner Verwahrlosung, interessirt

⁹⁾ Namentlich Zorn, womit aber Haß nicht zu verwechseln ist. Ein in heftiger zorniger Aufwallung gemachtes Testament wäre allerdings ungültig (trotz Müll's — IV S. 53 f. und XXXIII S. 361 ff. — Einwendungen und Unger's — II S. 26 N. 9 — den §. 565 übersehender Verneinung; vgl. auch die Stelle aus Theophrast in Hofmann's Beiträgen S. 78); nicht aber ein Testament, das von leidenschaftlichem Haß gegen die Intestaterben eingegeben ist; unpassend und irreführend wird ein solches (z. B. bei Zachariä IV §. 648) testamentum ab irato conditum genannt.

¹⁰⁾ Vgl. preuß. L. R. I, 12 §. 23, die bei Gruchot I S. 345 cit. Schriftsteller, Zeiller II S. 436, Krafft-Übing Crim. Psych. S. 101 ff., Zweifelhafte Geisteszustände vor dem Civilrichter (1873) S. 56.

¹¹⁾ Windscheid I §. 71 Note 4.

¹²⁾ Vgl. §. 1 J. 1, 12; 1. 17 D. 28, 1; 1. 9 C. VI, 22. — Walther Tract. II cap. IX.

¹³⁾ Helm in d. Ztschft. f. österr. Rechtsgef. 1828 II S. 281 f.

¹⁴⁾ Vgl. Zeiller III S. 18, Unger II S. 25, aber auch S. 26 Note 8^a.

¹⁵⁾ N. M. ist Mommsen §. 50 und S. 175 f. Ueber die noch weiter (als Mommsen's Antrag) gehenden Bestimmungen des preuß. L. R. I, 12 §§. 20–22 f. Gruchot I S. 331–340.

¹⁶⁾ S. Casper Handb. d. gerichtlichen Medicin 6. Aufl. (1876) von Liman I S. 619–628, Krafft-Übing Zweifelhafte Geisteszustände S. 13 ff., Psychopathologie S. 247 ff., etwa auch den in N. 18 cit. Aufsatz von Meyjer, §. 5 (S. 312 ff.).

¹⁷⁾ Wenn solchen Menschen ein Curator bestellt wird, so rechtfertigt sich dies oft schon durch die äußerliche Thatsache ihrer Unterbringung in einer Heilanstalt, immer aber durch die Erwägung, daß ihnen die Energie zur Wahrung ihrer Interessen fehlt. Alles das hat aber offenbar an sich noch keinen Einfluß auf die Testirfähigkeit.

¹⁸⁾ Vgl. den von Meyjer in der Ztschft. f. deutsches Recht XIII. Bb. (1852) S. 303 ff. erzählten Fall, wo die Störung allerdings schon weiter ging.

¹⁹⁾ Wenn Krafft-Übing Zweifelhafte Geisteszustände S. 43 daran erinnert, „daß ein inhaltlich logisches Testament durchaus noch nicht die Geistesintegrität des Testators beweist,“ — so ist nur andererseits „angemessen“ (d. h. verständig und billig) und „logisch“ nicht zu verwechseln.

²⁰⁾ Einseitig sieht Krafft-Übing die Frage an, wenn er a. a. D. S. 59 gegen §. 567 bemerkt: „Zur Entscheidung der Testirfähigkeit könnten in solchen schwierigen Fällen nur ärztliche Sachverständige competent sein.“ Es handelt sich ja mit auch um die Beurtheilung der gesunden Interessenten und ihres Verhaltens zum Testator (s. N. 19).

an der Interdicirung dessen, den sie so um so sicherer zu beerben hoffen.²¹⁾ — Unsere Praxis geht hierin, wie es scheint, im Allgemeinen von derselben Anschauung aus.²²⁾

IV. Die §§. 566, 567 gehören zu den zahlreichen²³⁾ Paragraphen, in denen das Gesetz selbst die Vertheilung der Beweislast ausspricht. Da die Testirfähigkeit die Regel bildet, so ist es Sache des das Testament Angreifenden, die Testirunfähigkeit zu beweisen (§. 566). Steht diese aber einmal fest, so hätte wieder der andere Theil darzuthun, daß der Testator dennoch zur Zeit der Testamentserrichtung die zu ihr erforderliche Geistesbeschaffenheit hatte (§. 567).²⁴⁾²⁵⁾ — Hinsichtlich dieser Beweise, insbesondere des in §. 567 erwähnten, hat man zwei Zeitpunkte zu beachten: den des Processus und den der Testamentserrichtung. Als Regel sah man an (wie aus dem Wortlaute des §. 567, aus Zeiller's Bemerkungen zu ihm, namentlich der Verweisung auf §. 569, und aus den Protokollen hervorgeht), daß der Testator, beziehungsweise derjenige, der ein lucidum intervallum dereinst zu behaupten beabsichtigt, schon zur Testirzeit für die Sicherung eines solchen Beweises Sorge tragen solle (indem Sachverständige oder obrigkeitliche Personen veranlaßt werden, den Geisteszustand des Testators zu erforschen), und daß man eine andere Beweisführung nur als einen Nothbehelf ansah. In der That haben die Beobachtungen und demnach das Zeugniß von Laien oft einen geringen Werth, und ist namentlich die Beweisführung nach des Testators Tode über seinen Zustand zu einer vielleicht mehrere Jahre zurückliegenden Zeit recht schwierig, wenn in jener Zeit selbst die Frage nicht angeregt d. h. Niemandes Aufmerksamkeit auf sie gelenkt worden ist. Dennoch ist festzuhalten: 1) daß auch ein solcher Beweis nicht gerabede unstatthaft ist;²⁶⁾ 2) daß auch andere, als jene qualificirten Zeugen gehört werden können,²⁷⁾ sowohl a) weil man auch ihre Meinung über den Menschen, mit dem sie vielleicht täglichen Umgang hatten, nicht für von vornherein werthlos erklären wollte,²⁸⁾ als b) weil sie durch ihr Zeugniß ein Geschichtsmaterial herbeischaffen können, das dann erst

²¹⁾ Am öftesten, wo es sich um elternlose junge reiche Leute handelt.

²²⁾ Vgl. den von L. A. Dierl im „Jurist“ V S. 349 ff. erzählten Rechtsfall; dann Peitler Nr. 351, Sammlung I Nr. 334 und Nr. 419, wo in den Urkunden des obersten Gerichtshofes gesagt wird: „In der That sind die geistigen und moralischen Erfordernisse einer zweckmäßigen Vermögensverwaltung ganz verschieden von den Voraussetzungen der Befähigung zur Errichtung eines letzten Willens.“

²³⁾ S. Unger System II S. 129 Note 22.

²⁴⁾ S. Unger II S. 123 Note 23; vgl. Gruchot I S. 336—338, Zachariä IV S. 648 bes. Nr. 3. Hätte also der Testator als Geisteskranker unter Curatel gestanden, so müßte der Testamentserbe als Kläger gegen die gesetzlichen Erben auftreten (Unger Erbrecht S. 50 Anm. 4).

²⁵⁾ Ungenau wäre es, wenn man sagen möchte: §. 566 komme beim Nicht-Interdicirten, §. 567 beim Interdicirten (gerichtlich für geisteskrank Erklärten, §. 273) zur Anwendung. Richtig ist nur, daß der Beweis, der Testator sei zur Zeit der Testirung interdicirt gewesen, ein im Sinne des §. 566 genügender Beweis ist; es hat aber s. 567 auch Statt, wenn anderweitig erwiesen wird, daß der Testator in einem Zeitraum, in den die Testirzeit fällt, geisteskrank war; auch da ist einerseits erforderlich, andererseits möglich der Beweis eines lucidum intervallum.

²⁶⁾ M. a. W. es ist keine rechtliche Voraussetzung der in §§. 566, 567 gemeinten Beweise, daß die Frage nach dem Geisteszustand des Testators schon zur Testirzeit erhoben und eine absichtliche Beobachtung veranlaßt wurde. Was damit hinsichtlich des §. 566 gemeint sein könnte, lehrt ein Blick auf Note 2 und den zugehörigen Text; hinsichtlich §. 567 würde die hier abgelehnte Vorstellung bedeuten: das lucidum intervallum müsse jedenfalls zur Testirzeit constatirt worden sein. — Vgl. Stubenrauch 2. Aufl. I S. 760 Nr. 2; Rippel IV S. 89 f. Z. 4.

²⁷⁾ Daß es mit dem Beweise in §. 567 leichter genommen wird, als in §. 283, bedarf kaum einer Rechtfertigung. Vgl. Helm a. d. in Note 13 a. D., Ellinger zu §. 567, Winawarter III S. 60, Stubenrauch I S. 760.

²⁸⁾ Vgl. Peitler Nr. 350, 351; Sammlung I Nr. 334.

zum Substrate der sachverständigen Beurtheilung gemacht wird.²⁹⁾ Außer Zeugen können hier aber auch Briefe und andere Documente nützlich sein. Ueberhaupt ist hier ein Fall, wo die Redactoren, wie wir oben (Abs. I) gesehen haben, dem Richter die freieste Beweiswürdigung eingeräumt wissen wollten.³⁰⁾ Endlich ist hier noch der Frage zu gedenken, ob die Bestimmung des §. 567 über die Zulässigkeit jener „anderen zuverlässigen Beweise“ analog auf §. 566 anzuwenden sei — mit andern Worten ob die Behauptung daß ein Nicht-Interdicirter zur Zeit der Testamentserrichtung geisteskrank war, auf dieselbe Weise erwiesen werden könne, wie ein lucidum intervallum. Mit Recht wird diese Frage von der Praxis bejaht (s. Sammlung I Nr. 334 und Peitler Nr. 350). Denn §. 566 verhält sich zu §. 273, wie §. 567 zu §. 283.³¹⁾

2. Prodigalitäts-Erklärung; imwiefern;

§. 568.

Ein gerichtlich erklärter Verschwender kann nur über die Hälfte seines Vermögens durch letzten Willen verfügen; die andere Hälfte fällt den gesetzlichen Erben zu.

I. Nach römischem Rechte¹⁾ konnte der interdicirte Verschwender nicht testiren (Ulpian XX 13, §. 2. J. II 12; l. 18 D. 28, 1). Bei der unpassenden, aber häufigen Vergleichung des prodigus mit dem furiosus (Ulpian XII 2, l. 1 D. 27, 10; l. 6 D. 45, 1; l. 40 D. de R. J. cf. l. 12 i. f. D. 26, 5) liegt der Gedanke nahe, daß die Testirunsfähigkeit des prodigus in einer Gleichstellung desselben mit dem furiosus ihren Grund habe; oder wenigstens (was noch immer eine verwandte Vorstellung ist), daß der Grund darin zu suchen sei, daß man dem Verschwender keine verständige und billige Ordnung der Erbverhältnisse zutraute (einen scheinbaren Beleg dafür bietet Paul. sent. III 4 A §. 12) und insbesondere unbillige Benachtheiligung seiner Familie fürchtete (wofür Paul. l. c. §. 7 angeführt werden könnte). Mitwirkend können solche Erwägungen gewesen sein; der nächste und eigentliche Grund (wofür man sie früher oft gehalten hat) waren sie nicht.²⁾ Denn ausdrücklich und wiederholt wird bezeugt (§. 2 J. II 12, l. 18 D. 28, 1), daß das vor der Interdiction errichtete Testament in Kraft bleibe,³⁾ während der Verschwender doch nicht erst durch diese an Verstand und Charakter Einbuße erleidet,⁴⁾ sohin von jenem Standpunkte aus die Untersuchung bei der Prodigalitätserklärung mit darauf hätte gerichtet gewesen sein müssen, welche Rechtshandlungen der Verschwender früher in unzurechnungsfähigem Zustande vorgenommen habe. Diese wären zu annulliren gewesen und gerade bei Testamenten hätten nicht einmal jene praktischen und Billigkeits-Bedenken im Wege gestanden, die von einer Annullirung der Verträge abhalten konnten. Da nun das Gegentheil feststeht, so muß der

²⁹⁾ Vgl. Nippel IV S. 90; Dierl (s. N. 22) S. 354.

³⁰⁾ „Die Zulässigkeit und die Kraft der angebotenen Beweise zu beurtheilen, liegt ohne Zweifel dem Richter ob.“ Winwartter III S. 61. „Die Zuverlässigkeit wird hauptsächlich aus den Umständen beurtheilt, ob der Erblasser auch sonst öfters anhaltende helle Zwischenräume hatte; ob der Zwischenraum, worin die Erklärung geschah, etwa nur von kurzer Dauer war, der fast nie ganz heiter zu sein pflegt; ob man den Zeugen wohl auch die Fähigkeit und Unbefangenheit in der Beurtheilung zutrauen könne; ob der Inhalt der Erklärung die Ueberlegung und Besonnenheit bestätige; ob nicht leicht Kunstverständige oder Gerichtspersonen hätten beigezogen werden können u. s. w.“ Zeißler II S. 439.

³¹⁾ Im Allgemeinen vergleiche noch über den in diesen Paragraphen geforderten Beweis Dierl (s. N. 22), Winwartter III S. 60 f., Kirchstetter 2. Aufl. S. 298.

¹⁾ Vgl. Glük XXXIII §. 1404 c.

²⁾ Vgl. Windscheid III §. 539 N. 5.

³⁾ Wie überhaupt seine vor der interdictio errichteten Rechtsgeschäfte; s. Rudorff Vormundschaft I S. 135.

⁴⁾ Vgl. Glük a. a. D. S. 379.

Grund jener Testirunfähigkeit anderswo, als in einem angeblichen natürlichen Mangel der Handlungsfähigkeit des Verschwenkers zu suchen sein. Ebenso unzulässig ist es, hier von einer Schwälerung der Rechtsfähigkeit zu reden, so nahe dies durch den Ausdruck „*commercio illi interdictum est*“ (Ulp. XX 13) gelegt wird; denn dann müßte um so mehr (als bei jener anderen Auffassung) auch das früher errichtete Testament ungiltig werden,⁵⁾ wie etwa bei demjenigen, der vom *commercium* dadurch ausgeschlossen wird, daß ei *aqua et igni interdicitur*. Und doch ist ein Strafmoment auch in jener anderen Interdiction nicht zu verkennen; wurde doch der *prodigus*, gleich dem *Insanillanten*, unfähig zur Testamentszeugenschaft (l. 18 D. 28, 1). Diese anscheinenden Widersprüche lösen sich so: Dem *prodigus* wird die fernere freie Disposition über sein Vermögen entzogen („*administratio honorum suorum ei interdicitur*“; Ulp. in l. 1 pr. D. 27, 10; Gaius I §. 53 i. f.). Der Verlust des *commercium*, den er erleidet, ist wesentlich (nicht bloß dem Umfange nach) verschieden von dem mit der *capitis deminutio* verbundenen. Er wird nicht des *quiritischen* Eigenthums, sondern nur der Theilnahme an den *Mancipationen* unfähig, seine erworbenen Rechte werden nicht geschwächt, nur die Freiheit über sie zu verfügen. Er wird ausgeschlossen nicht von gewissen Rechtsverhältnissen, sondern von ihrer (selbständigen) Begründung, insbesondere vom Gebrauche gewisser, von ihm mißbrauchter, feierlicher Rechtsformen. Ulp. XX, 13: . . . „*quoniam commercio illi interdictum est, et ob id familiam mancipare non potest.*“ „*Commercium*“ bedeutet hier eine Thätigkeit, nicht wie sonst einen Zustand, eine Rechtsfähigkeit.⁶⁾ Der Verbannte, der die *media capitis deminutio* erlitten hat, ist von gewissen Rechtsverhältnissen, der *interdicirte prodigus* von der Theilnahme an gewissen Rechtsgeschäften ausgeschlossen. Also weder Schwälerung der Rechtsfähigkeit, noch Verlust der Disposition in dem Sinne, wie sie nach heutigem Rechte der *Concurs* zur Folge hat, ist der Grund, sondern eine Minderung der Handlungsfähigkeit; aber keine solche, welche als einfache Folge der Beschaffenheit des fraglichen Subjectes erscheint, sondern eine solche, welche über dieses verhängt wird theils zur Wahrung seiner und fremder Interessen,⁷⁾ theils in correctorischer Absicht und deshalb in einer ihn beschämenden Weise. Er wird nicht nur zur Vermögensverwaltung untauglich, er wird des *commercium* (in jenem activen Sinne) unwürdig erklärt. Daraus und aus der eigenthümlichen Bedeutung die „*commercium*“ hier hat, erklärt sich einerseits, daß sein früher gemachtes Testament giltig bleibt,⁸⁾ andererseits, daß er fortan nicht testiren kann, obgleich der Schluß von der schlechten Vermögensverwaltung auf die natürliche Testirunfähigkeit unstatthaft ist,^{9a)} und obgleich man sogar bei wirklich Geisteskranken der Untersuchung des concreten Falles Raum gab.^{9) 10)}

⁵⁾ S. z. B. Windscheid III §. 563 S. 92 Z. 1.

⁶⁾ Vgl. Böcking Pandekten I §. 33 R. 11.

⁷⁾ S. Rudorff a. a. O. S. 132 bes. R. 11.

⁸⁾ Die Bemerkung Windscheid's (III §. 563 R. 4): „daß hier nur die natürliche Seite der Interdiction, nicht die juristische (Verlust des *commercium*) in Betracht kommt.“ könnte — selbst wenn sie richtig wäre — nur als eine Umschreibung, nicht als eine Erklärung obiger Thatfache gelten; sie scheint uns aber auch hinsichtlich beider Seiten (der natürlichen und der juristischen) nicht zutreffend.

^{9a)} Vgl. die bei Gruchot I S. 354 R. 2 abgedruckte Stelle aus den Motiven zum hessischen Entwurf.

⁹⁾ Nicht auch hier; Paul. sent. III 4 A §. 12 ist von der Aufhebung der Interdiction zu verstehen.

¹⁰⁾ Bedenkt man alle oben dargelegten Eigenthümlichkeiten dieses Falles von Testirunfähigkeit und dazu noch seinen geschichtlichen Zusammenhang mit der classischen Testamentsform *per aes et libram*, so wird man der oben (S. 100 R. 4) gemachten Bemerkung zu stimmen, daß sich dieser Fall genau genommen in kein Schema einfach unterbringen läßt.

II. Mit dem Verschwinden des testamentum per aes et libram und der römischen nationalen Denkungsart gerieth der wahre Grund jener Testirunfähigkeit mehr und mehr in Vergessenheit und die natürliche Seite trat in den Vordergrund. In der 39. Novelle des Leo Philosophus (gegen Ende des neunten Jahrhunderts) wird geradezu verordnet, daß die Rechtsgeschäfte des prodigus nur dann ungiltig sein sollten, wenn sich in ihnen ein Mangel an Einsicht und Charakter kundthue, daß dagegen namentlich ein letzter Wille von löblichem Inhalt Kraft haben solle. Ob nun dies Gesetz für das gemeine Recht in Betracht komme, war in früheren Jahrhunderten unter den Gelehrten sehr bestritten¹¹⁾ und auch die Praxis war zwiespältig,¹²⁾ während in unserem Jahrhundert beide in der Verneinung einig sind. Dabei hatte sich de lege ferenda die Ansicht herausgebildet, es solle nicht mit einem absoluten Satze durchgegriffen, sondern individualisirt werden, sei es, daß man dem im Erbschaftsprozesse erkennenden Richter, sei es, daß man dem vormundschaftlichen Gericht (der „Curatelsbehörde“) vor (bei) der Testamentserrichtung diese Aufgabe zuweisen wollte. Letzteres ist wieder in zweierlei Art denkbar, indem das Gericht entweder die Person des Interdicirten beurtheilend ihm das Testiren erlaubt beziehungsweise verbietet, oder aber den Inhalt des letzten Willens prüfend diesem die Genehmigung ertheilt beziehungsweise verweigert. Es ist ungewiß (und war es schon für Zeiller s. unten), welchen dieser beiden letzten Wege die Redactoren des Westgal. O. B. meinten, als sie im §. 369 sagten: „Ein gerichtlich erklärter Verschwender kann nur von seinem persönlichen untern oder obern Gerichtsstande zu testiren berechtigt werden.“

III. In den früheren Jahrhunderten sind verschiedene Erklärungen der Testirunfähigkeit des prodigus versucht worden,¹³⁾ insbesondere wies man oft auf die gefährdeten Interessen der Familie hin (arg. Paul. sent. III 4 A §. 7). Dabei begnügten sich Manche¹⁴⁾ nicht damit, auf die Leichtfertigkeit und Unüberlegtheit des prodigus, auf den möglichen Einfluß der Genossen seines dissoluten Lebens hinzuweisen, sondern sie besorgten vor Allem, der Verschwender werde sich an den auf die Prodigalitätserklärung antragenden Verwandten durch Ausschließung derselben von seiner Vererbung rächen. Damit wurde von Suarez¹⁵⁾ die Bestimmung der §§. 27 ff. L. R. I 12 motivirt, und ebenso von Zeiller die Aufnahme derselben in unser Gesetzbuch (s. unten).¹⁶⁾

IV. Redaction. Zwei Commissionen¹⁷⁾ beantragten die Streichung des §. 369 Westgal. O. B. II, die Stände Tyrols sprachen sich im Sinne der Leonischen Novelle aus (s. Note 12), die Commission von Laibach beantragte: das Gericht (d. h. die Curatelsbehörde) solle dem Verschwender nur dann „Schranken setzen, wenn er offenbar auf etwas Leidenschaftliches oder den guten

¹¹⁾ S. darüber Glück a. a. D. S. 383 ff.; vgl. auch Gruchot I S. 353 N. 1.

¹²⁾ S. Glück a. S. 387, 391 f. Noch bei Abfassung unseres Gesetzbuches monirten die Stände Tyrols: es solle beim „gemeinen Rechte“ bleiben, welches eine Verfühlung des Verschwenders gelten lasse, sobald sie der natürlichen Billigkeit gemäß ist. — Dagegen hat das österr. R. (im eng. S.) immer an dem römischen Rechtsatz festgehalten. S. die bei Linden in Note 2 zu §. 568 cit. Gewährsmänner und Walther Tract. II cap. IX i. f.

¹³⁾ Vgl. Glück a. a. D., Höpfer Institutionen S. 467.

¹⁴⁾ J. B. Silbemeister, Weber (s. Glück S. 382 N. 42), Wiener Heinecius Institutionen (1796) S. 336 (auf den Unger §. 9 Anm. 4 aufmerksam gemacht hat); vgl. Kaufmann Anfangsgründe II §. 157 N. 1, der aber selbst diese Ansicht nicht theilt, während auffallender Weise Mommsen (S. 176) ihr wieder huldigt.

¹⁵⁾ S. seine Worte bei Gruchot I S. 351 N. 1.

¹⁶⁾ Nach französischem R. ist der interdicirte Verschwender weder testirunfähig, noch in seiner Testirfreiheit beschränkt. Zacharia I §. 140, Gruchot I S. 354 N. 2.

¹⁷⁾ Die eine war die Wiener Facultät, die andere ist im Prot. 16. Sän. 1804 nicht genannt.

Sitten Widriges abzielen wollte.“ — Zeiller äußerte sich (in der Sitzung 16. Jan. 1804) so: Justinian stelle Verschwender den Rasenden gleich, quia furiosum faciunt rerum suarum exitum,¹⁸⁾ was sich auf letztwillige Verordnungen nicht wohl anwenden lasse. Vermuthlich aus ähnlichen Erwägungen, wie die nicht recipirte Leonische Novelle, verlange das Westgal. G. B. die vorläufige Bewilligung des Gerichtes.¹⁹⁾ Demnach scheine²⁰⁾ es nicht Vorlage des Testaments zu verlangen. Dann könnte aber das Gericht die Bewilligung nur aus Urkunden geben, welche eigentlich zur Aufhebung der Interdiction führen sollten. Vorlegung des Testaments aber zu verlangen, wäre sehr hart und nicht zweckmäßig. „Ein Grund, dem Verschwender die Testirungsfähigkeit nicht frei zu lassen, sei das wahrscheinliche Besorgniß, daß er aus Rache seine nächsten Verwandten, welche die Prodigalitätserklärung ansuchten, ausschließen werde. Daher verordnet das preussische Gesetzbuch, daß gerichtlich erklärte Verschwender zum Nachtheil ihrer gesetzlichen Erben nur über die Hälfte ihres Nachlasses gültig verordnen können.“ Diese Beschränkung verdiene den Vorzug vor der des Westgal. G. B. Darauf schlug Zeiller den jetzigen §. 568 vor, der sofort einstimmig angenommen wurde.²¹⁾

V. Kritik. Mit Recht hat schon Glück (1829) bemerkt (XXXIII S. 382): die Notherben schütze das Pflichttheilsrecht, andere zu schützen, dafür gebe es keinen genügenden Grund; Jedem solle es frei stehen, sie nach Gefallen zu übergehen. Bald darauf hat Garis²²⁾ eine viel herbere Kritik speciell gegen die Bestimmungen des preussischen L. R. gerichtet, eine Kritik, welche nur insofern nicht ganz zutreffend ist, weil sie — in Verkennung der gesetzgeberischen Motive (s. S. 150) — namentlich auch diejenigen Bestimmungen tadelt (S. 151), durch welche sich das preussische Recht vorthellhaft von dem österreichischen unterscheidet. Jenes entzieht nämlich dem Verschwender die volle Testirfreiheit nicht erst vom Augenblicke der Interdiction an, sondern schon von dem des Antrags auf dieselbe, ja selbst schon von der Zeit der notariell beglaubigten Verwarnung des Verschwenders von Seiten seiner Verwandten (I, 12 §§. 32, 33). Es leuchtet ein, daß nur so der Zweck des Gesetzes zuverlässig erreicht werden kann, und daß — ganz abgesehen von der Möglichkeit, dem §. 568 durch Rückdatirung eines holographen Testaments auszuweichen — gerade die Weglassung dieser Bestimmungen im österr. G. B. die Sache noch verschlimmert hat. Denn jetzt kommt zu allem Tadel noch der hinzu, daß der §. 568 nicht das leistet, was er nach der Intention des Gesetzgebers leisten soll; der Verschwender hat zwischen dem Antrag der Verwandten und der Prodigalitätserklärung Zeit genug, die besträchtete Rache zu üben. — Ein anderer Tadel trifft die systematische Stellung des §. 568. Sie ist nicht blos unrichtig, sondern irreführend, weil sie alle einschlägigen Fragen unter einen falschen Gesichtspunkt bringt. Es handelt sich ja im §. 568 gar nicht um eine beschränkte Testirfähigkeit^{22a)} (allerdings gibt es auch eine

¹⁸⁾ Zeiller citirte aus dem Gedächtnisse; der Ausspruch — der dem „Divus Pius“ (Antoninus Pius), dem Justinian nur insoferne angehört, als er in seinem Gesetzbuch steht — lautet: „qui, quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum“ (I. 12 §. 2 D. 26, 5).

¹⁹⁾ Die Aehnlichkeit liegt nur in der individualisirenden Tendenz (s. oben).

²⁰⁾ S. oben S. 70 R. 3.

²¹⁾ Daß keine Debatte stattgefunden habe, dafür spricht schon die wörtliche Uebereinstimmung des Zeiller'schen Vorschlags mit §. 568. In der 2. und 3. Lesung wurde dieser Paragraph gar nicht berührt.

²²⁾ Beiträge zur Revision der preussischen Gesetzgebung (Berlin 1830—1832) Nr. XI S. 147—152.

^{22a)} Wie überhaupt die Einreihung unter die „Ursachen der Unfähigkeit zu testiren“, so ist noch insbes. die Stellung neben den §§. 566, 567 nicht zu billigen, weil dadurch

solche, s. §. 569), sondern um eine Einschränkung der Testirfreiheit. So ist es denn auch unter den preussischen Juristen ausgemacht, daß durch diese Bestimmung die jeweiligen Intestaterben zu Notherben werden (Gruchot I S. 354). Treffend bemerkt Gans (S. 152), daß diese aber nicht einen wahren Pflichttheil, sondern einen Vorbehalt haben, wie er dem älteren deutschen und dem französischen Rechte eigenthümlich, dem preussischen und dem österreichischen Rechte sonst fremd ist; denn „es heißt nicht von den Verschwendern, daß sie den Verwandten einen gewissen Pflichttheil hinterlassen müssen, sondern daß sie nur das Recht haben, zum Nachtheil ihrer gesetzlichen Erben über die Hälfte zu verfügen.“²³⁾ Und so bleibt diese Kritik²⁴⁾ nicht bei der Negation stehen, sondern gibt uns mit diesem Gedanken den Schlüssel in die Hand zum Verständniß des

VI. dogmatischen Details.²⁵⁾ 1) Weil es sich um einen Vorbehalt und keinen Pflichttheil d. h. um ein Notherbrecht nach deutscher, nicht nach römischer Art handelt, so dürfen die Anordnungen über den Pflichttheil nicht ohne weiteres hierher gezogen werden, namentlich nicht die über die querela inofficiosae donationis und über die Einrechnung;²⁶⁾ wohl aber muß auch dem Verschwender die Enterbung aus den in §. 768 ff. angegebenen Ursachen freistehen²⁷⁾ und zwar allen Vorbehaltserben²⁸⁾ gegenüber, nicht nur denjenigen, welche ohnehin pflichttheilberechtigt wären.²⁹⁾

2) Neben dem Vorbehalt kann nicht auch noch ein Pflichttheil begehrt werden, so daß dem Verschwender, auch wenn er pflichttheilsberechtigter Erben hat, die Verfügung über eine volle Hälfte seines Vermögens frei bleibt.³⁰⁾

3) Andererseits aber muß der Vorbehalt gleich einem Pflichttheil „ganz frei bleiben. Jede denselben einschränkende Verbindung oder Belastung ist ungiltig. Wird dem Notherben ein größerer Erbtheil zugebracht, so kann sie nur auf den Theil, welcher (den Vorbehalt) übersteigt, bezogen werden“ (§. 774). Namentlich also müssen die Vermächtnisse aus der freien Hälfte bestritten werden.³¹⁾ Wenn

jene unpassende und von den Redactoren hier selbst nicht beabsichtigte Vergleichung des prodigus mit dem furiosus nahe gelegt wird.

²³⁾ Auch Gruchot I S. 355 nennt es ein „abnormes Notherberecht“, worauf die Bestimmungen über den Pflichttheil unanwendbar seien; vgl. Unger §. 26 Nr. 11 („anomales Pflichttheilsrecht“).

²⁴⁾ Die meisten Juristen sind heute darüber einig, daß man den Verschwender entweder gar nicht, oder frei testiren lassen solle; man ist also einig in der Verwerfung der Halbheit. (Ueber eine ähnliche Halbheit des franzöf. R. [a. 904] hinsichtlich der Testamente jugendlicher Personen s. bei §. 569.)

²⁵⁾ Dazu Zeiller in Pratobevera's Materialien VI. Bb. (1822) S. 324—330 (wenige, aber werthvolle Seiten).

²⁶⁾ S. Zeiller a. a. D. S. 327 Note; vgl. hier Nr. 23.

²⁷⁾ H. N. (für's preuss. R.) Gruchot I S. 355.

²⁸⁾ Das Wort ist zweideutig; hier ist selbstverständlich „Vorbehalt“ im Sinne von „la réserve“, nicht im Sinne von beneficium inventarii gemeint.

²⁹⁾ Vgl. Zeiller a. a. D. S. 330 Z. 3; Stubenrauch zu §. 568 Z. 5.

³⁰⁾ Vgl. Note der Gesetzgebungs-Hofcomm. 11. October 1821 (in Pratobevera's Mat. VI S. 315 sub Nr. 228); Peitler Nr. 353—356; Zeiller a. a. D. S. 325 ff.; Nippel Pflichttheil (1828) §. 50; Stubenrauch 2. Aufl. I S. 762 Z. 3; Unger §. 79 Anm. 2: „Der Pflichttheil . . . steckt schon in der (des Verschwenders) letztwilligen Verfügung entzogenen Vermögenshälfte.“ — Es geht also nicht an, von der freien Hälfte einen Pflichttheil, oder umgekehrt von dem über den Pflichttheil hinausgehenden Vermögen die Hälfte zu verlangen. Warum nicht lieber gleich das Ganze ansprechen? (spottet Zeiller [S. 327] über ein von Kindern gestelltes Begehren der letzteren Art) die eine Hälfte als Kinder des Testators, die andere als Erben des Verschwenders! — Andererseits brauchen sich Ascendenten selbstverständlich nicht mit einem Drittel zu begnügen. Zeiller S. 330 Z. 2.

³¹⁾ Vgl. Peitler Nr. 355; Zeiller Comm. II S. 440; Winwarter III S. 63, 64 a. E.; Stubenrauch zu §. 568 Z. 2. Natürlich aber gilt Obiges nicht von den eigentlichen Nachlaß-Schulden. Wegen des Anspruchs aus §. 796 s. Zeiller's Aufsatz

diese dazu nicht hinreichen sollte, so würden die Legate nach den Regeln der §§. 691—693 einen Abzug erleiden,³²⁾ sofern die Ueberlastung dieser Hälfte durch Inventarisirung festgestellt ist (§. 801, §. 802); wobei es gleichgiltig ist, wenn dieser Erbtheil (die Hälfte) ex testamento oder auch ab intestato zukommt.³³⁾

4) Wenn der Erblasser zu Ungunsten der Intestaterben³⁴⁾ auf mehr als die Hälfte seines Vermögens Erben einsetzt, so sind diese Verfügungen hinsichtlich des übersteigenden Theiles ungiltig; doch kann diese Ungiltigkeit nur von den in concreto Intestaterbberechtigten geltend gemacht werden (relative Ungiltigkeit). Ob er etwas von dem Vorbehalte Fremden oder solchen Verwandten, für die „das Recht und die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge nicht eintreten würde“ (§. 763), zuwenden will, ist natürlich gleichgiltig. Ebenso versteht es sich von selbst, daß, wenn er auch nur die in concreto berechtigten Verwandten letztwillig bedacht hat, „in singulis hereditibus ratio ponenda est.“³⁵⁾ Dahingegen hätte es keinen Sinn, wenn die allein und etwa auf ihre Intestatportionen eingesetzten Intestaterben, den Wortlaut des §. 568 urgirend, die Erbeinsetzungen zur Hälfte für ungiltig erklärt wissen wollten.³⁶⁾ Ein Vorbehaltserbe, dem auch nur der ihm nach §. 568 gebührende Erbtheil im letzten Willen zugewendet ist, kann die übrigen Erbeinsetzungen nicht mehr angreifen.^{36a)}

5) Die bisher nicht erörterte, mit der unter Ziffer 3 behandelten nicht zu verwechselnde Frage, ob der Erbe, dessen Erbtheil gemäß dem unter 4) Gesagten eine Reduction erfährt,³⁷⁾ die ihm auferlegten Legate in demselben Verhältnisse reduciren dürfe, ist u. E. zu bejahen, so oft nicht ein anderer Wille aus den Worten des Testators oder den Umständen (z. B. der Vermögenslosigkeit der Legate, ihrem überwiegenden pretium affectionis u. dgl.) erhellt.³⁸⁾

6) Hat der Verschwender keine gesetzlichen Erben oder machen diese von ihrem Rechte keinen Gebrauch, so kann der Verschwender frei verfügen.³⁹⁾

§. 329 a. E. und dagegen Hofmann in Grünhut's Ztschft. I. Bd. S. 565 Note 31 und den Text dazu.

³²⁾ Also alle (mit Ausnahme des Alimentenlegates) einen verhältnißmäßigen Abzug. Dies Selbstverständliche wird mit unerträglicher Weitläufigkeit von Fr. K. Schneider (Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1839 I. Bd. S. 96—110) vertheidigt gegenüber Prodnor's absurden Unterstellungen und Entscheidungen (in derselben Ztschft. 1836 II. Bd. S. 36 ff.).

³³⁾ Die von Prodnor und Anderen versuchten Distinctionen sind ebenso ungehörig, als die Hereinziehung des §. 726.

³⁴⁾ Vgl. §. 27 preuß. L. R. I 12.

³⁵⁾ Vgl. §. 28 preuß. L. R. I 12: „Auch alsdann, wenn ein Verschwender bloß unter diesen gesetzlichen Erben testirt, kann er keinem derselben mehr, als die Hälfte desjenigen, was ihm nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge zukommen würde, entziehen.“

³⁶⁾ Cui bono? was die ihnen letztwillig auferlegten Lasten betrifft, schützt sie ohnehin schon der §. 774. Dies gegen Winiwarter III S. 62 i. f. und Ellinger zu §. 568.

^{36a)} Unrichtig ist die Entscheidung bei Winiwarter §. 568 Al. 2 z. E.; f. dagegen schon Zeiller a. a. D. S. 326 Al. 2 a. E. Der Irrthum wäre nie entstanden, wenn die Worte des L. R. §. 27 „zum Nachtheil der gesetzlichen Erben“ im Vorderatz des §. 568 beibehalten worden wären. Daß eine sachliche Abweichung nicht beabsichtigt war, zeigen die Protokolle; Zeiller citirte den §. 27 wörtlich, mit vorbehaltloser Billigung.

³⁷⁾ Es hätte z. B. der Testator aus Rechtsirrtum $\frac{1}{4}$ den Intestaterben gelassen, auf $\frac{3}{4}$ andere Personen zu Erben eingesetzt.

³⁸⁾ §. 690 steht nicht entgegen. Dürfen doch nach römischem R. solche Personen, denen der falschliche Abzug nicht zu Gute kommt, sondern zum Nachtheil gereicht, die ihnen auferlegten Lasten (Sublegate) proportionell mindern; f. die bei Windscheid III §. 650 R. 5 angegebenen Stellen. — Der leitende Gedanke ist, daß in der Regel der Erblasser den weniger Honorirten auch weniger onerirt hätte (ein ähnlicher Gedanke entscheidet für die proportionale Vertheilung der Onerirung unter Mehreren — §. 649 —; f. Unger §. 55 Anm. 6). Die gleiche Frage entsteht überall, wo der Onerirte weniger als das ihm Zuge dachte bekommt; f. §§. 609, 692, 774, 1253 i. f.

³⁹⁾ Darüber kann wegen der ratio legis und wegen der Subsidiarität des Heim-

7) Daß der Interdicirte ein Testament widerrufen kann (§. 718), ist gar nichts Singuläres, da der §. 568 wie oben gezeigt wurde, die Testirfähigkeit nicht berührt. Auch dachte man sich als Folge des Widerrufs den Eintritt der gesetzlichen Erbfolge, die den durch §. 568 zu schützenden Personen nur vortheilhaft sein kann. Wenn ausnahmsweise in Folge des Widerrufs ein früher errichtetes Testament wieder zu Kraft kommt (§. 723) so ist sein Inhalt nach §. 568 zu beurtheilen, auch wenn es vor der Interdiction errichtet worden wäre.⁴⁰⁾

8) Auf einen Testator, über den die Vormundschaft oder die väterliche Gewalt verlängert wird, findet der §. 568 keine Anwendung; denn: a) ist Verschwendung nur eine der möglichen Ursachen einer solchen Maßregel (vgl. §. 173 mit §. 273), b) andererseits ist die Beschränkung, die der §. 569 für Minderjährige vorschreibt, wesentlich verschieden von der in §. 568 angeordneten für Verschwender; f. Sammlung II Nr. 575.⁴¹⁾

9) Ueber das Verhältniß des §. 568 zu §. 1253 a. E. f. bei diesem letzteren.

3. unreifes Alter;

§. 569.

Unmündige sind zu testiren unfähig.*) Minderjährige, die das achtzehnte Jahr noch nicht zurückgelegt haben, können nur mündlich vor Gericht**) testiren. Das Gericht muß durch eine angemessene Erforschung sich zu überzeugen suchen, daß die Erklärung des letzten Willens frey und mit Ueberlegung geschehe. Die Erklärung muß in ein Protokoll aufgenommen, und dasjenige, was sich aus der Erforschung ergeben hat, beygerückt werden. Nach zurückgelegtem achtzehnten Jahre***) kann ohne weitere Einschränkung ein letzter Wille erklärt werden.

I. Unmündige sind gar nicht, Personen über 18 Jahre sind vollkommen testirfähig; solche zwischen dem 14. und dem 18. Jahre (gleichviel ob sie unter väterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft stehen) können nur mündlich vor Gericht testiren (vgl. §§. 16, 17 preuß. L. R. I 12).⁴⁾ Das Westgal. G. B. II

fallsrechtes (s. oben Bd. I S. 193) gar kein Zweifel sein. Unrichtig nur Ellinger zu §. 568, während Winwartner in der 2. Aufl. III S. 64 ausdrücklich und mit überzeugender Motivirung die richtige und herrschende Ansicht angenommen hat. S. auch Stubenrauch S. 762 Z. 4, Fügler I S. 129, Unger §. 9 Anm. 4, Basevi zu §. 568 Z. 1 (6. Aufl. p. 230).

⁴⁰⁾ Dies scheint auch Stubenrauch's Ansicht zu sein (2. Aufl. I S. 922). — Genau gesprochen lebt nicht das alte Testament wieder auf, sondern ein Testament von gleichem Inhalte wird jetzt errichtet. Es wird nämlich in §. 723 der Wille, den Inhalt des alten Testaments wieder herzustellen, vorausgesetzt und dem Testator zu diesem Zwecke eine singuläre Erleichterung und Abkürzung des Testiractes gewährt. — Richtig Fügler II S. 261 ff. A. M. Unger §. 24 Anm. 15, der auch die Ansicht der Gegner nicht richtig wiedergibt.

⁴¹⁾ Stubenrauch zu §. 568 Z. 6 und Nr. 4, Unger §. 9 Anm. 4 a. E.

^{*)} Im Text der F. G. S. steht hier anstatt des Punktes, den die erste officielle Ausgabe hat, ein Strichpunkt.

^{**)} Erste officielle Ausgabe: „Gerichte“.

^{***)} F. G. S. hat verdruckt: „Jahre“.

¹⁾ Walther Tract. II cap. IX (vgl. Faller §. 490 und bes. die Abhandlung über das Vormundschaftsrecht Niederösterreich. in der Ztschft. f. Not. 1877 Nr. 9 S. 49 f.) bezeugt, daß in Oesterreich entgegen dem röm. R. a) „in diesem Falle die Vogtbarkeit dem Lands-Brauch nach auf 18 Jahr gestellt wird (vgl. Beckmann Idea iuris statutarii et consuetudinarii Stiriaci et Austriaci [1688] p. 477, p. 482 i. f.). Auch Suttinger p. 854 bestätigt diesen „Lands-Brauch“, erwähnt aber, daß „Stadt Wien Ordnung N. 56 zu einem Testament erfordert bey denen Manns-Personen 20., bey Weibs-Personen 18. Jahr“, und b) die väterliche Gewalt das Kind nicht hindere, beliebig zu testiren (vgl. Beckmann p. 479, Donner Einleitung §. 493). — Nach einem Pat. v. 12. April 1753 (Punkt 8) begann die Testirunmündigkeit für das männliche Geschlecht mit dem vollendeten 20., für das weibliche mit dem 18. Jahre (Codex Austriacus III Fortsetzung S. 759 f.); jüngere Personen mußten eine besondere Erlaubniß zum Testiren bei der Hofstelle erwirken (Kinden zu §. 569, Donner §. 491).

§. 365²⁾) machte ihre Testamente von der Genehmigung der Obervormundschaft oder der Eltern abhängig. Dagegen bemerkte Zeißler mit Recht (Prot. 16. Jän. 1804): eigennützigc Eltern würden als präsumtive Erben die Genehmigung versagen; andere würden sie ertheilen, um nicht eigennützig zu scheinen. Eine Zurechnung der Vormünder sei nicht zu wünschen; die Obervormundschaft müsse sich auf die sehr verdächtigen Aussagen der Vormünder und Verwandten verlassen. Der von ihm beantragte (und einstimmig angenommene) Paragraph enthielt nach den Worten „mit Ueberlegung geschehe“ die Stelle: „widrigenfalls aber die Aufnahme derselben zum Protokolle verweigern.“ Bei der Revision (17. Aug. 1807) fand man, daß damit dem Gerichte eine zu große Willkür eingeräumt werde, und änderte die Stelle im Sinne der jetzigen Bestimmung ab, wornach das Gericht nie zu jener Weigerung berechtigt ist,³⁾ vielmehr nur seine Bedenken über die Reife und Freiheit des letzten Willens im Protokoll ersichtlich machen kann. Ueber die Gültigkeit eines solchen Testaments hat erst das im Erbschaftsprocess erkennende Gericht zu entscheiden.⁴⁾ Jene *causae cognitio*⁵⁾) liefert nur Material für diese Entscheidung.

II. Competent zur Mitwirkung bei der Errichtung eines solchen Testaments ist nicht etwa blos die Personalinstanz des Testators, sondern jedes Bezirksgericht, auch ein städtisch-delegirtes (C. J. N. von 1852 §. 92)⁶⁾). Nach der Not. Dbg. v. 1855 (§. 60) konnte diesfalls die notarielle Errichtung die gerichtliche nicht ersetzen, während sie seit der Not. Dbg. v. 1871 (§. 70) allerdings gestattet ist.

III. Während der §. 568 eine Beschränkung der Testirfreiheit enthält, handelt es sich im vorliegenden Falle wirklich um eine Beschränkung der Testirfähigkeit,⁷⁾ indem solche jugendliche Personen nur in einer einzigen Testamentsform, der mündlichen gerichtlichen (§. 588 und überhaupt §. 587—590) beziehungsweise der äquivalenten notariellen, zu testiren fähig sind. Demnach ist nicht nur jedes in privater Form errichtete, sondern auch ein schriftliches dem Gerichte überreichtes Testament eines in dieser Altersklasse stehenden Menschen ungiltig, „ob es gleich mit voller Besonnenheit gemacht zu sein scheint.“⁸⁾

IV. Der §. 569 findet auch auf einen Festerreicher, der im Auslande testiren will, Anwendung; denn er gehört nicht zur Lehre von den Testaments-

²⁾ Die gedankenlose Erwähnung der *venia aetatis* in §. 569 (vgl. denselben Paragraphen i. f. mit §. 229 Westf. G. B. I) wurde über Zeißler's Erinnerung gestrichen.

³⁾ Das Gegentheil behauptet Zeißler II S. 442, indem er — das Resultat der Revision vergessend — den Beschluß der I. Lesung als geltendes Recht vorträgt (s. Pfaff in Grünhut's Ztschft. II S. 263, wo es jedoch Z. 5 v. u. heißen muß: „mindestens vierzehn-, aber noch nicht achtzehnjähriger“). Richtig Rippel IV S. 94 f. Ellinger zu §. 5, 69, Stubenrauch I S. 764, Unger §. 9 Ann. 2.

⁴⁾ Rippel IV S. 95, Stubenrauch a. a. D.

⁵⁾ Sie geht auf Konstatirung des Alters des Testators, auf ungefähre Erforschung der Verwandtschafts- und Vermögens-Verhältnisse und Motive des Testators, andererseits Belehrung über die Pflichten gegen die etwaigen Notherben, über die Geschwirdrigkeit oder Zweideutigkeit beabsichtigter Anordnungen u. dgl.

⁶⁾ Die abweichenden und auch unter einander nicht übereinstimmenden Behauptungen von Zeißler II S. 442 und Rippel IV S. 92—94 entbehren (auch für die Zeit vor 1852) jeder gesetzlichen Begründung; s. Winwarter III S. 65 f. Ellinger zu §. 569; Taglioni IV p. 62.

⁷⁾ §. 569 ist gedacht als eine Consequenz aus §. 565 (vh.: „mit Ueberlegung und Ernst“). Anders nach französischem R., das (a. 904) einem Minderjährigen, der das 16 Jahr zurückgelegt hat, über die Hälfte desjenigen Vermögens, worüber ein Volljähriger zu verfügen berechtigt ist, zu testiren gestattet (vgl. oben bei §. 568 N. 24). Näheres bei Zacharia IV §. 687. Ueber andere Gesetzgebungen s. Gruchot I S. 326 ff. Mommsen S. 172 ff. — Mommsen's Vorschlag (§. 48) stimmt mit dem kürzer gefaßten von Dalwig II §. 4 (S. 228 und S. 6 f.) überein.

⁸⁾ Zeißler II S. 443, Rippel IV S. 92.

formen, sondern zur Frage nach der Testirfähigkeit, so daß nicht die Regel ‚locus regit actum‘, sondern der Grundsatz des §. 4 a. b. G. B. Anwendung findet.⁹⁾

4. wesentlicher Irrthum;

§. 570.

Ein wesentlicher Irrthum des Erblassers macht die Anordnung ungültig. Der Irrthum ist wesentlich, wenn der Erblasser die Person, welche er bedenken, oder den Gegenstand, welchen er vermachen wollte, verwechselt hat.

§. 571.

Zeigt sich, daß die bedachte Person,^{*)} oder die vermachte Sache nur unrichtig benannt, oder beschrieben worden, so ist die Verfügung gültig.

§. 572.

Auch wenn der von dem Erblasser angegebene Beweggrund falsch befunden wird, bleibt die Verfügung gültig; es wäre denn erweislich, daß der Wille des Erblassers einzig und allein auf diesem irrigen Beweggrunde beruht habe.

I. Redaction. Im §. 360 Westgal. G. B. II waren neben den Geisteskrankheiten noch Trunkenheit, Zwang, Betrug, wesentlicher Irrthum erwähnt, indem sie offenbar als Zustände gedacht wurden, die ein civilistisch gültiges Wollen ausschließen.¹⁾ Daran reihten sich in den §§. 361—363 die Bestimmungen über den Irrthum und erst in §. 364 war wieder von der Genesung der Geisteskranken und von den hellen Zwischenräumen die Rede. Um den Zusammenhang zwischen §. 360 und §. 364 herzustellen, schied man die Materie vom Irrthum aus, stellte sie aber an eine noch unpassendere Stelle, mitten in die Lehre von gewissen juristischen Eigenschaften des Testators, und griff, um wenigstens einigen Schein zu retten, zu der Randglosse „wesentlicher Irrthum“, während doch in den §§. 570—572 a. b. G. B. auch von anderen Arten des Irrthums gehandelt wird. — Der eine Frage des Nothherbenrechts an unpassender Stelle in unpassender Weise behandelnde §. 361 wurde auf Zeiller's Antrag gestrichen (Prot. 16. Jän. 1804), ebenso der Schluß von §. 362, wonach eine Verfügung ungültig sein sollte, wenn die vermachte Sache gar nicht vorhanden wäre, und diese Streichung mit dem Hinweis auf künftige Sachen (Früchte, vom Duerirten herzustellende Sachen) motivirt. Der von Zeiller vorgeschlagene Text wurde trotz einiger, meist stylistischer, Bedenken angenommen. Der §. 572 a. b. G. B. entspricht dem §. 363 Westgal. G. B., nur wurde auf ein von Zeiller gebilligtes Monitum der Wiener Facultät hin der in §. 363 untechnisch gebrauchte Ausdruck „Vermächtniß“ vermieden (s. oben S. 10, II) und ebenso die Erwähnung der Irreführung, da diese hier irrelevant sei.

II. Diese Tilgung, wie auch ihre Motivirung, sind durchaus zu billigen. Beim wesentlichen Irrthum ist die Art seiner Entstehung überall gleichgültig, beim Irrthum im Beweggrunde nicht überall, nämlich nicht bei Verträgen, wohl aber bei letztwilligen Verfügungen, da hier schon der Irrthum als solcher berücksichtigt wird, sobald feststeht, daß ohne ihn nicht so wäre verfügt worden.²⁾

⁹⁾ Taglioni IV p. 62 sq.

^{*)} In der S. G. S. fehlt, gegen die sonst beobachteten Interpunctionsregeln, der Beistrich.

¹⁾ Das bekannte, viel zu weit greifende „errantis voluntas nulla“! s. die Stellen bei Savigny III S. 342.

²⁾ Jene Tilgung erscheint aus zwei verschiedenen Gesichtspunkten gleich gerechtfertigt: a) abgesehen von den besondern für letztwillige Verfügungen geltenden Grundsätzen, schon nach dem allgemeinen Verhältnisse von Irrthum und Betrug — deshalb, weil beim wesent-

III. Der Irrthum betrifft entweder den Inhalt der Willenserklärung (§§. 570, 571) oder den Beweggrund (§. 572), und dort entweder einen wesentlichen (§. 570) oder einen unwesentlichen (§. 571) Punkt des Inhaltes.³⁾ Der wissenschaftliche Sprachgebrauch ist nicht constant und namentlich der Ausdruck „unwesentlicher Irrthum“ mehrdeutig, indem er bald jeden Irrthum, der kein „wesentlicher“ ist, bald denjenigen bedeutet, der einen unwesentlichen (minder wichtigen) Punkt des Inhaltes der Willenserklärung betrifft,⁴⁾ wozu noch kommt, daß zwischen „wesentlich“ und „nicht wesentlich“ bald nach dem Inhalte des Irrthums, bald nach seiner (vernichtenden oder nicht vernichtenden) Wirkung unterschieden wird.⁵⁾⁶⁾

IV. Zu §. 570. Wesentlicher Irrthum macht, so weit er reicht, die Erklärung ungiltig. Geht er auf das ganze Testament oder Codicill, indem z. B. dem Testator bei der Solemnisirung eine Urkunde unterschoben wurde, so ist selbstverständlich die Ungiltigkeit eine totale. Eine einzelne letztwillige Verfügung ist ungiltig, wenn der Irrthum die bedachte Person oder die vermachte Sache (nicht bloß einzelne Eigenschaften der einen oder anderen) betrifft. Wann aber kann man sagen, daß der Erblasser jene Person oder diese Sache „verfehlt hat“? Gewiß im Falle eines Sich-Versprechens oder -Verschreibens, wo die genannte Person oder Sache nicht gewollt, die gewollte nicht genannt ist (l. 9 pr., §. 1 D. 28, 5; l. 4 pr. D. de leg. I), eine Nichtübereinstimmung von Wille und Wort, die sich freilich meistens der Beweisführung, ja der Wahrnehmung entziehen wird. Ebenso, wenn der Erblasser mündlich testierend „den Erben oder Legatar mit der Hand bezeichnet, dabei aber durch die Schwäche des Gesichts oder die Dunkelheit des Krankenzimmers Personen verwechselt.“⁷⁾ Ebenso, wenn

lichen Irrthum die Incongruenz von Wille und Erklärung allein entscheidend ist, bei dem außerwesentlichen dagegen umgekehrt dieser hinter dem Betrage (§. 565), als dem relevanten Factum zurücktritt (vgl. Unger System II S. 54 f.); — b) aber auch mit Rücksicht auf den Inhalt von §. 572 erscheint jene Weglassung als gerechtfertigt; denn entweder bezog sich die Irreführung auf einen belanglosen Umstand — dann kann sie nicht die Verfügung vernichten; oder aber der Erblasser wurde durch sie zu der Anordnung verführt; dann stand der Irrthum in einer solchen Beziehung zu seiner Willenserklärung, daß diese ungiltig sein würde, auch wenn der Irrthum ohne Betrug entstanden wäre. Vgl. Wangerow II S. 431 Anm. 3, Windscheid I §. 78 (4. Aufl. S. 206), III §. 548 §. 2 a. E.

³⁾ Vgl. Bösch I §. 87 (S. 256 ff.). — Daß auch der error über die causa im techn. S. (Zweck) — der übrigens nur bei Geschäften unter Lebenden in Frage kommt — wesentlich ist, dagegen nicht der Irrthum im Motiv, erklärt sich daraus, daß der Zweck ein Theil des Willensinhaltes ist, während das Motiv außerhalb desselben steht (Hofmann Titulus und Modus . . . S. 101).

⁴⁾ Die Negationen „un—“ und „nicht“ sind nicht immer gleichwerthig; oft bedeutet diese die bloße Negation, während mit jener das Gegentheil affirmirt wird. So ist auch „nicht wesentlich“ der farblosere, weitere, „unwesentlich“ der positivere, engere Begriff, der ganz besonders für Fälle paßt, wo der Irrthum unwichtige Eigenschaften der Person oder Sache u. dgl. betrifft (§. 571). Dies scheinen diejenigen Schriftsteller anzuerkennen, welche (wie Mühlbruch, Unger . . .) bei der dichotomischen Eintheilung diesen Ausdruck vermeidend, des ungebräuchlicheren und schwerfälligen Wortes „außerwesentlich“ sich bedienen. Darnach könnte man so eintheilen: a) wesentlicher Irrthum, b) nicht wesentlicher (außerwesentlicher) Irrthum; u. zw. α) unwesentlicher Irrthum, β) Irrthum im Motiv.

⁵⁾ Vgl. Windscheid I §. 76 R. 5. — Bezeichnen wir den Irrthum, der den Inhalt der Erklärung betrifft, je nachdem er wesentlich ist oder nicht, mit I a und I b, den Irrthum im Motiv mit II und zwar, wenn er ausnahmsweise das Rechtsgeschäft ungiltig macht, mit II b, während die regelmäßigen Fälle mit II a gemeint sind, so kann das Wort „unwesentlicher Irrthum“ bedeuten: 1) I b, 2) I b + II, 3) I b + II a, das Wort „wesentlicher Irrthum“ entweder I a oder I a + II b.

⁶⁾ Ueber Savigny's (III S. 440 ff.) „mächtigen Irrthum“ s. Windscheid I §. 76 Note 1^a, Unger II S. 121.

⁷⁾ Savigny III S. 270. Analoge Fälle lassen sich hinsichtlich der legitimen Sache denken.

der Testator einen von ihm deutlich wahrgenommenen Anwesenden für eine (individuell) bestimmte. (in Wirklichkeit abwesende und ihm dem Aussehen nach nicht oder nicht mehr bekannte) Person hält.⁸⁾ Es ändert nichts, wenn diese letztere Person nur generisch bestimmt ist; z. B. der Testator hält, durch eine Ähnlichkeit getäuscht, Jemanden für den Sohn seines Freundes N., der wirklich einen Sohn hat.⁹⁾ Dieser Fall nähert sich scheinbar dem anderen, wo der Erblasser — über die Identität nicht irrend — Jemanden, den er von Person kennt, für einen Sohn seines Freundes hält, während er nur ein Ziehsohn ist; und doch sind beide Fälle sehr verschieden: dort liegt eine Personenverwechslung, hier ein Irrthum über eine Eigenschaft einer Person,¹⁰⁾ aber kein error in persona vor; und darum ist eine Verfügung, bei der ein Irrthum der letzterwähnten Art unterließ, entweder gültig, oder wenn ungültig, so nicht wegen §. 570, sondern wegen §. 572.¹¹⁾ — Obgleich nun der §. 570 zunächst nur vom error in corpore (hominis oder rei) spricht, so ist doch nicht zu bezweifeln, daß dies nicht die einzigen Fälle von wesentlichem Irrthum sind. Kamentlich können auch Irrthümer über Eigenschaften der Person oder Sache die Anordnung als ungültig erscheinen lassen, wie sich im Folgenden zeigen wird. Ob der wesentliche Irrthum übrigens ein entschuldbarer oder unentschuldbarer z. B. ein Rechtsirrtum war, ist durchaus gleichgültig; denn es fragt sich nur, was der Testator wirklich gewollt habe.¹²⁾

V. Zu §. 571. A) Unrichtige Benennung oder Bezeichnung schadet nicht, wenn nur trotzdem der wahre Wille des Erblassers erkennbar ist. Hinsichtlich a) der bedachten Person. So, wenn der Vorname des Erben oder Legatars unrichtig angegeben, dennoch aber über die Identität der Person kein Zweifel möglich ist; ferner, wenn (was in unserem polyglotten Staate so oft geschieht) der Zunamen in der Orthographie oder noch ärger entstellt, dennoch aber erkennbar, ja wenn er auch ganz unrichtig ist, aber der Bezeichnete dem Erblasser unter diesem Pseudonym oder Uebnernamen oder Realnamen (nach dem Grundbesitz) bekannt war. Aber jedenfalls muß der Testator diesen Menschen haben benennen wollen.¹³⁾ Andererseits ist es gar nicht nöthig, daß der Erbe oder

⁸⁾ Z. B. für einen Neffen, den er als Knaben gekannt, aber seit zwanzig Jahren nicht gesehen hat.

⁹⁾ Der Testator weiß nur, sein Freund habe einen Sohn, von dem er übrigens nicht einmal den Namen weiß, und der ihn eben nur als Sohn seines Freundes (gar nicht um seiner selbst willen) interessirt.

¹⁰⁾ Ueber die Abgrenzung des error in persona s. einerseits Windscheid I §. 76 Nr. 6, andererseits Exner Tradition S. 279 Nr. 88.

¹¹⁾ Sämmtliche von Zeiller, Nippel, Winivarter zu §. 570 angeführten Beispiele sind unrichtig gewählt, wenn auch in merito richtig entschieden. Der Fall, wo Jemand zum Erben eingesetzt wurde, weil der Testator ihn für sein Kind hielt, gehört zu §. 572 (dabei ist es für's österr. R. gleichgültig, ob das Kind ein unterschohenes ist, während nach röm. R. in solchem Falle In dignität eintrat (l. 4 Cod. de hered. inst. VI, 24; l. 46 pr. D. de iure fisci 49, 14), Ungültigkeit der Einsetzung nur dann, wenn der Testator die Kindtschaft irrtümlich annahm, ohne daß eine Unterschiebung Statt gefunden hat: l. 5 Cod. de testam. VI, 23, s. Brinz I. Aufl. S. 1408; die Allegate bei Zeiller S. 444 Note sind unpassend]. Wenn der Testator die vermachte Sache für sein hält, „die er doch vor dem schon verloren oder veräußert hatte,“ so liegt kein Irrthum in corpore rei, sondern über eine vorausgesetzte juristische Eigenschaft vor.

¹²⁾ Vgl. Savigny III S. 446, Windscheid §. 76 Nr. 1 a. E., Nippel IV S. 97. Dies gilt auch vom Irrthum im Motiv, wenn er ausnahmsweise (§. 572) die Erklärung vernichtet; s. Sammlung VI Nr. 2734.

¹³⁾ Dies ist übersehen in folgenden nicht nur meritorisch unrichtigen, sondern unter einen ganz falschen Gesichtspunkt gebrachten Entscheidungen: 1) Sammlung V Nr. 2632. Die A vermachte dem B 4000 fl., nach dessen Tode A ein neues Testament errichtete und darin das Legat wiederholte; angeblich hatte sie gesprächsweise — nicht in ihrem Testamente — die Bemerkung gemacht: sie wisse, daß B todt sei; „das mache aber nichts, so bekommen

Legatar mit Namen genannt sei; es genügt, wenn er durch andere Merkmale deutlich genug bezeichnet ist.¹⁴⁾ Wenn die Benennung auf mehrere Personen gleich genau¹⁵⁾ oder gleich ungenau¹⁶⁾ paßt, so gilt die Honorirung für Keinen von ihnen; die Erklärung ist wegen Undeutlichkeit ungiltig.¹⁷⁾ b) Im allgemeinen daselbe gilt hinsichtlich der vermachten Sache; eine unrichtige Benennung schadet nicht, wohl aber eine Verwechslung (error in corpore) oder die Anwendung eines Gattungsnamens, der nicht nur nicht genau, sondern gar nicht paßt, etwas ganz anderes bezeichnet (s. l. 4 pr. D. de leg. I, dazu Mühlenbruch a. a. O. S. 201 f. N. 79, Unger II S. 127 N. 27, und insbes. Keller Institutionen S. 380 ff. Z. 6; vgl. auch hier N. 13).^{17a)} Wenn die Bezeichnung auf mehrere Sachen des Erblassers paßt, so kann der enerirte Erbe (nach Analogie von S. 656) wählen, welche er leisten will,¹⁸⁾ und hierin liegt ein Unterschied von dem hinsichtlich der Personen Gesagten.¹⁹⁾ — B) Unrichtige

es die Kinder“. Der oberste Ger. S. erkannte auf Gültigkeit des Vermächtnisses, da hier nur eine in Folge Irrthums unrichtige Bezeichnung der Legatäre (§. 571) vorliege. — Ein solches Legat ist gewiß ungiltig; dürfte man es aus dem Gesichtspunkte des Irrthums betrachten, so wäre zu sagen: „qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult; neque id, quod vult, quia id non loquitur“ (l. 3 D. 34, 5), cf. l. 9 pr. D. 28, 5: „neque eum heredem esse, qui scriptus est, quia voluntate desicitur, neque eum, quem voluit, quia scriptus non est.“ Wenn ich den B nenne, so habe ich damit seine (z. B. fünf) Kinder nicht etwa unrichtig, sondern gar nicht benannt. Man muß an der „natürlichen Wahrheit“ festhalten, „daß zu einer rechten Willenserklärung nicht blos der Wille, sondern auch die Erklärung gehöre“ (Keller Institutionen S. 381 f.). Also selbst aus diesem Gesichtspunkte erscheint das Legat als ungiltig. Aber dieser Gesichtspunkt ist an sich falsch. Die A hat sich über die Namen gar nicht geirrt, sondern sie befand sich in dem Rechtsirrtum, daß eine Honorirung den Erben des Honorirten zufalle, auch wenn der Honorirte vor dem Testator gestorben ist; während §. 536 und §. 684 (und wohl jedes Recht der Welt) das Gegentheil bestimmt. Wollte sie also wirklich den Kindern des B ein Vermächtniß zuwenden, so hat sie es ihnen auszuweisen, durch Rechtsirrtum verleitet, unterlassen; deshalb ist es nicht weniger wahr, daß sie ein solches Legat eben nicht gemacht hat; gerade so, wie es ganz irrelevant ist, wenn Jemand durch unrichtige Vorstellungen über die gesetzliche Erbfolge verleitet, zu testiren unterließ. — 2) Feitler N. 358 (Ger. Ztg. 1854 Nr. 106): Jemand setzte seine Geschwister zu Erben ein, welche aber zur Zeit der Testamentserrichtung bereits verstorben waren; die II. und III. Instanz erkannte darin eine gültige Einsetzung der Kinder der Geschwister. Der Fall ist weniger grell als der vorige, weil a) blos eine Collectiv-Bezeichnung vorlag, und b) die fraglichen Personen (zu anderen Theilen freilich) Intestat-Erben gewesen wären.

¹⁴⁾ Mühlenbruch in Glück's Comment. 40. Bd. S. 196; Keller Institutionen S. 383.

¹⁵⁾ Mehrere ganz gleichnamige Freunde und Verwandte: l. 63 (62) §. 1 D. 28, 5; l. 3 §. 7 D. 34, 4; l. 10 (11) pr. D. 34, 5.

¹⁶⁾ Z. B.: „Meines verstorbenen Bruders Sohn Carl“; es sind drei Söhne nach dem verstorbenen Bruder da, aber keiner heißt Carl.

¹⁷⁾ L. 63 §. 1 cit. Mühlenbruch S. 194 ff. — Nippel IV S. 98 will den Mehreren allen zusammen die Honorirung zusprechen! Gegen ihn und für Ungiltigkeit: Winwartter III S. 68, Stubenrauch I S. 766, Ellinger zu §. 570 ff., Basevi zu §. 571, Unger §. 13 N. 4.

^{17a)} Ein gewisser Spielraum für die vielleicht zweifelhafte Grenze zwischen zwei Gattungsbegriffen, für Verschiedenheiten des Sprachgebrauchs und Unbeholfenheit des Ausdrucks muß zwar offen bleiben; aber man siele in's Bodenlose, wenn man daran nicht festhalten wollte, daß die Namen der Dinge etwas Festes sind, die Sprache etwas Gemeinames, und daß derjenige, der eine auch Andere bindende Disposition trifft, sich die Sprache nicht nach eigener Willkür schaffen darf. Vgl. l. 7 §. 2 D. de suppl. leg. 33, 10: „... non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere.“ l. 4 pr. D. de leg. I: „Rerum enim vocabula immutabilia sunt.“ und Keller S. 381 f.

¹⁸⁾ Nippel IV S. 98 f., dem auch Stubenrauch I S. 766 beistimmt. Winwartter III S. 68 hält das Vermächtniß für ungiltig.

¹⁹⁾ Es ist nicht inconsequent, hier Nippel beizustimmen und im Falle der Note 17

Beschreibung schadet in der Regel nicht. a) Hinsichtlich der Personen. Unrichtige Titulatur oder Angabe unzutreffender Merkmale schadet nicht, so lange die Identität nicht in Zweifel kommt.²⁰⁾ Anders nur dann, wenn in der Befügung des Merkmals das einzige Motiv, also die Voraussetzung der Honorirung angedeutet wäre, wo §. 572 anzuwenden wäre. Jene Regel und diese Ausnahme gelten auch von unrichtigen Verwandtschaftsbezeichnungen, indem der Honorirte gar nicht oder anders verwandt ist.²¹⁾ Dabei ist überdies zu bedenken, daß einer unrichtigen Bezeichnung gar nicht ein Irrthum über das factische Verhältniß zu Grunde zu liegen braucht.²²⁾ b) Auch hinsichtlich der Sachen gilt die Regel, daß die unrichtige Beschreibung nicht schadet, wosfern das Object dadurch nicht unerkennbar wird, auch dann nicht, wenn ihr ein Irrthum über die Eigenschaften der Sache zu Grunde liegt. Aber diese Regel hat viele Ausnahmen, und der zuletzt erwähnte Irrthum kann dem error in corpore gleich wirken²³⁾, oder auch unter §. 572 fallen. Es ist ein giltiges Vermächtniß, wenn der Testator seine vergoldete Dose eine „goldene“ nennt,²⁴⁾ mag er nun geirrt haben oder nicht. Wenn er dagegen eine goldene Dose als „vergoldete“ vermacht hat. (wobei also vorausgesetzt wird, daß über die Identität des Objectes kein Zweifel bestehe), so läßt sich das Gleiche nicht behaupten. Hat er freilich absichtlich die Sache unrichtig beschrieben (etwa um nicht Meid zu veranlassen), also die wahre Beschaffenheit gekannt (was der Legatar zu beweisen hätte), dann schadet die unrichtige Bezeichnung nicht. Hat er dagegen den weit höheren Werth der Sache, also die unvergleichlich empfindlichere Denerirung nicht gekannt, so ist zwar das Legat u. E. nicht, wie Savigny III S. 300 annimmt, für schlechthin ungiltig zu halten, aber der Legatar muß sich mit dem Werthe zufrieden stellen, den jene Dose hätte, wenn sie wirklich nur eine vergoldete wäre. Auch

zu widersprechen; denn die Fälle sind verschieden und noch verschiedener die Entscheidungen und deren Verhältniß zum Willen des Erblassers.

²⁰⁾ Beispiel einer Combination von I a und II a: „Meinen Schwvesterjohn Christian, welcher 1860 als Kaufmann nach Philadelphia gegangen, setze ich zum Erben ein.“ Es schadet nicht, wenn der Schwvesterjohn Christof heißt, und 1862 als Agent nach New-York gegangen ist; s. Mühlensbruch S. 198; vgl. Keller Instit. S. 382 f.

²¹⁾ Vgl. Mühlensbruch S. 202 ff. — Es gilt also hier nichts besonderes, nur daß der Irrthum hinsichtlich dieser Eigenschaften öfter als der hinsichtlich anderer als ein Irrthum im Sinne des §. 572 sich darstellen wird. Mehr scheinbar als wirklich abweichend Brinz I. Aufl. S. 1408, der dort, wo nur eine Ungenauigkeit des Ausdrucks, nicht ein Irrthum über den Thatbestand vorliegt, wohl ebenso entscheiden würde.

²²⁾ Jemand setzte die Kinder seines Bruders Franz, Namens Johann und Peter, und die drei Kinder seines Bruders Ignaz ebenfalls mit Namen ein und nannte diese fünf Personen, von seiner Mutter sprechend, „Enkel“ derselben („Jurist“ 19. Bb. S. 200). Johann und Peter waren aber in Wahrheit Stiefkinder des Bruders Franz und unter dem Ausdruck „Enkel“ waren somit drei wirkliche und zwei Stief-Enkel befaßt. Diese Ungenauigkeit des Ausdrucks schadet der Einsetzung nicht; denn a) braucht der Testator über den factischen Sachverhalt gar nicht geirrt zu haben (vgl. Mühlensbruch S. 203); b) selbst wenn er geirrt hätte, kann er die namentlich Benannten persönlich lieb gehabt haben, und selbst wenn dies nicht der Fall, sondern nur die Rücksicht auf den Bruder maßgebend gewesen wäre, können c) die Stiefkinder für diesen kinderlosen Bruder ein Gegenstand zärtlicher Sorge und Bemühung gewesen sein, die ihn durch die Erbschaft erleichtert wird. — Unrichtig ist, was Stubenrauch (I S. 765 N. 5), mehr als unrichtig, was Wildner (a. a. D.), wenigstens ungenau, was Peitler (Nr. 357) über diesen Fall bemerkt; letzterer hält nämlich die Verfügung für ungiltig, wenn der Testator die Eingesezten für seine leiblichen Neffen hielt. Es würde aber der Beweis dieser Thatsache nicht genügen, der Gegner müßte überdies beweisen, daß die vermeintliche Verwandtschaft das einzige Motiv der Einsetzung war. Wichtig Unger System II S. 128 N. 30.

²³⁾ Vgl. Savigny III §. 138 (etwa auch den auf entgeltliche Verträge bezüglichen §. 137).

²⁴⁾ Zeiller II S. 445; vgl. Savigny III S. 299.

der Irrthum über juristische Eigenschaften des Objectes kann bald relevant, bald irrelevant sein.²⁵⁾

Das Ergebniß dieser ganzen Erörterung ist, daß „falsa demonstratio non nocet“, wenn nicht durch sie die Willenserklärung unverständlich wird,²⁶⁾ oder Eigenschaften von solcher Wesentlichkeit verfehlt sind, daß der Irrthum sich dem in corpore (hominis oder rei) nähert, oder endlich in der falsa demonstratio das einzige Motiv enthalten ist.²⁷⁾ Uebrigens hat der erwiesene Irrthum über solche Punkte die gleichen Folgen, auch wenn keine falsa demonstratio stattgefunden hat.²⁸⁾

Ist eine größere oder kleinere Quantität gewollt, als erklärt, so gilt immer nur die kleinere sowohl gewollte als erklärte.²⁹⁾ Ist eine Zahl oder Ziffer undeutlich geschrieben, so daß man zweifelt, z. B. ob sie 100 oder 700 bedeute, so muß sich der Legatar mit der geringeren Summe begnügen, wenn ihm nicht der Nachweis der höheren durch eine von Sachverständigen vorzunehmende literarum comparatio oder auf andere Weise gelingt; hätte dagegen der Dnerirte 700 gezahlt, und wollte später 600 condiciren, so wäre es natürlich an ihm, Existenz und Umfang seines Anspruches und mithin auch zu beweisen, daß 100 und nicht 700 zu lesen sei.³⁰⁾

VI. Zu §. 572. Falsa causa non nocet (Ulp. XXIV 19; §. 31 Inst. II 20; l. 17 §. 2 D. 35, 1). Wie das Motiv in der Regel rechtlich irrelevant ist,³¹⁾ so auch der Irrthum im Motiv. Dieser bringt den Willen hervor (oder wirkt doch dabei mit) und das Erklärte ist wirklich gewollt (der Willensinhalt ist vom Irrthum nicht berührt),³²⁾ während der wesentliche Irrthum den Inhalt so bestimmt, daß das Erklärte gar nicht, sondern etwas Anderes gewollt ist.³³⁾ Für letztwillige Verfügungen insbesondere hebt Zeiller (II S. 446) hervor: der Erblasser fingire oft einen Beweggrund, „um dem Neide oder einem hämischen Verdachte der Verwandten zu begegnen;“ auch wisse man „in der Regel nicht, ob der beigelegte (Beweggrund) der einzige und der entscheidende war.“³⁴⁾ Daß der error in qualitate mit dem Irrthum im Motiv oft verfließt, haben wir schon gesehen; die Meinung über gewisse Eigenschaften der

²⁵⁾ Der Testator hält die vermachte Sache für sein, während sie es nicht ist; s. oben Note 11 a. E., Unger Erbrecht §. 67 Anm. 10 ff., Arudts in Glück's Comm. 46. Bd. S. 152 ff., 197 ff., Keller Institutionen S. 386. — S. übrigens unten bei §. 662. — Ueber die Fälle, wo etwas im Widerspruch mit der Wahrheit als vom Erblasser oder an ihn geschuldet vermacht wird s. unten bei §§. 663–669; — Keller S. 384 ff., Unger Erbrecht §. 72.

²⁶⁾ Keller S. 383 a. E., S. 384 lit. a.

²⁷⁾ Vgl. Rippel IV S. 97, Windscheid I §. 76 R. 6.

²⁸⁾ Es ändert z. B. nichts, ob der Testator den goldenen Gegenstand als silbernen und vergoldeten bezeichnet oder aber nachweislich in diesem Irrthum befangen war, ohne ihn im letzten Willen hervortreten zu lassen. Freilich wird man es mit einem solchen Beweise streng nehmen müssen, er also nicht leicht gelingen.

²⁹⁾ Unger System §. 89 R. 32, 33. Die selbst von Romanisten wie Vangerow II §. 433 Anm. 1 B. 3 nicht gebilligte benigna interpretatio im Falle wo mehr gewollt als geschrieben ist (s. Keller S. 397 f.), will Stubenrauch I S. 766 B. 7 in's österr. Recht herübernehmen, während hier in Ermangelung einer singulären Vorschrift die Regel gelten muß, daß zu einer wirklichen Willenserklärung Wille und Erklärung gehören (§. 558 a. E. bezieht sich nur auf die Erbtheile, deren Summe das Ganze genau erschöpfen muß, nicht aber z. B. auf Summen-Legate).

³⁰⁾ Rippel IV S. 99, Stubenrauch I S. 766 B. 8.

³¹⁾ Hofmann Titulus und Modus §. 8.

³²⁾ Vgl. l. 72 §. 6 D. 35, 1: „Falsam cansam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret.“

³³⁾ Man kann mit Unger (II S. 121 R. 4) sagen: jener Irrthum bringe den Willen hervor, dieser schließe ihn aus — was natürlich cum grano salis zu nehmen ist.

³⁴⁾ Ganz ähnlich Keller Institutionen S. 387 f.

Menschen oder Sachen bestimmt eben sehr oft den Willen.³⁵⁾ Der Irrthum im Motiv ist dann nicht irrelevant, wenn die irrige Vorstellung der entscheidende Beweggrund war, so daß ohne sie gar nicht wäre gewollt worden. Es ist dies aber genau betrachtet keine Ausnahme von der Regel, daß nur ein den wesentlichen Inhalt der Willenserklärung betreffender Irrthum relevant ist. In solchen Fällen ist nämlich der Irrthum als beschränkende Voraussetzung in den Inhalt des Willens aufgenommen; nur unter dieser Voraussetzung ist gewollt.³⁶⁾ Auch der Irrthum über Eigenschaften³⁷⁾ kann unter diesen Gesichtspunkt fallen. — Motiv und Voraussetzung einer solchen *lex privata* verhalten sich ähnlich, wie bei der *lex publica* die *ratio legis* und die *ratio iuris*.³⁸⁾ — Wie überhaupt der Irrthum von demjenigen zu beweisen ist, der sich auf ihn gegen eine letztwillige Anordnung beruft, so auch die Behauptung, daß das Motiv zur Voraussetzung erhoben war, u. a. W., daß der Erblasser ohne diesen Irrthum so nicht testirt haben würde.³⁹⁾ Gelingt dieser Beweis, so ist die Verfügung, wie beim wesentlichen Irrthum des §. 570, nichtig.⁴⁰⁾ Es ist dann übrigens auch gleichgiltig, ob die *falsa causa* im Testamente angegeben war oder anderweitig bekannt ist.⁴¹⁾

VII. Zu §. 572 (Fortsetzung). Innerhalb der Fälle, wo eine letztwillige Verfügung wegen irriger Voraussetzung ungiltig ist, besteht eine nicht genug beachtete Verschiedenheit. Wenn Jemand zum Erben eingesetzt (oder mit einem Vermächtnisse bedacht) wird, einmal nur deshalb, weil ihn der Testator fälschlich für den Retter seines Lebens hielt, ein andermal deshalb, weil der Testator glaubte, der in einem früheren Testamente Instituirte sei todt (s. den Fall in l. 92 D. 28, 5), — so stimmen diese Fälle darin überein, daß der Testator ohne den Irrthum so nicht verfügt haben würde. Sie unterscheiden sich aber darin, daß im ersten Falle der Irrthum den einzigen Grund zur Bedenkung dieses dem Erblasser sonst gleichgiltigen Menschen abgab; während im zweiten Falle der Irrthum den Erblasser zu einer Anordnung veranlaßte, ohne übrigens die Wahl des nun zu Honorirenden irgendwie zu beeinflussen. Der Grund, warum er gerade diesen Menschen bedacht hat, lag vielleicht in Verwandtschaft oder Neigung; nur stand ihm der Ersteingesetzte so viel näher, daß er durch keine Zuwendungen an den Zweiten Jenem Abbruch gethan hätte. Im ersten Falle betrifft der Irrthum das Vorhandensein einer für die Einsetzung sprechenden Thatsache, im zweiten Falle das Abhandensein eines Hindernisses. Dort hätte der Testator, wenn er nicht im Irrthum befangen gewesen wäre, keinen Grund gehabt, den Betreffenden einzusetzen; hier hätte er einen Grund ge-

³⁵⁾ Und darum wird die *falsa causa* von den Römern mit Recht in nächster Verbindung mit der *falsa demonstratio* besprochen.

³⁶⁾ Vgl. Windscheid Voraussetzung §. 37 ff., 70 ff., 125 ff., Hofmann a. a. O. §. 102.

³⁷⁾ Namentlich die irrige Annahme einer Verwandtschaft; s. oben Note 11 und Note 21; Reiffler II §. 446.

³⁸⁾ Voraussetzung und *ratio iuris* gehören zum Inhalte des letzten bez. gesetzgeberischen Willens; Motiv und *ratio legis* haben den Willen hervorgebracht oder doch veranlaßt, er besteht aber, einmal entstanden, unabhängig von ihnen; vgl. l. 72 §. 6 D. de cond. 35, 1: „... *ratio legandi legato non cohaeret*“ und oben I §. 180 ff. Auch darin stimmen Motiv und *ratio legis* überein, daß man sie selten mit Gewißheit angeben kann, oder doch nicht weiß, ob ein Grund der einzige oder entscheidende war; vgl. hier Text zu N. 34 und oben I §. 182 Text zu N. 96.

³⁹⁾ §. 572 „es wäre denn erweislich“; l. 72 §. 6 cit. „si probetur alias legaturus non fuisse“; Unger II §. 489 N. 24; Erbrecht §. 51.

⁴⁰⁾ Unger II §. 142 N. 12; anders nach gemeinem Recht, s. Windscheid III §. 548 Z. 2.

⁴¹⁾ Vgl. Note 28 und Text dazu; Keller §. 388 f.; Gölchen III 2 §. 48; Unger Erbrecht §. 13 N. 3.

habt, ihn nicht einzusetzen. Allerdings ist diese Unterscheidung im Allgemeinen nur von theoretischem Interesse, nämlich wegen des verschiedenen Verhaltens des Irrthums zu den Motiven der letztwilligen Verfügung; ein durchgreifender praktischer Unterschied knüpft sich daran nicht. Nur dort, wo der Irrthum das Vorhandensein eines anderen Erben betrifft, ist die Verfügung nicht — wie in der Regel — absolut, sondern relativ (nämlich nur zu Gunsten der Todtgeglaubten) ungiltig,⁴²⁾ mag dieser nun (wie in obigem Falle) ein früher Instituirter oder ein gesetzlicher Erbe sein (vgl. I. 28 D. 5, 2); für einige Fälle der letzteren Art enthalten indeß die §§. 777—779, 781 positive Vorschriften, deren Verhältnis zum §. 572 bei ihrer Besprechung zu präcisiren sein wird. Auch die Fälle, wo der Irrthum des Testators in der Unkenntniß eines gegen ihn begangenen Delictes besteht (also auch — wie oben — das Abhandensein einer gegen die Honorirung sprechenden Thatsache betrifft) sind nicht nach §. 572, sondern nach den Vorschriften über die Erbunwürdigkeit (§. 540 ff.) zu beurtheilen. Hier wie dort schneiden positive Rechtsätze allerlei quaestiones facti und überhaupt die Erörterung aus dem allgemeinen Gesichtspunkt des §. 572 ab. — Der oben dargelegte Unterschied besteht auch zwischen dem Falle (I), wo der Testator Jemanden nur deshalb eingesetzt hat, weil er irrig glaubte, ihn einsetzen zu müssen, und dem zweiten Falle (II), wo er den B nur darum einsetzte, weil er wähnte, den A nicht einsetzen zu können. Beispiel zu I: Jemand verfügt: „Meinen lieblosen Bruder setze ich auf $\frac{1}{6}$, d. h. seinen Pflichttheil ein“ oder „ich beschränke ihn auf seinen Pflichttheil, also $\frac{1}{6}$.“⁴³⁾ — Beispiel zu II (s. oben I S. 155 Note 139): Ein Oesterreicher ließ in Baiern einen Notar rufen und erklärte vor fünf Zeugen, daß er seinen unehelichen Sohn A zum Erben einsetze. Vom Notar irrig belehrt, daß sei nach österr. Recht unstatthaft, setzte er mit dem ausdrücklichen Zusatz, „weil ich meinen Sohn nicht zum Erben einsetzen kann,“⁴⁴⁾ seinen Bruder B zum Erben ein, ihn bittend, jenem die Hälfte des Nachlasses zukommen zu lassen. A nahm das Allinerbrecht in Anspruch, das ihm auch von den beiden höheren Instanzen zuerkannt

⁴²⁾ Vgl. Unger Erbrecht §. 24 Anm. 13 a. E. Dieser bezeichnet es mit Recht als eine quaestio facti, ob in solchem Falle auch die in dem früheren Testamente gemachten Vermächtnisse ungiltig werden. Wenn er aber unter Hinweisung auf die I. 92 cit. und die I. 28 D. 5, 2 die Frage in der Regel bejahen will, so ist zu bemerken, daß in diesen Entscheidungen die Frage als keine quaestio facti gedacht ist. Es war eine Halbheit der des principellen Grundes ihrer Entscheidungen sich nicht klar bewußten rescribirenden Kaiser (vgl. Windscheid III §. 548 Note 16 lit. b); sie glaubten, dem Ersteingesetzten mehr Gunst, als sein Recht zu gewähren, und wollten dabei nicht in fremde Rechte zu sehr eingreifen. Solche, auf jenem Standpunkte läbliche, Aengstlichkeit wäre nach der heutigen Auffassung und der positiven Vorschrift des §. 572 nicht am Platze. Namentlich wenn zwischen den beiden Testamenten kein langer Zeitraum liegt und im ersten Testamente weniger Legate als im zweiten oder kleinere oder gar keine ausgesetzt sind, so erklärt sich dies meistens aus der — ohnehin nicht zu bezweifelnden — größeren Liebe für den Ersteingesetzten. Auch im gemeinen R. ist man mit Recht über jene Rescripte hinweggegangen und hat an ihre Stelle die quaestio facti gestellt (s. z. B. Arndts §. 553 Z. 3 vb.: „vorausgesetzt, daß nicht auch die Vermächtnisse nur auf jenem Irrthum beruhen“).

⁴³⁾ Der Fall in der Sammlung VIII Nr. 3940 gehört (wie auch richtig erkannt wurde) abgesehen von anderen Gründen schon deshalb nicht her, weil mit der „porzione legitima“ die Intestat-Portion und nicht ein Pflichttheil gemeint war. — Würde die obige Verfügung keine Quote nennen, also kurzweg lauten: „ich schränke ihn auf seinen Pflichttheil ein,“ — so würde der Bruder hier wie dort nichts bekommen, aber hier noch aus einem andern Grunde; ähnlich wie die Römer das Legat: „Decem quae mihi Seius debet Titio lego“ und das andere: „Quae mihi Titius debet, ei lego“, wenn in beiden Fällen nichts geschuldet wird, für gleich ungiltig erklären, aber jedes aus anderem Grunde, nämlich das letztere „evidenti ratione, quia non apparet quantum fuerit legatum“ (s. Keller S. 384 f.).

⁴⁴⁾ Vgl. I. 52 cit.: „Quoniam heredes, quos volui habere, mihi continere non potui, N. R. heres esto.“ Hier ein Thatirrtum, dort ein Rechtsirrtum, was aber hier keinen Unterschied macht (s. oben R. 12).

wurde (Sammlung VI Nr. 2734). Dabei ward mit Recht hervorgehoben, daß der Wille, den A zum Erben einzusetzen, „in einer mit allen Förmlichkeiten eines mündlichen Testaments versehenen Weise“ erklärt war. Der bloße Beweis, daß der Erblasser einen Anderen, den er z. B. für todt hielt, lieber zum Erben gehabt hätte, als den Instituirten, würde diesem Anderen nichts nützen, wenn er weder gesetzlicher Erbe, noch in gehöriger Form in einem früheren Testamente zum Erben eingesetzt wäre; denn kein Beweis über die Absichten des Erblassers vermag die Testaments-Form zu ersetzen (vgl. §. 542 a. E. und dazu Unger Erbrecht §. 5 Anm. 16).

5. Ordensgelübde;

§. 573.

Ordenspersonen sind in der Regel nicht befugt, zu testiren: allein, wenn der Orden eine besondere Begünstigung, daß seine Glieder testiren können, erlangt hat; wenn Ordenspersonen die Auflösung von den Gelübden erhalten haben; wenn sie durch Aufhebung ihres Ordens, Stiftes oder Klosters aus ihrem Stande getreten sind; oder, wenn sie in einem solchen Verhältnisse angestellt sind, daß sie vermöge der politischen Verordnungen nicht mehr als Angehörige des Ordens, Stiftes oder Klosters angesehen werden, sondern vollständiges Eigenthum erwerben können; so ist es ihnen erlaubt, durch Erklärung des letzten Willens darüber zu verfügen.

I. Für die sogen. Religiosen (Regularen, Conventualen¹⁾ d. h. Mönche, Nonnen und gewisse andere in dieser Hinsicht gleichstehende Personen) gelten im bürgerlichen Rechte manche Ausnahmsbestimmungen,²⁾ welche theils mit dem Gelübde der Keuschheit (§. 63), theils mit dem Gelübde der Armuth (§. 538 f.), theils mit dem Gedanken zusammenhängen, daß sie, die der Welt entsagt haben, den weltlichen Geschäften ferne bleiben sollen, sowohl was ihr, als auch was fremdes Vermögen betrifft (§. 573 — §. 192, §. 591). Was insbesondere das Erbrecht anlangt, so fragt es sich da: 1) ob sie erben (s. bei §. 538 f.) und 2) beerbt werden können, und zwar a) ab intestato, b) ex testamento, 3) ob sie testiren können, 4) ob sie Testaments-Zeugen (s. bei §. 591 und §. 597) und 5) Testaments-Schreiber sein können (s. bei §. 579). Hier haben wir uns mit der 3. Frage, die mit der unter 2 b nicht gleichbedeutend ist (s. unten), zu beschäftigen.

II. Nach gemeinem Rechte fällt das Vermögen des Professoren in der Regel an den Orden²⁾ und deshalb kann dort der einem vermögensfähigen Orden Angehörige weder ab intestato³⁾ noch ex testamento beerbt werden; wegen seiner Vermögens-Unfähigkeit kann er nicht allein kein Testament machen, sondern auch kein wirksames haben.⁴⁾ Ganz anders nach österreichischem

¹⁾ „Klostergeistliche“, „Ordenspriester“ sind engere, nicht alle hergehörigen Personen umfassende Ausdrücke.

²⁾ Vgl. Zeiller in der Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1826 II S. 168 f.

³⁾ Hellmann Das gemeine Erbrecht der Religiosen (München 1874) S. 11 ff.

⁴⁾ Hellmann S. 86.

⁵⁾ M. a. B. das vor der professio religiosa errichtete Testament wird hinfällig. Hellmann S. 73. Dies war aber keineswegs immer allgemein anerkannt (vgl. Hellmann S. 36 ff.) und ist auch heute bestritten (Roth III §. 300 Nr. 22 und §. 337 Nr. 23). — Insbes. scheint die gegenheilige Normirung im Westfal. und a. v. S. W. auf alter Uebung zu beruhen. Beckmann Idea iuris statut. et consuet. Stiriaci et Austriaci (16⁸8) p. 483 sq. sagt: „... hodie ad hanc quaestionem accuratiores Icti et Canonistae respondere solent, distinguendo tria tempora circa tempus testamenti facti, utrum (1) religiosus testamentum condiderit ante ingressum monasterii, an (2) post ingressum monasterii, et (3) nun post factam professionem... testamentum fecerit; quoad primum...; tale testamentum... per subsequentem professionem... non vitiat...; quod tempus secundum concernit, ubi quis... in anno probationis ante professionem testamentum condit, tale etiam testamentum iure subsistit... quia novitius ante votum et professionem nondum

Rechte. Das Vermögen des Professoren fällt nicht von selbst an den Orden, sondern wird — da dem der Welt Entschlagenden allerdings, und zwar nicht sowohl wegen des Gelübdes des Gehorsams, als vielmehr desjenigen der Armuth (arg. §. 573 a. E.), die Disposition darüber benommen ist — einem curator honorum anvertraut. Ordenspersonen können also ein Vermögen hinterlassen und beerbt werden (s. aber auch oben S. 11 Note 6) und zwar nicht bloß ab intestato, sondern wenn sie vor der professio testirt haben, auch ex testamento. Nur errichten können sie in ihrem Ordensstande kein Testament, eben weil sie nicht mehr disponiren sollen.⁵⁾ Es ist deshalb für unser Recht auch irrelevant, ob der Orden ein vermögensunfähiger ist, und es darf keine Rede davon sein,⁶⁾ daß in solchem Falle der in den Orden Eintretende sogleich (also noch bei Lebzeiten) beerbt werde, während dies nach gemeinem Rechte allerdings der Fall zu sein scheint.⁷⁾

III. Hier nun ist von der Testirungsfähigkeit der Ordenspersonen zu handeln,⁸⁾ genau gesprochen derjenigen Personen, welche das feierliche Gelübde der Armuth abgelegt haben (vgl. vorigen Absatz). Die Grundlage des §. 573 ist §. 367 Westgal. G. B. II. Dieser zählt drei Fälle der Testirungsfähigkeit auf, deren zwei den zwei ersten Fällen des §. 573 entsprechen, wogegen der dritte so bezeichnet war: „wenn sie rechtmäßiger Weise ein vollständiges Eigenthum erworben haben,“ während er nun näher bestimmt als vierter aufgenommen ist. Zeiller führte zu diesem Paragraphen aus: Von der Regel, daß Ordensleute nicht testiren können, gebe es nach den Josephinischen Gesetzen folgende drei Ausnahmen: 1) Nach Auflösung eines Klosters dürfen die Nonnen, bezw. die in den Weltpriesterstand übertretenden Geistlichen testiren (Vdg. Nr. 72 Jos. G. E.).⁹⁾ Dieser Fall sei im Westgal. G. B. nicht deutlich genug ausgedrückt, da die Aufhebung eines Klosters nicht zugleich eine Auflösung der Gelübde enthalte.¹⁰⁾

censetur monachus, sed adhuc laicus . . . ; quod attinet . . . testamentum post factam professionem, . . . monachus civiliter mortuus est, ideo nec velle . . . amplius iure potest . . . nec amplius rerum suarum est dominus (et moderator. . . Ergo frustra et nulliter de iis in testamento disponit.“ — Reiche literarische Nachweisungen über diese Frage bieten Aug. Barbosa's remissiones zu sess. 25 cap. 16 in der Lyoner Ausgabe (1650) des Concilium Tridentinum (p. 706).

⁵⁾ Vgl. Unger Erbrecht §. 9 Anm. 5.

⁶⁾ Allerdings ist dergleichen behauptet worden (und zwar selbstverständlich ohne Einschränkung auf den einen Mendicanten-Orden Eintretenden, da diese Einschränkung mit dem bei uns nicht anerkannten Anspruch des Klosters auf das Vermögen des Professoren zusammenhängt); aber jene Ansicht wird von Niemandem mehr gebilligt. S. oben S. 11 (zu §. 531). Vgl. auch diesfalls schon Beckmann p. 483: „ast in hoc casu institutus heres non prius hereditatem adire potest, quam testator religiosus (qui quidem qua talis civiliter censetur mortuus) naturaliter mortuus est, quia viventis nulla est hereditas.“ Er fügt hinzu — und dies gilt heute bei uns nicht (Pat. vom 9. Aug. 1854 §. 182) — „monasterium horum honorum redivitibus ipso testatore vivo interea fruitur.“ Mit Beckmann's richtiger Entscheidung steht im Widerspruch der Ausdruck „civiliter mortuus“. Zeiller (Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1826 II S. 162 f., S. 174 f.) erwähnt tadelnd diesen Sprachgebrauch. „In den österr. Provinzen wurden von einigen Praktikern seit jeher die unter Curatel gesetzten großjährigen Personen, wie die gerichtl. erklärten Verschwender, oder Erbidatäre wegen der ihnen entzogenen Güterverwaltung bürgerlich todt genannt.“ Daß der technisch so genannte „bürgerliche Tod“ dem österr. R. fremd ist, das hat Zeiller in einem eigenen Aufsatze (a. a. D.) dargelegt.

⁷⁾ S. darüber Hellmann S. 82.

⁸⁾ Geschäftliches darüber s. bei Hellmann S. 25—49.

⁹⁾ Es ist das Pat. v. 30. Aug. 1782.

¹⁰⁾ Nachdem Zeiller selbst auf die Verschiedenheit dieser beiden Fälle aufmerksam macht, auch in dem von ihm vorge schlagenen Texte vier Punkte enthalten sind, kann es ausfallen, daß er von „drei Ausnahmen“ spricht. Es ist dies aber insofern richtig, als die Entbindung von den Gelübden keine Ausnahme genannt werden kann, da der so Dispensirte nicht mehr den Ordenspersonen zugerechnet werden kann.

2) Einige Ritter-Orden¹¹⁾ seien in dieser Hinsicht begünstigt. 3) Dürfen diejenigen Ordens-Geistlichen testiren, welche bei Pfarreien oder Localcaplaneien angestellt sind (Vdg. Nr. 542¹²⁾ und Nr. 939¹³⁾ Jos. G. C.). Davon rede der dritte Satz des Entwurfs. — Mit diesen Bemerkungen des Referenten waren Alle einverstanden.

IV. ^{13a)} Der §. 573 zählt vier Fälle auf, in welchen es „Ordenspersonen“ „erlaubt ist“, zu testiren. 1) „Wenn der Orden eine besondere Begünstigung, daß seine Glieder testiren können, erlangt hat.“ So dürfen a) die Mitglieder des deutschen Ritter-Ordens mit specieller oder allgemeiner (ohne besondere Gründe nie zu verweigernder) Erlaubniß des Hoch- und Deutschmeisters,¹⁴⁾ dieser mit Ermächtigung des Großcapitels testiren (Pat. 28. Juni 1840 §. 12).¹⁵⁾ Die Priester des deutschen Ordens, welche in den in der Min. Vdg. 31. Dec. 1866 erwähnten Conventen (s. oben S. 22 Note 17) feierliche Gelübde ablegen oder erneuern, sind testirunfähig. b) Die Ritter des Maltheiser-Ordens stehen den Rittern des deutschen Ordens in dieser Beziehung gleich.¹⁶⁾ Dagegen sind die Priester des Maltheiser-Ordensconventes zu Prag testirunfähig (Hffzbd. 22. Jän. 1818).¹⁷⁾ c) Die Redemptoristen (vgl. oben S. 22 Nr. 17) können testiren (Hfd. 9. Jän. 1843),¹⁸⁾ was insoferne keine Ausnahme ist, als ihre Gelübde nicht feierliche, sondern einfache sind (s. cit. Hfd.).

2) „Wenn Ordenspersonen die Auflösung von den Gelübden erhalten haben,“ so sind sie fortan eben keine Ordenspersonen mehr, mithin enthält dieser Punkt keine Ausnahme von der Regel (s. Note 10); auch steht er im Einklang mit dem canonischen Rechte; nicht so die beiden folgenden Fälle, sofern sie über diesen hinausgehen. „Sobald die professio religiosa Statt gefunden hat, so kann (nach canon. Recht) kein Austritt aus demselben geschehen; das Verhältniß

¹¹⁾ Nütziger gesagt „ihre Glieder“, wie bei der Superrevision (30. Nov. 1809) zur Verbesserung des Textes bemerkt wurde.

¹²⁾ Hofverordnung v. 21. April 1786 (abgedruckt in Winivarter's Handbuch I. Aufl. II S. 221 Nr. 2). Ab intestato sollen sie beerbt werden wie Weltpriester (1/3 an die Verwandten u. s. w.).

¹³⁾ Hfd. 22. Dec. 1788.

^{13a)} Vgl. zu dem Folgenden die hier in Note 39 cit. Vdg., §. 2 ff. sammt den Randglossen.

¹⁴⁾ Diese Erlaubniß ist auch zum Fortbestehen selber (vor dem Eintritt in den Orden) errichteter Testamente erforderlich (§. 12 in f. des cit. Pat.).

¹⁵⁾ J. G. C. (neue F.) Nr. 451; abgedruckt ist der §. 12 in Winivarter's Comm. III S. 70 Note, bei Michel Nr. 1008. — Vgl. auch schon Hfd. 4 Juli 1791 (J. G. C. Nr. 174) und Vdg. v. 18. März 1785 (J. G. C. Nr. 400). S. im übrigen Dolliner Recht geistlicher Personen §. 91.

¹⁶⁾ Arg. Vdg. v. 18. März 1785 (J. G. C. Nr. 400). Implicitamente gesagt wird Obiges von Dolliner §. 92, ausdrücklich von Winivarter (Comm. III S. 70 f.), der sich dafür auf das Hfd. 11. Dec. 1795 (J. G. C. Nr. 268) beruft (ihm folgt Kirchner S. 299 und der Herausgeber der Manz'schen Ausgabe), wo indeß (ebenso wie in dem darin bezogenen Hfd. 3. Febr. 1791 J. G. C. Nr. 109) nur von der Verlassenschafts-abhandlung die Rede ist. Ansdrücklich gleichgestellt in Bezug auf erbrechtliche Fragen wurden die Glieder des Maltheiser-Ordens denen des deutschen Ordens unter Maria Theresia. S. Codex Austr. IV. Suppl. (= VI. Thl.) S. 1129 (Jurisdictionsnorma zwischen den Länderstellen und dem Maltheiser-Orden, 29. Juli 1768) vgl. mit S. 819 (Jurisb.-N. zwischen den Länderstellen und dem deutschen Orden, 5. Juli 1766). Freilich waren damals nur die vor Ablegung des Gelübdes gemachten Testamente anerkannt, aber dies galt gleichmäßig für beide Orden.

¹⁷⁾ J. G. C. Nr. 1408; abgedruckt auch in Winivarter's Handbuch der Justiz- und politischen Gesetze (1829) II S. 223 Nr. 6, im Auszug bei Michel Nr. 1009.

¹⁸⁾ J. G. C. (neue F.) Nr. 670, Michel Nr. 995. Vgl. auch schon Hffzbd. 17. Sept. 1824 und Hffzbd. 6. Mai 1830 in Winivarter's Comm. III S. 17 f.

wird nur¹⁹⁾ durch den Tod, durch päpstliche²⁰⁾ Dispensation oder dadurch gelöst, daß von dem Professen oder seinen Angehörigen vor dem Bischof und den Localoberen binnen fünf Jahren die Nullität dargethan wird.²¹⁾ Bei dem dieserhalb zu führenden Proceß wird, wie bei der Ehe, ein Defensor, und zwar hier Professionum, bestellt.“²²⁾

3) „Wenn sie durch Aufhebung ihres Ordens, Stiftes oder Klosters aus ihrem Stande getreten sind.“ Bekanntlich wurde von Papst Clemens XIV. unter Maria Theresia's Regierung (1773) der Jesuiten-Orden aufgehoben (1814 von Pius VII. restituirt, begann er 1838 wieder in Oesterreich sich festhaft zu machen). Ebenso bekannt ist es, daß Kaiser Joseph II. eine Reihe anderer Orden, soweit es sich um ihren Bestand in Oesterreich handelte, gänzlich aufhob.²³⁾ Noch zahlreicher waren die Fälle, wo nicht ganze Orden, sondern nur einzelne Stifter und Klöster aufgehoben wurden. Nicht alle, aber viele Mitglieder solcher Klöster schieben aus diesem Anlaß aus dem Ordensleben, „traten wieder in die Welt.“²⁴⁾ Da hierbei von einer Säkularisation im canonischen Sinne abgesehen wurde, so ist dieser Fall²⁵⁾ allerdings von dem vorigen verschieden.

4) „Wenn sie in einem solchen Verhältnisse angestellt sind, daß sie“ u. s. w. Dieser Punkt hängt mit dem vorigen auf das engste zusammen, da jene Maßregeln Joseph II. einen massenhaften Uebertritt von Ordenspriestern in den Weltpriesterstand zur Folge hatten; er enthält aber doch wieder dem dritten Punkte gegenüber einen neuen Fall, indem die Verwendung eines Ordensgeistlichen auf einer Säkularpfünde keineswegs die Aufhebung seines Klosters oder gar Ordens voraussetzte. Eine bloß zeitweilige Verwendung zur Aushilfe gibt keine Testirfähigkeit,²⁶⁾ ebensowenig dauernde Verwendung eines Ordensmitgliedes auf einer seinem Stifte oder Kloster einverleibten Pfarre,²⁷⁾ sondern nur dauernde Ver-

¹⁹⁾ Also namentlich nicht durch Verstoßung aus dem Kloster, welche gar nicht mehr Statt finden darf. Dolliner §. 65. — Suttinger erwähnt (p. 718, 719), der Satz „religiosorum testamenta non valent“ gelte auch von den Ausgestoßenen, deren Nachlaß dem Kloster zufalle (17. Jahrh.).

²⁰⁾ Ältere österr. Vorschriften s. bei Dolliner §. 87. Bei der unten zu erwähnenden, 1802 getroffenen Maßregel, wurden die Bischöfe angewiesen, den bereits im Besitze von Säkularpfünden befindlichen Ordensgeistlichen die Säkularisation entweder aus eigener Machtvollkommenheit zu ertheilen oder bei dem päpstlichen Stuhle unentgeltlich zu erwirken. Dolliner §. 69.

²¹⁾ Bei der Annullirung wird genau gesprochen hier so wenig, als bei der Ehe ein rechtliches „Verhältniß gelöst“, sondern nur der Schein eines solchen zerstört. — Ueber den Nullitäts-Proceß s. auch Dolliner §. 87 Z. 1.

²²⁾ Phillips Lehrbuch des Kirchenrechts (1862) §. 316 Nr. V (S. 1215 f.).

²³⁾ S. Dolliner §. 89.

²⁴⁾ Das Nähere über die verschiedenen Schicksale der Mitglieder aufgehobener Klöster s. bei Dolliner §§. 89, 90.

²⁵⁾ S. über ihn das von Zeiller (in der Berathung über §. 573) allegirte (hier in Note 9 erwähnt) in Winwarder's Handbuch II S. 220 f., 2. Aufl. S. 216 abgedruckte Pat. v. 30. Aug. 1782, welches die eigenthümliche Einschränkung enthielt, daß durch den letzten Willen solcher Irreligiösen kein Vermögen „zu Händen eines Fremden, oder auch außer der f. l. Erblande lebenden Unterthans gebracht werden“ dürfe. Diese auch in dem Pat. 20. Juni 1774 — abgedruckt in der Note zu Nr. 111 der 3. G. S. neue F. — enthaltene Einschränkung wurde durch das ebenda ersichtliche Hdb. 28. Dec. 1835, Michel Nr. 1011, abgeschafft. — Das Hdb. v. 6. Nov. 1786 (3. G. S. Nr. 593) fügte hinzu: wenn solche ohne Testament versterben, soll „die gesetzliche Erbfolge Platz greifen, und wenn von den . . . benannten Verwandten niemand in den f. l. Erblanden wohnt, die Erbschaft dem Fiscus zufallen.“ Uebrigens sollte dies Hdb. und das Pat. v. 30. Aug. 1782 auch für „jene aus den aufgehobenen Orden getretenen Laienbrüder geltend sein, welche Gelübde haben, oder Pensionen genießen.“

²⁶⁾ Dolliner §. 69.

²⁷⁾ S. Dolliner §. 70 und die daselbst cit. Gesetze aus den Jahren 1784—1788; vgl. die hier in Note 39 cit. Bdg. a. a. D. S. 315.

wendung auf einer Säkular-Pfründe. Durch das Cabinet-Schreiben vom 25. März 1802 (Hftzb. 2. April 1802)²⁸⁾ trat eine der Josephinischen entgegengefetzte Reform in's Leben, indem „von nun an keinem Ordensgeistlichen mehr eine (Säkular-) Pfründe zu Theil werden“ durfte, und die bereits Angestellten binnen drei Monaten sich erklären mußten, ob sie sich den Rücktritt in ihre Klöster vorbehalten oder aber in der Seelsorge ausharren wollten. Nur die Letzteren blieben testirfähig.²⁹⁾ Haimberger³⁰⁾ bemerkt mit Recht über den vierten Punkt, er habe ursprünglich drei Fälle in sich begriffen: a) den eben besprochenen, nicht mehr praktischen Fall;³¹⁾ b) den Fall, wo Ordensgeistliche als Feldcapläne sich ein sogen. peculium quasi castrense erworben hatten; auch diese ausnahmsweise Testirfähigkeit hatte damals aufgehört,³²⁾ ist seither aber wiederhergestellt worden;^{32a)} c) den Fall, wo ein Ordensgeistlicher Bischof wird oder ein noch höheres geistliches Amt erhält, was ohne vorhergegangene Säkularisirung geschehen kann, während eine solche erforderlich ist,³³⁾ wenn es sich um ein minderes Amt handelt.

V. Das vor der professio errichtete Testament bleibt in Kraft (s. oben II).³⁴⁾ Da nun §. 718 zum Widerruf Testirfähigkeit erfordert, so kann ein solches Testament von dem Professen nicht mehr widerrufen werden,³⁵⁾ wenn nicht einer der unter IV besprochenen Ausnahmefälle eintritt.

VI. Wenn säcularisirte Personen ohne ein gültiges Testament sterben, so tritt die gesetzliche Erbfolge ein, und zwar bei säcularisirten Ordensgeistlichen nach den für die Beerbung von Weltgeistlichen geltenden,³⁶⁾ bei Erinnen nach den allgemeinen für Laien geltenden Grundsätzen (d. h. nach dem 13. Hauptst. des a. b. G. B.).³⁷⁾

VII. Ueber die aus dem ungarischen Studien- oder Religionsfonde pensionirten Exreligiösen s. die Excurse zu §. 573.

VIII. Da die Frage nach der Testirfähigkeit der Weltgeistlichen³⁸⁾ im a. b. G. B. nirgends berührt wird, so ergibt sich deren Bejahung aus dem §. 573 durch arg. a. contr., zumal die Testir-Fähigkeit und -Freiheit der Weltgeistlichen in Oesterreich stets anerkannt war.³⁹⁾ Im Art. XXI des Concordates

²⁸⁾ Winiwarter's Handb. 1. Aufl. II S. 221 f. (Nr. 3), Michel Nr. 1012, Rippel IV S. 102.

²⁹⁾ S. Dolliner §§. 69, 70, 89 a. G., Winiwarter Comm. 2. Aufl. III S. 72.

³⁰⁾ Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1838 II. Bb. S. 57 f.

³¹⁾ An diesen Fall haben die Redactoren zunächst oder vielleicht (was aber irrelevant ist) allein gedacht.

³²⁾ Hftzb. 29. Oct. 1803; k. k. Hofkriegsräthl. Circulare 7. April 1818. S. Winiwarter Handb. 1. Aufl. II S. 222 Nr. 4, Commentar III S. 72, Rippel IV S. 102 f., Michel Nr. 1013, Scheidlein Commentar S. 343.

^{32a)} Durch das Dienst-Reglement für die k. k. Infanterie von 1860, I. Thl. §. 26 Nr. 14 (S. 95): „In Bezug auf das bewegliche Vermögen gehört der Regimentscaplan zur Regiments-Gerichtsbarkeit, und kann, wenn er auch ein Ordensgeistlicher wäre, mit seinem in dem sogen. peculio quasi castrensi bestehenden Vermögen frei schalten und durch seinen letzten Willen verfügen.“

³³⁾ Weshalb diese Fälle nicht zu Punkt 4, sondern zu Punkt 2 gehören.

³⁴⁾ Unrichtig und mit seiner eigenen Begründung (Note 13) im Widerspruch Kirchstetter 2. Aufl. S. 300 (3. Aufl. S. 315).

³⁵⁾ So schon Beckmann p. 484.

³⁶⁾ Ueber die Intestat-Erbfolge nach Weltgeistlichen wird beim 13. Hauptstück die Rede sein.

³⁷⁾ Vgl. Dolliner §. 90.

³⁸⁾ Ueber „die Beerbung des Pfründners“ — sowohl ex testamento, wie ab intestato — s. Phillips's Lehrbuch des Kirchenrechts (1862) §. 234; vgl. dazu Roth III S. 300 S. 227 ff. B. 5.

³⁹⁾ S. Beckmann p. 175 und die daselbst angeführten Gesetze aus dem 16. und 17. Jahrh.; dann die Vbg. des Tiroler Landesguberniums 6. April 1805, worin „die in

von 1855 wurde den Diöcesan-Bischöfen verboten, über die bischöflichen Abzeichen und Kirchengewande zu testiren, „denn diese sind als zum bischöflichen Tafelgute gehörig anzusehen und gehen auf die Nachfolger im Bisthum über. Dasselbe wird von den Bischöfen dort, wo es Übung ist, beobachtet werden.“ In Folge vorgekommener Zweifel wurden diese der letztwilligen Verfügung des Bischofs (auch wenn er Cardinal ist) und ebenso der Intestaterbfolge entzogenen Gegenstände in einer Min. Bdg.⁴⁰⁾ einzeln aufgezählt, auf Grund des päpstlichen Breve vom 1. Juni 1847. Dort sind auch Bestimmungen getroffen für die Fälle, wo „ein Bischof nach und nach zweien oder mehreren Diöcesen“ oder aber „zu gleicher Zeit zweien oder mehreren mit einer eigenen Kathedralkirche und einem eigenen Capitel versehenen Diöcesen vorgesetzt“ war.

6. schwere Criminalstrafe;

§. 574.

Ein Verbrecher, der zur Todesstrafe verurtheilt worden, kann von dem Tage des ihm angeklündigten Urtheiles; wenn er aber zur schwersten, oder schweren Kerkerstrafe verurtheilt*) wird, so lange seine Strafzeit dauert, keine gültige Erklärung seines letzten Willens machen.

I. Dieser Paragraph (vgl. St. G. B. §. 27 lit. b), dessen eingehende Erörterung den Excursen vorbehalten bleibt, stellt sich aus jedem Gesichtspunkte als verwerflich dar: a) weil er eine Strafverschärfung setzen wollte, die aber, wenn überhaupt irgend Jemanden, andere Personen viel mehr trifft, als den Verbrecher; b) weil diese nicht zu billigende Absicht nicht einmal erreicht wird, da ein vor der Verurtheilung, ja noch während der Verhandlung in höherer Instanz im Gefängniß gemachtes Testament gültig ist, während, sowohl un ein Strafübel wirklich zuzufügen, als auch aus einem bei §§. 575, 576 darzulegenden theoretischen Grunde die Consequenz die Annullirung jedes wann immer errichteten Testamentes verlangt hätte.

II. Der §. 574 wurde durch §. 5 des Ges. v. 15. Nov. 1867 (R. G. B. Nr. 131) hinsichtlich der von den Civilgerichten Verurtheilten ausdrücklich abgeschafft, gilt aber noch für die der Militärgerichtsbarkeit unterstehenden Personen (arg. a contr. aus dem Eingangssatz des cit. Ges.; vgl. Mil. St. G. §§. 45 lit. d, 46, 47, 129 lit. a). Er betrifft nicht den wegen Uebertretung einer Sanitätsvorschrift Verurtheilten (arg. vb. „Verbrecher“). Die Testirungsfähigkeit beginnt mit dem Augenblicke der Kundmachung des rechtskräftig gewordenen Urtheils und endigt, sobald die Strafe überstanden oder nachgesehen ist. Nicht die Wiederaufnahme des Verfahrens, wohl aber das in Folge derselben auf Freisprechung oder eine geringere Strafe, als schwerer Kerker ist, ergehende Urtheil hebt die Unfähigkeit (und zwar ex tunc) auf (vgl. neue St. P. D. §. 358). Auch mit der Affigirung des Contumaz-Urtheils beginnt die Unfähigkeit und endigt nicht mit dem Beginne des ordentlichen Verfahrens, sondern mit dem (in obigem Sinne) günstigen Urtheile (und dann eben-

Abzicht der Verlassenschaft der geistlichen Personen seit 1772 erlassenen a. h. Entschließungen zur allgemeinen Bekanntmachung und gleichförmigen Befolgung . . . aufgeführt“ wurden (also eine amtliche Belehrung über geltende Gesetze) bes. §. 1 und Randglosse dazu, in der Sammlung von Kropatschek (s. hier I S. 138) XX. Bd. Nr. 6586, S. 312 ff. — Ueber die in dem sogen. Declaratorium illyricum enthaltenen Beschränkungen s. Stubenrauch II S. 770.

⁴⁰⁾ „Bdg. der Ministerien der Justiz und des Cultus und Unterrichts, betreffend die nähere Bestimmung des 2. Abs. des Art. XXI des Concordates“ 7. Febr. 1859, R. G. B. Nr. 33 (abgedruckt in Stubenrauch's Comm. 2. Aufl. II S. 769 f.).

*) So der Text der S. G. S. Die erste Ausgabe hat: „verurtheilt“.

falls ex tunc). — Die vor der Verurtheilung gemachten Anordnungen werden nicht irritirt (St. G. B. §. 27 a. E., Mil. St. G. B. §. 45 a. E.).¹⁾

III. Deserteur sind testirunfähig und zwar bei Entweichung aus der activen Dienstleistung vom Tage der Entweichung bis zu ihrer Stellung oder Einlieferung, sonst vom Tage der Einberufung an (Mil. St. G. §. 208 lit. a).²⁾ Auch früher errichtete letztwillige Anordnungen werden dießfalls ungiltig (Mil. St. G. §. 208 lit. b; vgl. Hfd. 21. Febr. 1842 §. 11), leben aber bei der Rückkehr (Stellung oder Einlieferung) des Deserteurs wieder auf;³⁾ wogegen die während der Desertion gemachten Anordnungen ungiltig bleiben (§. 576).

¹⁾ Die Begründung all' dieser Entscheidungen s. in den Excursen Abf. VI.

²⁾ Dasselbst (in lit. a.) wird auf die a. h. Entschliesung v. 7. Jän. 1842 d. h. das Just. Hfd. v. 21. Febr. 1842 (S. G. S., N. F. Nr. 599) hingewiesen. S. in diesem Hfd. bes. die §§. 8—12. Vgl. oben S. 23 und Kirchstetter S. 299.

³⁾ Ob eine solche Anordnung bei der Rückkehr des Deserteurs von selbst wieder auflebt, erscheint sehr zweifelhaft. Kirchstetter S. 300 N. 12 bejaht die Frage, weil die Ungiltigkeit hier nur eine Folge des Mangels der Dispositionsbefugniß sei. Dies ist einmal nicht wahr; denn es handelt sich hier einfach um den Inhalt einer Strafe, während Kirchstetter in ungehöriger Weise Deserteur und Ordenspersonen zusammenstellt. Wäre es aber wahr, so würde es die Sritirung des früheren Testamentes nicht erklären, sondern unbegreiflich machen; daß ich nicht mehr disponiren kann, das berührt doch meine früheren Dispositionen nicht! (Vgl. l. 18 pr. D. 28, 1.) So bleibt nach österr. Rechte das vor der professio religiosa gemachte Testament unzweifelhaft giltig; Kirchstetter behauptet freilich auch hier das Gegentheil. — Unger hat die Frage zwar nicht direct, doch aber deutlich genug indirect — und zwar ebenfalls bejahend — beantwortet. Dabei beruft er sich: 1) auf l. 6 §. 12 D. 28, 3, §. 5 J. I, 12; diese Stellen handeln aber vom ius postliminii, welches keine Analogie im österr. R. hat; 2) auf §. 778 a. b. G. B. und l. 12 pr. D. 28, 3; hier handelt es sich um eine Ungiltigkeit, die darum eine bloß relative ist, weil sie nur in dem verletzten Rechte eines Einzelnen ihren Grund hat, bei dessen Vorversterben also nicht geltend gemacht werden kann; ganz anders verhält es sich in unserem Falle; 3) auf §. 6 J. II, 17. Allein aus dieser Stelle ersehen wir, daß das Eivilrecht die entgegengesetzte Ansicht hatte; und Umfang und Inhalt der milderen Behandlung nach prätorischem Recht stehen nicht fest (vgl. Vangerow II §. 458 mit Mühlenbruch in Glük's Comm. XXXIX S. 26 ff.). Immerhin enthält aber diese Stelle ein unterstützendes Argument. — U. E. sprechen ernste Gründe gegen und für das Aufleben. I. Gegen dasselbe sprechen die allgemeinen Grundsätze der juristischen Logik; eine relative Ungiltigkeit ist hier nicht vorhanden; was aber absolut ungiltig ist, besteht rechtlich nicht. Daß das Sittige ungiltig werden kann, beweist nicht, daß das Ungiltige giltig werden kann. Das Lebendige stirbt; das Tote wird nicht lebendig. Auf §. 723 pr. a. b. G. B. darf man sich nicht berufen; einmal, weil er eine Singularität enthält, dann, weil dort der Testator eine Handlung vornimmt, die als eine neue Willenserklärung erscheint. II. Zwingend ist aber jene Erwägung nicht. Das Recht kennt Fälle einer unvollkommenen Ungiltigkeit, wo ein Verhältniß nicht nichtig, sondern gleichsam krank ist, und noch zu Kräften kommen, convalesciren kann. Zu diesen scheint unser Fall zu gehören. Der Testator war zur Zeit des Testirens fähig, und ist es jetzt wieder. Seinen Willen hat er nie geändert. Das Testament sollte nur zur Strafe ungiltig sein. Nun kann die Strafandrohung sehr wohl den Sinn haben: „So lange der Deserteur nicht zurückgekehrt ist, wird sein Testament als ungiltig betrachtet.“ Und wenn man bedenkt, zu welchen Härten es führen würde, wenn man den Schlußsatz von §. 576 hierherziehen wollte (da der Laie nicht auf den Gedanken kommt, ein neuerliches Testiren könne da nöthig sein), so wird man — schon wegen des in dubio mitius — der Strafandrohung obigen milderen Sinn beilegen. (Daß die Frage nicht durch §. 576 im entgegengesetzten Sinne entschieden werde, ist gewiß; in unserem Falle ist ja kein „anfänglich ungiltiger letzter Wille“ vorhanden. Dagegen ergibt sich aus §. 576 allerdings, daß ein Testament, das Jemand als Deserteur gemacht hat, nicht convalescirt.) Dazu kommt als unterstützendes Argument §. 13 pr. u. f. l. R. I, 12 und folgende historische Erwägung: Hinsichtlich des Falles von §. 574 a. b. G. B. kann unsere Frage heute nicht aufgeworfen werden wegen §. 27 i. f. St. G. B.; sie konnte es aber nach älterem österr. R., dem dieser letztere Satz noch fremd war. Und sie wurde dahin beantwortet: Das während der Strafzeit errichtete Testament bleibt ungiltig; das früher errichtete nur, wenn der Verbrecher während der Strafzeit stirbt (arg. Joseph. St. G. B. §§. 29, 37; Hfd. 25. Mai 1787; s. Excursus zu §. 574 Abf. III). — Demnach stimmen wir in der Entscheidung, nicht aber in der Begründung mit den genannten Autoren überein.

IV. Die analogen Bestimmungen hinsichtlich unbefugt Ausgewandelter (Pat. 24. März 1832 §. 10 lit. c, §§. 11—15, bei Michel Nr. 79) sind nicht mehr in Kraft (s. oben S. 23 f.).

V. Früher waren die Testamente der Selbstmörder ungültig (s. noch S. 368 Westgal. G. B. II). Diese Bestimmung wurde von den Redactoren des a. b. G. B. aus guten Gründen verworfen. Auch darüber s. die Excurse zu §. 574. (Absatz V).

Zeitpunkt der Gültigkeit der Anordnung.

§. 575.

Ein rechtsgültig erklärter letzter Wille kann durch später eintretende Hindernisse seine Gültigkeit nicht verlieren.

§. 576.

Einen anfänglich ungültigen letzten Willen macht die später erfolgte Aufhebung des Hindernisses nicht gültig. Wird in diesem Falle keine neue Verfügung getroffen: *) so tritt das gesetzliche Erbrecht ein.

I. Von den Ursachen der nachträglichen Ungültigkeit einer letztwilligen Anordnung ist im 12. Hauptstücke (§. 713 ff.) die Rede; hier handelt es sich um die anfängliche Ungültigkeit. Diese kann ihren Grund haben 1) in der Testirunfähigkeit des Testators, 2) in der Nichtbeachtung einer der vom Gesetze für letztwillige Erklärungen vorgeschriebenen Formen, 3) in einem Mangel der Willensstimmung (Zwang, wesentlicher Irrthum), endlich 4) in dem unzulässigen Inhalte der Anordnung. Die zwei ersten Gründe machen immer die ganze Erklärung ungültig, die beiden anderen können sich auch auf einzelne Verfügungen beziehen und den übrigen Inhalt unberührt lassen.

II. Die Mängel einer letztwilligen Anordnung sind theils solche, welche ihrer Natur nach (d. h. von allen positiven Vorschriften darüber abgesehen) wegfallen können, theils solche, welche nicht wegfallen können. „Ein von einem Unfähigen errichtetes (Testament, Codicill u. s. w.) bleibt ein von einem Unfähigen errichtetes, wenn auch der Errichter hinterher fähig wird. Der Mangel, welcher (einer Anordnung) wegen Unfähigkeit des Errichters anklebt, kann ebensowenig wegfallen, wie irgend ein anderer Mangel, welcher seinen Grund in einer Qualität des Errichtungs-Actes hat. Wegfallen können nur solche Mängel, welche ihren Grund in dem Inhalte des Willens haben; der Verwirklichung des Vermächtniswillems kann zu einer Zeit ein Hinderniß entgegenstehen, welches zu einer anderen Zeit weggefallen ist.“ ¹⁾ Hinsichtlich der Form ist selbst bei einem Laien kein Zweifel möglich; denn die Beobachtung oder Nichtbeobachtung der Formvorschriften ist eine zeitlich engbegrenzte Thatsache, kein Zustand, daher eine factische ²⁾ Aenderung gar nicht denkbar. ³⁾ Und daß auch die Verfasser dieser Paragraphen bei Aufstellung der in ihnen enthaltenen Regeln an die Form nicht gedacht haben, zeigt die Stellung der §§. 575, 576 (bez. §§. 370, 371 Westgal. G. B. II) vor den die Form behandelnden Paragraphen. Aber auch hinsichtlich der meisten anderen Mängel des Testiractes kann die Entscheidung

*) Die erste officielle Ausgabe hat hier einen Strichpunkt.

¹⁾ Windscheid III §. 633 Nr. 6.

²⁾ Wohl aber eine legislative (s. oben S. 58 Nr. 4); doch nützt und schadet auch diese nichts. Darüber s. oben I S. 165 unter B 2.

³⁾ Ein späteres Nachtragen der veräußerten Form würde ein neuerliches Testiren sein. — Der einzige Fall, wo man „von nachträglicher Aufhebung des Hindernisses“ reden könnte, wäre der, wo ein unfähiger Testamentszeuge zugezogen und hinterher zur Testamentszeugenschaft fähig geworden wäre. Dann käme auch allerdings §. 576 zur Anwendung (Sammlung VIII Nr. 3764).

so wenig zweifelhaft sein, daß bei der Frage, „nach welchem Zeitpunkte die Gültigkeit der Anordnung zu beurtheilen sei,“⁴⁾ wohl jeder Jurist zunächst an den Inhalt des letzten Willens zu denken geneigt sein wird. Denn hier sind in der That zwei Auffassungen möglich. Die eine naturwüchsigere und strengere geht davon aus, „daß der Testator die Zukunft nicht wissen könne, und deshalb nach der Sachlage zur Zeit des Testirens sich richten müsse, wenngleich erst die Verhältnisse in einem späteren Zeitpunkte über Bestand oder Nichtbestand seiner Anordnung entscheiden werden. Diese Auffassung kann als die altrömische bezeichnet werden.“⁵⁾ Die andere, uns geläufige, sieht keinen Fehler darin, daß der Inhalt der letztwilligen Anordnung nicht schon zur Testirzeit realisiert werden könnte, da er gar nicht für diesen, sondern für einen späteren Zeitpunkt, den des Todes, gewollt ist, auf den allein es deshalb ankommen soll.“⁶⁾ Daß diese Anschauung auch die der Medactoren war, m. a. W. daß sie bei den §§. 575, 576 an den Inhalt der letztwilligen Anordnungen nicht gedacht haben, darüber kann nach der ganzen Gestaltung unseres Nothverbenrechtes und nach der ausdrücklichen Vorschrift der §§. 545, 546⁷⁾ nicht der mindeste Zweifel aufkommen.⁸⁾ — Demnach können die §§. 575, 576 nur auf die persönlichen Eigenschaften des Testators und seine Willensbestimmung sich beziehen. Und sie beziehen sich wirklich auf beide Punkte. Denn als das ostgal. Appel. Ger. monirte, man möchte für „Hindernisse“ setzen „persönliche Unfähigkeit zu testiren“, beschloß die Commission dennoch den Text der beiden Paragraphen unverändert aus dem Westgal. G. B. herüberzunehmen⁹⁾ (Prot. 16. Jän. 1804). Im Uebrigen wurde bei diesen Paragraphen eine Berathung nicht für nöthig gehalten; ohne Debatte ging man über sie hinweg. Und doch wären sie einer Prüfung bedürftig gewesen, welche nun — mit so viel geringerem Erfolge — die Wissenschaft vornehmen muß.

⁴⁾ So lautete früher die Randglosse zu §§. 575, 576 (entsprechend der zu §§. 545, 546); in ihrer jetzigen verkürzten Gestalt ist sie sinnlos. — Dagegen wäre der Vorwurf, daß §. 575 jede nachfolgende Ungültigkeit auszuschließen scheine, nicht begründet; denn die die Gültigkeit hindernden und die sie aufhebenden Thatfachen sind nicht die gleichen.

⁵⁾ Sie tritt namentlich hervor in der *regula Catoniana*, über welche Arnolds Civ. Schriften II S. 485 ff. und Windscheid III S. 638 zu vergleichen sind. Sie hat zur Festhaltung der mit der alten Mancipationsform zusammenhängenden Regel, daß der Instituirte auch schon zur Zeit der Einsetzung erbtüchtig sein müsse, beigetragen und diese Regel hinsichtlich der Erbtüchtigkeit im eng. S. selbst dann noch aufrecht erhalten, als man hinsichtlich der Existenz von diesem Erforderniß abgegangen war. Sie tritt hervor in der unheilbaren (pr. J. II, 13; l. 7 D. 28, 2) Nullität eines Testamentes, in welchem ein *suius filius* präterirt war (die zu den alten Anschauungen freier sich verhaltende Schule Labeo's dachte darüber anders; s. Gaius II §. 123). Auf das Detail und die späteren Schicksale dieser Anschauung, mit der auch das weit gehende Erforderniß des „*certum consilium*“ zusammenhängt, ist hier nicht einzugehen, wohl aber daran zu erinnern, daß eine Anschauungsweise nicht mit jener Folgerichtigkeit sich zur Geltung bringt, wie ein Princip. Sie ist in dem Sinne das mehreren Rechtsfäßen Gemeinschaftliche, daß diese aus ihr hervorgegangen sind; während das Princip in ihnen, als seinen Folgesätzen, enthalten ist.

⁶⁾ Bis zur Unrichtigkeit tritt diese Auffassung bei Savigny System VIII S. 447 f.

⁷⁾ Dieses Paragraphen-Paar, welches das Seitenstück zu dem hier in Frage stehenden bildet, behandelt die Erbtüchtigkeit und gilt ebenso für den Instituirten, wie für den gesetzlichen Delaten. Die Fäähigkeit des Honorirten betrifft aber heute unzweifelhaft den Inhalt der letztwilligen Erklärung, s. Savigny VIII S. 457 ff.; zum Theile anders verhielt es sich nach römischer Vorstellung; vgl. Savigny a. a. O. mit Windscheid III S. 638 Note 6 und Note 16.

⁸⁾ Schon deshalb ist unrichtig die Bemerkung Linden's zu §. 576, der die Regel desselben mit der catonianischen für gleichbedeutend hält.

⁹⁾ Wann die bloß stilistische Aenderung der Eingangsworte (§. 370 „Ein an sich selbst rechtsgültiger letzter Wille . . .“ §. 371: „Einen an sich selbst ungültigen letzten Willen . . .“) Statt gefunden hat, ist nicht ersichtlich.

III. Bei dieser Prüfung werden wir zuerst von der Willensbestimmung, dann von der Testirfähigkeit handeln. A. Willensbestimmung: a) Sie war zur Testirzeit wegen Zwang oder Irrthum mangelhaft; m. a. W. es war das Erklärte nicht frei oder gar nicht gewollt. Wenn später Zwang und Irrthum entfallen, so ändert das gar nichts; jene Erklärung war und bleibt rechtlich nichtig. Dies ist an sich durchaus selbstverständlich. Ein Zweifel (freilich ein ganz unjuristischer) könnte aber vielleicht dann entstehen, wenn die Erklärung eine schriftliche war, der Erblasser sie vertilgen konnte und nicht vertilgt hat. Hier ist es von Werth, daß §. 576 anordnet: „Wird in diesem Falle keine neue Verfügung getroffen; so tritt das gesetzliche Erbrecht ein“ (s. auch oben bei §. 565). Mit Recht. Denn einmal folgt aus jener Thatsache noch nicht der Wille, das Testament gelten zu lassen (vgl. Rippel IV S. 108, Winwarter III S. 76). Dann aber würde es diesem neuen Willen an jeder Form fehlen.⁹⁾ b) Das Erklärte war frei gewollt, später will man es nicht mehr. Wird dieser Wille in der gehörigen Weise erklärt, so bedeutet er die Aufhebung der Anordnung. Wird er nicht gehörig erklärt, so ist er für das Recht nicht vorhanden, und es ändert daran auch der Umstand nichts, daß der Erblasser etwa durch Zwang oder Betrug an der Abänderung des letzten Willens gehindert wurde. Dieser bleibt in Kraft, soweit er nicht eine Honorirung des Unwürdigen (§. 542) enthält. — B. Die Fähigkeit zu testiren setzt eine gewisse Handlungs- und eine gewisse Rechtsfähigkeit voraus; ein Mangel in dem einen oder dem anderen Factor kann sie ausschließen. 1) Handlungsfähigkeit: a) Sie war nicht vorhanden und tritt später ein, z. B. Jemand hat als Unmündiger etwas erklärt und stirbt als Großjähriger; er war zur Zeit des Testaments geisteskrank und wird später gesund.¹⁰⁾ b) Sie war vorhanden und hört später auf, z. B. Jemand hat bei klarem Verstande testirt und wird später geisteskrank. Hier wie dort versteht es sich von selbst, daß die Aenderungen in dem subjectiven Zustande des Testators auf die früher abgegebene, selbständig gewordene Willenserklärung nicht einfließen. Die positive oder negative Eigenschaft des Subjectes theilte seiner Erklärung ein für alle Mal eine entsprechende Eigenschaft mit, die mit der Erklärung objectiv geworden und daher ihr immanent ist.¹¹⁾ 2) Rechtsfähigkeit: a) Wenn sie dem Testirenden mangelte, so war seine Erklärung eine nichtige, ein Wort in den Wind, ist also zur Zeit, wo er diese Fähigkeit erlangt, rechtlich gar nicht vorhanden; also gilt auch hier: „Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere“ (l. 29 D. de R. J.). b) Das Gefühl für Symmetrie schon erweckt den Gedanken, daß wenn die Rechtsfähigkeit, die zum Testiren erfordert wird, erst nach errichtetem Testamente verloren gehe, dieses davon nicht berührt werde. Dennoch ist es an sich (v. h. vom positiven Rechte abgesehen) nicht so. Diese Rechtsunfähigkeit ist nicht nur, wie zu glauben das Wort testamenti factio verleiten kann, die Unfähigkeit, ein Testament zu machen, sondern auch die Unfähigkeit, eines zu haben, m. a. W. aus seinem letzten Willen beerbt zu werden. Sie hindert nicht nur die Errichtung eines Testaments, sondern macht auch das früher errichtete ungiltig.¹²⁾ Dieses entging den Redactoren bei unseren Paragraphen und beim §. 574 (s. St. G. B. von

⁹⁾ Wir hätten erst eine Form ohne den gehörigen Willen, dann einen Willen ohne die gehörige Form. Zweimal halb ist keinmal ganz.

¹⁰⁾ Hinsichtlich der Nichtänderung einer schriftlichen Erklärung gilt das früher Gesagte.

¹¹⁾ Daß die Erklärung eines Betrunknen durch dessen Ernüchterung nicht giltig, und umgekehrt ein Testament dadurch nicht ungiltig wird, daß der Testator sich später einmal betrinkt, leuchtet selbst dem Laien sofort ein. Es besteht kein wesentlicher Unterschied zwischen diesen und den obigen Fällen.

¹²⁾ Vgl. Gruchot I S. 322 ff.

1803 §. 23 lit. c a. E.),¹³⁾ indem sie zwischen Rechts- und Handlungsfähigkeit nicht unterschieden; während im Auswanderungspatent von 1832 (§. 10 lit. c) und im Mil. St. G. B. von 1855 (§. 208 lit. h) der richtige Gedanke zur Anerkennung gelangt ist.¹⁴⁾ Davon, wie auch von dem Falle, wo die Rechtsfähigkeit sowohl zur Zeit des Testirens, als zur Zeit des Todes des Erblassers vorhanden war, aber in der Zwischenzeit vorübergehend fehlte, wird in den Excursen zu §. 574 gehandelt.

IV. Beweis. Wer die Ungiltigkeit eines Testaments (Codicilles) wegen Unfähigkeit des Erblassers behauptet, hat diese zu beweisen.¹⁵⁾ Ein Testament ist, von dem Falle des Deserteurs abgesehen, nicht immer ungiltig, wenn der Testator testirunfähig gestorben ist, sondern nur dann, wenn er bei dessen Errichtung testirunfähig war. Dieses ist denn auch im Falle des Widerspruchs zu beweisen. Entsteht also ein Zweifel, ob das Testament vor oder in die Zeit der Unfähigkeit fällt, so liegt der Beweis demjenigen ob, der das Letztere behauptet. Ist der Erblasser bei seinem Tode testirfähig, früher testirunfähig gewesen, und entsteht ein Zweifel, ob die Erklärung nach aufgehobenem Hindernisse oder aber, während es vorhanden war, abgegeben wurde, so ist auch hier die Anordnung bis zum Beweise des Gegentheils für giltig zu halten. Fällt dagegen die Erklärung zwischen zwei Zeitpunkte, in denen der Erblasser gewiß testirunfähig war, so hat nicht der das Testament Bestreitende die Continuität der Unfähigkeit, sondern der die Gültigkeit Behauptende zu beweisen, daß der Testator dennoch zur Zeit der Erklärung testirfähig war. Hiesir bietet der §. 567 (lucida intervalla) das wichtigste, nicht das einzige Beispiel. Es wäre nicht anders, wenn der Erblasser zweimal als Geisteskranker oder als Verschwender interdicirt gewesen wäre und in der Zwischenzeit testirt hätte. Sobald der Gegner bewiesen hat, daß der Erblasser vor und nach der Erklärung unfähig war, hat der die Gültigkeit derselben Behauptende darzuthun, daß der Testator bei der Erklärung fähig war. Dahingegen genügt nicht der Beweis des Segners, daß der Erblasser zu irgend einer Zeit (ob es nun auch die des Todes oder eine andere ist) unfähig, z. B. interdicirt war; findet sich z. B. ein undatirtes Testament, so ist es als giltig zu behandeln, wenn nicht erwiesen wird, daß es vom Erblasser als Interdicirten errichtet war.¹⁶⁾

¹³⁾ S. Zeiller zu §. 575 Z. 2. Auf der Verkennung dieses Unterschiedes zwischen der Handlungsfähigkeit als der Fähigkeit, gewisse Verhältnisse zu begründen, und der Rechtsfähigkeit als der Fähigkeit, in gewissen Verhältnissen zu stehen, beruht die Bemerkung in Hye's Oesterreich. Strafgeset. §. 427, die Anordnung im St. G. B. von 1852 §. 27 lit. b (= St. G. B. von 1803 §. 23 lit. c) sei „aus natürlichen Rechtsgrundsätzen selbstverständlich“.

¹⁴⁾ Die theoretische Richtigkeit obiger Unterscheidung darf als feststehend betrachtet werden, obgleich sich Unger, der sie früher selbst vortrug (System I §. 33 Nr. 5, II §. 91 Nr. 21), durch Mühlensbruch an ihrer Allgemeingiltigkeit hat irre machen lassen. (Erbrecht I. Aufl. §. 23 Num. 3.) Schwierigkeiten bereiten der Theorie (nicht auch bei den un-zweideutigen positiven Bestimmungen dem Ausleger des österr. Rechtes) jene Fälle, welche weder unter die Kategorie der Rechts-, noch unter die der Handlungs-Fähigkeit passen (s. oben S. 100). Eine ganz singuläre Vorschrift s. oben bei §. 573 Nr. 14.

¹⁵⁾ Unger System II §. 123 Nr. 23; Erbrecht §. 51.

¹⁶⁾ Vgl. Taglioni IV p. 66, 68; Rippel IV S. 106; Winwarter III S. 74; Ellinger zu §. 575; Stubenrauch 2. Aufl. I S. 772. — Dagegen (aber nur zweifelnd) Basevi zu §. 576 Z. 3 (6. Aufl. p. 234). — Nicht irre machen darf der §. 49 der Conc. Obg., wo es sich darum handelt, daß die Frau des Beweises für ihren Anspruch durch ein Geständniß des Mannes überhoben sein will, das in solchem Falle nur ausnahmsweise Glauben verdient. — Allerdings können die im Texte gegebenen Entscheidungen unter Umständen unbillig sein, aber da könnte nur die Gesetzgebung helfen, wenn sie Datirung schriftlicher Testamente erfordern und Antebatirungen irgendwie erschweren würde.

II. Neuere Form der Erklärungen des letzten Willens;

Einleitung.

I. Der Laie ist geneigt zu glauben, dem naturwüchsigem Sinne widerstrebe es, das Rechtsleben mit streng zu beobachtenden Förmlichkeiten zu umgeben; diese seien von Berufs-Juristen willkürlich und spitzfindig erkünstelt. Die Geschichte lehrt das Gegentheil. Je jugendfrischer ein Volk, je inniger das Rechtsleben mit dem Volksleben verbunden ist, desto reicher ist jenes an Formen, desto strenger werden sie gehandhabt. Erst auf späteren Entwicklungsstufen tritt bei Völkern wie bei Individuen ein Erlahmen der Phantasie, und eine Abneigung gegen Alles ein, was auf diese wirken will. Die einfachsten und nüchternsten Rechtsgebilde sind die Ergebnisse später Abstraction. Daher bei den spätrömischen und byzantinischen Gesetzgebern die immer wiederkehrende Klage über die angeblichen inanés observationes, die subtilitas, die subtilitatis ludibria und scrupulosae solemnitates, die multae ambages scrupulosique circuitus, die inutiles ambiguitates et differentiae u. s. w. des älteren römischen Rechtes; daher bei den Naturrechtslehrern (doch nicht erst und nicht allein bei ihnen) die Abneigung gegen den Formalismus im Rechte.¹⁾ Freilich gab es eine Zeit, wo Form und Inhalt im Staats- und Rechtsleben, in den Sitten des privaten und öffentlichen Lebens vielfach in ärgerlichem Widerspruch standen; wo ein Wust von Ceremonien auf dem Leben, ein nicht naturwüchsiger, sondern pedantischer und hemmender Formalismus auf Rechtsprechung und Verwaltung lastete. Die Denker dieser Periode wollten die Wahrheit der Verhältnisse gegenüber dem innerlich unwahr gewordenen Herkommen, das Wichtige gegenüber dem Unnötigen zur Geltung bringen. Aber dieses löbliche Streben führte sie zu weit und in Irrthum. Sie haben die Form im Rechtsleben nie richtig zu würdigen vermocht; erst die geschichtliche Erforschung des älteren römischen und deutschen Rechtes hat das Verständniß für den Werth der Form erschlossen.

II. Unter den verschiedenen Formen, die im Privatrechte vorkommen, stehen hier nur die Solennitäts-Formen zur Betrachtung, d. h. diejenigen, deren genaue Beobachtung unerlässliche Bedingung der Giltigkeit eines Rechtsactes ist, wie nüchtern, einfach, unfeierlich die zu beobachtende Neußerlichkeit auch sein möge. Diese Formen erschienen den Rechtsphilosophen jener Richtung als etwas Willkürliches, Irrationales, und wurden in ihren Büchern meist gar nicht erwähnt. Nun ist allerdings die Festsetzung dessen, worin die Formen zu bestehen haben, etwas durchaus Positives; die Einsicht aber, daß die Giltigkeit gewisser Acte von der Beobachtung gewisser Feierlichkeiten abhängig sein muß, sollte auch der philosophischen Betrachtung des Rechtes nicht fremd sein.²⁾ Daß die aus derselben Schule hervorgegangenen Juristen die im positiven Rechte vorhandenen Formen unterschätzten, kann nicht auffallen. Ueber diejenige Seite, welche selbst der oberflächlichen Betrachtung des Laien nicht entgehen kann, über die Erschwerung der Täuschung und die Erleichterung und Sicherung des Beweises, kamen sie nie hinaus.^{2a)} Dieser und nur dieser Gesichtspunkt wurde bei den Berathungen der Hofcommission geltend gemacht (s. Note 8), ja die Testamentsformen geradezu bisweilen mit „Beweisesarten“ verwechselt (s. hier Abs. VIII), wie denn Zeiller auch im Commentar (z. B. II S. 488) die Solennitätsform „die für dieses Rechtsgeschäft rechtlich vorgeschriebene Beweisart“ nennt (vgl. auch Note 19^{a)}) und es (in II S. 455 Note) als einen „Wortstreit (!)“

¹⁾ S. z. B. Zeiller in seinen Beiträgen (= Vorbereitung) II S. 206 ff.

²⁾ Trendelenburg Naturrecht S. 266 steht auch hier auf dem Boden der neueren Rechtswissenschaft.

^{2a)} Ebenso auch noch die meisten Ausleger des Gesetzes z. B. Winwartter III S. 76 f.; besser erst Stubenrauch 1. Aufl. II S. 328.

bezeichnet, wenn man frage, ob die „Zeugen zum Beweise oder zur Förmlichkeit des letzten Willens nöthig seien“. Denn „in Rechtsgeschäften sollen Förmlichkeiten nur der Vorsicht und des dauerhaften Beweises wegen bestimmt werden. Eben zu dem Ende begnügt man sich bei Testamenten nicht mit zwei, man fordert drei Zeugen. Nur insofern das Gesetz in anderen Fällen sich mit zwei Zeugen zufrieden stellt (§. 75), kann man sagen, daß deren drei nicht bloß zum Beweise, sondern auch zur wesentlichen Förmlichkeit (§. 601) nöthig seien.“³⁾ Bei solcher Anschauung war es consequent, daß Oberstlandrichter v. Haan beantragte, daß eine letztwillige Anordnung wegen Formfehlers nie ungiltig sein solle, sobald sie nur anderweitig erwiesen wird (Prot. 30. Nov. 1809). Die weitere Consequenz wäre natürlich die Abschaffung aller Testamentsformen gewesen. Glücklicher Weise stand Haan mit dieser Ansicht ~~allein~~ da und das Gegentheil seines Antrags wurde im Gesetzbuch ausdrücklich eingeschärft (§. 601). Man verkannte das Wesen der Form, und behielt doch viele Consequenzen desselben bei. Denn selten vermag der Irrthum das Ueberkommene völlig zu zerstören. Es ist ein demüthigender und doch zugleich erhebender Gedanke, wie viel schlimmer noch die menschlichen Dinge beschaffen wären, als sie sind, wenn jedes Folgegeschlecht nach eigener Weisheit sie von neuem ordnen würde. Die Erfahrung der Jahrtausende kommt uns in dem objectiven Bestand der Einrichtungen auch dann noch zu Gute, wenn wir sie subjectiv uns nicht anzueignen vermögen. —

III. In der That ist die Bedeutung der für letztwillige Anordnungen vorgeschriebenen Formen⁴⁾ eine viel größere, als die Redactoren eingeschrieben haben.⁵⁾

1) Die Form soll „den Erblasser an die Bedeutung und Wichtigkeit der Handlung, welche er vornimmt, erinnern, ihn in eine ernste Stimmung versetzen und zum Nachdenken über die Gründe und Folgen seiner Handlung auffordern“.⁶⁾ Sie soll ihn vor Uebereilungen bewahren,⁶⁾ weshalb sie einige Unbequemlichkeit mit sich bringen muß (s. oben S. 95).⁷⁾ 2) Ein Entschluß macht verschiedene Reifestadien durch; nur der ausgereifte entschiedene Entschluß soll rechtswirksam sein. Ferner kann der Wille auf die Zukunft oder auf die Gegenwart gerichtet sein; der letztere kann schon durch seine bloße Aeußerung eine That sein. Der feste Vorsatz, Jemanden zum Erben einzusetzen, ist noch keine Erbeinsetzung; zu dieser gehört die Richtung auf die Gegenwart, das Bewußtsein, daß man eben mit dieser Erklärung Jemanden einsetze. Und so gehört zu allen letztwilligen Anordnungen der animus testandi (s. bei §. 565). Die solenne Form erfüllt

³⁾ Vgl. Prot. 8. März 1802: Die Wiener Facultät bemerkt, die feierliche Trauung werde als ein Beweis der so wichtigen Handlung gefordert.

⁴⁾ Das Beste, was über die Solemnitätsformen bei Rechtsgeschäften überhaupt geschrieben ist, steht in Fhering's Geist des röm. R. II. Bd. II. Abth. S. 45 (vgl. auch I. Abth. S. 23). Dazu vgl. speciell hinsichtlich der Testamente die Motive zum Hessischen Entwurf S. 59 f. (abgedruckt bei Gruchot I S. 444 f.), Fr. Mommsen Entwurf S. 183 f.

⁵⁾ Nur die unter 4 und 5 erwähnten Vortheile entgingen allerdings auch ihnen nicht. Richtiger dachte über die Form schon Dalwigk II S. 27. — Im Folgenden werden die Vortheile des Formalismus hervorgehoben. Vgl. darüber auch Keller Band. S. 57. Es wäre ein Irrthum, vor dem schon Fhering gewarnt hat, zu glauben, der Ursprung des Formalismus im Rechte sei auf das klare Bewußtsein dieser Vortheile zurückzuführen (s. a. a. D. Wf. II).

⁶⁾ Hessischer Entw. a. a. D. Z. 3; Dalwigk a. a. D.; Mommsen a. a. D. Z. 1.

⁷⁾ Die Frage, ob ein in zorniger Aufwallung gemachtes Testament giltig sei, wurde oft für unpraktisch erklärt (Glück XXXIII S. 363); für's österr. R. läßt sich das — Angesichts der §§. 578 und 585 — gewiß nicht behaupten.

⁸⁾ Dazu genügt schon eine geringe Unbequemlichkeit; denn die menschliche Trägheit ist sehr sensitiv. Wie fleißig Jemand auch seiner täglichen Arbeit nachgehen mag, so ist er doch unflüchtig zu aller ungewohnten Bemühung; ferner, wie bereitwillig etwa er äußerem Impulse nachgeben mag, so ist er doch entschieden abgeneigt, sich selbst ohne ersten Grund zu incommobiren.

num in dieser Hinsicht die doppelte Function, die sonst schwer zu beantwortende Frage nach dem Vorhandensein dieses animus abzuschneiden, und zugleich den Erblasser zu zwingen, sich selbst über die Reife und Bedeutung seines Entschlusses Rechenschaft zu geben. Denn der minder Gebildete übersieht sonst leicht den Unterschied zwischen der Aeußerung einer Absicht und einer juristischen Willenserklärung.⁸⁾ 3) Aber auch, wenn feststeht, daß ein rechtlicher Wille vorhanden war, kann an sich zweifelhaft sein, ob eine lektwillige oder eine andere Anordnung beabsichtigt war (s. bei §. 565); auch solche Zweifel soll die Form, die der Erklärung ein bestimmtes juristisches Gepräge gibt, ausschließen.⁹⁾ 4) Die Form soll Fälschungen und Unterschiebungen erschweren,¹⁰⁾ und 5) die ächte Willenserklärung davor schützen, daß sie ganz oder theilweise in Vergessenheit gerathe oder mit Erfolg bestritten werde. — Natürlich ist nicht jede Form in gleichem Maße zu allen diesen Functionen geeignet. Andererseits sollen die Testamentsformen nicht zu schwierig sein, um nicht die bei vielen Menschen vorhandene Abneigung gegen das Testiren erheblich zu steigern; sie sollen auch nicht zu complicirt, also Formfehler leicht zu vermeiden sein.¹¹⁾

IV. Das unter II Ausgeführte erklärt es, warum die Erfordernisse, die das österreichische Recht in dieser Hinsicht für die Testamente aufstellt, geringer sind, als in anderen Ländern (s. unten Note 19^a). Nicht zu reden von dem in diesem Punkte sehr strengen preussischen Rechte,¹²⁾ oder von den Anforderungen, die eine den heute in der Wissenschaft vorwiegenden Ueberzeugungen entsprechende Gesetzgebung stellen müßte¹³⁾ — sei hier nur erwähnt, daß die Vernachlässigung der Form in unserm Gesetzbuch schon zur Zeit seiner Abfassung begründete Mißbilligung fand. So tadelte Dalwigk (1820), der überall geneigt war, den Vorzügen des österreichischen Erbrechtes gerecht zu werden, sehr entschieden mehrere der einschlägigen Anordnungen (s. II S. 42 ff., vgl. S. 29) und brachte strengere Formvorschriften in Antrag.¹⁴⁾ Ja Zeidler selbst bekämpfte die zeugenlosen holographen Testamente (Prot. 23. Jän. 1804), und §. 578 (s. bei diesem) wurde gegen sein Anrathen aufgenommen.

V. Es liegt in der Natur aller Formvorschriften, daß sie genau befolgt werden müssen. Am meisten erscheint dies dort geboten, wo diese Vorschriften

⁸⁾ Vgl. zu dem im Texte unter 2 Gesagten Savigny System III S. 238 f., Zhering S. 45 unter I 2. — Allerdings wurde auch von den Redactoren hinsichtlich der Unterschrift des holographen Testaments bemerkt, daß sie ein Zeichen der Perfection sei, welches das Testament von einem Entwurfe unterscheide (Prot. 30. Nov. 1809); aber diese richtige Bemerkung führte nicht zu einer richtigern Würdigung der Formen im Allgemeinen.

⁹⁾ Zhering a. a. D.

¹⁰⁾ Schon Beckmann (1688) schrieb (p. 479): Optandum foret, ut in Austria et Stiria testamenta sub maiori cautela . . . conderentur, ad varias fraudes . . . praecavendas; quoniam testamenta variis fraudibus et dolis sunt obnoxia; nam quando homini post sua fata os est clausum ad specialia sua animi sensa circa ultimum elogium exprimenda, ubi unus vel alter hereditatem . . . ambiens . . . mentitur, demortuum tale vel tale condidisse testamentum etc.

¹¹⁾ Die beste Gewähr gegen häufige Formfehler ist die Mitwirkung von Gerichtsbeamten und Notaren.

¹²⁾ L. R. I 12 §. 66 ff. Darüber Gruchot I S. 444 ff.

¹³⁾ Auf das Detail der von Mommsen §§. 59–83 gemachten Vorschläge einzugehen, ist hier nicht der Ort. Er scheint in der Strenge zu weit zu gehen, indem er nicht nur das Holographe und das mündliche, sondern überhaupt die privaten Testirformen verwirft. (Vgl. auch den Beschluß der Commission zur Ausarbeitung eines b. G. B. für Deutschland in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts. Dritte Folge. I [1877] S. 243.) Aber, wenn sich auch über das Mehr oder Weniger, das So oder Anders streiten ließe — in der Hauptsache, in der Tendenz — ist ihm u. E. zuzustimmen. — Auch das sächsisch e, sonst so vielfach dem unsern nachgebildete Gesetzbuch ist viel strenger, als dieses. Denn es verlangt beim sogen. Privattestament 5 Zeugen. Vgl. Siebenhaar Lehrb. des Sächs. Privatrechts S. 484 ff.

¹⁴⁾ S. seinen „Edictalentwurf“ II. Thl. §. 26 ff., bes. §. 34 (S. 233 ff.).

sich selbst auf ein Minimum von Erfordernissen beschränken. Und dies ist auch die Anschauung der österreichischen Gesetzgebung. Im §. 601 a. b. G. B. wurde das für den Juristen Selbstverständliche, daß ein jeder Verstoß gegen eine Formvorschrift das Testament oder Codicill ungiltig macht, ausdrücklich eingeschärft;¹⁵⁾ und andererseits ward das Möglichste für Verbreitung der Kenntniß dieser Formvorschriften gethan. Insbesondere wurden die einschlägigen Paragraphen wiederholt abgedruckt und republicirt; so in dem Just. Hdb. v. 2. Oct. 1812 an sämtliche App. Ger., so in dem Hdb. v. 11. Dec. 1818 an das kistenländische Gubernium. Im Eingange zu dem ersten ist erwähnt, daß die wichtigsten der neuen Bestimmungen auf Veranlassung der Regierung „selbst den sehr verbreiteten vaterländischen Blättern eingerückt“ wurden. Im Eingange zu dem zweiten Hofdecrete heißt es: „Da die öffentliche Verwaltung vorzügliche Sorge trägt, daß . . . die letzten Willens-Erklärungen mit genauer Beobachtung der . . . vorgeschriebenen Form verfaßt werden, . . . so werden die über die Abfassung der letzten Willens-Erklärungen in dem bürgerlichen Gesetzbuche enthaltenen Vorschriften noch insbesondere kundgemacht, um die Kenntniß der neuen Bestimmungen allgemein zu verbreiten.“ Am Ende beider Hofdecrete steht die Ermahnung: „Da, so sehr auch das Gesetzbuch alle nicht nothwendigen Formen befreit hat,“ doch noch viele darin „enthalten sind, die man, um Rechtsgeschäfte gültig . . . zu unternehmen, beobachten muß“, so möge man „wenigstens in wichtigeren Rechtsgeschäften bei Rechtkundigen Rath einholen.“¹⁶⁾ Deutlicher kann es doch nicht gesagt werden, daß die Gesetzgebung sich mit einem Minimum von Formalismus begnügt habe, daß aber dieses Wenige um so genauer beobachtet werden müsse, weshalb für die Kundmachung der betreffenden Vorschriften in außergewöhnlicher Art Sorge getragen werde. Deshalb wurden die einschlägigen Paragraphen besonders in Druck gesetzt; jedes Dominium sollte einen Abdruck erhalten, und der Beamte der versammelten Ortsgemeinde den Inhalt nebst der obigen Ermahnung vorlesen.¹⁷⁾

VI. Allein — so deutlich dies Alles auch war — es ist leichter, eine vorhandene Richtung zu verstärken, als ihr ein Ziel zu setzen. Der historischen Forschung gelang es in Deutschland, bisher aber noch nicht in Oesterreich, die Unterschätzung der Form zu überwinden.¹⁸⁾ Dieselbe Anschauung, von der die Redactoren geleitet wurden, beherrschte — verstärkt durch die Autorität des Gesetzes selbst — noch lange die Theorie und beherrscht noch heute die Praxis. Daß diese dabei oft weiter gegangen ist, als die Urheber des Gesetzes gewollt haben,¹⁹⁾ kann nicht Wunder nehmen. Ist einmal jene Richtung die herrschende, dann wird sie nicht nur vom Partei-Interesse benutzt,^{19a)} sondern sie findet

¹⁵⁾ Obwohl Zeiller auf S. 455 behauptet, Förmlichkeiten würden nur des Beweises wegen vorgeschrieben, sagt er doch auf der folgenden Seite, daß ein Formmangel das Testament ungiltig mache, wenn auch Inhalt und Echtheit ganz außer Zweifel stünden; auf S. 488 fügt er mit Recht hinzu: „Ein Gesetz, welches eine solche Anordnung dennoch aufrecht erhielt, . . . würde sich selbst widersprechen.“

¹⁶⁾ S. Scheidlein Commentar (1823) S. 344—347.

¹⁷⁾ Scheidlein S. 346.

¹⁸⁾ Erst in der neuesten Zeit machen sich Symptome einer veränderten Richtung geltend (z. B. Ges. v. 25. Juli 1871, R. G. B. Nr. 76), nicht ohne auf lebhaften Widerspruch zu stoßen!

¹⁹⁾ Belege für diese Behauptung werden bei der Besprechung der einzelnen Vorschriften beigebracht.

^{19a)} In dem Prozesse um die Erbschaft des P. Battaglia (s. Excursus zu §. 578) beriefen sich die Advokaten, die einen Entwurf für ein fertiges Testament ausgaben, immer darauf, daß eine laze Auslegung der Form-Erfordernisse im Geiste des österreichischen Gesetzes liege. „Quanto al modo della firma il legislatore volle esser corvivo (!) ed indulgente, fin dove era possibile“ (C p. 9). Schon das französische Recht habe die Testamentsformen sehr vereinfacht, aber „la legge austriaca s'inoltrò più speditamente

gerade in den besten menschlichen Empfindungen starke Bundesgenossen. Es kostet in der That einen wohlwollenden Richter nicht geringe Ueberwindung, einem Testamente wegen eines scheinbar geringen Fehlers die Anerkennung zu versagen, wenn er die subjective Ueberzeugung hat, daß dasselbe wirklich den letzten Willen des Erblassers enthalte. Ist die Form nur eine Garantie für die Echtheit und ist man von dieser überzeugt, wozu strenge sein? — Kein Wunder also, daß die Gerichte oft so entscheiden, als ob jener Antrag Saan's (s. oben unter II) und nicht das gerade Gegentheil im §. 601 sanctionirt worden wäre. Freilich ist dies meist nur ein uneingestandenes, oft unbewusstes Transigiren zwischen der subjectiven Ueberzeugung und dem Gesetze. Doch ist selbst schon die ungeheuerliche Behauptung gewagt worden, Formfehler machten ein Testament nicht ungiltig, wenn der letzte Wille nur irgend wie sich erweisen lasse!²⁰⁾ — Je größer die Berebfamkeit ist, die dem concreten Falle, dem an jene Empfindungen appellirenden Leben innewohnt, um so mehr ist es Pflicht der Wissenschaft, wenn auch ohne Aussicht auf raschen Erfolg, ehrlich und offen auf die Nachtheile solcher — zwar keineswegs allgemeinen, aber doch auch nicht seltenen — die ohnehin laxen Formvorschriften und noch laxer auslegenden Praxis hinzuweisen. Sie muß daran erinnern, daß jene subjective Ueberzeugung irrig sein könne; daß die Strenge, die in einigen Fällen hart empfunden wird, vielen anderen, also dem allgemeinen Besten zu Gute kommt; daß umgekehrt die Nachgiebigkeit das Publikum zu immer größerer Fahrlässigkeit in dieser Beziehung verleitet; daß die Milde gegen den Einen Härte und Unrecht gegen den Anderen werden und zu jener falschen Billigkeit ausarten kann, vor der schon Zeiller gewarnt hat.²¹⁾ Läßt man bei solchen Vorschriften das Geringste nach, so ist kein Grund einzusehen, warum man nicht noch mehr nachlassen sollte. So käme man, wollte man dieser Tendenz lange nachgeben, endlich dahin, die scharfe Grenze zwischen dem Testiren und einer unausgeführten Absicht hinsichtlich desselben zu verwischen.²²⁾ Und schließlich ist ja selbst ein hartes Gesetz vom Richter anzuwenden, nicht zu verbessern. —

in questa riforma (A p. 23); (ella) ha quasi assimilata la forma probatoria dei testamenti a quella di ogni altro atto civile,“ hierin weiter gehend, als die Gesetzgebung irgend eines Landes (A p. 23, 24). „La legge austriaca rivestì le disposizioni d'ultima volontà delle più semplici forme“ (A p. 19). Um so gewissenhafter — sollte man meinen — müssen sie beobachtet werden. Aber nein! die Stelle fährt fort: „trarremo da ciò una più lucida conferma al nostro assunto“ (nämlich, daß nicht einmal die Unterschrift am Ende des Testaments erforderlich sei). Und ein Anderer brüctte denselben Gedanken so aus (D p. 8): „Il controgenio alla forma è certo fra i più salienti caratteri del Codice Austriaco, legislazione che . . . spinse fors' anco all' eccesso le sue antipatie contro l'antico formalismo classico. . . . E se le conosciute tendenze di una legislazione sono argomento ad esplorarne le intenzioni, onde supplirla“ etc., so müsse man im Zweifel immer für die mildesten Formerfordernisse sich entscheiden. Was aber auf diesem Standpunkt Einem noch Alles als zweifelhaft und bestreitbar erscheinen kann, davon liefert die Schrift, der obige Citate entnommen sind, selbst die stärksten Beispiele!

²⁰⁾ Sammlung I Nr. 93. In der Begründung eines Urtheils I. Instanz (Prätor Trevisigto) hieß es: „Wenn die . . . von unserem Gesetze eingeführten Förmlichkeiten, wie Zeiller bemerkt, bloß zu größerer Vorsicht . . . angeordnet sind, und wenn nun diese Absicht des Gesetzes mit eben so großer apobiktischer Gewißheit und auf ebenso beruhigende Weise durch andere Mittel zu erreichen ist,“ so müsse man annehmen, daß diese Formalitäten „nicht in einer materiell bindenden Weise taxativ angeordnet seien!“ (S. oben Bb. I S. 181 f., bes. Nr. 96.) Selbstverständlich wurde diese Auffassung vom obersten Gerichtshofe entschieden zurückgewiesen.

²¹⁾ Commentar I S. 70; vgl. oben I S. 211.

²²⁾ Vgl. hier unter III 2, dann oben S. 95, 96, bes. Note 8 und 9. — Es ist rühmend zu erwähnen, daß schon vor einem halben Jahrh. Vinc. A. Wagner (in seiner Ztschft. 1825 II S. 59 f.) dies eingeschärft hat. Es könnte scheinen, sagt er, daß, wo der letzte Wille zweifellos ist, man von der Form etwas nachlassen dürfe. „Allein, wo mit diesem Nachlassen anfangen und wo damit enden? In welchen Fällen ist ein ohne Beobachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Förmlichkeiten erklärter Wille zu zweifeln existent?“ —

VII. Nach gemeinem Rechte werden bei Codicillen zum Theile²³⁾ mindere Förmlichkeiten erfordert, als bei Testamenten; noch größer ist der Unterschied im preussischen Rechte, doch nicht hinsichtlich aller, sondern nur gewisser Codicille;²⁴⁾ im österreichischen Gesetzbuch konnte eine Abstufung in den Formerfordernissen nicht wohl gemacht werden, da man ohnehin schon bei den Testamenten mit so wenig sich begnügt hatte. Auch entspricht die Gleichstellung der Testamente und Codicille der neueren, der heredis institutio eine formelle Bedeutung absprechenden Anschauung.²⁵⁾ Es gelten deshalb die gleichen Vorschriften für Testamente, wie für Codicille; die §§. 577—601 und überhaupt alle die Form betreffenden Normen sind beiden gemeinschaftlich (Zeiller II S. 416 a. E., Sammlung I Nr. 161), was im Gesetze, namentlich in den Marginalien sorgfältig und wiederholt ersichtlich gemacht ist.²⁶⁾ So lautet namentlich die zu diesem ganzen Abschnitt gehörige Handaufschrift: „Neuere Form²⁷⁾ der Erklärungen des letzten Willens“. In der folgenden Darstellung wird der Kürze wegen sehr oft nur von Testamenten die Rede sein; es gilt aber Alles in dieser Lehre Vorzutragende auch von den Codicillen.

VIII. Zeiller sagte in seinem diese Materie einleitenden Vortrage (Prot. 23. Jan. 1804): Bisher sei gehandelt worden von der inneren Form der Testamente, welche darin bestehe, daß ein oder mehrere fähige Erben von einem fähigen Testator eingesetzt werden. Nun werde im Entwurf von der äußeren Form der Testamente und Codicille gehandelt, „woburch die Echtheit der Willenserklärung des Verstorbenen außer Zweifel gesetzt werden solle“ (s. oben Abs. II). Außer einigen Bemerkungen über das römische, preussische und französische Recht, wie sie ähnlich auch im Commentar (II. Bd. S. 455 Note) sich finden, bemerkte er noch: In Oesterreich habe man sich früher mit vereinfachten Förmlichkeiten und den bei anderen Rechtsgeschäften üblichen Beweisesarten begnügt (s. oben Abs. II), nämlich dem Beweise durch des Testators eigene Handschrift, durch zwei Zeugen, oder wohl auch durch einen Zeugen und den Erfüllungseid.²⁸⁾ Doch seien für Testamente größere Vorfichten nöthig, als für Rechts-

²³⁾ S. Mommsen S. 359. — Ueber die Geschichte der Codicillarformen s. Eb. Fein in Glück's Commentar im XLIV. Bd. (1851) S. 339—418.

²⁴⁾ S. einerseits L. R. I 12 §. 66 ff., andererseits ebb. §. 161 ff., dazu Gruchot I S. 497 ff.

²⁵⁾ Sie findet sich deshalb auch im droit coutumier (Chabot de l'Allier Questions transitoires, 1809, II p. 383) und im heutigen französl. R. (Zachariä IV §. 647).

²⁶⁾ In den ganzen 25 Paragraphen und ihren 7 Marginalien ist fast ängstlich ein die Testamente und Codicille umfassender Ausdruck (s. §§. 552, 553) festgehalten („Erklärungen des letzten Willens“, „letzte Willenserklärungen“, „letzte Anordnungen“, „letzter Wille“, „Wille“, „Verfügung des Erblassers“); einmal (§. 578) heißt es „Testament oder Codicill“, nur dreimal (§§. 579 a. E., 584, 598) zur Unterbrechung der Monotonie kurzweg „Testament“; vgl. oben S. 62 R. 28 a. E.

²⁷⁾ Unter „äußerer Form“ ist hier, wie schon erwähnt (S. 58), überhaupt die Form gemeint; unter „innerer Form“ (s. Marginalrubrik bei §. 553) sind die übrigen Erfordernisse eines gültigen Testamentes, bez. Codicilles gemeint; s. das im Texte Folgende, dann Zeiller II S. 416 f., und Jordan System. Darstellung des bürgerl. Rechts im Königreiche Böhmen (1795) I s. 53 ff., und bes. Wiener Heineccius Institutionen S. 493. Es erscheint nicht nur uns, es war zu allen Zeiten abgeschmackt, wenn auch früher sehr gebräuchlich, die testamenti factio u. s. w. eine „innere Feierlichkeit“ oder gar „innere Hierlichkeit“ zu nennen.

²⁸⁾ Vgl. dazu Donner Anleitung II §. 484: „... als bei uns in Oesterreich weder Feierlichkeiten, weder Förmlichkeiten nothwendig sind;“ ähnlich §§. 485, 492, 498: „Nach den österreichischen Rechten und Gewohnheiten ist nichts nothwendig, als der Beweis, daß dieses der letzte Willen des Erblassers gewesen sei; und zwar oder durch die ganz eigenhändige Schrift des Erblassers oder durch Zeugen;“ §. 499: „... weil ausdrücklich verordnet wird, daß alle Urkunden, die der Aussteller nicht ganz eigenhändig geschrieben, oder wenigstens den obigen Inhalt bestätiget hat, von zweien Zeugen unterschrieben werden sollen, so ist das nämliche auch von Testamenten, die ebenfalls Urkunden sind, zu verstehen;“ §. 504: „... weil diese ganz eigenhändige Schrift ... Beweis genug ist...“ §. 506.

geschäfte unter Lebenden. Denn jene seien höchst wichtig und das ganze Vermögen betreffend.²⁹⁾ Der Anreiz zu Verheimlichungen, zu Zwang, Betrug u. dgl. sei hier groß, und der Todte könne nicht solches Unrecht aufdecken, auch nicht seine Aeußerungen gegen Mißverständnisse in Schutz nehmen.³⁰⁾ — Die psychologischen Momente dagegen, so wie das Bedürfniß einer unzweifelhaften Feststellung des animus testandi wurden weder hier, noch sonst wo in den Berathungen berührt, weil eben gar nicht erkannt oder doch nicht zum reflectirten Bewußtsein gebracht.

§. 577.

Man kann außergerichtlich oder gerichtlich, schriftlich oder mündlich; schriftlich aber mit,*³¹⁾ oder ohne Zeugen testiren.

I. Der Text unterscheidet sich von dem des §. 372 Westgal. G. B. nur durch die auf Zeiller's Antrag gemachte Einschaltung der Worte „außergerichtlich oder gerichtlich“ (Prot. 23. Jän. 1804).

II. Dieser Paragraph besteht und disponirt nicht, er belehrt, was nicht Aufgabe des Gesetzes ist; daß er es aber nicht in lehrbuchmäßiger, sondern in populärer, die wichtigsten praktischen Unterschiede hervorhebender Weise thut (vgl. §. 584, dann die Eingangsworte der §§. 578, 579, 580, 581, 587, 588), ist zu loben; wie überhaupt diese Paragraphen (578 ff.) als Muster des richtigen legislativen Tones hingestellt werden können. Denn die Gesetze sollen ein Object für wissenschaftliche Darstellung sein, nicht aber eine solche selbst enthalten.³²⁾

III. Die Formen, in welchen nach österreichischem Recht Testamente und Codicille errichtet werden können, sind in folgender Tabelle übersichtlich zusammengestellt:

A. Private Formen:

I. Ordentliche (regelmäßige) Formen:

1) Schriftliche:

- a) eigenhändig geschriebene (holographe) Testamente und Codicille (§. 578),
- b) nicht eigenhändig geschriebene (allographe) Testamente und Codicille (§. 579).

2) Mündliche Form (§. 585 f.).

II. Außerordentliche Formen:

1) erschwerende Formen (§. 580 f.),

2) erleichternde Formen (begünstigte, privilegirte Testamente und Codicille):

- a) zur Zeit einer Seuche } errichtet (§§. 597—599),
- b) während einer Seefahrt }
- c) Militär-Testamente (Codicille) (§. 600).

B. Öffentliche Formen:

I. Gerichtliche Form:

- 1) schriftliche (test. iudici oblatum) (§§. 587, 589, 590),
- 2) mündliche (test. apud acta conditum) (§§. 588—590).

II. Notarielle Form:

- 1) schriftliche } (Not. D. §. 70 ff.).
- 2) mündliche }

²⁹⁾ Die Bemerkung ist ungenau (s. §§. 727, 728), doch die Meinung klar.

³⁰⁾ Vgl. hier Note 10.

³¹⁾ In der 3. G. S. fehlt der Beistrich, den die erste Ausgabe hat.

³²⁾ Dies ist in neuerer Zeit oft bemerkt (s. z. B. Thering in seinen Jahrbüchern V S. 363 f.), aber sehr selten befolgt worden! —

IV. Wie die Form zur Constaturung des animus testandi dient, so ist ohne solchen animus eine Form nicht möglich, sondern nur ihr Schein. Eine zufällig unter den äußeren Umständen, welche das Wahrnehmbare an der Form sind, ohne jenen animus (z. B. Mittheilungshalber) gemachte Erklärung ist keine formelle Erklärung (s. oben S. 95). Diese äußeren Umstände müssen absichtlich, und zwar in Testirabsicht, gesetzt oder doch benutzt sein, erst dann vereinigen sie sich zu einer solennen Form. Des Näheren aber läßt sich das Verhältniß von Testirwille und Form verschieden denken: 1) So, daß es genüge, daß eine Erklärung einerseits testandi animo, andererseits unter Umständen abgegeben worden ist, welche den objectiven Thatbestand irgend einer gesetzlich anerkannten Form ausmachen. An dieser ungenauen, in der Praxis nicht seltenen Ansicht ist so viel richtig, daß der Instituirte als Kläger nicht mehr, als jene zwei Momente zu erweisen brauche,²⁾ und daß dann eine Aufsechtung nur selten mit Erfolg geschehen werde. 2) Könnte man umgekehrt behaupten, der Testator müsse eine genaue Vorstellung von dem Detail der Form gehabt und jeden einzelnen Umstand in der Absicht, der Formvorschrift zu genügen (opinio necessitatis), gesetzt haben; was nicht mit der Absicht einer Rechtswirkung gesetzt werde, sei so gut, wie nicht geschehen. Diese Ansicht wäre eben so hart, als unpraktisch. 3) Die Wahrheit scheint in der Mitte zu liegen. Es ist nicht erforderlich, daß sich der Testator für eine, bis in's Einzelne von ihm klar vorgestellte, Form entscheide, ja nicht einmal, daß der animus testandi sich auf eine einzelne Form (mündlich oder schriftlich, allograph oder holograph) fixire. Es ist in dieser Richtung nicht einmal eine klare Vorstellung des Testators nothwendig. Es ist ferner zulässig, daß der Testator die Absicht habe, zu größerer Sicherheit den Thatbestand mehrerer Formen zu vereinigen und es genügt alsdann, wenn auch nur eine Form genau beobachtet ist.³⁾ Hat dagegen der Testator seinen Willen auf eine bestimmte Form fixirt und diese verfehlt, so ist das Testament ungültig, mag immerhin auch der äußere Thatbestand einer anderen, nicht beabsichtigten, Form vorhanden sein. Wollte also der Erblasser ein schriftliches Testament machen, das als solches aber nicht formgerecht erscheint oder nicht persicirt wurde, so kann es nicht als mündliches aufrecht erhalten werden.⁴⁾

²⁾ Von diesem Beweis-Standpunkt aus ist zu nehmen und mit dem übrigen Inhalt derselben Anmerkung in Einklang zu bringen die nachstehende Entscheidung Unger's im Erbrecht §. 10 Num. 12: „Wenn der Erblasser sein Testament eigenhändig geschrieben und unterschrieben und nun dasselbe dennoch drei Zeugen zur Unterschrift vorgelegt hätte, (und diese wäre) nicht gehörig erfolgt oder einer der Zeugen unfähig gewesen, so müßte das Testament immerhin als holographes aufrecht erhalten werden, es würde denn bewiesen, daß der Erblasser den Rechtsbestand seiner Disposition an die Solennisirung des Testaments durch die Zeugen knüpfen wollte.“

³⁾ Vgl. Unger Erbrecht §. 10 Num. 12 pr. — Nichts könnte verkehrter sein, als wenn man aus §. 584 folgern wollte (wie schon wirklich geschehen ist, s. Sammlung I Nr. 44), daß nur demjenigen, der schriftlich nicht testiren „kann oder will, freisteh, ein mündliches Testament zu errichten“. Ueberhaupt ist dieser Paragraph nur belehrenden, nicht dispositiven Inhaltes.

⁴⁾ So Unger a. a. D., so Stubenrauch 1. Aufl. II S. 367, wo in Note ***) ein hergehöriger Fall erzählt wird (2. Aufl. I S. 800 f. Z. 4 und N. 4); so die III. Instanz in der Sammlung I Nr. 44. Wenn in den Gründen gesagt war: „Dem Testator bleibt nur die Wahl zwischen den verschiedenen zulässigen Formen,“ so ist das u. E. ungenau; treffend aber das Folgende: „Hat er eine derselben gewählt . . . , so muß auch ihr entsprechend die Giltigkeit oder Ungiltigkeit des Actes beurtheilt werden. . . . Weder der Notar, noch die Zeugen waren zu einem mündlichen Testament gerufen; . . . der zufällige Umstand, daß (sie) zu Zeugen des schriftlichen Testamentes Berufenen, welche als solche nach dem Gesetz auf den Inhalt der letztwilligen Anordnung gar nicht zu achten brauchten, bei der mündlichen Eröffnung des Willens des Erblassers vor dem Notar zugegen waren, . . . kann daran nichts ändern, daß der Erblasser nur ein schriftliches Testament errichten wollte.“ Nicht principieell entgegen die Entscheidung der III. Instanz

V. An den Anfang dieser Materie (§§. 578, 579) sind die beiden normalen Formen schriftlicher Privattestamente gestellt, weil sie weitaus am öftesten zur Anwendung kommen. Man nennt sie mit der gemeinrechtlichen Theorie entlehnten Namen eigenhändige (holographe) und nichteigenhändige (allographe) Testamente. Da aber gewiß es auch bei der in §. 579 normirten Form zulässig ist, daß der Testator die Urkunde selbst schreibe, so erscheint diese Bezeichnung als unpassend. Das Gesetzbuch selbst legt in §. 577 die Bezeichnung „Testamente mit oder aber ohne Zeugen“ nahe; aber diese ist um gar nichts genauer und zutreffender, als die vorige; denn gewiß wird die Anwendung des §. 578 dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Testator zur Sicherung des Beweises Zeugen zugezogen hat. Es handelt sich eben weder um den Gegensatz: „von eigener — von fremder Hand“, noch um den anderen: „mit Zeugen — ohne Zeugen“, sondern um die Alternative: Die wesentliche Solennität besteht in der eigenen Schrift und Unterschrift oder aber in der Zuziehung von drei Zeugen. In beiden Fällen ist es gleichgiltig, ob der Testator zu den unentbehrlichen Förmlichkeiten noch weitere hinzugefügt habe oder nicht, und ob diese selbst wieder eine vollständige Solennität ausmachen könnten (z. B. im Falle des §. 578 auch noch drei fähige Zeugen) oder nicht (z. B. zwei Zeugen) (vgl. Note 2). Das Gesetz aber stellt von seinem praktischen und unterweisenden Standpunkt aus (s. oben) die Alternative so: „Wer ohne Zeugen testiren will, muß selbst schreiben — wer nicht selbst die Urkunde schreiben will oder kann, der muß Zeugen zuziehen.“ Die richtigste Bezeichnung wäre diejenige, welche bei jeder Form das Wesentliche derselben andeutete, also: „eigenhändiges Testament“ und etwa „Zeugen-Testament“, während die beiden negativen Bezeichnungen („ohne Zeugen“, „nichteigenhändig“) besser vermieden würden.

1. der außergerichtlichen schriftlichen;

§. 578.

Wer schriftlich, und ohne Zeugen testiren will, der muß das Testament oder Codicill eigenhändig schreiben, und eigenhändig mit seinem Namen unterfertigen. Die Bezeichnung des Tages, des Jahres, und des Ortes, wo der letzte Wille errichtet wird, ist zwar nicht nothwendig, aber zur Vermeidung der Streitigkeiten räthlich.

I. Nach römischem und gemeinem Rechte wird bei einem schriftlichen Privattestament, von wessen Hand immer es geschrieben sein mag, die Anwesenheit von sieben Zeugen erfordert, und die Eintheilung in holographe und allographe Testamente ist dort fast¹⁾ ohne alle juristische Bedeutung. Andererseits

baselbst, weil sie eben die Fixirung des Willens auf die schriftliche Form als unerwiesen bezeichnet. — Die obige Ansicht wurde andeutungsweise auch gebilligt vom obersten Gerichtshof in Sammlung IV Nr. 1600 i. f., wo es aber darum nicht zur direkten Erlebidigung dieser Frage kam, weil keine der beiden Formen beobachtet war. Die laxere (auch von Fügler II S. 49 f.) vertretene Ansicht wurde befolgt in Sammlung IX Nr. 4025, welche Entscheidung schon deshalb nicht zu billigen ist, weil in dem fraglichen Falle gar keiner Testamentsform auch nur äußerlich genügt war (s. bei §. 585). Dagegen ist die Entscheidung in Sammlung VI Nr. 2734 nach den besonderen Umständen des Falles allerdings zu billigen. — Vgl. noch V Nr. 2322 und bes. X Nr. 4583 (s. Excursus).

¹⁾ Der einzige Unterschied besteht darin, daß nach einer Vorschrift Justinian's (l. 28 §. 1 C. VI, 23) die eigenhändigen Testamente oder Codicille dann, aber auch nur dann (was oft — s. z. B. Höpfner §. 446 — übersehen, von Pöhr im Archiv f. civ. Prax. II. Bd. S. 190 f. hervorgehoben wurde) vom Testator nicht unterschrieben zu sein brauchen, wenn „et hoc specialiter in scriptura reposuerit, quod haec sua manu confecit.“ Vergleicht man, was hier gefordert und was erlassen wird, so scheint diese Bestimmung lächerlich. Sie ist es aber nicht; denn den Alten (bes. den Römern) verstand sich das Unterschreiben gar nicht so von selbst, wie uns. S. Bruns die Unterschriften in den römischen Rechtsurkunden (Abhdlg. der Berliner Akademie, philos.-hist. Kl., 1876, S. 41 ff.,

ist sie für's gemeine Recht aus eben diesem Grunde logisch genau, während sie für's österreichische Recht, wie schon gezeigt (s. bei §. 577 Abs. IV), unlogisch ist. — Manche deutsche Statuten haben die Zahl der Zeugen auf fünf, drei oder gar zwei herabgesetzt.²⁾ Das zeugenlose Testament ist dem österreichischen und französischen Rechte eigenthümlich. Von diesen beiden ist wieder das österreichische noch laxer, als das französische, wie sich aus dem Folgenden ergeben wird.

II. Im weströmischen Reiche war kurz vor dessen Zerfall das zeugenlose holographe Testament eingeführt worden (446).³⁾ Unabhängig davon war es im Mittelalter in den pays de droit coutumier⁴⁾ und in mehreren österreichischen Landen gewohnheitsrechtlich anerkannt worden, hier wie dort in Folge der Vermengung der Form- und der Beweisfrage.⁵⁾ Die mindere Formstrenge war damals auch weniger unpassend als heute, da in jener Zeit in den genannten Gebieten nur über einen Theil des Vermögens testamentarisch verfügt werden konnte, und in den pays de droit coutumier eine testamentarische Erbsetzung überhaupt nicht vorkam,⁶⁾ ja in manchen garabezu für ungiltig erklärt war.⁷⁾ Diese Testamentsform wurde in Frankreich durch die das Recht der Testamente reformirende ordonnance v. Aug. 1735 für die Länder des Gewohnheitsrechtes und einige wenige pays de droit écrit (z. B. Auvergne, Mâconnais) allgemein, für die übrigen nur als testamentum parentum inter liberos anerkannt.⁸⁾ Seit dem Code Nap.⁹⁾ gilt die holographe Form in ganz Frankreich ohne Einschränkungen auf Dispositionen gewissen Inhaltes und ebenso jetzt auch in Italien.^{9a)} — Nicht minder alt als in Frankreich ist das holographe Testament bei uns. Für Wien ist dies alte Gewohnheitsrecht ausdrücklich bestätigt worden durch Ferdinand I. Stadtordnung v. 12. März 1526;¹⁰⁾ für Nieder-Oesterreich bezeugt in

bes. §. 53). — Es klingt fast ungläublich, daß ein seiner Zeit namhafter Jurist, J. Balth. Winckler, in seinem „Synopticus Institutionum Commentarius“ (Graecii 1754) p. 169 behauptete, holographe Testamente seien „per clarissimum textum in l. 28 §. 2 Cod. de testam.“ gültig, „etsi absque omni solennitate extrinseca confecta, . . . modo scriptura testatoris indubitata sit,“ und daß er diese Behauptung in seiner Monographie über Testamente (Tractatus de successione ex testamento, Graecii 1771) p. 205 wörtlich wiederholte! Jener clarissimus textus fährt nach den von W. selbst citirten Worten so fort: „sed sequantur huiusmodi scripturam literae testium et omnis, quae expectatur, observatio, et sit testamentum validum, et codicillus, si quinque testium literae testatoris scripturae coadumentur . . .“¹⁾

²⁾ S. Roth III §. 274. Das sächsische G. B. §. 2100 fordert 5 Zeugen.

³⁾ S. Unger Erbrecht §. 10 Anm. 1.

⁴⁾ Chabot del'Allier, Questions transitoires (Paris 1809) II vb. Testament; Warnkönig und Stein Französische Staats- und Rechtsgeschichte 2. Ausg. (1875) II. Bd. S. 491 ff.

⁵⁾ Keinen Glauben verdient die Vermuthung, daß diese Form auf das römische testamentum inter liberos zurückzuführen sei. Richtiger Warnkönig und Stein a. a. D. (S. 492): „Wahrscheinlich ist (das holographe T.) daraus entstanden, daß man ihm dieselbe Beweisraft beilegte, wie jeder Privaturfunde.“ Vergleiche man die analogen Erscheinungen in Oesterreich, so darf man Obiges als mehr als wahrscheinlich bezeichnen.

⁶⁾ So daß die sog. Testamente eig. Codicille waren. Vgl. Zacharia IV §. 645.

⁷⁾ Chabot II p. 388, 389.

⁸⁾ Chabot II p. 386 i. f., 387 pr., 388.

⁹⁾ Code civ. a. 970; dazu Zacharia IV §. 668.

^{9a)} Codice civile del regno d'Italia, a. 775.

¹⁰⁾ Dasselbst heißt es unter der Rubrik „Mannsperjonen Testament und geschäft“ (Cod. Austr. II §. 488 f.), daß ein durchaus eigenhändig geschriebenes, datirtes, besiegeltes Testament „sowie er (Testator) zu verschaffen Fug gehabt“ (s. im Text zwischen Note 5 und 6) „der Zieligkeit halben für freistig geacht werden“ sollte. Das Testament solle, wenn der Testator „ein aigen Insignel hat“ mit diesem, sonst mit seinem „Petttschast ring verwaret“ werden (vgl. Hofmann Verlobungs- und Trauring S. 23). Ueber den Unterschied von Siegel und Petttschast kann hier nur angebeutet werden, daß er einmal mit dem Ständerrecht zusammenhängt, indem Jeder ein Petttschast haben konnte, ein Siegel dagegen nur ein „Siegelmäßiger“ (s. Joh. Merkel in der Ztschft. f. Rechtsgefch. II Bd. S. 134 ff., bes. Note 101). Ein

einem Urtheil aus dem 16. Jahrh.,¹¹⁾ für Ober-Oesterreich als „uralter Landesgebrauch“ anerkannt in der Landtafel pars IV tit. IV pr.¹²⁾ Eben so gewiß galt diese Gewohnheit in Steiermark;¹³⁾ während sie in Böhmen wohl durch die Stadtrechte, nicht aber durch die Landes-Ordnungen anerkannt war.¹⁴⁾ Jene gingen in der Formlosigkeit noch viel weiter, als irgend ein anderes Recht, indem sie sogar zeugenlose allographe Testamente zuließen (s. Note 14). Während das „Appellations-Gutachten wegen Combination der königlichen Stadt-Recht mit der verneuertem königl. Lands-Ordnung“ (14. Dec. 1641) auf Einschränkung der zeugenlose Testamente drang,¹⁵⁾ muß die Praxis in Oesterreich (im eng. S.) immer lazer geworden sein. Denn 1777 behauptet Donner (Die Oesterreich. Rechte I S. 216 f.) die absolute Formlosigkeit der Testamente. „Wir können machen, was wir wollen, wenn nur der Wille klar und deutlich ausgedrückt wird. . . .¹⁶⁾ Wir haben auch keine rechtliche Feyerlichkeiten, oder leeres Wörtergepräng zu beobachten. Es ist zwar keine besondere Verordnung hierüber zu finden; allein es ist der allgemeine Gebrauch. . . .“ „Wir fordern auch nichts als den natürlichen Beweis, so wie in andern Sachen, und dieses ist abermal des Landes Gebrauch.“ Und im sogen. Wiener Heineccius (Institutionen S. 500) wird dies (1796) bestätigt.^{16a)} Ja Viele hielten selbst

Solcher bediente sich (dies und das Folgende verdanken wir einer Mittheilung Prof. v. Luschin's) des Siegels zur Solemnisirung von Urkunden, des Petschaftes zum Verschluss von Briefen. Ersteres war größer, enthielt in der Regel Wappen und Namen (vgl. Merkel S. 128 N. 73) und pflegte sorgfältig verwahrt zu werden, während man das Petschaft in einem Ringe, Uhrgehänge u. dgl. bei sich trug. Das Petschaft vermochte bei Solemnitätsformen das Siegel nicht oder nicht vollkommen zu ersetzen. In älteren Urkunden finden sich Heberle, eine „verpetschabte“ Urkunde hinterher besiegeln zu wollen. (Vgl. Excurse zu S. 579).

¹¹⁾ Suttinger S. 801, vgl. S. 439, 802; vgl. Walther Tract. II cap. II; Greneck Theatrum Jurisdictionis Austriacae S. 266 f. (S. XLIII).

¹²⁾ Bei Finsterwalder Pract. observ. ad consuetudines . . . Austriae superioris (Salzburg 1687) lib. II obs. CXVII (p. 608). Die Stelle lautet: „Wann jemand sein Testament und letzten Willen von Anfang bis zum End mit eigener Hand durchauß schreibt, und mit seinem Tauf- und Zunamen unterschreibt, also daß darin keine fremde Schrift eingemischt, und dann ferner solches mit seinem Insignl oder Petschaft, es sei in- oder auswendig, verfertigt, so ist solches Testament vernöthig uralten Landesgebrauch für kräftig und zierlich zu halten, uneracht eines andern erbettmen Neben-Zeugen oder Mitfertigers Sigil, Petschaft oder Unterschrift nit darbey zu finden.“

¹³⁾ Beckmann p. 478: „Testamentum holographicum oder des Schäftingers“ (auch „Geschäftiger“, soviel als Testator) „eigenhändig geschriebenes, unterschriebenes und signirtes Testament, ist in Erb- u. Herzogthum Oesterreich und Herzogthum Steyer firmissimum, licet nullus adfuerit testis . . . , ratio est, weil ein solches Testament, das der testator durchaus im ganzen context mit eigener Handschrift verfertigt, und mit seinem Petschaft bekräftigt, der gewisste Zeug ist, und keine größere oder kräftigere solennität oder Beweis . . . erfordert.“ Er beruft sich u. A. auf Reutter Differentiae iuris civilis et Austriaci, tabul. 7.

¹⁴⁾ Die Stadtrechte D. 55 (in der Ausgabe von 1720 auf S. 216) verlangen bei einem zeugenlosen Testamente, daß das Testament entweder vom Verstorbenen mit eigener Hand geschrieben oder aber, wenn allograph, von ihm unterschrieben sei und er „sich darzu bekennet hat, daß es sein letzter Wille seye“; auch soll Datum und Petschaft unwesentlich sein. Nichtig wiedergegeben sind diese Vorschriften in Weingarten's „Auszug“ (1700) S. 94, ganz unrichtig (weil das aut-aut in ein et-et verwandelt ist) in Jordan Systemat. Darstellung des bürgerl. Rechts im Königreiche Böhmen (Prag 1795) I S. 77.

¹⁵⁾ Abgedruckt ist dies Gutachten in Weingarten Codex Ferdinando-Leopoldino-Josephino-Carolinus (Prag 1720) S. 217 ff.; vgl. „Auszug“ S. 94 f.

¹⁶⁾ In diesem Sinne sprach sich, wie schon erwähnt (S. 133), in der Commission der Oberlandrichter v. Haan aus.

^{16a)} „In Oesterreich ist zu einem . . . Testamente, was die äußeren Feyerlichkeiten betrifft, nichts erforderlich, als daß der Erblasser die Vorschriften des Naturrechtes beobachte. Daher gilt bei uns ein Testament, welches vor zwei Zeugen errichtet worden ist, wenn diese auch Weibspersonen sind [vgl. Pratoberera's Bemerkung bei der Redaction des S. 591]. Ist das Testament eigenhändig geschrieben, so gilt es auch ohne Zeugen, wenn man nur weiß, daß dieses wirklich die Handschrift des Erblassers ist.“

die bloße Unterschrift des Erblassers für genügend, wie aus einer Bemerkung im Prot. v. 23. Jänner 1804 und einer anderen in Zeiller's Commentar II S. 452 hervorgeht.^{16b)} Solchem Zustande gegenüber war es ein großer Fortschritt, daß das Westgal. G. B. II §. 373 vorschrieb:

„Wer schriftlich und ohne Zeugen testiren will, der muß das Testament, oder Codicill eigenhändig schreiben, den Tag, das Jahr, den Ort seines gegenwärtigen Aufenthaltes darunter setzen, sich mit seinem Vor- und Geschlechtsnamen unterzeichnen, und sein Petschaft, Siegel¹⁷⁾ oder anderes Zeichen beidrücken.“

III. Redaction. Der hier abgedruckte §. 373 bildete die Grundlage der Berathung. Das niederösterreich. App. Ger. beantragte die Streichung der eine unnützhige Formalität enthaltenden Schlußworte. Zeiller sprach sich für Abschaffung der zeugenlosen Testamente aus (Prot. 23. Jän. 1804). Sie seien, da oft Niemand von ihrer Existenz weiß, leicht zu unterschlagen, und andererseits seien — bei der Fertigkeit, zu der es manche Menschen in der Nachahmung fremder Handschriften gebracht hätten — falsche Documente leicht zu unterscheiden. Diese Form gebe Anlaß zu Processen mit oft schwer zu beantwortenden Beweisfragen,¹⁸⁾ und noch öfter möge es nicht zum Prozesse kommen, weil Niemand den Betrug erfährt.¹⁹⁾ Jeder würde zwei bis drei Freunde finden, denen er, ohne ihnen den Inhalt des Testaments bekannt zu machen, entdecken kann, daß er eines gemacht habe. Sie könnten sich allenfalls von außen unterfertigen. Am Lande seien eigenhändige Testamente selten, in den Städten Zeugen leicht zu haben. Kleinere Verfügungen (z. B. über höchstens $\frac{1}{10}$ des Vermögens) könnten in eigenhändigen²⁰⁾ Codicillen gemacht werden.²¹⁾ — Dagegen wendete man ein: Es komme nur auf die Ueberzeugung von dem wahren Willen des Erblassers an; und diese könne man auch durch das zeugenlose eigenhändige Testament gewinnen. Betrügereien wären da seltener, als bei mündlichen, wo die Zeugen den Inhalt entstellen berichten können.²²⁾ Die Möglichkeit, ohne Zeugen zu testiren, sei sehr wünschenswerth, damit man Belästigungen und Erbschleichereien ausweichen könne. Die Nachahmung der Handschrift sei schwierig; endlich spreche für die holographen (zeugenlosen) Testamente die „unvordenkliche Gewohnheit“. So wurde die Beibehaltung dieser Form mit allen gegen Zeiller's Stimme beschlossen. — Was das Detail betrifft, so bezeichnete Zeiller selbst die Siegelung als nicht wesentlich, womit die Anderen einverstanden waren. Dagegen wurde beschlossen, daß Datum und Unterschrift wesentlich sein sollten; u. zw. sollte das Datum bestehen in „Beisetzung des Tages, Jahres und Aufenthaltsortes“, und die Unterschrift in „jener Fertigung, deren sich der Erblasser gewöhnlich bedient, welche aber stets am Ende des Instrumentes vorkommen müsse, weil dies die Beendigung des Geschäfts bezeugt“ (Prot. 23. Jän. 1804). Darauf wurde mit Stimmenmehrheit folgender Text festgestellt:

„Wer schriftlich und ohne Zeugen testiren will, der muß das Testament oder Codicill eigenhändig schreiben, den Tag, das Jahr, den Ort seines gegenwärtigen Aufenthaltes beisetzen, und sich mit seinem Namen unterzeichnen.“²³⁾

^{16b)} Auch dies war eine Folge der Verwirrung der Form- und der Beweis-Frage; s. allg. Ger. Ddg. §. 114. — Auch nach einigen (s. Note 28) französischen coutumes genügte die eigenhändige Unterschrift; s. Warnkönig und Stein II S. 492 R. 5.

¹⁷⁾ S. oben Note 10.

¹⁸⁾ Nämlich factischen, nicht etwa rechtlichen.

¹⁹⁾ Vgl. Zeiller's Commentar II S. 451 f.

²⁰⁾ Soll heißen „zeugenlosen“.

²¹⁾ Dabei dachte Zeiller offenbar an §. 161 preuß. L. R. I 12, wo $\frac{1}{20}$ als Maximum angesetzt ist.

²²⁾ Ganz richtig; aber daraus folgt doch nur, daß auch das mündliche Testament verwerflich ist, nicht, daß das zeugenlose Testament es nicht ist!

²³⁾ Der Wortlaut ist darum wichtig, weil er zeigt, daß die Redactoren den in den

Bei der Revision (Prot. 17. Aug. 1807) fand Zeiller es zu hart, daß der Mangel des Datums das Testament ungiltig machen solle. Die anderen Botanten widersprachen ihm unter Hinweisung auf die Wichtigkeit des Datums, gaben aber nach, als Oberstaatsbrüder v. Haan (damals Präses) mit Rücksicht auf die „Landleute“ der Bemerkung Zeiller's beistimmte.²⁴⁾ Demgemäß wurde der Text abgeändert (s. Schlusssatz von §. 578). — Bei der Superrevision (30. Nov. 1809) betonte Pfleger die Nothwendigkeit der eigenhändigen Unterschrift, ohne welche der feste Entschluß des Erblassers nicht klar sei, und beantragte die Stylisirung „und eigenhändig mit seinem Namen unterfertigen“.²⁵⁾ Pratobervera unterstützte diesen Antrag mit der Bemerkung, nur durch solche Unterfertigung lasse sich ein Testament von einem Entwurfe eines solchen unterschreiben. Aichen und Zeiller stimmten bei, nur v. Haan widersprach, und verlangte, daß ein Testament wegen eines bloßen Formfehlers nie ungiltig sein sollte (s. oben S. 133).

IV. Die Form des §. 578 besteht darin, daß der Testator a) seinen Willen eigenhändig erklärt und b) diese schriftliche Erklärung eigenhändig unterschreibt. Beide Erfordernisse sind gleich wesentlich. Ohne die Unterschrift ist nur ein Aufsatz (Concept), keine Depositivurkunde vorhanden; andererseits nützt die Unterschrift nichts, wenn der Context von fremder Hand ist. Und zwar muß das Testament oder Cobicill durchaus vom Testator eigenhändig geschrieben sein. Die Behauptung,²⁶⁾ daß wenn das Testament theils von eigener, theils von fremder Hand sei, das eigenhändig Geschriebene immerhin gelte, widerspricht ebenso der Natur der Sache,²⁷⁾ als der Geschichte des holographen Testaments.²⁸⁾ Dagegen machen eigenhändige Correcturen oder Ausstreichungen das Testament

gesperrten Worten hervorgehobenen Gedanken durch das Wort „unterzeichnen“ für genligend ausgebrückt hielten, daß also dies Erforderniß auch heute gelte; während dies mit eintigem Scheine bestritten werden könnte, wenn der Text von 1804 hierin deutlicher gewesen wäre, als der jetzige.

²⁴⁾ Es ist wunderbarlich, daß Zeiller, dem die Form des §. 373 Westgal. G. B. II zu wenig Garantien zu bieten schien, sie dann selbst um zwei Erfordernisse abschwächte (1804 um das der Siegelung, 1807 um das der Datirung).

²⁵⁾ Diese ganze, nach dem Texte von 1804 sehr auffallende Debatte erklärt sich daraus, daß, als 1807 die auf das Datum bezüglichen Worte entfernt wurden, durch Versehen des Schreibers auch die die Unterschrift betreffenden Worte ausblieben. Dies von vornherein zu Vermuthende wird durch ein vorhandenes Manuscript jenes Entwurfes bestätigt. — Nebenbei ist zu erwähnen, daß im Entwurfe bei diesem Paragraphen die Marginalrubrik „der ordentlichen außergerichtlichen“ stand.

²⁶⁾ Von Ellinger und Stubenrauch (zu §. 578). Auch der Ansicht Unger's §. 10 A. 6, daß es sich hier um eine quaestio facti handle, läßt sich nicht bestimmen. Richtig Carozzi XIII p. 95 sg.

²⁷⁾ Von einer auf das Minimum reducirten Form kann man doch nicht noch etwas nachlassen!

²⁸⁾ S. Suttinger p. 439 „durch und durch“, ebenso p. 801 a. G., 802; Beckmann p. 478: „durchaus im ganzen context mit eigener Handschrift verfertigt“; Wiener Stadt-Ordnung v. 1526: „... alles mit seiner eignen Hand lautter schreibt und von keiner andern geschriift ichtes hinzu gesetzt“; oberösterreichische Landtafel (s. Finsterwalder p. 608): „also daß darinnen kein frembde Schriift eingemischet“; Greneck p. 267 „durchgehends“. [Der von Beckmann p. 485 erzählte Fall enthielt keine Abweichung von dieser Vorschrift; sondern er ist so aufzufassen, daß erst ein zeugenloses (holographes) Testament vorlag und dann durch ein Zeugen-Testament (sog. allographes Testament) abgeändert wurde.] Ebenso nach den meisten (s. N. 16*) französischen coutumes, bestätigt durch die ordonnance v. 1735 (s. Warnkönig—Stein a. a. D. S. 492: „ganz von der Hand des Testators“) und dem Code civil a. 970. Es ist unter den französischen Juristen und überhaupt den Schriftstellern über französisches Recht ausgemacht, daß „ein eigenhändiges Testament nichtig ist, wenn es in seinem Texte auch nur ein einziges Wort enthält, das von einer fremden Hand geschrieben ist; es wäre denn, daß das von einer fremden Hand Geschriebene ohne des Testators Willen hinzugefügt oder eingerückt worden wäre.“ Zacharia IV §. 668 und die daselbst in Note 2 Citirten.

nicht ungiltig (arg. a contr. aus §. 721 pr.);²⁹⁾ doch werden sie, weil sie den Verdacht einer Fälschung erwecken können, von jedem verständigen Testator thunlichst vermieden werden. Abwesenheit von Zeugen ist kein Erforderniß dieser Form (s. bei §. 577 Abs. V),³⁰⁾ ebensowenig Siegelung³¹⁾ oder Datirung. Doch wird die letztere vom Gesetze ausdrücklich als „rätlich“ bezeichnet (§. 578 i. f. vgl. §. 601)³²⁾ (s. hier Abs. III). Nicht nur ist das Datum wegen der §§. 713—716 von größter Wichtigkeit, sondern „trägt auch zur Beseitigung des Zweifels bei, ob die Urkunde nicht als unvollendete, und als ein bloßer unwirksamer Aufsatz anzusehen sei“.³³⁾ Gleichgiltig ist auch das Material, auf welchem, und das, mit welchem geschrieben wird. Es ist also ein giltiges Testament, wenn es in einen Kalender³⁴⁾ oder ein Haus- oder Notiz-Buch³⁵⁾ eingeschrieben worden ist. Ebenso ist es zunächst gleichgiltig, ob es mit Tinte, Bleistift, Farbe auf Pergament oder Papier, oder mit Schiefer oder Kreide auf eine Stein- oder Holztafel,³⁶⁾ vielleicht gar (etwa von einem Gefangenen) mit Kohle an die Wand geschrieben, oder mit einem Stein in eine Glastafel eingeritzt ist. Je weniger aber eine fragliche Aufzeichnung einen dauernden Beweis zu sichern geeignet, je flüchtiger und formloser sie ist, je mehr sie von der bei wichtigen Urkunden gebräuchlichen Art abweicht, um so strenger wird der Richter prüfen, ob denn wirklich eine Dispositiv-Urkunde vorliege. Das Abnorme in der Form der Aufzeichnung wird irgendwie z. B. durch eine abnorme Lage des Testirenden motivirt erscheinen müssen. Eine, wenn auch unterschriebene Bleistift-Notiz in einem Taschenbuch wird nicht ohne wichtige Gründe für etwas anderes, als höchstens ein Testaments-Concept angesehen werden können. Und wenn nicht ganz besondere Umstände erwiesen sind, wird der Richter nicht glauben, daß ein zurechnungsfähiger Erblasser mit der Kohleninschrift an der Wand ernstlich habe testiren wollen. Wie die Sprache,³⁷⁾ so ist auch die Schriftart,³⁸⁾ in der das

²⁹⁾ Zeiller II S. 457 Z. 6; vgl. Zachariä in der cit. N. 2.

³⁰⁾ Die Worte des §. 578 „Wer ohne Zeugen testiren will“ besagen: Man braucht keine Zeugen — nicht aber: Zeugen dürfen nicht zugegen sein. Vgl. was Arnolds in Glück's Comm. 47. Bd. S. 346—348 über das französische des Justinianischen Rechtes bemerkt.

³¹⁾ Ebenso nach französischem Recht, s. Zachariä § 668 a. E. — Selbstverständlich aber ist die Siegelung statthaft und kann unter besonderen Umständen von Nutzen sein, z. B. bei einer Urkunde, wo man trotz der Unterschrift wegen allerlei Nachlässigkeiten in Schrift und Styl vielleicht sonst zweifeln könnte, ob man nicht einen bloßen Entwurf vor sich habe; und auch noch aus anderen Gründen, s. Rippel IV S. 109 f., Winiwarter III S. 79.

³²⁾ Nach französischem Rechte (a. 970) ist sie ein wesentliches Erforderniß. Zachariä IV S. 668 N. 3—5, 10, 11 und Text dazu.

³³⁾ Weibes hebt Zeiller selbst (s. hier N. 24) hervor (Commentar II S. 453). Noch anderer Vortheile des Datums erwähnt Winiwarter III S. 79. Endlich kann dieses wegen der Regeln „locus regit actum“ und „tempus regit actum“ wichtig werden.

³⁴⁾ S. Zeiller Vorbereitung (= Beiträge) II S. 210 f.

³⁵⁾ Zachariä a. a. O. bei und in Note 9.

³⁶⁾ Vgl. Böhmisches Stadtrecht D. 55: „es sey auf Papier oder sonst etwas andern“ (Ausg. v. 1720, p. 216). Sächsisches G. B. §. 2104 a. E.: „Es ist gleich, auf welchem Stoffe . . .“

³⁷⁾ Ob das Testament deutsch, lateinisch, französisch u. s. w. abgefaßt ist, ist gleichgiltig. Je auffallender aber die Wahl der Sprache ist, desto stärker wird der Zweifel an einem ernstlichen animus testandi sein. Wenn z. B. ein Deutscher in Wien sein Testament spanisch, altgriechisch, arabisch oder dgl. abfassen würde, so müßte man bis auf weiteres annehmen, daß eine Sprachübung oder ein Scherz vorliege.

³⁸⁾ Current-, Latein-, Fraktur-Schrift u. s. w. Auch hier gilt das in der vorigen Note Bemerkte. Wenn Jemand sein deutsches Testament in griechischen, arabischen, cyrilischen u. dgl. Lettern niederschreiben würde, so könnte man an einen animus testandi nicht glauben, wenn nicht etwa aus dem Inhalt der Urkunde oder anderweitig bekannt wäre, daß der Testator wegen Geheimhaltung des Inhaltes dies gethan habe. Auch nähert sich ein solches Testament schon bedenklich einem chiffirten (s. N. 40).

Testament geschrieben ist, in der Regel gleichgiltig. Doch erklärt das Hfyd. v. 22. October 1814³⁹⁾ „jedes in der hebräischen Sprache oder auch nur mit hebräischen und jüdischen Buchstaben geschriebene Instrument für ungiltig und nichtig.“ Auch die Gültigkeit chiffrirter⁴⁰⁾ und stenographirter⁴¹⁾ Testamente erscheint mindestens bedenklich.

V. Was insbesondere die Unterschrift betrifft, so muß sie nicht in der nämlichen Schriftart geschrieben sein, wie der Text. Es ist ein häufiger Fall, daß dieser in deutscher, die Unterschrift in lateinischer Currentschrift geschrieben ist. Während das Westgal. G. B. II §. 373 noch Unterzeichnung mit dem Vor- und Geschlechtsnamen verlangte, ist in §. 578 nur mehr vom „Namen“ die Rede. Es genügen also: Geschlechtsnamen und Anfangsbuchstaben des oder der Vornamen, ja der erstere allein.⁴²⁾ Die Zweifel über die Identität des Testators,⁴³⁾ die aus einer so kurzen Fertigung entstehen können, betreffen die Beweis-, nicht die Form-Frage.⁴⁴⁾ Es ist nicht einmal unerlässlich, daß der Name mit dem im Geburts- oder Tauf-Register übereinstimme. Es schadet insbesondere nicht eine Abweichung in der Orthographie,⁴⁵⁾ ja es genügt ein ganz abweichender (z. B. der Real-) Namen,⁴⁶⁾ wenn nur der Erblasser sich so genannt und geschrieben hat.⁴⁷⁾ Es liegt im Wesen der Unterschrift, daß sie am Schlusse der Dispositiv-Urkunde stehe; denn sie ist der perficirende, fertigende Act (§. 578: „mit seinem Namen unterfertigen“). Dies wurde, wie wir gesehen haben, bei Abfassung dieses Paragraphen wiederholt betont, und wird auch in Zeiller's Commentar eingeschränkt.⁴⁸⁾ Es würde nicht genügen, wenn der Name irgend-

³⁹⁾ F. G. S. Nr. 1106, bei Michel Nr. 313.

⁴⁰⁾ Derselben Ansicht ist Unger §. 10 Anm. 9. Ungiltig sind sie nach römischem Recht (s. ebd.) und nach dem sächsischen G. B. §§. 2096, 2104 a. E.: „Es ist gleichgiltig, in welcher Schrift oder Sprache der letzte Wille geschrieben ist, doch ist die Zeichenschrift ausgeschlossen.“

⁴¹⁾ Nicht als ob die Stenographie eine Geheimschrift wäre (ihre Kenntniß ist in Oesterreich sehr verbreitet); nicht als ob sie unzuverlässiger, mehrdeutiger wäre, als eine andere Schrift (von der Gabelsberger'schen Correspondenz-Stenographie z. B. läßt sich dies nicht behaupten); — aber die Flüchtigkeit dieser Schrift eignet sie für provisorische Aufzeichnungen, für Concepte, läßt sie aber durchaus unpassend erscheinen, wo es sich um eine Dispositiv-Urkunde handelt.

⁴²⁾ Eco dei tribunali 1851 p. 30 sg. Nippel IV S. 110, Ellinger zu §. 578, Stubenrauch zu §. 578 Z. 3.

⁴³⁾ Es ist rathsam, dem Namen auch noch den Stand, etwa auch (wenn er nicht aus dem Datum erhellt) den Wohnort beizufügen. Vgl. Winivarter III S. 79.

⁴⁴⁾ Insoferne ist es ungenau, wenn Winivarter sagt „Familiennamen . . . genügt, wenn die Person des Erblassers dadurch nicht in Zweifel gesetzt wird“.

⁴⁵⁾ Ein unter den germanisirten Slaven sehr häufiger Fall!

⁴⁶⁾ In Ober-Oesterreich sehr gebräuchlich.

⁴⁷⁾ Dies ist wohl gemeint gewesen, wenn bei der Berathung im J. 1804 von „jener Fertigung, deren sich der Erblasser gewöhnlich bedient“, geredet wurde.

⁴⁸⁾ Zeiller II S. 452: „ . . . am Ende unterschrieben sein soll. Der Erblasser bitthe sich daher auch, seinen Namen bloß im Eingange (wo er überflüssig ist) anzusetzen, ohne ihn am Ende beizufügen.“ Vgl. Nippel IV S. 109. Beide Schriftsteller fügen dann das legislative Motiv dieses Erfordernisses bei, in unvorsichtiger Redewendung, so daß man glauben könnte, sie sehen in dem „Zweifel“ an der Vollendung des Actes die juristische Folge der unterlassenen Unterschrift, während auch sie die Nichtigkeit der Urkunde als die Folge ansehen. In der That muß dies auch dann gelten, wenn in concreto ein solcher Zweifel gar nicht entsteht (s. Thering Geist des Röm. R. I. Aufl. II. Bd. S. 501). Vgl. auch Winivarter III S. 78 f. „Die Namens-Unterschrift, ein wesentliches Erforderniß einer jeden Privat-Urkunde (Jos. Ger. Dg. §. 114, Galf. Ger. Dg. §. 182) ist bei einer Erklärung des letzten Willens auch schon darum nothwendig, damit man wisse, daß sie vollständig sei; es wäre daher nicht genügend, daß der Name im Eingange oder an einer anderen Stelle der Erklärung vorkomme, er muß schlechterdings als Unterschrift beigefügt werden.“ Ebenso Taglioni IV p. 102, Basevi p. 236, italien. G. B. §. 775 a. E.

wo quer an den Rand des Textes hingeschrieben wäre.⁴⁹⁾ Andererseits ist eine äußerliche Trennung der Unterschrift vom Texte nicht wesentlich; es genügt, wenn am Ende des Textes in fortlaufenden Zeilen etwa steht: „Niedergeschrieben und unterzeichnet von mir, N. N., am 1. Jänner 1870.“⁵⁰⁾ Die Unterschrift muß des Testators eigenhändiger Schriftzug sein, darf also zwar etwa mit unterstützter (Sammlung III Nr. 1327), nicht aber mit geführter Hand geschrieben sein^{50a)} und kann nicht durch eine Stampiglie ersetzt werden.^{50b)}

VI. Wenn nach des Testators Unterschrift nicht unterschriebener Text steht, so kann das verschiedene Ursachen haben.⁵¹⁾ a) Der Testator hat später (vielleicht nach Jahren) dem fertigen Testamente Zusätze beigelegt und nicht unterschrieben. Diese sind so gut wie nicht geschrieben; das Testament gilt unverändert. b) Der Testator hat das Unterschriebene und Nichtunterschriebene uno actu geschrieben. Dann kann a) die Unterschrift die Bedeutung haben, die Geltung des Voranstehenden von der Vollendung der übrigen Niederschrift unabhängig zu machen. ß) Es ist dies aber nicht anzunehmen, wenn die Unterschrift am Ende der Seite oder des Blattes steht, während im Texte da kein oder kein erheblicher Abschnitt ist.⁵²⁾ Denn ein solches wiederholtes Unterschreiben hat im Zweifel die Bedeutung, den Verdacht einer Fälschung und Unterschlebung auszusprechen. Im Zweifel ist ein nicht am Ende unterschriebenes Testament als nicht perficirt, also ungiltig zu betrachten.⁵³⁾ Letzteres ist auch dann anzunehmen, wenn die Unterschrift auf einer dem Ende des Textes nachfolgenden leeren Seite steht.⁵⁴⁾ Keinem Zweifel unterliegt es, daß die nicht unterschriebenen Theile eines Testaments, wie der Fall sonst auch beschaffen sein mag, ungiltig sind.⁵⁵⁾

⁴⁹⁾ Dies war der Fall in dem angeblichen Testamente des P. Battaglia. Ueber diese civilistische cause célèbre und die Schrift „Intorno alla validità del testamento di P. Battaglia“ s. die Excurse zu §. 578.

⁵⁰⁾ Vgl. Zacharia Nr. 13. Das Datum in obigem Beispiel könnte natürlich fehlen; es will damit nur gesagt sein, daß das „am Ende“ nicht wortfängerisch urgirt werden dürfe.

^{50a)} Vgl. Unger §. 10 Nr. 5, Carozzi XIII p. 118; II. Instanz in Sammlung IX Nr. 4162, dagegen die III. Instanz ebb.

^{50b)} Taglioni IV p. 102.

⁵¹⁾ Ohne Rücksicht auf die folgenden Unterschiede der Thatbestände sprach sich Stubenrauch in der 1. Aufl. II §. 330 für Gültigkeit, Fügler II §. 6—12 für Ungültigkeit des Unterschriebenen aus. Ersterer hat auf Unger's Einsprache (§. 10 Anm. 1) seine Aeußerung berichtigt (2. Aufl. I §. 774 Z. 4).

⁵²⁾ 1850 starb in Venedig Graf Ottavio Zon. In seinem Nachlasse fand man eine viertelhalb Seiten füllende holographe Aufzeichnung, deren erste Seite (aber auch nur diese) unterschrieben war. Auf dieser standen die Erbeinsetzungen. Die unterschriebene Seite hatte nicht den mindesten äußerlichen oder innerlichen Abschluß, sondern endete mit dem Anfang eines Satzes, dessen Fortsetzung auf der folgenden Seite stand. Die II. und III. Instanz erkannten das Unterschriebene als ein gültiges Testament an, während die I. Instanz zu Gunsten der Intestat-Erben entschieden hatte. II. C. (derselben Ansicht ist Fügler II §. 8 ff.) lag hier entweder gar kein oder doch kein gültiges Testament vor. Jedensfalls fehlte der objective Thatbestand eines gültigen Testaments, die perficierende Form, ohne welche selbst der gewisste Wille nicht gilt. Es steht aber nicht einmal dieser (also der subjective Thatbestand) fest. Der Testator hat zu testiren angefangen, dann aber abgebrochen. Es ist zweifelhaft, ob er das Niedergeschriebene wollte gelten lassen; aus dem Umstand, daß er es nicht vernichtet hat, folgt nichts; vielleicht wollte er es als Concepts-Material für ein später zu errichtendes Testament benutzen. Doch ist dies, wie schon angegeben, irrelevant. Ein formgerechtes Testament war nicht vorhanden. Der Fall ist erzählt im Giornale di giurisprudenza pratica di Venezia VI nr. 4; in der Ger. Ztg. 1852 Nr. 138, aus dieser abgedruckt bei Peitser Nr. 359 und bei Fügler II §. 6 ff., im Auszuge bei Stubenrauch I §. 774 Nr. 3.

⁵³⁾ Ebenso Unger Erbrecht §. 10 Anm. 1.

⁵⁴⁾ In einem Falle (erzählt in der Nr. 49 cit. Schrift. A p. 8) wurde ein Testament aufrecht erhalten, wo der Text auf der ersten, die Unterschrift am Ende der vierten Seite stand, so daß Text und Namenszug durch drei leere Seiten getrennt waren!

⁵⁵⁾ Dies ist auch in Theorie und Praxis anerkannt. Dennoch entschied anders die II. Instanz in dem Falle der Sammlung II Nr. 563 (Ger. Ztg. 1858 Nr. 107). Aus

VII. Wir haben oben (S. 58) bereits erwähnt, daß weder für Testamente noch für Codicille irgend welche innere Form in dem dort angegebenen Sinne erfordert werde. Es braucht also ein Testament weder in einer Ueberschrift, noch im Contexte als solches bezeichnet zu sein, es braucht darin das Wort „Erbe“ gar nicht vorzukommen u. s. w. Dies ist nun gerade bei holographen Testamenten ein Uebelstand, weil leicht ein Zweifel entstehen kann, ob irgend eine Schrift des Erblassers einen letzten Willen enthalte oder nicht. Nach älterem französischen Rechte (ordon. v. 1735 art. 3) war es verboten, ein Testament in die Form eines Briefes einzukleiden;⁵⁶⁾ dem österreichischen Rechte ist ein solches Verbot fremd. Wenn also ein Testament z. B. mit einer Ansprache an die Kinder, ein Codicill mit einer solchen an die Erben beginnen würde, so wäre dies unbedenklich. Dagegen ist ein wirklicher, vom Erblasser an seine Adresse abgefundener Brief nicht ohne ernste Gründe als ein letzter Wille, sondern nur als eine Mittheilung über einen beabsichtigten oder errichteten letzten Willen anzusehen; es ist animus narranti anzunehmen, nicht animus testandi (vgl. oben S. 59 f.). Ueberhaupt soll es mit dem Beweise dieses animus strenge genommen werden. Je formloser nach Styl und äußerem Ansehen eine Aufzeichnung ist, desto schwerer ist zu glauben, daß sie eine Dispositiv-Urkunde enthalte.⁵⁷⁾

VIII. Die Vermengung der Form- und der Beweis-Frage (vgl. Unger §. 10 Anm. 9) hat den wunderlichen Streit verursacht, ob §. 115 der allg. Ger. Ovg. auch auf Testaments-Urkunden anzuwenden sei. Die Frage entspringt einer unklaren Vorstellung, ist zweideutig und kann deshalb zu keiner befriedigenden Antwort führen, wenn man sie nicht zuvor richtigstellt. Wenn mit der Frage gemeint ist, ob §. 115 ein Formerforderniß für Testamente enthalte, ob also ein aus mehreren Bogen bestehendes Testament ohne jene Festung und Siegelung null und nichtig ist, so ist sie unbedenklich zu verneinen (vgl. Zeiller S. 457 f. vb. „zur Vorsicht“). Die Solennitätsform ist ein Gegenstand des materiellen Rechtes und nicht des Processus, die betreffenden Vorschriften sind erschöpfend in unserem Hauptstücke (und in der Not. Ovg.) enthalten; aus dem Capitel der G. O. „von dem Beweise durch briefliche Urkunden“ darf man keine weiteren Formerfordernisse herbeiziehen wollen. Die Anhänger der gegentheiligen Ansicht machen es sich nicht klar, daß die Consequenz derselben

jenem (angeblichen) Testamente des Grafen Jon (s. Nr. 52) klagte Jemand den Instituirten auf Entrichtung eines Legates. Die I. und III. Instanz verwarfen die Klage; die II. Instanz hatte ihr Statt gegeben, weil auf der ersten unterschriebenen Seite die Worte standen: „Ich beauftrage meinen Erben, nachfolgende Bestimmungen auszuführen.“ Unzweifelhaft waren die Entscheidungen der I. und III. Instanz richtig, d. h. die Vermächtnisse ungiltig. Aber gerade dieser zweite, dasselbe Testament betreffende Proceß zeigte, wie ungerechtfertigt die Aufrechterhaltung der Erbeinsetzung war. Der Testator hatte im Testamente betont, daß er volles Vertrauen zu dem Eingesetzten habe, er werde genau die nachfolgenden Verfügungen erfüllen (s. Peitler Nr. 359). Der Instituirte weigerte sich dennoch, es zu thun und konnte nicht dazu verhalten werden. War nun des Erblassers Wille besser erfüllt, als wenn man in strenger Anwendung des Gesetzes die gesetzliche Erbsolge hätte eintreten lassen?! — [Stubenrauch's Worte „in einem ähnlichen Falle“ (I S. 774 Nr. 3) beruhen auf einem Irrthum; es war derselbe Fall, dasselbe Testament, nur zwei Prozesse: der erste zwischen Intestat-Erben und Instituirten, der zweite zwischen diesem und einem Legatar.]

⁵⁶⁾ Zachariä a. a. O. Nr. 8. Ebenso nach der böhmischen l. Ovg. D. 2 u. 7 (Jordan §. 59). — Vgl. Entsch. des ob. Gerichtshofs v. Neapel im Eco dei tribunali I p. 190 sg., 343 sg.

⁵⁷⁾ Immer von ganz besonderen Umständen abgesehen. Wenn Jemand z. B. bei einer Feuersbrunst, einem Schiffbruch, oder auf einer öden Insel gestrandet, oder in einer Lage, wie die des ritterlichen Kaisers auf der Martinswand war u. dgl., eine solche Aufzeichnung macht, steht es natürlich anders. — Dagegen ist es nicht unbedenklich, daß in einem Falle (Ger. Btg. 1873 Nr. 5), wo keine solchen Umstände vorhanden waren, ein kleiner Zettel, der gar keinen Satz, sondern nur einige elliptische Worte enthielt, als Intestatcodicill anerkannt wurde!

die Nullität eines ohne jene Vorsicht gemachten Testaments wäre, auch wenn die Echtheit der ganzen Schrift unbestritten wäre. Die Frage muß von vornherein auf den Beweis gestellt werden, und lauten: Macht eine solche Testaments-Urkunde über den Inhalt der Willens-Erklärung vollen Beweis? So aber ist sie wenigstens dann für holographische Testamente fast^{57a)} ohne Bedeutung, wenn man mit uns annimmt, daß immer und überall die Echtheit (und nicht die Unechtheit) des Testaments erwiesen werden muß (s. unten). Die Unklarheit der Frage erklärt die Erscheinung, daß sie von Juristen, die genauer betrachtet der gleichen Ansicht sind, entgegengesetzt beantwortet wird.⁵⁸⁾ —

IX. „Die Urkunde, welche ein eigenhändiges Testament enthält, ist ihrer Beweisraft nach nur eine Privaturkunde. Es kann daher z. B. von den Beteiligten der Beweis der Echtheit der Urkunde verlangt werden.“⁵⁹⁾ Und zwar ist u. E. immer die Echtheit, nie die Unechtheit zu beweisen. Doch ist dies sehr bestritten. Unter den französischen Juristen ist der Satz, daß beim holo-

^{57a)} Ausnahme: wenn der Gegner nur einen Theil der Urkunde als echt anerkennen würde.

⁵⁸⁾ Kaleffa erklärt (im „Jurist“ I S. 18—21), der §. 115 a. Ger. O. sei auf Testamente unanwendbar; wenn er aber sagt, ein ohne die Vorsicht des §. 115 gemachtes Testament sei „so lange dem ganzen Inhalte nach für gültig zu halten, bis Jemand die Unterschiebung eines einzelnen Bogens beweist“ — so übersieht er, daß ja die Echtheit der angeblich holographischen Urkunde überhaupt, also bei mehreren Blättern oder Bogen für jeden derselben bewiesen werden müsse, und zwar nach allgemeinen Grundsätzen, von jeder positiven Vorschrift abgesehen. — In dem von Fr. Tschulz erzählten Falle („Jurist“ VIII S. 387—397, wofelbst sich alle für die beiden Meinungen vorgebrachten Gründe zusammengestellt finden) erklärte die II. Instanz ein Testament wegen Außerachtlassung des §. 115 für ungiltig, während die I. und III. Instanz es mit Recht als gültig anerkannten. In dem Falle der Sammlung II Nr. 793 erklärte ebenfalls die II. Instanz ein solches Testament für ungiltig, weil im §. 578 a. b. G. B. „unbedingt erforderlich“ werde, daß jeder einzelne Bogen unterschrieben sei (wo steht das?!), weil §. 115 nicht beobachtet sei, und berief sich zuletzt auf den „klaren Wortlaut des §. 601 a. b. G. B.“ (!) — Die III. Instanz erklärte: Daß der §. 115 „auch auf außergerichtliche schriftliche letzte Willenserklärungen Anwendung habe, kann keinem Zweifel unterliegen, da . . . das Gesetz für die Gültigkeit derselben strengere Vorschriften festsetzt, als für andere Privaturkunden.“ Dennoch ließ sie den Beweis durch Vergleichung der Handschriften darüber zu, daß sämtliche Bögen von der Hand des Testators geschrieben seien. Während sie also ausdrücklich der unrichtigen Ansicht sich theoretisch angeschlossen, erkannte sie doch im Sinne der richtigen — nicht bedenkend, daß, wenn die Beobachtung des §. 115 eine Voraussetzung der Gültigkeit des Testaments wäre, jener Beweis irrelevant sein würde. Derselbe Widerspruch kehrt in den Ausführungen Stubenrauch's (2. Aufl. I S. 775 f.) wieder. Weitläufig wird die Ansicht, daß die Testamentsformen im a. b. G. B. (vom notariellen Testament abgesehen) erschöpfend beschrieben seien, und §. 115 kein weiteres Formerforderniß enthalte, zu widerlegen gesucht, am Ende aber gesagt: das Testament sei dann freilich gültig, wenn die Nichtunterschiebung der nicht unterschriebenen Bogen anderweitig (z. B. wegen des Verschusses, in dem sich die Urkunde befand) feststeht! Das heißt aber eben in einem Athem Ja und Nein sagen. Enthielte der §. 115 ein Formerforderniß, so müßte der gesetzliche Erbe sagen können: „Ich erkenne an, daß jede Zeile echt ist, aber das Testament hat einen Formfehler, ist also nichtig.“ Auch darin zeigt sich schon die Vermengung heterogener Fragen, daß von der „Gültigkeit der Testaments-Urkunde“ geredet wird. Eine Urkunde als solche kann aber niemals gültig oder ungiltig, sondern nur echt oder unecht, beweiskräftig oder nicht beweiskräftig u. dgl. sein. Wohl aber kann eine Urkunde zur Solennisirung einer Disposition gehören und die mangelhafte Beschaffenheit jener diese ungiltig machen. Aber freilich sprechen sogar Gesetze (z. B. Ges. v. 25. Juli 1871 Nr. 76) von der Gültigkeit von Urkunden.

⁵⁹⁾ Zacharia IV §. 669; ebenso schon nach älterem französischem R., s. Warnkönig und Stein II S. 492. Ebenso verhält es sich nach österreichischem R. Vgl. Zeiller II S. 452 und Prato bevera in seinen Materialien IV S. 24 f.: „Bei Privaturkunden ist eine ausdrückliche Einräumung ihrer Richtigkeit (Authenticität) oder der Beweis derselben vorläufig notwendig, ehe von einer Beweisraft einer Rede sein darf.“ (S. 26) „Zudem wäre es bei der leichteren Nachahmung fremder Schriftzüge . . . um alle Sicherheit der Rechte geschehen, wenn auch den Privaturkunden die Vermuthung der Echtheit in dem Grade zur Seite stünde, daß der Product den Schwierigen und gefährlichen Gegenbeweis der Unechtheit zu führen hätte.“

graphen Testamente „la vérification de l'écriture“ verlangt werden kann, als Regel allgemein anerkannt. Nur behaupten Viele eine Ausnahme in dem Fall, wo der Eingesezte bereits in den Besitz des Nachlasses eingewiesen ist (wegen der rechtlichen Gunst, welche der Besitzer für sich hat und wegen des „actori incumbit probatio“). Autoritäten ersten Ranges stehen hier einander gegenüber; die französische Praxis verlangt in dem erwähnten Falle (doch mit gewissen Einschränkungen) den Beweis der Unechtheit.⁶⁰⁾ Noch mehr getheilt sind die Meinungen der österreichischen Juristen.⁶¹⁾ Einige wollen die Echtheit, Andere die Unechtheit als thema probandum hinstellen; wieder Andere unterscheiden, je nachdem der gesetzliche Erbe Beklagter oder Kläger sei; und auch darüber, wovon dies Letztere abhängt, sind nicht Alle einig. Auch die Praxis ist schwankend.⁶²⁾ Die u. E. richtige, in einem eigenen Excurse zu begründende Ansicht ist die, wornach der angebliche Testamentserbe immer, mag er Kläger oder Beklagter sein, die bestrittene Echtheit der Schrift oder Unterschrift des Erblassers zu beweisen hat.⁶³⁾ — Wesentlich verschieden von der Frage nach der Echtheit oder Unechtheit der Urkunde über einen angeblichen Testiract ist die Frage nach der Gültigkeit oder Ungültigkeit eines Testiractes, der unbestrittener oder erwiesener Maßen stattgefunden hat. Es unterliegt keinem Zweifel, daß derjenige, der einen Ungültigkeitsgrund behauptet (z. B. Zwang, wesentlichen Irrthum), ihn zu beweisen hat.⁶⁴⁾

X. Alte und neue Gesetzgebungen verlangen Einheit des Testiractes (unitas actus), d. h. daß die Errichtung des Testaments ununterbrochen, namentlich ohne Dazwischenschiebung anderer Rechtsgeschäfte, vor sich gehe. Dieses Erforderniß liegt so sehr in der Natur der Sache, daß es in allgemeinen auch bei uns festzuhalten ist,⁶⁵⁾ obgleich das Gesetz seiner nicht erwähnt; nur wird man ebendeshalb dies Erforderniß nicht ängstlich behandeln dürfen. Für die holographe Form aber (in der Oesterreich eigenthümlichen Ausbildung) wird man dies Erforderniß geradezu läugnen müssen. Es schadet nichts, wenn das Testament stückweise in langen Zwischenräumen niedergeschrieben wäre, ja wenn dies (durch eingeschobene Datirungen) aus der Urkunde selbst erhellen würde. Wer auf derselben Seite weiter schreibt, sei es auch nach Jahren, von dem muß man annehmen, daß er wohl weiß, was er früher geschrieben hat. Man darf nicht einwenden, das Testiren bestehe hier in der Unterschrift, weil das noch nicht Unterschriebene nur Concept sei; mithin sei der Testiract hier einmomentig und die unitas actus daher immer gewahrt. Da die eigene Handschrift ein Form-erforderniß ist, so gehört schon das Niederschreiben des Textes zum Testiract.

⁶⁰⁾ S. Zachariä §. 669 N. 2; er selbst bekennt sich zu der hier vertretenen Ansicht.

⁶¹⁾ Literatur dieser Streitfrage: J. P. Bemerkungen über den §. 134 der a. O. D., mit besonderer Beziehung auf letztwillige Anordnungen (Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1834 I S. 129—150). S. N. Krauß Ueber die Erfordernisse der Testaments-impugnationsfrage (Jurist IV 1840 S. 186—194). A. Sents Ueber die Beweislast rücksichtlich der Echtheit oder Unechtheit einer schriftlichen letzten Willenserklärung (Ger. Ztg. 1857 Nr. 75). Leo Nagel Beweislast bei Bestreitung eines schriftlichen Testaments (Ger. Ztg. 1862 Nr. 96). Parcker in der Ger. Ztg. 1876 Nr. 85. Stubenrauch bei §. 601 Z. 6 und bei §. 823 f. Z. 5 und N. 5. Unger Erbrecht §. 51 Anm. 5 und Text dazu.

⁶²⁾ Früher war die unrichtige Anschauung sowohl hinsichtlich der Beweislast, als der Auslegung des §. 126 Pat. 9. Aug. 1851 die vorherrschende (Ger. Ztg. 1857 Nr. 91, 92; Sammlung I Nr. 306, II Nr. 793, V Nr. 2214), in neuerer Zeit kommen in beiden Richtungen richtigere Ansichten mehr und mehr zur Geltung (Sammlung II Nr. 979, VII Nr. 3460; aber auch schon I Nr. 274). Genaueres hierüber in dem Excurse über die Streitfrage, Abs. V.

⁶³⁾ Vorläufig verweisen wir auf den kurzen, aber tüchtigen Aufsatz von Sents (f. N. 61) und auf Unger a. a. D.

⁶⁴⁾ S. Unger Erbrecht §. 51 N. d—k und Text dazu.

⁶⁵⁾ Unger §. 51 Anm. 10.

Wollte man aber es spitzfindig so wenden: das Testiren bestehe hier in dem Unterschreiben einer vorhandenen eigenhändigen Urkunde — so wäre dies doch nur ein Wortstreit; nach beiden Auffassungen stünde fest, daß für unser holographes Testament jenes Erforderniß ohne Bedeutung ist.

XI. Ueber den Werth des zeugenlosen holographen Testamentes sind die Ansichten sehr getheilt; es ist ebenso entschieden getadelt als gepriesen worden.⁶⁶⁾ Zeiller selbst hielt (wie erwähnt) diese Form für unzweckmäßig. Jedenfalls ist sie in ihrer heutigen Verwilderung sehr nachtheilig. Ein Minimum äußerer Formerfordernisse und dieses nicht streng gehandhabt; völlige Abwesenheit einer inneren Form in dem oben angedeuteten Sinne; als Folge davon keine objectiv sicher erkennbare Grenze zwischen Notiz, Aufsatz, Dispositivurkunde. Eine unterschriebene Bleistiftnotiz auf einem Papierschnitzel kann genügen,⁶⁷⁾ wo seit jeher fast alle Völker einen feierlichen Act verlangt haben! Eine gänzliche Beseitigung würde, wegen alter Gewöhnung, auf Widerspruch stoßen. Aber die Reform wenigstens muß man wünschen, daß diese Form wieder von ihrer Formlosigkeit geheilt d. h. um einige Erfordernisse⁶⁸⁾ bereichert werde, welche geeignet wären, den *animus testandi* und die Perfection der Verfügung (Echtheit der Urkunde vorausgesetzt) außer Zweifel zu stellen.

§. 579.

Einen letzten Willen, welchen der Erblasser von einer andern Person niederschreiben ließ, muß er eigenhändig unterfertigen. Er muß ferner vor drey fähigen Zeugen, wovon wenigstens zwey zugleich gegenwärtig seyn sollen, den Aufsatz als seinen letzten Willen besätigen. Endlich sollen auch die Zeugen sich entweder inwendig, oder von außen, immer aber auf die Urkunde selbst, und nicht etwa auf einen Umschlag, als Zeugen des letzten Willens unterschreiben. Den Inhalt des Testamentes hat der Zeuge zu wissen nicht nöthig.

§. 580.

Ein Erblasser, welcher nicht schreiben kann, muß nebst Beobachtung der in dem vorigen §. vorgeschriebenen Förmlichkeiten, anstatt der Unterschrift sein Handzeichen, und zwar in Gegenwart aller drey Zeugen, eigenhändig bezeichnen. Zur Erleichterung eines bleibenden Beweises, wer der Erblasser sey, ist es auch vorsichtig, daß Einer der Zeugen den Namen des Erblassers als Namensunterfertiger bezeichne.

⁶⁶⁾ Zacharia IV §. 668 Note 1 a. C. bezeichnet es „als eine bedeutende Erweiterung der bürgerlichen Freiheit, von unschätzbarem Werthe“, und behauptet: „Die Besorgniß, daß so dem Erblasser leicht ein Testament unterschoben werden könne u. s. w., hat sich in der Erfahrung nicht bestätigt.“ Als ob die gelungene Unterschreibung zur allgemeinen Kenntniß kommen würde!! — Andererseits Dalwig II C. 29: „Keine Art der Testamentifaction gibt mehr zu Processen die Veranlassung, als gerade diese. . . . Sie gibt überdies zu Verfälschungen die Gelegenheit, indem nichts leichter ist, als daß, wenn an einem Orte ein unbekannter Fremder stirbt, ein angeblich von seiner Hand geschriebenes Testament unterschoben werden kann. Merlin im *Recueil alphabetique des questions de droit* voce „Testament“ erzählt davon merkwürdige Beispiele. Sagt man, die Gesetzgebung müsse Gelegenheit geben, das Geheimniß der Erbesetzung bis zum Tode zu bewahren; so gibt es dazu andere Testamentsformen, wodurch dieser Zweck ebenso gut erreicht wird.“

⁶⁷⁾ In einem in der Ger. Ztg. 1857 Nr. 53 erzählten Falle kam im dritten Jahre nach des Erblassers Tode auf mysteriöse Weise ein schmutziger zerfetzter Zettel ohne Datum zum Vorschein, mit Spuren, daß erst mit Bleistift geschrieben und dann mit Tinte nachgeföhren war; und so Manches hier sogar gegen die Echtheit sprach, — die Sachverständigen erklärten die Handschrift für echt, und der schmutzige Zettel wurde als gültiges Testament, worin über ein bedeutendes Vermögen disponirt war, anerkannt! —

⁶⁸⁾ Mindestens sollte die Datirung wieder gefordert und ausgesprochen werden, worin sie zu bestehen habe, und daß sie (sowie die Unterschrift) unmittelbar unter den Context — gleichviel übrigens, ob vor, neben oder nach der Unterschrift — zu setzen sei (dies schon deswegen, um die im französischen Rechte sovielörterte Streiffrage über Stellung und Inhalt des Datum — s. Zacharia §. 668 N. 10, N. 11 und Text dazu — abzuschneiden).

§. 581.

Wenn der Erblasser nicht lesen kann, so muß er den Aufsatz von Einem*) Zeugen in Gegenwart der andern zwey Zeugen, die den Inhalt eingesehen haben, sich vorlesen lassen, und bekräftigen, daß derselbe seinem Willen gemäß sey. Der Schreiber des letzten Willens kann in allen Fällen zugleich Zeuge seyn.

I. Das römische Recht erfordert bekanntlich sieben Zeugen. In den österreichischen Ländern hat man sich immer mit einer geringeren Zahl (1—5, im vorigen Jahrhundert meistens 2) zufrieden gegeben, wobei wieder die Vermengung der Form- und der Beweis-Frage mit bestimmend war. Ueber die Geschichte dieser Testamentsform, sowie über die Redaction der vorstehenden Paragraphen vgl. die Excurse.

II. Die Testamentsform besteht im Falle des §. 579: 1) in der eigenhändigen Unterschrift des Testators, 2) in der (mündlichen) Bestätigung vor drei Zeugen, daß die Schrift den letzten Willen richtig enthalte, 3) in der gehörigen Unterschrift der Zeugen.¹⁾ Wenn man die Worte des Gesetzes („ferner — endlich“) urgiren dürfte, so wäre diesen Erfordernissen auch der Zeit nach in der angegebenen Reihenfolge zu entsprechen. Es müßte unmittelbar auf die mündliche Bestätigung die Unterschrift der Zeugen folgen. Doch nimmt Niemand daran Anstoß, wenn die zwei ersten Momente umgestellt werden; wirklich hätte hier die Strenge keinen genügenden inneren Grund und jene Worte lassen eine andere als die temporale Deutung zu. Wohl aber sprechen starke innere Gründe dafür, daß das dritte Moment nie den andern vorangehen darf (s. unten) und ist dies auch die herrschende Ansicht. Was die unitas actus betrifft, so bezieht sie sich nicht auf das erste, sondern nur auf die beiden andern Momente. — Bevor wir aber an die genauere Besprechung jener Erfordernisse gehen, ist von dem Contexte des Testaments zu handeln.

III. Es ist gleichgiltig, von wessen Hand der Context geschrieben ist. Der Namen „allographes Testament“ sagt nur das Thatsächliche, daß die Solennisirung durch Zeugen selten vorgenommen wird, wo sie entbehrlich ist, daß sie also meistens bei Testamenten angewendet wird, die nicht vom Testator selbst geschrieben sind. Es ist auch kein Formfehler, wenn der Context theils vom Testator, theils von einem Anderen, oder wenn er von mehreren Anderen geschrieben ist. Doch wird dies besser vermieden, um einerseits nicht Anlaß zu Streitigkeiten über die Echtheit zu geben, andererseits Fälschungen (Einschaltungen) nicht zu erleichtern. Eben deshalb sind auch Correcturen möglichst zu vermeiden, ohne daß sie an sich eine Formwidrigkeit begründeten.²⁾ Aber „Correcturen, welche erwiesener Maßen nach der Fertigung der Zeugen vorgenommen wurden, sind ungiltig“,³⁾ machen jedoch das Testament im Ganzen nicht ungiltig. Wenn die Correcturen von fremder Hand, obgleich im Auftrage des Erblassers, gemacht sind, versteht sich Obiges wegen Form-Mangel von selbst. Es ist aber nicht anders, auch wenn die Correcturen vom Testator eigenhändig gemacht sind. Denn es ist allerdings gestattet, ein allographes Testament durch ein holographes Testament oder Codicill theilweise abzuändern; ja es ist unbedenklich, das Codicill auf dasselbe Blatt unter die Unterschriften zu schreiben. Aber gerade deshalb ist nicht das mindeste Bedürfnis nach einer Correctur durch Aenderungen am Contexte selbst, deren Gestattung zu großen Unzuverlässigkeiten führen würde.

*) Die F. G. S. hat gegen die sonst im G. B. eingehaltene Schreibweise: „einem“.

¹⁾ Noch nach dem Westgal. G. B. (II §§. 375—377) war die Form der allographen Testamente viel complicirter. Es wurde nämlich außer dem Angegebenen weiter gefordert: Siegelung sowohl von Seiten des Testators, als der Zeugen; dann außer der erwähnten mündlichen auch noch eine schriftliche eigenhändige Bestätigung und einiges Andere, wovon später (s. bes. N. 16).

²⁾ Zeiller Commentar II S. 457.

³⁾ Ellinger zu §. 579; vgl. auch Rippel IV S. 112, 115 f.

Auch fehlt zur holographen Form außer der Selbständigkeit und Abgeschlossenheit der eigenen Scriptur die neue eigenhändige Unterschrift, und wenn diese auch etwa am Rande angebracht wäre, so stünde sie doch nicht an der rechten Stelle (s. oben S. 146). Einfache Streichungen dagegen kann der Erblasser immerhin wirksam vornehmen.⁴⁾ — Größere Schwierigkeiten bereitet die Frage, ob umgekehrt an einem holographen Testamente allographe Correcturen angebracht werden dürfen und dann — wenn vor Zeugen bestätigt — gültig sind. Die Analogie des eben Gesagten, der Mangel eines ersten rücksichtswürdigen Bedürfnisses, die Erwägung, daß solche Unsitte dem Betrage die Wege ebnet, sprechen für die Verneinung. Andererseits aber kann man Niemandem wehren, sein holographes Testament als nicht perfect, als Aufsatz und Substrat für ein neues, vor Zeugen zu persicirendes Testament zu behandeln. Eine neuerliche Unterschrift wird man dabei nicht fordern dürfen, weil das in §. 579 vorausgesetzte Schriftstück lange vor der Solemnisirung unterschrieben sein kann (s. unten); und aus den Worten des §. 579: „welchen der Erblasser von einer anderen Person niederschreiben ließ“ darf ein Formerforderniß nicht abgeleitet werden (s. oben S. 140, 152). Hätte demnach der Testator das Testament als holographes bestehen lassen und nur abändern wollen, so wären die Aenderungen ungültig; hätte er aber ein neues Testament machen wollen und wären die Vorschriften des §. 579 beobachtet worden (was zu beweisen ist), so ist das neue Testament gültig.⁵⁾ Dazu sind vor allem aber die Unterschriften der Zeugen erforderlich, die aber nicht bei den Correcturen am Rande angebracht sein dürften, weil daraus die ersterwähnte Absicht des Erblassers zu folgern wäre. — Gleichgültig ist es, ob die Urkunde in Gegenwart der Zeugen oder früher (vielleicht um Jahre früher) geschrieben wird; gleichgültig ferner, ob der Testator sie dem Testamentarius dictirt, oder von ihm oder einem Dritten aufsetzen läßt; genug, daß der Inhalt seinen freien Entschluß richtig wiedergibt, die stylistische Einleidung mag von wem immer herrühren (s. S. 99); genug, daß er sie genehmigt hat, wozu nicht gerade nothwendig ist, daß er erwiesener Maßen den Verfasser controlirte, aber doch, daß er ihn controliren konnte. Daraus erheben sich Bedenken gegen die Gültigkeit eines Testaments, das in einer dem Testator unverständlichen Sprache abgefaßt ist.⁶⁾ Im Uebrigen gilt hinsichtlich Sprache, Schrift, Schreibmaterial das bei §. 578 Gesagte. Die Größe der Erbtheile und Vermächtnisse mit Buchstaben, nicht mit Ziffern allein, anzugeben, ist hier wie dort vorsichtig, aber nicht vorgeschrieben.⁷⁾ Daß §. 565 auch hier Anwendung findet, wurde schon oben (S. 99) bemerkt; es geht also namentlich nicht an, daß Jemand Suggestivfragen an den Erblasser stellt, die dieser einfach bejaht, und daß der Fragende oder ein Dritter demgemäß die Urkunde niederschreibt. Zwar nicht gegen die Form, aber gegen das Wesen der letztwilligen Verfügung würde dergleichen verstoßen.

IV. „Der Schreiber des letzten Willens kann in allen Fällen zugleich Zeuge sein“ (§. 581 a. E., vgl. l. 27 D. qui test. 28. 1), muß es aber nicht sein, und dann braucht er auch nicht zeugnissfähig zu sein. Es kann also eine Frau oder ein Kind unbedenklich zum Schreiben der Urkunde verwendet werden, obgleich sie nicht Testamentszeugen sein können (§. 591). Mit dem

⁴⁾ Vgl. Unger Erbrecht §. 24 Anm. 11.

⁵⁾ Vgl. den von Beckmann p. 485 erzählten Fall, in welchem er selbst als Zeuge fungirte. Dort wurde das Testament nicht nur von den Zeugen, sondern auch von der Erblasserin in ihrer Gegenwart unterschrieben (s. oben S. 144 R. 28).

⁶⁾ Vgl. Taglioni IV p. 106. Der Fall ist von praktischer Wichtigkeit, wie Jeder, der in Gegenden mit gemischter Bevölkerung gelebt hat, bestätigen wird. Und was hier oft nur aus Bequemlichkeit geschieht, das kann unter Umständen das factisch einzig Mögliche sein. Vorgelesen ist der Fall nur in der Not. Ddg. §§. 63, 72.

⁷⁾ Zeiller Commentar II S. 457.

unvorsichtigen Ausdruck „in allen Fällen“ ist nicht gemeint: „auch wenn sie nicht zeugniß-fähig sind,“ sondern: „sowohl im Falle des §. 579, als dem des §. 580, als dem des §. 581,“^{7a)} überhaupt in allen Fällen, wo zu einem allographen Testamente Zeugen zugezogen werden.“ Das Gesetz will nur sagen: Der Umstand, daß Einer den Testaments-Aussatz geschrieben hat, hindert ihn nicht, bei dessen Solemnisirung als Zeuge zu fungiren. Manche Juristen (z. B. Ellinger) glauben, daß das Hfd. v. 4. Sept. 1771,⁸⁾ wornach weder Welt- noch Ordens-Geistliche einen letzten Willen niederschreiben durften,⁹⁾ widrigens er nichtig gewesen wäre, noch in Geltung sei. Es ist aber das Gegentheil gewiß, da die Vorschriften über die Formerfordernisse der Testamente nur aus dem a. b. G. B. (und der Not. Obg.) zu entnehmen sind.¹⁰⁾

V. Die regelmässige (s. §. 598) Zahl der Zeugen ist drei. Sie müssen fähig (s. §. 591 ff.), beim Testiract persönlich anwesend¹¹⁾ und zwar in der dem Wunsche des Testators entsprechenden Absicht, als Testaments-Zeugen zu fungiren, anwesend sein. Sie müssen also, wenn auch ohnehin schon zufällig zugegen, vom Testator zur Zeugenschaft aufgefordert, in diesem natürlichen Sinne rogirt sein (vgl. Prot. 30. Jän. 1804 und Excurse zu §. 585 f.), und dies gilt in jedem Falle, wo zu einer Testamentsform Zeugen gefordert werden (also auch bei mündlichen Testamenten). Die Aeußerung Zeiller's (II S. 458), „daß die Zeugen nicht eigens zu dem Acte herbeigerufen oder erbetene Zeugen sein“ müssen, hat zu argen Mißverständnissen Anlaß gegeben. Sie erklärt sich daraus, daß in früherer Zeit die Zeugen in umständlicher und feierlicher Weise zur Zeugenschaft schriftlich eingeladen werden mußten, nämlich durch sogen. Bittzettel, für welche selbst wieder eine gewisse Form vorgeschrieben war (s. Excurse). Dies will Zeiller ablehnen und nur dies; denn auf S. 454 zählt er selbst „die Beiziehung von Zeugen“ unter die „Förmlichkeiten dieser Art“ zu testiren. An der anderen Stelle will er nur sagen, daß es genüge, wenn der Testator Personen, die aus anderem Anlaß anwesend sind, in formloser Weise zur Testaments-Zeugenschaft auffordert. Wo selbst eine solche Aufforderung fehlt, ist kein animus testandi vorhanden, am wenigsten, wenn der Interessirte, der eine Aeußerung des Erblassers provociren will, sich Leute mitbringt, damit sie dieselbe hören; seine Aufforderung kann doch selbstverständlich nicht die des Erblassers ersetzen!¹²⁾

^{7a)} Deshalb wurde dieser Satz, der erst bei §. 579 (Westg. G. B. §. 375) stand, an das Ende der mit einander zusammenhängenden §§. 579—581 gestellt; am richtigsten stünde er in den Paragraphen (591 ff.) von den Testamenten-Zeugen.

⁸⁾ Abgedruckt in Winwarter's Handbuch II S. 226 f.

⁹⁾ „Auch in allen Fällen äußerster Noth, wo gar keine andere, des Lebens und Schreibens kundige Personen zu haben sind.“ (Aus Versehen steht in der Manz'schen Ausg. bei §. 581 „Fälle der äußersten Noth ausgenommen.“)

¹⁰⁾ Die Berufung Ellinger's auf Abs. 8 des R. M. B. ist ungehörig, da es sich hier um eine primär privatrechtliche Anordnung handelt. §. 591 pr. zeigt, wie das Still-schweigen des G. B. über jenen Punkt zu verstehen ist. Nippel IV S. 118 f., dem Winwarter III S. 86 beistimmt, hält das Hfd., soweit es privatrechtlich ist, für antiquirt, als Verbot für die Geistlichkeit aber gültig. Sie sollen nicht testamentarii sein, aber wenn sie es sind, schadet das der Gültigkeit des Testamentes nicht. Wir glauben nicht, daß noch ein Verbot auch nur in diesem Sinne besteht, können es aber, als hier irrelevant, dahingestellt sein lassen. Vgl. Dolliner Recht geistlicher Personen S. 35, Unger §. 10 Anm. 2, Fäger II S. 40 S. 29. Das andere einschlägige Hfd. ist vom 20. Mai (nicht März, wie Viele schreiben) 1785 S. G. S. Nr. 433 (bei Winwarter I. c. S. 227). S. auch schon Beckmann p. 482; Vossius §. 671 und §. 531.

¹¹⁾ Der in früheren Jahrhunderten häufige Unfug, die Testamente zu den Zeugen herumzuschicken, wurde wiederholt verboten. Doch ist dergleichen auch in neuerer Zeit nicht ohne Beispiel, s. Sammlung I Nr. 118, wo der oberste Ger. S. mit Recht die angebliche Thatfache, daß sich der Erblasser hinterher für die Unterschrift bedankte, für irrelevant erklärte.

¹²⁾ Dies gegen die Entscheidung in der Sammlung III Nr. 1141 (s. oben S. 95 f. Nr. 8 und 9, S. 97 Nr. 18) und gegen die Behauptung in Bd. V Nr. 2371: „Das Gesetz erheischt zu einer gültigen letzten Willenserklärung nicht, daß der Erblasser selbst die Zeugen

Das Westgal. O. B. II §. 375 verlangte, daß der Erblasser „den Zeugen von Person bekannt“ sei. Mehrere Commissionen wollten, daß mit Rücksicht auf plötzlich erkrankende Reisende Ausnahmen gestattet sein sollten. Zeiller meinte, es sollte genügen, daß die Zeugen bekräftigen können, es sei kein Betrug oder Irrthum in der Person des Erblassers unterlaufen, indem sie nämlich seine Person beschreiben oder solche Verhältnisse angeben können, woraus aller Verdacht verschwindet. Diese Bestimmung aber gehöre in die Paragraphen von den Eigenschaften der Zeugen (Prot. 23. Jän. 1804). So wurde diese Vorschrift hier absichtlich, an der späteren Stelle aus Versehen weggelassen (sie steht nur im §. 585). Nichts aber sollte sich mehr von selbst verstehen, als daß die Zeugen vor allem die Identität der Person zu constatiren im Stande sein müssen,¹³⁾ wenn sie auch nicht seine „Bekannt“ im gewöhnlichen Sinne des Wortes zu sein brauchen.

VI. Vor diesen Zeugen muß der Erblasser, wie §. 579 sagt, „den Aufsatz als seinen letzten Willen bestätigen“, d. h. „versichern, daß die ihnen vorgezeigte Urkunde seinen letzten Willen enthalte“. (Zeiller II S. 454.) Für diese Bestätigung ist nun freilich keinerlei Formel vorgeschrieben, wie für jene altrömische nuncupatio (Gaius II §. 104), mit der sie in ununterbrochenem geschichtlichen Zusammenhange steht und im Wesen übereinkommt, indem auch hier alles, was „specialiter“ im Testamente geschrieben steht, „testator videtur generali sermone confirmare“. Aber die bloße Bejahung einer Frage, oder gar ein Kopfnicken kann nicht genügen (arg. §. 565), weil hiermit keine Garantie gegen Mißverständnis, Zerstretheit, Betrug gegeben ist.¹⁴⁾ Wenn es auch nicht unerlässlich ist, daß der Erblasser gesagt hat: „Dieser Aufsatz enthält meinen letzten Willen“ oder ähnlich, so muß doch gefordert werden, daß der Testator die Zeugen in einer Weise angesprochen hat, die nicht anders gedeutet werden kann, denn als Bestätigung des Aufsatzes und Aufforderung, ihn als Testamentszeugen zu unterschreiben. Und dabei ist eine strenge Auslegung im Sinne des Gesetzes. Denn das Westgal. O. B. II §§. 375, 376 verlangte, der Erblasser müsse „mit eigener Hand hinzusetzen, daß dieses sein letzter Wille sei“ und überdies sollte er „in Gegenwart der Zeugen . . . mündlich erklären, daß der Aufsatz echt sei und seinen letzten Willen enthalte“. Die Redactoren des a. b. O. B. fanden, man solle eine doppelte Bestätigung nicht verlangen. Die eine aber

zu sich bitten oder rufen ließ, und daß er ihnen wörtlich verkündigt haben müsse, ihnen nun seinen letzten Willen bekannt geben, Testament machen zu wollen.“ S. unten Nr. 15. — Wichtig Nippel IV S. 111: „der Testator muß Zeugen beiziehen“ (nicht entschieden genug auf S. 86), bes. aber Winwarter III S. 81 f.: „Die Zeugen müssen auch nach unserem Rechte in einem gewissen Sinne besonders ersucht (specialiter rogati) sein. Es wird zwar nicht erfordert, daß sie gerade in der Absicht, um als Testamentszeugen gebraucht zu werden, besonders herbeigerufen werden, aber es ist nothwendig, daß sie von dem vorzunehmenden Acte Kenntniß, dann den Willen und das Vermögen haben, die Bestätigung des Erblassers zu vernehmen und zu bezeugen; es genügt also ihre bloße Gegenwart nicht, sondern sie müssen aufmerksam und geneigt gemacht worden sein, als Zeugen zu handeln. Auch würde es nicht genügen, wenn der Erblasser bloß sagte: ‚ich habe hier eine Urkunde ausgestellt, seid so gut und unterschreibet als Zeugen‘, sondern er muß ausdrücklich erklären, daß der vorgelegte Aufsatz seinen letzten Willen enthalte.“ Zusammenh. Unger §. 10 Anm. 13.

¹³⁾ Im Falle der Sammlung IV Nr. 1604 „vermochte kein einziger der zum ewigen Gedächtniß abgehörten Zeugen zu bestätigen, daß die fragliche Unterschrift wirklich von der Person des testirenden M herrührt“ [das wäre noch nicht entscheidend, weil das an sich verschiedene Ursachen haben könnte]; auch fiel auf, „daß ein Zeuge, welcher doch sonst den M kannte, nicht zu befähigen vermochte, daß dieser es war, der seinen letzten Willen erklärte.“ Der oberste Ger. H. fand dennoch die Bestätigung der Zeugen, „daß der Vorgang genau derselbe war, welcher aus der Urkunde selbst erhellt“, genügend. Das im §. 585 für mündliche Testamente vorgeschriebene Erforderniß sei eben nur für mündliche Testamente vorgeschrieben. — Uns scheint kein arg. a contr. unzulässiger, als dieses,

¹⁴⁾ Wichtig ein Ungenannter (Dr. M.) im „Jurist“ VIII S. 423—429.

wegzudeuten oder zu einem Nichts abzuschwächen, ist gegenüber der Natur der Sache und dem sie bestätigenden historischen Beweise unmöglich. Denn außer an der schon citirten Stelle (S. 454), äußert sich an einer anderen (S. 436) in einem anderen Zusammenhange Zeiller noch bestimmter: Es genüge nicht, daß der Erblasser etwa einen „abgelesenen Aufsatz blos mit Kopfnicken oder einer kurzen Bejahungsformel billigt. . . Er muß ihn ausdrücklich als seinen letzten Willen bestätigen (§. 579).“¹⁵⁾ Und hieran ist um so strenger festzu-

¹⁵⁾ Die Praxis schwankt. 1) Sammlung I Nr. 93. Der Testator unterschrieb vor den Augen der Zeugen, die sich darauf „als Testaments-Zeugen“ unterschrieben. Mit Recht erklärten die II. und III. Instanz das für ungenügend, letztere mit der Begründung: „§. 579 ordnet mit Bestimmtheit und kategorisch an, daß . . . (der Erblasser) in Gegenwart der bestimmten Anzahl von Zeugen erklären müsse, daß die Urkunde seinen letzten Willen enthalte. Nach dem Buchstaben und Sinn des Gesetzes genügt es keineswegs, daß die Zeugen einfach bei einer wie immer beschaffenen Unterschrift einer Urkunde zugegen seien, auch wenn diese sich ihrem Inhalte nach als eine letztwillige Erklärung schließlicly herausstelle.“ Die Zeugen waren eben nicht vom Erblasser, sondern von einem Dritten rogirt und dies war im Grunde das eigentliche Bedenken (vgl. oben Note 12 und Text). — 2) In Nr. 281 ebd. äußerte sich der oberste Ger. H. dahin, daß in §. 579 nicht gerade gefordert werde, daß der Erblasser die Worte brauche: „diese Schrift enthalte seinen letzten Willen;“ vielmehr genüge jede bestätigende Aeußerung, durch welche vor den Zeugen dem Schriftstück jene Eigenschaft beigelegt und die Identität constatirt werde. — 3) Ebd. I Nr. 428. Die Erblasserin hatte auf die Frage, ob die Urkunde ihren letzten Willen enthalte, mit „ja wohl!“ geantwortet und die Urkunde unterzeichnet, beides in Gegenwart aller drei Zeugen. Dies wurde von allen drei Instanzen für genügend erklärt und dabei behauptet, die Vorschrift des §. 565, daß die Bejahung einer Frage nicht genüge, gelte nur für mündliche Testamente (s. dagegen oben S. 99). — 4) Ebd. I Nr. 478. Die von einem Anderen aufgesetzte Urkunde wurde dem Erblasser vorgelesen und er gefragt, ob es so recht sei. Er antwortete „Ja!“ und setzte, da er zu schwach war, um zu schreiben, ein Kreuzzeichen unter die Urkunde, welche die Zeugen sofort unterfertigten. Alle drei Instanzen erkannten wie oben; dabei dieselbe Auslegung des §. 565 und dazu noch die Behauptung: „Nach §. 579 ist nicht eine materielle Aeußerung des Testators den Zeugen gegenüber in dem Sinne erforderlich, daß die Urkunde wirklich seinen letzten Willen enthalte, sondern es genügt, daß er dies durch ein Benehmen an den Tag lege, welches den Zeugen die moralische Ueberzeugung von der Identität des Schriftstückes verschafft.“ — 5) Noch bestimmender ist die Entscheidung im Vb. II Nr. 562. Allographes Schriftstück, das ein Zeuge (!) den anderen als letzten Willen des Erblassers mit der Aufforderung vorwies, sie sollen sich als Zeugen unterfertigen; allerdings in Gegenwart des Erblassers, der nach Aussage des einen Zeugen selbst zu ihnen gesprochen und sie ebenfalls zum Unterschreiben aufgefordert, nach Aussage des zweiten Zeugen aber den Aufsatz nur mit „Ja“ und Kopfnicken bestätigt haben soll, während der dritte gar nur das Kopfnicken bezeugt, das „Ja“ nicht gehört hat. Die I. Instanz erklärte das Testament unter Bezugnahme auf §. 565 als ungültig, die II. und III. für gültig, letztere mit der Begründung: „weil im §. 579 nicht so, wie im §. 565 die bloße Bejahung als rechtswirksam erklärt wird.“ Als ob §. 565 und §. 579 coordinirte Paragraphen wären, als ob sich nicht §. 565 auf jede letztwillige Erklärung bezöge! — 6) Um so erfreulicher ist Nr. 982 ebd. Das Testament war der Erblasserin in Gegenwart aller drei Zeugen vorgelesen worden, sie hatte es durch Kopfnicken bestätigt und hierauf gefertigt, so daß hier ein viel weniger bedenklicher Thatbestand vorlag, als in dem früheren Falle. Dennoch erklärte der oberste Ger. H. — gewiß mit Recht — das Testament aus folgenden Gründen für ungültig: „Im Allgemeinen bleibt für letztwillige Anordnungen die Vorschrift des §. 565 . . . maßgebend. Es ist insbesondere für den Fall, wo der Erblasser seinen letzten Willen von einer anderen Person niederschreiben ließ, nach §. 579 vorgeschrieben, daß der Erblasser . . . den Aufsatz als seinen letzten Willen bestätige. Diese Bestätigung ist hier nicht vorhanden. . . Die Kopfbewegung der Erblasserin vermag (abgesehen davon, daß dieselbe durch einen anderweitigen Zufall erregt worden sein konnte) die gesetzlich geforderte bestimmte, daher ausdrückliche Bestätigung und Erklärung der Erblasserin nicht zu ergänzen. Der Umstand, daß der Testamentsaufsatz der Erblasserin vorgelesen wurde, trägt nicht bei, das Micken . . . als bestätigende Erklärung anzuerkennen.“ — 7) III Nr. 1327. Der oberste Ger. H. erklärte die Unterfertigung des Testators nach erfolgter Vorlesung für eine genügende Bestätigung. — 8) Vb. X Nr. 4778. Der Testator ließ sich den Aufsatz vom Testamentschreiber vorlesen, worauf er nach Aussage des einen Zeugen gesagt haben soll, „daß es so bleibe, wie es ist,“ nach der des zweiten, „So, Nachbarn, ich unterschreibe es nun,“ nach der des dritten „Nachbarn, sehet, ich unterschreibe es

halten, als das allographe Testament nicht mehr (wie nach dem Westgal. G. B.)¹⁶⁾ vom Erblasser in Gegenwart der Zeugen durchgesehen, noch auch (wie nach römischem Recht)¹⁷⁾ in ihrer Gegenwart unterschrieben zu werden braucht.¹⁸⁾ Andererseits vermag die vor ihren Augen beigefegte Unterschrift die mündliche Bestätigung nicht zu ersetzen (s. Note 15 Z. 1 und 6, aber auch Z. 7 und 8). Diese muß gegenüber allen Zeugen erfolgen, aber sie brauchen nicht alle drei gleichzeitig zugegen zu sein; es genügt, wenn dies bei zweien der Fall ist, der dritte kann früher oder später kommen;¹⁹⁾ es kann dies auch um Tage früher oder später geschehen, so daß in diesem Punkte abermals von der unitas actus abgesehen wird.

VII. Ueber die Beschaffenheit der Unterschrift des Testators gilt dasselbe, was vom holographen Testamente gesagt wurde (s. S. 146 f.). Die Unterschrift kann früher (auch um Jahre früher) unter den Context gesetzt worden sein, als die Zeugen-Unterschriften, aber nicht später; m. a. W. die Zeugen dürfen nur auf eine vom Erblasser bereits gefertigte Urkunde ihre Namen setzen²⁰⁾ (vgl. oben Abf. II; vgl. Sammlung IX Nr. 4148). — Datum und Siegel sind auch beim allographen Testamente nicht erforderlich.

VIII. Wann, wo, wie haben sich die Zeugen zu unterschreiben?
 a) Wann? Nach dem Erblasser, aber noch bei seinen Lebzeiten. Wenn auch nur einer der Zeugen nach dem Tode des Erblassers unterschreibt, so ist das Testament ungiltig. Denn es ist nur dann formgerecht, wenn der Testiract während des Testators Leben vollendet worden ist.²¹⁾ — b) Wo? Die doppel-sinnige Frage erfordert zwei Antworten: α) in Gegenwart des Testators;²²⁾ β) sie können ihre Namen hinschreiben unter den Context, neben oder unter²³⁾ den Namen des Testators; aber auch an eine andere Stelle, selbst auf eine leere

eigenhändig.“ Beide Untergerichte erkannten darin keine genügende Bestätigung im Sinne des §. 579; der oberste Ger. S. fand sie genügend, weil „die in §. 579 geforderte Bestätigung . . . an keine bestimmte Form gebunden ist, mithin nach §. 863 . . . auch stillschweigend durch schlüssige Handlungen erfolgen kann.“ Stünde fest, daß der Erblasser sowohl die vom ersten, als die von den beiden anderen Zeugen behauptete Aeußerung gethan habe, dann ließe sich diese Entscheidung billigen, nicht auch ihre Begründung. Gegen das Hereingehen des §. 863 f. „Jurist“ VIII S. 427. — Was die Theorie betrifft, so wird die von Texten vorgetragene Ansicht vertreten durch Zeiller (s. oben) und Win-warter (s. hier Nr. 12 a. E.) (derselben Ansicht sind wohl auch Nippel IV S. 111 Z. 3, S. 113 Z. 5, Carozzi XIII p. 110, 112 und Basevi p. 238), die Lage von Taglioni IV p. 104, Fügler II §. 21; eine Mittelmeinung von Stubenrauch S. 777 Z. 4. (Die Aeußerung Unger's in §. 10 A. 4 läßt sich sowohl im Sinne unserer, als der Mittelmeinung deuten.)

¹⁶⁾ §. 376 Westgal. G. B. II: „In Gegenwart dieser Zeugen soll der Testator den Auffatz genau durchsehen, und mündlich erklären, daß er ächt sey, und seinen Willen enthalte. Dadurch allein kann allem Verdacht eines unterschobenen oder verfälschten Testaments vorgebeugt werden.“

¹⁷⁾ L. 21 pr. Cod. VI, 23.

¹⁸⁾ Basevi p. 238 hält die eben erwähnten Erfordernisse (zu dem ersteren fügt er abschwächend hinzu „o facendosola leggere“) für noch giltig; dies ist entschieden unrichtig. S. Zeiller II S. 454, Taglioni IV p. 104, Unger §. 10 A. 3, Stubenrauch 2. Aufl. I S. 778. Unrichtig ist auch die weniger weit gehende Behauptung Fügler's II §. 25, gegen ihn Unger a. a. D.

¹⁹⁾ Zeiller II S. 456.

²⁰⁾ Nippel IV S. 112, Ellinger zu §. 579, Unger Anm. 3.

²¹⁾ Ellinger zu §. 579, Unger Anm. 5, Stubenrauch zu §. 579 Z. 8. A. M. ist Fügler II S. 39. — Vollends selbstverständlich ist es, daß wenn der Erblasser vor der Ankunft des dritten erbetenen Zeugen stirbt, dieser, dem der Testator die mündliche Bestätigung nicht wiederholen konnte, nicht unterschreiben darf (Jurist VIII S. 429).

²²⁾ Unger a. a. D., a. M. Fügler a. a. D.

²³⁾ Es wäre nicht ungeschicklich, aber unvorsichtig, die Namen zwischen Context und Unterschrift des Testators zu schreiben, weil dies den Verdacht erwecken würde, daß sie früher als dieser unterschrieben haben.

Außenseite der Urkunde.²⁴⁾ Es ist dies darum gestattet, damit der Erblasser, wenn er will, den Inhalt des Testaments den Zeugen verheimlichen könne (§. 579 a. E.).²⁵⁾ Andererseits ist unstatthaft, daß sich die Zeugen auf einen Umschlag unterschreiben, weil sonst Unterschreibungen erleichtert wären.²⁶⁾ — c) Wie? Nicht mit Handzeichen, sondern mit ihren Namen,²⁷⁾ wobei übrigens auf alles hinsichtlich der Unterschrift des Testators auf §. 146 f. Gesagte zu verweisen ist; namentlich sollen auch sie eigenhändig, also nicht mit geführter Hand unterschreiben (dagegen Entscheidung in der Ger. Ztg. 1854 Nr. 71, 73). — Das Gesetz verlangt aber weiter: „die Zeugen sollen sich als Zeugen des letzten Willens unterschreiben“ (§. 579). Man sollte glauben, kein Text sei klarer als dieser; dennoch hat er zu viel Streit Veranlassung gegeben. Man behauptet in der Praxis vielfach, das „als“ mit den darauf folgenden Worten gehe nicht auf den Inhalt der Unterschrift, sondern sei innerlicher zu fassen; es sage nur, in welcher Eigenschaft die Zeugen sich unterschreiben sollen. Diese gewaltsame Deutung widerspricht schon jeder unbefangenen Worterklärung; in welcher Eigenschaft könnten denn „die Zeugen“ unterschreiben, als in ihrer Zeugen-Eigenschaft?! — Wie soll man glauben, daß unsere nach möglichster Kürze strebenden Redactoren, wenn das ihre Meinung gewesen wäre, einen Zusatz aufgenommen hätten, der dann nicht nur ganz überflüssig, sondern irreleitend gewesen wäre! Jene hyperjübile Deutung ist aber ganz unmöglich, da der Text früher lautete: „Die Zeugen sollen sich ausdrücklich als Zeugen des letzten Willens unterzeichnen“ (§. 377 Westgal. G. B. II). Hätte man eine meritorische Aenderung beabsichtigt, so würde man ganz gewiß nicht bloß das eine Wort, sondern den ganzen Passus gestrichen haben. Dazu kommt, daß jene Vorschrift nur die Sanctionirung dessen enthält, was durch Jahrhunderte allgemeine Sitte war. — Die spitzfindige Frage, warum dieser Passus nicht zwischen Anführungszeichen stehe, ist leicht zu beantworten. Die Bestimmung des §. 579, wie überhaupt die Formvorschriften, wollen sich ebenso auf Codicille (und die meisten auch auf Erbverträge) beziehen, wie auf Testamente. Es ist also ebenso statthaft zu schreiben „Testaments-Zeuge“, „Zeuge dieses Testaments“ (bez. Codicilles, Erbvertrages), als den allgemeineren Ausdruck „Zeuge des letzten Willens“ zu gebrauchen. Bestimmte Ausdrücke wollten und konnten demnach nicht vorgeschrieben werden; jeder gleichbedeutende Ausdruck genügt, wenn nur die Eigenschaft, in welcher die Unterschreibenden unterschrieben haben, aus der Unterschrift selbst apparirt.²⁸⁾ — Gegenüber so unzweifelhafter Sachlage könnte die Bemerkung, eine solche Vorschrift passe nicht zu der sonstigen Dürftigkeit der Formvorschriften, und es lasse sich kein verständiger Grund dafür angeben, nur zur Kritik, nicht zur Interpretation des §. 579 beitragen. Es ist aber auch die Nichtigkeit jener

²⁴⁾ Bei der Bemerkung, daß „unterschreiben“ in dieser Gesetzesstelle in einem eigentlichen Sinne genommen sei (Helm in der Ztschr. f. österr. Rechtsgef. 1828 II S. 254, Stubenrauch S. 779 Nr. 3), ist der Unterschied von „sich unterschreiben“ und „etwas unterschreiben“ nicht beachtet. (Das Gesetz sagt, der Erblasser soll den „letzten Willen unterfertigen“, die Zeugen sollen „sich auf die Urkunde unterschreiben“.)

²⁵⁾ Vgl. Vossius §. 672. „Sufficit, si (testator) dixerit, hoc esse suum testamentum, idque clausum testibus extrinsecus subscribendum et signandum obtulerit.“ Ebenso nach römischem Recht: l. 21 pr. Cod. VI, 23; cf. Gaius II 181. Vgl. Bruns Die Unterschriften S. 94 f.

²⁶⁾ Vgl. Zeiller II S. 456. — Anders nach römischem und gemeinem Rechte, wo übrigens die Frage im vorigen Jahrhunderte bestritten war. Glück 34. Bd. S. 454 ff.

²⁷⁾ Stubenrauch S. 779 Z. 6 und Note 2. Sammlung III Nr. 1181 u. 1261.

²⁸⁾ Dazu ist ein einziges Wort („Testaments-Zeuge“) ebenso geeignet, als ein ganzer Satz. Weitläufige Unterschriften-Formeln findet man zuweilen in italienischen Testamenten (vgl. Carozzi XIII p. 112, 119, 120, Sammlung II Nr. 968), als Nachklang uralter Sitte; f. Spangenberg im Archiv f. civ. Pr. V (1822) S. 144 ff., Bruns S. 53 f., S. 103.

Bemerkung nicht zuzugeben. Denn, wenn die Zeugen bloß mit ihren Namen unterzeichnen, oder selbst „als Zeugen“, so können sie nach des Erblassers Tode das Testament zu Falle bringen.²⁹⁾ Wir haben aber überhaupt nicht das Recht, die Anwendung einer klaren Vorschrift von unserer Einsicht in die ratio legis abhängig zu machen (I. 20, I. 21 D. I 3). Daß überhaupt hier eine Meinungsverschiedenheit entstehen konnte, erklärt sich nur daraus, daß man glaubt, was man wünscht, und eine unbequeme, der eigenen Ueberzeugung nicht entsprechende Anordnung des Gesetzes gerne wegdeutet. Und in der That ist es hart, wenn wegen eines solchen Formverschens ein letzter Wille ungiltig ist.³⁰⁾ Aber die

²⁹⁾ Uns ist ein Fall bekannt, wo unmittelbar unter dem Context, in dessen letzten Zeilen das Wort „Testament“ mit größerer Schrift hervorgehoben war, dicht unter dem Namen des Testators drei Namen standen, unter jedem der Zusatz „als Zeuge“. Diese Zeugen haben eiblich ausgesagt, es habe nicht nur keine nuncupatio stattgefunden, sondern sie hätten gar nicht gewußt, daß es sich um einen letzten Willen handle. Das Gericht mußte, obwohl es die Beschaffenheit der Unterschriften für genügend hielt, und trotz der großen Unwahrscheinlichkeit der Aussage, das Testament für nichtig erklären. Man wende nicht ein, nach unserer Ansicht hätte schon wegen der Beschaffenheit der Unterschrift ebenso entschieden werden müssen. Gewiß! Wäre aber die Vorschrift des §. 579 befolgt worden, hätte der Erblasser die Zeugen bestimmt, sich „als Testaments-Zeugen“ ob. dgl. zu unterschreiben, so wäre jene Aussage unmöglich gewesen; und dies beweist — was einzig zu beweisen war — daß jene Vorschrift nicht sinn- und zwecklos ist. — Wichtig ist auch Winwarter's Bemerkung, daß schon das eigene Interesse der Zeugen dort, wo sie den Inhalt der Urkunde nicht kennen, erheische, daß sie jenen Zusatz zu ihrer Unterschrift nicht vernachlässigen; für den Gesetzgeber war aber diese Erwägung nicht bestimmend.

³⁰⁾ Daraus erklärt es sich, warum in der Theorie ebensofehr die richtige, als in der Praxis, an die das Leben mit seinen ungesüßten Argumenten herantritt, die unrichtige Deutung vorwiegt. Die richtige Ansicht vertreten Winwarter III S. 83 f., Ellinger zu §. 579, Unger §. 10 Anm. 6, Kirchstetter S. 301, Carozzi XIII p. 110 (vgl. p. 112, 119, 120), Basevi p. 238, Taglioni IV p. 104. Winwarter bemerkt: „Dieser Zusatz ist nicht überflüssig; denn es wird dadurch außer Zweifel gesetzt, daß die Zeugen wußten, was sie zu bezeugen haben, und es wird dadurch bestätigt, daß der Erblasser die vorgelegte Urkunde als seinen letzten Willen enthaltend anerkannt habe, und nicht getäuscht worden ist, indem man ihm vielleicht das Testament unter dem Vorwande, daß es eine andere Urkunde, z. B. ein Mietcontract, oder eine Erklärung anderer Art sei, unterlegt hat.“ Fügler (II §. 26) dagegen hält die bloße Namensfertigung für genügend, Nippel IV S. 114 und Stubenrauch S. 779 §. 7 diese zusammen mit dem Beisage „als Zeugen“. — Praxis: Ueber die Frage, ob die bloße Namensfertigung genüge, kommen die Gerichte wohl selten in die Lage, zu entscheiden; meistens handelt es sich darum, ob der Zusatz „als Zeuge“ genüge, und diese Frage wird von den Gerichten fast immer bejaht und zwar meist mit einer Begründung, nach der auch die bloße Namensfertigung als genügend erscheinen würde. S. Eco dei Tribunali 1851 p. 36, 38; Gerichts-Zeitung 1852 Nr. 97: alle drei Instanzen gingen von der Ansicht aus, daß der Zusatz „als Zeuge“ genüge. Ebd. 1854 Nr. 71, 73: Die gleiche Entscheidung, die von der II. Instanz so begründet wurde: „Der Kläger findet darin eine Verletzung der Form, daß die Zeugen sich nicht „als Zeugen des letzten Willens“ unterschrieben haben. Diese Behauptung erscheint aber unrichtig, weil jeder, der eine Urkunde als Zeuge unterschreibt, als solcher anzusehen ist, und daher, wenn bei den Testamenten diesfalls eine Ausnahme gelten sollte, und der Ausdruck „Testamentszeuge“ ein notwendiges Erforderniß zur Gültigkeit der letzten Willenserklärung wäre, dies gesetzlich angeordnet sein würde.“ Als ob im §. 579 kein Wort davon stünde!! Und zur Entschuldigung läßt sich nicht einmal sagen, daß das Wort „Testamentszeuge“ im §. 579 allerdings nicht stehe; denn in der citirten Aeußerung wird ja dieser Ausdruck mit „Zeuge des letzten Willens“ abwechselnd gebraucht, was beweist, daß er nicht sylbengenaue gemeint ist. — In dem in Haimerl's Magazin VIII S. 361 ff. erzählten Falle hatte sich ein Zeuge „als erbetener Zeuge“, ein anderer „als Zeuge“, der dritte gar nur mit seinem Namen unterschrieben. Alle drei Instanzen erklärten dies für genügend. — Ebenso entschieden die II. und III. Instanz im Falle der Sammlung V Nr. 2097 (wo aber die I. Instanz die richtige Ansicht vertrat), ebenso der oberste Ger. S. im Falle der Sammlung IX Nr. 4148. Mehr für sich hat es, wenn in VII Nr. 3419 der Zusatz „als erbetene Zeugen“ für hinreichend angesehen wurde; denn in der That ist das Objectiv „erbeten“ nur bei Testamenten gebräuchlich (andererseits ist das Verwort „erbeten“ vor „Zeuge des letzten Willens“ nicht notwendig; Zeißler II S. 458). — Entschieden zu mißbilligen dagegen ist die in der Ger. Ztg. 1852 Nr. 58 (Eco 1852

Gesetzesauslegung kann da nicht helfen; sie muß constatiren, daß weder die bloßen Namensunterschriften, noch der Zusatz „als Zeuge“ genügen.³¹⁾

IX. Zu §. 580. Die §§. 580 und 581 sind nicht selbständig, sondern Anhänge zu §. 579. Wenn der Testator lesen und schreiben kann, dann genügt die Beobachtung der in §. 579 vorgeschriebenen Förmlichkeiten; wenn er lesen, aber nicht schreiben kann, muß eine größere Vorsicht angewendet werden (§. 580), und eine noch größere, wenn er weder schreiben, noch lesen kann (§. 581). Die Abhängigkeit des §. 580 von §. 579 ist in ihm selbst wortdeutlich ausgedrückt („nebst Beobachtung . . .“); es ist aber nicht zu bezweifeln, daß §. 581 in dem gleichen Verhältnisse zu beiden vorhergehenden Paragraphen stehe (s. unten Abs. X, 4).^{31a)} — Was den Thatbestand betrifft, so sagt Zeiller II S. 458 f., daß zunächst an den des Schreibens Unkundigen bei Abfassung des §. 580 gedacht wurde, daß er aber auch auf Personen anwendbar sei, die aus physischen Ursachen (Verlust oder Verwundung der rechten Hand, Lähmung, Schwäche) nicht schreiben können (s. §. 886). (Sammlung I Nr. 478, III Nr. 1327.) An die Stelle der Unterschrift tritt hier das eigenhändige Handzeichen, das aber in Gegenwart aller drei Zeugen beigesetzt werden muß (Sammlung IX Nr. 4162), während bei der eigenhändigen in §. 579 verlangten Unterschrift gar kein Zeuge zugegen zu sein braucht, weil ihre Echtheit oder Unechtheit schon durch Schriftvergleichung erkannt werden kann. Demnach enthält der §. 580 theils eine Erleichterung, theils eine Erschwerung der normalen Form. Es macht sich von selbst (obwohl es nicht vorgeschrieben, also auch nicht nothwendig ist), daß auch die mündliche Bestätigung im Falle des §. 580 in gleichzeitiger Gegenwart aller Zeugen Statt findet. Der bloßen Vorsicht ist es überlassen (§. 601, anders als in §. 886, vgl. a. G. D. §. 116), daß der Name des Erblassers bei seinem Handzeichen von Einem der Zeugen beigesetzt werde, was schon darum wichtig ist, weil, wenn die Zeugen sterben oder auswandern sollten, Zweifel über die Person des Testators entstehen könnten (Zeiller S. 459). Der §. 580 setzt aber ein Nicht-schreiben-können voraus, im Falle des Nicht-Wollens ist er unanwendbar. Wer unterschreiben kann, darf nicht ein Handzeichen machen.³²⁾ Will er nicht unterschreiben, muß er mündlich testiren; ebenso derjenige, der nicht einmal ein Handzeichen machen kann.³³⁾ Der §. 580 gilt auch für denjenigen, der das Testament (vielleicht vor längerer Zeit) eigenhändig geschrieben hat, es aber nicht mehr unterschreiben kann.³⁴⁾ Der Testator muß lesen können, muß aber nicht gerade vor den Zeugen das Testament gelesen haben oder sich haben vorlesen lassen (Sammlung II Nr. 549, III Nr. 1327).³⁵⁾

p. 221) mitgetheilte Entscheidung. Zwei Zeugen hatten sich „als Testamentszeugen“, der dritte „als Vormund“ unterschrieben. Die I. Instanz erklärte das Testament für ungültig, die II., deren Entscheidung vom obersten Gerichtshof bestätigt wurde, für gültig; allerdings sei diese Unterschrift incorrect, aber dieses Versehen falle nicht dem Testator zur Last und deshalb sei §. 601 nicht anwendbar. Darüber ist zu bemerken: 1) eine solche Einschränkung des §. 601 ist unzulässig (so auch die Redaction a. a. D. S. 227), 2) der Zusatz „als Vormund“ ist nicht nur nicht genügend, sondern positiv vitirend (s. oben S. 101). Vgl. auch Stubenrauch S. 779 Nr. 5.

³¹⁾ Will man nicht durch Befehung und Strenge darauf hinwirken, daß die Leute bei einem so wichtigen Acte sich um die Vorschriften des Gesetzes erkundigen, und hält man jenes Erforderniß für unzumuthmäßig, so wäre zu wünschen, daß durch eine dasselbe abschaffende Novelle ein so ärgerlicher Widerspruch zwischen Gesetz und Praxis beseitigt würde.

^{31a)} Rippel IV S. 119, Taglioni IV p. 108, Unger S. 10 Anm. 8.

³²⁾ Rippel IV S. 111, Taglioni IV p. 105 sg., Carozzi XIII p. 115. Deshalb ist es vorsichtig, wenn das Nicht-können eine physische, vielleicht vorübergehende, Ursache hat, dieser in der Urkunde Erwähnung zu thun (Rippel IV S. 117).

³³⁾ Winivarter III S. 85.

³⁴⁾ Zeiller II S. 459 Z. 2, Stubenrauch zu §. 580 Z. 4.

³⁵⁾ Stubenrauch ebb. Z. 6.

X. Zu §. 581. Vorausgesetzt ist, daß der Testator weder schreiben, noch (Geschriebenes)^{35a)} lesen kann. Wie aber, wenn er schreiben, aber nicht lesen kann (Blinder)? Ein solcher kann mündlich oder holograph³⁶⁾ oder allograph testiren; in letzterem Falle muß er nicht ein bloßes Handzeichen, sondern seine Unterschrift unter die Urkunde setzen, im Uebrigen aber gilt auch für ihn der §. 581.³⁷⁾ Kann der Blinde nicht schreiben, dann findet §. 581 unverändert Anwendung. Denn auch hier ist das „nicht kann“ sowohl im Sinne der Urkunde,^{37a)} als der physischen Unfähigkeit zu verstehen (Zeiller S. 460). Auch hier kann selbst bloße Schwäche eine genügende Ursache des Nicht-Könnens sein. Doch folgt daraus, daß Jemand zu schwach war, um seinen Namen zu schreiben, nicht, daß er auch nicht hätte lesen können (Sammlung II Nr. 549); hat er es aber unterlassen, so liegt der Gedanke nahe, daß er sich auch dazu zu schwach fühlte, und es ist deshalb in solchem Falle rathsam, außer den Vorrichtungen des §. 580 auch die des §. 581 zu beobachten. — Diese nun bestehen darin: 1) daß sich der Erblasser den Aufsatz von einem Zeugen (von keiner anderen Person)³⁸⁾ in Gegenwart der beiden anderen Zeugen muß vorlesen lassen. 2) Selbst dies aber „gibt noch keine Sicherheit, dafern diese (Zeugen) sich nicht aus eigener Einsicht überzeugt haben, daß die Urkunde genau und vollständig (und) nur das enthalte, was dem Erblasser vorgelesen und von ihm als echt bestätigt worden ist“ (Zeiller S. 460). Dieses aber wird bei einem nicht ganz kurzen Aufsatz kein gewissenhafter Zeuge beschwören können, wenn er nicht während des Vorlesens in den Aufsatz sieht und ihn mitlesend controlirt. Formerforderniß ist dies jedoch nicht; es würde genügen (arg. vb. „eingesehen haben“), wenn sie vorher, aber während des Testiractes, also unmittelbar vorher, die Schrift sich durchgelesen hätten.⁴⁰⁾ Da mithin die Zeugen hier den

^{35a)} S. Ger. Ztg. 1852 S. 383.

³⁶⁾ Ellt. : er im „Jurist“ V S. 356 ff., Stubenrauch zu §. 581 Z. 1.

³⁷⁾ Ellt. er a. a. D., Stubenrauch a. a. D. Gleiches gilt auch von demjenigen, der, — obwohl sonst des Schreibens und Lesens unfähig, seinen Namen zu schreiben vermag. Ellinger zu §. 581; Kirchstetter S. 302.

^{37a)} Also bezieht sich §. 581 nicht bloß auf den Blinden, und auch bei diesem ist die Abhilfe eine andere, als im gemeinen Recht (s. Arnolds S. 487 Z. 2).

³⁸⁾ Taglioni IV p. 107, Carozzi XIII p. 118, Stubenrauch zu §. 581 Z. 4. Es kann immerhin ein Bierter sein, wenn er nur auch als Zeuge unterschreibt (Taglioni l. c.). Unrichtig Winiwarter III S. 85: Der Vorlesende „mag Einer der Zeugen oder eine von diesen verschriebene Person sein.“ — Daß der Vorlesende das Testament geschrieben hat, ist weder schädlich, noch genügend. M. a. W.: Auch der Testamentschreiber darf, wenn (aber auch nur wenn) er zugleich als Testamentszeuge fungirt, das Testament vorlesen.

³⁹⁾ Vgl. Basevi zu §. 581 Z. 1.

⁴⁰⁾ Winiwarter III S. 85: „Hierzu wird erfordert, daß sie den Inhalt genau eingesehen haben, oder was noch sicherer ist, zugleich mit dem Vorlesenden . . . eingesehen.“ Daß diese Controle Statt gefunden hat, braucht nicht auf der Urkunde angemerkt zu werden (Taglioni IV p. 107), doch ist es immerhin vorständig (Basevi zu §. 581 Z. 1). So geschah es in dem in der Sammlung II Nr. 968 (und bei Basevi zu §. 581 Z. 2) erzählten Falle. Bei ihrer Abhörung aber widerriefen die Zeugen diese ihre schriftliche Angabe, im Uebrigen die Echtheit und Nichtigkeit des Testaments anerkennend. Der oberste Ger. S. erklärte das Testament für gültig, indem er ihrer ersten schriftlichen Versicherung mehr Glauben schenkte, als dem späteren mündlichen Widerruf derselben. — In einem Falle (Ger. Ztg. 1852 Nr. 97), wo der eine Zeuge gestand, er habe wohl hineingesehen, aber — im Lesen wenig geübt — nicht den ganzen Aufsatz mitgelesen, während der dritte Zeuge gestand, in den Aufsatz gar nicht hineingesehen zu haben, wurde das Testament offenbar gegen das Gesetz, das eine Controle des Vorlesenden durch beide Zeugen verlangt) für gültig erklärt. Eine andere Frage ist es, ob das Testament gültig ist, wenn beide Zeugen hineingesehen und beide stellenweise mitlesen. Dies ließe sich eher bejahen. Unrichtig aber ist es, wenn Stubenrauch (sowohl in dem Commentar als in dem Fall, als im Commentar zu §. 581 Z. 3) behauptet, es komme gar nicht auf das Mitlesen, nur auf das Hineinsehen an; „das Mitlesen (sei) ein Act, der sich nicht überweisen

UNIV. PROSP. SCHULZ
 L. 1. 1860

Inhalt des Testaments jedenfalls wissen müssen, so könnte gefragt werden, ob sie auch in solchem Falle von außen unterschreiben dürfen. Diese Frage ist gewiß zu bejahen.⁴¹⁾ Andererseits muß auch der Erblasser Wortlaut und Sinn des Testaments, und zwar direkt durch das Vorlesen, erfahren; der Aufsatz darf deshalb nicht in einer ihm fremden Sprache abgefaßt werden; das Vorübersetzen, mit oder ohne Vorlesung, würde nichts nützen.⁴²⁾ — Daß die Zeugen den Inhalt der Urkunde kannten, genügt nicht; wenn sie nicht beim Testiract den Vorlesenden in der oben beschriebenen Art controliren, so ist das Testament ungiltig.⁴³⁾ Andererseits ist es auch hier nicht nothwendig, daß das Testament in Gegenwart der Zeugen dictirt werde.⁴⁴⁾ Wohl aber ist 3) im Falle des §. 581 unerläßlich, was im Falle des §. 580 nur factische Regel ist, nämlich daß die mündliche Befräftigung (die nuncupatio) in gleichzeitiger Gegenwart aller drei Zeugen erfolge. 4) Daß auch hier des Testators Unterschrift, bez. in Gegenwart der Zeugen beigefügtes Handzeichen erforderlich ist, wurde schon bemerkt.⁴⁵⁾

XI. Beweis. Den Beweis der Echtheit der Unterschriften des Testators und der Zeugen hat der die Gültigkeit des Testaments Behauptende zu erbringen,⁴⁶⁾ und ebenso die Beobachtung der Testamentsförmlichkeiten (namentlich die nuncupatio).⁴⁷⁾ Dagegen ist er in Bezug auf den Context in der Regel beweisfrei. Denn an eine comparatio literarum ist hier nicht zu denken (da der Text von wessen Hand immer, selbst von mehreren Personen geschrieben sein kann), und man muß annehmen, daß der lesenskundige Erblasser eine seinem Willen nicht entsprechende Urkunde nicht unterschrieben und den Zeugen zur Solennisirung vorgelegt hätte. Es wäre also, sobald die Unterschriften außer Frage stehen, Sache des Gegners, eine Unterschlebung oder Fälschung zu beweisen. Anders stellt es sich, wenn die Urkunde aus mehreren Bogen besteht, und die Vorschrift des §. 115 a. G. D. nicht beobachtet ist. Hier ist nur derjenige Bogen, auf dem die anerkannten Unterschriften stehen, ohne weiteres glaubwürdig; von den übrigen mußte im Bestreitungsfall bewiesen werden, daß sie

läßt, sondern dem Willen der Zeugen überlassen ist.“ „Dem Willen überlassen!“ Sie schwören eben einen Meineid, wenn sie eidlich aussagen, sie hätten controlirt, was sie in Wahrheit nicht controlirt haben. Verkehrt ist es auch, das Wort „eingesehen“ zu urgiren. Es heißt nicht: „die in den Aufsatz hineingesehen haben,“ sondern: „die den Inhalt eingesehen“ b. h. zur Kenntniß genommen haben.

⁴¹⁾ Carozzi XIII p. 118 sagt, sie müßten sich „in fine dello scritto“ unterschreiben. Unerläßlich ist dies aber gewiß nicht. Das Gesetz selbst schweigt hierüber, und wenn schon eine verbietende Vorschrift „cessante ratione legis non cessat“, um wie viel mehr eine erlaubende.

⁴²⁾ Taglioni IV p. 106.

⁴³⁾ So entschieden alle drei Instanzen in den Fällen der Sammlung IV Nr. 1888 und IX Nr. 4025, so die I. Instanz ebd. VII Nr. 3277; anders die II. und III. Instanz in dem letzten Falle, doch nicht principiell dissentirend, sondern nur unter Hinweisung auf die ganz besonderen Umstände des concreten Falles, welche allerdings jeden Verdacht auszuschließen geeignet waren.

⁴⁴⁾ Entscheidung in der Ger. Ztg. 1855 Nr. 140; Stubenrauch zu §. 581 N. 3.

⁴⁵⁾ Es ist dies auch allgemein anerkannt; s. Unger §. 10 Anm. 8 und die dort

Citirten.

⁴⁶⁾ Ritka Beweislehre S. 138 f. Note. — Vgl. das oben S. 149 f. über den Beweis der Echtheit des holographen Testaments Gesagte, ferner die Excurse (S. 78 ff.) zu §. 578, wo auch über die Praxis referirt ist; s. auch Sammlung I Nr. 306, IV Nr. 1604. Larcker (Ger. Ztg. 1876 Nr. 85) will auch beim allographen Testamente nicht die Echtheit und Formrichtigkeit, sondern die Unechtheit und Formwidrigkeit erweisen lassen. Denn wie sollte man den Beweis führen, wenn die drei Zeugen vor dem Erblasser verstorben sind? — Solche Argumente lassen sich leicht umkehren. Gewiß wäre es, wenn man L's Ansicht gelten ließe, sehr leicht, ein allographes Testament zu fingiren; denn hinsichtlich des ganzen Textes braucht es keiner Handschrift-Nachahmung, diese beschränkt sich auf vier Unterschriften, wobei man verstorbene Personen als Zeugen figuriren läßt.

⁴⁷⁾ Vgl. Unger Erbrecht S. 51 Anm. 6 und Text dazu.

nicht eingeschoben sind. Deshalb ist der §. 115 hier von unvergleichlich größerer Wichtigkeit, als bei holographen Testamenten. Allein auch hier kommt er nur für die Beweisfrage in Betracht, einen Formfehler begründet seine Außerachtlassung nicht.⁴⁸⁾ — Wenn die Beobachtung der in §. 579 vorgeschriebenen Förmlichkeiten feststeht, und der Gegner behauptet, daß auch noch der §. 581 hätte beobachtet werden sollen, dann hat dieser zu beweisen, daß der Erblasser, trotzdem er unterschrieben hat, nicht habe lesen können (d. h. daß er nur seinen Namen schreiben konnte),⁴⁹⁾ worauf es wieder Sache des Instituirten wäre, dann die Beobachtung des §. 581 nachzuweisen. Wenn der Testator bloß sein Handzeichen unter das Testament gesetzt hat, so muß der die Gültigkeit Behauptende jedenfalls die Befolgung des §. 580 darthun, und wenn der Gegner beweist,⁵⁰⁾ daß der Testator nicht lesen konnte, auch die des §. 581. Behauptet umgekehrt der Gegner, daß der Testator bloß aus Bequemlichkeit sein Handzeichen gesetzt habe, so hat der Andere dies zu widerlegen, also nachzuweisen, daß der Testator nicht schreiben konnte.⁵¹⁾ — Der Beweis der Echtheit der Unterschriften ist zunächst durch Einvernehmung der Zeugen des letzten Willens, wenn diese unmöglich ist, auf andere Weise, namentlich durch *comparatio literarum* zu führen. Der Inhalt wird hier (arg. a contr. aus §. 586) durch die Urkunde selbst — unter den obigen Voraussetzungen — erwiesen. Der Umstand, daß der Erblasser nicht schreiben oder nicht lesen konnte (oder beides), kann durch beliebige Zeugen erhärtet werden. Die Beobachtung der Formvorschriften dagegen muß zunächst durch die Solennitäts-Zeugen, und erst wenn dies nicht möglich ist, anderweitig erwiesen werden. Unzulässig ist es, gegen die Aussage der Solennitäts-Zeugen die Aussage anderer Personen gelten zu lassen.⁵²⁾

XII. Ueber die Frage, ob ein formwidriges oder nicht perfectes allographes Testament als mündliches aufrecht erhalten werden könne, s. bei §. 377 Z. 4, bei §. 485 Abs. II und Note 11, ferner Excursus II S. 68 ff. Ueber die a. h. E. v. 14. Febr. 1846 (J. G. S. Nr. 933) s. Excursus II S. 69 ff. und Sammlung XI Nr. 4823.

⁴⁸⁾ Vgl. oben S. 148 f., und Zeiller II S. 457 f. „Die Urkunde wird, wenn sie aus mehreren Bogen besteht, zur Vorsicht auf allen Seiten unterfertigt, oder mit einem Faden durchzogen, und dieser von außen mit hartem Siegelwachs besetzt, wo dann die Zeugen ihre Namen beisetzen.“ Basevi p. 238 sg. verlangt auf jedem Bogen auch die Zeugenunterschriften, damit der Testator nicht später durch Ausschreibung oder Einschaltung von Bogen ein neues Testament, ohne eine Form zu beobachten, machen könne. Gewiß wäre ein solcher Vorgang unstatthaft und würde, wenn erwiesen, das Testament annulliren; aber es müßte dies eben erwiesen werden; vorgeschrieben ist jene Vorschrift nirgends und darf daher auch als Formersforderniß nicht aufgestellt werden.

⁴⁹⁾ Unger §. 51 sagt mit Recht, der Testamentserbe habe erforderlichen Falles die Eigenschaft eines Testamentes als eines privilegirten zu beweisen. Wir fügen hinzu: Und umgekehrt trifft die Beweislast den Gegner, wenn er die Nothwendigkeit einer erschwerenden Form behauptet (s. Sammlung III Nr. 1327).

⁵⁰⁾ S. vorige Note; dann Ger. Btg. 1852 Nr. 97, 1854 Nr. 71; Peitler (1. Aufl.) Nr. 371, 372.

⁵¹⁾ Denn die Form des §. 580 enthält gegenüber der normalen (§. 579) theils ein Mehr, theils ein Weniger (vgl. Note 49), und wer sich unterschreiben kann, darf nicht ein bloßes Handzeichen machen.

⁵²⁾ Uebereinstimmend der Ungenannte im „Jurist“ VIII S. 430. Dagegen erkannte der oberste Ger. S. in einem Falle, wo zwei Testamentzeugen die nuncupatio läugneten, während der dritte und zwei zufällig anwesende Personen sie gehört zu haben behaupteten, der Beweis der formgerechten Errichtung sei erbracht (Sammlung I Nr. 281). — Am allerwenigsten ist es statthaft, daß der Instituirte durch seinen Erfüllungseid der Aussage eines Zeugen gegenüber dem Widerspruch der beiden anderen Glauben zu verschaffen suche (s. „Jurist“ VIII S. 422 f., 431). Vollends selbstverständlich ist es, daß ein Erfüllungseid nicht eine mangelhafte Solennität zu ergänzen vermag (ebd. S. 430). Vgl. Westgal. G. B. II §. 382 a. E.

§. 582.

Eine Verfügung des Erblassers durch Beziehung auf einen Zettel,*) oder auf einen Aufsatz, ist nur dann von Wirkung, wenn ein solcher Aufsatz mit allen zur Gültigkeit einer letzten Willenserklärung nöthigen Erfordernissen versehen ist. Außer dem können dergleichen von dem Erblasser angezeigte schriftliche Bemerkungen nur zur Erläuterung seines Willens angewendet werden.

I. Es ist gestattet, hinsichtlich des Namens des Erben oder Legatars oder wegen des vermachten Gegenstandes oder der Größe des Erbtheiles¹⁾ auf eine abgegebene Aufzeichnung, die in der Regel holograph und versiegelt oder verschlossen²⁾ ist, hinzuweisen. Man spricht dann von einer mystischen Erbeinsetzung, einem mystischen Vermächtnisse, und nennt wohl auch das ganze Testament ein mystisches.³⁾ Nach der zweckmäßigen⁴⁾ Anordnung des §. 582 muß auch das *relatum* in irgend einer Testamentsform aufgesetzt sein,⁵⁾ wenn gleich nicht gerade in derselben, in der das *referens* errichtet ist.⁶⁾ Es kann immerhin in einem allographen oder auch in einem mündlichen⁷⁾ Testamente auf eine solche Aufzeichnung hingewiesen werden. Für das *relatum* dagegen ist eine schriftliche Form wesentlich; die Verweisung darauf, daß man den Namen eines Erben u. dgl. einem Freunde anvertraut habe, dessen Aussage die Verfügung vervollständigen werde, ist unstatthaft.⁸⁾ *Referens* und *relatum*, mag dies auch früher oder

*) Der Beistrich fehlt in der ersten officiellen Ausgabe.

¹⁾ Zeiller II S. 461. — Der §. 374 Westgal. G. B. II sprach nur von der Erbeinsetzung, an die allein man bei dem Namen „mystische“ Anordnung zu denken pflegt (Mühlensbruch XL S. 206, Nr. 88); auf Zeiller's Antrag wurde die jetzige weitere Fassung angenommen (Prot. 23. Jun. 1804).

²⁾ Zeiller S. 461.

³⁾ Eine ganz andere Bedeutung hat dieser Ausdruck im französischen R., s. Zacharia IV §. 671. — Statt t. mysticum (in unserem S.) kommt in älteren Schriften auch der Ausdruck „t. per relationem ad schedam“ vor.

⁴⁾ Vgl. Zeiller a. a. D., Unger §. 13 N. 9, Mommsen §. 89 und S. 201 f.

⁵⁾ Ein neues Argument dafür, daß nicht unterschriebene Theile eines Testaments nie gelten können, auch dann nicht, wenn sie mit den unterschriebenen zusammenhängen. Sammlung II Nr. 563. — Im gemeinen Rechte ist es bestritten, ob für das *relatum* keine oder die Codicillarform erforderlich ist. Für diese Form z. B. Wenig's Jugendheim Lehrbuch III §. 455, Text zu Note f (5. Aufl. S. 241); die heute herrschende Ansicht ist für Formlosigkeit: Fein in Glück's Commentar XLV S. 116 ff., 143 ff.; Windscheid III §. 546 N. 10, §. 628 bei und in N. 16; vgl. Senffert's Archiv XI Nr. 55 mit Nr. 57. — Ueber das preuß. R. s. Gruchot I S. 380 ff., über den Entwurf zum Landrecht: S. 382 N. 1. — Der Ausdruck des §. 582 („mit allen . . . Erfordernissen . . .“) ist wohl zu weit; gemeint sind nur die Formlichkeiten; es wäre nicht abzusehen, warum einer im Zustande vorübergehender Testirunfähigkeit errichteten letzten Willensordnung durch spätere Verweisung auf sie in einem neuen Testament nicht Wirksamkeit sollte verschafft werden können.

⁶⁾ Rippel IV S. 120, Stubenrauch zu §. 582.

⁷⁾ Arg. „Eine Verfügung des Erblassers“ . . . Ausdrücklich ist dies bezeugt von Zeiller a. a. D., und deshalb bei uns allgemein anerkannt (s. z. B. Rippel, Ellinger, Stubenrauch zu §. 582, Unger §. 13 N. 8), während es im gemeinen Rechte lebhaft bestritten ist; s. dagegen: Glück 35. Bd. S. 13 ff.; dafür: Fein in Glück's Comm., 45. Bd. S. 125 N. 94, Schweppe Das röm. Privatrecht V §. 791 (4. Ausg. S. 56 N. 1), Wenig's Jugendheim Lehrbuch III §. 455 N. e, Arnolds Handb. des §. 493 N. 2 und Civil. Schrift. II S. 77 N. 77. — Winckler, ein älterer österreich. Schriftsteller, l'anguet (Tract. p. 203) die Zulässigkeit beim mündlichen Testament, bezeugt aber, daß die Praxis die entgegengesetzte Ansicht befolge. — Die Einreichung des §. 582 ist nicht ganz correct; vgl. Unger §. 13 N. 8.

⁸⁾ Arg. 1) §. 582 vb. „Zettel oder Aufsatz“, 2) §. 564, 3) §. 585 f. — Vgl. oben S. 97 Text a. G., Peitler Nr. 344, Rippel IV S. 80 f., Ellinger zu §. 582. (Stubenrauch's Aeußerungen auf S. 757 bei und in N. 4 und auf S. 782 bei und in N. 5, bei welchen beiden er sogar denselben concreten Fall vor Augen hat, stehen unter einander in directem Widerspruch, wenn er auch durch ihre Fassung etwas verdeckt ist.) — Wäre freilich die mündliche Aeußerung, auf welche in der späteren Erklärung Bezug genommen wird, in der Form des §. 585 abgegeben worden, so wäre Alles in Ordnung; es wäre aber ungereimt, dann von einer mystischen Verfügung zu reden. ?

später geschrieben sein, bilden zusammen ein Ganzes;⁹⁾ während mehrere formgerechte Anordnungen, in deren keiner auf die andere hingewiesen ist, nach §. 713 ff. zu beurtheilen sind.¹⁰⁾ Die Möglichkeit mystischer Verfügungen hat überhaupt,¹¹⁾ besonders aber in dem österreichischen Rechte (§. 578, §. 579 a. E.) einen geringen praktischen Werth.

II. Ergänzt kann ein letzter Wille durch ein *relatum* nur werden, wenn auch dies mit einer Testamentsform versehen ist; „außerdem“¹²⁾ d. h. außer diesem Falle, also wenn das *relatum* formlos ist, kann es (wenn überhaupt zu irgend etwas) nur zur Erläuterung, nicht zur Ergänzung des *referens* dienen.¹³⁾ Für die Erläuterung kommen aber auch mündliche Äußerungen des Verstorbenen in Betracht;¹⁴⁾ ein *arg. a' contr.* aus dem Worte „schriftliche“ (Bemerkungen), das sich durch die Anlehnung an den Vorderatz erklärt, ist ebenso unzulässig, als wenn man aus dem Beiwort „angezeigte“ (vgl. im Vorderätze „durch Beziehung auf . . .“) folgern will, daß Aufzeichnungen, auf die nicht ausdrücklich Bezug genommen ist, selbst zur Erläuterung untauglich sind;¹⁵⁾ — wahr ist nur soviel, daß die ausdrückliche Hinweisung auf solche Aufzeichnungen ihren Werth für die Interpretation sehr erhöht, und daß sie sonst nur mit kritischer Vorsicht benützt werden dürfen. Hieraus folgt, daß auch nicht bezogene mündliche Äußerungen bei der Auslegung des letzten Willens in Betracht kommen können.¹⁶⁾

§. 583.

In der Regel gilt ein und derselbe Aufsatz nur für Einen Erblasser. Die Ausnahme in Rücksicht der Ehegatten ist in dem Hauptstücke von den Ehe-Pacten enthalten.

I. Die §§. 583 und 1248 gehören zusammen und zwar an diese Stelle, wie sie denn auch beide aus dem §. 378 Westgal. G. B. II entstanden sind. Die Zerreißung dieses Paragraphen in zwei, deren einer in das Hauptstück „von den Ehepacten“¹⁾ eingereiht wurde, war ein Fehlgriff und ein Rückschritt gegen-

⁹⁾ Stubenrauch zu §. 582.

¹⁰⁾ Andererseits kann man aber nicht jeden Fall, wo ausdrücklich auf eine andere Verfügung bestätigend Bezug genommen wird, unter §. 582 stellen. Wenn in einem Testamente über die eine, in einem späteren, jenes bestätigenden, über die andere Hälfte des Vermögens verfügt wird, so liegen zwei Testamente vor, deren keines ein „mystisches“ ist. — Ueber den Aufsatz von Staudinger in der Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1829 I. Bd. S. 207 ff. s. bei §. 713.

¹¹⁾ S. Gruchot I S. 381 f.

¹²⁾ Im Westgal. G. B. §. 374 hieß es „übrigens“.

¹³⁾ Formlos kann ein *relatum* sein, worin der Erblasser seinen Vermögensstand, seinen Antheil an einem gemeinschaftlichen Gute u. dgl. angibt; s. Zeiller II S. 461 f. Z. 2.

¹⁴⁾ Vgl. Rippel IV S. 72.

¹⁵⁾ S. Staudinger a. a. D. S. 217; ihm folgen Winiwarter III S. 88, Stubenrauch zu §. 582 Z. 3. — Der §. 582 sagt im zweiten Satze, ein formloses *relatum* taugt nicht zur Ergänzung, sondern nur zur Erläuterung. Damit ist doch gewiß nicht gesagt, daß andere Umstände, also insbesondere auch nichtbezogene mündliche oder schriftliche Äußerungen des Verstorbenen, zur Auslegung seines letzten Willens nichts beitragen können.

¹⁶⁾ Kavalistich war es, daß in dem in der Ztschft. f. österr. Rechtsgel. II S. 45 ff. erzählten Prozesse die eine Partei den von der anderen angebotenen Zeugenbeweis über solche Äußerung damit ablehnte, daß „die letztwillige Anordnung schriftlich abgefaßt sei“, „also nicht zugleich schriftlich und mündlich sein könne“ (S. 48 f.). Es sollten ja, wie die andere Partei richtig bemerkte (S. 49), die fraglichen Äußerungen nicht zur Ergänzung oder Aenderung, sondern zur Erläuterung dienen. Ganz verkehrt war die (von der I. Instanz gutgeheißene) Berufung auf die Analogie von §. 887. Richtig erkannten die II. und III. Instanz (S. 52 f.). Der Verf. jenes Aufsatzes (Z. P.) enthält sich zwar jeder Meinung darüber, ob der Zeugenbeweis zulässig war oder nicht, glaubt aber, daß es sich hier um „die Verbindung einer schriftlichen mit einer mündlichen letztwilligen Anordnung und die Abänderung einer Form durch eine andere“ handle! (S. 53.)

¹⁾ Testamente sind keine „Ehepacte“, weil überhaupt keine „Pacte“. (Ungenannt drückt sich Unger §. 21 a. E. des Textes aus.) Daß die Parteien in die Ehepacte oft

über dem Westgal. G. B.²⁾ Diese Einreihung des §. 1248 hat sogar zu der Behauptung verleitet, daß seit dem Ges. v. 25. Juli 1871 (R. G. B. Nr. 76) auch wechselseitige Testamente notariell errichtet werden müßten. Dies ist gewiß unrichtig; wechselseitige Testamente sind keine Erbverträge; diese, nicht auch jene gehören zu den Ehepacten.^{2a)}

II. Nur Ehegatten können ein gemeinschaftliches Testament machen (§. 1248);^{2b)} wenn andere Personen, und ständen sie einander noch so nahe (Eltern und Kinder, Geschwister), eines errichten, so ist es für alle Theile ungiltig.³⁾ „Gemeinschaftlich“ aber testiren zwei Menschen dann, wenn sie uno actu testiren — doppelter Inhalt in Einer Form, zwei Testamente über zwei Nachlassmassen in der äußereren Erscheinung eines einzigen von beiden erklärten letzten Willens, der eben darum auch in einer Form errichtet sein muß, die beide Willenserklärungen zu umschließen vermag. Wollten die Gatten privatim mündlich testiren und der Eine spräche im Namen Beider („wir“) zu den Zeugen, und der Andere sagte: „ganz einverstanden“ od. dgl., so ist das Testament für Diesen jedenfalls ungiltig (s. bei §. 585), für Jenen dann, wenn es als correspectives (s. unten) beabsichtigt war.^{3a)} Ebenso wenn der Eine den einheitlichen Text („wir“ u. dgl.) schreibt und dann beide ohne Zeugenziehung unterschreiben. Hier wie dort fehlt nichts an der Einheitlichkeit des Actes, um so mehr an der Form (§. 564 und unten bei §. 585). Umgekehrt: wenn Einer unmittelbar nach dem Anderen seine Anordnungen mündlich vorträge, so wäre Alles in Ordnung, weil es nicht verboten ist, sich derselben Zeugen zu bedienen, deren ein Anderer sich bedient hat; nur wäre kein gemeinschaftliches Testament vorhanden, sondern zwei formell selbständige Testamente; denn sobald der Eine ausgerebet hat, ist sein Testament schon perfect.⁴⁾ Ebenso ist es kein gemeinschaftliches Testament, wenn zwei verschiedene Testaments = Aufsätze (und ständen sie auch auf demselben Bogen Papier) unmittelbar nach einander durch dieselben Zeugen solemnifirt werden (so daß diese jeden der Aufsätze eigens unterschreiben);⁵⁾ wohl aber wenn die Zeugen

Berfügungen einmengen, die als Testamente gemeint sind (Zeiller II S. 462), ist eine Unsitte, welcher die Gesetzgebung durch die falsche Einreihung des §. 1248 nicht den Schein der Befähigung hätte gewähren sollen, der vielmehr entgegen zu treten ist, da dies die Eheleute oft zu der falschen Vorstellung verleitet, daß sie dergleichen Anordnungen nicht abändern können.

²⁾ Die Redactionsgeschichte der §§. 583 und 1248 ist in dem Excurse zu §. 583 nachzulesen.

^{2a)} So mit Recht Nowak in der Ger. Ztg. 1874 Nr. 47, 48, wo auch ein übereinstimmender J. M. E. abgedruckt ist.

^{2b)} Vgl. Suttinger p. 804.

³⁾ Mit Recht. S. Zeiller III S. 628 f., und Excurse zu §. 583. — „Würde doch das Gericht oder der Notar über mehrere mündlich und gemeinsam erklärte letztwillige Anordnungen ein gemeinschaftliches Protokoll aufnehmen, so wäre dieser Formfehler kein Hinderniß der Gültigkeit der mehreren Testamente.“ Unger §. 21 Anm. 4 a. E. — Wie dann, wenn der Aufsatz, worin beide Erblasser — die nicht Gatten sind — verfaßen, von dem Einen eigenhändig geschrieben wurde, und wenn Beide diesen Aufsatz unterschreiben, ohne Zeugen zuzuziehen, oder wenn sie zwar Zeugen, aber nicht in genügender Anzahl oder nicht taugliche zuziehen? Rippel IV S. 121 behauptet, daß das Testament dann für den, der es geschrieben hat, gilt. Dies ist offenbar falsch. Wenn eine solche Form beobachtet worden wäre, daß vom Standpunkte keines der Erblasser etwas an ihr mangeln würde, so wäre doch das Testament wegen §. 583 für beide Theile ungiltig (Winiwarter III S. 88); und wenn nun die Errichtung in formeller Hinsicht incorrect war, soll das Testament mehr Kraft haben?! (Vgl. auch Stubenrauch I S. 783 Nr. 4.) Aus dem Wortlaut von §. 583 pr. („nur für Einen“ . . .) darf man nicht argumentiren; denn dieser Satz ist nur der nicht glückliche Ausdruck für das Verbot gemeinschaftlicher Testamente.

^{3a)} Vgl. Rippel VII S. 629 f. Z. 4.

⁴⁾ Rippel VII S. 628, Stubenrauch 1. Aufl. III S. 445, 2. Aufl. II S. 373 bei und in Note 2, Unger §. 21 A. 5.

⁵⁾ Vgl. Unger a. a. D.

das auf ein Papier Geschriebene, von beiden Erblassern aufgefordert, nur einmal (am Ende des Contextes oder von außen) unterschreiben, weshalb diese Art zu testiren Nichtgatten nicht gestattet ist.⁶⁾ Dadurch allein, daß Zwei ihren letzten Willen holograph auf dasselbe Blatt Papier schreiben, wird noch keine Gemeinschaftlichkeit hergestellt,⁷⁾ wohl aber dadurch, daß Beide erst am Ende der beiden aneinander anschließenden Texte ihre Namen ansetzen.⁸⁾ — Aus dem Gesagten ergibt sich, daß von den privaten Formen nur die schriftlichen für ein gemeinschaftliches Testament oder Codicill⁹⁾ sich eignen (f. §. 583: „ein und derselbe Aufsatz;“ auch ist die Einreichung des §. 583 zu beachten).¹⁰⁾ Bei den gerichtlichen und notariellen mündlichen Testamenten dagegen wird durch das Protokoll die Einheit des Actes hergestellt.¹⁰⁾ Ein gemeinschaftliches Testament ist endlich auch vorhanden, wenn der (gleichviel von wem geschriebene) Aufsatz von Beiden unterschrieben und gemeinschaftlich dem Gerichte oder Notar übergeben wird (f. §. 587). — Gültigkeit der Ehe ist Voraussetzung der gültigen Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamentes; doch scheint es, daß, wenn die Testatoren einander heirathen, das gemeinschaftliche Testament convalescirt,¹¹⁾ durch die Trennung der Ehe dagegen wird dieses (weil kein Ehepact) an sich nicht berührt.¹²⁾

III. In dem gemeinschaftlichen Testament (*testamentum simultaneum*) können, müssen aber nicht¹³⁾ (§. 1248 „oder auch andere Personen“) die Gatten sich gegenseitig zu Erben einsetzen (*testamentum reciprocum* oder, wegen des doppelten Inhaltes, vielleicht besser *testamenta reciproca*),¹⁴⁾ und dann kann, muß aber nicht, der Bestand der einen Erbeinsetzung durch den Nicht-Widerruf der anderen, oder auch der gesammte Inhalt der einen Willenserklärung von der Nicht-Abänderung der anderen abhängig sein (*test. correspectiva*); im Zweifel ist dies nicht anzunehmen (§. 1248 a. E.).¹⁵⁾

IV. Auch gemeinschaftliche, selbst wechselseitige, Testamente können von jedem der beiden Gatten ohne Wissen und Willen des anderen beliebig abgeändert oder widerrufen werden, natürlich nur hinsichtlich der von diesem Gatten ausgehenden Dispositionen; ja es wird dadurch, wenn die Verfügungen sich nicht selbst als *correspectiva* hinstellen, an den Dispositionen des andern Theiles nichts

⁶⁾ Unrichtig ist Rippel's Behauptung (IV S. 122), daß, wenn zwei Freunde ihre Anordnungen demselben Dritten dictiren, der sie auf demselben Bogen niederschreibt, auf dem sich dieselben Zeugen nur einmal unterschreiben, dieses einerseits dem §. 583 nicht entgegengehandelt sei, und andererseits zur Solemnisirung beider Testamente ausreiche.

⁷⁾ Rippel IV S. 121 f.

⁸⁾ Unger a. a. D.

⁹⁾ Die Behauptung Basevi's (zu §. 1248 Z. 2), daß gemeinschaftliche Codicille der Gatten ungültig seien, ist absurd; f. oben S. 137.

¹⁰⁾ Die Behauptung, auch wechselseitige Testamente unter Gatten könnten mündlich errichtet werden (Entschdg. in der Ber. Ztg. 1854 Nr. 65), wäre, auf nicht gemeinschaftliche Testamente (f. Nr. 14 a. E.) bezogen, trivial; hinsichtlich der gemeinschaftlichen ist sie unrichtig. Entweder ist die Gemeinschaftlichkeit (die *unitas actus*) eine wirkliche, dann ist die Verfügung wenigstens für den Einen ungültig (f. S. 166), oder die Verfügung ist gültig; dann ist die Gemeinschaftlichkeit eine nur scheinbare.

¹¹⁾ Rippel VII S. 629, Unger a. a. D.

¹²⁾ Arg. Hfb. 25. Juni 1817 (bei Michel Nr. 1347), das freilich von Erbverträgen handelt; vgl. Unger §. 21 Anm. 4.

¹³⁾ Vgl. §. 575, §. 1266; Unger §. 21 A. 6.

¹⁴⁾ Im gemeinen Recht ist es bestritten; f. Unger §. 21 A. 4 und die dort Citirten.

¹⁵⁾ Dies ist die factische Regel, daher die (ungenau) Randglosse bei §. 1248 („wechselseitige Testamente“). Auch in solchen Testamenten kann ein Dritter gültig honorirt werden (vgl. Zeiller III S. 630, Basevi zu §. 1248 Z. 3). Andererseits können selbstverständlich auch in separaten Testamenten gegenseitige Nebenlungen vorkommen (Unger §. 21 A. 3).

¹⁶⁾ Im gemeinen Rechte ist auch dies bestritten; f. die bei Arnolds §. 500 Anm. 2 Citirten.

geändert. Darin liegt eine Gefahr, wegen deren solche Testamente eben Nicht-Gatten nicht gestattet wurden,¹⁶⁾ und auch bei diesen ist sie vorhanden,¹⁷⁾ weshalb und wegen der bei Laien immer wiederkehrenden Verwechslung mit Erbverträgen¹⁸⁾ die gemeinschaftlichen Testamente vielleicht besser gar nicht gestattet worden wären. Eine andere Gefahr liegt darin, daß bei einem correspectiven Testamente eine Anordnung ihre Kraft verliert, ohne daß der Testator es weiß, so daß er vielleicht versäumt, über diesen Nachlasstheil anderweitig zu verfügen. Dennoch ist es gewiß, daß auch correlative Verfügungen einseitig beliebig abgeändert werden können, wodurch sie sich eben von Erbverträgen (§. 1249) unterscheiden.¹⁹⁾ Ebenso gewiß kann ein Gatte, der den anderen aus einem wechselseitigen Testamente bereits beerbt hat, seine Anordnungen noch immer ändern, und zwar nicht nur soweit, als es durch den Tod des anderen Gatten nothwendig geworden ist.²⁰⁾ Wie aber, wenn in diesem Falle die Anordnungen überdies correlative waren? Der eine Testator ist tot, der andere sein Erbe geworden. Diesem eine Abänderung der mit dem Verstorbenen vereinbarten Anordnungen verbieten, widerspräche dem Wesen der Testamente. Er darf es also thun, zu so großen Unzulänglichkeiten dies auch führen kann.²¹⁾ Man muß hinsichtlich der correlative Verfügungen des Verstorbenen sich nun nach den Regeln der Resolutiv-Bedingung halten.²²⁾

V. Es kann zuweilen zweifelhaft sein, ob eine gemeinschaftliche Willenserklärung der Gatten ein Erbvertrag oder ein gemeinschaftliches Testament sei, ob sie unter §. 1248 oder unter §. 1249 zu subsumiren sei. Es ist die Lösung solchen Zweifels von Wichtigkeit, bald wegen der Frage nach der Widerruflichkeit, bald wegen der Formfrage,²³⁾ bald wegen §. 1253. a. E. Mit Recht entscheidet sich die Praxis im Zweifel für Testamente, welche der Verfügungsfreiheit günstiger sind; und zwar steht selbst der Umstand, daß die fragliche Anordnung in „Ehepacten“ eingemengt ist, nicht entgegen.²⁴⁾ Selbst dadurch, daß einem

¹⁶⁾ S. Zeiller III S. 628 f.

¹⁷⁾ §. 542 gewährt, schon wegen der Beweischwierigkeit, keinen ausreichenden Schutz hiegegen.

¹⁸⁾ Sie kommt* in dreierlei Art vor: a) so, daß die Gatten einen Erbvertrag beabsichtigen, während sie in Wahrheit nur ein gegenseitiges Testament machen; oder b) so, daß sie dieses beabsichtigen und dann sich unbegründete Scrupel über die Abänderlichkeit machen; oder c) so, daß hinterdrein unter ihnen oder den Erben Streit darüber entsteht, ob ein Testament oder ein Erbvertrag vorliege.

¹⁹⁾ Vgl. Rippel VII S. 630 f. Z. 5, 6.

²⁰⁾ Diese Bemerkung hat darum einen praktischen Sinn, weil die Gatten regelmäßig nicht bloß an der eigenen Erbeinsetzung, sondern auch an den anderen Verfügungen interessiert sind, und demnach in der Widerrufung einer vom Verstorbenen veranlaßten Bedenkung eines Dritten eine unästhetische Handlungsweise gelegen sein kann. — Vgl. Zeiller III S. 630 f. unter 5 e; speciell über den Fall, wo beide Gatten sich wechselseitig zu Erben eingesetzt und auf den Todesfall des Ueberlebenden einen Dritten zu ihrem Gesamtverben ernannt haben, s. Unger §. 24 Anm. 9.

²¹⁾ Darin zeigt sich eben wieder, daß die correlative Testamente eine ungesunde Zwischenbildung zwischen normalen Testamenten und Erbverträgen sind.

²²⁾ Vgl. über diesen, von den österreichischen Juristen mit Stillschweigen übergangenen Punkt Arndts S. 501 Anm. 4 und die dort Citirten, bes. Windscheid S. 568. Dieser lehnt (Nr. 5) die auflösende Bedingung ab, und setzt an die Stelle „die Voraussetzung“ (causa), so daß die fragliche Anordnung nicht direct ihre Wirksamkeit verliere. Es scheint uns dies überhaupt und für's österreichische Recht insbesondere nicht zutreffend.

²³⁾ Erbverträge erfordern nämlich jetzt (seit 1871) Aufnahme eines Notariatsactes (s. unten bei §. 1249), gemeinschaftliche Testamente nicht. Es wird andererseits freilich gerade deshalb jetzt jener Zweifel seltener entstehen, als früher.

²⁴⁾ Es rechtfertigt sich dies dadurch, daß die „Ehepacte“, namentlich bei minder Gebildeten, oft sehr bunten Inhaltes sind und daß besonders oft, in Folge alter Gewöhnung, testamentarische Verfügungen darin vorkommen (vgl. Note 1). — Vgl. Sammlung I Nr. 311, wo es unter Anderem heißt: „Wenn es auch im Allgemeinen richtig ist, daß Bestimmungen, welche in eine Vertrags-Urkunde in Beziehung auf den Vertrags-Gegenstand aufgenommen

wechselseitigen Testamente die Clausel beigelegt wird, daß jedes spätere Testament ungiltig sein solle, wird es an sich noch nicht zu einem Erbvertrage, sondern es kommt der §. 716 zur Anwendung.²⁵⁾ Aber es ist unter Umständen wohl möglich, daß das Vorhandensein dieser Clausel mit großem Gewichte dafür spricht, daß in der gemeinschaftlichen Disposition von Ehegatten überhaupt nicht ein Testament, sondern ein Erbvertrag erkannt werde.

§. 584.

Einem Erblasser, welcher die zu einem schriftlichen Testamente erforderlichen Förmlichkeiten nicht beobachten kann, oder will, steht frey, ein mündliches Testament zu errichten.

I. Dieser überflüssige Paragraph, der noch im Westgal. G. B. fehlte, bildet den Uebergang von der Normirung der schriftlichen Testamente zu der der mündlichen. Jrgend welchen selbständigen gesetzlichen Inhalt hat er nicht (s. §. 577 und §. 585), und es ist deshalb ganz unzulässig, bei einer juristischen Deduction sich (wie in Sammlung I Nr. 44 geschehen ist) auf seinen Wortlaut zu berufen (s. Sammlung I Nr. 376 S. 454; vgl. auch ebd. X Nr. 4583 vb. „ohne jede Rücksichtnahme auf §. 584 a. b. G. B. liegt es in der Natur der Sache, daß . . .“).

II. Man könnte meinen, die zu §. 585 gestellte Marginalnote stünde besser bei diesem Paragraph (§. 584); indessen rechtfertigt sich die fragliche Stellung dadurch, daß die Marginalnote durch die bei §. 577 stehende ergänzt werden muß („äußere Form der außergerichtlichen mündlichen Erklärungen des letzten Willens“) und daß die Form allerdings erst im §. 585 normirt wird.

2. der außergerichtlichen mündlichen;

§. 585.

Wer mündlich testiret, muß vor drey fähigen Zeugen, welche zugleich gegenwärtig, und zu bestätigen fähig sind, daß in der Person des Erblassers kein Betrug oder Irrthum unterlaufen sey, ernstlich seinen letzten Willen erklären. Es ist zwar nicht nothwendig, aber vorfichtig, daß die Zeugen entweder alle gemeinschaftlich, oder ein jeder für sich zur Festsetzung des Gedächtnisses, die Erklärung des Erblassers entweder selbst aufzeichnen, oder, sobald als möglich, aufzeichnen lassen.

§. 586.

Eine mündliche letzte Anordnung muß, um rechtskräftig zu seyn, auf Verlangen eines jeden, dem daran gelegen ist, durch die übereinstimmende eidliche Aussage der drey Zeugen, oder, wosfern Einer aus ihnen nicht mehr vernommen werden kann, wenigstens der zwey übrigen bestätigt werden.

I. Das mündliche Testament des österreichischen Rechtes verhält sich zu dem des gemeinen, wie das allographe Testament des einen zu dem des anderen Rechtes; auch hier genügen drei (statt sieben) Zeugen.¹⁾ Das Verhältniß der

wurden, als Vertrags-Bestimmungen anzusehen sind, . . . so kann dieses doch bezüglich der Eheverträge nicht behauptet werden, weil das Gesetz (§. 1217) gestattet, in einen Ehevertrag auch solche Bestimmungen . . . aufzunehmen, welche . . . rein testamentarischer Natur (sind). . . . Es ist zweifellos, daß ein wechselseitiges Testament durch die Aufnahme in den Heirathsvertrag in seiner rechtlichen Natur nicht geändert werde. . . .“ Sammlung IV Nr. 1662: „Es ist Ehe- und Brautleuten nicht verwehrt, alle Bestimmungen über das Vermögen, also auch eine widerrufliche wechselseitige Erbeinsetzung in eine Urkunde aufzunehmen, so daß aus der bloßen Benennung der Urkunde als „Vertrag“ nicht gefolgert werden kann, daß alle darin getroffenen Bestimmungen auch vertragsmäßige sein müssen. . . . Es ist dem Geiste des hgl. G. B. entsprechend, . . . eine zweifelhafte Stelle in einer Urkunde so auszulegen, daß die Freiheit des Eigenthümers soviel möglich gewahrt bleibe. . . .“ Ebenso Sammlung V Nr. 2627 und die II. Instanz in VIII Nr. 3651; anders (aber kaum principieil anders) die III. Instanz in diesem Falle, in welchem unsere Frage überhaupt nur nebenbei zur Sprache kam.

²⁵⁾ Nippel VII S. 631 f. §. 7; beistimmend Winiwarter IV S. 467, Stubenrauch 2. Aufl. II S. 374.

¹⁾ Ueber die Geschichte des mündlichen Testaments in Oesterreich und über die Redaction der §§. 585, 586 s. in den Excursen.

drei Hauptformen privater Testamente zu einander stellt sich so dar: Wie an der holographen Form das gesprochene Wort keinen Antheil hat, so an der mündlichen das geschriebene. Mag vor, während oder nach dem Testiract geschrieben werden (und zwar von wem immer), für die Form ist dies ganz irrelevant. Das allographe Testament steht zwischen beiden in der Mitte, da geschriebene und gesprochene Worte für dasselbe unentbehrlich sind. Während aber die nuncupatio bei dem allographen Testamente eine generelle ist, ist sie bei dem mündlichen eine specielle;²⁾ während dort die Zeugen „den Inhalt des Testamentes zu wissen nicht nöthig“ (§. 579) haben, ist dies hier ganz unvermeidlich. Es muß eben der Testator mit eigenem Munde ihnen seinen letzten Willen vollständig erklären,³⁾ mag er nun auswendig sprechen oder einen Aufsatz ablesen. (Eine Consequenz, die sich aus diesem Erfordernisse der eigenen [persönlichen] mündlichen Erklärung für die gemeinschaftlichen Testamente ergibt, s. bei §. 583 Abs. II, S. 166.) Ganz unzulässig aber wäre es, wenn er den Aufsatz von einem Dritten (etwa einem Zeugen) wollte vorlesen lassen. Mag er dann noch so entschieden erklärt haben, das Vorgelesene entspreche seinem Willen, diese allgemeine Bestätigung vermag die persönliche Erklärung des Willensinhaltes nicht zu ersetzen,⁴⁾ und zwar auch dann nicht, wenn der vorgelesene Aufsatz vom Erblasser eigenhändig geschrieben wäre.⁵⁾ Ebenso ungenügend ist die ungefähre Mittheilung der Hauptpunkte des in einem (formlosen) Aufsatze enthaltenen Inhaltes (s. Note 3). Verlangt ja doch §. 582 sogar für einen, vielleicht nur einen Namen enthaltenden, ergänzenden Zettel die Testamentsform! Die Zeugen müssen hier (anders als nach §. 579) alle zugleich gegenwärtig sein, „damit dem Gedächtnisse des Einen durch das des Anderen zu Hilfe gekommen werde.“⁶⁾ Die Zeugen müssen nicht nur die Erklärung deutlich vernehmen, sie müssen auch den Testator sehen, um bestätigen zu können, „daß in der Person des Erblassers kein Betrug oder Irrthum unterlaufen sei“ (§. 585). Daher muß vor Allem jeder von ihnen ihn kennen oder doch die Identität constatirt haben. Es ist dies nichts dem mündlichen Testamente Eigenthümliches, nur ist dies Erforderniß hier

²⁾ Beim römischen testamentum per aes et libram konnte die ausführliche und vollständige nuncupatio später durch bestätigende Vorweisung von tabulae ersetzt werden (Gaius II §. 104). Beim Absterben des Mancipations-Ritus entwickelte sich aus der speciellen nuncupatio das mündliche, aus der Vorweisung der tabulae und dem „generalis sermo“ (der allgemeinen Bestätigung des darin Enthaltenen) das schriftliche Testament.

³⁾ Er muß dies in einer allen Zeugen völlig verständlichen Sprache thun (vgl. §. 591). — „Vollständig erklären“, dabei ist nicht an die bei Note 10 behandelte Vollständigkeit des Inhaltes zu denken; sondern es ist damit gemeint: 1) was er erklärt, das muß er Alles mündlich erklären, sofern er nicht hinsichtlich einzelner verschwiegener Daten ausdrücklich auf einen formgerechten Aufsatz verweist (s. §. 582); wenn er hingegen den Zeugen den Inhalt eines formlosen Testamentsaufsatzes nur ungefährt, nur der Hauptsache nach, mittheilt, so testirt er nicht mündlich; seine Mittheilung geschieht narrandi, nicht testandi animo (s. hier Note 11 Fälle 1 und 5); — 2) die ganze Erklärung muß von ihm, das also nicht theils von ihm, theils von einem Anderen herrühren, am wenigsten aber ihm Punkt für Punkt abgefragt sein (§. 565). Auch dies steht der verfehlten Entscheidung entgegen, die in den Juristischen Blättern 1874 Nr. 15 erzählt ist.

⁴⁾ Richtig: Nippel IV S. 123 (s. aber folgende Note), Kitka in Haimersl's Magazin XIV S. 95–97 und die II. Instanz in dem dort erzählten Falle; Stubenrauch I. Aufl. II S. 343, 2. Aufl. I S. 784 f.; Unger §. 10 Anm. 10; Sammlung IV Nr. 1600; vgl. auch II Nr. 968 und I. Instanz in VII Nr. 3277. — Unrichtig: Kirchstetter S. 303, der sich mit Unrecht auf Nippel beruft, und Sammlung IX Nr. 4025.

⁵⁾ Es ist eine Halbheit Nippel's, daß er, der im Allgemeinen (was Stubenrauch, Unger, Kirchstetter übersehen) die richtige Ansicht hat, für diesen Fall eine Ausnahme statuiren will; auch hier müssen wir sagen: zweimal halb ist keinmal ganz.

⁶⁾ Zeiller Commentar II S. 464. Wenn der Testator vier Zeugen zuziehen würde, heut zwei und morgen zwei, so würde dieses nicht genügen (Nippel IV S. 124).

von besonderer Wichtigkeit.⁷⁾ Dasselbe ist von der unitas actus⁸⁾ und der Rogation der Zeugen (s. oben S. 154 Abf. V)⁹⁾ zu sagen. Ebenso gilt es für jedes Testament, daß der letzte Wille „ernstlich“ d. h. animo testandi erklärt sein müsse (s. §. 565), und wird dies in §. 585 nur deshalb ausdrücklich gesagt, weil gerade bei mündlichen Erklärungen vor einer Verwechslung des narrare und des testari besonders zu warnen ist (vgl. Note 9). Vollständigkeit ist hier nicht mehr und nicht weniger nothwendig (I. 25 D. 28, 1), als beim holographen Testamente.¹⁰⁾ Uebrigens ist über die Beschaffenheit der Willenserklärung das oben zu §. 565 Gesagte zu vergleichen.

II. Hat der Erblasser schriftlich (allograph) testiren wollen, so ist es auch dann, wenn er in Gegenwart der Zeugen das Testament selbst dictirt hätte, unzulässig, das formwidrige allographe Testament als mündliches aufrecht zu erhalten (vgl. bei §. 577 Abf. IV).¹¹⁾ — Und umgekehrt geht durch die im

⁷⁾ Vgl. Winivarter III S. 90: „Ohne Zweifel wird dies auch im Falle einer schriftlichen letzten Anordnung vorausgesetzt, aber das Gesetz hebt diesen Umstand . . . bei der mündlichen hervor, weil er hier um so wesentlicher ist, als die Zeugen durch ähnliche Gesichtszüge oder Nachahmung der Stimme getäuscht werden könnten.“ — Die Hervorhebung dieses Erfordernisses in §. 585, die Vergleichung des §. 579 a. b. G. B. mit §. 375 Westgal. G. B., vor Allem aber die sehr unvorsichtigen Äußerungen Zeiller's im Comm. II S. 464 f. könnten die (auch schon wirklich ausgesprochene, s. Sammlung IV Nr. 1604 a. G.) Meinung hervorrufen, als ob es sich hier um etwas dem mündlichen Testamente Eigentümliches handle. Dann stünden aber nur zwei Möglichkeiten offen: entweder daß beim mündlichen Testamente von den Zeugen mehr verlangt werde, als die Fähigkeit, die Identität außer Zweifel zu stellen, also daß die Zeugen „Bekannte“ des Erblassers gewesen sein müßten; dies ist aber in den Worten des §. 585 nicht enthalten und wird von Zeiller II S. 465 ausdrücklich abgelehnt; — oder man müßte behaupten, daß beim allographen Testamente weniger verlangt werde, daß mithin dort die Zeugen nicht „zu beständigen fähig“ zu sein brauchen, „daß in der Person des Erblassers kein Betrug oder Irrthum unterlaufen sei,“ — dies wäre absurd und war auch nicht gemeint (s. oben S. 155). Man kann demnach höchstens dies zugeben, daß der Richter das fragliche Erforderniß im Falle des §. 585 noch strenger zu beurtheilen habe, als im Falle des §. 579.

⁸⁾ Vgl. oben S. 152 Abf. II, S. 157.

⁹⁾ Hier besonders wichtig, um bloße Mittheilungen vom Testiren sicher zu unterscheiden. Deshalb wurde dies Erforderniß bei der Reaction des §. 585 ausdrücklich und zwar mit eben dieser Motivirung hervorgehoben; s. Excursus zu §§. 585, 586. [Unrichtig war demnach die gerade bei einem mündlichen Testamente in der Sammlung V Nr. 2371 ausgesprochene Behauptung, es sei nicht erforderlich, „daß der Erblasser selbst die Zeugen zu sich bitten oder rufen lasse, und daß er ihnen wörtlich verkündigt haben müsse, ihnen nun seinen letzten Willen bekannt zu geben, Testament machen zu wollen“; richtig Unger § 10 Anm. 13.] — Besonders hat die Rogation hier nur insoferne, als der Testator den Zeugen nicht bloß eröffnen haben muß, daß er nun testiren wolle, sondern ihnen von vornherein klar sein muß, daß es sich um ein mündliches Testament, das ihrem Gedächtnisse anvertraut wird, handle; s. Sammlung X Nr. 4583; unrichtig die Entscheidung in der Ger. Ztg. 1857 Nr. 134.

¹⁰⁾ Vgl. oben S. 98 Z. 2, S. 147. Nicht entgegen Sammlung I Nr. 148, wo eben der Behauptung, die Erklärung sei unvollständig gewesen, kein Glaube geschenkt wurde.

¹¹⁾ Die Praxis ist schwankend, doch kommt die richtige Ansicht mehr und mehr zur Geltung. Vgl. einerseits Sammlung I Nr. 367, IV Nr. 1627, V Nr. 2322, IX Nr. 4025, andererseits IV Nr. 1600 und besonders X Nr. 4583. Vgl. oben S. 139 f. Note 4. Näheres in den Excursen zu §. 577 und §. 585. — Dazu vgl. noch folgende Fälle: 1) Die Erblasserin erklärte den Zeugen, die ihnen vorgewiesene Urkunde sei ihr Testament, und sagte hinzu: ihr Mann solle Alles bekommen „bis auf einige Legate“. Die Zeugen unterschrieben das Testament, die Testatorin nicht. Hier war das Testament schon darum ungiltig, weil auch nicht der äußere Thatbestand eines mündlichen Testamentes, welches eine mündliche vollständige, nicht bloß ungefähre und anbeutungsgeweiße, Willenserklärung voraussetzt. Mit Recht erkannte daher die II. und die III. Instanz, daß dieses Testament auch nicht als mündliches aufrecht erhalten werden könne. Denn bei jener Äußerung der Erblasserin „war ihre Absicht offenbar nicht darauf gerichtet, dadurch vor den Zeugen ihren letzten Willen vollständig zu erklären, was sie ja in der hiezu bestimmten Urkunde gethan hatte, sondern sie wollte ihnen nur die Hauptsache mittheilen“ . . . „Sie hat (ja) den Auftrag als ihren letzten Willen bezeichnet.“ Entscheidung der III. Instanz

zweiten Satze des §. 585 erwähnte Aufzeichnung (sogen. testamentum nuncupativum in scripturam redactum) das mündliche Testament nicht in ein schriftliches über.¹⁹⁾

III. Dem mündlichen Testamente wesentlich ist die persönliche mündliche Willensäußerung, die gesprochene Rede. Ist schon die Verweisung auf einen formlosen Ausruf unzulässig, vermag also die generelle nuncupatio nicht die specielle zu ersetzen, so kann die Rede noch weniger durch unartikulierte Laute und Zeichen ersetzt werden. Gebärden können einzelne Worte (s. oben S. 114), aber nicht den mündlichen Ausdruck überhaupt ersetzen;^{20a)} selbst dann nicht, wenn sie eine conventionelle Bedeutung haben. Wer nicht sprechen kann, sei es aus Schwäche, sei es, weil er stumm ist, kann nicht mündlich testiren. Auch eine conventionelle (nicht individuelle) Fingersprache vermag die gesprochene Rede nicht überhaupt, sondern nur unter den besonderen, in der Notariatsordnung vorgeschriebenen, später zu erörternden Cauteleu zu vertreten. Dabei wollen wir das geringste Gewicht darauf legen, daß „mündlich“ soviel heißt wie „mit dem Munde“, also nicht „mit den Händen“; um so mehr aber auf die innere Ver-

b. 31. Jän. 1854 (Ger. Ztg. 1854 Nr. 23). — 2) Ein schriftliches wechselseitiges Testament war von drei Zeugen, aber von keinem der testirenden Gatten unterzeichnet. Die I. Instanz verwarf das Testament mit der nicht glücklichen (s. §. 582) Motivirung: „Ein theils schriftliches, theils mündliches Testament ist ungesetzlich.“ Die II. Instanz hielt es als mündliches aufrecht (!). „Wenn die Erfordernisse der schriftlichen Testamentsform zwar nur zum Theile, dagegen jene eines mündlichen Testaments vollständig (?) zusammentreffen, dann steht kein gesetzliches Hinderniß entgegen, den rechtsgültigen Bestand des letzten Willens in der mündlichen Testamentsform anzunehmen. Die Tendenz der gesetzlichen Bestimmungen über die Testaments-Förmlichkeiten geht nur dahin, über den letzten Willen eine volle jurisdicte Gewißheit zu erlangen“ (s. dagegen oben S. 121). — 3) Ein Beispiel einer nicht zu billigen Umwandlung eines schriftlichen in ein mündliches Testament s. auch in der Ger. Ztg. 1855 Nr. 132 (Nr. 21 der Pederzani'schen Sammlung). — 4) In dem in der Ger. Ztg. 1857 Nr. 134 erzählten Falle mochte wirklich die Fixirung des Willens auf eine bestimmte Form zweifelhaft sein. Aber nicht billigen läßt es sich, daß alle drei Instanzen das Erforderniß, daß die Zeugen rogirt sein sollen, läugneten, obwohl der Fall ein besonders greller war, indem beide Zeugen (es waren nur zwei, §. 598) selbst betonten, sie hätten sich nicht als Testamentszeugen betrachtet. — 5) In einem, dem hier unter 1) angeführten ähnlichen Falle sprach sich die II. und III. Instanz für die Aufrechterhaltung aus, was zweifach unrichtig war, weil (wie die I. Instanz richtig hervorhob) nicht einmal der äußere Thatbestand eines mündlichen Testaments vorhanden war, da nicht der vollständige Inhalt der Anordnung in gesprochener Rede mitgetheilt wurde. Die Unrichtigkeit dieser Entscheidung ergibt sich überdies schon aus §. 582. (Ger. Ztg. 1873 Nr. 9: „Civilsache“ unterzeichnet mit T.) — 6) Allographes Testament, in dessen Inhalt die Zeugen keinen Einblick gethan haben, obgleich der Testator weber lesen, noch schreiben konnte. Es wurde durch Entscheidung des ob. Ger. S. v. 2. Jän. 1873 zwar für ein wegen §. 581 formwidriges schriftliches Testament erklärt, aber nichtsdestoweniger als mündliches aufrecht erhalten, indem die Fixirung des Willens auf eine bestimmte Form verneint wurde, und „weil die Tendenz aller Bestimmungen des a. b. O. B. dahin gerichtet ist, den wahren Willen des Erblassers, soweit er nur überhaupt rechtsförmlich existirt und ausführbar ist, zur Geltung zu bringen.“ (Ger. Ztg. 1873 Nr. 16: „Civilsache“ unterzeichnet mit Dr. J. H., Sammlung XI Nr. 4823.)

¹⁹⁾ Zeiller S. 465 Z. 3, Stubenrauch S. 785 Z. 4. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß die Zeugen etwa die Urkunde gemeinschaftlich aufgesetzt und unterschrieben hätten; vgl. Nippel IV S. 126.

^{20a)} Die Juristischen Blätter 1874 Nr. 15 erzählen folgenden Fall: Der Erblasser war zum Sprechen schon zu schwach. Die Zeugen sagen aus, „daß er nur über die von seinem Sohne gemachten mündlichen oder auf einer Tafel aufgesetzten Vorschläge entweder bejahend mit dem Kopfe nickte oder seine Mißbilligung durch Brummen zu erkennen gab; im letzteren Falle das auf der Tafel Aufgezeichnete auslöschte und statt dessen etwas Anderes hinfügte.“ — Die I. Instanz erklärte das Testament für gültig, die II. für ungültig, die III. für gültig, „da das Gesetz nirgends die Bestimmung enthält, daß der mündliche letzte Wille in zusammenhängender gebundener (?!) Rede ausgesprochen werden müßte, um gültig zu sein, vielmehr der im §. 585 enthaltene Ausdruck „erklären“ darauf hinweist, daß auch durch Zeichen mündlich (!) auf gültige Weise testirt werden kann.“ (Entscheidung 5. Febr. 1874.)

schiedenheit der allverständlichen Wort- und der nur Wenigen verständlichen und Mißverständnissen so viel leichter ausgesetzter Fingersprache. Vermag die Zeichenschrift nicht die Buchstabenschrift zu ersetzen, um wie viel weniger die Gebärde das Wort! *Litera scripta manet*, Prüfung durch Sachverständige ist immer wieder möglich, während das in die Luft Gesingerte keine Spur zurückläßt, die Aussage der Zeugen keine Controle zuläßt.^{12b)}

IV. Zu §. 586. Alle Provinzialrechte stimmten darin überein, daß sie den Zeugen des mündlichen Testamentes es zur Pflicht machten, nach des Testators Tode sich von selbst zu der „ordentlichen Obrigkeit“ (Regierung, Landeshauptmann, Stadtrath, Gericht . . .) zu begeben und hier darüber, daß und was vor ihnen mündlich verfügt worden sei, „Relation zu thun“. ¹³⁾ Davon handelt nun auch der §. 586. Die daselbst erwähnte Vernehmung und Aussage der Zeugen steht nicht einer Zeugen-Vernehmung und -Aussage im Proceße,¹⁴⁾ sondern der Eröffnung und Publication eines schriftlichen Testamentes gleich. Sie setzt also einen Proceß gar nicht voraus und geht einem solchen zeitlich vor, und erfolgt andererseits, wie jede Testaments-Publication, erst nach des Testators Tode; so lange er lebt, haben sie den Inhalt des Testamentes geheim zu halten.¹⁵⁾ Diese Vernehmung erfolgt gegenwärtig im Zuge der Verlassenschafts-Abhandlung. Die Zeugen haben bei der Todesfall-Aufnahme dem Notar oder Gerichtsabgeordneten von der Existenz eines mündlichen Testamentes in Kenntniß zu setzen (arg. Pat. v. 9. Aug. 1854 §. 39 Z. 7), die etwa von ihnen gemachte Aufzeichnung ihm auszufolgen (arg. §§. 41, 65 ebb.), und ihren Namen, Stand, Wohnort ihm anzugeben (§. 42).¹⁶⁾ Sodann werden sie vom Gerichte zum Zwecke der Kundmachung des letzten Willens von Amtswegen vorgeladen, außer es läge dem Gerichte die in §. 585 a. E. erwähnte Scriptur vor, und sie wäre von allen Zeugen eigenhändig unterschrieben, in welchem Falle die Kundmachung, wie bei einem schriftlichen Testamente erfolgt (§. 65, vgl. §§. 61—64). Die Vernehmung geschieht „vorläufig ohne Beeidigung“ (§. 65).¹⁷⁾ Auch zur Ausweisung des Rechtstitels Desjenigen, der sich auf Grund des mündlichen Testamentes erbserklärt hat, ist die Beeidigung an sich nicht erforderlich (§. 123 Al. 2). Doch kann jeder Interessent auf die Beeidigung dringen.¹⁸⁾ Interessent ist sowohl derjenige, der die Zeugenaussage in Zweifel zu ziehen, als auch derjenige, der sie außer Zweifel zu setzen ein Interesse hat; also einerseits der gesetzliche oder in einem früheren Testamente eingesetzte Erbe, andererseits der in dem mündlichen Testamente irgendwie Bedachte.¹⁹⁾ Hat für einen Interessenten das

^{12b)} Die richtige Ansicht hat Ellinger (7. Aufl. S. 277). Die oft verteidigte gegenheilige Ansicht (Winiwarter III S. 85 a. E., Stubenrauch 1. Aufl. II S. 338 Z. 5, 2. Aufl. I S. 782 Z. 5, Unger §. 10 Anm. 10 a. E.) ließ sich früher durch die Lücke im Gesetze, das für die Taubstummen nicht vorgesehen hatte, rechtfertigen; seit aber diese Lücke durch die Notariats-Ordnungen ausgefüllt ist, hat sie keine Berechtigung. Auf fallend ist, daß die Commentatoren diese Frage bei §. 581 (statt bei §. 585) behandeln; ferner daß Unger in §. 10 Anm. 10 die Zeichensprache zuläßt, während er ebb. in Anm. 9 die weniger bedenkliche Zeichenschrift verwirft. — Wegen der Praxis s. Eco 1851 p. 129 und Sammlung III Nr. 1225.

¹³⁾ S. Excursus zu §§. 585, 586.

¹⁴⁾ Dieses wurde gegen Zeiller von allen übrigen Redactoren entschieden betont (Prot. 30. Jän. 1804), s. Excursus zu §§. 585, 586.

¹⁵⁾ Vgl. Weingarten Aufzug der Stadt-Recht im Erb-Königreich Böhmeib (Münchberg 1700) S. 95 col. 2.

¹⁶⁾ Sie müssen dies nicht gerade in eigener Person thun; aber es ist ihre Pflicht, dafür zu sorgen, daß diese Mittheilungen geschehen.

¹⁷⁾ Auch hierin stimmt das heutige Recht mit dem älteren überein; s. Hfb. vom 6. Nov. 1795 (Z. G. S. Nr. 263) und die Nachweisungen aus den alten Provinzialrechten in den Excursen.

¹⁸⁾ Zeiller II S. 467.

¹⁹⁾ Vgl. Rippel IV S. 128, Winiwarter III S. 91 f.

Gericht von Amtswegen zu sorgen, so ernennet es einen Curator mit dem Auftrage, im Namen Jenes um die Beeidigung anzusuchen (§. 66 N. 2). Diese in den §§. 66, 67 des Pat. v. 9. Aug. 1854 normirte eidliche Vernehmung der Testamentszeugen hat die Natur eines Beweises zum ewigen Gedächtniß.²⁰⁾ Es ist also dabei (wie bei der Beweisführung im Proceffe) erforderlich, daß die Testamentszeugen auch taugliche Beweiszeugen seien.²¹⁾ Andererseits kann das Zeugniß der Testamentszeugen nicht durch das Zeugniß anderer Zeugen, die zufällig die letztwillige Erklärung mitvernommen haben, ersetzt werden;²²⁾ ferner auch nicht durch die von den Testamentszeugen unterschriebene Aufzeichnung (§. 585 a. E.).²³⁾ Die Aussage aller drei Zeugen muß übereinstimmen (Sammlung VI Nr. 3160); wenn sie theils übereinstimmen, theils einander widersprechen, so kommt es darauf an, ob die Uebereinstimmung die Hauptsache, die Abweichung Nebenpunkte betrifft, oder aber letztere weiter reicht. Der Richter hat dann zwei Fragen zu erwägen: a) ob die Zeugen überhaupt noch Glauben verdienen, b) ob es dem wahrscheinlichen Willen des Verstorbenen gemäß sei, das übereinstimmend Bezeugte allein bestehen zu lassen, wobei das über die Vollständigkeit der Willenserklärung Gesagte analoge Anwendung findet.²⁴⁾ Nicht genügt ist dem §. 586, wenn zwei Zeugen durchaus übereinstimmen, jedoch der Dritte widerspricht;²⁵⁾ wohl aber, wenn der Dritte nicht vernommen werden kann (§. 586), weil er todt, verschollen, in die Ferne ausgewandert, geisteskrank ist u. dgl. Bestritten ist, ob man daraus die Regel abziehen kann, daß die Uebereinstimmung zweier Zeugen gegenüber dem Schweigen des Dritten genüge, nicht aber gegenüber seinem Widerspruche.²⁶⁾ U. E. vereitelt seine beharrliche Weigerung, eine Aussage abzugeben, das Testament, da sie leicht in der Scheu, einem unwhahren Zeugniß beizustimmen oder zu widersprechen, ihren Grund haben kann.^{26a)} Wenn aber seine Versicherung, er könne sich nicht mehr erinnern, mit Rücksicht auf seine Individualität und die Länge der Zeit Glauben verdient, dann hat der Fall Ähnlichkeit mit demjenigen, wo eine Geisteskrankheit das Hinderniß der Aussage ist, und verdient daher wohl die mildere Entscheidung den Vorzug; im Zweifel dagegen muß man sich an die strengere halten. Unrichtig dagegen scheint uns wieder die Ansicht,²⁷⁾ daß auch bei einer bloß zeitweiligen Verhinderung des dritten Zeugen das Zeugniß der beiden anderen einstweilen genüge, und auf die Gefahr hin, daß später Alles rückgängig gemacht werden müßte, der Nachlaß eingewantwortet werden könne. Vielmehr kann hier

²⁰⁾ Vgl. Winwarter III S. 92. Ueber einen Fall, wo dann dieselben Zeugen im Proceffe eine in einem wesentlichen Punkte abweichende Aussage machten, s. Sammlung VI Nr. 2884.

²¹⁾ Unger §. 10 Anm. 13.

²²⁾ Unger §. 51 Anm. 4. — Ob die Entscheidung in der Sammlung II Nr. 535 hiegegen verstoßt, ist nicht zu ersehen, da in dem Berichte über die abweichenden Aussagen der fünf Zeugen, von denen nur drei Testamentszeugen waren, gera de der entscheidende Umstand verschwiegen ist, welche von ihnen die Testaments-, welche die zufällig anwesenden Zeugen waren.

²³⁾ Stubenrauch 1. Aufl. II S. 344, 2. Aufl. I S. 785, Unger §. 10 Anm. 11, §. 51 Anm. 4. — Ueber das gemeine Recht s. die bei Unger §. 10 Anm. 11 Citirten.

²⁴⁾ Vgl. hinsichtlich beider Fragen in der Sammlung einerseits II Nr. 535, andererseits X Nr. 4583.

²⁵⁾ Rippel IV S. 129, Stubenrauch 1. Aufl. II S. 346, 2. Aufl. I S. 787.

²⁶⁾ S. einerseits Rippel und Stubenrauch a. a. D., andererseits Unger §. 51 Anm. 4.

^{26a)} In der Gerichtshalle (1869 Nr. 1) wird ein Fall erzählt, wo der dritte Zeuge erklärte, er habe nicht gewußt, daß es sich um ein Testament handle, habe auf das ganze Erbe nicht geachtet und davon nichts im Gedächtniß behalten. Mit Recht entschied der oberste Ger. P. (12. Nov. 1868), das angebliche Testament sei nicht rechtskräftig.

²⁷⁾ Rippel's (IV S. 128 f.), dem Stubenrauch a. a. D. beistimmt. Gegen sie Unger a. a. D.

der im mündlichen Testamente Honorirte erst dann seinen Anspruch geltend machen, wenn er die übereinstimmende Aussage aller drei Zeugen für sich hat. — Ganz unzulässig wäre es, das Zeugniß eines einzigen Zeugen durch einen Erfüllungseid ergänzen zu wollen.²⁸⁾ Wenn also zwei Zeugen sterben, so ist das Testament vereitelt und ebenso in vielen anderen Fällen. Wer zur Minderung dieser Gefahr mehr als drei Zeugen zuzieht, vermehrt die andere, daß sich die Zeugen widersprechen. Denn wenngleich gewiß in einem Falle, wo fünf Zeugen zugezogen wurden, die übereinstimmende Aussage dreier genügt, wenn die zwei anderen nicht vernommen werden können,²⁹⁾ so genügt sie doch nicht, sobald auch nur Einer widerspricht. Bedenkt man ferner, wie mißlich es ist, ein etwas ausführlicheres Testament dem Gedächtniß einiger Menschen anzuvertrauen, endlich, wie sehr die Anerkennung dieser Form dem Betrug die Wege ebnet, — so wird man zu dem Ergebniß gelangen, daß es besser wäre, die mündlichen Privattestamente nur in Nothfällen zu gestatten, also diese Form nicht als eine ordentliche anzuerkennen.³⁰⁾

Anhang zu §§. 578—586. Nachdem die privaten Testamentformen im Vorstehenden dargestellt sind, ist noch anhangsweise zu erörtern, welche derselben Blinden, Tauben, Stummen zu Gebote stehen (vgl. Westgal. G. B. II §. 386 pr.). Die Betrachtung ist dabei auf die privaten Formen eingeschränkt; doch wird gleich hier erwähnt, daß durch die Notariatsordnung für Personen, welche privatim nicht oder nur schwer testiren können, vorgeesehen ist.

I. Voranzuschicken ist die allgemeine Bemerkung, daß §. 1 lit. e des Ges. 25. Juli 1871 (R. G. B. Nr. 76) dem privaten Testiren der Blinden, Tauben, Stummen nicht entgegensteht, vielmehr die Möglichkeit desselben indirekt bestätigt; denn §. 1 lit. e spricht nur von „Urkunden über Rechtsgeschäfte unter Lebenden“. — 1) Von den Blinden war bereits oben S. 161 die Rede. — 2) Einem Tauben, welcher lesen und schreiben kann, steht jede Form offen; einem solchen, der zwar lesen, aber nicht schreiben kann, steht außer der mündlichen noch immerhin die allographe Form offen (§. 580), hingegen nicht auch Einem, der nicht einmal lesen kann, da das in §. 581 geforderte Vorlesen durch ein Vordeuten mit der Fingersprache nicht ersetzt werden kann; ein solcher kann nur mündlich testiren.³¹⁾ — 3) Ein Stummer kann nach dem oben (bei §. 585 Abs. III) Gesagten nur schriftlich und zwar in der Regel nur holograph testiren. Letzteres hingegen hat Ausnahmen. Es kann ein Stummer seinen eigenhändigen Testamentsaufsatz (etwa wegen schlecht leserlicher Handschrift) abschreiben lassen und diese allographe Abschrift solennisiren. Eine andere Ausnahme wäre diese: Jemand hätte einen Testamentsaufsatz dictirt, ohne ihn zu solennisiren; später tritt Lähmung der Zunge (nicht auch der Hand) ein. Er ladet nun schriftlich Zeugen, schreibt vor ihren Augen — am besten auf den Aufsatz selbst — daß dieser seinen letzten Willen enthalte, und fordert sie (etwa mit einem Zettel) auf, sich als Testamentszeugen zu unterschreiben; ja diese Aufforderung kann, da die Zeugen ohnehin schon rogirt sind, mit einer Gebärde geschehen. Eine solche schriftlich inter praesentes erfolgte Bestätigung ersetzt vollkommen die genuelle nuncupatio des §. 579; Zeichensprache wäre dagegen auch hier (nämlich für die Bestätigung) u. E. nicht genügend.

²⁸⁾ Zeiffer II S. 468; vgl. Westgal. G. B. §. 382 a. E.

²⁹⁾ Unger §. 51 Num. 4.

³⁰⁾ In Frankreich wurden die mündlichen Privattestamente abgeschafft durch art. 1 der *ordonnance* v. Aug. 1735 (s. Chabot II p. 386). *De lege ferenda* hat sich für erhöhte Cautelen bei dieser Form ausgesprochen Dalwigk II S. 47—50, für gänzliche Abschaffung Mommsen S. 184.

³¹⁾ Uebereinstimmend Basevi zu §. 581 nr. 4.

II. Concurrirende Gebrechen:³²⁾ 1) Der Testator ist blind und taub; er kann sich verständlich machen, aber weder durch Gesicht noch durch Gehör eine Mittheilung empfangen. Je länger dieser Zustand andauert, desto weniger ist factisch an ein Testiren zu denken. Wenn aber ein Tauber plötzlich erblindet, so kann er immerhin bald darauf (noch in voller Kenntniß aller Verhältnisse) testiren, nur nicht allograph. Die Schwierigkeiten, die sich sowohl dem holographen, als dem mündlichen Testiren entgegenstellen, sind rein factischer Natur.³³⁾ — 2) Wer blind und stumm ist, kann holograph, und in den besondern bei I 3 erwähnten Fällen — unter Beobachtung von §. 581 — auch allograph testiren. — 3) Wer taub und stumm ist (gleichviel ob er taubstumm im engeren Sinne ist oder aber Sprache oder Gehör oder beide erst in reifen Jahren verloren hat), mag, wenn er schreiben kann, sowohl allograph (s. I 3) als holograph testiren; kann er nicht schreiben, so vermag er privatim gar nicht zu testiren, auch nicht allograph, und zwar selbst dann nicht, wenn er lesen könnte, ihm also §. 581 nicht im Wege stünde; denn noch immer bliebe die Unfähigkeit zur nuncupatio oder einem genügenden Erfasse derselben. — 4) Wer blind und taub und stumm ist, wird factisch nur in den seltensten Fällen testiren können. Denkbar wäre es aber doch z. B. bei einem mit Erfolg unterrichteten, erst in reifen Jahren erblindeten Taubstummen. Natürlich könnte er weder mündlich, noch allograph (wegen §. 581), sondern nur holograph testiren.

3. der gerichtlichen.

§ 587.

Der Erblasser kann auch vor einem Gerichte schriftlich oder mündlich testiren. Die schriftliche Anordnung muß von dem Erblasser wenigstens eigenhändig unterschrieben seyn, und dem Gerichte persönlich übergeben werden. Das Gericht hat den Erblasser auf den Umstand, daß seine eigenhändige Unterschrift beygerückt seyn müsse, aufmerksam zu machen, dann den Aufsatz gerichtlich zu versiegeln, und auf dem Umschlage anzumerken, wessen letzter Wille darin enthalten sey. Ueber das Geschäft ist ein Protokoll aufzunehmen, und der Aufsatz gegen Ausstellung eines Empfangscheines gerichtlich zu hinterlegen.

§. 588.

Will der Erblasser seinen Willen mündlich erklären; so ist die Erklärung in ein Protokoll aufzunehmen, und dasselbe eben so, wie in dem vorhergehenden §. von dem schriftlichen Aufsatze gemeldet worden ist, versiegelt zu hinterlegen.

§. 589.

Das Gericht, welches die schriftliche oder mündliche Erklärung des letzten Willens aufnimmt, muß wenigstens aus zwey eidlich verpflichteten Gerichtspersonen bestehen, deren Einer in dem Orte, wo die Erklärung aufgenommen*) wird, das Richteramt zuseht. Die Zeugenschaft der zweyten Gerichtsperson, außer dem Richter, können auch zwey andere Zeugen vertreten.

§. 590.

Im Nothfalle können die erst bestimmten Personen sich in die Wohnung des Erblassers begeben, seinen letzten Willen schriftlich oder mündlich aufnehmen, und dann das Geschäft mit Besetzung des Tages, Jahres und Ortes zu Protokoll bringen.

I. Den privaten Formen des Testirens ^{herv} werden die öffentlichen entgegen gesetzt, nämlich die gerichtliche und die dem a. b. G. B. fremde, erst durch

³²⁾ Ob die Gebrechen angeboren sind oder nicht, ist für das Lesen- und Schreibenlernen oft entscheidend; für uns aber kommt dieser Unterschied nicht in Betracht, sondern nur die Thatsache, ob der Testator lesen und schreiben kann.

³³⁾ Das mündliche Testiren wird am meisten dadurch erschwert, daß der Testator nicht zuverlässig erfahren kann, ob die Zeugen zugegen seien. Aber zur Gültigkeit eines Testaments ist die Gewißheit des Testators darüber, daß er seine Absicht zu testiren realisiert habe, nicht erforderlich. Waren die Zeugen bei seiner Erklärung wirklich zugegen, kann dem §. 586 genügt werden, so ist Alles in Ordnung.

*) Die S. G. S. hat den Druckfehler: aufgenommen.

~~frühere Gesetze eingeführte notarielle Form. Beide theilen sich wieder in schriftliche und mündliche (§. 587 pr., Not. Ovg. §. 70, §. 71, §. 72 Nl. 3). Von den gerichtlichen Testamenten handeln die §§. 587—590, und zwar §. 587 vom schriftlichen, §. 588 vom mündlichen, während die §§. 589, 590 für beide Arten gemeinschaftliche Bestimmungen enthalten. Ueber die Redaction dieser Paragraphen berichten die Excurse, in denen auch noch einiges Andere zur Geschichte dieser Testamentformen beigebracht wird. — Öffentlich errichtete Testamente und Codicille unterscheiden sich, von der Form abgesehen, von privaten nur hinsichtlich des Beweises (s. Abs. VII), sonst aber gar nicht. Sie sind denselben Einwendungen ausgesetzt, wie diese, sind ebenso widerruflich, und haben keine größere Kraft, was namentlich bei einem Zusammentreffen mehrerer Testamente verschiedenen oder gleichen Datums wichtig ist.¹⁾ Dennoch hat das öffentliche Testiren verschiedene Vortheile, allerdings nur factischer Natur. Die letztwillige Erklärung kann nicht so leicht in Verlust gerathen oder verborgen bleiben, kann nicht so leicht unterdrückt, vernichtet, verfälscht werden;²⁾ auch kommt Ungültigkeit wegen Formfehler sehr selten vor.~~

II. In §. 587. Für das schriftliche gerichtliche Testament (testamentum iudici oblatum) ist die eigenhändige Unterschrift des Testators,^{3a)} dann die persönliche Ueberreichung und Bestätigung bei Gericht wesentlich. Ob es holograph oder allograph ist, macht keinen Unterschied. Wie im Falle des §. 579 der Testator nicht gerade in Gegenwart der Zeugen zu unterschreiben braucht, sondern auch viel früher unterschrieben haben kann, jedenfalls aber vor der Solemnisirung durch die Zeugen unterschrieben haben muß — so kann er, muß aber nicht seine Unterschrift in unserem Falle bei Gericht unter das Testament setzen; nur muß es unterschrieben sein, bevor das Gericht weiter Amt handelt (§. 587: „muß . . . unterschrieben sein . . .“).³⁾ Das Testament muß „von dem Erblasser dem Gerichte persönlich übergeben werden“ (§. 587); briefliche Einsendung oder Uebergabe durch einen Boten oder Bevollmächtigten ist durchaus unzulässig. Der Testator, dessen Identität außer Zweifel stehen muß, hat dem Gerichte zu bestätigen, daß die übergebene Urkunde seinen letzten Willen enthalte, braucht aber dessen Inhalt nicht mitzutheilen (arg. §. 579) und kann die Urkunde auch versiegelt überreichen.⁴⁾ Das Gericht hat den Erblasser auf die Nothwendigkeit seiner Unterschrift aufmerksam zu machen (§. 587); zu anderen Belehrungen ist es nicht verpflichtet.⁵⁾ Kann der Erblasser nicht schreiben, so muß er — und zwar vor Gericht — sein Handzeichen unter das Testament setzen (arg. §. 580);⁶⁾ kann er auch nicht lesen, so ist ihm das mitgebrachte Schriftstück von einer Gerichtsperson unter Controle der anderen vorzulesen (arg. §. 581).⁷⁾

¹⁾ Darüber herrscht kein Zweifel; s. etwa Zeiller II S. 475 Z. 4.

²⁾ Vgl. Zeiller II S. 469.

^{3a)} Dieses Erforderniß markirt den wichtigsten Unterschied zwischen den Bestimmungen des a. b. O. B. und den durch die gemeinrechtliche Praxis entwickelten Rechtsregeln über das gerichtliche Testament. Vgl. Windscheid III §. 545.

³⁾ Vgl. Zeiller II S. 469: „ . . . wird, nachdem sie schon außergerichtlich . . . wenigstens unterschrieben worden ist, dem Gerichte übergeben.“

⁴⁾ Zeiller S. 469 f. Der Richter hat sich neugieriger Fragen zu enthalten (Zeiller S. 473).

⁵⁾ Namentlich braucht es ihn nicht (wie z. B. Stubenrauch I. Aufl. II S. 349, 2. Aufl. I S. 789 pr. behauptet) über das Notherbenrecht zu belehren.

⁶⁾ Zeiller S. 470 Z. 3.

⁷⁾ Die willkürliche Behauptung Rippel's IV S. 134, daß zwar §. 580, nicht aber auch §. 581 bei gerichtlichen Testamenten analoge Anwendung finde, und daß der Lesensunkundige nur mündlich vor Gericht testiren könne, wird von fast allen Schriftstellern verworfen; s. Stubenrauch I. Aufl. II S. 349 Note, 2. Aufl. I S. 788 N. 4, Ellinger, Kirchstetter zu diesem Paragraph, Taglioni IV p. 114, Unger §. 12 N. 2. — Eine eigenthümliche Mittelmeinung hat Filger II S. 60 f.: Nach Analogie des §. 581 vorzu-

Der übrige Vorgang wird von Zeiller (S. 470 f.) anschaulich so beschrieben: „Die Urkunde wird dann, obschon“ (d. h. auch wenn) „sie bereits von dem Erblasser in einem Umschlage versiegelt ist, zugleich gerichtlich versiegelt und zur Vorsicht gegen eine voreilige Eröffnung, wie auch zur leichteren Auffindung im Eröffnungsfalle, auf den Umschlag angemerkelt, daß die darin verschlossene Urkunde den letzten Willen des zu benennenden Erblassers enthalte. Endlich ist an die Stelle der Zeugenunterschrift (§. 579) über den ganzen gerichtlichen Act ein von den Gerichtspersonen zu unterfertigendes Protokoll aufzunehmen und (nach der gewöhnlichen Protokollform §. 590) der Ort, Tag und das Jahr um so mehr beizurücken, als daraus im Falle mehrerer . . . Anordnungen der wichtige Umstand, welche früher oder später errichtet worden (§§. 713—715), zu entscheiden ist. — Endlich ist sowohl die Urkunde, als das Protokoll gerichtlich zu hinterlegen und dem Erblasser ein Empfangschein zu dem Ende zuzustellen, damit theils die nach dem Tode des Erblassers zur Einleitung der Verlassenschaftsabhandlung bestellte Gerichtsperson (§. 798) oder die vermeintlichen Erben dadurch Kenntniß von der gerichtlichen Willenserklärung erlangen; theils damit der Erblasser seine Urkunde wieder zurückernehmen und . . . vertilgen . . . oder abändern könne.“ — Ueber die Aufbewahrung dieser Urkunden s. Pat. 3. Mai 1853 (Gerichts-Instruction) §. 232 und §. 255.

III. Zu §. 588. Bei dem mündlichen gerichtlichen Testament (testamentum apud acta conditum) wird der Inhalt der Willenserklärung in das Protokoll selbst aufgenommen. Diese Aufschreibung benimmt dem Testamente nicht die Natur eines mündlichen, was sich namentlich in der Entbehrlichkeit der Unterschrift des Testators zeigt. Darin, aber auch nur⁹⁾ darin stimmt jene mit der in §. 585 erwähnten Aufzeichnung überein. Da hier sowohl die persönliche mündliche Erklärung vor Gericht (vgl. Sammlung IV Nr. 1600), als die schriftliche Aufzeichnung im Protokolle wesentlich ist, erinnert diese Form theils an das mündliche, theils an das allographe Privat-Testament. Der §. 586 hat bei öffentlichen mündlichen Testamenten kein Analogon (s. Abs. VII). — Auch hier hat das Gericht vor Allem über die Identität des Testators sich Gewißheit zu verschaffen. Ist ihm die Fähigkeit des Testators zweifelhaft, so wird es darüber Erhebungen pflegen,⁹⁾ darf aber deshalb die Aufnahme des letzten Willens weder verweigern, noch verzögern. Im Uebrigen wird mit dem die Willenserklärung enthaltenden Protokoll so verfahren, wie nach §. 587 mit der Testamentsurkunde (§. 588) und findet das im vorigen Absatz Gesagte sinngemäße Anwendung.¹⁰⁾ Läßt des Testators Benehmen Zweifeln darüber Raum, ob er mündlich oder schriftlich testiren wolle, oder ob er dieses Unterschiedes sich bewußt sei (er bringt z. B. eine Aufzeichnung mit und verliest sie), so hat das Gericht in aufklärender Weise ihn zu befragen, und je nach der Antwort dann nach §. 587 oder aber nach §. 588 zu verfahren.¹¹⁾

IV. Gemeinsame Vorschriften, namentlich §§. 589, 590. Das Gericht braucht nicht gerade die Personal-Instanz des Testators zu sein. Dies gilt wie nach gemeinem¹²⁾ und preussischem Recht (§. 72 E. N. I 12), so nach dem

gehen, sei zwar ordnungswidrig, mache aber das Testament nicht ungiltig; doch müßten die Gerichtspersonen in solchem Falle auf die Testaments-Urkunde selbst sich unterschreiben.

⁹⁾ Sonst sind beide Aufzeichnungen sehr verschieden: die in §. 588 wesentlich, die in §. 585 unwesentlich, jene formell, diese formlos, jene beweismachend, diese nicht.

⁹⁾ Vgl. Zeiller S. 472 Note.

¹⁰⁾ „Sinngemäße“; da z. B. der Testator . . . hier nichts versiegelt übergeben kann, steht ihm frei, dem gerichtlichen Siegel das seine beizubringen (Zeiller S. 472); kann auch von einem „Empfangschein“ hier nicht die Rede sein, so kann doch der Erblasser „ein Zeugniß über den gerichtlichen Act verlangen“ (Zeiller ebd.).

¹¹⁾ Vgl. Zeiller S. 472 f.

¹²⁾ S. Windscheid III §. 545 N. 1.

Westgal. (II §. 385 a. E.) und dem jetzigen bürgerl. G. B. Deshalb heißt es in §. 587 pr. „vor einem Gericht“, nicht „vor seinem Gericht“. ¹³⁾ Dies ist neuerdings bestätigt durch §. 92 der Civ. Jur. R. v. 20. Nov. 1852: „Die Bezirksgerichte, sowie auch die städtisch = delegirten Bezirksgerichte, können ohne Beschränkung der Zuständigkeit, auf Begehren . . . die gerichtliche Aufnahme letztwilliger Anordnungen vornehmen.“ Damit ist nicht gemeint, ¹⁴⁾ daß die Gerichtshöfe I. Instanz dies nicht auch (in der im §. 188 der Ger. Instr. angegebenen Weise) thun dürften; ¹⁵⁾ nur würde, wer ohne ersten Grund sich an den Gerichtshof wendet, an das Bezirksgericht gewiesen werden; jedenfalls aber kann es keine Nullität begründen, wenn statt des Bezirksgerichtes ein Gerichtshof das Testament aufnimmt. „Das Gericht muß wenigstens aus zwei eiblich verpflichteten Gerichtspersonen bestehen“ (§. 589); diese sind qualificirte Testamentszeugen und müssen deshalb auch zur Testamentszeugenschaft in concreto tauglich sein (§. 596); wegen ihrer besonderen Glaubwürdigkeit begnügt sich das Gesetz mit der geringeren Zahl (s. §. 589 a. E. und hier Note 20). Einer dieser Personen muß „in dem Orte, wo die Erklärung aufgenommen wird, das Richteramt zustehen“ (§. 589), sie muß „Richter“ sein (§. 589), die andere ist ein beeideter Protokollführer. Für den ersteren Begriff nun ist u. E. der §. 1 des Ges. v. 21. Mai 1868 (R. G. B. Nr. 46) nicht maßgebend, da hier nicht der Begriff „Richter“ überhaupt definiert, sondern gesagt wird, wer „Richter im Sinne des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt“ sei, so daß diese Definition nur auf die in dem genannten Gesetze behandelten Fragen des öffentlichen Rechtes geht. Andererseits ist es nicht genügend, daß Jemand für das Richteramt geprüft und beeidigt ist, es muß ihm die Ausübung der Richtbarkeit (in Civilsachen) zustehen, ¹⁶⁾ — u. zw. „in dem Orte, wo die Erklärung aufgenommen wird“ (§. 589); denn außerhalb seines Richtsprengels ist der Richter eben nicht Richter. ¹⁷⁾ U. E. gilt auch hier §. 247 der Ger. Instr. ¹⁸⁾ Dagegen wäre es unzulässig, wenn der Bezirksrichter Jemanden (etwa einen Auscultanten) ad hoc zu seinem Stellvertreter bestellen wollte. ¹⁹⁾ Als Protokollführer können außer den Rechtspracticanten, welche die Angelobung geleistet haben, auch Kanzlisten und Diurnisten verwendet werden, welche hierzu eigens in Eid zu nehmen sind (Min. Erl. 21. Jan. 1855). Im Nothfalle kann die Mitwirkung dieser Gerichtsperson (nicht auch des Richters) durch zwei einfache Testamentszeugen ersetzt werden (§. 589 a. E.). ²⁰⁾

¹³⁾ Vgl. Excursus zu §§. 587—590 Abs. I a. E.; Zeiller S. 469.

¹⁴⁾ Auch Stubenrauch meint dies wohl nicht, und seine unvorsichtige Aeußerung: „. . . Bezirksgerichte . . . keineswegs aber auch andere Behörden“ (Z. 2 zu §. 586 ff.) geht auf politische und andere nicht-judicielle Behörden.

¹⁵⁾ Man könnte verjucht sein, für unsere Ansicht den §. 232 der Ger. Instr., der im I. Hauptstücke des II. Theiles, also in der „Geschäfts-Ordnung der Gerichtshöfe“ steht (vgl. §. 255), anzuführen; allein dieser Paragraph erklärt sich ohnedies zur Genüge aus §. 61 und §. 68 des Pat. v. 9. Aug. 1854 vgl. mit §. 78 der Civ. Jur. R.

¹⁶⁾ Rippel IV S. 137; vgl. etwa auch Taglioni IV p. 116.

¹⁷⁾ Damit „ist die ältere gemeinrechtliche Controverse, ob der Richter auch außerhalb seines Amtsbezirks eine letztwillige Anordnung aufnehmen könne (Glück Wb. 34 S. 206 ff., Heimbach S. 748, 749) in entsprechender Weise gelöst worden (nam si excesserit, privatus est).“ Unger §. 12 Anm. 1. — Anders verhält es sich nach preuß. L. R. I 12 §. 73 und nach dem sächs. G. B. §. 2093, denen sich Rommensen's Vorschlag §. 60 Al. 1 und §. 70 anschließt.

¹⁸⁾ Er lautet: „Die Tagssitzungen, sowie überhaupt alle mündlichen Verhandlungen sind von dem Bezirksrichter oder dessen zur Ausübung des Richteramtes befähigten Stellvertreter mit Zuziehung eines beeideten Schriftführers vorzunehmen“ u. s. w.

¹⁹⁾ Dies ergibt sich indirekt auch aus dem (veralteten, von Winivarter III S. 95 angeführten) Hdb. v. 29. Aug. 1836.

²⁰⁾ Diese werden nicht etwa hiezu beeidigt (s. auch Rippel IV S. 138); deshalb werden ja zwei Männer für Einen verlangt. Die Statthaltigkeit der Ersetzung eines

Testirt wird im Amtslocale. Nur „im Nothfalle“, d. h. wenn der Testator sich nicht zum Gericht begeben kann,²¹⁾ begeben sich die Gerichtspersonen zu ihm, ob er nun in seiner oder einer fremden Wohnung oder einem Gasthaus, Krankenhaus u. s. w. sich befinden mag.²²⁾ — Die Worte „schriftlich oder mündlich aufnehmen, und dann das Geschäft zu Protokoll bringen“ sind an sich zweideutig; sie könnten dahin verstanden werden, daß erst im Amtslocale das Protokoll geschrieben werde, und daß in dem Aufenthaltsorte des Erblassers nur eine formlose Aufzeichnung erfolge und selbst diese wegbleiben könne.²³⁾ Dies ist aber doch wohl nicht der Sinn des §. 590; vielmehr ist gemeint, daß in der Wohnung alles das zu geschehen habe, was sonst im Amtslocale geschieht.²⁴⁾

Das Protokoll ist in allen Fällen (§§. 587—590) von den beiden Gerichtspersonen zu unterschreiben und zu datiren. Daß Letzteres nur in §. 590 erwähnt wird, geschah vielleicht deshalb, weil man es für diesen Fall besonders einschärfen,²⁵⁾ oder aber weil man diese Anordnung an den Schluß der Materie (§§. 587—590) stellen wollte. Etwas Besonderes für den Fall des §. 590 wollte man damit nicht anordnen.²⁶⁾ Die Unterschrift des Testators auf dem Protokoll ist nicht wesentlich, aber rathsam und wohl die factische Regel (vgl. §§. 103, 105 preuß. L. R. I 12).²⁷⁾ Das Gericht hat, wenn es nicht selbst des Erblassers Personal-Instanz ist, dieser von dem Acte Anzeige zu machen.²⁸⁾

V. Manche der einschlägigen Anordnungen sind a) bloße Manipulationsvorschriften oder Belehrungen, die der Richter befolgen soll, deren Außerachtlassung aber ohne Einfluß auf die rechtliche Natur des Actes ist; b) andere enthalten wahre Formvorschriften, ohne deren Beobachtung das Testament (wenigstens als gerichtliches) nicht gelten kann; sie allein sind die constitutiven Momente der beiden gerichtlichen Formen. Es ist ein Mangel des Gesetzes, daß diese Unterschiede nicht in ihm selbst hervorgehoben sind, weshalb hier manches zweifelhaft ist. — A. Unzweifelhaft Beispiele zu a: 1) Der Richter hat versäumt, „den Erblasser auf den Umstand aufmerksam zu machen, daß seine eigenhändige Unterschrift beigerückt sein müsse“ (§. 587); aber der Erblasser hat ohnehin das Testament unterschrieben. Jenes schadet nicht, denn „der Gesetzgeber bezweckte

öffentlich angestellten Protokollführers durch zwei Privatmänner ist so alt, als das Erforderniß der Zuziehung eines Protokollführers zu gerichtlichen Acten. Dieses Erforderniß nämlich, wie jene Statthaftigkeit ist zuerst ausgesprochen in einer Decretale Innocenz III. (1216), c. 11 X de probat. II. 19: „Judex semper adhibeat publicam (si potest habere) personam, aut duos viros idoneos“ etc. S. dazu Wetzel Syst. d. ord. Civ. Proc. §. 36 (2. Aufl. S. 378 f.).

²¹⁾ „Nur ein Nothfall, wie z. B. schwere Krankheit . . ., nicht Stand, Rang und Bequemlichkeit, ist . . . eine gerechte Ursache, daß der Richter, in dem jede Partei ohne Unterschied die öffentliche Macht respectiren muß, in der Wohnung des Erblassers seine Function ausübe.“ Zeiller S. 474; f. auch Excursus Abf. I.

²²⁾ Die Worte „Wohnung des Erblassers“ (§. 590) dürfen nicht urgirt werden.

²³⁾ Vgl. Excursus Abf. I, wo ein Beispiel einer solchen Deutung vorkommt.

²⁴⁾ Die Stylisirung ist nicht glücklich und aus dem Streben nach Kürze zu erklären. Statt „schriftlich oder mündlich aufnehmen“ soll es heißen: „als schriftliches entgegennehmen oder als mündliches aufnehmen“, kürzer: „als schriftliches oder mündliches entgegen- bzw. aufnehmen“ (vgl. Not. Dvg. §. 70). Die Schlußworte passen nicht gut auf das mündliche Testament, bei dem das Protokoll von der Urkunde über den letzten Willen nicht verschieden ist; deshalb hätte das Wort „dann“ weggelassen werden sollen.

²⁵⁾ Die Angabe des Ortes ist hier nöthiger, als wenn im Amtslocale der Act vorgenommen wird.

²⁶⁾ S. Zeiller's Commentar II S. 470 i. f., wo er zu §. 587 bemerkt „nach der gewöhnlichen Protokolls-Form (§. 590).“

²⁷⁾ Vgl. Zeiller II S. 473, während er auf S. 470 und 472 nur von der Unterschrift der Gerichtspersonen spricht. Diesfalls zwischen dem schriftlichen und dem mündlichen Testamente zu unterscheiden, wie Rippel IV S. 135 pr. und S. 136 Z. 1 thut, ist unrichtig.

²⁸⁾ Vgl. Zeiller S. 473.

durch diese Anordnung offenbar, daß keine wesentliche Förmlichkeit vernachlässigt werde, keineswegs wollte er aber die wesentlichen Förmlichkeiten dadurch vermehren.“²⁹⁾ 2) Wenn der Richter, ohne daß ein Nothfall vorläge (§. 590), in die Wohnung des Erblassers sich begibt, so hat er die Würde seines Amtes nicht wohl gewahrt, der Gültigkeit des Actes aber schadet dies Nichts.³⁰⁾ 3) Die Unterlassung der Ausstellung eines Empfangscheines (§. 587) ist eine Nachlässigkeit, aber kein Formfehler. 4) In die Kategorie a gehören die (ohnehin nicht im a. b. G. B., sondern) in den §§. 232, 255 der Ger. Instr. enthaltenen Vorschriften über die Aufbewahrung der Testamente (bezw. Protokolle). — Zweifelhaft, aber u. E. hergehörig, sind folgende Punkte: 1) Die gerichtliche Versiegelung und 2) die Anmerkung auf dem Umschlag, wessen letzter Wille darin enthalten sei (§. 587);³¹⁾ die Verwandtschaft beider Punkte mit den Vorschriften über die Aufbewahrung ist unverkennbar. — B. Wesentliche Formvorschriften (b) sind dagegen: 1) beim schriftlichen Testament: die Unterschrift des Erblassers auf diesem, die persönliche Uebergabe; 2) beim mündlichen: die persönliche mündliche Erklärung des Willensinhaltes vor dem Gerichte und dessen Aufschreibung in dem Protokoll; 3) bei beiden: die Errichtung eines Protokolls, die gehörige Besetzung des Gerichtes, die Fähigkeit der Gerichtspersonen (bezw. der zwei anderen Zeugen, §. 589) zur Testamentszeugenschaft.

So unzweifelhaft u. E. das Vorhandensein eines Protokolls unerlässlich ist (vgl. auch Unger §. 12 A. 2), so schwierig ist die Frage zu beantworten, wie sich die Formen des Protokolls zu der ganzen Testamentsform verhalten.³²⁾ Gewiß ist wohl, daß nicht jeder Verstoß gegen den Gerichtsstyl, jede Uncorrectheit des Protokolls den Act ungültig machen kann. Wie aber, wenn das Protokoll nicht datirt, oder von den Gerichtspersonen nicht unterschrieben ist, oder beides? Was die Datirung betrifft, so ließe sich für die strengere Ansicht anführen: α) sie sei ausdrücklich im Gesetze (§. 590) vorgeschrieben, β) §. 68 lit. a und §. 73 pr. der Not. Ddg.; gegen letzteres Argument ist zu bemerken, daß die Vorschriften über die notariellen Testamente überhaupt strenger sind, als die über die gerichtlichen. Für die mildere Ansicht läßt sich anführen: α) die Erläuterung, welche die gleiche Vorschrift im §. 33 des Anhangs zum preuß. L. R. erfahren hat;³³⁾ β) vor Allem aber §. 578 a. b. G. B. Diese Gründe dünken uns überwiegend und in der That ist die mildere Ansicht die herrschende.³⁴⁾ — Es könnte nun scheinen, daß wenn die Datirung nicht wesentlich ist, um so weniger

²⁹⁾ Rippel IV S. 133.

³⁰⁾ Ebenso Basevi zu §. 590.

³¹⁾ Ebenso Taglioni IV p. 113, Carozzi XIII p. 144 sg., hinsichtlich Punkt 2 Rippel IV S. 134 (über Punkt 1 schweigt er); dafür spricht auch die allgemeine Bemerkung Zeißler's II S. 490. Dagegen stellt Fügler II S. 62 f. beide Punkte in die Kategorie b.

³²⁾ Ueber diesen Punkt herrscht große Unklarheit. Manche glauben, das Protokoll sei nothwendig, aber dessen Unförmlichkeit schade nicht, nicht einmal die Weglassung der Unterschriften; so Stubenrauch Z. 7 zu §. 587 ff., Taglioni IV p. 115. Aber wo ist da eine Grenze? kann eine gänzlich formlose Aufzeichnung ein Protokoll genannt werden? Dazu kommt bei Taglioni noch, daß er beim mündlichen Testament die Existenz eines Protokolls für unerlässlich erklärt (p. 115), beim schriftlichen dagegen (p. 113) einen abschwächenden, ja eigentlich widersprechenden Zusatz macht: „Ma se manca il protocollo, ... nè si possa d'altronde provare codesta consegna, parmi che la dischiarazione non valga ...“ Mit Recht hiegegen Carozzi XIII p. 144 sg.: „Il protocollo ... è di tanta necessità, che senza di esso non vi può essere testamento giudiziale Non gioverebbe nemmeno che si potesse d'altronde provare codesta consegna, perchè il protocollo è indicato dalla legge come l'unica prova della forma essenziale“

³³⁾ Gruchot I S. 485 f., vgl. S. 471.

³⁴⁾ So Stubenrauch, Taglioni (f. R. 32), Unger §. 12 A. 2, bes. und ausführlich Rippel IV S. 135, 139—141.

die gar nicht im a. b. O. B. erwähnte Unterschrift der Gerichtspersonen es sein könne. Dennoch sind wir anderer Ansicht. Jedes Protokoll soll unterschrieben sein, und an diesem Erforderniß muß gerade in unserem Falle^{34a)} am entschiedensten festgehalten werden. In dem Protokoll bezeugen die Gerichtspersonen die Echtheit des letzten Willens; das Protokoll vertritt die Unterfertigung des allographen Testaments durch die Zeugen nach §. 579 und ihre mündliche Aussage beim privaten Nuncupatio-Testamente nach §. 586.³⁵⁾ Deshalb muß das Protokoll von den Gerichtspersonen unterfertigt sein. —

Man könnte versucht sein, an die Stelle der obigen Zweitheilung (in unwesentliche und wesentliche Momente der gerichtlichen Testaments-Errichtung) eine Dreitheilung zu setzen, indem einige Erfordernisse so beschaffen sind (z. B. die eigenhändige Unterschrift in §. 587, die Tauglichkeit der Gerichtspersonen zur Testamentenzeugenschaft, §. 596), daß ohne ihre Erfüllung der ganze Act nichtig ist, während bei der Versäumung anderer das Testament noch als Privattestament gelten kann; so wenn eine holographe unterschriebene Erklärung durch einen Stellvertreter übergeben worden ist, so wenn das Gericht zwar nicht gehörig besetzt war, aber doch drei sähige Zeugen zugegen waren (etwa ein Auscultant und die in §. 589 erwähnten zwei anderen Zeugen), welche die allographe Urkunde selbst unterschrieben u. dgl. Durch eine solche Dreitheilung würde aber die Untersuchung an wissenschaftlicher Schärfe nicht gewinnen, sondern verlieren. Wir haben hier nur zu fragen, was für die gerichtliche Form wesentlich, was für sie unwesentlich, wann sie erfüllt, wann verfehlt sei; wenn dann im letzteren Falle noch der Thatbestand einer anderen Form vorliegt, so erscheint dies als etwas Zufälliges, und die Frage nach der Statthastigkeit der Aufrechterhaltung der Erklärung in dieser anderen Form ist an anderen Stellen erörtert (bes. Commentar II S. 139, dann bei §. 596 Abs. III; ferner in den Excursen II S. 68 ff.).³⁶⁾ —

Noch eine andere Eintheilung ist, und zwar von Zeiller selbst aufgestellt worden. Er lehrt (Comm. II S. 489 f.): „Das Gesetz sagt: Wenn der Erblasser Eines der hier vorgeschriebenen Erfordernisse nicht beachtet hat, so soll die Willenserklärung ungiltig sein (§. 601). In der Regel liegt dem Erblasser, als Urheber des Rechtsgeschäfts die Sorge für die Beobachtung aller hier gegebenen Vorschriften ob; sie liegt ihm auch bei einer gerichtlichen Willenserklärung in Rücksicht der von ihm selbst zu erfüllenden Vorschriften ob, z. B. daß die schriftliche Erklärung mit seiner Unterfertigung versehen sei, obschon er daran nicht erinnert worden wäre (§. 587). Dagegen aber bloß die Gerichtspersonen eine ihnen obliegende Function vernachlässigt haben, so würde, da dem Erblasser keine Oberaufsicht darüber zustehet, der Wille desselben, insofern sonst kein gegründetes Bedenken der Echtheit obwaltete, allerdings aufrecht zu erhalten sein.“ Diese Unterscheidung zwischen den an den Testator und den an die Richter sich wendenden Vorschriften hatte das Verdienst, die Ueberzeugung festzustellen, daß in den §§. 587—590 den eigentlichen Formvorschriften bloße Instructionen beigemischt sind. Auch hat sie für die erste Betrachtung viel Anmutzendes; denn allerdings hat der Testator jenen rechtskundigen und mit amtlicher Autorität aus-

^{34a)} Nicht entgegen die Entscheidung des obersten Ger. S. Sammlung XI Nr. 4860, betreffend einen Fall, der keine Analogie mit dem unsern bietet.

³⁵⁾ Zeiller S. 470, Carozzi XIII p. 144.

³⁶⁾ Auch könnte eine solche Dreitheilung leicht irreführen. Mancher, der Bedenken trägt, Versiegelung und Datirung für unerlässlich zu erklären, würde vielleicht dann sagen: „Null und nichtig wird durch Unterlassung dieser Förmlichkeiten der Act nicht; aber ihm fehlt die höhere Glaubwürdigkeit des öffentlichen Testaments.“ Dagegen wäre zu erinnern, daß die Fälle, wo dann noch das Testament überhaupt gelten könnte, nicht häufig sind. Die gerichtliche Form unterscheidet sich von der privaten nicht etwa bloß durch ein plus (wie dies hinsichtlich der Wirkung der Fall ist), sondern sie ist eine wesentlich andere.

gestatteten Personen keine Belehrungen zu ertheilen, darf vielmehr solche von ihnen erwarten (s. §. 587 a. b. G. B.; §§. 52, 53 Not. Ddg.). Und da ihr etwas Wahres zu Grunde liegt, so führt diese Eintheilung in vielen Fällen zu richtigen Ergebnissen, aber nicht in allen, und deshalb ist ihr Eintheilungsgrund als Princip nicht zu brauchen. So z. B. wurde gefragt, ob es des Testators Sache sei, dafür zu sorgen, daß das Gericht gehörig besetzt sei, und diese Frage von Manchen bejaht.³⁷⁾ Wir zweifeln nicht, daß, wenn z. B. der Bezirksrichter einen ungeeigneten Stellvertreter mit der Ausnahme des Actes beauftragt, dieser ungiltig ist,³⁸⁾ ohne daß doch der Testator auch nur der mindeste Vorwurf einer Nachlässigkeit trüfe. Aber bei Solennitätsformen kommt es überhaupt nicht auf ein solches subjectives Moment, sondern lediglich darauf an, ob die Form erfüllt ist, oder nicht. Und deshalb ist jene Eintheilung unhaltbar.

VI. Das gerichtliche Testiren besteht in der Uebergabe der schriftlichen, bezw. der Aufnahme der mündlichen Erklärung und in der Beurkundung dieses Actes durch das Gerichtsprotokoll. Darnach bestimmt sich das Alter des Testamentes. Wenn Jemand am 1. Jänner ein holographes datirtes Testament geschrieben, am 1. Februar ein anderes gemacht, am 1. März das erste dem Gerichte übergeben hätte, so würde dieses gelten.³⁹⁾ Perfect ist der Act mit der Vollendung des Protokolls. Wenn das Testament aus irgend welchen Gründen als gerichtliches nicht gilt, aber als privates aufrecht erhalten wird, so kommt es natürlich darauf an, wann der Thatbestand der privaten Form perfect war. So würde in obigem Beispiele das Testament in solchem Falle nicht als am 1. März, sondern als am 1. Jänner gemacht anzusehen sein, also im Verhältniß zu dem Testamente vom 1. Februar als das ältere erscheinen (§. 713 ff.).

VII. Beweis. Wer ein gerichtliches Testament für sich hat, braucht höchstens zu beweisen, daß es eben ein gerichtliches sei. Dieser Beweis, zu dem der Gegner nur selten drängen wird, ist in den meisten Fällen sehr leicht zu erbringen. Uebrigens aber braucht weder die Echtheit des Testamentes im Ganzen, noch im Einzelnen (d. h. auch nicht die Wahrheit des Inhaltes), noch die Formrichtigkeit, so weit sie sich aus dem Protokolle ergibt, bewiesen zu werden; denn das Protokoll macht als öffentliche Urkunde über seinen Inhalt vollen Beweis (§. 111 allg. Ger. Ddg., §. 179 allg. Ger. Ddg.). Von einer eidlichen Einvernehmung der Mitwirkenden (§. 586) kann nie die Rede sein;⁴⁰⁾ auch dann nicht, wenn statt der einen Gerichtsperson zwei gewöhnliche Zeugen fungirten (§. 589 a. E.); denn sie fungirten eben anstatt einer Gerichtsperson, ein Richter wirkte mit, das Protokoll ist auch hier ein gerichtliches und vertritt auch hier die Zeugenaussage (vgl. Not. Ddg. v. 1850 §. 59 Nr. 3).⁴¹⁾

Andererseits ist aber der Beweis der Unechtheit und Formwidrigkeit dem Gegner nicht abgeschnitten.⁴²⁾ Es könnte z. B. etwa bewiesen werden, daß das Gericht über die Personen-Identität getäuscht wurde; oder daß die Unterschrift

³⁷⁾ Z. B. Nippel IV S. 167, Winiwarter III S. 107.

³⁸⁾ Vgl. auch Taglioni IV p. 116.

³⁹⁾ Stubenrauch Z. 11 zu §. 587 ff. und Note dazu; Nippel IV S. 135, Ellinger zu §. 587, Unger §. 12 Nr. 2.

⁴⁰⁾ Zeißler S. 475, Winiwarter III S. 96. — Ersterer mit (wohl nicht ganz passender) Berufung auf das Hfb. 8. März 1791 Z. G. S. Nr. 123.

⁴¹⁾ Nippel IV S. 141 f., Ellinger zu §. 590, Stubenrauch zu §. 587 ff. Z. 10. — Man könnte versucht sein, §. 384 Westgal. G. B. II pro oder contra anzuführen; pro, weil darin die Analogie von §. 382 Westgal. G. B. (= §. 586 a. b. G. B.) abgelehnt, contra, weil dennoch eine Vereidigung für unter Umständen zulässig anerkannt wird. Aber beides ist unstatthaft, da jene Zeugen (§. 384 cit.) neben den Gerichtspersonen, diese (§. 589) anstatt einer derselben fungiren; ferner deshalb, weil sich gegen den ganzen §. 384 cit. „fast alle Commissionen“ aussprachen und die Redactoren ihn verwarfen (s. die Redactions-Geschichte in den Excursen).

⁴²⁾ Vgl. Nippel IV S. 134.

(§. 587) nicht vom Erblasser herrühre, obwohl er sie als die seine anerkannt hatte; denn auch in diesem Falle müßte das Testament wegen Formfehler ungültig sein.

Durch die Zurücknahme aus der gerichtlichen Verwahrung (über welche ebenfalls ein Protokoll aufzunehmen ist⁴³⁾) verliert das schriftliche Testament (t. iudici oblatum)⁴⁴⁾ jedenfalls jene höhere Beweiskraft (vgl. Not. Ddg. §. 74 a. E.);⁴⁵⁾ ob es auch seine Gültigkeit verliere, das ist nicht hier, sondern in der Lehre vom Widerruf (im 12. Hauptstück) zu untersuchen. *Y. 642*

Die zweite öffentliche Testamentsform ist die notarielle. Sie ist, wie das Notariat⁴⁶⁾ überhaupt, 1850 unter freier Benutzung des französischen Vorbildes⁴⁷⁾ in Oesterreich eingeführt worden.⁴⁸⁾ Die jetzt dafür maßgebenden Anordnungen sind enthalten in der Not. Ddg. v. 25. Juli 1871⁴⁹⁾ (R. G. B. Nr. 75) und zwar im I. und II. Abschnitte des V. Hauptstückes, besonders in den §§. 70—75. Da aber sehr leicht die Frage nach der Gültigkeit eines vor 1871 errichteten Testaments vorkommen kann und „tempus regit actum“, so sind auch die Vorschriften der Not. Ddg. v. 21. Mai 1855⁵⁰⁾ (R. G. B. Nr. 94) (bes. §§. 59—65) und vom 29. Sept. 1850⁵¹⁾ (R. G. B. Nr. 366) (bes. §§. 59—65) zu berücksichtigen.

Hinsichtlich der Wirkung sind notariell errichtete letztwillige Anordnungen „den gerichtlichen gleichzuachten“ (§. 70 Not. Ddg.), die Formvorschriften sind aber für jene viel strenger als für diese. Die Errichtung muß: 1) erfolgen vor zwei Notaren oder vor einem Notar und zwei Zeugen (§. 70), so daß auch hier ein qualificirter Zeuge zwei gewöhnliche vertritt (vgl. §. 589 b. G. B.);⁵²⁾ 2) müssen „die für die Aufnahme gerichtlicher letztwilliger Anordnungen in den §§. 569,⁵³⁾ 587—592 und 594—596 des a. b. G. B. gegebenen Vorschriften“ — natürlich mutatis mutandis — und überdies 3) „die in den §§. 72 und 73 (der Not. Ddg.) gebotenen Förmlichkeiten beobachtet“ werden, endlich

⁴³⁾ Zeiller S. 471 Z. 5 a. E.; Carozzi XIII p. 146.

⁴⁴⁾ Bei dem t. apud acta conditum kann von einem Herausnehmen aus der gerichtlichen Verwahrung keine Rede sein; dem Testator gehört eben nur die mündliche Erklärung an; das Protokoll aber darf so wenig in diesem, als in dem anderen Falle ausgefolgt werden. Deshalb spricht auch §. 74 Not. Ddg. nur von schriftlich übergebenen Anordnungen.

⁴⁵⁾ Wichtig Unger S. 12 Text zu Anm. 3; Stubenrauch 2. Aufl. Z. 13 a. E. zu §. 587 ff., theilweise noch anders in der 1. Auflage.

⁴⁶⁾ Ueber die Geschichte dieses Institutes s. Osterley Das deutsche Notariat (Hannover 1842, 1845), im I. Thl. Chiari Das österreich. Notariat (Wien 1851, 2. Aufl. 1856) §§. 1—7; Mittermaier's Art. „Notariat“ in Rotteck's Staats-Lexikon.

⁴⁷⁾ Denn an dieses, nicht an das gemeinrechtliche Notariat, wie es im vorigen Jahrhundert auch in Oesterreich bestanden hat, lehnt das heutige Notariat sich an. Chiari Vorwort.

⁴⁸⁾ Zur Geschichte dieser Einführung und der heutigen Not. Ddg. s. auch den in der Not. Ztg. 1871 Nr. 26 (S. 180 f.) mitgetheilten Bericht der Civ. Pr.-Commission des Herrenhauses.

⁴⁹⁾ In Kraft getreten am 1. Nov. 1871.

⁵⁰⁾ In Kraft getreten am 1. August 1855.

⁵¹⁾ Die Tage, an denen diese (auch bei Chiari S. 181 ff. abgedruckte) Not. Ddg. in den verschiedenen Ländern in Kraft getreten ist, finden sich verzeichnet in der (Comm. I S. 76 angeführten) Sammlung der Gesetze und Verordnungen im Justizfache V Nr. 523; dann bei Stubenrauch 1. Aufl. II S. 351 Note f.

⁵²⁾ Es ist diese Vorschrift consequenter, als die in §. 59 der Not. Ddg. v. 1855 enthaltene, welche zwei Notare und einen Zeugen oder einen Notar und zwei Zeugen forderte; aber sie hat auch ihre ebenfällige Seite, wie sich aus dem Folgenden ergeben wird. §. 59 der Not. Ddg. v. 1850 verlangte die Gegenwart eines Notars und zweier Zeugen; das französ. Recht (code civ. a. 971) erfordert zwei Notare und zwei andere Zeugen oder einen Notar und vier Zeugen.

⁵³⁾ Damit ist zurückgegriffen auf §. 65 der Not. Ddg. v. 1850, während §. 60 der Not. Ddg. v. 1855 den Notaren verbot, „letztwillige Anordnungen österreichischer Unterthanen, welche das 18. Jahr noch nicht zurückgelegt haben, aufzunehmen.“

4) auch alle „allgemeinen Vorschriften über die Amtsführung der Notare“ (s. IV. Hauptstück) (§. 70 Not. Ddg.). Mit den umfassenden Wendungen unter 3) und 4) ist eine Menge geringfügiger Manipulationsvorschriften zu wahren Formvorschriften erhoben. Während wir sonst im österreichischen Testamentsrecht einen Mangel an Formstrenge gewahrt haben, ist hier wohl des Guten zu viel geschehen und es diesmal ein Glück, daß „nach dem Schimmel“ gearbeitet wird. Allerdings wird nirgends als Folge eines Formfehlers Ungiltigkeit des Actes angedroht, sondern immer nur „Verlust der Kraft einer gerichtlichen letztwilligen Anordnung“, „Verlust der Kraft einer öffentlichen Urkunde;“ aber oft (namentlich wenn zwei Notare und keine anderen Zeugen zugezogen sind,^{53a)} s. Note 52) wird der ganze Act nichtig sein, sobald der letzte Wille nicht als ein notariell errichteter gelten kann.

Bei mündlichen Testamenten hat der Notar den Testator unter Umständen zu belehren, doch ohne Zudringlichkeit und Beeinträchtigung seiner Testirfreiheit (§. 71). Bei schriftlich übergebenen Testamenten⁵⁴⁾ kann der Testator dem Verschluß des Umschlags sein eigenes Siegel beidrücken, was im Protokolle erwähnt wird (§. 73 Al. 3). Beiden Formen gemeinschaftlich ist auch hier (wie bei den gerichtlichen) die Aufnahme eines Protokolls (§. 73 Al. 1), welches bei der mündlichen Willenserklärung auch den Inhalt derselben, bei beiden Formen aber die in §. 68 lit. a—h aufgezählten Punkte (vgl. Not. Ddg. 1855 §. 50; Not. Ddg. 1850 §. 47) enthalten muß.⁵⁵⁾ Demnach haben Notar und Zeugen das Protokoll zu unterschreiben, nicht aber auch, wie §. 61 Al. 2 Not. Ddg. v. 1855 vorschrieb, die übergebene Testamentsurkunde selbst. Daß man dies Erforderniß fallen ließ, war eine Consequenz der Anlehnung an die gerichtliche Form. Freilich ist aber nun die Gefahr gesteigert, daß ein Mangel in der notariellen Form die letztwillige Verfügung überhaupt ungiltig macht. — Während wir oben S. 158 sahen, daß der Zeuge eines privaten allographen Testamentes nie mit einem bloßen Handzeichen unterzeichnen darf, ist für die Unterfertigung des Protokolls über eine notarielle Testamentserrichtung ausdrücklich in §. 68 lit. g (bezw. §. 73 Al. 1) das Gegentheil vorgeschrieben. Während wir bei §. 580 erfuhren, daß des Testators Unterschrift im Nothfalle durch sein Handzeichen

^{53a)} Denn die ganz singuläre Bestimmung in §. 67 Al. 2 darf auf diesen Fall nicht ausgedehnt werden.

⁵⁴⁾ Die Vorschrift des §. 61 pr. Not. Ddg. v. 1855, daß der Notar solche nur von Personen annehmen dürfe, welche lesen und schreiben können, ist in die neue Not. Ddg. nicht aufgenommen worden (vgl. auch Not. Ddg. v. 1850 §. 60 Al. 4) [freilich muß die schriftliche Anordnung vom Testator unterschrieben sein (§. 587), aber daraus folgt nicht, daß er zur Zeit der Ueberreichung noch zu schreiben vermöge]; ebensowenig als die andere (Not. Ddg. v. 1855 §. 62 und Not. Ddg. v. 1850 §. 61), nach welcher die schriftliche Verfügung immer offen überreicht werden mußte. Letztere Aenderung hängt wohl damit zusammen, daß man die Vorschrift des §. 61 Al. 2 Not. Ddg. v. 1855 fallen ließ.

⁵⁵⁾ Nachdem §. 73 Al. 1 obnehin auf §. 68 verweist, wozu ist in §. 73 Al. 2 ein Theil des §. 68 wiederholt? Offenbar deshalb, weil der §. 580 a. b. G. B. Zweifel erregen könnte, ob jener Punkt des §. 68 auch bei letztwilligen Verfügungen anwendbar sei. Deshalb hatte die Civil-Proceß-Commission des Herrenhauses zu §. 68 lit. g den Antrag gestellt, es solle gesagt werden, daß „solche Personen, welche dem Acte nicht einmal ihr Handzeichen beizufügen vermögen, auch Erbverträge gleichwie alle anderen Arten letztwilliger Erklärungen in notarieller Form sollen errichten können“ was aber doch in der Regel nur auf das „apud acta condere“ anwendbar ist (s. oben im Texte). Einem anderen Antrag derselben Commission, in §. 73 anzuordnen, „daß bei Errichtung mündlicher letztwilliger Anordnungen vor dem Notar kein solcher Zeuge beigezogen werden könne, der nicht einmal sein Handzeichen beizufügen vermag“ (s. Not. Bg. von 1871 S. 173), wurde durch eine unscheinbare Aenderung des Textes in §. 68 lit. g Rechnung getragen; denn es heißt da erst, daß die Unterschrift sowohl einer Partei als eines Zeugen durch das Handzeichen ersetzt werden könne, — dann aber, daß bei einer Partei selbst das Handzeichen äußersten Falls nicht unerlässlich sei; während es früher (s. Not. Ddg. 1855 §. 50 lit. g) hieß: „die des Schreibens unkundige Person“ . . .

ersetzt, wenigstens dieses aber nicht entbehrt werden könne, ist in §. 73 *Al.* 2 (vgl. §. 68 *lit.* g) auch letzteres für entbehrlich erklärt (nicht aber auch beim Zeugen): s. Note 55. Es ist aber nicht zu übersehen, daß es sich hier überall um das Protokoll handelt; das schriftlich übergebene Testament muß vom Testator eigenhändig unterschrieben sein (§. 587 a. b. *G. B.* und §. 70 *Not. Ddg.*); mithin findet §. 73 *Al.* 2 fast nur auf das mündliche Testiren Anwendung (s. Note 55), schlechtweg unanwendbar ist jedoch diese Vorschrift auf schriftlich übergebene Anordnungen keineswegs; denn das Testament könnte vor Jahren vom Testator unterschrieben und er inzwischen (durch Lähmung, Amputation) schreibungsunfähig geworden sein.

Hinsichtlich der Zurücknahme aus der Verwahrung gilt dasselbe, was beim gerichtlichen Testamente (s. oben *S.* 184).⁵⁶⁾ —

Besondere Cautelen sind vorgeschrieben (§. 72): a) wenn der Testator blind, taub, stumm oder taubstumm ist (s. §§. 59—61), b) wenn der Act zwar in der Sprache des Testators aufgenommen wird, diese aber in dem Lande, wo sich der Amtssitz des Notars befindet, nicht üblich ist (§. 62), endlich c) wenn umgekehrt der Act zwar in der Sprache des Amtsprengels aufgenommen wird, der Testator aber dieser Sprache nicht kundig ist (§§. 63—64). Diese Cautelen werden in den angeführten Paragraphen so detaillirt, daß eine Verweisung auf diese genügt.⁵⁷⁾ Nur mag erwähnt werden, daß es in §. 60 *Al.* 2 bezüglich des tauben Testators statt: eine Person seines Vertrauens, „welche seine Zeichensprache versteht“ heißen soll: „deren Zeichensprache der Taube versteht“, — da ja dort ein nicht stummer Tauber vorausgesetzt wird.⁵⁸⁾

Wir haben im Vorstehenden zwei den gerichtlichen nachgebildete Formen kennen gelernt, die man *testamentum apud acta notarii conditum* und *testamentum notario oblatum* nennen kann. Ueber die verschiedenen dabei vorkommenden Zeugen s. bei §. 596; über die Frage, ob ein formwidriges notarielles Testament als *privates* aufrecht erhalten werden könne, s. Commentar bei §. 577 *Abf.* IV und bei §. 596 *Abf.* III und *Excursus* II *S.* 68 ff. —

Verschieden von den notariellen Testamentformen ist die Aufnahme eines *Notariatsactes* über eine letztwillige Anordnung, die damit nicht aufgehört, eine *private* zu sein. Auf diese letztere beziehen sich §. 67 und §. 75 *Al.* 3.⁵⁹⁾ Dort ist der ganze Hergang die einheitliche Form des Testaments; hier haben wir zwei Dinge: ein schon an sich perfectes Testament und eine über den Testiract, die Identität des Testators, die Zeit der Errichtung Beweis machende Urkunde; diese Beglaubigung steht neben und außer dem Testamente.

⁵⁶⁾ §. 74 schreibt vor: „Eine gemäß §. 70 dem Notare schriftlich übergebene“ (vgl. Note 44) „letztwillige Anordnung kann dem Uebergeber, jedoch nur auf sein persönliches Verlangen oder auf Verlangen desjenigen, welcher sich mit einer eigens zu diesem Behufe ausgestellten, amtlich beglaubigten Vollmacht ausweist, zurückgestellt werden. Ueber die Zurückstellung ist ein Notariatsact aufzunehmen. — Durch eine solche Zurückstellung verliert die letztwillige Verfügung die Kraft einer gerichtlichen letztwilligen Anordnung.“ Hiermit stimmt §. 64 der *Not. Ddg.* v. 1855 ganz überein, nur hatte dieser a. *E.* noch den Zusatz: „keineswegs aber jene einer Privaturfunde, wenn sie mit den Erfordernissen eines Privat-Testamentes oder Privat-Codicilles versehen ist.“ Dieser Zusatz wurde gestrichen, sei es, weil man meinte, er ergebe sich ohnehin a. *contrario* aus der Fassung von *Al.* 2 des §. 74, sei es, daß man diese Frage den Gerichten und der Wissenschaft anheimstellen wollte. — Vgl. *Not. Ddg.* v. 1850 §. 63 *Al.* 2 und dazu *Chiar.* I. *Aufl.* §. 72 a. *E.*; *Not. Ddg.* v. 1855 §. 4.

⁵⁷⁾ Vgl. ferner *Not. Ddg.* v. 1855 §§. 63, 53, 54 (des Blinden geschieht da keine Erwähnung wegen §. 61 *pr.*); dann §§. 47, 48; — *Not. Ddg.* v. 1850 §. 64 und §. 46.

⁵⁸⁾ *Al.* a. *W.* er spricht, aber zu ihm kann man nicht sprechen, man muß ihm (da er weder hören noch lesen kann) deuten. Vgl. *Littich* in der *Not.* *Ztg.* 1871 *Nr.* 38.

⁵⁹⁾ Ohne diese Unterscheidung wäre *Al.* 3 gegenüber dem übrigen Inhalte des (in der Lehre vom Widerruf zu besprechenden) §. 75 schlechtthin unbegreiflich; vgl. auch §. 96.

Darum muß hier die allographe Urkunde von Zeugen unterschrieben sein, während dies beim testamentum notario oblatum nicht der Fall ist (§. 70 Not. Ddg., §. 587 a. b. G. B.).⁶⁰⁾ Es kann in jenem Falle das allographe Testament als bereits perfectes (§. 579) zum Notar gebracht oder auch erst bei diesem perfectirt werden, indem der Notar und die Acteszeugen, „wenn sie die Eignung dazu besitzen, auch Zeugen des letzten Willens sein können (§. 67 M. 2),⁶¹⁾ ja es entfällt sogar „die Nothwendigkeit der Zuziehung eines dritten Zeugen, wenn im Falle der Zuziehung zweier Notare beide die gesetzliche Eignung als Zeugen des letzten Willens besitzen“ (ebd.), was eine Ausnahme von dem in M. 1 desselben §. 67 aufgestellten Grundsatz ist, daß „auch die besonderen Vorschriften des a. b. G. B., welche die Gültigkeit einer solchen Anordnung bedingen, beobachtet werden müssen.“⁶²⁾ Namentlich durch diese Vorschrift wird der ganze Vorgang so sehr der notariellen Testamentserrichtung angenähert, daß die Unterscheidung zu subtil erscheint, zumal ja hinsichtlich des Beweises hier wie dort dieselben Vortheile erreicht werden. Dennoch lassen §. 67, §. 75 M. 3, §. 96 M. 1 (s. Note 59) keinen Zweifel daran übrig, daß sie wirklich im Gesetze gemacht ist. Gewiß wird diese Unterscheidung manche Verwirrung anrichten. Ist die Aufnahme einer letztwilligen Anordnung nach §. 70 ff. kein „Notariatsact“? geht §. 56 lit. a nicht auch auf die letzteren Paragraphen? M. a. W. brauchen die Zeugen des notariellen Testaments nicht die Eignung zu Acteszeugen zu haben (§. 57), können sie also namentlich dem Kanzleipersonale des Notars angehören? So viel sich für die Ansicht sagen ließe, daß hier wie dort ein Notariatsact vorliege (etwa hier — §. 70 ff. — einer, durch den das Testament perfectirt, dort — §. 67 — einer, der über ein perfectes Testament aufgenommen werde), so ist dies doch nicht die Meinung des Gesetzes; nach dieser liegt in den Fällen der §§. 70 ff. kein „Act“, sondern ein „Protokoll“ vor, auf welches §. 56 keine Anwendung findet.^{62a)} Näheres über all' dies in den Excursen. —

Wieder etwas ganz Anderes ist die einfache Deponirung einer Testamentsurkunde bei einem Notar (Not. Ddg. §. 104); dieser kommt gar keine formelle Bedeutung zu (vgl. Not. Ddg. v. 1850 §. 81 ff., Not. Ddg. v. 1855 §. 91 ff.).⁶³⁾ Wird nun eine Testamentsurkunde zum Notar gebracht, so hat er nach angemessener Belehrung der Partei ihren Willen zu erforschen, ob sie eine solche einfache Hinterlegung oder aber ein testamentum notario oblatum beab-

⁶⁰⁾ Vgl. Not. Ztg. 1875 Nr. 10 S. 61, 62.

⁶¹⁾ Da es als das Normale gedacht ist, daß hier der Act über ein schon früher perfectes Privat-Testament aufgenommen wird, da also die Mitwirkung des Notars bei der Perfectirung hier (anders als bei §. 70 ff.) als eine zufällige, nicht als eine wesentliche erscheint (der Notar kann, muß aber nicht Zeuge des letzten Willens sein), da endlich §. 67 M. 1 ausdrücklich auf die Vorschriften des a. b. G. B. hinweist, so versteht es sich von selbst, daß die Frage, ob hier der Notar „als Zeuge des letzten Willens“ sich zu unterschreiben habe, identisch ist mit der oben bei §. 579 (S. 158 ff.) behandelten Streitfrage, neben der sie durchaus keine selbständige Bedeutung hat. Wir müssen sie also auch hier bejahen. Ganz anders beim notariellen Testamente (§. 70 ff.), da hier nicht dieses selbst, sondern das Protokoll vom Notar zu unterschreiben ist, und da hier nicht §. 579 ff., sondern §. 587 ff. maßgebend sind. — Gleicher Ansicht Dr. Joh. Schwarz in der Not. Ztg. 1873 Nr. 24 S. 109, N. Zlatnik ebd. Nr. 29 S. 129. Die entgegen-gesetzte Behauptung vertreten — mit von einander abweichenden Begründungen: Breinreich a. a. O. Nr. 27 S. 121 unter unzulässiger Heranziehung der §. 70 ff.; Schedlbauer ebd. Nr. 30 S. 132 f., der dem klaren Wortlaut des §. 67 M. 1 entgegen behauptet, die Formvorschriften des a. b. G. B. gehörten nicht her (!); Da Ponte, welcher, obgleich er die Verschiedenheit der in §. 67 und der in §. 70 ff. normirten Fälle anerkennt, dennoch aus letzteren für unsere Frage ein Argument entnehmen will.

⁶²⁾ Vgl. Not. Ztg. 1871 S. 282; ebd. 1873 S. 129.

^{62a)} Demnach sind die drei ersten Fragen zu verneinen, die vierte zu bejahen.

⁶³⁾ Vgl. Chiari 1. Aufl. §. 73; Not. Ztg. 1875 Nr. 10 S. 61 f.

sichtige, und dann das Protokoll so abzufassen, daß bei der Verlassenschaftsabhandlung kein begründeter Zweifel hierüber bestehen kann, ob das in Verwahrung des Notars befindliche Testament ein privates oder ein notarielles sei.⁶¹⁾

Unfähige Zeugen bey letzten Anordnungen.

I. Man muß unterscheiden die Fähigkeit zur Solennitäts-Zeugenschaft, von der in den §§. 591—597 a. b. G. B. die Rede ist, und die zur Beweis-Zeugenschaft, welche nach dem XIV. Capitel der Gerichtsordnung beurtheilt wird. Die Klugheit fordert dringend, nur solche Testamentszeugen zu wählen, welche beide Eignungen haben, da sie sehr oft in die Lage kommen, als Beweiszeugen auszusagen und dann selbstverständlich auch den in der Gerichtsordnung aufgestellten Grundfägen unterliegen. Man muß aber Form und Beweis des Testaments scharf auseinanderhalten, was nicht immer geschieht.¹⁾ Wenn den Zeugen eine in den §§. 591 ff. geforderten Eigenschaften im Augenblicke der Testamentserrichtung fehlte, so ist das Testament wegen Formmangel ungiltig, mag sein Inhalt noch so zuverlässig erwiesen sein. Und umgekehrt kann der Fall vorkommen, daß der Inhalt eines formgerechten und gültigen Testaments wegen mißlungener Beweisführung nicht zur Realisirung kommt und daß dies in der Bedenlichkeit oder Verwerflichkeit der Beweiszeugen seinen Grund hat. Die nach Errichtung des Testaments eingetretene Unfähigkeit, Solennitätszeuge zu sein, schadet nicht (§. 575),²⁾ wohingegen selbstverständlich die Tauglichkeit zur Beweiszeugenschaft auch im Momente der Vernehmung des Zeugen vorhanden sein muß.³⁾ Bei dem mündlichen Privattestamente sind diese beiden Eignungen dadurch in eine enge Beziehung gebracht, daß der Inhalt solcher Testamente einzig und allein durch die Aussage der Testamentszeugen erwiesen werden kann (§. 586).

II. Jenachdem die Unfähigkeit, Testamentszeuge zu sein, in allen Fällen, oder aber nur im Verhältniß zu bestimmten Erblassern eintritt oder gar nur hinsichtlich einzelner Anordnungen wirkt, nennt man sie eine absolute oder aber eine relative. Der ersteren Art sind alle Fälle der §§. 591, 592, den Fall der Sprachunkunde ausgenommen;⁴⁾ der letzteren Art sind die in den §§. 593 bis 595 genannten Eigenschaften, wobei wieder die Unfähigkeit bald (§. 594, §. 595) nur im Verhältniß zu einzelnen Testatoren eintritt, bald ganze Classen von Menschen scheidet kann (Sprach- und früher auch Glaubens-Verschiedenheit: §§. 591, 593).⁵⁾ — In einem anderen Sinne kann man „absolut unfähig“ diejenigen nennen, welche gar nie taugliche Testamentszeugen sind, im Gegensatz

⁶¹⁾ Daß diese Mahnung keineswegs unnötig ist, lehrt der in der Not. Ztg. 1875 Nr. 10 erzählte Fall.

¹⁾ Richtig Zeißler II S. 479 und Unger §. 10 Anm. 13. Unrichtig Rippel IV S. 148, welcher behauptet, daß „die Glaubwürdigkeit der Aussage eines Testamentszeugen immer nur nach den Vorschriften des bürgerl. G. B., und nicht nach denen der Ger. Dbg. zu beurtheilen sei“. Ihm sind gefolgt Stubenrauch §. 591 ff. Z. 2 und Winwartner III S. 98 (wenngleich es hier nur indirekt gesagt ist). Es hängt diese unrichtige Vorstellung zusammen mit der S. 132 ff. geschilberten Vermengung der Form- und der Beweisfrage; wie in der Regel zwei, bei letzten Willen aber drei Zeugen gefordert werden, so gälten (meinen jene Juristen) für die Regel die Vorschriften des XIV. Cap. der Ger. Dbg., für die Testamente aber §. 591 ff. a. b. G. B.; es gälten eben besondere Beweisvorschriften, welche für ihr Gebiet die regelmässigen ausschließen.

²⁾ Sowie umgekehrt nachträgliche Erlangung dieser Fähigkeit nichts nützt (§. 576); s. oben S. 128 Note 3. — Vgl. I. 22 §. 1 D. 28, 1; Rippel IV S. 150, Stubenrauch Z. 11, Basevi zu §. 591.

³⁾ Vgl. Unger §. 10 Anm. 13.

⁴⁾ Es ist doch wohl nur ein Versehen, wenn Unger §. 10 M. 2 Z. 1 diesen Fall unter die Fälle absoluter Unfähigkeit einreicht.

⁵⁾ Vgl. oben S. 20 unter A 2, und ebd. Note 3.

zu denjenigen, welche in Nothfällen zugelassen werden (§. 597). Zeiller (S. 477) nennt Jene „ganz unfähig“, Diese „ordentlicher Weise unfähig“.

III. In welchem Sinne die Zeugen rogirt sein müssen, wurde auf S. 154 gesagt.⁶⁾ Schliesslich ist noch zu erinnern, daß „der noch so entschuld bare Irthum des Erblassers über die Qualität eines Zeugen den unfähigen nicht zum fähigen macht.“⁷⁾

IV. Um die einschlägigen Bestimmungen richtig zu würdigen, darf man — nebenbei bemerkt — sich nicht ausschließlich auf den Standpunkt des Testators stellen und etwa die §§. 592, 594 zu streng finden, weil ja der Testator selbst am besten wissen werde, wem er trauen könne, — sondern auch auf den Standpunkt der Ueberlebenden, denen vor allem schon das zweifelhaft sein kann, ob überhaupt testirt wurde, ob nicht das vorgewiesene Schriftstück (§. 579) oder die Aussagen (§. 586) eitel Lug und Trug seien.

§. 591.

Die Mitglieder eines geistlichen Ordens,^{*)} Jünglinge unter achtzehn Jahren, Frauenpersonen,^{**)} Sinnlose, Blinde, Taube, oder Stumme, dann diejenigen, welche die Sprache des Erblassers nicht verstehen, können bey letzten Anordnungen nicht Zeugen seyn.

I. 1) „Die Mitglieder eines geistlichen Ordens“ wurde statt „Ordensgeistliche“ (§. 391 Westgal. G. B. II) gesetzt auf Antrag der Facultät Freiburg, um auch Laienbrüder und geistliche Ordensritter darunter zu befaßen (Prot. 30. Jän. 1804 zu §. 391 cit.). Dagegen sind von der Zeugenschaft nicht ausgeschlossen die Redemptoristen, weil sie (Hfd. 9. Jän. 1843 J. G. S. Nr. 670) „eine congregatio presbyterorum saecularium bilden“. Ordenspersonen waren schon lange vor dem bürgerl. G. B. in Oesterreich von der Testamentszeugenschaft ausgeschlossen¹⁾ — Grund dieser Bestimmung ist theils der oben S. 121 ange deutete, theils mißtrauische Besorgniß²⁾; ebenso 2) Jünglinge unter 18 Jahren³⁾ (vgl. §. 569) und 3) Frauenpersonen⁴⁾ (vgl. §. 434 a. E.).

⁶⁾ Vgl. zu den dort in Nr. 12 erzählten Fällen noch den besonders grellen in der Ger. Ztg. 1857 Nr. 134.

⁷⁾ Unger §. 10 Anm. 16; vgl. unten bei §. 592 Abs. I.

^{*)} Die erste amtliche Ausgabe hat statt des Beistrichs einen Strichpunkt.

^{**)} Die erste amtliche Ausgabe hat: Frauenpersonen und Jünglinge unter achtzehn Jahren. Ueber die amtliche Richtigstellung des Textes s. oben I S. 112 bei und in Note 141, dann S. 175 bei und in Note 42; vgl. §. 391 Westgal. G. B. II.

¹⁾ S. Vossius Leg. et consuet. Austr. §§. 533, 671, dann die bei Zeiller S. 477 Note cit. Hfd.

²⁾ S. Excursus zu §. 539, Text zu Note 7; vgl. Rippel IV S. 143, Stubenrauch J. 3. — Säcularisirte sind eben nicht mehr Ordenspersonen, also taugliche Zeugen; Aussetzung auf Curatien wird aber hier (anders als in §. 573) der Säcularisation nicht gleichgestellt: Hfd. 20. Mai 1785 (J. G. S. Nr. 433); s. Stubenrauch J. 3, Dolliner Recht geistlicher Personen §. 35. Auch die Professoren des Matheser- oder Johanner-Ritterordens können nicht Testamentszeugen sein. Gleichförmige Entscheidung der I. und II. Instanz aus der Gazzetta dei tribunali di Milano 1854 Nr. 24 mitgetheilt in der Ger. Ztg. 1854 Nr. 130.

³⁾ Im älteren österr. Recht war Streit darüber, ob das 18. oder aber das 14. Lebensjahr, wie z. B. der romanisirende Walthar (bei Suttinger S. 950 cap. VIII) behauptete, die Altersgrenze bilde (vgl. Zschft. f. Notariat 1877 Nr. 9, 10, 33); s. nun einerseits §. 591, andererseits §. 597 und allg. Ger. Ddg. §. 140 lit. a; ferner §. 217 lit. e, f westgal. Ger. Ddg. (anders §. 142 allg. Ger. Ddg.). Zeiller sprach (Prot. 30. Jänner 1804) von einer Incongruenz zwischen §. 386 („Unmündige“) und §. 391 (18. Jahr), was in Hinblick auf §. 392 und den ganzen Zusammenhang von §. 386 als ein grundloser Vorwurf sich darstellt. Wenn er hinzufügte, §. 391 verdiene den Vorzug, da auch die Ger. Ddg. dies Alter fordere, damit ein Zeuge als unbedenklich gelten könne, — so hatte er dabei nur die westgal. Ger. Ddg. (§. 217), nicht auch die allg. Ger. Ddg. (§. 142) im Sinne.

⁴⁾ So auch nach römischem, gemeinem und altösterreich. Recht; s. Beckmann p. 479,

Hinsichtlich aller drei Classen s. aber auch §. 597. — Während diese Bestimmungen als in eminentem Sinne positive bezeichnet werden können,⁵⁾ stellen sich

II. schon einer natürlichen Betrachtung als unfähig dar: 1) „Sinnlos“ d. h. Unzurechnungsfähige und wohl auch Schwachsinnige;⁶⁾ 2) Blinde, Taube oder Stumme und zwar alle für jede Testamentsform, womit gemeinrechtliche Controversen⁷⁾ befriedigend erlegt sind;⁸⁾ 3) „diejenigen, welche die Sprache des Erblassers nicht verstehen“ (§. 591). Unter diesem mehrdeutigen Ausdruck ist natürlich nicht Muttersprache des Erblassers, sondern die Sprache zu verstehen, in der er den feierlichen Act vollzieht. Beim mündlichen Testamente ist dies nothwendig zugleich die Sprache des Testamentes, beim allographen dagegen genügt es, wenn die Zeugen nur diejenige Sprache, in der die nuncupatio erfolgt, verstehen, mag immerhin das Testament in einer ihnen unverständlichen Sprache abgefaßt sein (arg. §. 579 a. E.), den Fall des §. 581 ausgenommen.⁹⁾ 4) Bei allographen Testamenten können Schreibunkundige nicht Zeugen sein (§. 579); s. Note 9 a. E.; vgl. oben S. 158 lit. c.

§. 592.

Wer wegen Verbrechens des Truges oder eines andern Verbrechens aus Gewinnsucht verurtheilt worden ist, kann nicht als Zeuge gebraucht werden.

I. Redaction. Westgal. G. B. §. 388 lautete: „Ein des Truges, oder der Gewinnsucht wegen von einem Criminalgerichte verurtheilter Verbrecher ist

Walther a. a. O. — Für die Aufhebung dieser Bestimmung spricht sich Unger §. 10 Anm. 15 aus, für ihre Verbeibehaltung Mommsen §. 72. Bei der Revision (Prot. 27. August 1807) beantragte Pratobera, man solle auch „Weibspersonen“ zulassen, „da die ganze Materie von Testamenten sehr nach naturrechtlichen Grundsätzen behandelt wird.“ Vgl. Wiener Heinemann I S. 314 (§. 500).

⁵⁾ Hinsichtlich der jugendlichen Personen gilt dies freilich nur für die zwischen dem 14. und 18. Jahre stehenden, nicht auch für die Unmündigen (s. allg. Ger. Obg. §. 140), und daraus erklärt sich die angebliche, von Zeiller gerilgte Incongruenz im Westgal. G. B. (s. oben Note 3).

⁶⁾ Vgl. §. 140 allg. Ger. Obg., Rippel IV S. 144, Ellinger 7. Aufl. S. 282. Vgl. hier Note 8 a. E.

⁷⁾ Vgl. Unger §. 10 Anm. 14

⁸⁾ Denn da es genug Menschen mit gesunden Sinnen und Sprachorganen gibt, wozu soll man Testamentszeugen, die mit solchen Gebrechen behaftet sind, zulassen? Vgl. Rippel IV S. 145 f. Selbstverständlich schadet aber auch ein hinterher eingetretenes Gebrechen nicht, wenn nur die Fähigkeit zur Zeugenansage übrig bleibt; ja selbst wenn diese verloren geht, dann nicht, wenn diese Ansage nicht nothwendig wird; m. a. W. was die Formfrage betrifft überhaupt gar nicht. — Ob eine Schwerhörigkeit bezw. Schwäche des Gesichtes der Taubheit bezw. Blindheit gleichzuachten sei, muß der vernünftigen richterlichen Beurtheilung des einzelnen Falles überlassen bleiben; die unzähligen Abstufungen und allmählichen Uebergänge in der Natur lassen hier auch im Rechte keine abstracte Grenzbestimmung zu.

⁹⁾ Vgl. Winwarter III S. 97, Stubenrauch B. 8. Durch die Redactionsgeschichte wird dies alles bestätigt. Im Westgal. G. B. hieß es (§. 386 a. E.): „Wer die Sprache des Erblassers nicht versteht, kann bei mündlichen, und wer des Schreibens unfähig ist, bei schriftlichen letztwilligen Verordnungen nicht als Zeuge gelten.“ Die Innsbrucker Facultät wollte den ersten Ausschließungsgrund, die Freiburger beide auf alle letztwillige Anordnungen ausgebehnt wissen. Zeiller äußerte sich hierüber in der Sitzung v. 30. Jänner 1804 so: 1) „Wer die Sprache des Erblassers nicht versteht, kann gleich einem Tauben auch nicht Zeuge bei einem schriftlichen Testament sein, weil ihm die Erklärung des Erblassers, daß der Aufsatz sein letzter Wille sei, nicht deutlich, sondern höchstens durch unsichere Zeichen bekannt gemacht werden kann.“ 2) Was aber die Unkunde des Schreibens betrifft, so sollte sie a) bei mündlichen Testamenten nicht ausschließen, da die in §. 381 (= §. 585) erwähnte Aufzeichnung nur empfohlen, nicht befohlen werde; wohingegen b) bei allographen Testamenten, weil sie von allen Zeugen unterschrieben werden müssen, es sich von selbst verstehe, also nicht erst im Gesetze ausdrücklich gesagt werden müsse, daß der Schreibunkundige nicht Zeuge sein könne.

kein fähiger Zeuge eines letzten Willens.“ Den auf §. 142 lit. h und §. 143 (vgl. §. 140 lit. b¹⁾) allg. Ger. Ovg. hinweisenden Moniten der Wiener Facultät und des innerösterreichischen App. Ger. folgend beantragte Zeiller (30. Jän. 1804) folgenden, von der Majorität gebilligten Text: „Wer wegen eines Verbrechens verurtheilt oder doch nur aus Mangel an Beweisen losgesprochen worden ist, kann nicht als Zeuge gebraucht werden.“ Nur Nichen widersprach; nicht immer könne man wissen, ob ein Zeuge in Untersuchung war und nur aus Mangel an Beweisen losgesprochen wurde. Nur jener, der zur Zeit, als er das Testament unterschreibt, in Untersuchung verfangen war, soll gleich dem schon Verurtheilten unfähig sein. Andererseits solle es nicht schaden, wenn ein Zeuge erst hinterher („erst zur Zeit des Todes des Testators“) in Untersuchung oder Strafe verfällt. — Bei der Revision (27. Aug. 1807) nahm Zeiller selbst den Gedanken seines Opponenten wieder auf und beantragte die Streichung der Losprechung wegen Mangels der Beweise, weil sie leicht ignorirt werde. Sonst erfahren wir nur noch, daß damals (1807) folgender Text beschlossen wurde: „Wer wegen Betruges oder eines Verbrechens aus Gewinnsucht“ (sonst = §. 592). Der jetzige, auch beim Betrug die Qualification als Verbrechen voraussetzende, Text muß also erst nach der Superrevision (denn diese gibt keine Auskunft) angenommen worden sein, wenn nicht etwa jene Aufzeichnung in den Protokollen ungenau ist (vgl. allg. Ger. Ovg. §. 140 lit. b).

II. Man könnte aus dem Erzählten ein Argument gegen das oben (S. 188) über das Verhältniß der Fähigkeit zur Testamentszeugenschaft und der zur Beweiszeugenschaft Gesagte abzuleiten versuchen. Die Redactoren hätten sichtlich §. 142 lit. h und §. 143 allg. Ger. Ovg. hier ausschließen wollen, sonst bliebe ja die von Nichen und Zeiller angebeutete Gefahr. Dies wäre falsch. Es wäre eine große Gefahr gewesen, wenn wegen der erwähnten Umstände ein Zeuge als untauglich, also das Testament als formwidrig gelolten hätte. Daß er dagegen als ein bedenkllicher Beweiszeuge erschien, war selbst im Falle des §. 586 bei übereinstimmender Aussage der beiden anderen Zeugen unschädlich (s. §. 144 allg. Ger. Ovg.). Auch zeigt gerade hier Zeiller's Commentar (II S. 478 f.), daß die Redactoren selbst für die Formfrage den §. 592, für die Beweisfrage die Gerichtsordnung als maßgebend erachteten.²⁾

III. „Verbrechen aus Gewinnsucht“ ist an sich zweideutig: es kann gemeint sein ein Verbrechen, zu dessen Begriff die gewinnstüchtige Absicht gehört; es kann aber darunter auch ein anderes Verbrechen verstanden werden, wenn es in concreten Falle erweislich aus Gewinnsucht begangen wurde. Die erstere Deutung hat mehr den Wortlaut des Paragraphen,³⁾ die letztere die Autorität Zeiller's⁴⁾ und die Erwägung für sich, daß z. B. Derjenige, der Jemanden ermordet hat, um ihn zu beerben, nicht glaubwürdiger ist, als ein Raubmörder.

IV. „Verbrechen aus Gewinnsucht“ — damit sind Vergehen und Ueber-

¹⁾ Die erstere Bestimmung ist durch §. 6 des Ges. v. 15. Nov. 1867 (Nr. 131) modificirt, die letztere durch §. 10 lit. d desselben Gesetzes gänzlich aufgehoben.

²⁾ Die dagegen von Nippel vorgebrachten Gründe (IV. S. 148—150) sind sehr schwach.

³⁾ Die Worte „wegen Verbrechens des Truges oder eines andern Verbrechens aus Gewinnsucht“ — legen gewiß den Gedanken nahe, daß es sich um Verbrechen handle, die durch das Merkmal der gewinnstüchtigen Absicht dem Betrüge gattungsmäßig verwandt sind; ähnlich wie man etwa sagt „Nothzucht und andere Unzucht-Dehete“.

⁴⁾ Commentar II S. 478: „Die Triebfeder der Gewinnsucht ist theils aus der Natur des Verbrechens (wie bei Diebstählen, Raub, Mißbrauch der Amtsgewalt durch Befehl, Verfälschung der öffentlichen Creditspapiere oder der Münze u. dgl.), theils aus den erhobenen Umständen zu entnehmen.“

tretungen ausgeschlossen.⁵⁾ Wenn durch eine Aenderung der Strafgesetzgebung etwas, das bisher Vergehen war, zum Verbrechen qualificirt würde, oder umgekehrt, so wäre auch für §. 592 die neue Norm maßgebend.⁶⁾

V. „Wenn auch das Gesetz vom 15. November 1867 (Nr. 131)⁷⁾ den §. 592 nicht ausdrücklich aufhob, so enthält es doch im letzten Absätze des §. 6 die Bestimmung, daß alle nachtheiligen Folgen, die mit strafgerichtlichen Erkenntnissen schon durch das Strafgesetz oder kraft anderer gesetzlicher Vorschriften verbunden waren, nach fünf Jahren aufhören, wenn die Strafe eine geringere als fünfjähriger Kerker war“ (bei fünfjähriger oder längerer Kerkerstrafe nach zehn Jahren). „Zu den erwähnten nachtheiligen Folgen muß auch die Unfähigkeit, Testamentenzeuge zu sein, und zu den erwähnten gesetzlichen Vorschriften auch der §. 592⁸⁾ gezählt werden.“⁹⁾ Entscheidung des obersten Ger. O. (Sammlung IX Nr. 4159).¹⁰⁾ Diese Rehabilitirung wirkt aber nicht zurück, m. a. W. sanirt nicht ein Testament, bei dem der Verurtheilte als noch unfähiger Zeuge fungirte (arg. §. 576). Noch anders gesagt: Die fünf (oder zehn) Jahre müssen zur Zeit des Testiractes schon abgelaufen sein; es nützt nichts, wenn sie später, sei es auch etwa noch zu Lebzeiten des Testators, ablaufen.¹¹⁾

§. 593.

Wer sich nicht zur christlichen Religion bekennet, kann den letzten Willen eines Christen nicht bezeugen.

Die Wiener Facultät tadelte den mit §. 593 wörtlich übereinstimmenden §. 387 Westgal. G. B. II, der ja weit über den §. 142 lit. d allg. Ger. Odg. (§. 217 lit. d westgal. Ger. Odg.) hinausgehe, als welcher einen Juden nur dann für einen bedenklichen Zeugen erkläre, wenn er für einen Juden gegen einen Christen zeuge. Dennoch wurde (s. Prot. 30. Jän. 1804) seine Beibehaltung beschloffen — aus Gründen, die in Zeiller's Comm. II S. 479 mitgetheilt sind, ja die gleiche Anordnung noch im §. 59 a. G. der Not. Odg. von 1855 wiederholt. Sowohl §. 142 lit. d allg. Ger. Odg., als §. 593 und §. 59 cit. wurden durch die k. Odg. v. 6. Jänner 1860 (Nr. 9) aufgehoben, und zwar sogar mit sanirender Wirkung für Testamente, die wegen §. 593 ungültig wären, wobei nur vorausgesetzt wird, daß der Testator die Kundmachung der cit. Verordnung erlebt hat.

§. 594.

Ein Erbe oder Legatar ist in Rücksicht des ihm zugebachten Nachlasses kein fähiger Zeuge, und eben so wenig dessen Gatte, Aeltern, Kinder, Geschwister, oder in eben dem Grade verschwägerte Personen und die besolbten Hausgenossen. Die Verfügung muß, um gültig zu seyn, von dem Erblasser eigenhändig geschrieben,^{*)} oder,^{**)} durch drey von den gedachten Personen verschiedene Zeugen bestätigt werden.

⁵⁾ Zeiller Comm. II S. 478 Z. 2.

⁶⁾ S. darüber Pratobevera in seinen Materialien VII S. 225.

⁷⁾ Dies Gesetz gilt nur für Personen, die der Civilstrafgerichtsbarkeit unterstehen.

⁸⁾ Dagegen wurde (1874) unter Nr. 89 in's Jubicatenbuch der Satz aufgenommen: „Die Bestimmung des §. 140 lit. b allg. Ger. Odg. (§. 215 westgal. Ger. Odg.) ist durch . . . Ges. v. 15. Nov. 1867 . . . nicht abgeändert worden.“ (In dem bei Manz 1876 erschienenen Abdruck, 3. Heft S. 11 f.) Ein direkter Widerspruch ist dies nicht, da sich diese Entscheidung auf die Beweiszugehörigkeit, jene auf die Solennitätszugehörigkeit bezieht.

⁹⁾ Dieselbe Ansicht vertritt Harum in der Ger. Ztg. 1868 Nr. 11 S. 46.

¹⁰⁾ Derselben Ansicht war die II., der gegentheiligen die I. Instanz.

¹¹⁾ Vgl. auch Sammlung VIII Nr. 3764, wo aber noch eine andere Frage einfließt, nämlich inwiefern sich das Gesetz auf ältere Fälle beziehe.

^{*)} Die erste amtliche Ausgabe hat statt des Weistrichs einen Strichpunkt.

^{**)} In der 3. G. O. fehlt der Weistrich.

§. 595.

Wenn der Erblasser demjenigen, welcher den letzten Willen schreibt, oder dessen Ehegatten, Kindern, Aeltern, Geschwistern,*) oder in eben dem Grade verschwägerten Personen einen Nachlaß bestimmt; so muß die Anordnung auf die im vorhergehenden**) §. erwähnte Art außer Zweifel gesetzt seyn.

I. Die für die Exegese wichtige Redactionsgeschichte ist in den Excursen (bes. Abf. II und III) nachzulesen. — Der Grundgedanke der §§. 594, 595 ist folgender: Da ein Testamentszeuge oft in die Lage kommt, als Beweiszeuge über den Inhalt (s. z. B. §. 586), und noch öfter über die Echtheit des angeblichen letzten Willens auszusagen, so empfiehlt es sich, als allgemeines Erforderniß für die Testamentszeugen schon als solche (als Solennitätszeugen) „Unbefangenheit“ (s. §. 596) zu verlangen. Darum soll Niemand Zeuge eines letzten Willens sein, worin ihm oder seinen Angehörigen etwas zugewendet wird. Will der Testator dennoch einen Zeugen oder dessen Angehörige bedenken, so bedarf es besonderer Cauteleu (§. 594); ebenso, wenn dem Testamentschreiber oder dessen Angehörigen etwas zugewendet wird, da es ja Verdacht erwecken muß, wenn diese Zuwendung von der Hand des direct oder indirect Interessirten geschrieben ist (§. 595). Die Unfähigkeit der Interessirten zur Zeugenchaft ist eine in eminentem Sinne relative, denn sie bezieht sich nur auf die einzelne fragliche Verfügung; m. a. W. durch Außerachtlassung der in §§. 594, 595 vorgeschriebenen Cauteleu wird nicht der ganze Inhalt des letzten Willens, sondern nur die fragliche Zuwendung ungiltig.¹⁾ — Die Einreihung des §. 595 unter die Marginalnote „unfähige Zeugen bei letzten Anordnungen“ ist unpassend, die richtige Stelle wäre bei §. 579 ff.

II. Zu §. 594. Relativ untaugliche Zeugen in obigem Sinne (und zwar, da §. 597 sie nicht erwähnt, auch bei privilegirten letztwilligen Erklärungen) sind: 1) jeder Honorirte, gleichviel ob Erbe oder Legatar,²⁾ selbst dann, wenn er von dieser Bedenkung vielleicht nichts weiß (§. 579 a. E.);^{2a)} 2) dessen „Gatte, Eltern, Kinder, Geschwister“; da es auch hier theils auf das gemüthliche, theils auf das juristische Verhältniß ankommt, so findet zunächst das bei §. 540 im Commentar II C. 24 und den Excursen II S. 14 f. Bemerkte auch hier Anwendung, nur daß alle weiblichen Angehörigen wegen §. 591 außer Betracht bleiben;³⁾ aber der Kreis der hier in Betracht kommenden Personen ist ein noch weiterer als im Falle des §. 540, da er auch solche umfaßt, welche an des Bedachten Bereicherung zwar kein gemüthliches, aber ein (sei es auch indirectes) Vermögensinteresse haben, z. B. derjenige, der dadurch von einer Alimentationspflicht befreit wird; 3) „in eben dem Grade verschwägerte Personen“ (§. 41), also namentlich

*) In der ersten amtlichen Ausgabe fehlt der Beistrich.

**) Erste amtliche Ausgabe: vorgehenden.

¹⁾ Nach gemeinem Recht ist das ganze Testament ungiltig, worin einer der Zeugen instituirt ist. L. 20 pr. D. 28, 1; §. 10 J. II, 10. Vgl. überhaupt über den ganz abweichenden Grundgedanken, der für das römische Recht maßgebend ist, Windscheid §. 542 Note 10. Daß er ein anderer sei, als der des bürgerl. G. B., ist untern schon die ältere Doctrin: Wiener Heineccius I C. 310 f.

²⁾ Vgl. §. 119 preuß. L. R. I 12; dagegen ist nach gemeinem Rechte der Vermächtnißnehmer ein tauglicher Zeuge (L. 20 pr. cit., §. 11 J. II, 10); aber schon nach altem Oesterreich, „Lands-Brauch“ war er untauglich, „sonderlich wann das Legat groß und wichtig ist“ fügt Walther (Tract. II c. VIII) hinzu, mit der Motivirung, daß man um so strengere Anforderungen an die Unbefangenheit der Zeugen stellen müsse, als ihrer nicht so viele, wie nach röm. Rechte erfordert werden, — was Vossius §. 671 nicht glücklich so umschreibt „quod cum nos solum testes ad probationem necessarios adhibeamus, illos omnium minime suspectos esse debere“.

^{2a)} Zweifel hat hierüber Carozzi XIII p. 173 sg.

³⁾ Nämlich wenn man die Frage so stellt: „wer kann für mich nicht zeugen?“ Dagegen kommen sie allerdings mitzuzählen, sobald man fragt: „für wen kann ich nicht zeugen?“

Schwiegervater, Schwiegersohn, Geschwister der Gatten, ferner Stiefvater,⁴⁾ Stieffohn (nicht auch der Stiefbruder im engeren Sinne).⁵⁾ Ganz unstatthaft wäre die Folgerung, daß wenn selbst Verschwägerete untauglich seien, dies um so mehr von nahen Verwandten z. B. Geschwisterkindern gelten müsse; denn die Aufzählung in §. 594 ist eine taxative (Sammlung IX Nr. 4174); 4) „die besoldeten Hausgenossen,“ d. h. „Personen, welche um einen bestimmten Lohn in Geld oder Naturalien oder Kost“ (oder um Geld und Kost, Geld und Naturalien) „dienen und zugleich die unentgeltliche^{6a)} Wohnung im Hause“ (richtiger Haushalte) „des Dienstgebers genießen.“⁶⁾ Es müssen also concurriren a) ein Dienstverhältniß, b) Besoldung in Geld oder Geldeswerth, c) Hausgenossenschaft. Schwierigkeiten macht die Bestimmung dieses letzten Begriffes. Es ist zu denken vor allem an „Domestiken“, wie schon der Namen sagt, aber auch an Personen in höherer socialer Stellung, die nicht mit jenem Namen oder dem der „Dienstboten“ bezeichnet werden, als: im Haushalt des Dienstgebers lebende Erzieher, Lehrer, Secretäre u. s. w., kurz an alle (männlichen) Bediensteten, welche nach mittelalterlichem (namentlich italienischem) Sprachgebrauch zur „Familie“ gehören. Die Wohnungs-Gemeinschaft ist ein unerläßliches Merkmal des Begriffes „Hausgenosse“. ^{6a)} Die Deutung, welche dieses Wort in §. 15 lit. c der Concurs-Ordnung v. 1781⁷⁾ durch das Hofd. v. 27. Sept. 1792 (S. O. S. Nr. 54) lit. c und andere Hofdecrete erfahren hat, darf nicht dagegen angeführt werden;⁸⁾ denn was in jenem Zusammenhange eine benigna interpretatio war, wäre in unserem Falle das Gegentheil davon. Nicht unerläßlich ist die Kost im Haushalte des Dienstgebers; der Diener eines als „garçon“ lebenden Mannes kann wohl sein Hausgenosse sein; immerhin aber ist der Umstand, ob der Bedienstete am Tische (oder doch vom Tische) des Dienstgebers beschäftigt wird, nicht gleichgiltig, namentlich, wo es sich um zweifelhafte Fälle handelt. Das Wort „Haus“ ist also hier figurlich zu verstehen als Haushalt und Wohnung. Ob der Dienstgeber im eigenen Hause oder zur Miethе wohnt, ist gleichgiltig. Andererseits begründet das Wohnen in einem dem Dienstgeber gehörigen Hause allein noch keine Hausgenossenschaft. Dies ist am einleuchtendsten dort, wo der Herr in einem anderen Hause wohnt und der Dienende seine Miethpartei ist. Aber auch die unentgeltliche Ueberlassung der Wohnung und der Umstand, daß der Herr in demselben Hause wohnt, ändert nichts, sobald die Wohnungen der Beiden eben zwei verschiedene Wohnungen sind. Der „Hausbesorger“ ist kein „Hausgenosse“ des Hausherrn. Und ebenso ist ein Bediensteter, der in Alfermiethе bei seinem Dienstgeber wohnt, kein „Hausgenosse“. Andererseits kann eine Wohnung in zwei Häusern sich befinden, namentlich wenn die Häuser nebeneinander liegen und demselben Herrn gehören. Es kann aber auch Jemand eine Wohnung in einem Hause und zur Ergänzung derselben ein oder zwei Zimmer im Nachbarhause gemiethet haben. Ein Theil der Diensteute schläft etwa in diesem letzteren, ist aber Tags über mit den übrigen Domestiken

⁴⁾ S. den von Wagner in seiner Ztschft. 1825 II S. 49 ff. erzählten Fall.

⁵⁾ Denn Stiefgeschwister sind weder verwandt, noch verschwägert.

^{6a)} „Unentgeltlich“ im vulgären, nicht im juristischen Sinne, da ja die Wohnung einen Theil des Lohnes für die Dienstleistungen bildet.

⁷⁾ So wurde dieser Begriff nämlich mit Recht definiert von der II. Instanz in dem in Haimerl's Magazin VII S. 361—373 erzählten Falle, s. S. 370 daselbst.

^{6a)} A. M. Fügler II S. 73.

⁷⁾ Vgl. den geänderten Wortlaut in §. 43 der Conc. Odbg. v. 1868.

⁸⁾ Mit Unrecht that dies die I. Instanz in dem in Note 6 erwähnten Falle; richtig die II. und III. Instanz; s. auch Stubenrauch (2. Aufl.) I S. 794 Note 3. Einem Zweifel könnte das Gesagte nur dort unterliegen, wo der Dienende die Kost im Hause des Herrn hat. Aber man muß doch an Obigem festhalten, sonst geräth man in's Schrankenlose (soll eine Mahlzeit im Hause täglich genügen? u. s. w.).

zusammen beschäftigt, ist mit ihnen am gleichen Tische u. s. w. Dies kann die Hausgenossenschaft, die Zugehörigkeit zum selben Haushalt nicht aufheben, zumal da der Herr heute diese, morgen andere Dienstkleute in dem Nachbarhause übernachten lassen kann. Deshalb ist die in der Sammlung X Nr. 4453 mitgetheilte Entscheidung kaum zu billigen.⁹⁾ — Zur Benutzung für unbestimmte Zeit dem Besoldeten zugewiesene Theile der Wohnung sind keine besondere Wohnung; doch ist die Grenze hier, wie überhaupt für den Begriff der Hausgenossenschaft oft schwer zu finden. Der Gutsverwalter, der als Theil seines Lohnes eine freie Wohnung im Schlosse des Guts Herrn hat und daselbst wohnt, wenn auch der Herr Jahre lang dies Schloß nicht besucht, ist gewiß kein Hausgenosse; wohl aber der Haushofmeister, auch wenn er verheiratet ist und ihm ein ansehnlicher Wohnungstheil zugewiesen ist; denn er folgt dem Dienstgeber, so oft dieser seinen Aufenthalt wechselt, wozu in der Regel bestärkend hinzutritt, daß Dieser, nicht auch Jener vom Dienstgeber die Kost erhält. — Unter den §. 594 fallen nicht: Besoldete, welche keine Hausgenossen sind (Tagelöhner, Fabrikarbeiter, die meisten Privatbeamten u. s. w.) — und Hausgenossen, welche nicht besoldet sind¹⁰⁾ (z. B. junge Männer, die in einer fremden Familie Kost und Wohnung haben). Hingegen ist es eine unbegründete Behauptung,¹¹⁾ daß der besoldete Hausgenosse des Honorirten dann ein tauglicher Zeuge sei, wenn er in dem gleichen Verhältnisse zum Testator steht, was namentlich leicht geschehen kann, wenn Testator und Honorirter Gatten sind. — Zwei halbe Thatbestände machen natürlich auch hier keinen ganzen. So ist z. B. ein verwandter Hausgenosse des Honorirten dann ein tauglicher Zeuge, wenn er weder zu den in §. 594 aufgezählten Verwandten, noch zu den besoldeten Hausgenossen gehört.¹²⁾ „Personen, die bloß mit dem Erblasser in dem erwähnten Verhältnisse stehen, sind keineswegs von der Zeugenschaft ausgeschlossen.“¹³⁾ Ebenso unschädlich ist auch die Verwandtschaft, Schwägerschaft oder andere nahe Verbindung der Zeugen unter sich.¹⁴⁾ Endlich ist daran zu erinnern, daß wenn die fragliche Verbindung (Ehe, Schwägerschaft, Adoption, Dienstverhältnis) zwischen einem Zeugen und einem Honorirten erst nach der Testamentserrichtung geschlossen oder aber gelöst worden ist, die §§. 575 und 576 zur Anwendung kommen.^{14a)}

III. (Zu §. 594, Fortsetzung.) Wenn unter den Testamentszeugen ein nach §. 594 unfähiger sich befindet, so ist die einzelne Verfügung, in Bezug auf welche er besagen erscheint, ungiltig, der übrige Inhalt der letztwilligen Erklärung wird dadurch nicht vitirt.¹⁵⁾ Aber auch jene theilweise Ungiltigkeit läßt sich vermeiden; der Testator kann einem Zeugen oder dessen Angehörigen immerhin etwas zuwenden, wenn er nur die besonderen in §. 594 vorgeschriebenen Cautelen beobachtet, so daß man auch hier von „erschwerenden Formen“ (s. oben

⁹⁾ Bestimmt läßt sich dies nicht behaupten, weil der Thatbestand mangelhaft erzählt ist.

¹⁰⁾ Nämlich als solche; denn die nicht besoldeten verwandten Hausgenossen können unter §. 594 fallen, aber als Verwandte, nicht als Hausgenossen.

¹¹⁾ Sie wurde aufgestellt von der II. Instanz in dem mehrerwähnten Falle (siehe §. 371 a. a. O.) im Anschluß an eine Partei-Äußerung (§. 366), daß die gleiche Abhängigkeit von beiden Theilen die Verbindlichkeit aufhebe. Der Zeuge sagt ja doch erst nach des Erblassers Tode aus, ist also nicht mehr von ihm abhängig. Deshalb war auch der Umstand in jenem Falle, daß das fragliche Testament ein gegenseitiges (§. 1248) war, ganz irrelevant.

¹²⁾ Vgl. Winivarter III §. 99.

¹³⁾ Zum Theile anders nach gemeinem Recht; nur daß es da nicht auf die Verwandtschaft als solche, sondern auf die potestas ankommt. S. Arndts §. 486 B. 4.

¹⁴⁾ Zeißler Comm. II §. 482. Es können also unbedenklich z. B. drei Brüder Zeugen bei demselben Testament sein. S. jedoch §. 196 (Abs. III i. f.)

^{14a)} Vgl. Taglioni IV p. 124 sg.

¹⁵⁾ Anders, wie es scheint, nach preussischem Recht (§. 134 f. L. R. I 12); doch ist dort die Frage nicht unbestritten; s. Gruchot I §. 485.

§. 138) reden kann. Das Gesetz stellt zwei zur beliebigen Wahl auf. Entweder muß die einzelne, sonst verdächtige „Verfügung von dem Erblasser eigenhändig geschrieben“ sein, was offenbar nur auf allographe Testamente anwendbar ist, — oder sie muß „durch drei von den gedachten Personen verschiedene Zeugen bestätigt werden“ (§. 594), was ebensowohl bei mündlichen, als bei allographen Testamenten geschehen kann. Daß die erstere Bestätigung speciell auf die einzelne Verfügung und nur auf sie geht, ist klar; hinsichtlich der zweiten Art der Bestätigung fragt es sich, ob eine specielle Bestätigung der einzelnen Anordnung einerseits nothwendig, andererseits genügend sei.¹⁶⁾ Daß sie genüge, scheint uns nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes gewiß. Es würde also, wenn Einer (C) der Zeugen (A, B, C) bedenklich wäre, bei einem schriftlichen Testamente genügen, wenn das ganze Testament von A, B, C, und die fragliche Anordnung von A, B, D unterschrieben wäre, — bei einem mündlichen Testamente, wenn es in gleichzeitiger Gegenwart von A, B, C erklärt, und hinterdrein vom Testator gegenüber dem zum Zeugen dafür rogirten D in Gegenwart von A und B bestätigt worden wäre. Ja bei mündlichen Erklärungen ist dies schon wegen der Möglichkeit mehrerer einander ergänzender letzter Willen (§§. 713—715) selbstverständlich, so daß die Frage nur hinsichtlich allographer letzter Willenserklärungen praktisch ist. — Andererseits ist aber eine specielle Bestätigung nicht nothwendig; es genügt, wenn das allographe Testament von A, B, C, D unterschrieben ist, selbst wenn ihnen allen dessen Inhalt unbekannt geblieben wäre (§. 579 a. E.). Es ist also weder erforderlich, daß sie ihre Namen nochmal zu der fraglichen Stelle hinschreiben, noch daß sie bei der finalen Unterschrift auf die fragliche Anordnung hindeuten, ja nicht einmal, daß der Testator sie ihnen bekannt gegeben hat.¹⁷⁾ (S. Judicatenbuch Nr. 55 Beschl. v. 26. Mai 1863 B. 3623.) Dies ist schon darum gewiß, weil dasselbe auch gelten müßte, wenn C ein absolut unfähiger Zeuge wäre. Er würde eben nicht gezählt, es müssen also ohne ihn noch drei fähige Zeugen da sein.

Die Ansicht Winiwarter's (III S. 100), daß der Honorirte in Bezug auf das ganze Testament als unfähiger Zeuge erscheine, daß also ein Testament, worin zwei oder drei Zeugen bedacht sind, trotz Zugiehung eines vierten unbedenklichen Zeugen ungiltig sei, ist de lege lata unrichtig; ja es muß behauptet werden, daß, selbst wenn alle vier Zeugen honorirt wären, dem §. 594 genügt sei, weil für jede Honorirung drei andere Zeugen übrig blieben. Willigen läßt sich dies freilich nicht.¹⁸⁾ — Dann jedoch würde auch die Peiziehung von vier Zeugen nicht genügen, wenn sie, nebstdem, daß sie bedacht sind, sammt und sonders oder einige von ihnen in einem der im §. 594 bezeichneten Verhältnisse zu einander stünden; denn dann wären eben die betreffenden Anordnungen nicht durch je drei unbefangene Zeugen bezeugt. In den Fällen, wo sonst gleichzeitige Gegenwart dreier Zeugen nothwendig ist (§§. 580, 581, 585), müssen auch bei der speciellen Bestätigung drei, mithin bei der allgemeinen, bei der nur die ganze Erklärung als solche bestätigt wird, vier Zeugen gleichzeitig zugegen sein.¹⁹⁾

IV. Zu §. 595. Was vom Schreiber des letzten Willens gilt, gilt nicht darum auch schon vom Concipienten desselben.^{19a)} Die Weglassung der

¹⁶⁾ Vgl. hierüber Excursus Abs. IV.

¹⁷⁾ Die Redactoren scheinen freilich dabei die im Schlußsatz von §. 579 statuirte Möglichkeit außer Acht gelassen und stillschweigend vorausgesetzt zu haben, daß den Zeugen die fragliche Verfügung bekannt sei (s. Westgal. O. B. II §. 376). Vgl. hierüber Excursus Abs. VI a. E. — Hierauf deutet auch die Aeußerung in Zeiller's Comm. II S. 481: „Ein zweites Mittel, den Zeugen . . . giltig zu bedenken, ist, daß die Wahrheit der Verfügung durch drei ganz unbefangene . . . Personen bestätigt werde.“

¹⁸⁾ Vgl. Excursus Abs. IX.

¹⁹⁾ Vgl. Nippel IV S. 154.

^{19a)} Vgl. Excursus Note 12.

„befol deten Hausgenossen“ beruht nicht²⁰⁾ auf Versehen; das „Band der Abhängigkeit“²¹⁾ begründet kein paritätisch gegenseitiges Verhältniß, wie das der Verwandtschaft oder Schwägerschaft. Hingegen muß für die Fälle, wo der Testamentarius zugleich Zeuge ist, ergänzt werden: „oder Demjenigen, dessen befol deter Hausgenosse der Schreiber ist.“²²⁾ — Wenn man mit der herrschenden Ansicht auch hier eine specielle Bestätigung der fraglichen Anordnung von Seiten des Testators gegenüber den Zeugen, ja selbst deren Wissen für entbehrlich erklärt, so erscheint dieser Paragraph als durchaus sinnlos. Der Fall, wo der Schreiber zugleich Zeuge ist (§. 581 a. E.), gehört nicht her, sondern zu §. 594; hier ist vom Schreiber als solchem die Rede und von den Bedenken, die es erwecken muß, wenn er sich selbst oder nahe verbundenen Personen etwas zuschreibt. Durch die eigenhändige Einfügung der betreffenden Honorirung von Seiten des Testators entfallen diese Bedenken natürlich gänzlich. Aber diese Vorsicht braucht nicht beobachtet zu sein, wenn die Bestätigung durch drei unbefangene Zeugen vorliegt. Wenn man aber diese Bestätigung auf die Erklärung in toto bezieht (§. 579), so lautet dann die Vorschrift: „Für diesen besonderen und bedenklichen Fall gilt — nichts Besonderes; es muß die gewöhnliche Zahl von Zeugen vorhanden sein“ —! Rippel (IV S. 155) behauptet allen Ernstes, der §. 595 wolle sagen, daß für diese Fälle nichts Besonderes gelte! Ein Blick auf den Gesetztext genügt, um die Verkehrtheit dieser Behauptung einzusehen. Die meisten Anhänger der herrschenden Auslegung haben ihre Consequenzen nicht durchdacht. Eine Ausnahme machen M. Schuster²³⁾ und Unger,²⁴⁾ welche gezeigt haben, wie ungereimt unter jener Voraussetzung der §. 595 sei. Weshalb aber eine solche Ungereimtheit supponiren? zwingt der Wortlaut des Gesetzes dazu? Im Gegentheil! er zwingt an eine specielle Bestätigung der einzelnen fraglichen Verfügung zu denken. Nur auf diese kann das „eigenhändig geschrieben“ bezogen werden; nur sie (nicht das ganze Testament) kann unter der „Verfügung“ (§. 594) „oder Anordnung“ (§. 595) gemeint sein; sie soll „außer Zweifel gesetzt sein“. So vereinigt sich der Wortlaut des Gesetzes mit dessen Absicht zur Befräftigung der eine specielle Bestätigung erfordernden Interpretation. Daß wir in den Fällen des §. 594 neben der speciellen auch die allgemeine Bestätigung als genügend hinstellten, geschah aus Gründen, die nicht dem §. 594 selbst entnommen waren, und die hier, wo es sich nicht um einen untauglichen Zeugen handelt, gar nicht passen. Wollte man uns entgegenhalten, daß sich dann ein Unterschied zwischen den Sanctionen in §. 594 und 595 herausstelle, während sie in §. 595 gleichgestellt werden, — so ist zu erwidern, daß derselbe Vorwurf die herrschende Ansicht in noch höherem Maße treffe; denn sie verlangt in den Fällen des §. 594 vier Zeugen, also wirklich erhöhte Cautelen, in den Fällen des §. 595 drei Zeugen, also nichts, als die Beobachtung der gewöhnlichen Testamentsform. Man sollte endlich meinen, zwischen zwei Auslegungen, von denen die eine den §. 595 als absurd, die andere als verständig erscheinen läßt, von denen die eine die unzweifelhafte Absicht des Gesetzgebers verfehlt, während die andere sie erreicht, könne die Wahl nicht zweifelhaft sein, — sie

²⁰⁾ Wie Unger §. 10 Anm. 19 glaubt. Ausführlich darüber in den Excursen Abf. X, wo auch die Notiz in Grünhut's Ztschft. II S. 301 Note 85 a. E. erklärt und bezw. berichtigt wird.

²¹⁾ Zeiller II S. 480, Rippel IV S. 152 a. E.

²²⁾ Die Fassung der beiden Paragraphen ist nämlich keine parallele; dem §. 594 liegt die Formel zu Grunde: „Zu Zemanes Gunsten können nicht zeugen der A, B, C . . .“; dem §. 595 die Formel: „Man kann mit seiner Scriptur nicht glaubhaft machen eine Verfügung zu Gunsten von A, B, C . . .“ — Ausführlich wird das logische Verhältniß der beiden Paragraphen zu einander behandelt in den zugehörigen Excursen Abf. X und XI.

²³⁾ Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1828 II S. 198 f.

²⁴⁾ Erbrecht §. 10 Anm. 19.

müsse zu Gunsten der letzteren ausfallen. Leider! ist der falschen, vornehmlich von der Theorie verschuldeten²⁵⁾ Ansicht durch Nr. 55 des Judicatenbuches²⁶⁾ wahrscheinlich für lange Zeit auch in der Praxis die Herrschaft gesichert.

§. 596.

Was von der Unbefangenheit und Fähigkeit des Zeugen, die Person des Erblassers außer Zweifel zu setzen, verordnet wird, ist auch auf die gerichtlichen Personen, die einen letzten Willen aufnehmen, anzuwenden.

I. Da bei den gerichtlichen und notariellen Testamenten die Gerichtspersonen und Notare als (qualificirte) Testamentszeugen fungiren (s. §. 589 a. E.), so versteht es sich beinahe von selbst, daß auch von ihnen das von der Fähigkeit und Unbefangenheit der Zeugen Gesagte gilt. Daß in §. 596 statt des kurzen und alles sagenden Ausdruckes „Fähigkeit“ oder „Tauglichkeit“ ein weitläufigerer, und doch dem Sinne nach engerer gebraucht ist („Unbefangenheit und Fähigkeit des Zeugen, die Person des Erblassers außer Zweifel zu setzen“), dürfte wohl darin seinen Grund haben, daß man an dem allgemeinen Ausdruck Anstoß nahm. Allerdings wäre es lächerlich, zu versichern, der Richter oder Notar dürfe diesfalls nicht Mönch, Weib, Jüngling, er dürfe nicht wahnsinnig, als Betrüger verurtheilt sein —! Das würde aber den allgemeinen Ausdruck doch kaum zu einem lächerlichen machen. Gewiß aber ist, daß trotz des engeren Ausdruckes mit §. 596 jede die Fähigkeit zur Testamentszeugenschaft betreffende Anordnung, die überhaupt auf Amtspersonen anwendbar ist, auf sie ausgedehnt werden sollte (vgl. Not. Ddg. §. 70). Namentlich müssen sie, was Zeiller selbst hervorhebt,¹⁾ die Sprache des Testators verstehen. — Verwandtschaft zwischen dem Richter und dem Testator schadet nicht.²⁾

II. Bei notariellen Testamenten³⁾ ist die Fähigkeit des Notars, dann

²⁵⁾ Ohne Zeiller's leere und irreführende Bemerkungen zu §. 595 wäre sie wohl gar nicht aufgefunden. Daß ihm diesfalls keine Autorität zukommt, erhelet aus der in den Excursus mitgetheilten Entstehungsgeschichte. — Der oberste Ger. S. berief sich in seinem in der folgenden Note mitgetheilten Beschluß auf die Uebereinstimmung mit „allen Commentatoren“.

²⁶⁾ Beschluß v. 26. Mai 1863 (Z. 3623): „Zur Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung, wodurch Demjenigen, welcher den letzten Willen geschrieben hat, oder den mit ihm nach dem im §. 595 des a. b. G. B. erwähnten Grade verwandten oder verschwägerten, sowie auch den im §. 594 erwähnten Personen ein Nachlaß — als Erbtheil oder Legat — zugedacht wird, genügt es, wenn der von dem Erblasser in Gemäßheit des §. 579 des a. b. G. B. eigenhändig unterfertigte und von ihm vor drei fähigen, von dem Schreiber oder dem in dem letzten Willen Bedachten verschiedenen Zeugen als sein letzter Wille bestätigte Aufsatz von diesen Zeugen des letzten Willens unterschrieben wurde, und es wird nicht erfordert, daß diese drei Zeugen den Inhalt der den Schreiber des letzten Willens oder eine der übrigen obgedachten Personen betreffenden Verfügung von dem Erblasser mündlich bekräftigten hörten, und daß sie dies bestätigten.“ — Die richtige Ansicht vertrat in dem Falle, der diesen Beschluß veranlaßt hat, die I. Instanz mit beachtenswerther Begründung.

¹⁾ Er äußert sich in seinem Commentar II S. 483 f. darüber so: „Die Gerichtspersonen . . . müssen die Sprache des Erblassers verstehen (§. 591), oder der Richter muß, wenn sie die andere Gerichtsperson nicht versteht, zwei andere sprachkundige Zeugen (§. 389) beiziehen; widrigenfalls aber den Erblasser an ein anderes, der Sprache kundiges Gericht, oder auf eine andere Art zu testiren anweisen.“ Diese grammatisch nicht ganz unzweideutige Aeußerung ist natürlich dahin zu verstehen (s. auch Rippel IV S. 155, daß der Richter selbst immer der Sprache kundig sein muß, daß diese Kunde ihm auch dann nicht entbehrlich ist, wenn „die andere Gerichtsperson“ sich in ihrem vollen Besitze befindet.

²⁾ Rippel IV S. 156.

³⁾ Jetzt ist maßgebend die Not. Ddg. v. 25. Juli 1871, vorher war es die Not. Ddg. v. 21. Mai 1855 (s. die einschlägigen Paragraphen bei St u b e n r a u c h (2. Aufl.) I S. 795 f., noch früher die Not. Ddg. v. 29. Sept. 1850 (die einschlägigen Bestimmungen s. bei St u b e n r a u c h 1. Aufl. II S. 360 f., vollständiger bei M i c h e l unter Nr. 1023).

die der anderen Zeugen zu untersuchen. 1) Der Notar muß a) ein fähiger Testamentszeuge sein,⁴⁾ was nach dem a. b. G. B. zu beurtheilen ist (a. b. G. B. §. 596; Not. Ddg. §. 70), und es darf b) ihm kein Hinderniß aus §. 33 der Not. Ddg., der für jede Notariats-Urkunde (nicht nur für Notariats-Acte) gilt, entgegenstehen. Dies ist um so wichtiger zu bemerken, als sich die in beiden Gesetzen enthaltenen Verordnungen über die nöthige Unbefangenheit nicht decken. Wenn z. B. der Notar mit dem Erben im vierten Grade der Seitenlinie verwandt ist, so steht ihm zwar nicht §. 594 a. b. G. B., wohl aber §. 33 Not. Ddg. entgegen. 2) Hinsichtlich der anderen Zeugen gilt in den Fällen der §§. 70 ff. nichts Besonderes. In den Fällen des §. 67 sollte man von Identitäts-, Actes- und Testamentszeugen handeln; aber regelmäßig vereinigen dieselben Menschen alle diese Functionen in sich; natürlich müssen sie dann auch zu allen geeignet sein.⁵⁾ Dabei ist a) die Fähigkeit zur Testamentszeugenschaft nach dem a. b. G. B.,⁶⁾ b) die zur sog. Acteszeugenschaft nach §. 57 Not. Ddg., c) die zur Identitätszeugenschaft nach §. 55 Not. Ddg. zu beurtheilen (vgl. oben S. 186 f.).

III. Fehlt dem Notar oder den anderen Zeugen die unter 1 a oder 2 a angegebene Fähigkeit, so ist das Testament immer null und nichtig; steht ihnen dagegen die unter 1 b, 2 b, 2 c⁷⁾ angedeutete Fähigkeit, während sie nach dem a. b. G. B. taugliche Testamentszeugen wären, so hat das Testament jedenfalls nicht die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde; es fragt sich aber, ob es nicht — die übrigen Erfordernisse vorausgesetzt — als privates gelten könne? Im Falle des §. 67 gewiß; dagegen in den Fällen von §. 70 ff.⁸⁾ wäre die Frage nach dem §. 139 Gefagten zu verneinen. Für eine mildere Behandlung aber wird man geneigt sein anzuführen, daß der Unterschied zwischen einem notariellen schriftlichen und einem privaten schriftlichen, zwischen einem notariellen mündlichen und einem privaten mündlichen kein so großer ist, als zwischen einem schriftlichen und einem mündlichen Testamente. Dort handle es sich nicht sowohl um ein aliud, als um ein plus, welches seine Wirkung nur hinsichtlich des Beweises äußere.⁹⁾ Wenn nun dieses plus nicht beobachtet sei, so sei der Vortheil des leichteren und gesicherteren Beweises nicht erreicht, der Act brauche aber nicht null und nichtig zu sein. Der Text der Not. Ddg. v. 1850 sprach für die strengere,¹⁰⁾ der der Not. Ddg. v. 1855 und der v. 1871 spricht für die mildere Auffassung.¹¹⁾ Dies das pro und contra. — Man wird aber wohl so

⁴⁾ In den Fällen des §. 67 ist dies keineswegs immer nothwendig (vgl. oben S. 187 N. 61).

⁵⁾ Vgl. Fuka in der Not. Ztg. 1871 Nr. 38 S. 282.

⁶⁾ Daß die Zeugen den Testator kennen müssen, versteht sich nach dem Zwecke der Zuziehung derselben, hier — wie überall — von selbst; s. §. 596 („Fähigkeit des Zeugen, die Person des Erblassers außer Zweifel zu setzen“), auf den auch §. 70 Not. Ddg. verweist. Dennoch wird das Gegentheil behauptet in der Not. Ztg. 1874 Nr. 14 S. 62.

⁷⁾ Man könnte meinen: wenn den Zeugen diese letzte Eigenschaft fehlt, müsse eben deshalb dem Notar die Fähigkeit 1 a fehlen. Denn, wenn er den Testator weder selbst kenne, noch dieser ihm durch taugliche Identitätszeugen bekannt gemacht werde, so sei der Notar ein untauglicher Testamentszeuge, weil unfähig, die Identität des Erblassers zu bezeugen. Dies ist aber in solcher Allgemeinheit darum nicht richtig, weil das Gesetz für die Identitätszeugenschaft außer den natürlichen auch ganz positive Erfordernisse aufstellt (vgl. Not. Ddg. §. 55 Al. 2 mit §. 57).

⁸⁾ Für diese Formen ist aber — da hier die Zeugen keine Acteszeugen sind — einzig an den Fall zu denken, wo dem Notar ein, dem vgl. G. B. fremdes, Bedenken aus §. 33 Not. Ddg. entgegensteht. — Ueber §. 73 Al. 2 f. Excursus II S. 117 N. 5.

⁹⁾ Es ist dies nur annäherungsweise richtig; für die Not. Ddg. v. 1855 wäre dies Argument zutreffender, als für die jetzige; denn damals waren auch hier immer drei Zeugen (§. 59) erforderlich und das allographe Testament mußte von ihnen unterfertigt werden (§. 61 Al. 2); beides ist heute anders (s. oben S. 184 N. 52).

¹⁰⁾ Insbes. §. 36 a. G. „... ist . . . die bezügliche Verfügung ungiltig“.

¹¹⁾ §. 33 a. G. „hat nicht die Kraft einer öffentlichen Urkunde“; vgl. §§. 66, 74 a. G., und auch schon in der Not. Ddg. v. 1855 §. 36 a. G.

unterscheiden müssen: 1) die Gültigkeit eines holographen Testaments, das der Erblasser „zu der Kraft eines Notariatsactes erheben will“ (wie sich §. 60 pr. der Not. Dg. v. 1850 ausdrückte) geht dadurch nicht verloren, daß die letztere Absicht vereitelt wird. Dies ist unzweifelhaft (s. auch Excursus II S. 69), gehört aber insofern nicht her, als es wahr bleibt, auch wenn den Zeugen jede Fähigkeit abgeht. 2) Die Aufrechterhaltung eines allographen Testaments, dessen notarielle Solennisirung aus dem oben angegebenen Grunde mißlungen ist, ist zwar nicht selbstverständlich, aber unter den ebendort angegebenen Voraussetzungen¹²⁾ immerhin zu billigen. 3) Dagegen ist die Aufrechterhaltung eines mündlich vor dem Notare errichteten Testaments in denselben Fällen kaum zu rechtfertigen, da sich die Zeugen beim privaten mündlichen Testamente auf ihr Gedächtniß, beim notariellen mündlichen auf das Protokoll verlassen.

Von den begünstigten letzten Anordnungen.

§. 597.

Bei letzten Anordnungen, welche auf Schiffahrten und in Orten, wo die Pest,^{*}) oder ähnliche ansteckende Seuchen herrschen, errichtet werden, sind auch Mitglieder eines geistlichen Ordens, Frauenpersonen und Säuglinge, die das vierzehnte Jahr zurückgelegt haben, gültige Zeugen.

§. 598.

Zu diesen begünstigten letzten Anordnungen werden nur zwei Zeugen erfordert, wovon Einer das Testament schreiben kann. Bei Gefahr einer Ansteckung ist auch nicht nöthig, daß beyde zugleich gegenwärtig seyn.

§. 599.

Sechs Monate nach geendigter Schiffahrt oder Seuche verlieren die begünstigten letzten Willenserklärungen ihre Kraft.

I. Die Militär-Testamente, die auf Schiffahrten und während einer Seuche errichteten Testamente und Codicille bedürfen zu ihrer Gültigkeit minderer Formlichkeiten, als andere letztwillige Erklärungen, und heißen darum begünstigte oder privilegierte letzte Anordnungen. Sie waren im Westgal. O. B. II §§. 392—395 zusammen (einheitlich) behandelt, später aber die erstgenannten ausgeschieden worden (s. §. 600), als Zeiller (30. Jän. 1804) vorschlug, wegen ihrer auf die Militärgefesse zu verweisen.¹⁾ Die in Contumazanstalten errichteten Testamente (s. unten) scheinen nur zufällig unerwähnt geblieben zu sein; wogegen eine Begünstigung des testamentum parturientium ausdrücklich abgelehnt wurde.²⁾ „Alle übrigen, von den Auslegern des Römischen Rechts erörterten privilegierten

¹²⁾ Ihr Vorhandensein erscheint aber als etwas Zufälliges (s. hier Note 9).

^{*} In der ersten officiellen Ausgabe fehlt der Beistrich, den die F. O. S. hat.

¹⁾ Ohne Einverständnis des Hofkriegsraths könne man Nichts bestimmen und nach Orlandini's Auskunft sei die dortige Compilationscommission eben mit der Entwerfung eines neuen Gesetzes über diesen Gegenstand beschäftigt. Deshalb wurden §. 394 Westgal. O. B. II, dann in §. 392 die Worte „in Feldzügen“, in §. 395 die Worte „nach bekanntem Frieden“ gestrichen; dafür der jetzige §. 600 textirt. Vgl. Excursus Bd. I S. 50 f.

²⁾ Die Facultät Innsbruck beantragte, mit Rücksicht auf die Schamhaftigkeit der Frauen, bei schweren Geburten Frauen als Testamentzeugen zuzulassen; wogegen Zeiller bemerkte, man brauche das Testiren nicht bis zu einem so kritischen Zeitpunkt aufzuschieben. — Neuer Antrag hängt mit der Ansicht einiger älterer Juristen zusammen, daß auch nach gemeinem Rechte „testamentum mulieris parturientis valet, in quo feminae testes adhibitae fuerunt“; so namentlich Leyser (Medit. ad Pand. vol. I sp. XIV nr. V, S. 147 ff. der Ausgabe v. 1741) mit derselben Motivirung („propter honestatem et pudorem sexus“). Zeiller's Einwendung anticipirend, replicirt er „Ast hominis non est, omnes qui supervenire possunt, casus praevidere“. Da nun eine Geburt allerdings kein unvorhergesehenes Ereigniß ist, so denkt auch er dabei offenbar an eine schwere Geburt, eine imminente Gefahr. — Es wurden eigene Schriften „de testamentis parturientium“ pro und contra geschrieben (Cornelius van Eck, O. G. Reinhardt, Brummer . . .).

Testamente fallen in unserer Gesetzgebung weg.“ So sagt ausdrücklich Zeiller im Comm. II §. 486 Note. Um so auffallender ist es, daß weder er, noch irgend ein österreichischer Jurist jemals auch nur andeutungsweise gesagt oder wenigstens gefragt hat, woher denn die dem gemeinen Rechte fremde Begünstigung der während einer Schiffahrt gemachten Testamente in unser Gesetz gekommen ist. Die nächste Quelle dürfte das preußische Landrecht I 12 §§. 205—207 sein. Viel ausführlicher ist das Testament zur See im französischen G. B. a. 988 ff. normirt³⁾ und schon das ältere französische Recht hatte ein „testament maritime“ (s. bef. Ordonnance de la marine v. 1681 Liv. III tit. XI art. 1 und 2). Im römischen Rechte hat die Rücksicht auf weite Reisen zwar zur Anerkennung der Codicille (s. Inst. II 25), nicht aber zur Ausbildung eigener privilegirter Testamente geführt;⁴⁾ letzteres geschah erst in nachjustinianischen byzantinischen Gesetzen.⁵⁾ Unter den älteren Romanisten war, anknüpfend an das römische Privilegium des test. temp. pest. cond. (so entschieden Stryk) oder an das test. rust. (Brunnemann comm. in Cod. ad L. 31 de test. tom. I p. 576 [Ausg. Col. Allobr. 1771], vgl. Cod. Max. Bav. III 4 §. 7), oder auch an das römische test. mil. (s. die Nachweise bei Voetius Comm. ad pand. Halae 1779 tom. IV p. 850), die Ansicht nicht selten, daß eine mangelhafte Form nicht schade, wenn sie durch des Testators Lage excusirt sei, wenn er z. B. in einer menschenarmen Gegend oder auf einem Schiffe testire u. dgl. und namentlich die Meinung war verbreitet, daß bei solchen Testamenten zwei Zeugen genügen, wenn man deren mehrere nicht haben könne.⁶⁾ Diese Ansicht würde freilich nicht zur Aufstellung besonderer Vorschriften für Schiffahrten geführt, vielmehr sie als überflüssig haben erscheinen lassen. Da aber jene Behauptung von der Mehrzahl der Juristen mit Recht bestritten wurde (s. Note 6) und andererseits bei der Ausdehnung der Schiffahrt über die europäischen Binnenmeere hinaus (Voet z. B. spricht nur von den Testamenten derer, qui in Indias navigant aut inde redeunt) das Bedürfniß nach dem fraglichen Privilegium immer fühlbarer werden mußte,⁷⁾ konnte dessen Anerkennung in der Gesetzgebung endlich nicht ausbleiben.⁸⁾ — Zu erwähnen ist noch, daß bei der Superrevision (30. Nov. 1809) Pratobervera die Abschaffung aller privilegirten Testamente beantragte. Es sei ja kein Unglück, wenn die Intestat-Erbfolge eintrete; wohl aber sei es sehr sonderbar, „daß zwei vierzehnjährige Kinder die Existenz eines Testaments darthun können.“ „Die übrigen Stimmen,“ fährt das Protokoll fort, „blieben beim Text, ne afflictio addatur afflictio.“

II. Die dogmatische Untersuchung dieser Materie hat sich zu richten: 1) auf die Voraussetzungen, 2) auf den Inhalt, 3) auf die Dauer der Begünstigung.

³⁾ Seinem Vorbild folgt der Codice civile del regno d'Italia a. 791 ff.

⁴⁾ Es ist ganz ungehörig, daß Cattaneo in seiner adnotirten Ausgabe des ital. G. B. (Saluzzo 1868) zu §§. 791—798 die l. un. §. 1 D. 37, 13 allegirt.

⁵⁾ S. Mühlenbruch (= Glüß) Bb. 42 S. 288.

⁶⁾ Dafür z. B. Leyser sp. CCCLV nr. V (Bb. V p. 618 f.), der überhaupt die omissio exiguae solemnitatis für unschädlich hält, wenn nulla fraudis suspicio unterlaufe. Darüber und dagegen Westphal Untersuchung der Frage: ob eine ohne die vorgeschriebene Form u. s. w. in Koppe's Niedersächs. Archiv II (Lpz. 1788) S. 293 ff. und selbständig (als Separatabdruck oder Umarbeitung?) Halle 1791 (uns unbekannt). Mühlenbruch a. a. D. §. 1486 (S. 285 ff.). Es ist zu erwähnen, daß u. a. auch eigene Streitschriften über die Frage, ob auf Reisen errichtete Testamente (t. in itineribus condita, t. peregrinantium . . .) privilegirt seien, geschrieben wurden (Stryck de caut. test. c. XI §. XI c. XIV [op. praest. coll. nova 1747 vol. III], wo die verschiedenen Meinungen ausführlich referirt und beleuchtet sind, Rau, Wasmuth . . .).

⁷⁾ S. z. B. bei Gruchot I §. 512 f. die Stelle aus Mevii Comment. in Jus Lubecense.

⁸⁾ So will denn auch Fdch. Rommjen die Seereise berücksichtigt wissen (Entwurf §. 79 und S. 193).

Was die Voraussetzungen betrifft, so bezeichnet sie das Gesetz (§. 597) mit den Schlagwörtern „Schiffahrt“, „Seuche“. Das legislative Motiv war die Erwägung, daß in so besonderen Lagen die Beobachtung der sonst vorgeschriebenen Förmlichkeiten oft schwierig oder unmöglich ist.⁹⁾ Auch hier darf aber nicht aus dem Motiv des Gesetzes eine Voraussetzung gemacht werden (s. oben I S. 181 f.), u. a. W. es kommt nur darauf an, ob die Lage objectiv betrachtet eine solche war, wie sie das Gesetz meint; dann schadet es nicht, wenn „gezeigt werden könnte, daß (gleichwohl) die regelmäßige Anzahl unbedenklicher Zeugen hätte beigezogen werden können“. ¹⁰⁾ Andererseits ist „eine analogische Ausdehnung auf individuelle Gefahren, in welchen die erforderliche Zahl von unbedenklichen Zeugen nicht herbeigezogen werden konnte, um so unzulässiger, als sie häufige Vorwände, Streitigkeiten, und die Regel beinahe ganz entkräftende Ausnahmen veranlassen würde.“ ¹¹⁾ Auch auf andere allgemeine Gefahren (Ueberschwemmung, Erdbeben . . .) darf das Gesetz nicht ausgedehnt werden. ¹²⁾ — 1) „Auf Schiffahrten.“ Die Vergleichung mit dem preussischen und französischen Rechte läßt keinen Zweifel daran übrig, daß die Redactoren nur an Seereisen gedacht haben. In dem, allerdings nicht authentischen (s. Kundm. Pat. Art. X), italienischen Texte heißt es geradezu „nei viaggi di mare“. Die Meinung Stubenrauch's, ¹³⁾ daß es gleichgiltig sei, ob das Schiff sich zur See oder auf einem Flusse oder anderen Binnengewässer befinde, widerspricht nicht nur der Geschichte, sondern der Natur der Sache und den von den Redactoren ausgesprochenen Motiven ¹⁴⁾ und führt zu absurden Consequenzen. ¹⁵⁾ Richtiger setzt Winwarter (III S. 102) bei einer Fahrt auf Binnenwässern voraus entweder eine Gefahr, in die das Schiff geräth, oder eine plötzliche Erkrankung des Testators. Es ist zuzugeben, daß der Ausdruck „Schiffahrt“ eine absolute Einschränkung auf Seefahrten nicht rechtfertigt. Aber wir werden über diesen (vom Gesetzgeber einzig bedachten) Fall nur dann hinausgehen dürfen, wenn in concreto dargethan wird, daß ein Bedürfniß, gerade jetzt zu testiren, vorlag und dem Testator das Verlassen des Schiffes unmöglich oder doch erschwert war. — Andererseits können die §§. 597, 598 nur dort Anwendung finden, wo der Satz „locus regit actum“ nicht entgegensteht, u. a. W. wo der Testator nicht als in fremdem Staatsgebiete testirend zu betrachten ist. ¹⁶⁾ — 2) „In Orten, wo die Pest oder ähnliche ansteckende Seuchen herrschen.“ Auf die Frage, ob unter „Ort“ eine Ortschaft (Dorf, Stadt . . .) oder ein abgeschlossener Raum (Wohnhaus, Spital . . .) zu verstehen sei, ist zu sagen: „beide Deutungen sind richtig;“ „denn es ist gewiß ebenso schwer, in einem Krankenhause z. B., wo eine ansteckende Krankheit herrscht, die sonst vorgeschriebenen Zeugen zusammen

⁹⁾ Vgl. Zeiller Commentar II S. 485.

¹⁰⁾ Dies hebt Zeiller (S. 486) mit Recht ausdrücklich hervor.

¹¹⁾ Zeiller a. a. D.

¹²⁾ Mühlenthaler a. a. D., Kirchstetter 2. Aufl. S. 307.

¹³⁾ Commentar I. Aufl. II S. 362, 2. Aufl. I S. 797 Z. 3 a.

¹⁴⁾ „Ne afflicto“ etc. s. oben; Zeiller spricht im Commentar von „Gefahren“, „besonderen“, „außerordentlichen Lagen“.

¹⁵⁾ Was ist dann noch „Schiffahrt“, was nicht mehr? wo die Grenze hinsichtlich der Größe des Fahrzeugs, des Gewässers, der Zeitdauer der Fahrt? Die Berufung auf den Sprachgebrauch würde nicht genügen. Ist es keine „Schiffahrt“, wenn Einer von Linz nach Wien mit dem Dampfer fährt? Und wenn er dies in voller Gesundheit bei schönem Wetter auf ungefährdetem Fahrzeug thut, soll er ein privilegiertes Testament machen können? —

¹⁶⁾ Wann das eine, wenn das andere der Fall ist, ist eine Frage des Völkerrechts; vgl. Heffter Völkerrecht §§. 78, 79 (vgl. S. 75 ff.). Indeß ist es eine sehr befruchtete Frage, ob der auf nationalem Schiffe in fremdem Gewässer Befindliche, dem im fremden Lande sich Aufhaltenden hinsichtlich des „locus regit actum“ gleichsetze; s. die bei Heffter S. 79 Note 1 Citirten. Neumann Völkerrecht §§. 21, 23.

zu bringen, als dies in dem Hause eines Ortes ist, der zwar für angesteckt erklärt wurde, in dem aber die Krankheit doch nicht in jedem Hause herrscht.“¹⁷⁾ Es wird nämlich auch hier eine Lage vorausgesetzt, in der es schwerer als sonst ist, sich Zeugen zu verschaffen, also ein Zustand erschwerten Verkehrs, verminderter Geselligkeit. Dazu genügt nicht jede ansteckende Krankheit, sondern eine vehemente, Schrecken verbreitende Epidemie,¹⁸⁾ wie schon die Hervorhebung der Pest und ähnlicher . . . Seuchen sagt. Deshalb ist für die Frage, ob das Uebel ansteckend sei oder nicht, nur die Meinung der großen Menge, nicht die etwa gerade in der Wissenschaft vorherrschende Ansicht entscheidend. Denn nicht die Richtigkeit, sondern die Verbreitung der Meinung bedingt die allgemeine Stimmung.¹⁹⁾ Zu den „ähnlichen Seuchen“ gehört namentlich die Cholera.²⁰⁾ Daß die Krankheit auch schon in dem Hause, wo testirt wird, ausgebrochen sei, ist nicht erforderlich, noch weniger, daß der Testator von ihr ergriffen sei;²¹⁾ ist dieses aber der Fall, so hat das Privilegium Statt, auch wenn die Krankheit noch nicht sehr verbreitet ist.^{22) 23)}

III. Der Inhalt der Begünstigung betrifft die Zahl und Eigenschaft der Zeugen, indem statt der sonst geforderten drei (§§. 579, 585) hier zwei genügen (§. 598), und manche sonst für untauglich erklärte Zeugen hier ausnahmsweise zugelassen werden (vgl. §. 597 mit §. 591).^{23a)} Dies gilt gleichmäßig für mündliche und für allographe Testamente;²⁴⁾ daß letzteres von einem der Zeugen geschrieben sein könne, wäre auch dann nicht zu bezweifeln, wenn es nicht im §. 598 ausdrücklich gesagt wäre.²⁵⁾ Die zwei Zeugen müssen gleichzeitig zugegen sein, außer „bei Gefahr einer Ansteckung“ (§. 598), wo auch davon abgesehen wird, also eine Steigerung der Nachsicht eintritt.²⁶⁾ Um aber eine solche

¹⁷⁾ Winivarter III S. 102, dem auch Stubenrauch I. Aufl. II S. 362 f., 2. Aufl. I S. 797 zustimmt. In einer Stadt von der Ausdehnung Wien's kann ein Stadtheil als seuchenfrei gelten, während ein anderer verseucht ist. Es könnte dann die Frage entstehen, ob man z. B. auf der Wieben ein privilegiertes Testament machen könne, weil in der Leopoldstadt eine Seuche herrscht. Dabei wird es auf die Beurtheilung der ganzen Sachlage (i. Text), nicht auf die Ausdeutung des Ausbrudes „Ort“ ankommen.

¹⁸⁾ Würde jede Epidemie genügen, so könnte man für Wien fast immer das Privilegium der §§. 597, 598 in Anspruch nehmen! —

¹⁹⁾ Vgl. Stubenrauch a. a. O., Sammlung I Nr. 367, wo es u. a. heißt: „In dem Eindruck dieser Thatfache auf die Gemüther, . . . nicht in den theoretischen Erörterungen über die geheimnißvolle Natur der Krankheit konnten beide Gerichtshöfe den vom österröichischen Gesetze erwähnten pestähnlichen Charakter erkennen, welcher durch Schreden und . . . Besorgniß vor Ansteckung lähmend auf dem Verkehr . . . lastet.“

²⁰⁾ Sammlung I Nr. 367, II Nr. 718; ferner Ger. Ztg. 1854 Nr. 129; Ger. Ztg. 1857 Nr. 134. Vgl. schon Mühlenbruch S. 283 und Note 82.

²¹⁾ Das sächsische O. B. (§. 2113) setzt voraus, daß der Testator oder doch irgend Jemand im Hause an der Epidemie erkrankt sei.

²²⁾ Vgl. Unger Erbrecht §. 11 Anm. 1: „Es ist einerseits genügend, andererseits nicht erforderlich, daß die Seuche in des Testators Hause herrsche oder dieser selbst daran krank liege.“ Es ist fast ungläublich, aber wahr, daß Kirchstetter (2. Aufl. S. 307 Nr. 2 — in der 3. Aufl. ist der Fehler verbessert) diese Stelle abbrückt, aber statt „genügend“ „nicht genügend“ setzt (noch dazu diese Worte im Drucke auszeichnend), um sich dann gegen diese angebliche Meinung Unger's auszusprechen! —

²³⁾ Die Voraussetzungen des gemeinrechtlichen testamentum tempore pestis conditum (oder, wie es bei alten Schriftstellern zuweilen genannt wird, t. pestiferum!) waren und sind sehr beschränkt. Vgl. Surtinger p. 80h; Beckmann p. 482; Wiener Heineccius Institutionen §. 510 und bes. Höpfer §. 461; — von den Neueren Windscheid III §. 544 Nr. 7, Arndts §. 488 und die daselbst Citirten.

²⁴⁾ Vgl. schon Joh. Sak. v. Weingarten Kurzbegriffener Aufzug der verneuerten Landordnung, Novellen und Declaratorien des K. Böheimb und M. Mähren . . . (Prag 1670) unter D. 18. 20. Mähr. Lands.-Ddg. f. 172. 173.

²⁵⁾ Zeiller Comm. II S. 435. Auch für mündliche: Entsch. in d. Ger. Ztg. 1857 Nr. 134.

²⁶⁾ S. §. 581 und oben S. 153 f.

²⁷⁾ Also eine weitere Begünstigung innerhalb der begünstigten Fälle; ähnliches bei den Mißkärtestamenten (s. unten bei §. 600).

Gefahr annehmen zu dürfen, muß nebst den aus der allgemeinen Lage entspringenden Gründen noch ein specieller Anlaß zu Besorgniß in dem concreten Falle gegeben gewesen sein.²⁷⁾ — Wie die eben beschriebene Form (§§. 597, 598) nur in Nothfällen angewendet werden soll, so soll ein solches Testament auch nur als Nothtestament gelten. Der Testator hat es als ein provisorisch errichtetes zu betrachten und, wenn thunlich, durch ein in ordentlicher Form errichtetes zu ersetzen. Hierzu ist ihm eine Frist von sechs Monaten nach Aufhören der außerordentlichen Lage gegönnt in der Erwägung, daß „die alte Ordnung nur allmählig wieder hergestellt werden könne“²⁸⁾ und man doch nicht jeden Tag zum Testiren aufgelegt ist.²⁹⁾ Nach Ablauf dieser Zeit verliert das Testament seine Gültigkeit (§. 599). „Würde die begünstigte Lage während dieses Zeitraumes wieder eintreten, so müßte nach ihrer Aufhebung die Frist . . . wieder vollständig berechnet werden.“³⁰⁾ Das Gesetz sagt: „sechs Monate nach geendigter Schifffahrt oder Seuche“. Gewiß ist die Schifffahrt beendet, sobald man z. B. in New-York an's Land steigt. Da aber „locus regit actum“ und die Absicht des §. 599 schwerlich dahin geht, daß das Noth-Testament durch ein z. B. nach amerikanischem Rechte gemachtes ersetzt werde, so ist u. E. gemeint: sechs Monate nach Heimkehr von der Schifffahrt d. h. von Betretung des österreichischen Bodens an.³¹⁾ — Die Endigung einer Seuche ist schwer auf einen Tag zu fixiren; im Zweifel wird der Richter eher die fortdauernde Gültigkeit der privilegierten Anordnung annehmen. Waren während der Seuche besondere Vorsichtsmaßregeln von der Verwaltung getroffen, so wird die (meist bekannt gemachte) Aufhebung derselben einen Anhaltspunkt gewähren.³²⁾

IV. Die Frage, ob ein bloß mit den minderen Förmlichkeiten der §§. 597, 598 versehenes Testament gültig sei, kann nicht im Wege der Verlassenschaftsabhandlung, sondern nur im ordentlichen Rechtswege entschieden werden.³³⁾ — Ueber den Beweis dabei s. unten zu §. 601 (bei Note 18).

V. Letztwillige Anordnungen erkrankter Contumazisten können ohne alle Förmlichkeiten errichtet werden; es kommt nur auf den Beweis der Ernstlichkeit und Freiheit und des Inhaltes der Willenserklärung an.³⁴⁾ Die Absperrung des Testators von der Außenwelt ist der Grund sowohl dieses Privilegs, als der Bestimmung, daß in einem solchen Testamente Bedienstete der Anstalt nicht honorirt

²⁷⁾ Im Westgal. G. B. II §. 393 lautete der Satz so: „Ist die Gefahr der Ansteckung groß, so brauchen auch diese nicht zugleich versammelt und gegenwärtig zu sein.“ Die Worte „versammelt und“ wurden (weil in Bezug auf zwei Personen unpassend und jedenfalls überflüssig) auf Antrag der Wiener Facultät gestrichen (Prot. 30. Jän. 1804). Bei der Revision (27. Aug. 1807) verlangte Pratoberera, daß bei mündlichen Testamenten die Zeugen stets gleichzeitig da sein sollten. Er drang damit nicht durch. Bei der Superrevision (30. Nov. 1809) wurde auf Zeiller's Antrag das Erforderniß, daß die Gefahr groß sein müsse, fallen gelassen.

²⁸⁾ Zeiller Comm. II §. 487. — Nach der böhm. L. Ddg. D. 20 (s. oben Note 23*) war die Frist ein Jahr.

²⁹⁾ Ober, wie es Stubenrauch (S. 798) ausdrückt, daß „die meisten Menschen nicht so leicht an die Erklärung ihres letzten Willens geben“.

³⁰⁾ Zeiller II §. 487. Ellinger (zu §. 599) fügt m. N. hinzu, es müsse nicht dieselbe begünstigte Lage sein.

³¹⁾ Alle unsere Schriftsteller seit Nippel (IV S. 159) versichern, die Frage, wann eine Seuche als beendet anzusehen sei, könne Schwierigkeit bereiten, die Frage nach dem Zeitpunkt der Endigung der Schifffahrt nicht. Das oben dargelegte Bedenken ist keinem aufgestoßen.

³²⁾ Nippel IV S. 159, Winwarther III S. 103, Stubenrauch I. Aufl. II S. 364 Z. 6, 2. Aufl. I S. 798 Z. 7.

³³⁾ Stubenrauch 2. Aufl. I S. 798 Z. 5. Wohl aber kann die Abhandlungsbehörde eine Erbserklärung aus einem solchen Testamente annehmen, und auch die zwei Zeugen eiblich abhören. S. Ver. Ztg. 1855 Nr. 11.

³⁴⁾ Pest-Polizei-Dg. v. 30. Juni 1837 S. 71; vgl. Sanit.-Norm v. 2. Jän. 1770 §. 45. S. Nippel IV S. 158, Michel Nr. 1024, Stubenrauch 2. Aufl. I S. 797 f.

werden dürfen, außer sie wären mit dem Erblasser verwandt, oder die Verfügung wäre eine holographe und der Testator hätte überdies die Freiheit seines Entschlusses vor Zeugen bestätigt.³⁵⁾

§. 600. *)

Die Begünstigungen der Militär-Testamente sind in den Militär-Gesetzen enthalten.

I. Die Begünstigungen der Militär-Testamente können an sich entweder als Standes-Privilegien gemeint sein¹⁾ oder aber der Berücksichtigung gewisser Umstände, die das Bedürfnis zu testiren erhöhen und zugleich die Beobachtung der sonst geforderten Förmlichkeiten erschweren,²⁾ oder endlich einem combinirten Gedanken entspringen, indem nur Personen des Militärstandes und nur unter gewissen Umständen solche Begünstigungen genießen.³⁾ Dabei kommen auch Steigerungen der Begünstigungen vor, entweder indem die Begünstigung ersten Grades dem Stande eigen ist, die des zweiten Grades während des Feldzuges eintritt (so im österr. Rechte), oder indem die erste Begünstigung für den Feldzug, die gesteigerte für das Gefecht gilt (so im gemeinen Rechte).⁴⁾ Die römischen Begünstigungen der Militär-Testamente betreffen theils die Form, theils den Inhalt.⁵⁾ Das österreichische Recht kennt nur^{6a)} formelle Begünstigungen,⁶⁾ weil es einerseits an dem Princip der Gleichheit vor dem Gesetze festhält, und andererseits viele jener im römischen Rechte auf Soldaten-Testamente beschränkten Sätze zu allgemeinen Grundfätzen erhoben hat.⁷⁾

II. Die Begünstigung ersten Grades kommt zu: a) „jeder activ dienenden oder in der Versorgung eines Invalidenhanfuses stehenden Person des Soldatenstandes“⁸⁾ und ebenso b) „auch jenen Militärpersonen, welche nicht zum Soldatenstande gehören, wenn sie während des Feldzuges bei der Armee, oder auch im Frieden zur See auf einem Kriegsschiffe in dienstlicher Verwendung

³⁵⁾ B. Pol. Obg. §. 71; Michel Nr. 993; vgl. oben S. 24.

^{*)} Wegen der Redaction s. bei §. 597 ff. Abs. I und N. 1; wegen des früheren Rechtes f. Rippel IV S. 161 ff., Stubenrauch 1. Aufl. II S. 364 ff., Damianitsch in der Ger. Ztg. 1860 Nr. 141.

¹⁾ Dies ist der Fall im heutigen österreichischen Rechte.

²⁾ Dieser Gesichtspunkt war maßgebend für das alte testamentum in proinctu, da von einem Militär-Stand für die damalige Zeit keine Rede sein kann.

³⁾ So im Westgal. G. B. II §§. 392, 394, 395, so beim justinianischen und gemeinrechtlichen testamentum militare, wenigstens was die formellen Begünstigungen betrifft. Ob die materiellen Singularitäten auf die in expeditione errichteten Testamente beschränkt gewesen seien, ist bestritten, s. Mühlenbruch in Glück's Comm. 42. Bd. S. 42 ff., bes. S. 45. Ueber das vorjustinianische Recht s. ebd. S. 1474, bes. S. 25 ff., vgl. Burcharbi S. 322, Runke Cursus §§. 932–936. Zu warnen ist vor der Verwechslung der Zeitgrenzen, innerhalb deren solche Testamente errichtet werden konnten und derjenigen, innerhalb deren sie galten.

⁴⁾ Nach der Not. Obg. Max I. v. 1512, die aber, wie Fitting (Zur Geschichte des Soldatentestamentes, Halle 1866) gezeigt hat, nichts Neues verordnet, sondern nur das durch Mißverständnisse entstandene, aber seit der Zeit der Glossatoren praktisch geltende Recht wiedergegeben hat. — Ueber das heutige gemeine Recht s. Mühlenbruch (= Glück) XLII S. 46 ff., und Fitting S. 23–31, der manche Aufstellungen Mühlenbruch's berichtigt; dann Windscheid §. 544.

⁵⁾ Runke Cursus §§. 932, 936, Mühlenbruch S. 74 ff.

^{6a)} Vgl. Winwarter III S. 104 f.

⁶⁾ Wegen dieser verweist §. 600 auf die „Militär-Gesetze“. Gegenwärtig ist maßgebend das „Dienst-Reglement für das k. k. Heer“ (Staatsdruckerei 1873) (der Armeegesehl., der die a. b. Sanction enthält, ist v. 9. Aug. 1873). Die einschlägigen Bestimmungen stehen im XIV. Abschnitte §. 101 S. 327 unter Randziffer 719 ff. Sie stimmen im Ganzen überein mit den Anordnungen des Dienstreglements v. 1860 (Reglement für die Infanterie I §. 68, für die Kavallerie I §. 73, für die Artillerie I §. 69).

⁷⁾ Hierüber Näheres in den Excursen.

⁸⁾ Reglement S. 327 Ziffer 719 Al. 1.

stehen.“⁹⁾ Sie besteht 1) in der Herabminderung der Zahl der bei allographen¹⁰⁾ und mündlichen¹¹⁾ Testamenten nöthigen Zeugen auf zwei, die zugleich gegenwärtig sein müssen,¹²⁾ und hinsichtlich deren 2) das im §. 597 Gesagte gilt.¹³⁾

III. Die Begünstigung zweiten Grades kommt denselben Personen [auch den unter b) genannten¹⁴⁾] zu Statten, wie die eben besprochene. Sie greift „nur während eines Feldzuges“ Platz und besteht darin, daß die Zeugen nicht gleichzeitig anwesend zu sein brauchen, „wenn es nur sonst dem letzten Willen nicht an rechtlicher Gewißheit fehlt.“¹⁵⁾ Wollte man behaupten, die unter b) genannten Personen seien nur hier zu erwähnen, so wäre dies nicht richtig, einmal, weil im Mehr das Weniger enthalten ist, dann weil für die im Frieden auf einem Kriegsschiffe verwendeten Personen doch wohl nur die Begünstigung ersten Grades gelten soll. Andererseits ist auch für's österreichische Recht¹⁶⁾ der Begriff von „Feldzug“ nicht zu eng zu nehmen, namentlich auch auf den Dienst in einer belagerten Festung anzuwenden.¹⁷⁾

IV. Sowohl bei der Begünstigung ersten als bei der zweiten Grades¹⁸⁾ erlischt die Giltigkeit des Testaments: 1) bei den Personen der Classe b (siehe Abs. II). „sechs Monate nach kundgemachtem Frieden oder ihrer Ausschiffung, und ebenso nach sechs Monaten, wenn sie während des Krieges für ihre Person in friedliche Verhältnisse getreten sind;“ 2) ohne Unterschied der Personen: a) „sechs Monate nach dem Austritte aus der activen Dienstleistung“,¹⁹⁾ b) bei strafweiser Entlassung unmittelbar nach Kundmachung derselben.

⁹⁾ Reglement S. 328 Ziffer 719 N. 6.

¹⁰⁾ Einer der Zeugen kann das Testament schreiben oder geschrieben haben: Z. 719 N. 2, vgl. §. 581 a. E., §. 598.

¹¹⁾ Auch (s. §. 585) hier (N. 3) ist nur bei Zeugen mündlicher Willenserklärungen ausdrücklich gefordert, daß sie „den Erblasser von Person kannten“; vgl. oben S. 155 und S. 199 N. 4.

¹²⁾ Reglement Z. 719 N. 2 und N. 3.

¹³⁾ Reglement Z. 719 N. 5 (S. 328). Daß dies auch in der Begünstigung ersten Grades enthalten ist, unterliegt jetzt keinem Zweifel (N. 5 „Bei letztwilligen Anordnungen der Militär-Personen sind auch Mitglieder“ u. s. w.), während dies früher allerdings hätte bezweifelt werden können, weil es nur von „privilegirten“ Militär-Testamenten und zwar unmittelbar nach dem die Begünstigung zweiten Grades enthaltenden Satze gesagt war (s. N. 3 und 4 der in N. 6 cit. Paragraphen der Reglements v. 1860; vgl. Westgal. S. B. II §. 392). Dennoch scheinen auch schon damals alle Militär-Testamente gemeint gewesen zu sein.

¹⁴⁾ Arg. N. 6 vb. „alle diese Vorrechte“.

¹⁵⁾ Reglement S. 327 Z. 719 N. 4.

¹⁶⁾ Wie für's gemeine Recht; s. Mühlenbruch a. a. O. S. 44, Seuffert §. 520 N. 7.

¹⁷⁾ Nach allem bisher Gesagten erscheint der Ausdruck „privilegirtes Militär-Testament“ als zweideutig: es kann damit jedes iure militari errichtete Testament gemeint, also als Gegensatz das nach allgemeinem bürgerlichen Rechte zu errichtete Testament solcher Militär-Personen gedacht sein, welche weder unter lit. a noch unter lit. b des Abs. II fallen. Da aber ein Testament in diesem letzten Falle nichts Besonderes an sich hat, also auch nicht den Namen „Militär-Testament“ (s. §. 600) verdient, so wäre jener Ausdruck richtiger auf die Begünstigung zweiten Grades einzuschränken, welche auch noch innerhalb des ius militare als ein Privilegium erscheint (vgl. N. 13; aber auch N. 18 a. E.).

¹⁸⁾ Manches ließe sich für eine Einschränkung der folgenden Bestimmungen auf die Begünstigung des zweiten Grades sagen. Doch verdient obige Auslegung den Vorzug; dafür spricht vor allem die Analogie des §. 599, dann der Umstand, daß die im Abs. V mitgetheilten Sätze im Reglement unter eine eigene Ziffer (720) gestellt sind, während in Z. 719 von beiden Begünstigungen die Rede ist. Daß hier von „begünstigten Testamenten“ die Rede ist, darf nicht beirren; denn es heißt nicht „begünstigte Militär-Testamente“.

¹⁹⁾ Diese Stelle bietet ein Argument gegen die in Note 17 vertheidigte Auslegung; doch ist sie u. E. mit Rücksicht auf den Eingang der Z. 719 zu ergänzen und zu berichtigen.

§. 601.

Ungültigkeit der unförmlichen letzten Anordnungen.

Wenn der Erblasser Eines der hier vorgeschriebenen, und nicht ausdrücklich der bloßen Vorsicht überlassenen Erfordernisse nicht beobachtet hat; so ist die letzte Willenserklärung ungültig.

I. Die Frage, ob sich dieser Paragraph auch auf die im Gesetze sogenannte innere Form beziehe, ist zu verneinen,¹⁾ übrigens aber unerheblich, da Niemand daran zweifelt, daß auch der Mangel eines anderen, als eines Form-Erfordernisses ein Testament ungültig macht. Der Paragraph scharft nur eben etwas Selbstverständliches mit specieller Hinsicht auf die Form ein, um jeden Zweifel daran auszuschließen, daß es sich hier um Solennitäts-Formen handle,²⁾ welche genau einzuhalten sind und nicht etwa durch andere von den Erblassern getroffene Cautelen ersetzt werden können (s. Sammlung I Nr. 93). Der geschichtliche Grund dieser speciellen Hervorhebung wurde schon oben S. 133 mitgetheilt.³⁾ — „Der hier vorgeschriebenen . . .;“ man darf also nicht aus heterogenen Gesetzen (z. B. der Gerichts-Ordnung) die in diesem Hauptstücke enthaltenen Formvorschriften ergänzen wollen (s. oben S. 148 f., 188). — Was „ausdrücklich der bloßen Vorsicht überlassen“ ist, wie die Datirung (§. 578 a. E.), die Beisetzung des Namens des Testators zu seinem Handzeichen durch einen der Zeugen (§. 580 a. E.), die schriftliche Aufzeichnung der mündlichen Anordnung (§. 585), ist eben kein „Erforderniß“. — Aus den Worten „wenn der Erblasser . . . nicht beobachtet hat“, darf nicht gefolgert werden, daß eine Nachlässigkeit der Zeugen, auch wenn sie ein wesentliches Moment der Form betrifft, der Gültigkeit des Actes nicht schade.⁴⁾ Der Erblasser hat für die Beobachtung der Form Sorge zu tragen, die Zeugen allenfalls anzuweisen; jedenfalls ist die Auswahl der Zeugen seine Sache. Inwiefern ein Versehen der intervenirenden Gerichtspersonen oder Notare schade,⁵⁾ ist bereits bei §§. 587—590 ausführlich besprochen worden.

¹⁾ Der Text des §. 396 Westgal. G. B. II ließ eine solche weitere Auslegung zu („Form und Erfordernisse“); dieser Text blieb 1804 unverändert stehen. Erst bei der Revision (27. Aug. 1807) wurde er auf Zeiller's Antrag durch den gegenwärtigen ersetzt. Obgleich Zeiller demnach der beste Gewährsmann sein könnte, muß gleichwohl seine Auslegung des §. 601, wornach er auf alle Mängel, z. B. auch die der Testirfähigkeit, zu beziehen wäre, als eine unmögliche abgelehnt werden. Es ist offenbar nur von der sogenannten äußeren Form hier die Rede, wie Winwarter III S. 105 f. überzeugend dargethan hat. Zeiller war es wohl nur darum zu thun, einen Anknüpfungspunkt für einige Bemerkungen über die Ungültigkeit letztwilliger Anordnungen überhaupt zu gewinnen, wie denn Stubenrauch (zu §. 601 Z. 7, 8), obgleich ausdrücklich Winwarter's Auslegung zustimmend, dennoch Zeiller's Beispiel in dieser letzteren Richtung nachahmt.

²⁾ Mit Recht bemerkt Helm in der Ztschr. f. österr. Rechtsgel. 1828 II S. 268 f., daß es verkehrt sei, aus §. 601 zu folgern, eine wider das Gesetz unternommene Handlung sei nicht ungültig, wenn die Ungültigkeit nicht ausdrücklich angedroht sei, weil sonst §. 601 unnötig wäre. Vielmehr „hat der Gesetzgeber die allgemeine, aus dem Begriffe und Zwecke gebietender und verbietender Gesetze fließende Regel in Hinsicht der letztwilligen Anordnungen besonders ausgesprochen . . . Er „wollte anzeigen, daß die vorgeschriebenen Förmlichkeiten nicht bloß des Beweises wegen, sondern auch als Erfordernisse zur Gültigkeit des Geschäftes selbst angeordnet seien . . .“

³⁾ Wahrscheinlich schwakte Zeiller'n jener Antrag Haan's vor, als er im Commentar II S. 488 den Satz schrieb: „Ein Gesetz, welches eine solche“ (unförmliche) „Anordnung aufrecht erhielt, würde sich selbst widersprechen.“ Und in der That ist §. 601 nur eine Consequenz oder, genauer gesagt, nur ein Ausdruck der Thatfache, daß es sich hier eben um Solennitätsformen handelt. Vgl. Jos. G. B. I §. 6: „Wenn bei einer Handlung die vorgeschriebene wesentliche Feierlichkeit unterlassen wird . . ., so kann durch dieselbe kein Recht erworben werden.“

⁴⁾ Unrichtig die II. Instanz in dem in der Ger. Ztg. 1852 Nr. 58 erzählten Falle; richtig die Bemerkung der Redaction dazu; richtig auch Rippel IV S. 167.

⁵⁾ Verschiedene Ansichten hierüber bei Zeiller II S. 490, Helm a. a. O. S. 269, Rippel IV S. 167, Winwarter III S. 107.

II. Die Frage nach der Cumulirung mehrerer Formen, der beliebigen Vermehrung der Formalitäten durch den Testator ist theils schon besprochen worden (s. oben S. 139 f.), theils bei §. 716 zu behandeln; ebenso wurde die Frage nach der Aufrechterhaltung eines schriftlichen Testaments als eines mündlichen bereits erörtert (s. oben S. 163 Abs. XII). Hier ist nur noch zu erwähnen: 1) daß die Codicillar-Clausel für's österreichische Recht wegen der Gleichheit der für Testamente und Codicille vorgeschriebenen Formen (s. oben S. 137) und wegen der Unabhängigkeit der Vermächtnisse von den Erbeinsetzungen (§. 726) ganz bedeutungslos ist;⁶⁾ — 2) daß zwei unvollständige Formen nie eine vollständige geben.⁷⁾

III. Die Ungültigkeit, die aus einem Formfehler entspringt, hat mit der durch Testirungsfähigkeit bewirkten in der Regel das gemein, daß beide den ganzen Inhalt der Erklärung ergreifen,⁸⁾ während Mängel, welche direkt den Inhalt betreffen (Unstiftlichkeit der Anordnung, Unfähigkeit des Bedachten, Irrthum . . .), betrifft nur einzelne Verfügungen annulliren, den übrigen Inhalt unberührt lassen.⁹⁾ Indes kann ausnahmsweise auch ein Formmangel nur einzelne Anordnungen ungültig machen (s. §§. 594, 595).¹⁰⁾ Keineswegs darf aber aus jener Regel gefolgert werden, daß aus einem für ungültig erklärten Testamente Niemand mehr einen Anspruch erheben könne. Denn das richterliche Urtheil, auch das über ein absolutes Recht oder eine absolute Thatsache, hat nur relative Kraft, gilt nur für und gegen die streitenden Parteien; namentlich kann das gegen den Insturirten erwirkte Urtheil nicht den Legataren entgegengesetzt werden, wenn diese nicht mitgeklagt waren.¹¹⁾

IV. Es ist Sache der Interessenten (der gesetzlichen oder in einem früheren Testamente eingesetzten Erben oder des Fiscus¹²⁾), die Ungültigkeit einer letzten Willenserklärung geltend zu machen. Niemals darf das Gericht von Amtswegen auf die Nullität erkennen;¹³⁾ andererseits aber kann ihm nicht zugemuthet werden, ein auf den ersten Blick als formwidrig oder sonst ungültig sich darstellendes Testament der Verlassenschaftsabhandlung zu Grunde zu legen.¹⁴⁾ — Statt des

⁶⁾ Zeiller II S. 489, Winivarter III S. 106, Unger §. 56 A. 5.

⁷⁾ Jemand hätte z. B. seinen Willen vor drei Zeugen erklärt; als er erfuhr, Einer derselben sei ein untauglicher Zeuge gewesen, wiederholte er den Testiract vor anderen drei Zeugen, deren Einer abermals nicht die gehörige Eignung hatte. Wenngleich nun hier vier fähige Zeugen den Inhalt des letzten Willens übereinstimmend bezeugen, ist dieser dennoch ungültig. Vgl. Winivarter III S. 107 f. In dem von Wagner in seiner Ztschft. 1825 II S. 49 ff. erzählten Falle war die erste Erklärung eine schriftliche, die zweite eine mündliche, und bei beiden derselbe untaugliche Zeuge zugezogen. Der Gültigkeit des mündlichen Testaments stand dort schon das entgegen, daß bei einem solchen „drei fähige Zeugen zugleich gegenwärtig sein müssen“ (§. 585).

⁸⁾ Zeiller II S. 489.

⁹⁾ Zeiffer a. a. O., Unger §. 13 A. 1, §. 22 A. 2, §. 56 A. 3.

¹⁰⁾ Hierauf hat Winivarter III S. 107 aufmerksam gemacht.

¹¹⁾ Dies wird verkannt von Ellinger (Jurist XV S. 270 ff.; allerdings — darin hat Ellinger Recht — war das Urtheil ungesetzlich, aber aus einem anderen Grunde, nämlich wegen falscher Anwendung des §. 1487) und in anderer Richtung von Schießl (Ztschft. f. Rechtsgel. 1846 II S. 224 ff.). Richtig Menzel (Jurist XVII S. 56—60), Unger §. 53 A. 7 und 8 und Text dazu.

¹²⁾ Unrichtig ist die Behauptung Kalesa's (Jurist VII S. 314 ff.), daß der Fiscus nicht die Gültigkeit einer letztwilligen Anordnung bestreiten dürfe, um sein Caducitätsrecht geltend zu machen; dennoch stimmt bei Ellinger (zu §. 760 a. E.); s. dagegen Unger §. 90 A. 4.

¹³⁾ Vgl. Hdb. 15. Oct. 1792 lit. c (Z. G. S. Nr. 60), Hdb. 12. Aug. 1812 (Z. G. S. Nr. 1002, beide in Winivarter's Handbuch II S. 230 f.), Ges. vom 28. Juni 1850 §. 87 mit Pat. v. 9. Aug. 1854 §. 61.

¹⁴⁾ Vgl. v. 28. Juni 1850 §. 85 f., Pat. v. 9. Aug. 1854 §§. 123, 126. — Wagner behauptete in seiner Ztschft. 1825 I S. 74 ff., daß für das abhandelnde Gericht selbst das mangelhafteste Testament, so lange nicht ein Erbe den Mangel rügt, mangellos

Erben kann derjenige die Gültigkeit bestreiten, der statt seiner auch die Erbschaft antreten kann; also z. B. auch der Curator eines Erben, dessen Aufenthalt unbekannt ist (s. Pat. 9. Aug. 1854 §. 77 Z. 2, §. 131). Wer dies nicht kann, ist auch zur Bestreitung nicht befugt; so insbesondere der im Falle, wo die Erben unbekannt sind, aufgestellte Curator (Pat. 9. Aug. 1854 §§. 78, 128, 129¹⁵⁾; vgl. oben S. 39 f. in und bei N. 62, N. 63.

V. Beweis. Es wurde schon oben (S. 149 f., S. 162 f. und Excurse zu §. 578) gesagt, daß die Frage nach der Beweislast bei der Gültigkeit anders zu beurtheilen sei, als bei der Echtheit. Wer sein Recht auf eine letztwillige Anordnung stützt, braucht die meisten Erfordernisse derselben nicht zu erweisen: so die Fähigkeit des Testators (Ausnahme im §. 567, s. oben S. 104), des Bedachten, so die Freiheit der Willensentschließung, die Statthaftigkeit des Inhaltes. Des Gegners Sache wäre es, einen Mangel in irgend einer dieser Beziehungen darzuthun.¹⁶⁾ Was aber die Form betrifft (und gerade diese betrifft der §. 601), so hat allerdings der Honorirte die Beobachtung der äußerlich hervortretenden Formen zu beweisen, während hinsichtlich der übrigen Formerfordernisse (unitas actus, Fähigkeit der Zeugen) der Gegner einen Mangel darzuthun hätte.¹⁷⁾ Wer, obgleich die regelmässigen Erfordernisse fehlen, die Gültigkeit behauptet, muß das Vorhandensein privilegirender Umstände beweisen,¹⁸⁾ sowie umgekehrt der Gegner trotz der Beobachtung der normalen Form die Ungültigkeit dadurch beweisen kann, daß er zeigt, daß im concreten Falle ein Mehr an Form nöthig gewesen wäre, z. B. daß der Testator nicht schreiben, oder weder schreiben noch lesen konnte (§§. 580, 581).¹⁹⁾

§. 602.

Erbverträge sind nur unter Ehegatten gültig.

Erbverträge über die ganze Verlassenschaft, oder einen in Beziehung auf das Ganze bestimmten Theil derselben, können nur unter Ehegatten gültig geschlossen werden. Die Vorschriften hierüber sind in dem Hauptstücke von den Ehe-Pacten enthalten.

§. 603.

Von Schenkungen auf den Todesfall. Beziehung.

In wie fern eine Schenkung auf den Todesfall als ein Vertrag, oder als ein letzter Wille zu betrachten sey, wird in dem Hauptstücke von den Schenkungen bestimmt.

sei, wogegen sich mit Recht Sonnenleithner ebd. 1826 II S. 79 ff. ausgesprochen hat. Inconsequent Kaleffa im „Jurist“ VII S. 316 ff. — S. Unger Erbrecht §. 22 N. 5 und Verlassenschaftsabhandlung S. 118, wo in Note 3 mit Recht bemerkt wird, daß Königsberg (in Haimeri's Magazin XVI S. 93 ff.) die beiden hier im Texte (zu N. 13 und N. 14) beantworteten Fragen vermengt, indem er aus dem Verbot einer officiosen Ungültigkeitserklärung nicht zulässige Schlüsse für die Verlassenschaftsabhandlung zieht.

¹⁵⁾ Früher war die Frage bestritten. Daß auch für unbekannte gesetzliche Erben die Gültigkeit eines Testamentes vom Curator bestritten werden könne, wurde in der älteren Praxis oft angenommen und von Nikolausch (Jurist II S. 358 ff.) vertheidigt (wobei er Erben mit unbekanntem Aufenthalt und unbekannte Erben vermengt), dagegen von Wagner (in seiner Ztschft. 1825 II S. 61 ff.), Osplan (ebd. 1843 I S. 14 ff., S. 65 ff., bef. S. 67 ff.), mit Recht bestritten.

¹⁶⁾ Unger Erbrecht §. 51; vgl. Suttinger p. 802, Rippel IV S. 87, 106.

¹⁷⁾ Wegeß Civilproceß S. 139, Unger a. a. D. Die in der Praxis vorherrschende Ansicht nimmt dem Honorirten auch hier jede Beweislast ab. S. Sammlung I Nr. 306 (auch in Haimeri's Magazin XVI S. 510 ff.), IV Nr. 1883 (auch in der Ger. Ztg. 1864 S. 306 f.). Theoretisch ist diese Ansicht gewiß verwerflich, wenngleich zugegeben, daß die hier vertretene Auffassung unter Umständen zu Inconvenienzen führen kann (s. auch Unger §. 51 Anm. 6).

¹⁸⁾ Unger a. a. D. (Text nach N. 5).

¹⁹⁾ Sammlung III Nr. 1327; vgl. oben S. 163.

I. Im Protokoll über die Superrevision v. 30. Nov. 1809 ist nach §. 601 von Zeiller's Hand an den Rand geschrieben: „Zu Folge eines späteren Conclufums zu §. 714¹⁾ sind hier die §§. 593^b und 593^c eingeschaltet worden;“ dann folgt von anderer Hand der Text der obigen Paragraphen.

II. In diesen werden Verfügungen auf den Todesfall erwähnt, welche nicht „lehtwillige“ Verfügungen im eig. Sinne des Wortes sind (s. oben S. 61 f.). Zeiller (II S. 491) nennt sie „gemischte (Zwitter-) Arten, die theils zur Classe der letzten Anordnungen, theils zur Classe von Verträgen gehören.“ Wir werden von ihnen, den Verweisungen des Gesetzes folgend, an späteren Stellen handeln, nämlich von den Erbverträgen bei §. 1249 ff.,²⁾ von den Schenkungen auf den Todesfall bei §. 956.

Zehntes Hauptstück.

Von Nachrben und Fideicommissen.*)

Dieses Hauptstück behandelt, wie die Ueberschrift andeutet, zwei Materien: die von den Substitutionen (§§. 604—617) und die von den Familien-Fideicommissen (§§. 618—645). So groß nun der Unterschied zwischen diesen und den fideicommissarischen Substitutionen ist, so kann doch diese Zusammenstellung kaum befremden, da ja die Theorie der Familien-Fideicommissen theilweise im Anschlusse an das römische fideicommissum familiae relictum ausgebildet wurde.¹⁾ Welche Einreihung die richtige wäre,²⁾ kann nicht früher untersucht werden, als die Natur des Institutes. Am Schlusse des Hauptstückes ist ein einzelner Paragraph über Stiftungen (§. 646) angehängt, nicht in Verkennung des Unterschiedes zwischen diesen und den Fideicommissen, sondern um vor solcher Verkennung zu warnen;³⁾ gewiß eine unnöthige Vorsicht, da es schwerer ist, eine Aehnlichkeit, als die Unterschiede herauszufinden!⁴⁾ Wichtigere stünde §. 646 bei §§. 26, 27. —

¹⁾ Der in dem aus der zweiten Lesung hervorgegangenen Entwurf diese Ziffer führende Paragraph entspricht, wenn auch nicht wörtlich, den §§. 513, 514 weßg. G. B. II, will also bestimmen, was ein Erbvertrag sei, und was noch nicht für einen solchen gehalten werden dürfe. Das G. B. v. 1811 enthält keinen diesem §. 714 entsprechenden Paragraph; nur ein halber Satz desselben ist in §. 1249 verwebt.

²⁾ Da Erbverträge Ehepacten sind, und (nach unserem Rechte) immer sein müssen, so ist die gesetzliche Behandlung dieser Materie im 28. Hauptstücke wohl gerechtfertigt. N. M. wie es scheint, Unger §. 26 Anm. 5 a. E., was mit seiner Ansicht über die Natur der Erbverträge zusammenhängt.

³⁾ Da dies Hauptstück zwei verschiedene Materien enthält, so möchte man nicht erwarten, daß es Werke gebe, die einerseits den ganzen Inhalt desselben, andererseits nur diesen behandeln. Dennoch gibt es ein solches (das freilich besser ungeschrieben geblieben wäre): Ant. Ascona Delle sostituzioni e dei fedecommissi secondo i principj generali del cod. c. un. austr. e del diritto romano. (Milano 1823, 248 pp.)

¹⁾ S. vorläufig Lewis Das Recht des Familienfideicommisses §. 1, §. 2 bes. S. 24 ff.

²⁾ S. vorerst Unger Erbrecht §. 89 Anm. 3.

³⁾ S. Marg. R. zu §. 646 und dessen Eingangsworte. Noch deutlicher war der Zweck der Einreihung im Weßgal. G. B. II §. 412 a. E. ausgedrückt: „Stiftungen dürfen mit den Substitutionen nicht vermengt werden,“ nur daß dort nicht auf den Unterschied von den Fideicommissen, sondern (noch wunderlicher!) auf den von den Substitutionen hingewiesen war.

⁴⁾ Die Aehnlichkeit besteht nur in der „Gebundenheit“ der Vermögen, d. h. darin, daß die zu Fideicommissen oder anderen Zwecken „gestiteten“ Vermögen dem freien Verkehre, der freien Verfügung inter vivos und mortis causa entzogen sind. Das Gemeinsame ist also nur etwas Negatives: diese, wie jene Vermögen stehen in keines Menschen

Was die Stellung des Hauptstückes im System des Gesetzbuches anbelangt, so konnte hier das Institutionen-System,⁵⁾ wegen der principiell verschiedenen Behandlung der fideicommissarischen Substitution und wegen tiefer Unterschiede hinsichtlich der „infirmatio testamentorum“, nicht zum Vorbilde dienen, und ein Irrthum wäre es, wollte man darin, daß unserm Hauptstücke unmittelbar das „von Vermächtnissen“ folgt, eine Erinnerung an die römische Auffassung des fideicommissum hereditatis erblicken; — vielmehr dürfte folgender einfache Gedankengang der Anordnung der Hauptstücke zu Grunde liegen: 1) von den letzten Willen überhaupt und den Erbeinsetzungen insbesondere (9. Hauptstück), 2) von den Nacherbeinsetzungen und ähnlichen Anordnungen (10. Hauptstück), 3) von den Vermächtnissen (11. Hauptstück), 4) „von Einschränkung und Aufhebung des letzten Willens“ (12. Hauptstück); in den drei erstgenannten Hauptstücken sind die Hauptarten der letztwilligen Anordnungen und Bedeutungen behandelt, während das zuletzt angeführte Hauptstück gemeinschaftliche Bestimmungen für sie alle enthält; denn in der That betrifft die Lehre von den Bedingungen ebenso die Substitutionen und Vermächtnisse, als die Erbeinsetzungen, die Lehre vom Widerruf, sowohl alle einzelnen Anordnungen, als auch Testamente und Codicille im Ganzen.

Ueberschrift und Gliederung⁶⁾ des zehnten Hauptstückes, sowie seine Stellung im System, sind aus dem Westgal. G. B. beibehalten, wo es als zwölftes im II. Theile stand. —

Was nun zunächst die Materie von den Substitutionen**) betrifft (über die von den Familien-Fideicommissen wird einiges Allgemeine dem §. 618 vorausgeschickt werden), so nennen Institutionen und Digesten nur die substitutio vulgaris und die substitutio pupillaris; ein Gesetz Justinian's von 528 (l. 9 Cod. VI, 26) fügte eine neue Art hinzu, die von ihm selbst als eine Nachbildung der pupillarischen bezeichnet und daher von den Späteren die „quasi-pupillarische Substitution“ genannt wird. Diese erfanden auch den Namen einer militaris substitutio, womit bald eine Modification der fideicommissarischen, bald eine der pupillarischen Substitution gemeint war,⁷⁾ so daß ihre Coordinirung mit den anderen unpassend ist⁸⁾ und heut zu Tage mit Recht vermieden wird. Daß in den Lehrbüchern des römischen Rechts die fideicommissarische Substitution neben die vulgäre nur beim Vermächtniß, nicht auch bei der Erbeinsetzung gestellt wird, erklärt sich bekanntlich daraus, daß nach römischem (im Justinianischen Recht größtentheils, aber nicht ganz aufgegebener) Anschauung der Fideicommissar nicht sowohl Erbe, als Vermächtnißnehmer ist, weshalb hier von „fideicommissum hereditatis“, „Universal-Fideicommiss“, „Erbchafts-Vermächtniß“ gesprochen wird. Doch ist nicht nur „fideicommissaria hereditas“ quellenmäßig, sondern auch unser mit einer veränderten Auffassung des Institutes zusammenhängender

„freiem Eigenthum“. Die positive Gestaltung der Rechtsverhältnisse ist aber ganz verschieden. Bei Familienstiftungen ist die äußere Ähnlichkeit mit Familienfideicommissen etwas größer; vgl. Beseler System 2. Aufl. §. 72 S. 259, §. 176 S. 733.

⁵⁾ S. Inst. II tit. 10—25.

⁶⁾ Nur stand der die Stiftungen betreffende Paragraph (damals §. 412) zwischen den beiden Materien (§§. 397—411: Substitutionen, §§. 413—436: Fideicommissen), vgl. Note 3.

^{**)} Aus der gemeinrechtlichen Literatur sind hervorzuheben: Mühlenthal in Glück's Commentar Vb. XL S. 248 ff., Vb. XLI S. 1—44, Arndts in Weiste's Rechtslexicon X. Art. Substitution (= Civ. Schtn. II S. 166 ff.), Windscheid III §. 557 ff.; — ferner die das Universalfideicommiss betreffenden Partien der Lehr- und Handbücher und Heimbach im Rechtslex. IV S. 286 ff. — Ueber das preuß. Recht s. Gruchot I S. 391 ff., über das bairische s. Roth III S. 355 ff.

⁷⁾ S. Duareni opera (Francof. 1592) p. 1062, Mackelbey §. 670, Windscheid §. 554 R. 20, §. 561 R. 4.

⁸⁾ S. schon Höpfner §. 512.

Sprachgebrauch den römischen Gesetzen nicht ganz fremd.⁹⁾ Mit dieser veränderten Auffassung, welche den Fideicommissar schlechtweg als Erben anerkennt, änderte sich in der preussischen und österreichischen Gesetzgebung auch die systematische Stellung des Institutes, das nun als „fideicommissarische Substitution“ neben die Vulgar-Substitution gestellt wird; so im preuß. L. R. I 12 §§. 50 ff., so im Westgal. G. B. und im a. b. G. B.⁹⁾

Es ist im gemeinen Recht oft bemerkt worden, daß eine allgemeine, alle Arten von „Substitutionen“ umfassende, Definition unmöglich ist.¹⁰⁾ Ist ja doch die pupillarische Substitution in Wahrheit keine,¹¹⁾ ihre Coordinirung mit der Vulgar-Substitution, die Zusammenfassung beider unter dem Namen „direkte Substitutionen“ eine unlogische.¹²⁾ Und ebenso besteht zwischen beiden und der fideicommissarischen Substitution eine wesentliche Verschiedenheit.¹³⁾ Dennoch hat das preussische Landrecht an die Spitze der Materie von den Substitutionen einen allgemeinen Paragraphen gestellt,¹⁴⁾ der aber leer und doch nicht zutreffend ist; sein Nachbild ist der Paragraph, mit dem das Westgal. G. B. diese Materie einleitet.¹⁵⁾¹⁶⁾ Treffend bemerkte Zeiller (in der Sitzung vom 8. Februar 1804):

⁹⁾ Der Ausdruck „fideicommissaria substitutio“ findet sich allerdings in den Quellen nicht; wohl aber wird der Ausdruck „substitutio“ nicht nur auf successive Einzelvermächtnisse (l. 77 §. 13, §. 32 de leg. II, l. 36 §. 1 D. 35, 1), sondern auch auf das fideicommissum hereditatis angewendet (l. 41 §. 3 D. 28, 6; l. 57 §. 1 D. 36, 1; l. 16 Cod. II 3), ja dieses in der zuletzt erwähnten Stelle „precaria substitutio“ genannt (wegen der „precativa verba“ der Fideicommisses), somit das Universal-fideicommiss als eine Art der Substitution aufgefaßt. Dazu kommen noch die Ausdrücke „directo substituere“ (l. 15 D. 28, 6), „directa substitutio“ (l. 5 Cod. VI 26) für alle Fälle, wo der Nachberufene wahrer Erbe sein soll; also daß „directa substitutio“ (aus beiden Stellen geht dies klar hervor) sowohl die substitutio vulgaris als die substitutio pupillaris umfaßt. Dem gegenüber erscheint es nicht mehr als eine willkürliche Erfindung der Neueren, wenn sie das Erbschaftsvermächtniß „indirecta substitutio“ nennen. (Es ist erwähnenswerth, daß von diesen sieben Stellen vier dem Papinian, eine seinem Zeitgenossen Marcellus, zwei Diocletian's Gesetzen entnommen sind.)

⁹⁾ Ueber ältere Gesetzgebungen s. Oruchot I S. 397 f. R. 3, und dazu Roth III §. 315 R. 7.

¹⁰⁾ S. z. B. Macleibey S. 668 pr., Schweppe (4. Aufl.) V §. 811 (S. 100), Wening-Ingenheim Lehrbuch (5. Aufl.) III §. 462, Mühlenthaler XL S. 248 f.

¹¹⁾ S. Arndts §. 497 A. 5, Förster §. 251 R. 107, Roth III §. 311, Windscheid §. 558 A. 1, jedoch auch A. 2.

¹²⁾ Thibaut §. 833 Note s.

¹³⁾ Selbst noch (wie sich später zeigen wird) für unser Recht, um so mehr für das römische.

¹⁴⁾ §. 50 L. R. I 12: „Der Erblasser kann in seinem Testamente, außer dem ersten Erben, auch den, welcher in bestimmten Fällen an dessen Stelle treten soll, ernennen.“ Der Vulgar-Substitut ist aber, wenn er überhaupt daran kommt, der Erste, der wirklich Erbe geworden ist.

¹⁵⁾ §. 397: „Der Erblasser kann in seinem Testamente neben dem ersten Erben andere ernennen, die in bestimmten Fällen an seine Stelle treten sollen. Diese Ernennung heißt Substitution.“

¹⁶⁾ Ebenso mißlungen sind alle Versuche neuerer Schriftsteller, welche jene Warnung unbeachtet ließen. Dabei ist nicht zu übersehen, daß Manche für alle oben genannten Bedeutungen nach einer gemeinschaftlichen Formel suchen, Andere dabei vom Universal-fideicommiss absehen, wieder Andere — vom partikularrechtlichen Standpunkt aus — nur die vulgäre und fideicommissarische Substitution umspannen wollen. Unter diesen sagt vielleicht noch am besten Zeiller Comm. II S. 494: „Eine Substitution überhaupt . . . ist die Berufung eines zweiten oder ferneren Erben oder Vermächtnißnehmers an die Stelle des vorgehenden Erben oder Legatars“ (s. hierzu einerseits hier Note 14, andererseits Note 24 a. E.). Aber wie nichtsagend ist diese richtigste Definition! Ebenso die von Roth §. 311: „Der Erblasser kann seine Verfügung in der Art treffen, daß an die Stelle des eingesetzten Erben ein anderer berufen wird, welcher unter gewissen Voraussetzungen eintreten soll.“ Gegen Unger's Definition (§. 19): „Die Erbeinsetzung von Personen, welche die Erbschaft oder einen aliquoten Theil derselben erst nach Anderen, denen sie zunächst zugedacht ist, erhalten sollen, heißt Substitution“ — läßt sich (abgesehen davon, daß

eine derartige Erklärung gehöre höchstens in ein Lehrbuch; überdies sei die vorliegende — mit Rücksicht auf die pupillarische Substitution — unrichtig, und mithin der §. 397 zu streichen, was auch unter allgemeiner Zustimmung geschah. Ueberhaupt war dieses Hauptstück ganz schulbuchartig mit fünf definirenden Paragraphen eröffnet; worauf erst die Vorschriften über die gemeine (§§. 402—404), pupillarische (§§. 405, 406), fideicommissarische Substitution (§§. 407—410) mit einem gemeinschaftlichen, ihre Erlöschung betreffenden Schlußparagraph folgten. Daran reihte sich der Paragraph über die Stiftungen (§. 412) und die Materie von den Familien-Fideicommissen (§§. 413—436). Die Weglassung jener theoretischen Einleitung im a. b. O. B. (ihr Inhalt ist theilweise allerdings verwerthet) und die Abschaffung der Pupillar-Substitution (s. §. 609) sind gewiß Verbesserungen.

Wie eine befriedigende Begriffsbestimmung von „Substitution“ unthunlich ist, weil hinter diesem Worte kein einheitlicher Begriff steht, so unthunlich ist eine Uebersetzung von „substitutus“. Der wie in älteren Gesetzen,¹⁷⁾ so auch im Westgal. und a. b. O. B. gebräuchte Ausdruck „Nacherbe“ paßt wohl auf den Fideicommissar, nicht aber auf den vulgare substitutus,¹⁸⁾ während sich „Nacherbeinsetzung“ für substitutio eher vertheidigen läßt.¹⁹⁾ Der in neuerer Zeit wiederholt vorgeschlagene²⁰⁾ Ausdruck „Erbstellvertreter“ ist für beide Verhältnisse nicht passend.²¹⁾ Neuere Schriftsteller²²⁾ nennen den Vulgar-Substituten den „Nacheingefetzten“, „Nachernannten“, „Nachberufenen“;²³⁾ das sächsische O. B. (§§. 2503 ff.) nennt den Fideicommissar „Anwärter“,²⁴⁾ das französische

es auch bei Vermächtnissen Substitutionen gibt) einwenden, daß man vom Vulgar-Substituten nicht sagen könne, er habe „nach dem Institut den Erbschaft erhalten“, weil eben dieser nichts „erhalten“ hat; diesem Einwand kann durch das „zugedacht“ des Zwischensatzes nicht wirksam begegnet werden. Diese Einwendung trifft auch die Definition von Arndts (Civ. Schft. II S. 167) und Pugeta (Pandekten S. 476). Umgekehrt paßt die Definition Ascona's (p. 12) nicht auf die fideicommissarische Substitution, was freilich bei einem Schriftsteller nicht auffällt, der (p. 12) die Substitution einheitlich in: 1) sostituzione diretta, 2) fedecommissio e sostituzione fedecommissaria, und gleich darauf (p. 14) die „sostituzione diretta“ unterabtheilt in volgare, fedecommissaria, reciproca — der ein, zwei heterogene Materien behandelndes, Buch in eine Einleitung von wenigen Seiten und ein „capitolo unico“ eintheilt, und andere Proben seltener Verworrenheit liefert!

¹⁷⁾ Z. B. Württemberg. L. R. v. 1610, L. G. D. des Stiftes Würzburg (s. die Stellen bei Gruchot I S. 393). Andere ältere Gesetze (z. B. Cod. Max. Bav. civ.) und Schriftsteller (z. B. Höpfner S. 495) sagen „Astererbe“, was genau synonym ist (aster = nach; vgl. engl. after, dän. und schwed. efter nach), vgl. „Asterpfand“, „Asterbürge“; es hat hier die Präposition nicht (wie Gruchot I S. 393 N. 2 offenbar voraussetzt) die Nebenbedeutung des Unächten, wie in Asterweisheit, Astermuse u. dgl. — Der Breslauer Volks-Coder spricht (ebenfalls unpassend) mit Bezug auf Vulgar- und Pupillar-Substitution von „Folge-Erbrecht“, „Folge-Erben“.

¹⁸⁾ S. Unger Erbrecht §. 19 Anm. 3. Dennoch hat das sächsische O. B. §. 2187 ff. und ebenso wieder Mommsen diesen Ausdruck u. zw. gerade mit Einschränkung auf die Vulgar-Substitution beibehalten (§. 148 ff., S. 237 ff.); passender das Zürcher O. B. (s. Gruchot S. 393 N. 3).

¹⁹⁾ Es ist nämlich so schillernd und zweideutig, wie „substitutio“ (Nach-Erbeinsetzung; Nacherb-Einsetzung).

²⁰⁾ S. Unger a. a. O.

²¹⁾ „Da er der selbständigen Stellung des Substituten nicht entspricht“ (Gruchot S. 393 N. 2).

²²⁾ Z. B. Unger, Windscheid.

²³⁾ Ueber den Doppelsinn von „Berufung“ s. Windscheid III §. 529 N. 7.

²⁴⁾ Offenbar paßt dieser Ausdruck nur für die Zeit, wo der Fideicommissar noch „wartet“, nicht wo er bereits erworben hat; darum (und überdies als ganz willkürliche Sinn-Einschränkung eines eingelebten Wortes) ist es verwerflich, „Anwartschaft“ für fideicommissum zu sagen. — Gegen den Ausdruck „Nacherbe“ könnte man freilich umgekehrt einwenden, er passe nicht für die Zeit vor dem Erbwerden des Substituten; doch spricht man von „Erben“ auch sonst unzählige Male in anticipirendem Sinne.

G. B. beschränkt den Ausdruck „substitution“ auf die fideicommissarische Substitution (vgl. a. 896 mit a. 898), während das italienische G. B. wieder zum gemeinrechtlichen Sprachgebrauch zurückgekehrt ist (s. a. 895 und a. 899). — Unbezeichnend, ja irreführend ist die Bezeichnung „Haupterbe“ für den Institutus und den Fiduciar.²⁵⁾ Besser ist der Ausdruck „Vorerbe“, der aber (wie aus dem Obigen hervorgeht) nur für den Fiduciar paßt.

Gemeine Substitution.

§. 604.

Jeder Erblasser kann für den Fall, daß der eingesetzte Erbe die Erbschaft nicht erlangt, Einen; und,^{*)} wenn auch dieser sie nicht erlangt, einen zweiten, und im gleichen Falle einen dritten, oder auch noch mehrere Nacherben berufen. Diese Anordnung heißt eine gemeine Substitution. Der in der Reihe zunächst Berufene wird Erbe.

I. Redaction. An die Stelle des aus §. 397 und §. 401 zu ergänzenden schwerfälligen §. 398 Westgal. G. B. II setzte Zeiller (Sitzung vom 6. Februar 1804) einen kurzen Text,¹⁾ der bei der Superrevision (30. November 1809) auf den Vorschlag Haan's mit dem gegenwärtigen weitläufigeren vertauscht wurde; eine meritorische Aenderung war beide Male nicht beabsichtigt.

II. Die „gemeine Substitution“ (§. 604) (substitutio vulgaris, Vulgar-Substitution) heißt im römischen Rechte die hier zu besprechende Substitution zum Unterschiede von der pupillarischen, sei es darum, weil in jener Art von jedem Testator jedem Erben, in dieser nur vom Vater (Strofwater) dem in seiner Gewalt befindlichen unflüchtigen Kinde substituirt werden kann,²⁾ — sei es, weil jene die gewöhnliche und eigentliche, diese in Wahrheit nur eine uneigentlich sogen. Substitution ist. An denselben Gegensatz war von den Verfassern des Westgal. G. B.,³⁾ ja sogar — trotz der Abschaffung der Pupillar-Substitution (§. 609) — von den Verfassern unseres G. B. gedacht.⁴⁾ Je mehr aber, eben in Folge des §. 609, die Pupillar-Substitutionen in Vergessenheit geriethen, um so mehr gewöhnte man sich bei uns als Gegensatz zur „gemeinen“ die „fideicommissarische“ Substitution zu denken.⁵⁾

III. Aus dem unter II Ausgeführten erklärt sich das mit absichtlicher Betonung (s. §. 402 Westgal. G. B. II) an die Spitze gestellte „Jeder Erblasser“; passender wäre jetzt (s. §. 609) ein tonloses „der.“⁶⁾ — „Für den Fall, daß . . . nicht erlangt!“ s. jedoch §. 605. — „Oder auch noch mehrere;“

²⁵⁾ So z. B. Zeiller Comm. II S. 494.

^{*)} Der Beistrich fehlt in der 3. G. S.

¹⁾ „Jeder . . . (= §. 604 pr.) einen oder mehrere Nacherben berufen.“

²⁾ Wiener Heineccius Institutiones §. 554, Thibaut §. 833, Mühlenthal XL S. 260 und N. 5.

³⁾ S. §. 402 pr. und vgl. §. 399 und §. 405.

⁴⁾ Zeiller Commentar II S. 495: Sie „heißt eine gemeine Substitution, weil sie von jedem fähigen Erblasser insgemein jedem fähigen Erben geschehen kann, im Gegensatz von der pupillarischen und exemplarischen, welche von Eltern ihren zu testiren unfähigen Kindern (§. 609) gemacht wird.“ Diese Entgegensetzung eines anerkannten und eines abgeschafften Institutes ist nicht unlogisch. Bis zur Einführung des a. b. G. B. bestanden eben beide Substitutionen und das Gesetz sagt: die eine, die eigentliche Substitution soll auch fortan statthalt, die andere dagegen abgeschafft sein. Dies ist viel weniger außsüßig, als die heute in den meisten Ländern übliche Art der Gesetzverfassung, wobei zuweilen gesprochen wird, als hätte man erst die Rechtswelt aus dem Nichts zu erschaffen. Würde man die bekannten Rechts-Begriffe und -Institute als bekannt voraussetzen und nicht immer wieder dem Gesetzbuch die Aufgabe des Lehrbuchs stellen, die Gesetze könnten alle viel kürzer sein! —

⁵⁾ Insofern ist die Bemerkung Unger's (§. 19 Anm. 2) richtig. Sachlich ist es natürlich ganz irrelevant, ob man dem Worte „gemein“ diese oder jene Deutung gibt.

⁶⁾ Das „Jeder“ stand nämlich schon im Text, bevor der Beschluß der Abschaffung der Pupillar-Substitution gefaßt wurde; so erklärt es sich, daß es bei der Umredigirung stehen blieb.

denn sovieler auch immer der Erblasser „berufen“⁷⁾ mag, immer wird doch nur Einer Erbe, so daß hier eine Beschränkung der Reihe (s. §§. 611, 612) keinen Sinn hätte; vgl. pr. J. II, 15. — „Nacherben“ s. oben S. 213. — Der Schlußsatz von §. 604 drückt einen selbstverständlichen Gedanken unrichtig aus; denn einmal ist der Ausdruck „der Berufene“ zweideutig (s. Note 7); dann aber ist der Satz, in welcher Bedeutung immer man jenes Wort nimmt, falsch; das „Erbe-werden“ ist ja mit der Berufung nicht schon entschieden. Gemeint ist: Die Reihenfolge, in welcher der Erblasser die Substituten eingesetzt („berufen“) hat, ist bindend für die Reihenfolge der Delationen („Berufungen“ in diesem Sinne), so daß an einen Substituten so lange nicht deferirt werden kann, als in jener Reihe ein Anderer vorangeht, wobei aber nur die den Erblasser überlebenden erb-fähigen und -würdigen Substituten in Betracht kommen. Bei diesem verunglückten Schlußsatz von §. 604 ist auch gedacht an die Schulregel: „substitutus substituto censetur et substitutus instituto,“ wonach es gleichgültig ist, in welcher Reihenfolge die Vorberufenen (Voreingesetzten) weggefallen sind, sobald sie nur alle weggefallen sind.⁸⁾ — Ueber die hievon verschiedene Regel „substitutus substituto instituto“ etc. s. bei §. 606 Note 11.

IV. Die gemeine Substitution ist eine bedingte Honorirung, entweder Erbeinsetzung (§. 604) oder Vermächtniß (§. 652). Die Bedingung besteht darin, daß der Vorbedachte den Erbtheil oder das Vermächtniß nicht erlangt (§. 604) oder aus einem bestimmten Grunde nicht erlangt. Hier wird zunächst nur von der so bedingten Erbeinsetzung die Rede sein. Das Motiv einer solchen Anordnung liegt darin, daß der Testator sein Vermögen oder einen Vermögenstheil dem Vorberufenen lieber als dem Substituten, diesem aber lieber als irgend jemanden Anderen, namentlich lieber als den sonst Accrescenzberechtigten und den gesetzlichen Erben, zugewendet wissen will.⁹⁾ Darum geht der Substitut den Accrescenzberechtigten vor (§. 689),¹⁰⁾ wenn er erwerben kann und will. Seine bloße Existenz dagegen schließt sie nicht aus, noch weniger liegt in der Anordnung der Substitution schon das Verbot der Anwachsung (vgl. oben S. 85 f. Note 5). Wenn also z. B. der Substitut ausschlägt und es sind noch „unbestimmt eingesetzte Erben übrig“ (§. 562), so fällt der erledigte Erbtheil an diese und nicht an die gesetzlichen Erben. Vgl. I. 2 §. 8 D. 37, 11. — Ob der Substitut auch den Transmissaren des Instituten vorgehe, darüber siehe bei §. 605 und §. 809. — Aus der Natur der Substitution als einer bedingten Einsetzung folgt, daß der Substitut nicht bloß den Tod des Erblassers, sondern auch den Eintritt der Bedingung (den sogen. Substitutionsfall) erleben und bei ihrem Eintritt erbfähig sein muß (§. 703).¹¹⁾ Wann die Bedingung der Vulgar-Substitution als erfüllt, wann als vereitelt zu betrachten sei, kann erst beim folgenden Paragraphen (605) untersucht werden. Hat er aber jenen Zeitpunkt erlebt, dann übergeht sein Recht zur Erbfolge, wenn er vor der Antretung stirbt, auf seine Erben (§. 537), welche nun ebenfalls sowohl die Accrescenzberechtigten, als die gesetzlichen Erben ausschließen,¹²⁾ und bei denen sich die obige Frage wiederholt, ob sie nicht von dem weiteren Nacheingesetzten (substitutus substituto) ausgeschlossen werden. — Eine bedingte Substitution ist eine In-

⁷⁾ S. Windscheid §. 529 N. 7.

⁸⁾ Vgl. Winivarter III S. 110, Stubenrauch 1. Aufl. II S. 372 f. Z. 5, 2. Aufl. I S. 804 Z. 6. Vgl. I. 41 pr. D. 28, 6; Arnolds Civ. Schfm. II S. 171.

⁹⁾ Vgl. Zeiller II S. 495 f., der sich aber nicht vorsichtig genug ausdrückt.

¹⁰⁾ S. auch Zeiller II S. 496 Z. 5.

¹¹⁾ Zeiller S. 497 fügt hinzu „und sich nicht erbunwürdig gemacht haben“; dies ist richtig, nur darf daraus kein arg. a contr. gezogen werden, als ob später eintretende Unfähigkeit nicht schaden würde (vgl. bei §. 605).

¹²⁾ Vgl. Zeiller S. 497.

stitution unter zwei Bedingungen, der in jeder Substitution enthaltenen und der im concreten Fall hinzugefügten; z. B. „A soll mein Erbe sein; wenn er es nicht wird, soll es B sein, vorausgesetzt, daß er meine Nichte C heirathet.“ Hier erfolgt die Delation an B erst, wenn beide Bedingungen erfüllt sind.

V. Wie überhaupt auf eine Portion mehrere Erben zusammen eingesetzt werden können, so können auch einem Erben Mehrere neben einander substituirt werden; namentlich auch seine Mitinstituirten (s. bei §. 607). Umgekehrt kann auch mehreren Erben zusammen ein Substitut gesetzt werden.¹³⁾ Hier muß man unterscheiden, ob unter den mehreren Erben Anwachsung Statt haben kann oder nicht (§§. 560—562).¹⁴⁾ Im ersteren Falle muß man als Sinn einer so eigenthümlichen Anordnung annehmen, daß der Testator die Anwachsung der Substitution verangehen lassen wollte, m. a. W. daß er als Bedingung der Substitution gemeint hat, daß Keiner der Mehreren Erbe werde. Wenn dagegen unter ihnen Anwachsung nicht Statt findet, so muß auch schon die einzelne vacante Portion dem Substituten zufallen, da er doch gewiß den Intestaterben vorgezogen ist. Es können auch die Miterben einander gegenseitig substituirt und erst in zweiter Linie ihnen allen gemeinschaftlich Jemand substituirt sein; und es ist eine, zuweilen schwierige, Auslegungsfrage, ob der Testator diesen oder den vorher erwähnten Fall im Sinne hatte; es wird hiebei zumeist auf den Wortlaut der Anordnung ankommen. Endlich können Mehreren zusammen Mehrere gemeinschaftlich substituirt sein.

VI. Die gemeine Substitution kann in verschiedener Weise (s. bei §. 605, §. 779), auch „stillschweigend“ angeordnet werden, richtiger: in einer anderen Anordnung mitenthalten, aus ihr zu erschließen sein (sogen. substitutio tacita). Insbesondere „begreift die fideicommissarische Substitution stillschweigend die gemeine in sich“ (§. 608 a. E.).¹⁵⁾ Die (unstatthafte) Pupillar-Substitution (§. 609) ist als fideicommissarische, folglich eventuell auch als gemeine Substitution hinsichtlich des dem Kinde vom Testator hinterlassenen Vermögens aufrechtzuerhalten. Der schon zu Cicero's Zeit von Crassus gemachte Schluß von der Anordnung einer Pupillar-Substitution auf die gemeine¹⁶⁾ Substitution hat natürlich von seiner psychologischen Zuverlässigkeit durch das Verbot jener Anordnung nicht das Mindeste verloren. Denn nicht als unsittlich oder verpönt und deshalb gänzlich wirkungslos ist eine solche Anordnung anzusehen, sondern es wird den Eltern eine soweit gehende Macht nicht mehr eingeräumt; soweit aber Macht und Wille sich decken, ist dieser zu respectiren, wie dies hinsichtlich eines analogen Verhältnisses ausdrücklich im Gesetze anerkannt ist: s. §. 197.¹⁷⁾ — Doch muß man mit der Annahme stillschweigender Substitutionen vorsichtig sein. Die Anordnung „A oder B soll mein Erbe sein“ deutet Gruchot¹⁸⁾ so, daß A instituirt,

¹³⁾ §. 1 J. II, 15; l. 36 §. 1 D. 28, 6; vgl. auch die (von einer Pupillar-Substitution handelnde) l. 42 eod. und über sie Arndts Civ. Schftn. II S. 460. — Verschieden von obigem Fall ist der, wo jedem der Mehreren besonders die nämliche Person substituirt ist; dieser Fall ist gerade so zu beurtheilen, als ob Jedem ein Anderer substituirt wäre; m. a. W. es ist etwas juristisch Gleichgiltiges, daß der Substitut des A auch Substitut von dessen Miterben B ist. Nach römischem Recht gilt auch für diesen Fall etwas Besonderes (s. Arndts Civ. Schftn. II S. 174), nicht mehr im österreichischen Recht (s. Unger §. 36 Anm. 10, §. 37 Anm. 4).

¹⁴⁾ Für diese Unterscheidung und die folgende Entscheidung mit Recht Mommsen §. 152 und S. 240 f., und ebenso, wenn auch minder deutlich, Filr's österreichische Recht Zeiller Comm. II S. 496 Z. 5; vgl. auch Unger §. 19 Anm. 13, der sich aber nicht genau ausdrückt; der erlebte Theil könnte immerhin ein bestimmter sein (s. oben S. 91 Z. 2).

¹⁵⁾ Näheres hierüber bei §. 608.

¹⁶⁾ S. Mühlensbrun Bd. XL S. 266 ff., Arndts Civ. Schftn. II S. 178 N. 76.

¹⁷⁾ Vgl. übrigens Commentar und Excursus zu §. 609.

¹⁸⁾ Preussisches Erbrecht I S. 372 f.

B substituirt sei; wir halten sie vielmehr wegen Mangels eines klaren Willensentschlusses oder doch einer verständlichen Aeußerung für ganz ungiltig.¹⁹⁾ Taglioni²⁰⁾ findet eine stillschweigende Substitution in folgender Anordnung: „A und B, oder welcher von beiden mich überlebt, soll mein Erbe sein.“ Wir sehen darin vielmehr eine unnöthige, aber harmlose Bestätigung des Accrescenzrechtes.²¹⁾ — Besonders bestritten ist es seit Alters her, ob der in *condicione positus* eingesetzt sei, oder nicht; ob namentlich bei der Anordnung: „Wenn A nicht mein Erbe wird, soll B es sein“, der A als Institut, der B als Vulgar-Substitut zu betrachten sei? Hierauf ist zu antworten: 1) Der in *condicione positus* ist darum noch nicht *positus in dispositione*; dergleichen Anordnungen (namentlich wenn es heißt: „wenn A mich nicht überlebt,“ oder „wenn A bei meinem Tode nicht mehr lebt, soll B mein Erbe sein“) sind vieldeutig, während die Einsetzungsabsicht ganz unzweifelhaft feststehen muß.²²⁾ 2) Zu weit aber geht die Behauptung, der in *condicione positus* sei niemals als eingesetzt zu betrachten; er sei, sozusagen, schon darum nicht Erbe, weil die Anordnung verfehlt ist. Nachdem schon im Justinianischen²³⁾ und um so mehr im österreichischen Rechte es nicht mehr auf die Correctheit der Worte, sondern auf die sichere Erkennbarkeit des in der letztwilligen Anordnung geäußerten Willens ankommt, so kann allerdings zuweilen aus dem Wortlaute und anderen Thatsachen der Einsetzungswille klar sich ergeben. So z. B. wenn es heißt: „Wenn nicht mein Freund A, so soll sein Sohn B mich beerben,“ wobei wir überdies voraussetzen, daß A in gar keinem Falle Intestaterbe sein könnte, mit dem Testator gar nicht verwandt ist. 3) Die Einsetzung des B ist, wenn die Bedingung erfüllt ist, giltig, selbst dann, wenn der A nicht als instituirt zu betrachten wäre.²⁴⁾ — Ueber die Auslegung

¹⁹⁾ Wieder ganz anders Unger §. 14 Anm. 4; gegen ihn s. oben S. 94 N. 10 und Gruchot a. a. D.

²⁰⁾ Commentario IV p. 166.

²¹⁾ Taglioni hat nicht bedacht, daß seine Auslegung nichts weniger als eine *benigna interpretatio* wäre, da die Annahme der Accrescenzberechtigung günstiger ist, als die der Substitution; s. bei §. 607 und bei Unger §. 19 N. 11.

²²⁾ Soweit stimmen wir Mühlensbruch bei, der dies gründlich und überzeugend dargethan hat (Wb. XL S. 234–246). Vgl. I. 19 D. 28, 5, I. 16 §. 1 D. 28, 6 und dazu Arndts Civ. Schftn. II S. 76.

²³⁾ Vgl. Vangerow II §. 449 Anm. 1.

²⁴⁾ Ueber diese Seite der Frage gehen viele Schriftsteller ganz mit Stillschweigen hinweg. Die obige Entscheidung ist a) unzweifelhaft dann richtig, wenn der A als instituirt zu betrachten ist, also ein wahrer Fall von *substitutio tacita* und zugleich *institutio tacita* vorliegt (indem die Bedingung, die der Einsetzung des B beigelegt ist, zugleich als *institutio* des A und folglich die Einsetzung des B als Substitution gedeutet wird); ebenso b) wenn der A zwar nicht als instituirt zu betrachten, aber in *abstracto* Intestaterbe ist, ohne es in *concreto* zu werden (m. a. W. ein gesetzlicher Anwärter, der aber etwa vor dem Erblasser stirbt oder aus sonst einem Grunde nicht zur Erbfolge kommt); vgl. Unger §. 14 Anm. 2 a. E. c) Zweifelhaft können nur die Fälle sein, wo der A weder ab intestato noch *ex testamento* eine Anwartschaft hätte, also gewiß nicht Erbe wird. Es ist aber nicht einzusehen, warum deshalb B nicht Erbe werden sollte? Das hieße ja einer nothwendigen Bedingung die Wirkung einer unmöglichen beilegen! Die nicht einmal ihrem Wortlaute nach unzweifelhafte I. 19 D. 28, 5 (s. Mühlensbruch XL S. 237 f. N. 56) darf einen österreichischen Juristen, für den das *Corpus Juris* keine formelle Autorität hat, nicht beirren, zumal die logische Nichtigkeit des zu Grunde liegenden Schlusses schon von römischen Juristen bezweifelt war (s. auch Arndts Civ. Schftn. II S. 173 N. 44) und überdies die Verschiedenheit des römischen und österreichischen Accrescenzrechtes nicht zu vergessen ist. — Der epigrammatische Ausspruch Unger's (§. 19 Anm. 3 a. E.): „Ohne Institution keine Substitution: I. 19 D. 28, 5“ ist dunkel und vieldeutig; er könnte an sich: a) nachdem Unger im §. 14 Anm. 2 allgemein die Regel billigt „in *condicione positus* non est in *dispositione*“, bedeuten, daß er jede solche Anordnung, wo man von einem „positus in *condicione*“ spricht, als durchaus ungiltig ansehe, nämlich unwirksam sowohl für den A (den im Bedingungssatz Genannten), als für den B (den in dem bedingten Satz Eingesetzten). Daß dies, so allgemein hingestellt, seine Meinung nicht ist, könnte an sich kaum zweifelhaft

dunkler Substitutionsanordnungen f. §. 614; einige andere Auslegungsregeln in den §§. 605—607, bezw. den Bemerkungen dazu. — Wenn A den C zum Erben einsetzt für den Fall, daß B ihn (den A) nicht ab intestato beerbt, so ist C bedingt eingesetzt, aber nicht im technischen Sinne „substituirt“, weil B nicht substituirt ist, was bei der Erbserklärung (§. 799) hervortritt.²⁵⁾

§. 605.

Hat der Erblasser aus den bestimmten Fällen, daß der ernannte Erbe nicht Erbe seyn kann, oder, daß er nicht Erbe seyn will, nur Einen ausgedrückt; so ist der andere Fall ausgeschlossen.

I. In den letzten Jahrhunderten war es eine in Theorie und Praxis vorherrschende Ansicht,¹⁾ daß der Fall des Nichtwollens den des Nichtkönnens in sich begreife, und umgekehrt,²⁾ so daß es im Zweifel für gleichgiltig angesehen wurde, ob im Testamente gesagt ist: „wenn A nicht mein Erbe wird“ oder „wenn A nicht mein Erbe werden kann“ oder „wenn er . . nicht will“ u. dgl. Diese Interpretationsregel hat denn auch im bairischen³⁾ und im preussischen Landrecht⁴⁾ Aufnahme gefunden. Dagegen haben das Westgal. G. B.⁵⁾ und das a. b. G. B. die entgegengesetzte Regel aufgestellt, und die neuere Theorie sich in verschiedener Weise⁶⁾ gegen jene ältere Ansicht ausgesprochen. — In der Sitzung vom 6. Februar 1804 wurde der erste Satz von §. 402 Westgal. G. B. II gestrichen, der zweite als wohlbegründet erkannt⁷⁾ und ebenso der dritte, und zwar im bewußten Gegensatz zum „römischen“⁸⁾ und preussischen Recht, gebilligt. Denn diese Entscheidung sei dem Willen des Erblassers, der nur einen bestimmten Fall setzte, angemessener. Es wurde damals einstimmig folgender Text angenommen:

„Die gemeine Substitution begreift keine andere Art der Substitution in sich. Hat der Erblasser nur den einen Fall, wenn der ernannte Erbe nicht Erbe sein kann, ausgedrückt, so ist der andere Fall, wenn er nicht Erbe sein will, ausgeschlossen — und umgekehrt.“

II. Obwohl nun der §. 605 mit der heute vorherrschenden gemeinrechtlichen Doktrin übereinstimmt, können wir doch so wenig jenen wie diese billigen. Das Beste wäre gewesen, von jeder Regel Umgang zu nehmen.⁹⁾ Es liegt hier

sein, und geht aus dem Schlusssatz von §. 14 Anm. 2 hervor; — β) es könnte das hier in der folgenden Note Gesagte gemeint sein, aber nach dem hinzugefügten Citat ist wahrscheinlicher, daß γ) Unger in den oben unter e) erwähnten Fällen die Einsetzung des B für ungiltig hält, mithin in entgegengesetztem Sinne entscheidet, als wir oben gethan haben.²⁵⁾ In diesem Sinne darf man sagen: „ohne Institution keine Substitution“; vgl. vorige Note a. E.

1) S. die Nachweisungen bei Höpfner §. 500, Gruchot I S. 394 N. 2 und die Referate über die Argumente bei Carozzi XIII p. 368—380 und bei Mühlenthal (f. unten). Vgl. ferner Thibaut §. 834 N. d; Wiener Heinemanns Institutionen §. 555 (S. 379); Mackelbey §. 668 N. f. — Dagegen Schweppe V §. 811 (4. Aufl. S. 103), Wenig-Engenheim §. 463 bei und in Note γ , Mühlenthal Bd. XL S. 301 ff. und die meisten Neueren.

2) Man sprach von „casus voluntatis“ und „casus impotentiae“.

3) Cod. Max. Bav. civ. III Kap. 3 §. 19.

4) §. 52 preuss. L. R. I 12.

5) §. 402 i. f. Westgal. G. B. II.

6) Bald so, daß sie die Aufstellung jeder Regel verwirft, bald so, daß sie die entgegengesetzte Auslegung für die wahrscheinliche, also im Zweifel vorzuziehende ansieht.

7) Darauf kommen wir bei §. 608 zurück.

8) Daß die damals herrschende Theorie dem römischen Rechte gemäß sei, wurde vorausgesetzt; im Commentar (II S. 498) sagt Zeiller, es scheine so, sei aber nicht unbefritten.

9) Vgl. auch Arnolds Civ. Schftm. II S. 168.

einer der Fälle vor, wo eine Auslegungsregel, anstatt Zweifel abzuschneiden, solche erst hervorrufft. Soll'e aber schon eine aufgestellt werden, so verdiente die der älteren Theorie den Vorzug. Denn durch die Substitution sollen meistens die gesetzlichen Erben ausgeschlossen werden und es ist in den allerfeltesten Fällen ein Grund auch nur denkbar, warum der Erblasser, falls der Institut nicht erben könnte, dem Substituten, dagegen falls Jener nicht erben wollte, dem gesetzlichen Erben den Nachlaß lieber gönnen möchte — oder umgekehrt. Andererseits hat die Erwähnung eines speciellen Falles statt der allgemeinen abstracten Formel gar nichts Auffallendes, am wenigsten dann, wenn es heißt „wenn A vor mir sterben sollte“, da dies gewiß weitaus der häufigste Grund ist, warum ein Institutirter nicht erbt. Die Erwähnung des seltenen Falles: „wenn A nicht will“ wird sich meist aus der Beschaffenheit des Nachlasses, oder aus den Vermögensverhältnissen und Gesinnungen des A leicht erklären lassen; ohne daß man deshalb zu glauben brauchte, der Testator habe für den Fall des Vorversterbens des A jemanden Anderen berufen wollen. Entscheidend ist die Erwägung, daß ein nicht genug allgemeiner Ausdruck des weiter gehenden Willens viel weniger befremdend ist, als daß der Testator die gewiß so seltene Absicht, die §. 605 supponirt, nicht ganz ausdrücklich erklärt hätte. Es ist gewiß viel wahrscheinlicher, daß er dann etwa so gesagt haben würde: „Wenn A nicht mein Erbe werden kann, soll B es werden; wenn dagegen A nicht mein Erbe werden will, soll die gesetzliche Erbfolge eintreten“ oder „soll C mein Erbe sein“ oder dgl. — Endlich wird sich aus dem Folgenden (Abs. III) ergeben, daß auch die Rücksicht auf die „Practicabilität“¹⁰⁾ nicht für die Regel des §. 605, sondern für die entgegengesetzte spricht. — Wenn Zeiller auf die grammatische Auslegung der Anordnung hinweist und hinzufügt, daß „es nur vom Erblasser abhängt, sich einer allgemeinen Formel zu bedienen,“¹¹⁾ so könnte man mit demselben Rechte den Unterschied der Ausdrücke „Erbtheil“, „Vermächtniß“ u. dgl. urgiren, könnte etwa gar wegen verfehlten Ausdruckes Ungiltigkeit der Anordnung annehmen, „da es ja nur vom Erblasser abhängt, sich des richtigen Ausdruckes zu bedienen!“ Und welcher Widerspruch ist es, hier die Worte der Substitution so zu urgiren, während man — und zwar mit Recht — in §. 608 von der fideicommissarischen Substitution auf die gemeine Substitution schließt, also z. B. die Anordnung „A soll mein Erbe sein und nach zehn Jahren die Erbschaft an B herausgeben“ dahin ergänzt: „Und wenn A nicht mein Erbe wird, soll B es sogleich werden.“ Ist denn dies eine geringere Abweichung vom Buchstaben der Anordnung, als diejenige, gegen die sich §. 605 wendet?! — Es ist demnach noch ein Glück, daß §. 605 nur eine Auslegungsregel enthält, die der Richter — was nicht genug zu betonen ist — nur dort anzuwenden hat, wo ihm die Absicht des Erblassers zweifelhaft ist.¹²⁾ Und selbst Mühlenbruch (XL S. 305 f.), dessen

¹⁰⁾ Ueber diesen Begriff s. Thering G. b. R. R. II 2 §. 38 II.

¹¹⁾ Commentar II S. 498 f.; wiederholt wird dies Argument von Winwartter III S. 110 a. E. — Auffallender ist es, daß noch Mühlenbruch (1838) XL S. 302 f. ganz ähnlich argumentirt und es für nahezu unmöglich hält, daß der Testator den naheliegenden allgemeinen Ausdruck ohne Absicht vermieden hätte, daß er bei der Nennung des einen Falles nicht an den anderen erinnert worden wäre. Diese Ansicht ist aber nicht aus dem Leben genommen. Die Testatoren sind ja nicht immer Juristen, sondern oft ungebildete Menschen, denen nichts weniger nahe liegt, als eine allgemeine, mithin farblose abstracte Formel.

¹²⁾ Dgl. Unger §. 19 Num. 4, Kirchstetter (2. Aufl. S. 310, 3. Aufl. S. 325); besonders aber folgende treffende Bemerkungen Fügler's (II S. 108): „Erwägt man aber, daß bei Substitutionen es in der Regel dem Erblasser ganz gleichgiltig ist, ob der eingesetzte Erbe nicht Erbe sein kann oder will . . .; so würde man . . . sich seltener irren, wenn man annimmt, daß wenigleich der Erblasser nur eines Falles erwähnt, sein eigentlicher Wille doch dahin gerichtet sei,“ daß die Substitution auch dann

Anschauung mit der der Redactoren übereinstimmt, räumt ein, daß jedenfalls des Testators Wille zu untersuchen sei, „und ergibt sich auch nur eine Wahrscheinlichkeit dafür, daß derselbe den unerwähnt gebliebenen Fall nicht habe ausschließen wollen, so wird nach dem Grundsatz, daß im Zweifel für die möglichst größte Wirksamkeit letztwilliger Verfügungen zu entscheiden sei, ein nicht ausgedrückter Fall für ausgedrückt gehalten werden müssen;“ und „ganz unbedenklich“ versteht er den Fall des Vorversterbens des Eingesezten von allen Fällen seines Nicht-erben-könnens. Zum Schluß ist noch zu erwähnen, daß die von uns gebilligte ältere Ansicht auch bei manchen neueren Juristen sich findet¹³⁾ und sowohl im sächsischen G. B. S. 2189 als in Mommsen's Entwurf S. 149¹⁴⁾ aufgenommen ist; noch besser freilich wäre es (wie schon gesagt), diese Frage in den Gesetzen nicht zu berühren.

III. Nach dem soeben Ausgeführten haben die subtilen Fragen, welche von den Commentatoren bei §. 605 aufgeworfen wurden, für uns kein Interesse; nur darum werden sie hier erwähnt, weil sie zeigen, zu welchen unnöthigen Zweifeln und Schwierigkeiten dieser Paragraph Anlaß gegeben hat. Zeiller (II S. 499) sagt, man dürfe „die einen bestimmten Fall des Nichtkönnens ausdrückende Anordnung auf andere Fälle des Nichtkönnens nicht ausdehnen“ und Nippel (IV S. 173) wiederholt dies. Wenn es also z. B. heißt: „Falls A vor mir stirbt, soll B mein Erbe sein“ und A überlebt den Testator, ist aber erbunfähig, so müßte B ausgeschlossen sein; wir aber würden unbedenklich entgegengesetzt entscheiden (s. oben). Wenn die Substitution auf den casus voluntatis gestellt ist, so nehmen zwar unsere Schriftsteller an, daß der Verzicht hier der Ausschlagung gleichstehe, streiten aber darüber, ob dies (wegen S. 538) auch vom Eintritte in einen Orden gelte!¹⁵⁾ Wäre der Ausgangspunkt des ganzen Streites ein richtiger, so wäre der verneinenden Ansicht zuzustimmen; so aber kann man keine der beiden Ansichten billigen; diese nicht, weil sie von einer unrichtigen Prämisse consequent zu einer unrichtigen Entscheidung kommt; die andere nicht, weil sie von derselben Prämisse durch unrichtige Zwischengedanken nur zufällig zu einer richtigen, aber inconsequenten (weil vereinzelt) Entscheidung gelangt. — Wie, wenn der Substitut für den Fall ernannt ist, als der Eingesezte nicht erben will, und dieser ist erbunfähig, erklärt aber überdies die Erbschaft nicht haben zu wollen? Nippel entscheidet (IV S. 173 f.), daß die Bedingung der Substitution nicht erfüllt ist, und gewiß läßt sich dies von jenem Standpunkt aus vertheidigen;¹⁶⁾ aber weder ist das praktische Resultat ein ver-

zu gelten habe, wenn der Eingesezte aus einem anderen Grunde nicht erbt. „In den gewiß sehr seltenen Fällen, in welchen der Erblasser exclusive nur in einem Falle die Substitution gelten lassen wollte, würde ihn nichts hindern, dies ausdrücklich zu erklären. . . . Durch die Anwendung der Regel des §. 605 wird wohl öfters ganz gegen den Willen des Erblassers der Substitut zur Erbschaft nicht zugelassen. Ich glaube indessen, daß der Richter sich nicht strenge an die Worte des §. 605 halten und nicht übersehen soll, daß das Gesetz durch diese Festsetzung den wahren Willen des Erblassers anzudeuten gesucht hat. Geht sonach aus den Umständen ungewisselhaft hervor, daß. . . der Erblasser auch für den zweiten Fall die Substitution gelten lassen wollte; so wird nichts im Wege stehen, die Substitution auch in dem nicht ausgedrückten Falle eintreten zu lassen. Für diese Ansicht spricht die Erwägung, daß die Gesetzgebung stets den wahren Willen des Erblassers in Vollzug setzen will. . . .“ Fügler erinnert ferner an §. 683 a. E.; vgl. auch die Bemerkungen oben S. 65 bei und in Note 2.

¹³⁾ Sie sind bei Gruchot I S. 394 N. 3 angeführt.

¹⁴⁾ Vgl. die Motive S. 239.

¹⁵⁾ Nippel IV S. 173 Z. 2 bejaht, Stubenrauch zu §§. 604, 605 Z. 3 und Ellinger zu §. 605 verneinen es.

¹⁶⁾ Und zwar mit besseren Gründen, als Nippel thut, der einerseits betont, man könne der Erklärung des Erbunfähigen hier keinen Glauben schenken (wie aber, wenn er seine Unfähigkeit nicht kennt?), andererseits, der Eingesezte könne hier „den rechtlichen

ständiges, noch ist dabei der Buchstabendienst des §. 605 festgehalten.¹⁷⁾ — Je consequenter man diese Richtung einhält, zu desto subtileren Zweifeln und unge-reimteren Entscheidungen kommt man. Die Substitution lautet z. B. auf den Fall des Vorversterbens oder aber sie lautet auf den Fall der Erbfähigkeit, und der Institut stirbt kurz vor dem Erblasser in erbfähigem Zustand, etwa als Mönch. Nun könnte Jemand nach Analogie des in Note 16 Ausgeführten im ersten Falle den Substituten ausschließen wollen, weil nicht das Vorversterben den Institututen ausgeschlossen habe, vielmehr bei seiner Erbfähigkeit sein früherer Tod ein gleichgiltiger Umstand sei, während vielleicht ein Anderer umgekehrt im zweiten Falle behaupten möchte, die Erbfähigkeit sei hier irrelevant, nachdem jedenfalls der frühere Tod den Eingesezten ausgeschlossen haben würde? Wäre dies nicht ein wahrer Abderiten-Streit! — Jemand setzt L und T zu Erben ein, und da T reich ist, substituirt er (unnöthiger Weise) auf den Theil des T, wenn dieser ihn ausschlagen würde, den kränklichen L; im Falle dieser vor dem Testator sterben sollte, substituirt er ihm den dürftigen M. Nun stirbt aber T vor dem Testator und L schlägt (vielleicht gerade mit Rücksicht auf die Dürftigkeit des M) die Erbschaft aus; M bekäme nach §. 605 nichts; denn weder ist der Fall, für den er dem L, noch der, für den L dem T substituirt ist, eingetreten!¹⁸⁾ — So erprobt es sich auch im Einzelnen, was oben aus allgemeinen Gründen behauptet wurde, daß der §. 605 eine unbrauchbare Auslegungsregel aufstellt.

IV. Von mehr Interesse sind die nachstehenden Fragen. Die Delation an den Substituten erfolgt, sobald „der Substitutionsfall“, d. h. die Bedingung, unter der er eingesetzt ist, eintritt (§. 703). Die Frage, wann dieses der Fall sei, ist doppelsinnig; sie geht theils auf den Sinn der Bedingung, theils auf den Zeitpunkt der Delation. Ueber diese zweite Seite der Frage s. unten Abs. V; die erstere ist durch das unter III Gesagte beantwortet und haben wir nur noch zwei Punkte hier hinzuzufügen: 1) Die Substitution tritt auch dann in Kraft, wenn der Institut ausschlägt, weil er ab intestato zu erben wünscht; arg. §. 808, vgl. l. 3 Cod. VI, 26.¹⁹⁾ — 2) Der Substitut kommt an die Reize, wenn der Institut, ohne die Erbschaft erworben zu haben, stirbt; m. a. W. der Substitut schließt die Transmissare des Institututen aus.²⁰⁾ Dies scheint in §. 809 gesagt zu sein (wir kommen dort nochmals darauf zurück) und paßt auch zu

Willen nicht haben“, wobei der in concreto erfolglose Wille mit der Erklärung eines Willensunfähigen gleichgestellt wird. Der richtige Grund für Rippel's Entscheidung wäre dieser. Die Bedingungen „wenn er nicht will“, „wenn er nicht kann“ bedeuten: „wenn er nicht Erbe wird, weil er es nicht werden will“, „wenn er nicht Erbe wird, weil er es nicht werden kann“. Nun ist die Ursache, warum in obigem Beispiele der Institut nicht Erbe wird, nicht sowohl sein Nichtwollen, als sein Nichtkönnen.

¹⁷⁾ Denn sieht man auf die wörtliche Erfüllung der Bedingung, so ist diese allerdings vorhanden.

¹⁸⁾ Wir haben in dem von Taglioni IV p. 157 sg. gegebenen Beispiel nur die Epitheta ‚reich, kränklich, dürftig‘ hinzugefügt und schon dies genügt, um die Entscheidung, an der er gar keinen Anstoß nimmt, als absurd erscheinen zu lassen, und doch hat Taglioni dabei nur eine Consequenz aus §. 605 gezogen. — Noch andere Beispiele bei Taglioni IV p. 157 sg., wo aber manche offenbar falsche Entscheidung gegeben und Verschiedenartiges durcheinandergeworfen wird; so zieht er Fälle bedingter Substitution und der Substitution nach einer bedingten Institution herein.

¹⁹⁾ S. Unger §. 19 Text zu Note d.

²⁰⁾ Bekanntlich verhält es sich im römischen Recht umgekehrt (Arnolds Civ. Schftn. II S. 169 f.); aber dort war die Transmissio'n Ausnahme, während sie bei uns Regel ist; vgl. Unger §. 19 A. 7 und §. 36 A. 18. — Dem römischen Rechte folgt das sächsische C. B. §. 2195 und Mommsen's Entwurf §. 155. Mommsen beruft sich (S. 242) auch auf das preussische Recht: §. 465 (§. 462 ist dort ein Druckfehler) preuß. L. R. I 12; mit Unrecht, da ja das preussische Recht mit der Delation auch den Erwerb eintreten läßt, was er in §. 219 ablehnt.

§. 605. Denn wenn dieser Paragraph so sehr an den Wortlaut der Substitution sich hält, wie sollten wir die Bedingung „wenn A nicht mein Erbe wird“ dahin auszudehnen befugt sein „wenn weder A noch dessen Erben mich beerben“?²¹⁾ — Auch scheint §. 809 um so zuverlässiger dies als Regel aussprechen zu wollen, als die Frage zur Zeit der Redaction im gemeinen Rechte bestritten war.²²⁾ Ferner spricht hiefür auch der Wortlaut des §. 615 pr. (s. unten); endlich die Erwägung, daß der Testator den Substituten bedacht hat, während es oft zweifelhaft ist, ob er an die Erben des Institutens auch nur gedacht hat; sind doch diese oft ihm fremde, ja sogar dem Institutens selbst gleichgiltige Menschen, z. B. entfernte Verwandte desselben.²³⁾ (S. überdies noch Abs. V A 2.) — Wie der substitutus die Transmissare des Institutens ausschließt, so folgeweise auch der substitutus substituto die Transmissare des Vorsubstituirten.²⁴⁾

V. Die Delation an den Substituten tritt ein, sobald entschieden ist, daß der Institut nicht Erbe wird. Schwieriger ist es im einzelnen Falle, den entscheidenden Zeitpunkt zu finden, d. h. denjenigen, in welchem entweder die Substitution in Kraft tritt oder aber ihre Vereitelung entschieden ist. Fast alle unsere Schriftsteller übergehen diese Frage mit Stillschweigen,²⁵⁾ die Wenigen, die sich darüber äußern,²⁶⁾ thun es in ganz verfehlter Weise; darum muß diese Frage hier eingehend untersucht werden. Dabei müssen wir

A. von dem Normalfall ausgehen, wo der Substitut dann Erbe werden soll, wenn der Institut aus welchem Grunde immer nicht Erbe wird. Hier ist 1) die Vereitelung der Substitution^{26a)} entschieden, „sobald der eingesetzte Erbe die Erbschaft angetreten hat“ (§. 615); also noch nicht damit, daß er

²¹⁾ Lautet die Substitution so: „Wenn A vor mir stirbt, soll B mein Erbe sein,“ so könnte man sich freilich zu einem arg. a contr. versucht fühlen; aber gewiß ist gemeint: „Wenn A, weil vor mir sterbend, nicht mein Erbe werden sollte . . .;“ und ist eben nur statt der Wirkung (des Nichterbens) deren häufigste Ursache (das Vorversterben) genannt.

²²⁾ S. Thibaut Veruche über einzelne Theile der Theorie des Rechts (1. Aufl. 1798, 2. Aufl. 1817) I. Bd. Nr. 13; vgl. Mühlensbruch XL S. 334 ff., bes. N. 68. — Thibaut versichert, daß (1798) „die meisten der Meinung (waren), daß der Substitut den Erben des Erben vorzuziehen sei“. Auch dies spricht für obige Ansicht. Andererseits wäre es verfehlt, ein historisches Gegenargument dem §. 465 preuß. L. N. 112 entnehmen zu wollen, da man ja im preuß. Recht, das hinsichtlich des Erbverwerbes den deutsch-rechtlichen Grundfaz aufgenommen hat, gar nicht von Transmission in unserem Sinne reden kann; aus demselben Grunde, aus welchem neuere gemeinrechtliche Schriftsteller den Ausdruck „transmissio ex capite suitatis“ verwerfen.

²³⁾ Man wende nicht ein: „Wenn aber der Institut kurz nach dem Erwerbe stirbt, schließen diese Menschen doch sicher den Substituten aus.“ Abgesehen davon, daß dies weder ein häufiger, noch derjenige Fall ist, an den der Testator denkt, der seinem Erben einen langen Genuß des Zugewendeten wünscht — schließen ja hier nicht Tene aus, sondern der Institut. Sie bekommen das Vermögen als Theil des Nachlasses — nicht des Testators, sondern — des Institutens. Daß Feuer nicht durch eine fideicommissarische Substitution die Erben des Institutens ausgeschlossen hat, erklärt sich meist daraus, daß er dem Institutens volle Verfügungsfreiheit, auch mortis causa, lassen wollte.

²⁴⁾ Man kann so zusammenfassen: 1) Der Transmissar schließt den Accrescenzberechtigten aus (s. Ellinger zu §. 560 und zu §. 604, Unger §. 38 N. 3), ebenso 2) der Substitut den Transmissar (§. 809), um so mehr also 3) der Substitut den Accrescenzberechtigten (s. bei §. 607 Abs. I, ferner §. 689). 4) Jeder später Substituirte schließt die Transmissare des vor ihm Substituirten aus. 5) Sind mehrere gemeinschaftlich in der Art substituirte, daß unter ihnen Anwachsung an sich möglich wäre, so wird diese dadurch ausgeschlossen, daß dem Wegfallenden wieder ein Substitut gesetzt ist; nicht aber auch dadurch, daß ihnen allen zusammen ein gemeinschaftlicher Substitut gesetzt ist (s. bei §. 604 Abs. V).

²⁵⁾ So Zeilner, Winwarter, Ellinger, Stubenrauch, Fügler, Kirchner. Die wenigen Bemerkungen von Zeilner, Stubenrauch (Weibe zu §. 615) und Unger (§. 19 N. 3) gehen auf die schwierigen Punkte nicht ein. Nur Unger's Bemerkungen in N. 8 enthalten die richtige Antwort auf eine der vielen eingreifenden Zweifelsfragen.

²⁶⁾ Nämlich Rippel, Taglioni und Carozzi.

^{26a)} Hier ist nicht von allen Fällen der Vereitelung der Substitution, sondern nur von denen die Rede, die ihren Grund in der Vereitelung (Nichterfüllung) der Bedingung haben.

den Testator überlebt hat (vgl. Abs. IV §. 2), aber auch nicht erst damit, daß ihm der Nachlaß eingantwortet ist.²⁷⁾ 2) Deserirt wird dem Substituten, sobald gewiß ist, daß der Institut nicht Erbe wird; nur wenn Dieser vor dem Erblasser gestorben ist, selbstverständlich erst beim Tode des Letzteren; sonst, sobald der Institut in dem soeben erwähnten Zeitpunkt erbunfähig (im weiteren Sinne) ist, oder sobald er nach des Erblassers Tode, ohne erworben zu haben, stirbt (dies folgt aus Abs. IV §. 2 und dem hier unter A 1 Gesagten), oder aber erbunfähig wird,²⁸⁾ oder die Erbschaft ausschlägt (§. 806).^{28a)} Wie aber wenn der Institut mit der Erbserklärung zaudert, oder geradezu sie verweigert? Dann kann der Substitut zwar die Einantwortung des Nachlasses erlangen (Patent vom 9. August 1854, §. 120 f., §. 128), es bleibt aber während der ganzen Verjährungsfrist der Erbschaftsklage die Gefahr: a) daß der Institut doch noch die Erbschaft an- und Jenem abnehme (l. c. §. 128 i. f.), b) daß der Substitut früher sterbe, als der Institut ausschlägt oder stirbt, in welchem Falle die Accrescenzberechtigten oder die gesetzlichen Erben des Testators den Erben des Substituten den Nachlaß abverlangen können. Es gibt nämlich (wovon im 15. Hauptstücke zu handeln ist) in Oesterreich keine Möglichkeit, dem Erben eine Deliberationsfrist mit der Wirkung zu setzen, daß er, sobald sie unbenutzt abgelaufen ist, nicht nur von der Bethheiligung an der Verlassenschaftsabhandlung, sondern auch vom Erbrechte ausgeschlossen wäre.²⁹⁾ Ein gewiß nicht befriedigender Zustand! Dort freilich, wo der Institut doch die Erbschaft zu erwerben wünscht, bringt es sein eigenes factisches Interesse mit sich, daß er die Erklärung nicht allzuseit hinausschiebe; und selbst eine gewisse gesetzliche Correctur liegt hier in dem Grundsatz, daß der Substitut den Transmissar ausschließt (§. 809), daß also des Instituten Erben leer ausgehen, wenn er, ohne die Erbantretung selbst vollzogen zu haben, stirbt. Wo aber der Institut die Erbschaft nicht haben will, dort ist der Substitut seinem schikanösen Schweigen gegenüber hilflos! — In diesem Falle erfolgt also die Delation des Erbrechtes an den, wengleich bereits in den Nachlaßbesitz immittirten Substituten erst, wenn α) der Institut stirbt oder β) die Verjährungszeit abgelaufen ist. Selbst das Letztere noch könnte man zu bezweifeln versucht sein, weil nur die Erbschaftsklage, nicht auch das Erbrecht verjähre.³⁰⁾ Aber was unverjährbar ist, ist das Erbrecht im technischen Sinne, welches die Erbantretung voraussetzt; dagegen das „Erbrecht“ im Sinne der §§. 536, 537 verjährt in dreißig Jahren (§. 1479); wer dies läugnen wollte, käme zu dem absurden Resultat, daß der Erbe die Verjährungszeit der Erbschaftsklage beliebig sich verlängern könne, und daß die Lage des Erben, der die Erbschaft angetreten hat, ungünstiger ist, als die des säumigen Delaten! —

B. Der Substitut soll nur dann erben, wenn der Institut nicht erben will, sei es, daß diese Beschränkung der Substitution ganz unzweideutig angeordnet ist, sei es, daß sie, weil des Testators Absichten dunkel sind, wegen §. 605 angenommen werden muß. Hier ist 1) die Substitution vereitelt: α) wenn der

²⁷⁾ Letzteres behaupten nämlich — verkehrter Weise — Taglioni IV p. 167 und (ihm folgend) Carozzi XIII p. 408 sg. Beide vermengen in fast unbegreiflicher Weise Erbserwerb und Einantwortung.

²⁸⁾ Ueber den Fall einer dem Erwerbe nachfolgenden Erbunwürdigkeit s. Abs. VI.

^{28a)} Die Behauptung Stubenrauch's zu §. 615 ff. §. 1, daß, wenn der Eingesezte mit Vorbehalt des Pflichttheils ausschlägt (§. 808), die Substitution „hinsichtlich des Ueberrestes“ wirksam werde, ist ungenau, da es sich nach der Natur des Pflichttheils nicht um eine Subtraction, sondern um eine Befastung handelt. Mit Unrecht beruft sich Stubenrauch auf den sich vorsichtiger ausdrückenden Carozzi XIII p. 425 (nicht 424).

²⁹⁾ Vgl. hierüber die lehrreichen Ausführungen in Unger's Verlassenschaftsabhandlung S. 121—129. — Einen Fall, wo der Delat eine Erklärung verweigerte, s. in der Sammlung III Nr. 1403; vgl. oben S. 40 N. 65.

³⁰⁾ S. Unger System II S. 275.

Institut die Erbschaft annimmt, β) wenn er stirbt oder erbunfähig wird, ohne ausgeschlagen zu haben.³¹⁾ 2) Deferirt wird dem Substituten, sobald: α) der Institut ausschlägt, oder β) wenn er dreißig Jahre verstreichen läßt, ohne sie anzunehmen (s. oben); denn das *omittere hereditatem* gehört gleich dem *repudiare* zu den „*casus noluntatis*“; auch in jenem manifestirt sich das „*nolle adire*“.³²⁾ — Stirbt der Institut, ohne die Erbschaft angenommen oder ausgeschlagen zu haben, so könnte man behaupten, daß wenigstens in diesem Falle seine Transmissare dem Substituten vorgehen, ihn ausschließen. Dies wäre aber falsch, wenn es auch wahr ist, daß des Eingesetzten Erben die Jenem deferirte Erbschaft erwerben können (§. 537); denn von einem „Vorgehen“ ist hier keine Rede; nicht durch die Transmissare wird der Substitut hier ausgeschlossen, sondern (selbst wenn gar keine vorhanden wären) durch das Deficiren der Bedingung.

C. Der Substitut soll nur dann erben, wenn der Institut nicht erben kann. Hier ist 1) die Substitution vereitelt: α) wenn der Institut die Erbschaft erwirbt, β) wenn er sie giltig und wirksam ausschlägt. 2) Deferirt wird dem Substituten α) gleich beim Tode des Testators, wenn der Institut nicht mehr am Leben oder erbunfähig ist, oder wenn bei bedingter Institution die Nichterfüllung der Bedingung schon bei Lebzeiten des Testators sich entschieden hat; β) später, sobald er, ohne erworben oder ausgeschlagen zu haben, stirbt oder erbunfähig wird; oder bei bedingter Einsetzung die Bedingung nach des Erblassers Tode deficirt.³³⁾

D. Einem entfernteren Substituten kann erst dann deferirt werden, wenn es gewiß ist, daß Keiner der Vorberufenen Erbe wird; mithin ist mit dem

³¹⁾ Der Schluß: es verhalte sich umgekehrt; wenn der Institut ohne Erklärung sterbe, könne er nicht mehr „wollen“ d. h. annehmen, könne also nicht mehr die Bedingung vereiteln — wäre ein Fehlschluß a) nach dem in Note 16 Gesagten, b) weil das „Nichtwollen“ hier nicht als contradictorischer, sondern als conträrer Gegensatz zum „Wollen“ gemeint ist.

³²⁾ Nippel IV S. 172 sagt nur, daß der Substitutionsfall nicht erst mit des Instituirten Ausschlagung eintrete; „denn durch diese Erklärung kommt es lediglich zur rechtlichen Gewißheit, daß der eingesetzte Erbe die Erbschaft nicht annehmen wolle; im Grunde genommen war sein Wille schon früher hierzu vorhanden.“ Wann aber zu deferiren ist, sagt er nicht; nur vermuthen läßt es sich, daß er meint: gleich beim Tode des Erblassers. Abgesehen von diesem Mangel irgend welcher klar ausgesprochenen Meinung, sind Nippel's Bemerkungen verkehrt, da es auf das innerliche Moment des Willensentschlusses nicht ankommt, von dem man ja nicht wissen kann, wann es eingetreten, ob es der Erklärung eine Stunde oder ein Jahr vorhergegangen ist, und von dem es nicht einmal wahrscheinlich ist, daß es sofort zur Todeszeit des Erblassers vorhanden war, da ja der Delat sehr oft von der Delation erst später Kenntniß erhält. Aber auch noch aus einem anderen Grunde kommt es nicht auf den Entschluß, sondern dessen Aeußerung durch die *repudiatio* (oder ausnahmsweise die *omissio hereditatis an*. „Wenn A nicht erben will“ bedeutet: „Wenn A nicht Erbe wird, weil er es nicht werden will“ (s. Note 16), und dieses Nicht-Erbe-werden ist ja erst mit der Willens-Erklärung entschieden. — Nicht unrichtig, aber ungenau, Taglioni IV p. 167 sg. (nr. 451 i. f.); Nichtiges und Unrichtiges vermengt bei Carozzi XIII p. 411 (nr. 28).

³³⁾ Nippel IV S. 171 f. behauptet, daß (ausgenommen den Fall bedingter Institution) „der Tod des Erblassers selbst derjenige Zeitpunkt (sei), an welchem es sich zeigen muß, ob der Substitutionsfall eingetreten sei, oder nicht. Denn ist der eingesetzte Erbe zur Zeit des Todesfalls erfähig, so ist die Bedingung, unter welcher dem Substituten das Erbrecht zugesichert worden ist; erloschen.“ Derselben Ansicht scheint Taglioni IV p. 167 (dem Carozzi XIII p. 410 nachschreibt) zu sein, nur daß er sich undeutlich ausdrückt. In den Fällen, wo die Substitution auf den *casus impotentiae* beschränkt ist, „*allora cessa la sostituzione qualora l'eredità instituito possa (sc. conseguire l'eredità), quantunque sia morto senza effettivamente conseguirla*“. Diese so offenbar verkehrten Entscheidungen beruhen auf einer buchstäblichen Auslegung der Bedingung; „Wenn A nicht erben kann,“ die deficiren soll, sobald A erben kann, wenn er auch nicht erbt! Vgl. dagegen Note 16. Erst mit des Instituten Erberwerb oder aber mit Eintritt des *casus noluntatis* ist die Substitution vereitelt; denn wenn z. B. der Institut nach des Erblassers Tode erbunfähig wird, so erbt er nicht, und zwar darum nicht, weil er nicht erben kann.

Erbewerden Eines von ihnen diese Substitution vereitelt. Im Uebrigen handelt es sich dabei nur um das Combiniren der im Vorstehenden entwickelten Regeln.

VI. Absichtlich wurde bisher der Fall, wo der Instituirte erbunwürdig wird, außer Betracht gelassen. Ist die Unwürdigkeit schon zur Zeit des Todesalles vorhanden oder tritt sie wenigstens noch vor dem Erbserwerb ein, so steht sie der Erbunfähigkeit gleich und bietet dieser Fall weder Schwierigkeit noch Interesse.³⁴⁾ Wie aber, wenn die Unwürdigkeit erst nach dem Erwerbe eintritt? Man könnte die Substitution für vereitelt halten, weil die Bedingung „wenn A nicht Erbe wird“ vereitelt wird. Dies wäre aber wieder eine Buchstaben-Interpretation. Durch die Exreption (in dem in den Exkursen II S. 11 N. 2 angegebenen Sinne) soll ja der Erwerb ganz erfolglos gemacht werden. Und die Exreption steht denjenigen Personen zu, welche die Portion des indignus bekommen haben würden, wenn ihm nicht wäre deserirt worden (s. oben S. 21 lit. D), mithin hier dem Substituten.³⁵⁾

Rechte aus derselben.

§. 606.

Die dem Erben aufgelegten Lasten werden auch auf den an seine Stelle tretenden Nachbenten ausgedehnt, wosfern sie nicht durch den ausdrücklichen Willen, oder die Beschaffenheit der Umstände, auf die Person des Erben eingeschränkt sind.

I. Der §. 403 Westgal. G. B. II verband in ungeschickter Weise mit dem Inhalte des vorliegenden Paragraphen den Satz, daß auch der entferntere Nachberufene dem Eingesezten substituirt sei; ähnlich der etwas bessere von Zeiller vorgeschlagene, in der Sitzung vom 6. Februar 1804 angenommene Text. Wann und wie der gegenwärtige weit kürzere Text¹⁾ entstanden ist, erhellt nicht. — Der zur Erbschaft gelangende Substitut hat im Zweifel die dem Eingesezten auferlegten Lasten, also namentlich auch die Vermächtnisse zu tragen (I. 61 §. 1 D. de leg. II)²⁾, wosfern nicht ein gegentheiler Wille des Erblassers erhellt (s. oben S. 91 f. Abs. VIII und Note 40—45).³⁾ Es ist, wie Zeiller (Comm. II S. 499) treffend bemerkt, nicht wahrscheinlich, daß der Erblasser den Nachberufenen mehr begünstigen wollte, als den Vorberufenen. Dagegen ist eine der institutio beigefügte Bedingung im Zweifel nicht auch auf die Substitution zu beziehen (§. 702).⁴⁾ Wie aber, wenn eine Anordnung sowohl Last als Be-

³⁴⁾ S. Excurse II S. 10. Die eigenthümlichen Grundsätze des römischen Rechtes (s. Arndts Civ. Schin. II S. 170) sind auf das österreichische Recht nicht anwendbar.

³⁵⁾ Vgl. Winiwarter III S. 127, bes. aber Zeiller II S. 516: „Sobald der Erbe die Erbschaft giltig und mit Erfolg erhalten hat, fällt . . . die Substitution weg; nicht ebenso, wenn sich zeigte, daß der Erbe die Erbschaft nie rechtlich erlangen konnte, oder sich derselben unwürdig gemacht habe.“ Man beachte den Parallelismus zwischen den beiden Sätzen; offenbar bezieht sich das „nie rechtlich erlangen konnte“ auf „giltig“, sowie das „oder sich unwürdig gemacht“ auf „mit Erfolg“. Vgl. damit S. 497. In beiden Stellen liegt eine Befätigung unserer Ansicht, daß es auch im österreichischen Rechte eine technische Erbunwürdigkeit gibt.

¹⁾ Ihm nachgebildet ist Mommsen's §. 151. Daß es da nur heißt „soweit sie nicht bloß auf die Person des Erben sich beziehen“ und erst in den Motiven (S. 240) dieser vage Satz in der gleichen Weise, wie in obigem §. 606 erklärt wird, ist u. E. keine Verbesserung.

²⁾ Ueber das römische Recht s. Arndts L. v. d. Vermächtnissen II = Glüd XLVII S. 264 ff.

³⁾ Wie wenn es sich um ein facere handelt, das eine Kunstfertigkeit voraussetzt, welche dem Substituten ebenso eigen ist, als dem Institututen? Dann kann der Erblasser gerade aus diesem Grunde den Substituirten gewählt haben; doch kommt es auf die Beurtheilung des concreten Falles an. Vgl. Rippel IV S. 177, dessen Bemerkungen hier mehr Grund haben, als die ähnlichen auf S. 79 f. (vgl. oben S. 92 N. 43).

⁴⁾ Auch diese Bestimmung hat Mommsen §. 150 mit Recht aufgenommen.

dingung ist?⁵⁾ An sich könnte es zweifelhaft scheinen, ob da §. 606 oder §. 702 den Ausschlag gebe. Dieser Zweifel wird aber durch die Protokolle ausgeschlossen. Das innerösterreich. Appell. Ger. wollte nämlich eine solche, eine Leistung an einen Dritten heischende, Bedingung nach §. 606 behandelt wissen (s. I. un. §. 9 C. VI 51), was aber Zeiller (Sitzung vom 6. Februar 1804) für unrichtig erklärte.⁶⁾ — Ein weiterer Zweifel entspringt daraus, daß der modus einerseits gewiß zu den „Lasten“ gehört,⁷⁾ andererseits der nichterfüllte modus nach österreichischem Recht hinsichtlich seiner Wirkung der auflösenden Bedingung gleichgestellt ist (§. 709).⁸⁾ Diesen Zweifel beseitigt die Erwägung, daß es ja gerade die (hier fehlende) Form der Bedingung ist, welche sonst für die Anwendung des §. 702 entscheidet (s. Note 6),⁹⁾ und daß andererseits der §. 606 die Untersuchung der quaestio voluntatis keineswegs abschneidet.

II. Die Uebertragung der Dnerirung vom Institututen auf den Substituten begründet das Gesetz (§. 606) damit, daß Dieser an Jenes Stelle trete. Aus demselben Grunde ist im Zweifel auch anzunehmen, daß dem Einen der gleiche Erbtheil zugedacht sei, wie dem Anderen. Die Accrescenz kommt mithin dem Substituten so zu Statten, als ob er an erster Stelle berufen wäre;¹⁰⁾ und wer Jemandem substituirt ist, der sowohl instituirt als einem Dritten substituirt ist, erhält im Zweifel beide Portionen des Vorberufenen, selbstverständlich vorausgesetzt, daß auch der Dritte nicht erbt.¹¹⁾ Dagegen sind dem Substituten die dem Eingesezten zugedachten Prälegaten im Zweifel nicht zuzusprechen.¹²⁾

§. 607.

Sind die Miterben allein wechselseitig zu Nacherben berufen worden; so wird angenommen, daß der Erblasser die in der Einsetzung ausgemessenen Theile auch auf die Substitution ausdehnen wollte. Wird aber in der Substitution, außer den Miterben, noch sonst jemand berufen, so fällt der erledigte Erbtheil Allen zu gleichen Theilen zu.

I. Der Paragraph entspricht fast wörtlich dem §. 404 Westgal. G. B. II; nur der Schluß, der dort verfehlt stylisirt war¹⁾ (worauf das böhm. Appell. Ger. aufmerksam machte), wurde von Zeiller (6. Februar 1804) wesentlich verbessert. Das innerösterreich. Appell. Ger. wollte hier einen Paragraph anreihen des Inhaltes, daß die Substitution dem Accrescenzrecht zwischen Miterben vorgehe, — welchen Satz Zeiller als selbstverständlich, also überflüssig erklärte.

⁵⁾ Vgl. oben S. 91 N. 41.

⁶⁾ Vgl. Mommsen S. 240: „Ein Zweifel . . . könnte nur für den Fall entstehen, wenn die Bedingung in einer von dem Erben vorzunehmenden Leistung besteht, materiell also als eine ihm auferlegte Last erscheint . . . Im Allgemeinen wird man aber sagen müssen, daß der in der Bedingung enthaltenen Auflage dadurch, daß sie in diese Form gekleidet ist, auch nach dem Willen des Erblassers, eine persönliche Beziehung gegeben ist.“

⁷⁾ S. auch Zeiller Commentar II S. 500 Z. 2.

⁸⁾ Ueber und gegen diese Zweifel s. Unger §. 19 N. 9, dem Stubenrauch in der 2. Aufl. (zu §. 606 Note) folgt.

⁹⁾ Vgl. auch Carozzi XIII p. 421 sg.

¹⁰⁾ Zeiller II S. 495 Z. 2 i. f.

¹¹⁾ Auch dieses (vgl. oben bei §. 604 Abs. III a. E.) deutet man zuweilen mit den Worten an: substitutus substituto est substitutus instituto; genauer lautet die Regel: substitutus substituto instituto — substitutus huic quoque censetur qua instituto. Vgl. Arndts Civ. Schfm. II S. 173 und Unger §. 19 N. 10, der zwar nicht sagt, ob dies auch für's österreichische Recht gelte, es aber ebenfalls anzunehmen scheint. Ausdrücklich bestätigt wird unsere Annahme von Zeiller S. 501 Z. 3, wo aber der Anfang des Satzes irreführend stylisirt ist. — Vgl. jetzt auch Mommsen S. 154 und S. 241 f.

¹²⁾ Vgl. Arndts a. a. O. und Unger §. 19 Num. 9. Wenn aber Unger dafür auf §. 1279 sich beruft, so können wir uns dieses Argument nicht aneignen, da die in §. 606 und in §. 1279 behandelten Verhältnisse zu verschiedenartig sind; auch würde sich sonst aus demselben §. 1279 ein Argument gegen die in der vorigen Note erwähnte Auslegungsregel ergeben.

¹⁾ Er lautete nämlich: „so sind die Erbtheile für alle gleich.“

II. Wenn alle Miterben einander (also: jedem Einzelnen alle Uebrigen) substituirt sind, so nennt das die Schule *substitutio mutua* oder *reciproca*; geschieht es in einem kurzen, zusammenfassenden Ausdruck (ähnlich dem oben angewendeten), so spricht man wohl auch von *substitutio breviloqua* oder *compendiosa*.²⁾ Daß derartige Anordnungen bei den Römern aufkamen, erklärt sich historisch durch die Verwirrung, welche durch die *lex Julia* und die *lex Papia Poppaea* in das *Accrescenzrecht* hineingetragen wurde.³⁾ Seit Justinian (im Großen und Ganzen) das alte Anwachsungsrecht wieder hergestellt,⁴⁾ erscheint eine derartige Verfügung als ein durch des Testators Rechtsunkenntniß erklärbarer Mißgriff, indem die wohlgemeinte Anordnung übel ausschlagen kann. Während nämlich eine derartige Substitution dem so Bedachten nichts zuwendet, was ihm nicht auch ohnehin zugekommen wäre, entzieht sie (gewiß gegen den Willen des Erblassers!) seinen Erben, wenn er den Substitutionsfall nicht erlebt, den Antheil, den sie kraft *Accrescenzrechtes* (*portio portioni accrescit!* s. oben S. 88) bekommen haben würden.⁵⁾ — Nach österreichischem Rechte dagegen verhält es sich aus zwei Gründen anders: wegen der Einschränkung des Anwachsungsrechtes (§. 562) und wegen der Verallgemeinerung der *Transmissio* (§. 537). Den auf bestimmte Theile Eingesetzten ist die Substitution immer vortheilhaft; den ohne Theilangabe Verufenen kann sie zum Vortheil, aber auch zum Schaden ausschlagen. Es heißt z. B. „A, B, C setze ich zu Erben ein und substituire sie gegenseitig.“ α) Stirbt nun A vor dem Testator, während B und C ihn überleben, so ist die Substitution irrelevant; β) stirbt A nach dem Testator ohne Erbserklärung, so würde sein Erbtheil ohne die Substitution dem B und C nicht *accresciren*, sondern *transmittirt* werden; hier ist also die Substitution nützlich (§. 809);⁶⁾ γ) lehnt A den Erbtheil ab, nachdem B und C angetreten haben und B gestorben ist, so gereicht die Substitution den Erben des B zum Schaden, welche von der Anwachsung profitirt hätten und nun, da die Substitution des B vereitelt ist, von dem Erbtheil des A nichts bekommen. Kurz: Den an sich *Accrescenzberechtigten* kann die Substitution zum Nachtheil gereichen, weil sie an strengere Voraussetzungen geknüpft ist, als die *Accrescenz*; aber auch zum Vortheil, weil der *Transmissar* dem *Accrescenzberechtigten* vorgeht, dem Substituten nachsteht. Um so genauer ist deshalb im einzelnen Falle zu prüfen, ob der Erblasser nur die Anwachsung bestätigen, oder aber eine Substitution anordnen wollte. — Daß eine gegenseitige *fideicommissarische* Substitution^{6a)} (und auch auf diese ist §. 607 analog anzuwenden) immer von Belang ist, ergibt sich von selbst daraus, daß ein bereits erworbener Erbtheil nie *accresciren* kann.

III. Die Regel, daß die Miterben bei der *substitutio reciproca* den erbedigten Theil nach der Proportion der Größe ihrer Institutionsportionen unter sich theilen,⁷⁾ ist dem römischen Rechte entlehnt (§. 2 J. II 15; l. 24 und l. 41 §. 1 D. 28, 6).⁸⁾ Dagegen enthält der zweite Satz des §. 607 eine

²⁾ S. Arndts *Civ. Schftn.* II S. 172 N. 33; Mühlenbruch XL S. 309.

Ungenanu Stubenrauch zu §. 604 f. 3. 4.

³⁾ S. Mühlenbruch XLIII S. 256 ff., ferner XL S. 310 ff.

⁴⁾ S. ebd. XLIII S. 265 ff.

⁵⁾ Vgl. Mühlenbruch XL S. 317 ff., Bangerow II §. 451 N. 3. Daß Unterschiede zwischen der *Accrescenz* und den Wirkungen der *substitutio reciproca* bestehen, ist zweifellos; aber eben so zweifellos scheint es uns, daß sie fast immer vom Erblasser nicht erkannt und nicht beabsichtigt sind.

⁶⁾ Dies übersieht Unger §. 19 Num. 11 und, ihm in der 2. Aufl. folgend, Stubenrauch zu §. 607 Z. 5; richtig Ellinger zu §. 604.

^{6a)} Ein Beispiel s. in der Sammlung IV Nr. 1494.

⁷⁾ Dieselbe Theilung muß wohl auch dann eintreten, wenn auch nur einem Eingesetzten alle Uebrigen substituirt sind (vgl. *Mommßen* §. 153 N. 1), nicht aber auch, wenn es nur einige sind (vgl. oben S. 81 Abs. VII).

⁸⁾ Daß dabei *coniuncti* einen Vorzug haben (l. 41 §. 4 D. 28, 6), kann für's

bewußte Abweichung vom römischen Rechte (l. 32 D. 28, 6), nach welchem hier für den extraneus eine Virilportion ausgeschieden und der Rest in der früher angegebenen Weise unter die instituti substituti vertheilt wird.⁹⁾ Hätte aber der Testator in einem solchen Falle ausdrücklich die Miterben nach Maßgabe ihrer Erbtheile und dennoch daneben einen oder mehrere Nichteingesetzte ohne Theilangabe substituiert, so fände die oben S. 74 f. Abs. V angegebene Rechnung Anwendung.¹⁰⁾ Hätte er umgekehrt neben den kurzweg substituirten Miterben einen oder mehrere Nichteingesetzte auf bestimmte Theile mitsubstituiert, so wäre nach Ausscheidung dieser Theile der Rest unter die substituti instituti nach Maß ihrer Institutionsportionen zu vertheilen.¹¹⁾ — Da in allen diesen Fällen die Miterben als solche substituiert sind, ist Derjenige, der als Institut ausschlägt, auch als Substitut ausgeschlossen.¹²⁾

Fideicommissarische.

§. 608.

Der Erblasser kann seinen Erben verpflichten, daß er die angetretene Erbschaft nach seinem Tode, oder in andern bestimmten Fällen, einem zweyten ernannten Erben überlasse. Diese Anordnung wird eine fideicommissarische Substitution genannt. Die fideicommissarische Substitution begreift stillschweigend die gemeine in sich.

I. Nach römischem Rechte ist eine wahre Nacherbeinsetzung nicht möglich, weil die unmittelbare Rechtsnachfolge den Römern als wesentlich für den Begriff der Erbfolge erschien (l. 138 pr. D. de R. J., l. 54 D. 29, 2), weshalb zwischen der Herrschaft des Erblassers und der des Erben nicht die Herrschaft eines Dritten liegen kann; eine Folge hievon ist die Regel: semel heres semper heres (l. 88 D. 28, 6).¹⁾ Der ökonomische Erfolg einer Nacherbeinsetzung konnte durch ein legatum partitionis, später durch ein fideicommissum hereditatis annähernd erreicht werden; im Laufe der Zeit wurde letzteres auch juristisch mehr und mehr jener Einsetzung angenähert²⁾ und stellt sich nach neuerem römischem Rechte hinsichtlich der Voraussetzungen des Erwerbes zwar noch immer als ein Vermächtniß, hinsichtlich der Wirkungen des Erwerbes dagegen als Anordnung einer Erbfolge, also als Nacherbeinsetzung, dar;³⁾ deshalb kann das fideicommissum hereditatis fortan auch als „fideicommissarische Substitution“ bezeichnet werden.⁴⁾

österreichische Recht als allgemeine Regel nicht aufgestellt werden (a. M. ist Unger §. 19 Anm. 11 a. E.); vielmehr ist dies quaestio facti, wobei es sowohl auf die Art der Conjunction, als auf den Wortlaut der Substitution ankommt.

⁹⁾ Unger S. 19 Anm. 12 gibt der römischen, Mommsen §. 153 M. 2 und S. 241 der österreichischen Regel den Vorzug, wobei Jener die Existenz der angeblichen römischen Regel in Zweifel stellt; jedenfalls ist seine Bemerkung über l. 32 cit. beachtenswerth (s. andererseits Graßl a. Note 10 a. D., S. 177—179). — Uns scheint die gemeinrechtliche Entscheidung um so bedenklicher, je mehr extranei neben den instituti substituiert sind.

¹⁰⁾ Vgl. Graßl in d. Ztschft. f. österr. Rechtsgef. 1836 I S. 177 f. Note.

¹¹⁾ S. Graßl a. a. D. S. 169 ff., bes. S. 174 f. Noch eine andere Combination ebenda S. 175 Z. 5.

¹²⁾ S. Unger §. 19 Anm. 11 i. A.

¹⁾ Gewöhnlich denkt man sich den Zusammenhang fast umgekehrt: wegen des „Principis“ semel heres semper heres sei keine wahre Nacherbeinsetzung möglich. U. E. ist jene Regel ebenso, wie diese Unmöglichkeit eine Folge des römischen Erbbegriffes. Also nicht: weil der Erste die Erbschaft nicht verlieren kann, kann sie ein Zweiter nicht erwerben — sondern so: weil kein Zweiter diese Eigenschaft mehr erwerben kann, kann sie der Erste nicht mehr verlieren.

²⁾ Das Geschichtliche dieser Lehre s. bei Heimbach im Rechtslex. IV S. 286 ff., in Müller's Institutionen S. 760 ff., bei Götschen §. 1061 ff.

³⁾ Ueber das Justinianische und heutige gemeine Recht s. Arndts §. 580 ff., Windscheid §. 662 ff.

⁴⁾ S. oben S. 211 f. Vgl. Duarenus op. (de Francof. 1592, 1598) p. 375;

II. Ob die römische Auffassung des fideicommissum hereditatis einen Anspruch auf Allgemeingiltigkeit habe oder aber nur als eine nationale von historischer Bedeutung sei, darüber sind die Meinungen noch immer getheilt.⁵⁾ Gewiß ist einerseits, daß sie der mittelalterlichen Ansicht, welche in der rechtlichen Stellung mehrerer zu demselben Vermögen nach einander Berufener keinen Unterschied sah, als etwas Fremdes, Gefünsteltes, gegenübertrat;^{6a)} gewiß ist aber auch andererseits, daß man, auf dem Boden des recipirten römischen Rechtes weiter bauend, in Widersprüche geräth, wenn man an die Stelle des Erbschafts-Vermächtnisses die Theorie der Beerbung eines Erblassers durch mehrere successive Erben setzt. Es ist ein nicht wegzudeutender Widerspruch, wenn man die fideicommissarische Substitution für eine wahre Erbeinsetzung erklärt^{6b)} und doch von dem fundamentalen Satz, daß der zu Berufende vor Allem zur Zeit des Todes des Erblassers existiren müsse,⁷⁾ hier absehen muß, wie §. 612 lehrt, aus dem sich für gewisse Fälle noch andere (allerdings nicht unüberwindliche) Bedenken gegen die Annahme einer wahren Erbfolge ergeben, wovon unten (eben bei §. 612) die Rede sein wird. Diese Bedenken sind den Redactoren schon des Westgal. G. B. entweder nicht zum Bewußtsein gekommen, oder haben sie doch nicht abgehalten, die Nacherbenfolge als eine wahre Erbfolge zu behandeln; und da diese Behandlung auch im a. b. G. B. beibehalten wurde, ist sie für uns maßgebend.⁸⁾

III. Die fideicommissarische Substitution ist eine Erbeinsetzung,⁹⁾ über deren nähere Bestimmung aber die Ansichten der österreichischen Juristen auseinandergehen. 1) Die Aelteren sehen sie als eine bedingte Erbeinsetzung an und zwar dadurch bedingt, daß der Substitut den Zeitpunkt der Restitution¹⁰⁾ erlebe.¹¹⁾ Diese Ansicht war auch die der Redactoren, und hat sogar im §. 615

Donellus Comm. lib. VII c. 15 §. 5 (in der Ausg. v. Bucher und König IV S. 182): „fideicommissum hereditatis nihil nisi substitutionis species est;“ cf. lib. VI c. 23 §. 8, §. 10 (Vd. III S. 495); Stryck usus mod. lib. XXXVI tit. I §. 2; Brunneemann Comm. in Cod. lib. VI tit. 26 l. post aditam (3).

⁵⁾ S. einerseits namentlich Fdbch. Mommsen S. 145 (zu §. 19): „Die Regel semel heres semper heres ist so sehr in der Natur der Sache begründet, daß sie nothwendig anerkannt werden muß.“ S. 434 (zu §. 446): Diese Regel sei „eine an sich begründete, ja mit Nothwendigkeit gebotene“. Andererseits Bruns in v. Holtendorff's Encyclopädie I. Bd. (1. Aufl. S. 368, 2. Aufl.) S. 432: „Die neueren Gesetzbücher haben sich . . . nicht abhalten lassen, sämmtlich die römische Regel aufzuheben, und den Universal-Fideicommissar einfach als zweiten Erben nach dem ersten zu behandeln. Wo und wie dieses mit dem Wesen des Erbrechts in Widerspruch stehen soll, ist auch in der That schwer zu entdecken, zumal da die Römer selbst es nicht anacommen haben.“

^{6a)} Nicht nur erwichen die Behandlung der Universal-Fideicommissie gekünstelt, sondern man hielt — in einseitiger Auffassung richtiger Thatsachen, s. Just. Inst. und Theoph. II. 23 §. 1 und jetzt auch Gaius II §§. 284, 285 — die ganzen Fideicommissie für einen Kunstgriff, für eine in fraudem legis gemachte Erfindung; s. Kreittmayr III S. 739; Zeiller II S. 502.

^{6b)} S. Unger §. 20 bei Anm. 2.

⁷⁾ Vgl. Unger §. 5, bes. Anm. 1. Vgl. oben S. 31 N. 13 und Lewis Familien-Fideicommiss. S. 7 ff.

⁸⁾ Insbesondere dürfen wir den Erwerb des Fideicommissars nicht nach den Regeln vom Vermächtniß-Erwerb beurtheilen. Weil der Substitut ein Erbe ist, darf es dem Fiduciar vom Testator nicht anheimgestellt sein, wem er restituiren wolle (S. 564).

⁹⁾ Ueber fideicommissarische Substitution bei Vermächtnissen f. bei §. 652. Bei diesen gilt das am Ende der vorigen Note Gesagte nicht absolut; s. vorläufig Steinbach Veräußerungsverbote S. 37 f.

¹⁰⁾ Oder, wie sie sich ausdrücken, daß er den „Substitutionsfall“ (vgl. §. 613 pr.; preuß. R. N. I. 12 §. 466 f.) erlebe (vgl. Zeiller II S. 513, der dafür zuweilen auch „Fideicommiss-Fall“ gebraucht, z. B. S. 510 i. f.); später ist mit jenem Worte auch eine andere Vorstellung verbunden worden (s. unten Note 16). Die ältere Ausdrucksweise ist in der Gesetzgebung beibehalten; so heißt es z. B. im Patent v. 9. Aug. 1854 §. 174 Z. 3: „der Substitut, welchem bei dem Eintritte des Substitutionsfalles übergeben werden soll.“ Unger Verfass. Abhblg. S. 138 schaltet ein „richtiger; bei dem Eintritte des Restitutionsfalles.“

¹¹⁾ Zeiller II S. 503: „Immer aber muß auch ein solcher Nacherbe nicht nur

einen gesetzlichen Ausdruck gewonnen.¹²⁾ Eine Consequenz derselben ist die Behauptung, daß die Erben des Substituten, wenn er jenen Zeitpunkt nicht erlebt (§. 703), nicht an seine Stelle treten. 2) Mühlfeld dagegen vertrat¹³⁾ die Ansicht, daß die fideicommissarische Substitution in den regelmässigen Fällen, wo die Restitution beim Tode des Fiduciars Statt haben soll, nicht eine bedingte, sondern nur eine betagte Einsetzung sei, weshalb der Substitut, wenn er auch vor dem Fiduciar stirbt, sein Recht auf den ihm zugedachten Nachlaß allerdings auf seine Erben transmittire. 3) Ellinger und Stubenrauch¹⁴⁾ behaupten, daß die Einsetzung des Fideicommissars nicht schon an sich eine bedingte sei, daß ihm mithin die Erbschaft gleich nach dem Tode des Erblassers anfallt, daß aber die fideicommissarische Substitution erlösche, wenn der Fideicommissar nicht den Zeitpunkt der Restitution erlebe. 4) Unger lehrt,¹⁵⁾ daß die fideicommissarische Substitution sowohl betagt, als bedingt sei, gibt aber dabei der Bedingung einen ganz anderen Inhalt, als die älteren Rechtslehrer; nämlich diesen: „daß der Vorberufene Erbe werde.“¹⁶⁾

IV. Kritik. a) Gegen die Ansicht Ellinger's und Stubenrauch's¹⁷⁾ hat Unger (§. 48 N. 2) treffend gesagt, daß sie in Einem Zug Widersprechendes behaupte; sie ist einfach eine juristisch unmögliche. b) Elegant und scharfsinnig, aber nicht der Natur des Verhältnisses entsprechend ist die Construction Unger's. Für jede der beiden diametral entgegengesetzten Hauptansichten sprechen praktische Erwägungen (s. unten), für diese in der Mitte stehende keine. Wozu soll es gut sein, es zwar für unnöthig zu erklären, daß der Nachberufene den Restitutionsfall erlebe, aber doch zu verlangen, daß er den Erbschaftsantritt des Vorberufenen erleben müsse?! Wie geradezu gefährlich wäre diese Behandlung, da der Nachberufene die Entscheidung des Vorberufenen nach österreichischem Rechte nicht erzwingen kann! Man wende nicht ein, derselbe Uebelstand mache sich ja auch beim Vulgar-Substituten geltend, und wer ihn dort anerkenne, müsse ihn auch hier hinnehmen. Die Substituten der einen und der anderen Art lassen sich in diesem Punkte nicht gleichstellen; ein Fideicommissar ist besser bedacht, als ein Vulgar-Substitut, da Letzterer nur für den Fall etwas bekommen soll, als der Vorberufene nicht erbt, während der fideicommissarisch Substituirte weder durch des Vorerben Erbwerden, noch durch sein Nichterbwerden ausgeschlossen wird (§. 608 i. f.). Also praktisch spricht nichts für, vieles gegen diese Meinung.

den Erblasser, sondern auch den Substitutionsfall überlebt haben, und wenigstens in diesem Zeitpunkte die Erbfähigkeit besitzen, um die Erbschaft entweder selbst zu übernehmen, oder sie auf seine eigenen Erben zu übertragen.“ Rippel (IV S. 180), der dies wörtlich nachschreibt, beginnt mit: „Es versteht sich von selbst . . .“ (!) Uebereinstimmend auch Taglioni IV S. 478 und Winwarter III S. 114 ff. Letzterer vertheidigt diese Ansicht gegen Mühlfeld (s. unten) und sagt, daß sie „bisher insgesammt angenommen wurde“; nur sagt er (S. 129), jene Bedingung sei keine eigentliche, sondern eine sogenannten gesetzlichen Bedingung. Vgl. überdies die Nachweisung bei Mühlfeld (s. Note 13) S. 380—382. und 397—400. In Sammlung I Nr. 186 wurde die Richtigkeit dieser Ansicht von allen Instanzen vorausgesetzt. Es war nämlich bestritten, ob eine fideicommissarische Substitution vorliege; daß aber, wenn sie vorliege, der Anfall an den Substituten bis zum Tode des Instituten hinausgeschoben werde, scheint von Niemanden in Frage gestellt worden zu sein.

¹²⁾ S. Commentar zu §§. 615—617 Abs. I—III.

¹³⁾ In einem, trotz mancher unhaltbaren Behauptungen (s. unten bei §. 615 ff. N. 4) scharfsinnigen und verbienlichen Aufsatze im „Jurist“ II. Bd. (1839) S. 380—413.

¹⁴⁾ Ellinger (zu §. 608) hat diese Ansicht schon in der 1. Aufl. (1843) S. 291 ausgesprochen und noch in der neuesten (7., 1877) S. 288 beibehalten. Stubenrauch (1. Aufl. II S. 392, 2. Aufl. I S. 816) stimmt, ohne ihn zu citiren, mit ihm überein.

¹⁵⁾ Erbrecht §. 20 Anm. 3 und §. 48 Anm. 2.

¹⁶⁾ Den Eintritt dieser angeblichen, bezw. den einer ausbrüchlich beigefügten Bedingung bezeichnet Unger mit „Substitutionsfall“ (s. oben Note 10).

¹⁷⁾ Neben denen Unger §. 48 N. 3 mit Unrecht auch Winwarter nennt.

Freilich wird gelehrt, sie sei die unabweisliche Consequenz des Satzes, daß die Honorirung in *utrumque casum* (B soll Erbe sein, wenn A es wird, aber auch, wenn A es nicht wird) eine bedingte ist. Aber wo ist denn dieser, der natürlichen Anschauung so widerstrebende, Satz im österreichischen Rechte anerkannt? Und selbst wenn was aber durchaus nicht zugegeben ist) die in I. 13 D. 36, 2 enthaltene Entscheidung so überzeugend wäre, daß sie ohne positive Sanction in unser Recht herüber genommen werden könnte, so würde daraus die Nichtigkeit jener Construction noch immer nicht folgen. Denn dort handelt es sich um eine ausdrückliche doppelte und conträre Bedingung, der irgend ein Sinn abgewonnen werden soll, hier liegt eine solche wunderliche Erklärung des Testators nicht vor, sondern die conträre Bedingung wird erst in eine ganz schlechte Anordnung hineinconstructirt.¹⁸⁾ e) Es scheint demnach, als ob uns nur übrig bliebe, für eine der beiden zuerst angeführten Ansichten uns zu entscheiden.¹⁹⁾ Die erste und ältere empfiehlt sich durch ihre scheinende Natürlichkeit; denn was scheint selbstverständlicher zu sein, als daß, wenn Derjenige, um dessen Willen ein Anderer in seiner Freiheit beschränkt wird, diesem vorstirbt, damit die Beschränkung wegfällt? Den Fiduciar wollte der Testator jedenfalls bedenken, an die Erben des Fideicommissars hat er vielleicht gar nicht gedacht, vielleicht gar nicht voraussehen können, daß sie Genes Erben sein werden. Wie sollte zu ihren Gunsten der vom Testator eingesetzte Erbe in seinen Rechten beschränkt sein! Ueberdies hat die Ansicht, welche die Wirksamkeit der fideicommissarischen Substitution davon abhängen läßt, daß der Nachberufene den Restitutionsfall erlebe, wie schon erwähnt wurde, eine gesetzliche Anerkennung (§. 615) für sich. — Dagegen

¹⁸⁾ Dennoch stimmt Dworzak in Haimerk's *Wissch.* XV S. 255—259 auch hierin Unger bei; ebenso Kirchstetter (zu §. 615 ff.); bei Diesem überrascht folgender gedankenlose Zusatz: „Den Eintritt der Bedingung des Antrittes des Vorerben muß der Fideicommissar erleben (§. 703), sonst kann die Substitution nur noch als gemeine wirksam werden.“ „Sonst“: also, wenn der Fideicommissar gestorben ist, bevor der Fiduciar angetreten hat. Da sind aber nur zwei Fälle denkbar: entweder erfolgt später die Antretung des Vorerbeneren, dann ist die Bedingung der gemeinen Substitution vereitelt; oder aber jene Antretung erfolgt gar nicht, es entscheidet sich nach des Nachberufenen Tode, daß der Vorerbfene nicht Erbe wird, dann ist zwar die Bedingung der gemeinen Substitution erfüllt, diese selbst jedoch, weil der Substitut die Erfüllung nicht erlebt hat (§. 703), abermals vereitelt!

¹⁹⁾ Zu welcher von beiden Carozzi sich bekenne, ist schwer zu constatiren. *Vb.* XIV p. 355 sg. sagt er: „La sostituzione fedecommissaria . . . si estingue, . . . se l'ereditario fedecommissario abbia cessato di vivere prima che sia venuto il caso della sostituzione (§. 703) . . .“ Von ihm, dem Uebersetzer Zeiller's, sollte man erwarten, daß er dabei an den „Substitutionsfall“ im Sinne der Aelteren denke (s. Note 10), und außer Zweifel scheint dies dadurch gesetzt, daß er das Capitel von der Restitution der Erbschaft mit dem Satz beginnt (p. 286): „Tosto che sia verificato il caso della sostituzione . . . l'ereditario fiduciario deve restituire la sostanza fedecommissaria all'ereditario sostituito.“ Darnach sollte man meinen, daß er die fideicommissarische Substitution an sich für eine bedingte hält und daran denkt, wenn er auf p. 356 fortfährt: „Se dunque questi muore mentre ancor pende la condizione, si estingue la sostituzione, nè può trasmetterla ai suoi eredi;“ selbst die (mißverständliche) Citirung der I. 48 §. 1 D. de iure fisci 49, 14 scheint dies zu bestätigen. Dagegen müßte man wieder an eine ausdrücklich beigelegte Bedingung denken, wenn man diese Stelle vergleicht mit den Ausführungen auf p. 244. Der Fiduciar (sagt hier C) habe mehr als die gewöhnliche „facoltà“, wenn die fideicommissarische Substitution abhängig sei von einer Bedingung oder einem dies *incertus*, also es noch ungewiß sei, „se si adempira la condizione, o se egli (der Substitut) rimarrà superstito all'ereditario gravato,“ woraus a contrario als Regel die Unabhängigkeit der fideicommissarischen Substitution von dieser Thatsache sich ergeben würde. — Ueberhaupt ist die weitsänftige Behandlung unserer Materie bei Carozzi darum mehr verwirrend als belehrend, weil er einen so oft ganz verletzten Gebrauch vom römischen Rechte dabei macht, die principielle Verschiedenheit der römischen und österreichischen Behandlung der fideicommissarischen Substitution nicht bedenkend. Auch die kurze Exegese der §§. 608 ff. bei Basevi ist nicht befriedigend. In unserer Frage scheint er nach seinen (übrigens ungenauen) Bemerkungen zu §. 613 Z. 4 derselben Ansicht zu sein, wie Mühlself.

sprechen für die Ansicht von Mühlfeld die stärkeren juristischen Gründe. Wenn wir von den Fällen ausdrücklich bedingter Substitutionen absehen, für welche ja keine Meinungsverschiedenheit besteht und auch keine bestehen kann, und allein an den Normalfall denken, wo die Restitution beim Tode des Vorerben erfolgen soll, so haben wir eine betagte Erbeinsetzung vor uns, und zwar ist der Tag, um den es sich dabei handelt, ein dies certus an, incertus quando. Während nun dieser nach römischem Recht bei letztwilligen Verfügungen als Bedingung behandelt wird,²⁰⁾ ist im österreichischen Recht ausdrücklich das Gegentheil angeordnet. Nie ist ein Gesetzestext angerufen worden, der für eine Ansicht direkter sprechen würde, als der §. 705 für die von Mühlfeld. „Ist der Zeitpunkt von der Art, daß er kommen muß“ — und ein solcher ist doch der Zeitpunkt des Todes des Vorerben — „so wird das zuge dachte Recht, wie andere unbedingte Rechte, auch auf die Erben der bedachten Person übertragen, und nur die Uebergabe bis zum gesetzten Termine verschoben.“ (Vgl. ferner §§. 537, 809.) So stehen wir zwischen zwei Ansichten, deren eine einen ganz klaren allgemeinen Grundsatz (§. 705) für sich hat, welcher der anderen entgegensteht, die sich wieder auf einen speciell die Frage betreffenden, wenngleich unklar ausgedrückten Satz (in §. 615) und darauf berufen kann, daß die Ausnahme der Regel vorgehe. Für welche sollen wir uns entscheiden? Für beide! Zeiller's Ansicht ist richtig in einigen, Mühlfeld's in anderen Fällen; diese dürften freilich viel häufiger sein, als jene. Es ist also eine quaestio voluntatis. Wie die römischen Regeln darüber, ob der dies eine conditio einschließe, keine absoluten, sondern Interpretationsregeln²¹⁾ sind, so muß sowohl §. 705 als §. 615 weichen, wenn ein anderer Wille des Erblassers erkennbar ist. Nur, wo selbst nach reiflicher Ueberlegung der concreten Verhältnisse ein Zweifel übrig bleibt, müßte §. 615 den Ausschlag geben. — Mühlfeld (f. Note 13) beruft sich (§. 394 ff.) auf den vermuthlichen Willen des Erblassers. „Wenn ein Erblasser dem von ihm ernannten Erben auf seinen Tod fideicommissarisch substituirt, so wollte er offenbar die Erben desselben (insoferne sie nicht eben von ihm substituirt wurden) von seinem Nachlasse ausgeschlossen wissen.“ Wenn er dem Fideicommissar nicht selbst wieder Jemanden substituirt habe, so sei es „seinem Willen wenigstens nicht entgegen, wenn dessen Erben diesen Nachlaß erlangen“. Den Einwand, daß der Testator nur für den Fideicommissar und nicht auch für dessen Erben ein Interesse an den Tag gelegt habe, weist Mühlfeld mit der Bemerkung zurück, das Gleiche gelte ja auch vom Fiduciar und es sei unerfindlich, welchen Vorzug aus diesem Gesichtspunkt die Erben der Vorberufenen vor jenen des Nachberufenen haben sollten. Die Schwäche seiner Argumentation liegt darin, daß er immer nur die Collision der Interessen der beiderseitigen Erben vor Augen hat, völlig übersehend,²²⁾ daß auch zwischen dem Fiduciar selbst und den Erben des Nacheingesetzten eine solche Collision Platz greifen kann. Wenn z. B. der Vorerbe 1840 die Erbschaft angetreten hat, dann 1841 der Fideicommissar gestorben ist, und 1877 der Vorerbe, so war es Diesem doch nicht gleichgiltig, ob er durch 36 Jahre mit dem ererbten Vermögen frei schalten konnte oder nicht (§. 613)! — Noch leichter zu widerlegen ist die Bemerkung, daß wenn der Fideicommissar, und sei es auch noch so kurze Zeit, den Nachlaß besessen habe, er unzweifelhaft ihn seinen Erben hinterlasse.²³⁾ In ähnlicher Weise könnte man unter Hinweis auf §. 537 den §. 536 kritisiren wollen! Und doch liegt das stärkste, der Natur der Sache entnommene, Argument für jene Ansicht nicht gar weit ab.

²⁰⁾ S. etwa Windscheid I §. 96^a bei und in Note 7.

²¹⁾ Windscheid a. a. O., Note 6 und 7 und Text dazu.

²²⁾ S. Seite 396 und bes. den von S. 394 auf S. 395 reichenden Satz, in welchem dieses Uebersehen und Verkennen ganz klar hervortritt.

²³⁾ Siehegen mit Recht Winivarter III S. 115 f.

Der Testator weiß, daß die endlichen Schicksale seines Vermögens von denen des Nacherben abhängen, während er den Fiduciar meistens nur persönlich begünstigen wollte. Der vielleicht häufigste Fall fideicommissarischer Substitution entspringt dem Wunsche des Ehegatten, dem anderen, mit dem er in kinderloser Ehe lebte, den Genuß seines Vermögens zuzuwenden, aber doch zu verhindern, daß es nach seinem Tode durch die verschwägerte Familie der eigenen entzogen werde. Denn der Gatte steht Vielen, die Schwäger stehen Wenigen näher, als die Geschwister. Dabei braucht der Testator nicht einmal eine bestimmte Person als Nacherben im Auge zu haben; er kann dem Gatten in allgemeinem Ausdruck seine (des Testators) gesetzliche Erben substituiren.²⁴⁾ Die definitive Bestimmung des Vermögens ist hier, der Familie des Testators zu verbleiben; in den Händen des Fiduciars dient es nur einem vorübergehenden Zwecke: seiner Versorgung. — Aber andererseits ist nicht zu übersehen, daß die Verhältnisse manchmal anders liegen und auf einen anderen Willen deuten. Jemand setzt z. B. seine einzige Tochter zur Universalerbin ein, substituirt ihr aber, da er zu ihrem Mann ein geringes Vertrauen hat, deren Kinder. Diese sterben aber frühzeitig weg. Soll die Tochter dennoch in ihren Rechten beschränkt bleiben? Zu wessen Gunsten? Zu Gunsten des Erben der Kinder d. h. desjenigen Mannes, gegen welchen die ganze Anordnung ihre Spitze kehrte?! — Ein durchschlagendes Argument endlich gegen die Allgemeingiltigkeit der Mühlfeld'schen Theorie (zugleich ein Argument gegen Unger) ist die gesetzlich anerkannte, mit der Lehre von der sofortigen Delation an den Substituten (als unbedingt Bedachten) unverträgliche Möglichkeit, solche Personen zu substituiren, die zur Zeit des Todes des Erblassers und der Antretung des Fiduciars noch gar nicht existiren (s. bei §. 612). — Resultat: Ob die fideicommissarische Substitution bloß betagt, oder dadurch, daß der Fideicommissar diesen dies erlebe, bedingt ist, muß im einzelnen Falle nach der erklärten oder aus den Umständen erkennbaren Absicht des Testators bestimmt werden. — Dabei haben wir den regelmäßigen Fall im Auge, wo beim Ableben des Fiduciars restituirt werden soll; in den seltenen anders gearteten Fällen kann ein Zweifel überhaupt kaum aufkommen. Sollte der Fiduciar nur eine gewisse Zeit (z. B. fünf Jahre) hindurch den Nachlaß genießen, so kann daran, daß des Nacherben Recht ein unbedingtes ist, nicht gezwweifelt werden,²⁵⁾ und ebensowenig in dem Falle, wo sein Recht von einer Bedingung (z. B. einer Heirath) abhängig gemacht ist, an dem Gegentheil. Nur darüber könnte im ersten Falle gestritten werden, ob, wenn der Fiduciar vor Ablauf der Frist stirbt, der Rest derselben seinen Erben oder dem Fideicommissar zu Gute komme; u. E. muß bis zum Beweise eines anderen Willens²⁶⁾ des Testators das Erstere angenommen werden.²⁷⁾ Die letzteren Fälle sind theils solche, wo die Restitution selbst bei

²⁴⁾ Hieraus erhellt, wie unrichtig Winwartner's Bemerkung im mittleren *Alinea* der §. 115 ist.

²⁵⁾ Diesen Fall übersteht Rippel bei seinen zu allgemeinen Behauptungen auf S. 189, 190; ebenso Staudinger *Ztschft.* f. österr. Rechtsgel. 1831 I S. 263 f., 272 f.; richtiger Ropczyk ebd. 1833 I S. 271 Note; deshalb ist er aber hinsichtlich des Normalfalles nicht etwa anderer Ansicht, als die anderen älteren Juristen; s. S. 274 ff. — Hierse es freilich: „A soll dem B, sobald dieser großjährig ist, restituiren,“ so könnte gemeint sein, „sobald und wenn dieser großjährig ist.“ Es ist eben hier Alles *quaestio voluntatis* (vgl. I. 46 D. 36, 1), wobei man unter Anderem auch erwägen muß, ob in des Testators Willen die Begrenzung des Genusses des Fiduciars oder aber die Hinausschiebung der Herrschaft des Fideicommissars das Primäre ist.

²⁶⁾ Dieser könnte nämlich dahin gehen, daß nur dem Fiduciar zu Liebe der Genuß der Erbschaft nicht sofort dem Fideicommissar zugesprochen wird; daß Dieser nur durch Jenen, und selbst durch ihn nur eine Zeit lang zurückgedrängt werden soll.

²⁷⁾ Denn der Nacherbe ist ex die a quo berufen, ob der dies nun den Worten nach als Anfangstermin seines Rechtes oder als Endtermin des Rechtes des Vorerben hingestellt sein mag. Vgl. unten bei §. 613.

früherem Eintritt der beigefügten Bedingung nicht vor des Fiduciars Tode eintreten soll, theils solche, wo die Bedingung in einem dies incertus der Restitution steht, theils endlich solche, wo die Bedingung neben einem (von des Vorerben Tod verschobenen) dies certus steht. Ein gegründeter Zweifel ist in keinem dieser Fälle möglich.

V. Redaction. Es ist befremdend, daß von all' den Zweifeln, welche die Interpreten des österreichischen Gesetzbuches hinsichtlich der Construction der fideicommissarischen Substitution beunruhigen, den Redactoren keiner aufgestiegen ist; ja es scheint die ganze Frage gar nicht zur Besprechung gekommen zu sein; nur gelegentlich des §. 615 (s. dort) bezeichnete es Zeiller als selbstverständlich, daß der Substitut die Zeit der Restitution erbfähig erleben müsse; doch hieß man auch da die Frage nicht einer Erörterung bedürftig. Um so auffälliger ist dies, als die Redactoren doch kaum übersehen konnten, daß die gemeinrechtliche Theorie hier den österreichischen Juristen im Stiche läßt, da der Boden des fideicommissum hereditatis verlassen, die ganze Materie in einen anderen systematischen Zusammenhang gerückt ist.²⁸⁾ Hieran kann, trotz der Worte des §. 608 „seinen Erben verpflichten, daß er . . . überlasse . . .“ (ebenso schon §. 400²⁹⁾ Westgal. G. B. II), schon nach der Einreichung dieser Materie in's 10. Hauptstück kein Zweifel sein. — Ueber §. 608 erfahren wir aus den Protokollen (Sitzung v. 6. Februar 1804) nichts weiter, als daß das innerösterreich. Appell. Ger. zu §. 400 cit. daran erinnerte, die Restitution könne auch für eine andere Zeit, als den Tod des Vorerben angeordnet sein; und daß auf Zeiller's Antrag folgender Text einstimmig angenommen wurde:

Der Erblasser kann auch anordnen, daß die angetretene Erbschaft nach dem Tode des Erben, oder in andern von dem Erblasser bestimmten Fällen, auf einen zweiten, und von diesem auf einen dritten, und ebenso allmählig auf fernere von ihm ernannte Erben übertragen werden solle.

Bei der Berathung über §. 411 Westgal. G. B. (bezw. §§. 615—617 a. b. G. B.) wurde beschlossen, den Schlusssatz von §. 411 unter Weglassung der Erwähnung der pupillarischen Substitution unserem Paragraph anzufügen. Bei der Berathung über §. 402 Westgal. G. B. (bezw. §. 605 a. b. G. B.) wurde mit Recht der umgekehrte Schluß (von der gemeinen auf die fideicommissarische Substitution) für unzulässig erklärt.³⁰⁾

VI. Der eben erwähnte Schlusssatz des §. 608 ist das Ergebniß der Erwägung, daß wenn der Testator dem B zu Liebe den A, den er ihm doch in gewissem Sinne vorgezogen hat, in seinen Rechten einschränkt (§. 613), um dem B den Nachlaß zu sichern, es umsomehr seinem Willen entspreche, daß B denselben erhalte, wenn A ganz außer Betracht bleibt. Vgl. auch oben S. 216. „Durch diese zweckmäßige Bestimmung (§. 608 i. f.) wird der Wille des Erblassers gesichert, . . . und insbesondere für den Fall, daß der Erstberufene (Fiduciar) sich weigert, die Erbschaft anzunehmen (vgl. Arndts §. 587, Van-

²⁸⁾ Winiwarter (III S. 116) behauptet, seine Entscheidung, wornach der Nachlaß, wenn der Substitut den Tod des Fiduciars nicht erlebt, den Erben des Fiduciars bleiben soll, entspreche „den in Deutschland allgemein angenommenen Begriffen“. Diese Bemerkung ist unbegreiflich. Das gemeine Recht kann doch nicht gemeint sein, da nach diesem das Universal-Vermächtniß, wenn der Fideicommissar auch nur den dies fideicommissi odens erlebt hat, auf seine Erben übergeht (l. 25 pr. l. 46 D. 36, 1), was ja auch in den älteren Lehrbüchern anerkannt war, s. z. B. Höpfner S. 679 und die von ihm Citirten, dann Hellfeld S. 1595, Kaufmann (1814—16) §§. 207, 214, Maddeley S. 729. Winiwarter beruft sich nur auf die Aeußerung Kreittmayr's, daß Fideicommissa restringirend zu interpretiren sind, woraus aber gewiß noch nicht W.'s Entscheidung gefolgert werden darf.

²⁹⁾ Hier soll es übrigens a. E. statt „auflege“ heißen „auflegen“, da jene Lesart einen unerträglichen Sinn gibt.

³⁰⁾ Vgl. §. 58 preuß. R. N. I 12; Gruchot I S. 406 f., Rippel IV S. 180 Z. 4.

gerow II §. 558) in einfacher und befriedigender Weise geforgt.“³¹⁾ Auch die bedingte fideicommissarische Substitution begreift die gemeine in sich, welche dann in derselben Weise bedingt ist.³²⁾

VII. Ueber das Verhältniß des §. 608 zu §. 774, ferner über das fideicommissum eius, quod supererit s. bei §. 613, dann bei §. 609 und den Excurs zu §. 609.

In wiesem die Aeltern ihren Kindern substituiren dürfen.

§. 609.

Auch die Aeltern können ihren Kindern, selbst in dem Falle, daß diese zu testiren unfähig sind, nur in Rücksicht des Vermögens, das sie ihnen hinterlassen,^{*)} einen Erben oder Nachherben ernennen.

Die Protokolle lassen keinen Zweifel an der Richtigkeit der herrschenden Ansicht übrig, daß im §. 609 nichts anderes, als die vollständige Abschaffung der Pupillar- und Quasi-Pupillar-Substitution¹⁾ ausgedrückt werden sollte.^{1a)} Dies ergibt auch eine unbefangene Betrachtung des Vorlautes, der dahin geht, daß „auch“ die Eltern in jedem Falle („selbst . . .“) nur soviel (§. 608) vermögen, als jeder andere Testator. Da also gar keine Ausnahme zu ihren Gunsten Statt hat, so ist es auch völlig irrelevant, ob man das Wort „Eltern“ im engeren oder weiteren Sinne nimmt,²⁾ und ebenso irrelevant, daß es in §. 609 von den Kindern heißt „zu testiren unfähig sind“, während an den Fall gedacht ist, daß sie es bis zu ihrem Tode bleiben.

Nicht entscheidend ist auch die wahrscheinlich absichtlich unterlassene Allegirung des §. 774, weil sich darin nur eine private Ansicht Zeiller's kundgibt, die er in einem (bisher nie verstandenen) Sage seines Commentars³⁾ darlegt, die aber bei den Beratungen nicht zum Ausdruck gekommen ist.

Die in Theorie und Praxis vorherrschende und in das Judicatenbuch des obersten O. G. ausgenommene⁴⁾ Ansicht, daß letztwillige Verfügungen der Eltern, wodurch sie ihren testirungsunfähigen Kindern rücksichtlich des Vermögens, welches sie ihnen hinterlassen, einen Nachherben ernennen, in Ansehung des Pflichttheiles der Kinder schlechthin ungültig seien, — beruht auf einer richtigen Interpretation des §. 609, ist aber dennoch in dieser Allgemeinheit unrichtig, weil dabei andere Rechtsfälle übersehen sind. Allgemein⁵⁾ nämlich übersieht man, daß eine

³¹⁾ Unger §. 19 Anm. 5. — Der Breslauer „Volks-Codex“ (1784) V S. 290 „begreift nicht, warum die römischen Gesetze diese Umschweife gemacht“ (nämlich den Fiduciar zur An- und Abtretung gezwungen haben), da doch die „Maxime der l. 1 §. 10 D. de succ. edict. alle Schwierigkeiten applanirt“.

³²⁾ Unger §. 19 Anm. 5 a. E. — Dworzak spricht sich (a. a. O. S. 256) hierüber dunkel und so aus, daß er vielleicht dort, wo der Vorberufene gar nicht Erbe wird, die bedingte fideicommissarische in eine pure gemeine Substitution umgewandelt wissen will. Wäre dies die Meinung, so könnten wir ihm nicht beistimmen.

^{*)} In der ersten officiellen Ausgabe fehlt der Beistrich.

¹⁾ Arnolds §§. 497—499; Windscheid §§. 558—560.

^{1a)} S. Pfaff in Grünhut's Ztschft. II S. 314.

²⁾ Es war im letzteren Sinne gemeint: arg. Westgal. O. B. II §. 405.

³⁾ II. Bd. 2. Abth. S. 505, 506.

⁴⁾ Als Nr. 8, f. Ger. Ztg. v. 1872 S. 279.

⁵⁾ Das fideic. eius quod supererit wird ganz ausnahmslos übersehen. Wohl aber gibt es solche, welche die herrschende Meinung nicht theilen und im praktischen Ergebniß der hier vorgetragenen Ansicht sich nähern. So Zeiller (a. a. O.), der aber nach der anderen Seite zu weit geht, übersehend, daß eine gewöhnliche fideicommissarische Substitution, selbst wo sie auf den erwähnten Fall eingeschränkt ist, eine unzulässige Beschränkung des Fiduciars (bzw. der Dispositionen des Vormundes) enthält (S. 613), was auch praktisch erheblich ist (f. z. B. §. 220). — Vgl. Schindler in der Wagner'schen Ztschft. 1839 I S. 42 ff. — Opposition gegen die herrschende Ansicht macht ferner auch Prockner (f. Note 7), der aber seine Ansicht nicht nur ganz verkehrt begründet, sondern ihr einen geradezu monströsen theoretischen Ausdruck gegeben hat. — Eine der unseren ähnliche Ent-

fideicommissum eius quod supererit,⁶⁾ wenn es auf den Fall eingeschränkt ist, wo der Fiduciar in der Testirunfähigkeit (Unmündigkeit oder Geisteskrankheit) verstorbt, keine Belastung oder Einschränkung desselben enthält, weder inter vivos, da §. 613 hier ausgeschlossen ist, noch mortis causa, da der Fiduciar in solcher Weise nach der Voraussetzung ohnehin nicht verfügen kann. Mithin findet §. 774 in solchen Fällen keine Anwendung. Ein Recht oder Interesse, ab intestato beerbt zu werden, gibt es nicht, und der Pflichttheil ist für den Notherben da, nicht für seine (vielleicht „lachenben“) Erben. Eine Ausnahme ist nur hinsichtlich der Descendenten des geisteskranken Kindes anzuerkennen, da diese, wenn ihr Patens nicht in der Mitte stünde, selbst direkte Notherben des Testators wären.

Ueber die genauere Begründung dieser Behauptungen, die Geschichte des §. 609, die verschiedenen in Theorie und Praxis geäußerten Ansichten, namentlich die Zeiller's und Prockner's,⁷⁾ ist die Abhandlung in den Excursen⁸⁾ nachzulesen. Dasselbst ist auch die wichtige in der Sammlung V Nr. 2473 erzählte, nicht nur äußerst unbillige, sondern auch nach zwei Seiten hin principiell verkehrte Entscheidung eingehend kritisiert.

Stillschweigende fideicommissarische Substitution.

§. 610.

Hat der Erblasser dem Erben verbotben, über den Nachlaß zu testiren; so ist es eine fideicommissarische Substitution, und der Erbe muß den Nachlaß für seine gesetzlichen Erben aufbewahren. Das Verbotb, die Sache zu veräußern, schließt das Recht,⁹⁾ darüber zu testiren, nicht aus.

I. Redaction. Der §. 407 Westgal. G. B. II lautete:

Hat der Erblasser dem Erben oder Legatar verboten, über den erhaltenen Nachlaß zu testiren; so darf derselbe nichts davon veräußern, und muß das auf diese Art Erworbenene für seine eigenen gesetzlichen Erben aufbewahren. Das Verbot die Sache zu veräußern, schränkt das Recht darüber zu testiren nicht ein.

Zeiller beantragte (Sitzung 6. Febr. 1804): 1) Streichung der Worte „oder Legatar“, sonst müßte man sie hier bei jedem Paragraphen wiederholen; lieber solle man im Hauptstücke von den Vermächtnissen im Allgemeinen auf die Bestimmungen über Substitutionen zurückverweisen (s. jetzt §. 652); 2) man solle ausdrücklich sagen, daß das Verbot zu testiren eine fideicommissarische Substitution der gesetzlichen Erben des Instituirten sei; 3) man solle, gemäß einem Monitum des ostgal. Appell. Ger., die Worte „so darf derselbe nichts davon veräußern“ streichen, dafür aber in einem späteren Paragraphen sagen, daß der Vorerbe überhaupt nur die Rechte eines Nutznießers habe¹⁾ (s. jetzt §. 613). Unter allgemeiner Zustimmung stellte er einen von dem jetzigen nur wenig und nur stylistisch verschiedenen Text auf. — Bei der Superrevision (4. Dec. 1809) fand Michen es bedenklich, aus der entzogenen Freiheit, über etwas zu testiren, zu folgern, daß man es nicht verzehren dürfe. „Derlei stillschweigende Sub-

scheidung geben auch manche Praktiker, die aber ihre Ansicht immer durch den §. 609 stützen wollen, was nie gelingen wird.

⁶⁾ Vgl. Unger §. 48, Text zu Anm. 14.

⁷⁾ Der 1840 ein eigenes Buch über den §. 609 veröffentlicht hat! „Theoretisch-praktische Darstellung über das letztwillige Verfügungsrecht der Eltern“ u. s. w. Darüber und dagegen Bachmann in der Wagner'schen Zeitschft. 1840 III S. 245 ff., Rippel im „Jurist“ V S. 1 ff., Wessely in der Themis N. F. I S. 77 ff.

⁸⁾ „Zu §. 609. Abschaffung der Pupillar-Substitution.“

⁹⁾ Zu der S. G. S. fehlt dieser Weistrich.

¹⁾ Zeiller will damit ein Doppeltes sagen: a) jene Worte seien zu streichen, weil sie nichts für unseren Fall (§. 610) Besonderes enthalten, sondern die Regel, die in einen eigenen Paragraph gehöre; b) diese Regel selbst sei Ausfluß einer höheren Regel und es genüge, diese anzugeben.

stitutionen wären ganz abzustellen.“ Die Erblasser sollten ihren Willen deutlich erklären. Die anderen Botanten aber lehnten eine Aenderung des §. 610 ab.

II. Auch (s. §. 216) die fideicommissarische Substitution kann stillschweigend angeordnet d. h. in einer anderen Anordnung eingeschlossen sein. Es wäre zwecklos, ja unmöglich, wollte man alle Fälle solcher Art aufzählen. Einen derselben behandelt der erste Satz von §. 610;²⁾ in der That ist da eine andere Willensauslegung füglich nicht denkbar (s. auch l. 74 pr. D. 36, 1; sächs. O. B. §. 2504). Eine Reihe anderer häufiger Fälle enthalten die §§. 707 und 708 (s. unten) und das Hofv. v. 29. Mai 1845 (siehe bei §. 612). Die — als solche ungiltige — Anordnung einer pupillarischen oder quaspupillarischen Substitution ist auf eine fideicommissarische Substitution zu reduciren;³⁾ ebenso jede Einsetzung eines Erben des Erben;⁴⁾ ebenso der (an sich gleicher Weise unzulässige) Befehl, daß der Institut (z. B. die Witwe) bestimmte Menschen (z. B. die gemeinschaftlichen Kinder) zu Erben einsetzen solle (l. 114 §. 6 D. de leg. I, l. 17 pr. D. 36, 1).⁵⁾ Ueber von Eheleuten gemeinschaftlich vorgenommene Erbsernennungen s. Excurs II §. 106 f.⁶⁾ In der Anwendung des Fruchtgenusses eines Vermögens kann eine Einsetzung unter fideicommissarischer Substitution enthalten sein.⁷⁾⁸⁾

III. Auch in dem Verbote, das Hinterlassene⁹⁾ zu veräußern, ist eine fideicommissarische Substitution dann enthalten, wenn gesagt ist, zu wessen Gunsten dies Verbot gegeben ist.¹⁰⁾ Wäre dagegen Letzteres nicht gesagt, so liegt in einem Veräußerungs- (und ebenso in einem Einschuldungs-) Verbot noch keine fideicommissarische Substitution,¹²⁾ was Zeiller (II §. 507) damit motivirt, daß „der Erblasser vermuthlich nur besorge, der Erbe dürfte (die Erbschaft) bei Lebenszeit veräußern oder verschwenden, keineswegs aber auch besorge, daß der Erbe selbst mit Hintansetzung seiner Familie Anderen zuwenden werde.“¹³⁾ — Auf die höchst bestrittene Frage, ob unser Paragraph für die Wirksamkeit eines letztwilligen Veräußerungs- oder Einschuldungs-Verbotes beweise,¹⁴⁾ dann, ob eine

²⁾ In Sammlung I Nr. 186 behauptete die II. Instanz neben anderem Verkehrten, daß unser Gesetz „nur in einem taxativ angeführten Falle, nämlich im Falle des §. 610, eine stillschweigende fideicommissarische Substitution anerkenne!“

³⁾ S. oben §. 216, dann Comm. und Excurs zu §. 609; ausdrücklich wird dies bestätigt durch Zeiller's Comm. II §. 507.

⁴⁾ Unger §. 20 bei Note n.

⁵⁾ Zeiller II §. 507, Stubentranch zu §. 610 Z. 2.

⁶⁾ Einen Fall dieser Art f. in der Sammlung V Nr. 2102, wo nicht die Existenz einer fideicommissarischen Substitution überhaupt zu läugnen, sondern die Einschränkung auf das quod supererit zu behaupten war, wie die III. Instanz selbst halbwegs einräumte.

⁷⁾ S. Sammlung I Nr. 186; dort war zweifelhaft, ob der Eine Legatar oder Fiduciar, folglich der Andere Institut oder Fideicommissar sei.

⁸⁾ Einige andere Fälle s. bei Taglioni IV nr. 456 und Carozzi vol. XIV cap. III.

⁹⁾ §. 610 hat aus §. 407 Westgal. O. B. die Worte „die Sache“ (statt: das Hinterlassene) „zu veräußern“ beibehalten; in §. 407 war nämlich ausdrücklich auch vom Legatar die Rede und da wollte man vielleischt Ausdrücke wie „Erbschaft, Erbtheil“ vermeiden, den Ausdruck „Nachlaß“ aber nicht wiederholen, und hielt den Ausdruck „Sache“ für den weitesten und farblosesten (s. §. 285). Diese Textirung ist aber in Hinsicht auf den Erben uncorrect, s. Unger §. 20 Anm. 7.

¹⁰⁾ Unger §. 20 bei Note m, Taglioni IV p. 178.

¹¹⁾ S. die Entscheidung in der Ger. Ztg. 1856 Nr. 14. = 140

¹²⁾ Anders nach §. 534 f. das preuß. L. R. I 12; vgl. Steinbach Veräußerungsverbote §. 15 i. f.

¹³⁾ Im Falle der Sammlung VII Nr. 3630 hätte gar nicht §. 610 angerufen werden sollen; denn das Veräußerungsverbot folgte dort von selbst aus der unzweifelhaften Substitution des Grafen Franz A; was aber die Frage, ob die Kinder des Grafen Emanuel A substituirt waren, betrifft, so hätte aus dem Satze „in conditione positus . . .“ (§. 217) und aus §. 617 argumentirt werden müssen (s. bei §. 617 a. E.). — Einen älteren ganz gleichen Fall f. in der Ger. Ztg. 1855 Nr. 130, Entschbg. Nr. 16.

¹⁴⁾ Dafür: Steinbach Veräußerungsverbote §. 11 (in diesem Sinne läßt sich

und welche Wirkung überhaupt solchen Verböten beigelegt werden könne,¹⁵⁾ ist hier nicht einzugehen; sie gehört in das Sachenrecht.

Einschränkung der fideicommissarischen Substitution.

§. 611.

Die Reihe, in welcher die fideicommissarischen Erben auf einander folgen sollen, wird, wenn sie Alle Zeitgenossen des Erblassers sind, gar nicht beschränkt, sie kann sich auf den Dritten, Vierten und noch weiter ausdehnen.

§. 612.

Sind es nicht Zeitgenossen, sondern solche Nacherven, die zur Zeit des errichteten Testaments noch nicht geboren sind; so kann sich die fideicommissarische Substitution in Rücksicht auf Geldsummen, und andere bewegliche Sachen bis auf den zweyten Grad erstrecken. In Ansehung unbeweglicher Güter gilt sie nur auf den ersten Grab; doch wird bey Bestimmung der Grade nur derjenige Nacherbe gezählt, welcher zum Besitze der Erbschaft gelangt ist.

I. Redaction. §. 611 stimmt wörtlich mit §. 409 Westgal. G. B. II überein, bis auf die (irrelevante) Hinzufügung der Sylbe „Nach“ in dem Ausdruck „die fideicommissarischen Nacherven“. §. 612 reproducirt fast wörtlich den §. 410 Westgal. G. B. II, der aber durch den Schlußsatz „doch wird“ u. s. w. erweitert wurde, auf ein von Zeiller stylistisch verbessertes Monitum der Prager Facultät hin (Sitzung 6. Febr. 1804). Dagegen wurde der Wunsch der niederösterreichischen Stände, welche unter Berufung auf a. h. Entschliessungen vom 22. Jänner und v. 21. Mai 1763¹⁾ bei beweglichem Vermögen gegen jede Beschränkung sich aussprachen, auf Zeiller's Antrag von der Commission nicht berücksichtigt; ebensowenig der beachtenswerthe Vorschlag der Wiener Facultät, statt „Grad“ „Erbfolgefall“ zu setzen.

II. Mit dem römischen Rechte gemein²⁾ hat die österreichische Gesetzgebung die Begünstigung der Freiheit des Eigenthums.³⁾ Sie hat die wirtschaftlichen und sittlichen Nachtheile der Unfreiheit des Eigenthums erkannt, welche Lust und oft Möglichkeit zu intensiver und zweckdienlicher Verwaltung benimmt, und die Rechtsverhältnisse in einer die Sicherheit des Verkehrs gefährdenden Weise complicirt.⁴⁾ Dieser Erkenntniß, bezw. jenem löblichen Streben verdankt §. 612 (vgl. auch §. 614) seine Entstehung.⁵⁾ Der in diesem Paragraphen enthaltene Rechtsfaß hängt auch mit den die Errichtung der Familien-Fideicommissen erschwerenden Vorschriften eng zusammen, ja er bildet eine nothwendige Ergänzung derselben, da sie ohne den §. 612 leicht illusorisch gemacht werden könnten. Mit Recht wurde hier die Testirfreiheit der Rücksicht auf die Freiheit des Eigenthums untergeordnet. — Dem gemeinen Rechte sind solche Bestimmungen (von der singulären und dunklen Anordnung in Nov. 159 c. 2, c. 3 i. f. abgesehen)⁶⁾ fremd, doch macht sich dort seit lange in Theorie und Praxis die Neigung

auch Zeiller's Aeußerung im Comm. II S. 507 deuten). Dagegen: Rippel IV S. 184, Randa in den Jurist. Blättern 1877 Nr. 35 S. 443.

¹⁵⁾ S. etwa die Citirten, dann Kirchstetter zu §. 610; Sammlung Nr. 116, 140; dann die bei Ellinger zu §. 610 cit. Entscheidungen. Mehreres im Sachenrecht.

¹⁾ Die erste Entschliessung spricht von Familien-Fideicommissen und dabei nur von „capitalia, so in fundis publicis anliegen“; die zweite (s. Codex Austriacus VI S. 420) sagt, daß „fideicommissarische Substitutionen ad primum gradum vel haeredem auch in den immobilibus . . . forthin gestattet sein sollen“. S. auch Zeiller S. 538 f. Note *.

²⁾ S. Fhering Geist des röm. R. II §. 33.

³⁾ S. im I. Bd. dieses Commentars S. 193.

⁴⁾ Mehr hierüber bei Fhering a. a. D.

⁵⁾ S. Zeiller Commentar II S. 508.

⁶⁾ S. Lewis Das Recht des Familien-Fideicommisses S. 439 ff.

geltend, fideicommissarische Substitutionen einschränkend auszulegen.⁶⁾ Das französische Gesetzbuch (a. 896) hat die fideicommissarischen Substitutionen überhaupt, das Zürcher (§. 2078) die successiven verboten, das preussische (I 12 §. 55) hat sie auf zwei Grade eingeschränkt.⁷⁾ Unser Gesetzbuch ging von der Erwägung aus: a) daß bei „Zeitgenossen“ eine gesetzliche Schranke entbehrlich sei, weil ja eine natürliche ohnehin durch die längste Lebensdauer gegeben ist; — b) daß bei unbeweglichem Vermögen, da Grund und Boden sich nicht vervielfältigen läßt, der langwährende Ausschluß aus dem freien Verkehr noch nachtheiliger sei, als bei Mobilien.⁸⁾

III. Zu §. 611. Das an sich mehrdeutige Wort „Zeitgenossen des Erblassers“ bedeutet hier, wie sich aus §. 612 ergibt, Personen, die zur Zeit der Anordnung der Substitution⁹⁾ als nati oder doch nascituri existirten.¹⁰⁾ Die Gleichstellung der nascituri mit den nati wird zwar von einigen Juristen hier bestritten,¹¹⁾ indefs wohl mit Unrecht.¹²⁾

IV. Zu §. 612. Die successive fideicommissarische Substitution erlischt hinsichtlich des beweglichen Vermögens mit dem Erwerb von Seiten des zweiten Substituten, der nicht „Zeitgenosse“ ist, hinsichtlich des unbeweglichen schon mit dem Erwerb des ersten. D. h. der erste (bezw. zweite) Substitut dieser Art ist freier Eigentümer des ihm Zugewendeten,¹³⁾ wenn ihm auch noch ein oder mehrere Andere substituirt sein sollten. Es werden also zwei bezw. drei der angeordneten Erbeinsetzungen verwirklicht, da der Institut nicht als „Grad“ mitgezählt wird, selbst dann nicht, wenn er nach der Testamenterrichtung (jedoch bei Lebzeiten des Testators) erzeugt, also in diesem Sinne ein „Nichtzeitgenosse“ wäre. Da aber nur die wirklich Erbenden zählen (§. 612 i. f.,¹⁴⁾ vgl. §. 608 a. E.), so läßt sich zur Zeit

⁶⁾ Vgl. die bei Winiwarter III S. 116 (in unpassendem Zusammenhang) citirten Stellen aus Kreittmayr; dann die Citate bei Gruchot I S. 402 f.

⁷⁾ Mommsen beantragt (§. 465), daß „das successive Vermächtniß“ in der „Hand des zweiten Vermächtnißnehmers“ erlöschen soll. Er faßt nämlich die Nacherbeinsetzung als Erbschafts-Vermächtniß auf. Seine scheinbar einfache Formel ergäbe ein verschiedenes Resultat für das successive Erbschafts-Vermächtniß, das in der Hand des zweiten Substituten erlöschen würde, und für das successive Einzelvermächtniß, bei dem dies schon beim ersten Substituten einträte. Daß er es wirklich so meint, sagt er selbst S. 446. Irgend welchen plausiblem Grund für diese willkürliche und auffallende Unterscheidung gibt er nicht an.

⁸⁾ Vgl. Nippel IV S. 186 Z. 3.

⁹⁾ Dieser Ausdruck ist sprachlich und sachlich richtiger, als der in §. 612 gebrauchte: „Zeit des errichteten Testaments“.

¹⁰⁾ Es erinnert dieser Sprachgebrauch einiger Maßen an den Begriff von postumus im römischen Notherbenrecht.

¹¹⁾ So von Winiwarter III S. 122 unter Berufung auf den Wortlaut von §. 612 („noch nicht geboren“) und seine Tendenz. Ebenso Stubenrauch I. Aufl. II S. 382 Note ***, 2. Aufl. I S. 810 Note 2.

¹²⁾ Sagt ja doch §. 22 geradezu, daß die nascituri, sobald es sich um ihre Rechte handelt, „als Geborene angesehen werden“. Wir sehen nicht, warum §. 22 weniger tauglich sein sollte zur Auslegung des Wortes „geboren“, als etwa §. 42 zur Auslegung der Worte „Eltern, Kinder“. Gleicher Ansicht Unger §. 20 A. 13, der auch auf das Hglb. v. 30. Juni 1845 verweist (es heißt da: „noch nicht geboren und auch nicht gesetzlich als geboren anzusehn“).

¹³⁾ So ist §. 612 immer verstanden worden. Es war eine unentschuldbare Gesehmißdeutung, wenn die II. Instanz in Nr. 78 der Sammlung behauptete: „Die fideicommissarische Substitution besteht nach §. 610 in dem Verbote, über den Nachlaß zu testiren (!); wenn demnach die fideicommissarische Substitution nach §. 612 bis auf den zweiten Grad sich erstreckt, so kann dieses offenbar (!) nur den Sinn haben, daß das von dem Erblasser angeordnete Verbot auch für den zweiten Grad noch giltig sei.“ Und so brachte man heraus, daß auch noch der dritte substituirt Nicht-Zeitgenosse daran komme! — Nichtig entschied die I. und die III. Instanz. (S. über Nr. 78 auch im Bd. I S. 158 Note 5*.)

¹⁴⁾ Nach dem Wortlaute des §. 612 a. E. („welcher zum Besitze der Erbschaft gelangt ist“) könnte man auch einen Solchen, der zwar den Erwerb der Erbschaft, aber

der Anordnung in vorhinein nie behaupten, daß die Einsetzung eines ferneren Nacherben ungiltig sei; erst später entscheidet sich die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit einer solchen.¹⁵⁾ Ferner ist daran zu erinnern, daß, wenn Zeitgenossen und Nicht-Zeitgenossen successiv substituirt sind (sei es, daß jene vorangehen, sei es, daß sie diesen untermischt sind), die Zeitgenossen, auch wenn sie wirklich erben, bei der Zählung der Grade des §. 612 nicht mitgerechnet werden (arg. §. 611).¹⁶⁾ Ob dagegen die Substituten unter einander Zeitgenossen sind, ist ganz irrelevant. Die Schranke des §. 612 gilt auch dann, wenn sie sämmtlich einer und derselben Generation angehören (s. Excurse zu §. 612).¹⁷⁾ Daß die Mehrheit successiv Berufener mit der Mehrheit Mitsubstituirtirter nicht verwechselt werden darf, daß sohin mehrere Personen zusammen einen Grad ausmachen können, ist wohl klar. Es ist aber auch eine Anordnung der Art unbedenklich statthast, daß ein Fiduciar successiv mehreren Fideicommissaren restituiren soll; z. B. „A soll mein Universalerbe sein, nach 5 Jahren aber $\frac{1}{8}$ an B, in weiteren 2 Jahren $\frac{1}{8}$ an C, wieder nach 2 Jahren $\frac{1}{8}$ an D abtreten.“ D ist ebenso wie B Substitut ersten Grades; wir haben hier mehrere zu verschiedenen Zeiten erbbende, aber nicht einander ablösende Substituten; der Eine kommt später daran, als der Andere, aber nicht an seine Stelle. Ueberhaupt muß der Begriff „Substitut ersten (zweiten) Grades“ immer mit Bezug auf das gleiche Object der Zuwendung verstanden werden (s. Excurse zu §. 612, Abs. II). — Alles bisher Gesagte gilt analog auch für das successive Vermächtniß (§. 652), das also zwei (bezw. drei) Legatare nach einander erhalten, da der erste kein Substitut ist. Auch wenn durch Vertrag (z. B. eine Modalschenkung) eine solche (§. 613) Gebundenheit des Eigenthums begründet wird, ist §. 612 analog anzuwenden. (Sammlung I Nr. 423, vgl. IV Nr. 1994 und Ger. Ztg. 1857 Nr. 130.) — Wenn zu einem Vermögen, das bewegliche und unbewegliche Güter enthält, mehr Nacherben successiv berufen sind, als das Gesetz gestattet, so tritt der Fall ein, wo ein Nacherbe hinsichtlich des beweglichen Vermögens noch gebunden ist, während er freies Eigenthum an den Immobilien erwirbt.¹⁸⁾ Er ist gewiß auch wahrer Erbe, da ihm an allen Objecten wenigstens die Proprietät zusteht. Der folgende Substitut aber, der nur mehr das bewegliche Vermögen bekommt, — ist er Erbe oder Legatar? Wollte man ersteres einfach mit der Hinweisung auf das oben S. 14 Abs. II und Note 4, S. 64 bei und in N. 47—49 und bei Unger §. 8 N. 6 Gesagte begründen, so ließe sich dagegen einwenden, daß diese angezogene Entscheidung mit durch die Frage, wer denn sonst der Erbe sein

nicht die Einantwortung erlebt hat, bei der Zählung weglassen wollen. Es ist aber im Schlußsatz von §. 612 wohl nur an den Gegensatz der verwirklichten und der vereitelten Substitution gedacht.

¹⁵⁾ Stubenrauch a. a. O. Z. 4. Es verhält sich ähnlich, wie mit §. 951. Auch da kann man nie in vorhinein behaupten, die Schenkung sei eine donatio inofficiosa.

¹⁶⁾ Richtig Ellinger zu §. 612; unrichtig Winwarter, welcher (III S. 123) behauptet, daß „die Zeitgenossen zusammen für einen Grad gezählt werden müssen“.

¹⁷⁾ Die Beispiele bei den Commentatoren sind sammt und sonders barnach angethan, den Irrthum zu erzeugen, als ob der „erste Grad“ die nächste Generation, der „zweite Grad“ die zweitmächste Generation wäre. Auch ist in allen nur von Descendenten des Erblassers oder doch der Institutirten die Rede. Dies zusammen mit dem unvorsichtigen Text des Hfzb. v. 30. Juni 1845 könnte zu unnützen Zweifeln Anlaß geben. Es heißt da nämlich: „insoferne giltig, als der Erblasser für die berufenen Nachkommen nach . . . §. 612 . . . auch durch eine zu ihrem Vortheile in absteigender Linie errichtete fideicommissarische Substitution giltig hätte sorgen können.“ Entweder sind hier unter „Nachkommen“ überhaupt „Nicht-Zeitgenossen“ gemeint, oder aber es ist der Ausdruck dem häufigsten Falle entnommen. Jedenfalls darf nicht bezweifelt werden, daß §. 612 auch auf solche Nacherben Anwendung findet, die weder mit dem Erblasser, noch unter einander verwandt sind. — Näheres in den Excursen.

¹⁸⁾ Dieser interessante Punkt ist u. W. bisher immer übersehen worden.

solle, motivirt ist, während hier diese Frage sich sehr leicht beantworten läßt, kurz daß beide Fälle verschieden sind. Dennoch billigen wir auch hier dieselbe Entscheidung und zwar darum, weil der Erblasser der fraglichen Person nicht bloß die Mobilien, sondern auch die Immobilien zuwenden wollte, und diese Absicht nur durch das Gesetz theilweise vereitelt wird, so daß der Testator den fraglichen Substituten allerdings zum Universal-Nachfolger haben wollte, welcher Wille, wie wir oben gezeigt haben, stärker ist, als §. 532 pr. und §. 535. Wie aber, wenn der Testator selbst den Substituten auf die Mobilien eingeschränkt hätte? Hier könnte man meinen, solle man nicht ohne Noth von §. 535 abgehen, da man ja hier um einen anderen Universal-Successor nicht verlegen sei. Ist es aber wahrscheinlich, daß Vermächtnisse, die ohne Nennung des Onerirten hinterlassen sind, und andere Nachlaß-Belastungen das bewegliche Vermögen, sofern sie nicht direkt Theile desselben zum Gegenstand haben (z. B. das Vermächtniß einer speciell bestimmten beweglichen Sache) nach des Erblassers Willen unberührt lassen sollen? Gewiß nicht oft; schließlich ist es aber quaestio facti.

V. Die Institution eines zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht einmal Erzeugten wäre nach §. 545 ungiltig. Durch das Hfd. v. 29. Mai 1845 (Hjzd. v. 30. Juni 1845) (S. G. S. Nr. 888) werden aber solche Anordnungen unter Umdeutung in eine fideicommissarische Substitution aufrecht erhalten, indem die Accrescenzberechtigten oder die gesetzlichen Erben¹⁹⁾ als Vorerben subintelligirt werden. Umfomehr müssen auch Vermächtnisse an noch nicht Existirende gestattet werden (s. ebd.). „Für die Sicherung der Rechte der Ungeborenen haben die Gerichtsbehörden nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften zu sorgen.“ Siehe §. 274 a. b. G. B.; Pat. v. 9. Aug. 1854 passim, bef. §. 77 Z. 3, §. 92, §. 158, §. 160, §. 174 Z. 3. — Daß dieses Hofdecret eine singuläre „Abweichung“ enthält „von dem Grundsatz, daß nur Lebende oder solchen rechtlich Gleichgestellte (§. 22) zu Erben eingesetzt oder mit Legaten bedacht werden können“ wurde vom obersten Ger. H. mit Recht ausgesprochen (Sammlung IV Nr. 1498), während es senft oft verkannt wird.²⁰⁾

Rechte des Erben bey einer fideicommissarischen Substitution.

§. 613.

Wird der Fall der fideicommissarischen Substitution eintritt, kommt dem eingesetzten Erben das eingeschränkte Eigenthumsrecht, mit den Rechten und Verbindlichkeiten eines Fruchtnießers zu.

¹⁹⁾ Das Hofdecret drückt sich so aus: Diejenigen, „welche darauf (auf das zuge dachte Vermögen) Anspruch haben, im Falle die Anordnung wegen unterbliebener Geburt des Berufenen nicht vollzogen werden kann (§. 707 a. b. G. B.)“. Diese Formulirung ist (ebenso wie die in §. 708) richtiger, als die zu enge in §. 707 (s. bei §. 707). Ist eine persona futura mit einem Vermächtnisse bedacht, so paßt jene Formel auf die lebenden Collegatäre oder den Onerirten (s. §. 689); handelt es sich um einen Erbtheil, so gehört er vorläufig den accrescenzberechtigten Mitingesetzten oder aber den gesetzlichen Erben des Testators. Eigentümlich gestaltet sich das Verhältnis bei der Einsetzung mehrerer personae futurae (z. B. der Kinder eines Sohnes); hier bekommt die erstgeborene vorerst Alles, und muß dann jedem später Geborenen restituiren (s. Excursus, bef. Abt. V); dies versteht sich schon darum von selbst, weil man 1) gar nicht wissen kann, ob der Erste nicht der Einzige sein werde; und 2) weil selbst wenn man Theile ihm entziehen und anderweitig reserviren wollte, man nicht ohne größste Willkür das Quantum bestimmen könnte. Man kann hier also gar nicht von Erbtheilen reden, von denen man frägt, wer sie interimistisch besitzen soll, sondern es ist umgekehrt ungewiß, ob der Besitzende etwas und wie viel bezw. an wie viele Nacherben abgeben werde. Hier hat das oft wiederholte „non decrescere“ volle Wahrheit; aber hier wird man auch von einem „Accrescenz-Recht“ nicht reden dürfen. S. oben S. 86 f. N. 11*.

²⁰⁾ S. übrigens oben S. 31, dann hier Note 17, endlich die Excursus zu §. 612.

I. Redaction. Es ist wunderbar, daß das Westgal. G. B. über die Rechtsstellung der Vor- und Nacherben gar keine Anordnung enthält. Bei der Berathung des §. 407 Westgal. G. B. II (des jetzigen §. 610) bemerkte Zeiller, man solle, statt in jenem einzigen Falle zu sagen, „er darf nichts veräußern,“ allgemein und in einem eigenen Paragraphen aussprechen, daß der Vorerbe „ein bloßer Nutznießer“ sei. Nach Besprechung der jetzigen §§. 611, 612 kam er darauf zurück (beides in der Sitzung v. 6. Febr. 1804); hier wäre der Ort, den früher angebotenen Paragraphen einzuschalten und zu sagen: „Bis der Fall der fideicommissarischen Substitution eintritt, kommen dem eingesezten Erben die Rechte und Verbindlichkeiten eines Nutznießers zu.“ So unüberlegt (gegen Zeiller's Art) dieser Vorschlag war, so unüberlegt (wie es scheint, ohne jegliche Debatte) wurde er angenommen. Es ist ein Verdienst Pratobervera's, bei der Revision (27. Aug. 1807) die Frage aufgeworfen zu haben: wer denn dann überhaupt hier der Eigenthümer sei? In Folge dieser Erinnerung wurde der jetzige¹⁾ Text beschloffen. — Bei dieser hinsichtlich eines so überaus wichtigen Paragraphen befremdenden Dürftigkeit der Protokolle, trifft es sich gut, daß Zeiller, jenes Versehen wettmachend, gerade den §. 613 in seinem Commentar mit dankenswerther Ausführlichkeit behandelt hat. Wir erhalten hiedurch die Beruhigung, daß man — trotz des principiell geänderten Standpunktes, der theoretischen Ersetzung des Universalvermöchtnisses durch das Nacherbrecht — in der praktischen Behandlung der Stellung des Vorerben so weit bei dem gemeinen Rechte stehen bleiben wollte, als sich nicht Abweichungen aus den übrigen Grundätzen unseres Gesetzbuches von selbst ergeben.²⁾ Daher das Schweigen des Westgal. G. B., daher die Dürftigkeit der Debatten bei Abfassung des §. 613.

II. Vor der Restitution. A. Der Fiduciar ist instituirter Erbe; seine Antretung, seine Obliegenheiten hinsichtlich der Nachlassabhandlung haben nichts Besonderes;³⁾ namentlich kann auch er zur Antretung nicht gezwungen werden (s. unten). Nicht in den Voraussetzungen, wohl aber in den Wirkungen der Erbfolge, also in dem Inhalte seiner erworbenen Rechtsstellung, namentlich hinsichtlich seiner rechtlichen Macht über das Erbvermögen,^{3a)} unterscheidet sich der Vorerbe von einem gewöhnlichen Erben. Dieser ist freier, Jener ist beschränkter Herr oder „Eigenthümer“ (s. oben S. 6) des erworbenen Vermögens. Seine Herrschaft, sein „Eigenthum“ ist zeitlich beschränkt, und jede zeitliche Beschränkung bringt eine inhaltliche mit sich, da der Anwärter an den Schicksalen des Vermögens rechtlich interessirt ist. Die Redactoren wollten anfangs (wie wir soeben sahen) dem Fiduciar nur den Fruchtgenuß an dem Vermögen einräumen, formulirten aber dann sein Recht als „das eingeschränkte Eigenthumsrecht mit den Rechten und Verbindlichkeiten eines Nutznießers“. Allerdings war der nächste Grund dieser Aenderung die Einsicht, daß ja das Vermögen sonst herrenlos (d. h. bis zur Restitution ohne Eigenthümer) wäre; aber unrichtig ist die Meinung, als ob die ganze Bedeutung jener Formel in der Vereitigung einer theoretischen Verlegenheit aufginge, als ob in Wahrheit der Fiduciar kein Eigenthümer, als ob er, praktisch betrachtet, doch nichts weiter als ein Fruchtnießer wäre.⁴⁾ Fruchtgenuß verwandelt sich durch das Wegfallen

¹⁾ Bis auf die gleichgiltige Variante „Nutznießer“ statt „Fruchtnießer“.

²⁾ Die wichtigsten (um sie andeutungsweise und übersichtlich schon hier zu erwähnen) sind: der Wegfall 1) der Quart, 2) des Zwanges zur Antretung (des Fiduciars), 3) der Restitutionserklärung.

³⁾ Zeiller S. 511 Z. 3; Stubenrauch zu §. 613 Z. 1.

^{3a)} Dagegen hat seine Rechtsstellung gegenüber den Gläubigern und Schuldnern der Erbschaft nichts Besonderes. Zeiller S. 511 Z. 3.

⁴⁾ S. Sammlung II Nr. 788, wo es in den Motiven des obersten Ger. S.

des gegenüberstehenden Eigenthümers nie in Eigenthum; wohl aber kann sich das beschränkte Eigenthum in unbeschränktes verwandeln: durch Erlöschen nämlich des beschränkenden fremden Rechtes oder der beschränkenen Anordnung, ohne daß die Erweiterung der Befugnisse des Gewinnenden als ein neuer Rechtserwerb betrachtet werden dürfte. So beim Erlöschen von Servituten, insbesondere von usufructus, wodurch die nuda proprietas sich zum plenum dominium consolidirt; so auch in unserem Falle durch Vereitelung der Substitution, wodurch der Vorerbe, ohne daß es einer neuen Antretung oder eines sonstigen Actes bedürfte,⁵⁾ und ohne daß es in diesem Momente auf irgendwelche Fähigkeit ankäme, freier Herr des Ererbten wird.⁶⁾ Und auch noch auf anderen Punkten wird es sich zeigen, daß fideicommissarische Substitution und Legat des Fruchtgenusses einer Erbschaft wesentlich verschiedene rechtliche Wirkungen haben, m. a. W. daß das „Eigenthum“ des Vorerben kein „inane nomen“ ist.⁷⁾ — Da es nun aber mehrere Arten beschränkter Eigenthums gibt, gilt es, unseren Fall näher zu charakterisiren. Die Einschränkung reicht soweit, als die Sicherung ihres Zweckes, das Erbvermögen dem Nacherben zu erhalten, es fordert. Ein gegenwärtiges Recht des Nacherben wird dabei nicht nothwendig vorausgesetzt,⁸⁾ da schon die Möglichkeit des Restitutionsfalles dem Erben die Pflicht auferlegt, die Restitution nicht unmöglich zu machen. In alledem ist das Eigenthum des §. 613 sehr ähnlich dem römischen Eigenthum des Mannes am Dotalvermögen, und selbstverständlich auch der Rechtsstellung des heres fiduciarius. Der §. 613 selbst verweist uns wegen der näheren Charakteristik auf die Bestimmungen über die Fruchtnießung; dabei kann es sich aber nach dem oben Gesagten nur um eine sinngemäße kritische Benutzung derselben handeln; sie insgesammt und wortgenau herziehen wollen, geht nicht an. Daß das beschränkte Eigenthum des §. 613 von dem sogen. getheilten, nämlich dem Nutzungseigenthum der §§. 357 ff., insbesondere auch von der eigenthümlichen Rechtsstellung des Inhabers eines Familienfideicommisses (§§. 629 ff.), wesentlich verschieden sei, wird ziemlich allgemein anerkannt;⁹⁾ doch herrscht keine Uebereinstimmung und Klarheit über

heißt: „Wenn nun gleich §. 613 a. b. G. B. auch den eingesetzten Erben ein beschränktes Eigenthum heimißt, damit bis zum Eintreten des Substitutionsfalles die Beziehungen der Person zur Sache auf eine der juristischen Terminologie entsprechende Weise bestimmt seien, so ändert dies doch nicht die wahre Sachlage, vermöge welcher die Rechte des eingesetzten Erben auf die eines Fruchtnießers eingeschränkt sind . . . eine Beschränkung, welche nur gestattet, an das im §. 509 a. b. G. B. definierte Recht des Fruchtgenusses, nicht aber an ein Eigenthumsrecht im Sinne des §. 354 a. b. G. B. zu denken.“ Man glaubt Justinian zu hören! „Res . . . naturaliter in eius (sc. uxoris) permanserunt dominio; non enim quod legum subtilitate transitus eorum in mariti patrimonium videtur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est.“ (L. 30 pr. Cod. V, 12).

⁵⁾ Die Manipulationen bei der Devinculirung gehören nicht zu den Voraussetzungen, sondern zur praktischen Verwirklichung dieser Freiheit.

⁶⁾ Vgl. Staudinger in der Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1831 I S. 262; Winwarter III S. 125 i. f.; Stubenrauch zu §. 613 Z. 4.

⁷⁾ Ganz unrichtig Kirchstetter 2. Aufl. S. 313 Note 8 und Text dazu (3. Aufl. S. 328 u. Note 7): „Dem Fiduciar steht nach österr. Recht nicht das Eigenthumsrecht, sondern bloß der Fruchtgenuß . . . zu;“ die Definition des §. 613 enthalte eine contradictio in adiecto. — Ungenau bezeichnet das Hofv. v. 29. Mai 1845 das Recht aus §. 613 mit „Besitz und Gemüß“.

⁸⁾ Vgl. Prodner im „Jurist“ XIII S. 250–252; Ellinger zu §. 613.

⁹⁾ S. z. B. Zeißler S. 511 i. f., Staudinger a. a. O. S. 262, Kopežky in der Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1833 I S. 293; der Ungenannte (Dr. G. P.) in der Ztschft. f. b. Notar. 1877 Nr. 13, 14. — Eine nicht löbliche Ausnahme macht Basevi zu §. 613; der Vorerbe sei „proprietaryo utilista“, dem Nacherben (der vielleicht noch gar nicht existirt!) siehe „il diretto dominio“ nach Analogie des §. 629 zu; Beide „possono in tale qualità farsi aggiudicare l'eredità, e farsi inscrivere nei pubblici registri.“ Neuestens (1877) behauptet auch Steinbach die Wirkungen vertragsmäßiger und letzt-

die unterscheidenden Merkmale. Insbesondere wird zuweilen verkannt, daß das Eigenthum des §. 613 dem freien Eigenthum näher steht, als das des Fideicommissinhabers;¹⁰⁾ denn jenem steht nicht, wie diesem (nach der Vorstellung der Redactoren; §. 629) ein Obereigenthum gegenüber; auch ist dort die Wahrscheinlichkeit der Verwandlung in freies Eigenthum viel größer, als hier. Endlich ist das Recht des Fiduciars nicht, wie das des Fideicommiss-Inhabers, schlechthin unvererblich.¹¹⁾ Denn, wenn z. B. dem Vorerben aufgetragen ist, den Nachlaß nach fünf Jahren dem Nacherben zu restituiren, und Jener stirbt zwei Jahre nach dem Testator, so kann während der drei Jahre das Interregnum doch wohl von niemand Anderem geführt werden, als von den (gleichviel ob testamentarischen oder gesetzlichen) Erben des Fiduciars, als welche ihn repräsentiren. Ebenso, wenn beim Tode des Vorerben der Nacherbe noch nicht erzeugt ist.¹²⁾ Dagegen ist die Herrschaft des Vorerben über den Nachlaß, wie jedes Erbrecht, unveräußerlich¹³⁾ und kein Gegenstand der Execution (vgl. Sammlung VI Nr. 3158 und dazu hier Note 22) und kann dieser Rechtsfuß selbst mit der Ausflucht nicht umgangen werden, daß man nicht das Recht, sondern nur dessen Ausübung veräußere. Denn der Fiduciar ist, wie sein Name sagt, eine Vertrauensperson, um so mehr, als der Substitut ihm viel wehrloser gegenüber steht, als der Eigenthümer dem Usufructuar. — Von dieser Frage nach der Natur des fiduciarischen „Eigenthums“ am Nachlaß ist zu unterscheiden die seinen Inhalt betreffende Frage, ob vermöge dieses Rechtes der Vorerbe einzelne Nachlaßsachen (und mithin auch das Substitutionsvermögen als Summen seiner Theile) veräußern dürfe und könne? Diese Frage, über die früher nur darum wenig gesprochen wurde, weil man ihre Verneinung für selbstverständlich ansah, ist in unserer Zeit, besonders in der Praxis, sehr bestritten. Daran zwar kann kein Sachverständiger zweifeln, daß eine unverclausulirte Veräußerung unstatthaft ist; wohl aber findet die Ansicht Vertreter, daß eine solche Veräußerung mit der Einschränkung „unbeschadet der Substitution“ allerdings erlaubt sei; habe auch der Fiduciar nur ein beschränktes Recht an den Nachlaßsachen, so könne er doch dieses als beschränktes veräußern. Dieser Ansicht kann soviel eingeräumt werden, daß solche Veräußerungen juristisch wohl denkbar sind. Auch in unserem positiven Rechte ist die Möglichkeit ähnlicher Geschäfte vorausgesetzt: s. §. 468 und §. 527. Dennoch und obgleich für jene Ansicht angeführt werden könnte, daß die Beschränkung des Fiduciars nicht weiter gehen solle, als

williger Veräußerungs- und Belastungsverbote S. 26 N. 17, S. 34 f. eine Theilung des Eigenthums zwischen Fiduciar und Fideicommissar (bagegen Rand a Jurist. Bl. 1877 Nr. 34 S. 430) — und soll dies namentlich daraus erhellen, daß die Anordnung des §. 158 des Pat. v. 9. Aug. 1854 im Grundbuchsgesetz v. 1871 nicht wiederholt ist, die Eintragung des Substitutionsbandes also nur unter §. 9 G. B. G. falle, d. h. eine Eintragung des Eigenthumsrechtes des Fideicommissars sei. Eines gegenwärtigen Eigenthumsrechtes? Das würde aus Steinbach's Argumenten nicht folgen, und doch würden sie nur dann beweisend sein, wenn sich dies daraus ergäbe. Im Uebrigen vgl. den Text und die Lehre vom getheilten Eigenthum.

¹⁰⁾ S. z. B. Kopecky S. 293: „Der Fiduciarverbe ist kein Nutzungseigenthümer, sondern nur ein beschränkter Eigenthümer mit den Rechten und Verbindlichkeiten des Fruchtnießers.“ Noch deutlicheren Ausdruck fand diese unrichtige Auffassung in dem Aufsatz des Ungenannten (s. vorige Note): Der Vorerbe habe kein Nutzungseigenthum, sondern „Eigenthum mit den alleinigen Rechten eines Nutznießers, somit — §. 509 gemäß — ohne alles Recht auf die Substanz“ (!). „Durch §. 613 erscheint dem Fiduciar zwar das objective Eigenthumsrecht (?) im Sinne des §. 353 a. b. G. B. eingeräumt, das subjective Eigenthumsrecht im Sinne des §. 354 aber dermaßen beschränkt, daß nur mehr der ususfructus übrig bleibt.“

¹¹⁾ Diese Punkte fallen, wo es sich um die Natur der Rechtsverhältnisse handelt, u. E. schwerer in die Wage, als die singulären Befugnisse (s. z. B. §. 635), die der Fideicommiss-Inhaber vor dem Fiduciar voraus hat.

¹²⁾ Vgl. Excursus zu §. 612 Abs. V a. E.

¹³⁾ S. in diesem Bande S. 7.

des Substituten Sicherheit erfordert — muß sie aus praktischen und noch mehr aus historischen Gründen verworfen werden. Einerseits liegt kein Bedürfniß nach solchen Glücksgeschäften vor, wo der Käufer in der Regel nicht wüßte, ob er die Sache einige Tage oder viele Jahre werde behalten dürfen; ¹⁴⁾ andererseits sind solche Ausschreibungen einzelner Stücke aus dem Nachlaß dem Substituten noch weit gefährlicher, als es die Uebertragung des Rechtes am Nachlaß (s. oben) wäre; namentlich wäre es bei beweglichen Sachen für diesen ein schlechter Trost, daß der Erwerber bei der Tradition auf die Beschränktheit des Eigenthums aufmerksam gemacht worden sei! Wollte man aber durch Cautionen nachhelfen, so würden dadurch solche Geschäfte noch viel unpraktischer. Geradezu entscheidend sind aber die historischen Gründe: das gemeine Recht, von dem auf diesem Punkte abzuweichen, weder den Verfassern des Westgal., noch denen des a. b. O. B. je in den Sinn kam (s. Abs. I a. E.); ^{14a)} die Autorität Zeiller's, der die entgegengesetzte Ansicht ausdrücklich vorträgt (S. 512), und der älteren, dem gemeinen Recht noch näher stehenden Juristen, welche die Unveräußerlichkeit als etwas von Niemandem Bezweifeltes und Selbstverständliches voraussetzen; ¹⁵⁾ und vor Allem §. 613 selbst, der des Fiduciars Recht mit dem des Fruchtnießers vergleicht, wozu noch zwei Thatsachen aus der Redactionsgeschichte kommen: einmal, daß die Redactoren anfangs den Ausdruck „Eigenthum“ ganz vermeiden wollten (s. Abs. I); dann, daß in §. 610 früher die Worte „er darf nicht veräußern“ standen, und nur darum gestrichen wurden, weil dies bei einem einzelnen Fall zu sagen unpassend und Angesichts des neuen §. 613 überflüssig schien (s. Abs. I und bei §. 610). Und so muß denn als Regel unbedenklich ausgesprochen werden: der Fiduciar darf Stücke des vinculirten Vermögens nicht veräußern. Ausnahmen von dieser Regel müssen allerdings nach der Natur der Sache angenommen werden; so „wenn die Sachen verbrauchbar sind (arg. §. 613, §. 510), wenn die Veräußerung zur Bezahlung von Erbschaftsschulden oder wegen der Beschaffenheit der Sache selbst aus wirtschaftlichen Gründen erforderlich ist, oder wenn der Erblasser sie ausdrücklich oder stillschweigend gestattet oder der Nacherbe seine Zustimmung gegeben hat.“ ¹⁶⁾ Wie aber, wenn der Vorerbe unbefugt veräußert hat? Die Veräußerung ist nichtig, ^{16a)} und der Fiduciar selbst könnte (was er freilich meist zu thun sich wohl hüten wird) ¹⁷⁾ die Sachen vindiciren; ¹⁸⁾ der Substitut kann es aber, obgleich er der Verletzte ist, nicht sofort thun, sondern erst, nachdem er Erbe und damit Eigenthümer der Sachen geworden ist. ¹⁹⁾ Keine Ausnahme, sondern nur eine Schranke der Wirksamkeit jener Regel ist es, daß die Veräußerung dann wirksam ist, wenn

¹⁴⁾ Hierin und im Hauptresultat stimmen wir dem Ungenannten (s. Note 9) zu.

^{14a)} Vgl. auch die Instruction für die böhm.-mähr. Landtafel (Anhang des Landtafel-Pat.) v. 22. April 1794 (S. O. S. Nr. 171) §. 35: „Da der Besitzer eines mit der Substitution befangenen landtäfelichen Gutes seinem Gläubiger nur die Einkünfte verpfänden kann . . .“

¹⁵⁾ So ist es gemeint, wenn sie ihn (z. B. Staudinger S. 261 f.) als „formellen Eigenthümer, Fruchtniesser, Verwalter und Verwahrer“ bezeichnen; vgl. §. 610.

¹⁶⁾ Unger §. 48 III. 2. Für die Zulassung dieser Ausnahmen spricht auch das Vorbild des gemeinen Rechtes und die Autorität Zeiller's S. 512. Vgl. bürgerl. O. B. für Sachsen §. 2517.

^{16a)} Gleicher Ansicht Randa a. a. O. und Nr. 35.

¹⁷⁾ Da er beim Verkauf und überhaupt bei entgeltlichen Veräußerungen evictionspflichtig ist, und selbst bei einer Schenkung unter Umständen schabenerantwortlich werden könnte.

¹⁸⁾ Wäre er allein an der Sache interessirt, so würde er mit der exceptio rei venditae et traditae zurückgewiesen werden können; da dies aber nicht der Fall ist, und da der Substitut selbst noch nicht vindiciren kann, so muß die vindication des Vorerben zugelassen werden. Ähnliches nach römischem Recht bei der Veräußerung des fundus totalis; s. Arnolds Pand. §. 402 Anm. 4.

¹⁹⁾ S. Unger §. 48 Anm. 7, Stubenrauch 2. Aufl. II. Bd. S. 313 Z. 4 i. f., Sammlung I Nr. 62.

sie unter Umständen geschah, unter denen auch eine Veräußerung von Seite eines Nichteigenthümers wirksam wäre.²⁰⁾ Auch für die Frage nach der Convalescenz von Veräußerungen (und, fügen wir gleich hier hinzu, Verpfändungen) durch Wegfall der Substitution gelten dieselben Regeln, wie für die Convalescenz dergleichen Verfügungen Seitens eines Nichteigenthümers, der nachträglich Eigenthümer wird. — Hiernach ist es selbstverständlich, daß der Fiduciar zwar die Früchte, nicht aber Nachlassstücke verpfänden kann.²¹⁾ Auch executive Pfändungen und Veräußerungen Seitens der Gläubiger des Vorerben sind unzulässig,^{21a)} da durch sie der Nacherbe geschädigt würde. Daß hingegen den Gläubigern des Erblassers und überhaupt denjenigen Erbschaftsgläubigern, welche ihre Ansprüche nicht auf den letzten Willen stützen, die durch diesen letzten Willen angeordnete Vinculirung nicht im Wege steht, ist ebenso selbstverständlich.^{21b)} — Verschieden von der früheren Frage nach der Veräußerlichkeit und Verpfändbarkeit der Nachlasssachen cum onere, genauer: nach der Uebertragbarkeit und Verpfändbarkeit des beschränkten Eigenthums an solchen Sachen, ist die Frage, ob bei einer bedingten Substitution die Sachen nicht unter der entgegen gesetzten Suspensiv-Bedingung veräußert und verpfändet werden dürfen? Soweit es sich dabei um die obligatorischen Geschäfte (Verkauf, Schenkung u. s. w.), kurz um die Begründung eines Eigenthums-, resp. Pfandrechts-Titels handelt, ist die Frage unbedenklich zu bejahen; soweit es sich um bedingte Traditionen von Mobilien handelt, ist sie aus oben ange deuteten praktischen Gründen zu verneinen, da solche Geschäfte dem Zwecke des Institutes und den Absichten des Gesetzes (s. z. B. §. 610 a. b. G. B., §. 158 des Pat. v. 9. Aug. 1854) entgegen sind. Was endlich die Frage nach der Eintragung solcher Geschäfte bei Immobilien in die öffentlichen Bücher betrifft (s. Sammlung VII Nr. 3370), so ist sie gar nicht eine dem §. 613 eigenthümliche, sondern eine im Immobilien-Sachenrecht in der allgemeinen Fassung zu untersuchende, ob und wiefern durch das öffentliche Buch ein bedingter Rechtserwerb begründet werden könne.²²⁾

²⁰⁾ Nämlich bei Mobilien, wenn die Voraussetzungen des §. 367 eintreffen, bei Tabularobjecten, wenn die Beschränkung des Rechtes nicht im öffentlichen Buche angemerket war und der Erwerber im Vertrauen auf das öffentliche Buch erworben hat; vgl. Unger §. 48 III. 2.

²¹⁾ Bezw. vom Standpunkte einer anderen Auffassung (s. Czner Destr. Hypothekenrecht S. 48—51): daß er zum Nachlaß gehörige Immobilien nicht in gewöhnlicher Weise, sondern nur „ad fructus“ verpfänden kann. Ob diese oder jene Ausdrucksweise theoretisch die angemessenere ist, davon im Pfandrecht. Es ist klar, daß oben nur solche Verpfändungen gemeint sind, welche die Gefahr der Veräußerung mit sich bringen.

^{21a)} Hier freilich entfiele das gegen freiwillige Verpfändungen oben rege gemachte Bedenken; dem Execution führenden Gläubiger wird auch eine schwankende Deckung lieber sein, als keine.

^{21b)} Vgl. Rippel IV S. 190; Kanda a. a. O. Nr. 34 S. 429.

²²⁾ Ueber alles das im Text zwischen Note 12 und Note 22 Besprochenen herrscht noch viel Unklarheit. Gewöhnlich wird die Frage so gestellt: „kann der Fiduciar Nachlasssachen veräußern und verpfänden?“ Diese Frage ist ganz unklar gedacht und so kommt es, daß manche Juristen zu dissentiren oder mit einander übereinzustimmen glauben, während es nicht der Fall ist. Solche Mißverständnisse können auf diesem schwierigen Gebiete nur durch scharfe Unterscheidungen vermieden werden. Man muß folgende Fragen unterscheiden: 1) Kann das Recht des Vorerben in toto veräußert oder verpfändet werden? 2) Kann der Vorerbe Sachen aus dem Nachlasse veräußern oder verpfänden? 3) Kann der Substitut oder dessen Vertreter unbesugt veräußerte Sachen sofort vinculiren? 4) Kann der Vorerbe unter der Suspensiv-Bedingung des Wegfalls der Substitution veräußern oder verpfänden? — Dr. G. P. in der Not. Ztg. 1877 Nr. 13, 14 verneint die zweite Frage, und führt als entgegenstehende Entscheidungen I Nr. 62 und VII Nr. 3370 an; mit Unrecht; Nr. 62 verneint die dritte Frage und dieses thun auch wir (s. Text vor Note 19), obgleich wir mit Dr. G. P. die zweite verneinen; Nr. 3370 bejaht die vierte, damit aber noch keineswegs die zweite Frage. (Ausführlicher ist der Fall erzählt in der Ger. Ztg. 1869 Nr. 60; obgleich der oberste Ger. S. die Entscheidung der II. Instanz bestätigte, ist die theoretische Auffassung hier und dort doch nicht die gleiche gewesen; die II. Instanz hielt offenbar das

III. Daß die Erträgnisse des vinculirten Vermögens in des Vorerben freies Eigenthum fallen, versteht sich von selbst,²³⁾ gerade wie die Erträgnisse des Dotalvermögens nicht in das dotale, sondern in das freie Eigenthum des Mannes fallen. Und zwar hat der Fiduciar ein Recht „auf den vollen, sowohl gewöhnlichen, als ungewöhnlichen Ertrag (§§. 510, 511).“²⁴⁾ Gehört zu dem vinculirten Vermögen ein Grundstück, in welchem ein Schatz gefunden wird, so vermehrt die Grundeigenthümer-Hälfte das vom Vorerben zu genießende und später zu restituirende Capital; auch dies ganz wie bei der Dos.²⁵⁾ Gehört zu

Recht aus §. 613 für verpfändbar, die III. Instanz nahm eine Eventualverpfändung an.) Rippel IV S. 189 f. bejaht in vermeintlicher Polemik gegen Zeiller (der die zweite Frage im Auge hat) die vierte Frage hinsichtlich der Verpfändung (warum nur hinsichtlich dieser?); ähnlich Stubenrauch Z. 4. — Eine noch größere Unklarheit, als in der oben gerügten Fragestellung liegt in der Clausel „unbeschadet der Substitution“ („unnachtheilig der Substitution, unter Verwahrung der Substitution“ u. dgl.). Mit ihr kann gemeint sein: 1) daß das Eigenthum als beschränktes (unter Anerkennung seiner Beschränkung) übertragen oder verpfändet werde. (vgl. oben Frage 2); so versteht sie z. B. Dr. G. P.; oder 2) daß die Veräußerung oder Verpfändung unter der Bedingung des Erlöschens der Substitution geschähe (vgl. Frage 4); so verstand sie z. B. der oberste Ger. S. in Nr. 3370 und so will Rippel IV S. 189 f. jede (auch eine unverclausulirte) Verpfändung von Seiten des Fiduciars verstanden wissen; oder 3) daß das Pfandrecht nur den Ertrag ergreifen solle; s. z. B. Sammlung XII Nr. 5260. Die Zulassung einer solchen pythischen Formel ist ein Hohn auf den Zweck der öffentlichen Bücher und in ihrer Zurückweisung sollten Alle einig sein, auch wenn sie über die meritorischen Fragen uneins sind. — Daß hier zwischen freiwilligen und unfreiwilligen Rechteinräumungen kein Unterschied zu machen sei, darüber herrscht ein stillschweigendes Einverständnis; m. a. W. wer die freiwillige Veräußerung oder Verpfändung zuläßt oder verneint, thut dasselbe auch hinsichtlich der analogen executiven Acte. Mit Recht; der Grund der Verneinung ist hier wie dort derselbe: die Rücksicht auf den Anwärtler. — Was nun die Praxis betrifft, so ist sie schwankend; mit Befriedigung aber kann constatirt werden, daß der oberste Ger. S. von den richtigen Ansichten ausgeht. Die erste und die (practisch weitaus wichtigere) zweite Frage wurden verneint in dem Falle der Sammlung VI Nr. 3158 (die erste allerdings nicht direkt, da es sich um ein Legat handelte, doch geht aus der Tertirung der Motive hervor, daß der oberste Ger. S. auch sie verneint); die zweite in Bd. V Nr. 2571 (hinsichtlich der freiwilligen Veräußerung), in Bd. VI Nr. 3075, Bd. IX Nr. 4217, Bd. XII Nr. 5260 (hinsichtlich der executiven Pfändung und Veräußerung); ferner in den Motiven der übrigens nicht hergebrüngen Fälle Bd. I Nr. 140, Bd. II Nr. 788; im letzteren Falle wurde der Rechtsatz, daß der Fiduciar „die Sachen weder veräußern noch verpfänden kann“, als etwas Unzweifelhaftes vorausgesetzt, da er als Argument angeführt wurde. In Bd. XII Nr. 5260 wurde ausdrücklich ausgesprochen, daß „bei der vorhandenen Substitution das Eigenthumsrecht des (Fiduciars) überhaupt nicht, also auch nicht mit Aufrechterhaltung der daran haftenden Beschränkungen auf einen Anderen übertragen werden kann, daher auch der in dem beschränkten Eigenthumsrechte begründete Fruchtgenuß an sich einer Uebertragung nicht unterliegt.“ [Ob die Nr. 2725, im VI. Bd., eine bedauerliche Ausnahme mache, ist nicht ersichtlich; es ist nämlich nicht gesagt, wer der Executionsführer war (ob Erbschafts- gläubiger oder Gläubiger des Vorerben); auch lag dort der Nachdruck auf processualischen Fragen.]

²³⁾ Die in der Sammlung II Nr. 788 ventilirte Frage ist bei §. 150 zu beantworten; denn die Tragweite dieses Paragraphen, nicht der Sinn von §. 613, ist dort das entscheidende.

²⁴⁾ Zeiller S. 511 Z. 4.

²⁵⁾ L. 7 §. 12 D. XXIV 3. — Es ist unzulässig, auch hier sich einfach auf §. 511 zu beziehen (wie z. B. Ellinger thut). Wenn es daselbst heißt: „auf einen Schatz, welcher in dem zur Fruchtnießung bestimmten Grunde gefunden wird, hat er keinen Anspruch,“ so ist damit nicht bloß gemeint, daß der Fruchtnießer den Schatzanteil nicht behalten, sondern auch, daß er ihn nicht genießen dürfe; m. a. W. es ist damit nicht gesagt, daß er ihn bereinst, sondern, daß er ihn sofort dem Eigenthümer herausgeben müsse (unklar Stubenrauch zu §. 511 Z. 3). Dies ist natürlich auf den Fiduciar unanwendbar, da ja derzeit er selbst der Eigenthümer ist. Darüber also kann gar kein Zweifel sein, daß die Schatzhälfte jetzt „dem Fiduciar gebührt“, daß sein Recht sich „auch auf sie erstreckt“; die Frage ist nur, ob sie ihm zu beschränktem oder zu freiem Eigenthum gehöre, ob sie bereinst zu restituiren sein werde oder nicht. Wenn also Jemand den Fruchtnießer und den Fiduciar einander so entgegensetzt, daß Diesem, nicht auch Jenem die Schatzhälfte gehöre, oder daß

dem „Substitutionsvermögen“ ein Loos, und fällt auf dieses ein Treffer, so tritt das gewonnene Geld an die Stelle des Werthpapiers als Bestandtheil des vinculirten Vermögens. — Was die Verwaltung des Vermögens durch den Fiduciar, seine Pflicht zur Diligenz, namentlich zur Instandhaltung von Gebäuden, „Werken“, Wegen u. dgl., zur Tragung der „Lasten“ und gewisser Kosten, andererseits seine Ersatzansprüche wegen gewisser Verwendungen betrifft, so finden hier die Bestimmungen über den Fruchtgenuß (§. 512 ff.) sinngemäße Anwendung.²⁶⁾ Die Vorschriften über die Verwaltung des Familien-Fideicommiß-Inhabers, besonders die §§. 633—641, sind hingegen hier durchaus unanwendbar.²⁷⁾

IV. B. Der Substitut hat eine mehr oder weniger sichere Anwartschaft, die, weil ihre Verwirklichung von Niemandes gutem Willen direkt abhängt, ein ius quaesitum im Unterschied von einer einfachen Anwartschaft (z. B. der Hoffnung, Intestaterbe zu werden) genannt werden kann, die aber weder ein Recht an Nachlasse, noch ein gegenwärtiges Eigenthum an den Nachlasssachen ist. „Mehr oder weniger sicher,“ je nachdem nämlich seine Einsetzung eine betagte oder zugleich eine bedingte ist; wann das eine, wann das andere (von ausdrücklich beigefügten Bedingungen abgesehen) der Fall ist, davon war oben (§. 232 f.) die Rede. Ist die Einsetzung eine bedingte, so erfolgt die Delation erst beim Eintritt der Bedingung (§. 703), also in weitaus den meisten Fällen beim Tode des Vorerben. Ist die Nachereinsetzung dagegen eine bloß betagte, so erfolgt die Delation beim Tode des Testators (§. 705).²⁸⁾ Aber selbst, wenn im letzteren Falle der Substitut sofort antnimmt, so kann daraus kein gegenwärtiges Erbrecht entstehen;²⁹⁾ und andererseits kann bei bedingter Substitution der Fideicommissar schon vor der Delation (in eventum) sich über die Annahme oder Ablehnung in giltiger und bindender Art erklären. Einer solchen eventuellen Erklärung geschieht zwar im Gesetze nirgends Erwähnung, sie ist aber doch wohl zulässig;³⁰⁾ nothwendig jedoch ist eine anticipirende³¹⁾ Erbserkklärung Seitens des Substituten und überhaupt seine Erbserkklärung zur Zeit, wo dem Vorerben deferirt wird, unseres

das Recht Dieses, nicht auch Jenes sich auf die Schatzhälfte erstreckt, so hat er damit überhaupt noch keine bestimmte Meinung ausgesprochen; ebenso mehrdeutig ist die Aeußerung Ellinger's: der Fiduciar dürfe die Schatzhälfte „sich nicht zueignen“. — Um nun auf das Meritorische einzugehen, so ist es ebenso unrichtig zu sagen, „der Fiduciar habe keinen Antheil an dem gefundenen Schätze“ (Kirchstetter zu §. 611 ff. Note 8), als zu behaupten, er brauche diesen Antheil dereinst nicht zu restituiren; letzteres ist die Ansicht von Stubenrauch (Z. 4) und von Unger (§. 48 A. 4), wie zwar nicht aus ihren mehrdeutigen Aussprüchen hierüber, um so sicherer aber aus dem Zusammenhang, in den diese gestellt sind, hervorgeht. Die richtige, in der Mitte liegende Ansicht vertreten Zeiller (§. 511 Z. 4) — dessen ungenaue Redewendung: der Vorerbe habe „auf die Substanz eines Schatzes keinen Anspruch“ offenbar besagen will, daß er den Schatz zwar genießen, aber nicht behalten dürfe — und Rippel IV S. 189, der sich ganz deutlich ausdrückt. Vereinzelt steht die Meinung Basevi's (bei §. 399 nr. 2), daß der Schatzantheil zwischen dem Vorerben und dem Nach-Erben gleich („per giusta metà“) zu theilen sei; er will dies mit der anderen (handgreiflich falschen) Behauptung begründen, daß der Substituirte schon während der Herrschaft des Vorerben einen Antheil am Obergenthum habe (vgl. oben Note 9).

²⁶⁾ S. Zeiller S. 512 Z. 4 und 5; Unger A. 2, aber auch die Einschränkung ebd. in Anm. 6, betreffend die §§. 514 bis 516 a. b. S. B.

²⁷⁾ Zeiller S. 512 Z. 5. Vgl. oben Text vor Note 9.

²⁸⁾ Nicht, wie Unger §. 48 pr. sagt (und in Consequenz seiner Theorie allerdings auch sagen muß): beim Antritt des Vorerben.

²⁹⁾ Vgl. Unger §. 48 Anm. 3.

³⁰⁾ Geläugnet wird dies von Rippel IV S. 190 Z. 5; dagegen Unger §. 36 Anm. 9, §. 37 Anm. 2, §. 48 Anm. 1; F. Schuster Das Gesetz über das Verfahren außer Streitsachen (1859) I S. 223 f. (2. Aufl. 1878 S. 211 f.). Unklar Basevi zu §. 613 nr. 4, indem er die Frage so stellt: ob der Substitut „abbia a farsi aggiudicare“ (einantworten) „l'eredità al tempo dell'aperta successione“ und in Bezug hierauf dann zwischen Betagung und Bedingung unterscheidet.

³¹⁾ Ob überhaupt welche? — davon später.

Erachtens nicht.³²⁾ — Der Substitut kann den Eingesezten nicht, wie nach römischem Recht,³³⁾ zur Annahme zwingen; dieser Zwang mußte mit der veränderten Construction fallen; will der Eingesezte nicht annehmen (oder stirbt er, ohne angenommen zu haben u. dgl.), so kann es der Nacheingesezte als Vulgar-Substitut thun (§. 608 i. f.).³⁴⁾ Dieser kann aber Jenen auch nicht zu der Erklärung, ob er annehmen oder ablehnen wolle, verhalten,³⁵⁾ was ein Mangel unserer Gesetzgebung ist (vgl. oben S. 223). — Der Substitut hat als Anwärter das Recht, darauf zu dringen, daß a) das zu vinculirende Vermögen inventarisiert (vgl. §. 518 und Pat. v. 9. Aug. 1854 §§. 92, 95),³⁶⁾ b) die Substitution, falls Tabularobjecte zu dem Vermögen gehören, in den öffentlichen Büchern ausgezeichnet werde,³⁵⁾ und c) daß der Fiduciar unter Umständen ihm Sicherheit leiste.³⁹⁾ In allen diesen Beziehungen soll indessen sein

³²⁾ Dies ist allerdings noch viel bestrittener, als die in Note 30 berührte Frage (s. auch Schuster 2. Aufl. S. 211 Nr. 3). Daß die Erbserklärung nicht zur Wahrung des Erbrechtes nothwendig ist, unterliegt keinem Zweifel; wohl aber, ob sie nicht in dem Sinne erforderlich sei, daß sie von jedem diligenen Substituten erwartet werde, und ihre Verabstimmung Nachtheile nach sich ziehe. Unger §. 48 A. 1 hält sie in diesem Sinne für vorgeschrieben; ebenso Stubenrauch zu §. 613 Z. 3 (die Worte „gleich beim Anfall seines Erbrechtes“ dürfen nicht irre machen, sie erklären sich aus Stubenrauch's wunderlicher bei §. 615 ff. Z. 3 vorgetragenen Ansicht) und Ellinger zu §. 613. Für entbehrlich halten jene Erbserklärung: Kopecky a. a. O. §§. 9, 10; Winwarter III S. 124, 125, Kirchstetter zu §. 611 ff. Note 3. — Soll der Curator noch nicht existirender (nicht einmal concipirter) Substituten für sie eine bindende Erklärung abgeben, ja abzugeben gezwungen (Pat. 9. Aug. 1854 §. 120 Abs. 2) werden?! — Daß die Abhandlungs-Instanz die Substitution von Amtswegen, ob sich nun ein Substitut meldet oder nicht, zu berücksichtigen hat, geht aus §. 174 Z. 3 a. E. (des Pat.) hervor. Vgl. auch Sammlung IV Nr. 2022; andererseits versteht es sich, daß wenn die Grenz der Substitution bestritten wird, die Abhandlungsbehörde darüber nicht entscheiden kann (vgl. bei §. 614 Abs. V und Note 18).

³³⁾ S. Arnbt's §. 587 A. 1, Windscheid §. 664, und insbesondere Wangerow §. 558 A. 1. Aus dem daselbst über den Grund zu diesem Zwang Gefagten ergibt sich von selbst, warum bei uns kein Bedürfnis nach einem Zwang vorhanden ist.

³⁴⁾ S. Zeiller §. 510 Z. 1 i. f. (wo „§. 693“ doch wohl nur Druckfehler für §. 608 ist) und S. 513 Z. 6 i. f.; Unger §. 19 Anm. 5.

³⁵⁾ Unrichtig Zeiller S. 513 Z. 6, Kopecky S. 271, Winwarter III S. 124; dagegen mit Recht Rippel S. 191 f. (der aber andere unrichtige Behauptungen einmengt); Stubenrauch zu §. 613 Z. 1 vermengt (wie schon Unger §. 19 A. 5 bemerkt hat) den Zwang zur Annahme und den Zwang zur Erklärung, ob man annehmen wolle.

³⁶⁾ Wer trägt die Kosten der Inventur? Das Pat. v. 9. Aug. 1854 §. 111 A. 2 sagt: sie fallen „Demjenigen zur Last, auf welchen der Genuß dieser Güter nach dem Erblasser übergeht“; das ist also der Vorerbe, und es ist wohl nur ein Versehen, wenn Unger §. 48 A. 2 die Kosten dem Nacherben zuweist. — Uns scheint die Bestimmung des §. 111 sehr unbillig; das Inventar wird im Interesse des Nacherben errichtet und der Vorerbe soll die Kosten zahlen! Das Billigste wäre, die Inventurkosten als Lasten bezw. als eine Minderung des vinculirten Vermögens zu behandeln. Man könnte versucht sein, diesen Sinn in den §. 111 hinein interpretiren zu wollen; dies geht aber nicht an, da A. 2 offenbar Ausnahmen von der im A. 1 enthaltenen Regel statuirte.

³⁷⁾ Nachdem obnein inventarisiert wird, werden Vor- und Nacherbe nicht leicht anders, als cum beneficio antreten; Rippel S. 188; Proßner im „Jurist“ XIII S. 256 f.

³⁸⁾ Pat. v. 9. Aug. 1854 §. 158. Die Form dieser Auszeichnung war früher die Anmerkung (Abnotation), s. die in Note 14^a citirte Instruction §. 24; vgl. ebd. §. 34 und das Beispiel ebd. S. 137 der Z. G. S. In neuerer Zeit wurde die Substitution auf dem Eigenthumsblatt einverleibt (s. das Beispiel bei Erner Hypothekenrecht S. XVIII). Heut zu Tage wird die Beschränkung auf dem Lastenblatt eingetragen und überdies auf dem Eigenthumsblatt ersichtlich gemacht (§§. 9, 10 der Gesetze v. 2. Juni 1874 Nr. 88, 89, 90, 91, 97, 98 und v. 11. März 1875 Nr. 29). Dabei darf hier die Frage, ob denn der Substitut irgend ein zur Intabulation geeignetes, bedingtes oder betagtes, Recht habe, auf sich beruhen bleiben (s. Zeiller II S. 513, Rippel IV S. 190; vgl. oben Note 9; man bedenke aber andererseits, daß bei vielen Substitutionen noch gar kein Substitut existirt, und doch schon das Substitutionsband ersichtlich zu machen ist!); gewiß ist des Fiduciars Eigenthum durch die Substitution modificirt und diese Modification wird im Buche ersichtlich gemacht.

³⁹⁾ §. 520, der hier analoge Anwendung findet, verlangt die cautio usufructuaria

Interesse auch schon von Amtswegen wahrgenommen werden (Pat. v. 9. Aug. 1854 §§. 92, 158).⁴⁰⁾ Auch hat das Gericht von Amtswegen für ungeborene Substituten einen Curator zu ernennen (Pat. v. 9. Aug. 1854 §. 77), in ihrem, wie im Interesse Minderjähriger, über die Aufrechterhaltung der Substitution zu wachen (Sammlung IX Nr. 4397), und in allen Fällen in der Einantwortungsurkunde die Substitution ersichtlich zu machen, und den Substituten wömmöglich bestimmt zu bezeichnen (Pat. §. 174 Z. 3).⁴¹⁾ — Die Anwartschaft als solche kann weder verpfändet (Sammlung VI Nr. 2853), noch in Execution gezogen (ebd. VII Nr. 3376), noch veräußert werden (unrichtig ebd. VI Nr. 2855); auch als Vorvertrag über einen bereinigten Erbschaftsverkauf wird die Veräußerung nur selten aufrecht erhalten werden können (f. §. 936), obgleich §. 879 Z. 4 nicht im Wege stünde, da der Testator nicht mehr am Leben ist (siehe Nr. 2855); als Cession eines (angeblichen) obligatorischen Anspruchs auf Restitution kann sie u. E. nicht aufrecht erhalten werden (vgl. Note 54).

V. Die Restitution. Ist der Fall eingetreten, bzw. die Zeit gekommen, wo der Substitut die Herrschaft über das Vermögen antreten soll, so wird er, wenn er es nicht schon früher gethan hat, eine Erbsserklärung abgeben. Nothwendig ist dies aber nur, wenn er von dem beneficium inventarii Gebrauch machen will (§. 800). Allerdings kann Niemand Erbe werden, der das deserirte Erbrecht nicht angenommen hat. Diese Annahme wird aber sehr oft schon während der Anwartschaft ausdrücklich oder stillschweigend erfolgt sein und ist jedenfalls in dem Restitutionsbegehren enthalten. Die Erbsserklärung, auch bei anderen Erben, trotz §. 799, nicht absolut nothwendig,⁴²⁾ ist gerade hier leicht entbehrlich; von einer eigenmächtigen Besitzergreifung kann hier, wo es sich nicht um einen freiliegenden Nachlaß handelt, sondern der Nacherbe das Vermögen aus der Hand des bisherigen Herrn (bzw. der ihn repräsentirenden Erben) bekommt, nicht die Rede sein. Auch findet keine neue Verlassenschaftsabhandlung Statt,⁴³⁾ da hier keine Todesfallausnahme in Bezug auf dieses Vermögen denkbar

nur „bei einer sich äuffernden Gefahr“. Dieser Paragraph ist für unsere Frage durch den §. 158 des Pat. v. 9. Aug. 1854 nicht verdrängt, sondern modificirt; hinsichtlich des beweglichen Vermögens verlangt §. 158 nämlich schlechthin (wenn nicht der Testator oder der Substitut es erlassen) pupillarmäßige Sicherstellung, was Unger §. 48 A. 8 mit Recht „bedenklich nennt“. Hinsichtlich des unbeweglichen Vermögens hielt man die Eintragung der Substitution für eine genügende Sicherstellung (f. §. 158 pr.). Diese kann aber nur gegen Veräußerungen und Verpfändungen sichern, nicht gegen Vernachlässigung und Mißwirtschaft. Insoweit findet §. 520 noch immer Anwendung. Dem die Sicherstellung Verweigernden wird nicht eingantwortet (arg. §. 174 pr.). Wie aber, wenn der Fiduciar die Sicherstellung nicht leisten kann? Nippel §. 191 will auch hier den §. 520 anwenden. U. E. müßte, wenn der Substitut die Sicherstellung nicht erläßt, ein Curator für das vinculirte Vermögen aufgestellt werden (vgl. Zeiller §. 513 Z. 7). Würde aber je eine Abfindung beliebt, in Folge deren der Substitut schon jetzt das Vermögen an sich zöge, so wäre er doch bis zur Restitutionszeit nicht als Erbe (vgl. I. 10 D. 36, 1), sondern als Erbschaftskäufer (§. 1278 ff.) anzusehen. Keineswegs kann der Insituirte zur Veräußerung der beweglichen Sachen und zur gerichtlichen Hinterlegung des Erlöses verhalten werden. Vgl. Ellinger zu §. 613.

⁴⁰⁾ Dies wird von Unger a. a. D. mit Recht getadelt. Vgl. aber auch Kanda Erwerb der Erbschaft §. 89.

⁴¹⁾ So wurde es auch schon früher in der Praxis gehalten, f. Kopecky in der Ztschft. f. österr. RechtsgeL. 1833 I S. 267.

⁴²⁾ S. Unger §. 36 Anm. 12. Prockner freilich (a. a. D. S. 246 ff.) meint, daß selbst Derjenige, der mit der Erbschaftsklage gesiegt hat, noch einer formellen Erbsserklärung bedürfe!

⁴³⁾ Die gegentheilige Ansicht wurde vertheidigt von L. Staudinger in der Ztschft. f. österr. RechtsgeL. 1831 I. Bd. S. 257—277 in einem schwachen Aufsatz (sogar bei successiven Vermächtnissen wird da eine neuerliche Verlassenschaftsabhandlung gefordert!), dem er 1836 (I. Bd. S. 61 ff.) einen noch schwächeren folgen ließ. Die richtige Ansicht vertheidigte Fr. Joh. Kopecky in der cit. Ztschft. 1833 I S. 248 ff.; sein Aufsatz ist

ist; selbst dann nicht, wenn die Restitution nach dem Tode des Vorerben eintritt; denn nicht Diesen, sondern den Testator beerbt der Nacherbe; es gibt hier keine neue Verlassenschaft, also auch keine neue Verlassenschaftsabhandlung.^{43a)} — Der Nacherbe hat einen erbrechtlichen Anspruch (hereditatis petitio fideicommissaria) gegen den Vorerben⁴⁴⁾ und gegen jeden Dritten, gegen den sonst ein hereditatis petitio angestellt werden kann. Gegen den Vorerben hat er auch einen obligatorischen Anspruch, aber nicht, wie nach römischem Recht, aus dem letzten Willen⁴⁵⁾ (denn wir haben kein Erbschaftsvermächtniß), sondern aus dem Gesetze, ähnlich wie der Eigenthümer einen gesetzlichen obligatorischen Anspruch auf Rückstellung der Sache nach geendigtem Nießbrauch hat. Der gleichen Natur sind die Ansprüche und Gegenansprüche wegen Schadenersatz, Meliorationen u. dgl.⁴⁶⁾ Es ist keineswegs von bloß theoretischem Interesse, zu constatiren, daß der persönliche Restitutionsanspruch ein gesetzlicher ist und erst im Augenblicke des Restitutionsfalles entsteht.⁴⁷⁾ — Gegenstand der Restitution ist die dem Nacherben zugedachte Erbquote. Der Vorerbe hat im Zweifel auch den durch Accrescenz erlangten Theil herauszugeben, nicht auch was er als Prälegatar oder Substitut bekommt (arg. §. 1279) und nicht seinen Pflichtenheil (§. 774).⁴⁸⁾ Der Umfang der anderweitigen Ansprüche und Gegenansprüche ergibt sich aus dem oben (vor Note 26) Gesagten. Der sogen. Trebellianische Abzug findet nach österreichischem Recht sowenig Statt, als bei Legaten der Falcidische (§. 690).⁴⁹⁾

VI. Nach römischem Recht stehen der Fiduciar und der Fideicommissar zu

troß mancher Mängel und Unselbständigkeiten (z. B. ist §. 2 größtentheils, §. 3 fast ganz aus Zeiller, der nicht genannt ist, ausgeschriben) nicht ganz ohne Verdienst. Dieselbe Ansicht vertrat Prockner (a. a. O. S. 257 f.) und Winwarter III S. 124. Schon der Umstand, daß das Pat. v. 9. Aug. 1854, das diese Streitfrage vorband, nirgends eine solche neuerliche Abhandlung vorschreibt, muß jeden Zweifel abschneiden, auch scheint die richtige Ansicht jetzt allgemein anerkannt zu sein; s. Stubenrauch zu §. 613 Z. 3, bes. aber Unger Verlassenschafts-Abhandlung S. 139 f.

^{43a)} Kopecky S. 282 f. (S. 19). Besonders einleuchtend ist obiger Satz, wenn bei Lebzeiten des Fiduciars restituirt wird.

⁴⁴⁾ S. Unger §. 48 A. 9. Nach römischem Recht geht die hereditatis petitio fideicommissaria nicht auch gegen den Fiduciar (l. 3 §. 1 D. V, 6; S. Schmidt Lehrbuch der gerichtlichen Klagen 1786 §. 5^o bei Note p; Glück Comm. 8. Bd. S. 23 f.). Die Restitution kann, da sie Voraussetzung der hereditatis petitio fideicommissaria ist, nicht mit dieser verlangt werden. Doch ist damit noch nicht Alles erklärt, nämlich: warum jene Klage gegen den Fiduciar auch dann nicht angestellt werden könne, wenn er zwar mit Worten (und dies genügt zur Uebertragung der erbrechtlichen Herrschaft), aber nicht oder doch nicht vollständig factisch restituirt hat. Es dürfte wohl den römischen Juristen (und mit Recht) die hereditatis petitio nicht als ein passendes Rechtsmittel erschienen sein wider einen Gegner, der des Klägers Erbrecht ausdrücklich anerkannt hat, und gegen den dem Kläger obnebin eine andere, gleich umfassende Klage (die persönliche fideicommissi persectio) zusteht.

⁴⁵⁾ Anderer Meinung ist Unger §. 48 Anm. 9.

⁴⁶⁾ Auch dies hat seine Analogien beim Nießbrauch. Vgl. Windscheid Pand. I §. 204 N. 1 und Text vor Note 5.

⁴⁷⁾ Die gegentheilige Ansicht wird zur Umgehung der Unveräußerlichkeit der Anwartschaft mißbraucht (s. Sammlung VI Nr. 2855), und derartige Geschäfte verdienen keinen Vorbehalt! — Daß auch nach unserer Ansicht der Restitutions-Anspruch ecbirt werden kann, ist klar; aber auch, daß der Lebent dann nicht mehr bloßer Anwärter ist.

⁴⁸⁾ Vgl. Zeiller S. 513 Z. 8; Unger §. 48 Anm. 12; daselbst s. auch über die Wiederherstellung der Rechtsverhältnisse, die beim Antritt des Vorerben per confusionem untergingen. — Hinsichtlich der Früchte glaubt Unger (§. 48 vor Note 11), daß sowohl die vor der Erbschaftsantretung des Vorerben hinzugekommenen, als die von der Restitutionszeit an vom Vorerben bezogenen Früchte das Substitutions-Vermögen vergrößern. Dies hätte allerdings die Analogie des Dotalrechts für sich, scheint uns aber nicht richtig; die Früchte der ersten Art gebühren u. E. dem Vorerben; für die Früchte und Nutzungen der letzten Zeit aber kommt §. 519 zur Anwendung (vgl. Zeiller zu §. 613 Z. 8 i. f.).

⁴⁹⁾ Dies ist wohl zu billigen; s. Zeiller S. 509 f.

einander in dem Verhältniß eines Dnerirten zum Vermächtnißnehmer. Da nun ein fideicommissum immer nur obligatorische Wirkung haben kann, so wird der Fideicommissar Herr des Vermögens nicht direkt aus dem letzten Willen, sondern durch eine Restitutionserklärung des Fiduciars, die gleichsam eine Tradition des Eigenthums am vinculirten Vermögen ist (s. oben S. 7 Note 27). Ganz anders nach österreichischem Recht. Der Fideicommissar ist wahrer Erbe und erwirbt direkt aus dem letzten Willen durch seine Antretung die Herrschaft über das Vermögen; eine Abtretungserklärung wäre hier sinnlos.⁵⁰⁾ Selbstverständlich gilt also auch der römische Satz, daß der Fiduciar selbst nach der Restitution wenigstens dem Namen nach Erbe bleibe (§. 3 Inst. II. 23; l. 1 §. 19 D. 36, 3), für das österreichische Recht nicht.⁵¹⁾ Daß mit der Erbenqualität der Substitut auch alle Rechte des Nachlasses erwirbt und in alle Passiven desselben eintritt, ist ebenfalls selbstverständlich; auch die Sachen erwirbt er nicht etwa erst durch Tradition.⁵²⁾

VII. Fideicommissum eius, quod supererit. Die fideicommissarische Substitution, wie wir sie bisher dargestellt haben, hat den Zweck, das vinculirte Vermögen so intact als möglich dem Nacherben zu sichern, dem Vorerben — wirtschaftlich betrachtet — nur dessen Genuß zuzuwenden. Nicht selten aber geht die Begünstigungsabsicht hinsichtlich des Vorerben weiter; jede Verfügung inter vivos soll ihm frei stehen, nur keine mortis causa; der Vorerbe soll das Vermögen in der freiesten Weise gebrauchen, ja verbrauchen können, was aber bei seinem Tode noch davon übrig sein wird, soll der Substitut erhalten.⁵³⁾ So sehr hier der Substitut vom guten Willen des Vorerben abhängig ist, so braucht er sich doch dolose (d. h. auf Vereitelung des Fideicommisses gerichtete) Veräußerungen, z. B. Schenkungen auf dem Sterbebett, nicht gefallen zu lassen.⁵⁴⁾ Inventarisiert muß auch hier werden, damit man dereinst wisse, was von dem ersten Erblasser herrühre;⁵⁵⁾ von einer Pflicht zur Sicherstellung

⁵⁰⁾ Genau dasselbe meint Unger §. 48 Anm. 9; doch ist der Ausdruck, daß „der Anwärter sobald dies fideicommissi venit von selbst (ipso iure) wirklicher Erbe“ werde, Mißverständnissen ausgesetzt. Ein ipso-iure-Erwerb im technischen Sinne findet hier nicht Statt; das Erbwerden des Substituten setzt außer seiner Einsetzung und dem Eintritt der Bedingung oder Befristung auch seine Annahme (aditio hereditatis) voraus. Wie nun, wenn diese Annahme erst einige Zeit nach Beendigung des Erbrechtes des Vorerben erfolgen würde? Die Erbschaft wäre in gewissem Sinne wieder eine hereditatis iacens, aber in Gewahrjam des Fiduciars oder dessen Erben. Der Antritt des Nacherben müßte wohl bis zum Zeitpunkt des Restitutionsfalles zurückwirken. — Die Restitution nach römischem Recht verhält sich zu der nach österreichischem Recht ähnlich, wie die Herausgabe einer legirten Sache beim (röm.) Damnations-Legat zu der beim (röm.) Vindications-Legat. Es ist deshalb ein schiefer Ausdruck, wenn Staubinger (S. 275) das Wesen der fideicommissarischen Substitution darin findet, daß der Fiduciar „das ihm angefallene Eigenthum einem Andern überlassen muß“; richtiger, obwohl noch immer ungenau, Kopecky (S. 293) „... das Eigenthum muß dem Substituten, nicht durch seine (des Vorerben) Verfügung, sondern kraft der letztwilligen Disposition des Instituirten überlassen werden.“

⁵¹⁾ Nur als Curiosität ist die gegenheilige Ansicht Kopecky's (a. a. D. S. 272 Note) anzuführen. Er macht unter Anderem geltend, daß der Vorerbe, wenn nach der Restitution eine verzinsliche Nachlassforderung hervorkäme, auf einen Theil der Zinsen Anspruch hätte — „und zwar noch immer als Erbe, denn sonst hätte er keinen Rechtstitel“. Als ob aus einem beendigten Rechtsverhältniß (z. B. Ususfructus, Pacht, Mandat u. s. w.) keine Ansprüche mehr geltend gemacht werden könnten! —

⁵²⁾ Vgl. übrigens über die Verhältnisse nach der Restitution Unger §. 48 letztes Alinea. Daß die Legate „dem Nacherben allein zur Last fallen, wenn das Fideicommiss sich auf die ganze Erbschaft oder den ganzen Erbtheil erstreckt“ ist ungenau ausgedrückt. Es sind „delibationes hereditatis“, welche natürlich auch dem Vorerben während der Dauer seiner Herrschaft filibar werden. Anderer Meinung ist indeß gewiß auch Unger nicht.

⁵³⁾ „Quidquid ex hereditate superfuert“: l. 54 (56), l. 58 (60) §. 7, §. 8 D. 36, 1.

⁵⁴⁾ S. die eben cit. Stellen und Unger §. 48 A. 14.

⁵⁵⁾ Vgl. Zeiller S. 515, Rippel S. 194.

kann hier aber selbstverständlich nicht die Rede sein.⁵⁶⁾ Dagegen ist die (auch dem römischen Recht bis dahin fremde) Anordnung Justinian's (in Nov. 108 c. 1), daß dem Nacherben wenigstens ein Viertel des Substitutionsvermögens restituirt werden müsse, die noch im Westgal. G. B. II §. 408 wiederholt war, mit Recht beseitigt worden.⁵⁷⁾ Aus der Redactionsgeschichte (s. Note 57) erhellt, daß man das fideicommissum eius, quod supererit nicht etwa für unpraktisch ansah oder gar abschaffen wollte,⁵⁸⁾ sondern keine gesetzlichen Vorschriften diesfalls für erforderlich hielt. Solche Substitutionen sind sehr oft beabsichtigt, und daß sie nicht eben so oft klar angeordnet sind, daran ist nur mangelhafte Rechtsbelehrung Schuld (vgl. Note 58). Denn was ist natürlicher und verständiger,

⁵⁶⁾ Unrichtig entschieden wurde in I. und III. Instanz der in der 3tchst. für das Notariat 1863 Nr. 46 erzählte Fall; richtig entschied die II. Instanz, jedoch mit unrichtiger Motivirung, nämlich mit Berufung auf das Erforderniß der Gefahr in §. 520.

⁵⁷⁾ Redactionsgeschichte. In der Sitzung v. 6. Febr. 1804 nannte Zeiller die Bestimmung des §. 408 zwar neu, aber billig. Wenn das Protokoll genau ist, so hätte der so wohl unterrichtete Mann an die Nov. 108, die er im Commentar II S. 515 Note ** citirt, nicht gedacht. Ihm schien jene Bestimmung vor der des preuß. L. R. (I. 12 §. 468 f.) den Vorzug zu verdienen. Mit ihm stimmten aber nur Freiherr von Haan und Lyro. Die Uebrigen (Gf. Kottenhann, Schmidfeld, Wischen, Ehrenberg, Pitreich, Orlandini) verwarfen den §. 408 als dem Willen des Testators zuwider, der dem Fideuciar völlig freie Verfügung überlassen und dem Nacherben nur „unter der Bedingung“ eingesetzt habe, wenn nach des Vorerben Tode noch etwas übrig sein wird. Auch müßte der Erbe dann immer mit der Inventirung belästigt werden. (Wie diese entbehrlich sein soll, sehen wir nicht ein.)

⁵⁸⁾ Es ist an sich ganz richtig, daß die Rechtsverhältnisse beim fideicommissum eius, quod supererit so einfach sind und aus der naheliegenden Absicht des Testators so von selbst sich ergeben, daß sie gesetzlichen Vorschriften nicht bedürfen. Dennoch ist zu bebauern, daß im Gesetzbuch dieses so gewöhnlichen Rechtsgebildes keine Erwähnung geschah. Es gibt in Folge dessen nicht Wenige, welche ganz verkennen, daß auch die Vorschriften über die Substitutionen und zwar gerade auch §. 613 dispositiver Natur sind, daß bei einer fideicommissarischen Substitution der Testator den Gegenstand der Restitution beliebig beschränken oder erweitern kann (Unger §. 48 N. 3); ja es gibt Juristen, welche gar nicht wissen, daß es etwas derartiges, wie das oben beschriebene Rechtsverhältniß gibt. Das hat nun die doppelte Folge: einmal daß viele Testatoren ihren letzten Willen nicht durchsetzen, indem der zu Rathe gezogene Jurist sie mißversteht oder ihnen gar einredet, daß ihre Absicht nicht realisirbar sei; dann daß Testamente, in denen eine derartige Substitution enthalten ist, zu Processen Anlaß geben, die überdies zuweilen unrichtig entschieden werden. Dies ist natürlich kein Vorwurf „für die Praxis“; die große Mehrzahl der Praktiker denkt darüber gewiß richtig, aber daß bedauerliche Mißverständnisse vorkommen, dafür einige Beispiele. In dem in Note 56, ferner in dem bei §. 614 in Note 16 erzählten Falle wurde verkannt, daß ein fideicommissum eius, quod supererit angeordnet war, ja im letzteren Falle sogar behauptet, daß wenn der Testator einerseits eine Substitution anordnen, andererseits dem Fideuciar Veräußerungen erlauben würde, er mit der letzteren Verfügung die erstere aufheben würde! In dem in der Ger. Ztg. 1860 Nr. 20, 21 erzählten Falle behauptete das Landes-Militär-Gericht geradezu: „Das Wesen einer fideicommissarischen Substitution besteht darin, daß der Instituirte über die zugedachte Sache, so lange das Substitutionsband haftet, zum Nachtheil des Substituten keine Verfügung über die Substanz des Substitutions-Vermögens treffen kann.“ Wenn daher einem Erben von jenem Vermögen zu veräußern oder darüber zu testiren gestattet sei, so sei, „wegen Mangels eines wesentlichen Erfordernisses eine fideicommissarische Substitution nicht vorhanden“ (die II. und III. Instanz entschieden in diesem Falle richtig). — In einem Aufsatz in der Ger. Ztg. 1864 Nr. 83 meint Dr. C. von Kising: Wenn es in gemeinschaftlichen Testamenten heiße: „der überlebende Gatte solle vorerst unbeschränkter Eigenthümer sein, dann aber u. s. w.“ oder gar: „der Ueberlebende solle Alleinerbe sein, und erst, was (bei seinem Tode) übrig bleibt, sollen die Verwandten theilen“ — so sei das zwar eine sehr uncorrecte Ausdrucksweise; man müsse sich aber darüber hinwegsetzen, und darin die Anordnung einer gewöhnlichen, nach §. 158 Pat. sicherzustellenden fideicommissarischen Substitution der Verwandten erblicken; es sei gewiß, daß der Erblasser diese „nicht bloß der Gnade des Ueberlebenden überlassen wollte“. — Schlimmer kann ein nicht incorrect, sondern ganz klar ausgedrückter letzter Wille nicht mißdeutet werden! (Die andere von diesem Schriftsteller zweifelnd angeregte Frage war damals schon in dem von ihm selbst erwähnten Werke Unger's §. 24 Anm. 9 überzeugend beantwortet.)

als daß bei kinderloser Ehe ein Gatte dem anderen das Vermögen zu freier, durch Niemandes Einmischung und Controle belästigter Gebahrung hinterlassen, den von Diesem nicht verbrauchten Rest aber dritten Personen zuwenden will!⁵⁹⁾ Ja die Begünstigungssabsicht geht zuweilen noch weiter: der Vorerbe soll selbst mortis causa ganz frei verfügen können, wo dann durch die Substitution nur die Intestaterben des Vorerben ausgeschlossen werden sollen. Es ist dies ein bedingtes fideicommissum eius, quod supererit, bedingt dadurch, daß der Vorerbe über das Substitutionsvermögen gar nicht oder doch nicht gültig und wirksam letztwillig verfügt haben wird. Verfügt er nur über einen Theil, so fällt der Rest an den Substituten. Substitutionen dieser zuletzt genannten Art unterliegen auch nicht, wie andere fideicommissarische Substitutionen, der Einschränkung des §. 774, da sie den Vorerben in keinerlei Weise belasten oder beschränken.⁶⁰⁾ Endlich brauchen nicht einmal alle Intestaterben des Fiduciars ausgeschlossen zu sein; z. B. „A soll mein Erbe sein; wenn er ohne Nachkommenschaft und ohne Testament stirbt, soll der bei seinem Tode noch übrige Rest meines Vermögens an B fallen.“⁶¹⁾

Auslegung der Substitutionen.

§. 614.

Ist eine Substitution zweifelhaft ausgedrückt; *) so ist sie auf eine solche Art auszuliegen, wodurch die Freiheit des Erben, über das Eigenthum zu verfügen, am mindesten eingeschränkt wird.

I. Redaction. Weber das Westgal. G. B. noch der Entwurf I. und II. Fassung enthielten einen correspondirenden Paragraphen. Erst bei der Superrevision (4. Dec. 1809) beantragte Präf. v. Haan, man solle eine Regel für unklar ausgedrückte Substitutionen geben, auch wegen der „Streitfrage, ob die in eine Bedingniß Eingemengten für berufen zu halten seien? Z. B. ich benenne meinen Sohn zum Erben, wenn er aber ohne männliche Nachkommenschaft oder dessen Söhne ohne männliche Descendenz verstürben, substituirt ich meine Tochter. Sind hier die Söhne des Sohns oder wohl gar auch ihre fortwährende männliche Descendenz substituirt?“ Man solle einen Paragraph folgenden Inhaltes einschalten: „Ist eine Substitution zweifelhaft ausgedrückt, so soll sie immer nur für die größte Freiheit des Erben in dem Eigenthume ausgelegt werden.“¹⁾ Hiemit waren Alle einverstanden. — Der Zusammenhang, in welchem hier an die Regel „positus in condicione non est positus in dispositione“ (s. oben S. 217) erinnert wird, zeigt, daß Haan sie billigte. Sie gehört aber nicht in diesen Zusammenhang.²⁾

⁵⁹⁾ In der That ist in weitaus den meisten derartigen Fällen Fiduciar der überlebende Gatte, dem Verwandte des vorversterbenden substituirt sind. — Sammlung IV Nr. 2022 enthält ein fideicommissum eius, quod supererit zu Gunsten der eigenen Seele; s. dazu Hffzb. v. 17. Sept. 1812 3 G. S. Nr. 1006 (bei Michel Nr. 1069).

⁶⁰⁾ Vgl. Commentar und Excursus zu §. 609, und Commentar zu §. 774.

⁶¹⁾ Vgl. den in der Ger. Ztg. 1860 Nr. 20 f. erzählten Fall.

*) In Stelle des Strichpunktes hat die 3. G. S. einen Weistrich.

¹⁾ Dasselbe, aber auch nicht mehr, findet sich in Haan's Papiere; s. oben Bd. I S. 25 Nr. 132 und S. 32 Nr. 174. Die Nichtübereinstimmung der Texte erklärt sich aus dem an letzterer Stelle Gesagten.

²⁾ Bei der Anordnung: „Wenn nicht A mein Erbe wird, soll B es sein“, fragt es sich ja nicht, in welchem Sinne B substituirt ist, sondern ob er sub- (oder aber in-) stituirt ist, und selbst dies ist nur die Rehrseite der primären Frage, ob A insituirt ist. Es ist also zunächst eine die Insituirung betreffende Frage. Da aber freilich auch die Nacherbeinsetzung eine Erbeinsetzung ist, kann sich hier die Frage wiederholen, und das von Haan gegebene Beispiel enthält eine solche Anwendung der alle Einsetzungen angehenden Regel auf die Nacherbeinsetzungen, also eine Combination. Und noch aus einem anderen Grunde ist der Zusammenhang unrichtig. Die richtige (von Haan zwar nicht gegebene, aber offenbar vorausgesetzte) Entscheidung folgt nicht aus §. 614, sondern aus jener Regel. Der Sohn ist

II. Muß nach dem Gesagten §. 614 gegenüber den aus früheren Redactionen übernommenen Bestandtheilen unseres Gesetzbuches ein neuer Paragraphen genannt werden, so ist doch der darin ausgedrückte Gedanke nicht neu.³⁾ Namentlich ist der Folgesatz, daß im Zweifel eher eine gemeine als eine fideicommissarische Substitution anzunehmen sei, längst allgemein anerkannt⁴⁾ (Sammlung I Nr. 154). Andere aus §. 614 abgeleitete oder verwandte Regeln haben wir an verschiedenen Stellen in dieser Lehre erwähnt. Eine aus §. 614 nicht abzuleitende, sondern damit bloß verwandte Regel ist, daß eine Substitution überhaupt nicht vermuthet wird.⁵⁾ Mithin darf auch eine gegenseitige fideicommissarische Substitution der Miterben nicht angenommen werden, wenn sie nicht ausdrücklich angeordnet ist.⁶⁾ Zweifelt man aber, ob Jemand mitinsituirt oder aber substituirt ist, so ist eher eine vulgare Substitution, als eine Miteinsetzung anzunehmen, da das gewisse Recht der unzweifelhaft Eingesetzten wieder nur durch ein unzweifelhaftes Recht eines Anderen beschränkt werden kann. Wie aber, wenn die fideicommissarische Substitution und die Miteinsetzung in Frage stehen? Die Entscheidung kann auch hier, wo nicht gefragt wird, wie eine Substitution auszulegen, sondern ob eine vorhanden sei, aus §. 614 nicht direkt abgeleitet,⁷⁾ sondern muß durch Analogie gewonnen werden. Darum müssen wir nach der ratio iuris, die hier von der ratio legis kaum zu trennen ist, forschen. Der §. 614 kann nämlich von der oben bei §§. 611, 612 unter Nr. II besprochenen Tendenz dictirt, er kann aber auch die Anwendung des Rechtsprincips sein, daß ein gewisses Recht keine Schranke an einem ungewissen finden könne. Je nachdem man die Begünstigung der Freiheit des Eigenthums in jener mehr objectiven oder aber in dieser mehr subjectiven Weise sich denkt, wird die Entscheidung verschieden ausfallen; im ersten Falle wird man sagen: „es ist im Interesse des freien Eigenthums, daß Beide Miterben, nicht daß der Eine Vor-, der Andere Nach-Erbe sei;“ im anderen Falle wird man diejenige Entscheidung treffen, welche dem unzweifelhaft Insituirten die günstigere ist. U. E. nun liegen zwar dem §. 614 beide oben ausgesprochenen Gedanken in unklarer Verbindung zu Grunde; sobald sie aber, wie hier, in Collision gerathen, muß jene Tendenz diesem Rechtsgrundsatz weichen. Also: wir wissen z. B. nicht,

nicht minder beschränkt, ob nun Dieser oder Jener ihm fideicommissarisch substituirt ist. Nur insofern, als, je weniger Substituten da sind, desto leichter die Substitution entfallen kann, stimmt die Entscheidung mit §. 614. Dieses Zusammenstimmen bedeutet hier nicht das Verhältniß von Princip und Folgesatz. — Ganz ähnlich wie Haan auch Rippel IV S. 194, dem Stubenrauch (Note zu §. 614) und Unger S. 20 Anm. 5, welcher aber jene Regel an die richtige Stelle (§. 14 N. 2) stellt, bestimmen. Mit der Entscheidung selbst (s. auch Sammlung VII Nr. 3630) sind wir einverstanden; vgl. oben S. 217 unter Z. 1, und unten Commentar zu §. 617 i. f. — Vgl. auch Note 5.

³⁾ Vgl. oben bei §§. 611, 612 Text zu Note 6. Vgl. auch Linden zu §. 614.

⁴⁾ S. die Citate bei Basevi zu §. 614; vgl. dazu Thi baut §. 833 i. f., Zeiller S. 514, Mühlenthaler Lehrbuch III S. 668 N. 3, Unger S. 19 Anm. 6.

⁵⁾ Zeiller S. 514. — Auf diese Regel, nicht auf §. 614, ist die in Note 2 erwähnte Entscheidung zu stützen. Diese Regel selbst ist aber wieder nur eine Anwendung der allgemeineren, daß der Eingesetzungswille klar ausgedrückt sein muß (s. oben S. 217 bei Note 2). Nur so erklärt es sich, wie Zeiller (was sonst ein handgreiflicher Widerspruch wäre) a. a. O. gleich nach Anführung obiger Regel sagen konnte: im Zweifel, ob Mitberufung, ob Substitution, sei allerdings die Substitution zu vermuthen.

⁶⁾ Die hier abgelehnte Annahme wird, wo jugendliche Geschwister in einer Collectiv-Bezeichnung („die Kinder des N“) berufen sind, zuweilen von Rechtsfreunden mit der Bemerkung vertheidigt, daß es dem Willen des Testators gemäß sei, den von einem Kinde erworbenen Theil, wenn es bald darauf stirbt, denselben Personen zu geben, denen er vermöge Accrescenz zugekommen sein würde, wenn der Erwerb für jenes Kind unterblieben wäre. So bestehend dies in manchem concreten Falle erscheint, so ist doch klar, daß es keine Grenze für solche willkürliche Unterstellungen gäbe.

⁷⁾ Vgl. Sammlung III Nr. 1412 i. f., wo jedoch die an sich richtige Bemerkung nicht am Plage war.

ob B schon jetzt Erbe auf die Hälfte, oder erst nach des A Tod Erbe auf das Ganze sein soll; gewiß aber ist: 1) daß A schon jetzt Erbe sein soll, 2) und daß sein Erbrecht nur an dem des B eine Schranke findet; wenn B entfiel, würde A Alles bekommen und behalten; 3) daß B entweder Mit- oder Nach-erbe ist.⁶⁾ Wenn nun A behauptet, Alleinerbe zu sein, so liegt in dieser Verneinung des Miterbrechtes des B die Behauptung, daß er Nacherbe sei; will B sich dabei nicht beruhigen, sondern ein Miterbrecht ansprechen, so müßte er (etwa durch Briefe, Zeugen) darthun, daß die dunkle Anordnung in diesem Sinne auszulegen sei. Würde umgekehrt A die Substitution leugnen und den B als Miterben anerkennen wollen, so könnte B auch hiegegen nichts einwenden, wenn ihm nicht der Beweis für eine andere Auslegung gelingt.⁷⁾ — Setzt Jemand seinen „Bruder oder dessen Erben“ ein, so sind die letzteren als Vulgar-Substituten zu betrachten,⁸⁾ da wenn man diese so nahe liegende Deutung ablehnen wollte, man die ganze Anordnung für ungültig erklären müßte (s. oben S. 94 N. 10). In der Anordnung: „ich will, daß A, so lange er lebt, den Fruchtgenuß meines Vermögens habe; nach seinem Tode aber soll B mein Erbe sein,“ liegt unzweifelhaft eine Einsetzung des A zum Fiduciar (vgl. §. 613), des B zum Nach-erben (Sammlung I Nr. 186), und selbst der Ausdruck: „ich vermache . . . den Fruchtgenuß“ könnte noch keinen gegründeten Zweifel in diesem Zusammenhang erwecken;⁹⁾ zuweilen aber kann es allerdings schwer sein zu entscheiden, ob Jemand Legatar oder Fiduciar sei, da die Unterscheidung zwischen dem Fruchtgenuß an einem Vermögen und dem beschränkten Eigenthum daran dem Laien ferne liegt.¹⁰⁾ — „Bloße Empfehlungen oder die Aeußerung eines Wunsches oder der Hoffnung, daß der Erbe auf gewisse Personen Bedacht nehmen werde,¹¹⁾ sind weder als eine fideicommissarische, noch als eine gemeine Substitution zu betrachten.“¹²⁾

⁶⁾ M. a. W. wir sehen von dem Falle ab, wo nicht nur die Art der Honorirung des B, sondern die Honorirung überhaupt zweifelhaft und bestritten ist.

⁷⁾ Vgl. Rippel IV S. 193 f. Das Anstößige, das obige Entscheidung vielleicht für den ersten Blick hat, verschwindet, wenn man erkennt, daß es sich hiebei nicht um ein wirkliches Wahlrecht, bei dem man weiß, daß der Berechtigte zwischen zwei Ansprüchen zu wählen habe, handelt, sondern um ein Verhältniß, bei dem man nicht weiß, welcher von zwei Ansprüchen ihm zukomme; kurz, daß es sich hier nicht sowohl um einen materiellen Rechtsfall, als um eine Anwendung allgemeiner Beweisregeln handelt; daß mithin die Entscheidung auch ohne den §. 614 ebenso ausfallen würde. — Man könnte einwenden, daß es sich in unserem Falle nicht um einen zweifelhaft und einen unzweifelhaft Eingesehenen, sondern um zwei zweifelhaft Bedachte handelt; nicht ein gewisses und ein ungewisses Recht collidiren, denn auch von dem Rechte des A wissen wir nicht, welchen Inhalt und Umfang es habe. Dagegen ist zu erinnern: von dem A wissen wir gewiß, daß er institutirt ist, vom B nicht; das Recht des A ist nur soweit ungewiß, als dies die Ungewißheit über die Natur des Rechtes des B nothwendig mit sich bringt; wir wissen nämlich nicht, ob jenes Recht an diesem eine zeitliche oder eine andere Grenze findet. — Zeiller II S. 514 f. sagt allgemein, daß „eher die Vermuthung für eine Substitution, als für eine Miterbung zur Theilung der Erbschaft“ spricht, ohne dabei zwischen gemeiner und fideicommissarischer Substitution zu unterscheiden.

⁸⁾ Zeiller S. 515.

⁹⁾ Vgl. Unger §. 20 Anm. 8.

¹⁰⁾ Daß im Falle der Sammlung IX Nr. 434 — wo eine Frau ihren Mann zum Erben einsetzte und ihm die Verbindlichkeit auferlegte, ein ihnen gemeinschaftlich gehöriges Gut irgend einem ihrer vier Söhne zu übergeben — keine Substitution, sondern ein Vermächtniß vorliege, hätte (von der dem Dnerirten überlassenen Auswahl des Sohnes, vgl. §. 651, und anderen Gründen abgesehen) schon darum nicht bezweifelt werden sollen, weil über ein zur Hälfte dem Testator, zur Hälfte aber dem Dnerirten gehöriges Gut verfügt war (vgl. §. 662 und §. 649).

¹¹⁾ Z. B. „ich vertraue darauf, daß meine Witwe meine armen Geschwister nicht vergessen werde“ u. dgl.

¹²⁾ Zeiller S. 515.

III. Bei der Anwendung des §. 614 wird zuweilen übersehen, daß diese nur dort zulässig ist, wo „eine Substitution zweifelhaft ausgedrückt ist“. Dies ist aber nicht überall der Fall, wo die Worte der Anordnung, bei bloßer Wortdeutung, zweierlei Auslegung gestatten, sondern nur dort, wo unter Berücksichtigung der ganzen Verhältnisse doch noch ein ernstlicher Zweifel über die Willensmeinung des Testators übrig bleibt. Man hat also sich vor Allem zu fragen, ob eine Anordnung zweifelhaft sei,¹³⁾ und ob, selbst wenn man dies an sich zugeben wollte, der Zweifel nicht durch einen Rechtsatz behoben ist.¹⁴⁾ Unpassend, aber harmlos ist es, wenn man für eine richtige unzweifelhafte Auslegung den §. 614 anführt.¹⁵⁾

IV. Bedenkenswerth ist noch die Frage, ob im Zweifel ein fideicommissum eius, quod supererit anzunehmen sei oder nicht. Für die Verneinung könnte man anführen, daß eine solche Anordnung eine Abweichung von der Regel, eine Ausnahme enthalte. Da aber das einfache fideicommissum eius, quod supererit keine ungewöhnliche Anordnung ist, so hat — bei richtiger Betonung der Worte „im Zweifel“ (s. Nr. III) — die Bejahung der Frage kein Bedenken, ja sie erscheint durch §. 614 geboten.¹⁶⁾ — Dies ist namentlich auch bei den, oft große

¹³⁾ Beispiel: „Mein Bruder soll mein Erbe sein, sollte er aber keine Kinder haben, so soll die Erbschaft auf den X übergehen.“ Hier kann zunächst gefragt werden, ob die Kinder des Bruders diesem substituiert sind oder nicht? ob der Testator den Bruder zwingen oder ihm nur ermöglichen wollte, das Ererbe seinen Kindern zu hinterlassen? Nach dem hier in Note 2 und bei §. 617 i. f. Gesagten ist Letzteres anzunehmen. Nur X ist substituiert und zwar unter der Bedingung, daß der Bruder „keine Kinder habe“. Diese ungenauen Worte nun lassen wieder, bloß sprachlich betrachtet, viele Deutungen zu. Sind Adoptiv-Kinder, sind uneheliche, erbunfähige Kinder ein- oder ausgeschlossen? Sind Kinder im engeren oder im weiteren Sinne (= Descendenten) gemeint? „habe“ wann? überhaupt einmal? oder bei seinem Tode? Dennoch wird kein Unbefangener zweifeln, daß der Testator nur darum den X nicht unbedingt dem Bruder substituiert habe, damit dieser das Ererbe seinen eheleiblichen erbfähigen Descendenten hinterlassen könne. Und darum wird man die Frage, ob die Bedingung dahin zu verstehen sei, daß der Bruder keine solchen Kinder bekomme, oder dahin, daß er keine hinterlasse, im letzteren Sinne beantworten müssen. Wenn Winawarter III S. 126 unter Berufung auf §. 614 entgegengesetzt entscheidet, so verkennt er die oben hervorgehobene, im §. 614 enthaltene Beschränkung seiner Anwendbarkeit.

¹⁴⁾ Beispiel: „A soll mein Universalerbe sein; wenn er vor erreichter Großjährigkeit sterben sollte, fällt das Vermögen an die Stipendienstiftung X“ (s. Sammlung IX Nr. 4321). Steht hier die erlangte *venia aetatis* der erreichten Großjährigkeit gleich? Die I. Instanz bejahte die Frage unter Berufung auf §. 614 und auf §. 252 i. f., die beiden höheren Gerichte dagegen verneinten sie mit Recht, unter Berufung auf den feststehenden Rechtsatz, daß die Rechte Dritter nicht durch die Sondernam gewährte Altersnachfrist alterirt werden können. (Vgl. IV Nr. 1494.)

¹⁵⁾ Beispiel: Semandem wurde ein Legat ausgesetzt und dabei bestimmt, daß es nach dessen Tod des Legatars Wittin, falls sie ihn überlebt, zukommen solle. Die Wittin starb aber vor dem Legatar; nach seinem Tode beanspruchte dessen zweite Frau das Legat. Daß dieses Verlangen, da der Testator an sie nicht gedacht haben konnte, ein *frivolos* war, daß der Testator nur die zur Zeit der Anordnung mit dem Legatar verehelichte Frau gemeint hat, sagt Jedem der gesunde Menschenverstand; dafür braucht man sich nicht mit Schießl (Jurist XIV S. 193—198) auf §. 614, oder auf §. 666 und §. 681 zu berufen. Immerhin harmonirt die Entscheidung mit §. 614; doch müßte sie ohne ihn ebenso lauten. — Der im Jurist V S. 386 ff. erzählte Fall gehört nicht zu §. 614, wohin er gewöhnlich gestellt wird, sondern zu §. 721.

¹⁶⁾ Zumal dann, wenn der Testator geradezu angeordnet hat, daß der Vorerbe vom Nacherben „in der Gebahrung des so ererbten Vermögens nicht beschränkt werden“ soll. Sammlung III Nr. 1412. Eigentlich ist hier die Berufung auf §. 614 nur unterstützend, da in obigen Worten eine schon an sich unzweifelhafte Anordnung des fideicommissum eius, quod supererit enthalten ist. Wichtig die II. Instanz. Die Auslegung des obersten Gerichtshofes steht im Widerspruch mit dem offenbaren Willen des Erblassers und mit §. 614. Seine Behauptung, daß die freie Gebahrung nicht auch von Beräußerungen unter Lebenden verstanden werden dürfe, weil sonst „die angeordnete Substitution geradezu

Interpretationschwierigkeiten bereitenden, Substitutionen in gemeinsamen gegenseitigen Testamenten nicht zu vergessen.¹⁷⁾

V. Wenn der Bestand oder die Auslegung einer Substitution zwischen den Interessenten bestritten ist, so kann darüber natürlich nicht von der Abhandlungsbehörde als solcher, sondern nur im ordentlichen Rechtswege entschieden werden.¹⁸⁾

Erlösungsarten der gemeinen und fideicommissarischen Substitution.

§. 615.

Die gemeine Substitution erlischt, sobald der eingesetzte Erbe die Erbschaft angetreten hat; die fideicommissarische, wenn keiner von den berufenen Nacherben mehr übrig ist; oder, wenn der Fall, für den sie errichtet worden, aufhört.

§. 616.

Insbesondere verliert die einem Sinnlosen gemachte fideicommissarische Substitution (§§. 608—609) ihre Kraft, wenn bewiesen wird, daß er zur Zeit seiner letzten Anordnung bey voller Besonnenheit war; oder, wenn ihm das Gericht wegen erlangten Verstandgebrauches die freie Verwaltung des Vermögens eingeräumt hat; und die Substitution lebt nicht wieder auf, ob er gleich wegen Rückfalls wieder unter einen Curator gesetzt worden ist, und in der Zwischenzeit keine letzte Anordnung errichtet hat.

§. 617.

Die von einem Erblasser seinem Kinde zur Zeit, da es noch keine Nachkommenschaft hatte, gemachte Substitution erlischt, wenn dasselbe erbfähige Nachkommen hinterlassen hat.

I. Redaction. Im Westgal. G. B. war die Materie von den Substitutionen durch fünf definirende Paragraphen (397—401) eingeleitet und, nachdem in §§. 402—404 die gemeine, in §§. 405—406 die pupillarische, in §§. 407—410 die fideicommissarische Substitution abgehandelt war, durch einen die Erlösung aller drei Arten betreffenden Paragraph (411) abgeschlossen. Dieser lautete:

„Die gemeine Substitution erlischt, sobald der eingesetzte Erbe die Erbschaft angetreten hat; die pupillarische aber, sobald der Pupill zur Mündigkeit, oder der Sinnlose zum Gebrauche der Vernunft gekommen ist. Die fideicommissarische endlich wird aufgehoben, wenn keiner von den gesetzmäßig¹⁾ nachberufenen Erben mehr übrig ist. Die gemeine Substitution ist in jeder pupillarischen und fideicommissarischen begriffen.“

Das inneröstr. Appell. Ger. wollte auch den früheren Tod und die Erbfähigkeit des Substituten erwähnen; ferner für den Fall der Recidive in die Geisteskrankheit bestimmen, daß die Substitution solchen Falls nur dann aufhöre,

aufgehoben würde“, bedeutet die Ignorirung jenes ganzen Rechtsgebildes (des fideicommissum eius, quod supererit). Ähnlich verhält es sich mit der in der Ztschft. f. d. Notariat 1863 Nr. 46 erzählten Entscheidung. — S. noch die Bemerkungen über Sammlung V Nr. 2102 oben bei §. 610.

¹⁷⁾ S. außer der oben cit. Nr. 2102 auch Nr. 4324 (im IX. Bb.). Uebrigens sind die Substitutionen in gegenseitigen Testamenten so mannigfach, daß auf sie hier nicht eingegangen werden kann; es wäre eine ermüdende Casuistik und nur Casuistik. Ueber einen besonders interessanten Fall handelt ebenso überzeugend als scharfsinnig Unger §. 24 Num. 9.

¹⁸⁾ S. Sammlung IV Nr. 1494, VII Nr. 3630, IX Nr. 4397; Kopecky Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1833 I S. 267, 276. Ger. Ztg. 1871 Nr. 36 („Civillache“). — Wie aber, wenn ein Gesuch um Devinculirung zwar auf keinen Widerspruch stößt, also ein Streit nicht vorhanden ist, aber nicht alle Interessenten gehört werden können, z. B. weil unter ihnen nascituri sind? Es genügt die Zustimmung eines für die Nachkommenschaft bestellten Curators. S. hierüber Sammlung XII Nr. 5422.

¹⁾ Dieses Wort wurde, als an die gesetzliche Erbfolge erinnernd, vom böhmischen Appell. Ger. getadelt. Dieser Tadel war unbegründet, da die Anreihung des in Frage stehenden Paragraphen an §§. 409, 410 (entsprechend §§. 611, 612 jetziger Zählung) keinen Zweifel übrig ließ, daß als Gegensatz zu „gesetzmäßig“ „gesetzwidrig“ zu denken war, m. a. W. daß mit jenem Worte auf die gesetzliche Einschränkung der Reihe der Fideicommissare hingewiesen war.

wenn der Geisteskranke in der Zwischenzeit, wo er gesund war, selbst ein gültiges Testament gemacht hat. Zeiller mißbilligte (Sitzung v. 6. Febr. 1804) dies Monitum. Es sei ja selbstverständlich, daß die Substitution wirkungslos sei, wenn der Substitut zur Zeit des Substitutionsfalles nicht mehr lebt oder erbunfähig ist. Die Erwähnung der pupillarischen Substitution müsse, nachdem man diese in §. 609 abgeschafft, wegbleiben; dafür sei aber zu sagen: „oder wenn der Fall . . .“ Dieser beantragte und von der Majorität angenommene Zusatz stimmt wörtlich mit dem Ende von §. 615 und mit §. 616; nur die Worte: „wenn bewiesen wird, daß er zur Zeit seiner letzten Anordnung bei voller Besonnenheit war; oder“ fehlten, sie wurden erst bei der Superrevision (30. Nov. 1809) auf Haan's Antrag eingeschaltet. Die Debatte über den Fall der Recidive s. unten bei der Erklärung des §. 616. Der Schlusssatz von §. 411 wurde, soweit er nicht wegen §. 609 entfiel, auf Zeiller's Antrag zu §. 608 gezogen. Der von der Majorität beschlossene Text lautete gleich den jetzigen §§. 615 und 616,²⁾ nur fehlte die eben citirte Einschaltung. Der §. 617 wurde bei der Revision (27. Aug. 1807) auf Zeiller's Antrag angenommen, so daß die gegenüber dem Westgal. O. B. neuen §§. 616 und 617 Zeiller'n ihr Dasein verdanken.³⁾

II. Die Worte „die fideicommissarische Substitution erlischt“ (§. 615) sind an sich zweideutig: sie können entweder bedeuten, daß die Anordnung vereitelt wird, oder aber, daß sie zu wirken aufhört; m. a. W. daß sie für den oder die Substituten ohne Erfolg bleibt oder aber ihren Zweck erfüllt hat und das vincularite Vermögen frei wird. Gewiß liegt die erste Deutung am nächsten. Wenn von Rechten gesagt wird, daß sie „erlöschen“ (so z. B. vom Pfandrecht §. 467 ff., von den Dienstbarkeiten §. 524), so bedeutet dies Wort allerdings die Endigung eines Erfolges; in Anwendung auf Geschäfte und Anordnungen bedeutet es dagegen öfter das Ausbleiben des Erfolges, die Vereitelung; so sagt man z. B. „die Vermächtniß-Anordnung erlischt“, „die Offerte erlischt“, und so denn auch „die Substitution erlischt“. Demnach bedeutet der Mittelsatz des §. 615 dieses: die fideicommissarische Substitution ist vereitelt, wenn keiner der berufenen Nacherben den Zeitpunkt der Restitution (erbfähig) erlebt. So versteht auch Winwarter (III S. 127 f.) diese Stelle. Mühlfeld⁴⁾ dagegen versteht sie in dem anderen Sinne und paraphrasirt sie so: „die fideicommissarische Substitution erlischt, wenn in der Anordnung des Erblassers nach dem dormalen im Besitze des Nachlasses gedachten Nacherben kein weiterer berufener Nacherbe mehr enthalten ist, oder m. a. W. wenn der Nachlaß an den in der Reihe der in der Anordnung des Erblassers berufenen Nacherben zuletzt Berufenen gelangte“ (S. 408). Die wortreiche und schlechte Stylistik dieses Satzes vermag doch nicht die lächerliche Trivialität des Gedankens, der da den Redactoren zugeschoben wird, genügend zu verschleiern. Wenn Mühlfeld zu seiner Entschuldigung sich darauf beruft, daß auch der erste und dritte Satztheil trivial seien,⁵⁾ so ist dies hinsichtlich des ersten ganz unrichtig, da er vielmehr von größtem Interesse ist und uns belehrt, daß die gemeine Substitution erst mit der Ansetzung, nicht schon mit der Berufung, des Institutens erlischt, was später durch

²⁾ Die Zerlegung in zwei Paragraphen erfolgte erst später und zwar erst nach der Superrevision.

³⁾ Und dennoch muß man selbst hier seinen Commentar mit Kritik benutzen! (s. Note 15 und 16).

⁴⁾ In dem oben bei §. 608 Note 13 citirten Aufsatz; derselbe behandelt die Natur der fideicommissarischen Substitution in einer im Ganzen lächerlichen Weise; der Theil jedoch, der §. 615 betrifft (S. 403—410), kann nur getadelt werden.

⁵⁾ Ebenso Unger §. 20 Anm. 12.

§. 809 bestätigt wird.⁶⁾ Was aber den dritten Satztheil betrifft, so ist er an sich allerdings trivial, in diesem Zusammenhang aber unentbehrlich; denn wenn man ihn streicht, so wird der zweite Satz wegen seiner Allgemeinheit unrichtig. Der beste Grund Mühlfeld's ist, daß die herrschende Auslegung einen Widerspruch zwischen §. 615 und §. 705 statuirt. Dabei übersteht er, daß §. 705 kein starres Princip, sondern eine Regel enthält, die vor dem Nachweise eines anderen Willens des Testators weicht;⁷⁾ gerade aber beim dies incertus quando und insbesondere, wenn er auf Jemandes Tod gestellt ist, kann sehr wohl die Absicht des Testators auf Bedingung durch das Erleben des Zeitpunktes gerichtet sein, und welche Erwägungen die Redactoren dazu führten, in unserm besondern Falle diese Absicht anzunehmen, wurde oben (bei §. 608) schon angedeutet.⁸⁾ — Wir müssen aber unsere oben aufgestellte Deutung der fraglichen Worte um so mehr festhalten, als sie allein mit dem übrigen Inhalt von §. 615 vereinbar ist. Sowohl der Anfang als der Schluß des §. 615, dann die mit einem „insbesondere“ ihm angefügten speciellen Bestimmungen der §§. 616, 617 lassen keinen Zweifel daran übrig, daß in diesen §§. 615—617 von condiciones defectivas der fraglichen Anordnungen die Rede ist.⁹⁾ Noch deutlicher tritt dies in der Trichotomie des §. 411 Westgal. G. B. II hervor, die offenbar die Rehrseite zu den §§. 398—400 enthält: hier wird gesagt, wann die der Substitution inwohnende Bedingung erfüllt, dort, wann sie vereitelt ist. Noch könnte der Einwand vielleicht versucht werden, daß das Wort „erlischt“ in §. 411 (bez. §. 615) schillernd gebraucht sei und könnte auf das Wort „gesetzmäßig“ hingewiesen werden, da — so lange noch kein Fideicommissar zur Erbfolge gelangt ist (s. §. 615 a. E.) — selbst bei einer noch so langen Substitutenreihe von Niemandem in vorhinein gesagt werden könne, daß er gesetzwidrig substituiert sei. Aber auch dieser Einwand scheitert daran, daß der Schlußsatz des §. 612 erst im Jahre 1804 aufgenommen, dagegen das Wort „gesetzmäßig“ in dem gleichzeitig beschlossenen jetzigen Texte von §. 615 weggelassen wurde.¹⁰⁾ So fehlt es an jedem Grunde, der die Annahme eines so groben Redactionsfehlers rechtfertigen könnte.¹¹⁾

III. Nach alledem ist es klar, daß §. 615 Folgendes sagen will: 1) Die gemeine Substitution erlischt, sobald der eingesetzte Erbe die Erbschaft angetreten, nicht schon, sobald er den Erblasser überlebt hat; dies „nicht schon . . .“ ist um so gewisser hinzuzudenken, als im §. 411 Westgal. G. B. II gesagt war, daß die Pupillar-Substitution sofort erlischt, sobald das Kind die Mündigkeit erlebt

⁶⁾ Dies verkennt auch Reich (s. unten Note 8), der hier dem Gegner eine ungegründete Concession macht (S. 332).

⁷⁾ Zu äußerlich und scholastisch ist in diesem Punkt die Entgegnung Reich's S. 329 f.

⁸⁾ Die übrigen Argumente Mühlfeld's übergehen wir; sie sind gar zu schwach und bereits genügend widerlegt von Reich im „Jurist“ IV S. 323—336, der aber darin irrt, daß er mit der Ergeßung des §. 615 die Frage nach der Natur der fideicommissarischen Substitution für erledigt und Mühlfeld auch hinsichtlich derselben für widerlegt hält.

⁹⁾ Unger beruft sich für seine Auslegung auf Zeiller II S. 516, der aber (man muß den Zusammenhang beachten) direkt die obige Auslegung bestätigt. Er sagt: „Auf gleiche Weise erlischt die fideicommissarische Substitution.“ Dieses „auf gleiche Weise“ deutet zurück auf den vorhergehenden Absatz, wo es heißt: „Sobald . . .“ fällt die Bedingung oder der Fall der gemeinen Substitution, somit auch die Substitution selbst weg (S. 604)“ . . . Vgl. überdies ebd. S. 503! —

¹⁰⁾ Ueber den Grund dieser Weglassung, ob sie über das bei Note 1 erwähnte Monitum, oder aber mit Rücksicht auf den Schlußsatz von §. 612 erfolgte, sagen die Protokolle nichts.

¹¹⁾ Bei successiven fideicommissarischen Substitutionen erbält das „Erlöschen“ freilich einen prägnanten (d. h. beide Bedeutungen einschließenden) Sinn; aber das macht sich von selbst und ist kein Redactionsfehler.

hat, auch wenn es (was wieder hinzuzudenken ist) nicht testirt hat. Es ist also mit dem Anfangssatz des §. 615 gesagt, was später (§. 809) nochmals in anderer Wendung eingeschränkt wird, daß der Substitut den Transmissaren des Instituten vorgeht. 2) Die fideicommissarische Substitution erlischt, wenn Keiner der Substituten den „Substitutionsfall“ erlebt. Das Gemeinschaftliche für beide Arten der Substitution wäre demnach, daß der Substitut selbst an die Reihe kommen muß, widrigenfalls er nicht transmittire. 3) Die Schlußworte des §. 615 gehen auf den Fall bedingter fideicommissarischer Substitution, d. h. im Sinne der Redactoren einer solchen, welche außer von der allgemeinen Bedingung des Erlebens noch ausdrücklich von irgend einer anderen abhängig gemacht ist. — Vgl. im Uebrigen §. 608 Abs. III und IV. — Ist das Erlöschen sein bestritten, so kann auf Devinculirung nur im Rechtswege erkannt werden. Ist es nicht bestritten, kommen aber die Interessen Minderjähriger oder Ungeborener in Frage, so müssen für sie Curatoren bestellt werden; ein contradictorisches Verfahren ist aber deshalb allein noch nicht nothwendig (s. Sammlung IX Nr. 4397, XII Nr. 5422; vgl. oben bei §. 614 Note 18).

IV. Zu §. 616. Die pupillarische Substitution des Westgal. O. B. (eine freie Nachbildung der pupillarischen und quasi-pupillarischen Substitution des gemeinen Rechtes) (§§. 399, 401, 405, 406) ging „auf den Fall, daß (die Kinder) im unmündigen Alter, im Wahnsinne, oder Blödsinne sterben und folglich selbst zu testiren unfähig bleiben sollten“. Sie wurde durch das a. b. O. B. abgeschafft (s. bei §. 609). Selbstverständlich können aber Eltern für obigen Fall dem Descendenten hinsichtlich des ihm von ihnen hinterlassenen Vermögens einen fideicommissarischen¹²⁾ Substituten setzen (s. eben auch bei §. 609) und die Anordnung einer pupillarischen Substitution müßte restringirend als fideicommissarische Substitution ausgelegt werden, wie all' dies im §. 616 selbst durch die Allegirung der §§. 608 und 609 angedeutet ist. Aber dies ist nichts den Ascendenten Besondere und so spricht denn auch §. 616 nicht von Eltern, sondern ganz allgemein. Er enthält nun die Auslegungsregel, daß die einem Geisteskranken gemachte Substitution auf obigen Fall zu beschränken ist, auch wenn der Testator (gleichviel, wer er sei) diese Beschränkung nicht ausgedrückt hat, — nur selbstverständlich vorausgesetzt, daß ihm des Instituten Zustand (bezw. Testirunfähigkeit) bekannt war. Denn es ist wahrscheinlich, daß der Erblasser die Substitution eben nur mit Rücksicht auf diese Unfähigkeit angeordnet hat, daß er dagegen den Instituten, sobald dieser testirfähig würde, in seiner Testirfreiheit nicht beschränken wollte.¹³⁾ Es ist diese Annahme wirklich in der Natur der Sache begründet und harmonirt mit der allgemeinen in §. 614 aufgestellten Auslegungsregel. — Ueber den Fall der Recidive entspann sich eine Debatte unter den Redactoren (Sitzung vom 6. Februar 1804). Haan, Wichen, Pitreich und Gf. Kottenhann stimmten dem oben (Abs. I) mitgetheilten Monitum des innerösterreich. Appell. Ger. bei. Es habe ja der „erste Testator“ die gesetzlichen Erben ausschließen wollen; „die Vermuthung, daß der Erbe in seiner heiteren Zwischenzeit darum keine Anordnung gemacht habe,“ weil er die Intestat-Erbfolge eintreten lassen wollte, „könne nicht angenommen werden, weil er ja nicht glauben, nicht befürchten mußte, wieder in Wahnsinn zu verfallen“. Die Majorität dagegen (Zeiller, dem Schmidfeld, Ehrenberg, Phro, Drlandini zustimmten) war anderer Ansicht und beschloß die jetzige Stylisirung des §. 616 i. f.¹⁴⁾ — „Sobald die Testirungsfähigkeit eintritt, ist die Substitution

¹²⁾ Entgegen dem klaren Gesetztext hat man auch schon in den §§. 616, 617 eine Anerkennung der Pupillar-Substitution finden wollen! s. Sammlung V Nr. 2473.

¹³⁾ Vgl. Zeiller Commentar II S. 517.

¹⁴⁾ Der unvollständige Bericht über die Debatte in den Protokollen wird hier

erloschen," nur „muß das Factum der eingetretenen Testirungsfähigkeit bewiesen werden (§. 283),“ so sagt Zeiller im Commentar II S. 517 und dies war auch offenbar der Gedanke, von dem er bei der Abfassung des §. 616 geleitet wurde. Darnach wäre der Umstand, ob der Fiduciar ein Testament gemacht hat oder nicht, durchaus irrelevant. Dem entspricht aber die Fassung des §. 616 nicht genau; nur bei aufgehobener Interdiction, nicht auch bei fortdauernder Curatel ist der Umstand, ob testirt wurde oder nicht, für irrelevant erklärt. Was gilt aber dann, wenn der Nachweis geführt wird, daß der Interdicirte genesen war und nur aus Nachlässigkeit oder gar dolus die Aufhebung der Curatel nicht veranlaßt wurde? Ist die Substitution in solchem Falle erloschen, auch wenn kein Testament vorliegt? Wir glauben die Frage verneinen¹⁵⁾ und an den Worten des Gesetzes um so strenger festhalten zu müssen, als die eingeschobenen, das Testiren betreffenden Worte nicht von Zeiller, sondern von Haan herrühren, der in dieser Frage auf einem anderen Standpunkt sich befand, als Jener (s. oben).¹⁶⁾

V. Zu §. 617. „Der Paragraph ist von dem Falle zu verstehen, wo der Erblasser seinem Kinde, von dem er keine Nachkommenschaft erwartet, einen Fremden (seinen Abkömmling) zum Nacherben bestimmt.“¹⁷⁾ Er geht also weder auf Fälle, wo der Substitut ein (noch nicht geborner) Descendent des Instituten,¹⁸⁾ noch auf solche, wo der Institut kein Descendent des Testators ist.¹⁹⁾

ergänzt durch Zeiller's Commentar II S. 518, wo jener Beschluß so motivirt wird: „Wie die von ihm in diesem Zustande gemachte Anordnung befolgt werden muß, so ist, wenn er in demselben keine Anordnung errichtet hat, der Wille anzunehmen, daß sein freivererbliches Vermögen, worunter nun auch das erloschene Fideicommiss gehört, auf die gesetzlichen Erben übergehe (§. 730), und dieser Wille ist dadurch, daß er in den vorigen Zustand zurückfällt, nicht für aufgehoben zu halten.“ Vgl. oben S. 5 und Excurse II S. 1 ff.

¹⁵⁾ Ungenau und irreführend Zeiller a. a. D., da er zu der bejahenden Beantwortung der Frage (die er sich indeß gar nicht gestellt zu haben scheint) verleiten könnte. Nippel IV S. 196 präcisirt richtig die Fälle, wann die Substitution erlischt, so daß er die richtige Ansicht hat, doch bespricht er die Frage nicht direct. Nicht glücklich wird die Gesetzbestimmung von Stubenrauch so umschrieben: Die Substitution „erlösche, wenn dieses Hinderniß der Testirungsfähigkeit“ (nämlich die Geisteskrankheit) „aufgehört hat. Der Beweis über diesen letzteren Umstand kann . . . entweder auf die im §. 567 angegebene Weise, oder auf Grundlage der Anordnung des §. 283 geführt werden.“ Es ist nicht richtig, daß das Aufhören der Geisteskrankheit genüge; es muß entweder die Aufhebung der Curatel oder das Testiren hinzutreten; selbstverständlich müssen alle diese relevanten Thatsachen eventuell erwiesen werden; aber man darf nicht die ganze im Texte angeregte Frage in der Beweisfrage aufgehen lassen. — Direct und auch richtig beantwortet diese Frage Fölger II S. 318 f. (§. 203); doch denkt er nur an unbenußte Incidintervalla, nicht auch an den oben erwähnten Fall. Es ist diese ganze Untersuchung allerdings von mehr theoretischem als praktischem Interesse, da selbst, wenn es und zu es vorkommen sollte, daß ein Genesener durch Irrthum oder verbrecherische Absicht seiner Umgebung, oder der Aerzte u. dgl. in Curatel verfiel, doch fast niemals hinterdrein der Beweis, daß der Verstorbene wahrhaft geheilt war, gelingen würde.

¹⁶⁾ Man beachte Folgendes: Im Februar 1804 vertritt Zeiller die Irrelevanz des Umstandes, ob (im Falle der Recidive) der Genesene im gesunden Zustande testirt hat oder nicht. An der Spitze der Opposition gegen diesen Satz steht Haan. Dieser schlägt Ende November 1809 (also fast sechs Jahre später) einen unscheinbaren Zusatz vor, mit dessen Annahme er, ohne daß Zeiller es bemerkt zu haben scheint, seiner 1804 niedergestimmten Ansicht einen halben Sieg verschafft. Darin liegt, nebenbei bemerkt, das Gefährliche solcher rascher dritter Lesungen, daß beim Herausgreifen einzelner Punkte durch ein Mitglied der Commission die übrigen nicht mehr die Gründe und die Art der Entscheidung des ganzen Paragraphen gegenwärtig haben. Beispiele solcher Tenacität eines in der Minorität geblichenen Votanten sind übrigens in der Geschichte unferer Codification nicht gar so selten, und Zeiller selbst brachte Manches in den späteren Lesungen mühelos durch, was in der ersten verworfen worden war.

¹⁷⁾ Zeiller Commentar II S. 518.

¹⁸⁾ Zeiller ebd. Z. 1 pr.

¹⁹⁾ Zeiller a. a. D. S. 519 Z. 2. Mithin erlischt z. B. die einem kinderlosen

Das Motiv dieser aus dem römischen Rechte²⁰⁾ in das preussische (§. 538 L. N. I 12) und das österreichische Gesetzbuch recipirten Regel ist die Unwahrscheinlichkeit, daß der Testator habe wollen „alienas successiones propriis antepone“ (l. 30 Cod. VI, 42); die Nachkommen des Instituten sind eben auch Nachkommen des Testators. Dieses Motiv veranlaßte manche Juristen²¹⁾ zu der Behauptung, daß unser Paragraph, der im allgemeinen von „Substitution“ spreche, sich auch auf die gemeine Substitution beziehe. Dies ist, wie die Geschichte des §. 617 und ein Blick in Zeiller's Commentar zeigt, unrichtig; die §§. 616, 617 hängen durch das „insbesondere“ mit dem Schlusssatz des §. 615 eng zusammen. Der diesem Irrthume zu Grunde liegende richtige Gedanke wird durch eine andere Gesetzesstelle verwirklicht. Der mit Stillschweigen übergangene Enkel tritt ganz an die Stelle des nicht zur Erbfolge gelangten Kindes (§. 779); sein Erbswerb vereitelt die Substitution gerade so, als ob sein Patens Erbe geworden wäre.²²⁾ Dagegen findet §. 617 allerdings analoge Anwendung auf den Fall, wo der instituirte Descendent zur Zeit der Errichtung der fideicommissarischen Substitution bereits Nachkommenschaft gehabt, der Testator jedoch erwiesener Maßen dies nicht gewußt hat.²³⁾

VI. Zu §. 617 (Fortsetzung). Uebrigens ist noch Folgendes zu bemerken: A. Hinsichtlich der Voraussetzungen des §. 617: a) Der Institut muß ein „Kind“, d. h. Descendent (§. 42) des Testators oder von ihm adoptirt sein; es kann auch ein unehelicher Descendent sein (l. 6 Cod. VI, 25).²⁴⁾ b) Die Substitution erlischt nicht schon mit der Geburt des Kindes des Instituten, sondern erst, wenn dieser ein Kind „hinterlassen hat“²⁵⁾ (vgl. l. 30 Cod. VI, 42). c) Der Institut muß „erbfähige Nachkommen“ hinterlassen haben; erbfähig selbstverständlich im Verhältnisse zu ihm, nicht auch nothwendig im Verhältnisse zum Testator; der §. 617 gilt deshalb auch zu Gunsten unehelicher Kinder einer instituirten Tochter, da Jene im Verhältnisse zu ihrer Mutter ehelichen Kindern ganz gleich stehen;²⁶⁾ andererseits eben deshalb selbstverständlich nicht zu Gunsten unehelicher Kinder eines Sohnes. d) Adoptivkinder des Instituten sind zwar „erbfähig“, können aber darum nicht ehelichlichen Kindern gleichgestellt werden, weil der Institut nicht durch seinen freien Willensentschluß (die Adoption) den des Testators vereiteln kann²⁷⁾ (vgl. l. 76 D. XXXV, 1). e) Obgleich das Gesetz nichts hierüber sagt, ist §. 617 nur von dem regelmäßigen Fall der Substitution, wo die Herausgabe beim Tode des Instituten geschehen soll, zu verstehen. Hiefür spricht sowohl die Geschichte des §. 617,²⁸⁾

Neffen gemachte fideicommissarische Substitution dadurch, daß ihm später ein eheliches Kind geboren wird, nicht; vgl. Gruchot II S. 198.

²⁰⁾ S. die bei Stubenrauch l. Aufl. II S. 395 Note * cit. Stellen: l. 30 Cod. VI, 42; l. 6 §. 1. Cod. VI, 25; l. 102 D. 35, 1.

²¹⁾ Winivarter III S. 131; Ellinger zu §. 617.

²²⁾ Vollends nicht zu §. 617 gehört der Fall, wo einem kinderlosen Testator nach Errichtung einer fideicommissarischen Substitution ein Kind geboren wird. Aendert ein Solcher sein Testament nicht, so kommen die §§. 777 f. zur Anwendung. Zeiller S. 519.

²³⁾ Winivarter und Ellinger a. d. D., Stubenrauch zu §. 615 ff. 3. 6. Vgl. auch §. 778 pr.

²⁴⁾ Vgl. Stubenrauch 3. 6 lit. a.

²⁵⁾ Stubenrauch a. a. D.

²⁶⁾ Damianitsch im „Jurist“ X S. 116 f., Ellinger und Stubenrauch a. d. a. D., Gruchot II S. 197. — A. M. sind Winivarter a. a. D., Füger II S. 317, Unger §. 20 Anm. 4.

²⁷⁾ Die richtige Entscheidung geben auch Stubenrauch 3. 6 lit. c und Ellinger §. 617 (und für's preussische Recht ebenso Gruchot II S. 197), jedoch mit nicht zu billiger Begründung; sie urgiren nämlich (entgegen dem §. 183 pr.) den Ausdruck „Nachkommen“.

²⁸⁾ Vgl. l. 30 Cod. VI, 42 vb.: „si quis ... restitutionis post mortem oneri

als die Ermägung, daß das Motiv nicht zutrifft, wenn z. B. der Institut nach drei Jahren restituiren sollte.²⁹⁾ f) Obwohl bei successiven Vermächtnissen, namentlich solchen, die einzelne körperliche Sachen zum Gegenstande haben, sich manches gegen die Anwendung des §. 617 einwenden ließe, müssen wir diese nach der allgemeinen Vorschrift des §. 652 für geboten erachten, was auch mit dem römischen Rechte übereinstimmt.³⁰⁾ — B. Die Folge des Eintrittes der gedachten Voraussetzungen ist keineswegs die, daß „die erbfähigen Nachkommen“ an die Stelle des fremden Substituten treten, daß also der Parens ihnen das gedachte Vermögen, soweit es überhaupt mit dem Substitutionsband wirksam vinculirt werden kann (§. 774), hinterlassen müsse;³¹⁾ — sondern nur die, daß die „Substitution erlischt“ (§. 617), also der Parens, durch kein Recht eines Dritten behindert, das fragliche Vermögen seinen erbfähigen Descendenten zuzuwenden, bezw. hinterlassen kann.³²⁾ Ebenso wird man wohl (arg. §. 614) entscheiden müssen, wenn die Substitution ausdrücklich auf den Fall eingeschränkt ist, daß der Instituirte ohne Kinder sterben sollte.³³⁾

Von Familien-Fideicommissen. *)

Einleitung.

I. Vor Allem bedarf es einer Erklärung, warum die §§. 618—645 (Westgal. G. B. II §§. 413—436) die eben genannte Materie im Anschluß an die Substitutionen hier im X. (bezw. XII.) Hauptstück: „von Nacherben und Fideicommissen“ behandeln. Es erscheint dies durch den geschichtlichen Einfluß der römischen Lehre von der fideicommissarischen Substitution und von den successiven Vermächtnissen auf die Ausbildung des Institutes der Familien-Fideicommissen, ferner durch manche Uebereinstimmungen in Zweck und Erfolg zwischen Nacherbeinsetzungen und Fideicommiss-Begründungen erklärt, und, da ein Gesetzbuch sich nicht überall einer streng wissenschaftlichen Systematik zu fügen braucht, auch einiger Maßen gerechtfertigt. Andererseits läßt manches dagegen sich erinnern, namentlich daß durch diese Einreihung der Schein einer größeren Aehnlichkeit entsteht,¹⁾ als welche — bei den tiefgreifenden Unterschieden, die aus der folgenden Darstellung von selbst hervortreten werden — wirklich vorhanden ist.²⁾

subegit“ „si quis . . . eam restitutionis post obitum gravamini subiugaverit“. Zeiller's Comm. II S. 518 „nach dem Ableben“.

²⁹⁾ A. M. Ellinger und Stubenrauch a. b. a. D.

³⁰⁾ S. I. 6 Cod. VI, 25 i. f.: „Quae omnia et in legatis et fideicommissis specialibus locum habere sancimus.“

³¹⁾ Dies behauptet Winwartter III S. 131, weil die Substitution nicht überhaupt, sondern nur zu Gunsten dieser Nachkommen erloschen sei; ihm stimmt zu Fügler II S. 317 f.

³²⁾ So mit Recht Stubenrauch Z. 7 unter Hinweisung auf I. 114 §. 13 D. de leg. I; zustimmend Unger §. 20 A. 4.

³³⁾ S. Sammlung VII Nr. 3630 und vgl. dazu oben S. 217.

*) Diese Ueberschrift gehört nicht dem Gesetzbuch an, in welchem der Beginn dieser Materie durch nichts anderes markirt ist, als die bei §. 618 angebrachte Marginalnote „Fideicommiss“.

¹⁾ Hieburch hat sich einmal der oberste Ger. S. zu der Aeußerung verleiten lassen: Die Familien-Fideicommissen seien eine Art von fideicommissarischer Substitution, und würden nur darum im Gesetze besonders behandelt, weil sie nicht der Beschränkung des §. 612 unterliegen, deshalb aber andererseits einer besonderen Bewilligung Seitens der gesetzgebenden Gewalt bedürfen (§. 627). S. österr. Ger. Ztg. 1857 Nr. 130, S. 522, col. 2.

²⁾ Aehnlich ist die Einreihung im Bayr. Cod. Maxim. (III. 9 und III. 10), während im preuß. R. die Materie im Familienrecht untergebracht ist, wo freilich auch das Intestaterbrecht steht (während ein anderer Haupttheil des Erbrechts unter die Eigenthums-Titel eingereiht ist; „das Erbrecht ist fast durch das ganze System des A. L. R. zerstreut“

In der Wissenschaft ist man auch heute noch von einer Uebereinstimmung hinsichtlich der systematischen Einordnung der Familien-Fideicommiss weit entfernt; doch ist in einem Commentar auf diese Frage nicht näher einzugehen.³⁾

II. Was an dem in Rede stehenden Institute Jedem sogleich als charakteristisch auffällt, ist die Gebundenheit des Vermögens an eine Familie und die ihr entsprechende Beschränktheit der Herrschaft des jeweiligen Inhabers, der das Vermögen weder durch Verfügungen unter Lebenden noch von Todeswegen aus der Familie bringen kann. Ebenso springt sofort der Zweck jener Gebundenheit, die Aufrechterhaltung des Glanzes der Familie, in die Augen. So bekannt aber dies sogar dem Laien ist, so dunkel ist noch in vielen Punkten die Entstehungsgeschichte des Institutes; wenigstens ist in dieser Hinsicht behauptet worden, daß nicht Andere in Abrede gestellt hätten.⁴⁾

Heydemann System des preuß. Civ. R. im Grundrisse (1851) S. 185, woselbst auch eine Uebersicht gegeben ist). Im sächsischen G. B. stehen die Anordnungen über die „Familienanwartschaft“ am Schluß der Abtheilung „von den Vermächtnissen“; bei Abfassung des Zürcher G. B. entging man der Frage nach der systematischen Stellung dadurch, daß man die „genauere Formulirung des Institutes“ für „weder nöthig noch zweckmäßig“ hielt; man begnügte sich mit einer gelegentlichen Erwähnung der „Familienstiftungen“ in §. 2078; f. Bluntzschli Priv. Gesetzb. f. d. K. Zürich, I. Bd. bei §. 50, IV. Bd. bei §. 2078.

³⁾ Ueber den Stand dieser Frage s. Unger Erbrecht §. 89 bei und in Anm. 3. Seiner Ansicht (Einordnung des ganzen Instituts in's Familienrecht) können wir uns nicht anschließen. Kein Familienverhältnis, sondern ein Stiftungswille (möglicher Weise eines Fremden), eine *lex rei suae dicta* ist die Grundlage des Familien-Fideicommisses. Daß die Folge der Inhaber sich durch Verwandtschaft bestimme, ist wahr; wäre aber dies entscheidend, so müßte man um so mehr die Intestat-Erbfolge in's Familienrecht stellen (was freilich an sich nicht unrichtig, aber doch unzweckmäßig wäre); der „splendor familiae“ endlich ist doch kaum ein familienrechtlicher Gedanke. Für die Einreihung in's Erbrecht ließe sich manches sagen; die Erörterung der Rechte des Inhabers und der Anwärter ist da nicht anstößiger, als der §. 613. Weniger läßt sich die Verweisung der ganzen Lehre in's Sachenrecht vertreten (Roth handelt sie, im II. Bd. seines Bayrischen Civillr., unter der Rubrik „dingliche Nutzungsrechte“ ab); theoretisch (aber nicht didaktisch) am richtigsten dürfte die herkömmliche Zerstückung der Materie sein (s. jetzt auch Stobbe Deutsch. Privatr. II, 2. S. 499, Note 1). Doch ist hier nicht der Ort, in diese ebenso schwierige als unfruchtbarere Streitfrage uns zu vertiefen.

⁴⁾ Die Entstehung und Entwicklung der Familien-Fideicommiss aufzuhellen und darzustellen, ist eine noch ungelöste Aufgabe der Rechtsgeschichte, für welche erst wenige und ungenügende Vorarbeiten und Beiträge vorliegen, da bisher nur die dogmengeschichtliche Seite eingehend untersucht ist. Es wird aber, bei dem geringen Antheil, den die Gesetzgebung an der Entwicklung des Institutes gehabt hat, Klarheit (namentlich über die Anfänge desselben) nur auf dem beschwerlichen und langwierigen Weg archivalischer Forschungen über die einzelnen (concreten) Fideicommiss zu erlangen sein. (Dies gegen Costa S. 23.) Die von Gengler und Costa erwähnte, von Pfeiffer gelobte Dissertation G. Schenk de Schweinsberg, de honorum stemmaticorum et fideicommiss. . . . origine atque discrimine (Marburg 1829) blieb uns unbekannt. Sonst sind aus jenen Vorarbeiten hervorzuheben: Ludw. Zimmerle Das deutsche Stammgutssystem (Tübingen 1857), ein unter Gerber's Einfluß entstandenes Buch, dessen letzter §. (36) ex professo das Familien-Fideicommiss behandelt, das aber auch sonst hieher gehört; daran knüpft an die Inaug. Abh. von Dominik Costa Entwicklungsgeschichte der Deutschen Familien-Fideicommiss, München 1864 („einer von der Juristenfacultät der kgl. Universität München i. J. 1860 gekrönten Preisschrift entnommen“), die durch fleißige Benutzung der Literatur, bes. der für die Dogmengeschichte des Institutes wichtigen älteren, und durch ungemein knappe und übersichtliche Darstellung verdienstlich ist. In dem Buche von Lewis (s. unten Note 39) ist das I. Capitel überschrieben „Entwicklungsgeschichte des Familien-Fideicommisses“, doch liefert der Verfasser nur im §. 1 eine für unsere Materie wenig belangreiche Untersuchung über „das Familien-Fideicommiss des römischen Rechts“, im §. 2 einige dogmengeschichtliche Notizen, zu denen Bessler Erbverträge II, 2 S. 75 ff. als Vorarbeit zu vergleichen ist. — Aus den Lehr- und Handbüchern ist zu vergleichen Bessler S. 176; Gengler Deutsch. Priv. R. 3. Aufl. S. 54, Gerber S. 83, Roth Bayr. Civillr. II §. 217, bes. aber Stobbe II, 2 §. 138. — Was Wildner (s. Note 39) über die „Geschichte des Fideicommisses“ vorbringt, kann heut zu Tage nur Lächeln erregen;

Die wohl am meisten verbreitete Ansicht, die auch im Großen und Ganzen der Wahrheit nahe kommen dürfte, ist diese: Dem deutschen Rechte ist das Bestreben eigen, den Grundbesitz, namentlich wegen seiner politischen Bedeutung, in der Familie zu erhalten. Da in alter Zeit letztwillige Verfügungen überhaupt unstatthaft, Veräußerungen aber durch das Verfügungsrecht der nächsten Erben beschränkt waren, so war jene Erhaltung schon hiedurch gesichert.⁵⁾ Mit diesem Recht der Erben und mit jener politischen Bedeutung des Grundbesitzes siehe in engem Zusammenhang das Erforderniß öffentlicher Auffassung bei Uebertragung von Immobilien.⁶⁾ Trotz tiefgreifender Aenderungen in der Verfassung (Utergang der Gauverfassung, Entwicklung des Lehnwesens und der Landeshoheit) habe das Grundeigen zwar noch einige Zeit hindurch eine politische Bedeutung behalten, endlich sei aber „das deutsche Stammgutssystem“ durch Lehnwesen und Landeshoheit, durch das Aufblühen der Städte und die damit verbundene erhöhte Wichtigkeit des Mobilienvermögens, und durch das römische Recht gebrochen worden.⁷⁾ Ueberreste desselben hätten sich noch lange erhalten, so der *Retract*, die bürgerlichen Erb-, und insbesondere die adeligen Stammgüter.⁸⁾ Den Stammgütern liegen zu Grunde zwei Principien: die beschränkte Veräußerlichkeit und die Bevorzugung des Mannstammes bei der Erbfolge. Jenes sei ein Ueberrest altdeutschen Rechtes, nicht so auch dieses (wie die ältere Theorie wählte), das vielmehr dem neueren Adelsrecht angehöre.⁹⁾ Gegenüber jenen ihm gefährlichen politischen Aenderungen habe der Adel an den alten deutschen Rechtsfäden in Familienverträgen, Erbverbrüderungen, Erbverzichten der Töchter, festgehalten. Bei der Reception des römischen Rechtes habe die Doctrin die demselben widersprechenden Rechtsverhältnisse des Adels zu rechtfertigen gesucht: bei dem reichständischen Adel durch die Berufung auf seine Autonomie, sein „*ius condendi statuta*“, beim landsässigen durch künstliche und gewaltsame Subsumtion unter die Kategorien des römischen Rechtes und durch Benutzung der „*successio ex pacto et providentia maiorum*“ des langobardischen, mit dem *corpus iuris civilis* recipirten Lehenrechts.¹⁰⁾ Als ein Product jener praktischen und dieser theoretischen Tendenzen sind die Familien-Fideicommissse zu betrachten, die also in specifisch deutschen Verhältnissen — gleichsam als „Verjüngung der Erbgüter“¹¹⁾ — den Grund ihrer Existenz haben, aber durch die romanisirende Theorie diejenige Ausgestaltung erhielten, in der sie noch heute bestehen; ein Institut des Privatrechtes, sind sie doch vielfach durch politische Momente hervorgerufen, beeinflusst und erhalten worden.¹²⁾ Das einbringende römische Recht wirkte auf die Ausbildung der Fideicommissse erst nur indirekt ein, „indem der Adel ihm gegenüber sein hergebrachtes Recht über Veräußerlichkeit und Vererbung seines Besitzthumes in positiven Bestimmungen sicherte; sodann direkt, indem seit dem 16. Jahrhunderte der Einfluß des römischen Rechtes auch hinsichtlich der Form

ernster zu nehmen sind die vielfach das Richtige errathenden Bemerkungen Voglhuber's im I. Hauptstück seines in Note 39 cit. Buches, und die ebb. S. 43 ff. enthaltenen Daten. (Nur Wiederholungen aus Voglhuber gibt Kopecky in der Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1833 I S. 285 ff. S. 23.)

⁵⁾ Vgl. z. B. Lewis S. 22; Dernburg Preuss. Privatrecht I §. 374; Zimmerle ss. 3, 4, 12.

⁶⁾ S. z. B. Zimmerle S. 71 ff.

⁷⁾ S. insbes. Zimmerle ss. 21, 22, 32.

⁸⁾ Vgl. Zimmerle ss. 32–35, Gengler a. a. O. ss. 52, 53.

⁹⁾ Zimmerle S. 265 ff.

¹⁰⁾ Vgl. Zimmerle S. 277 ff. mit Gengler S. 54.

¹¹⁾ Gerber §. 83 pr., Gengler §. 54 pr. — Costa S. 2: „Die eigentliche Geschichte des Familien-Fideicommisses beginnt da, wo die Geschichte des Stammgutes aufhört.“

¹²⁾ Vgl. die eben Citirten und Costa passim, bes. ss. 1, 25, 31, 32.

dieser Dispositionen und ihrer Beurtheilung vorherrschend wurde.“¹³⁾ Die Verquickung der römischen und deutschen Elemente geschah nicht immer in geschickter Weise, und namentlich mußte es verwirren, daß man die noch erhaltenen Stammgüter mit den Fideicommissen zusammenwarf,¹⁴⁾ während doch beide, trotz jenem geschichtlichen Zusammenhang, sich in wesentlichen Punkten unterscheiden. Das Fideicommiss beruht auf des Stifters Verfügung, auf welche auch die Succession der Inhaber zurückgeführt wird; das Stammgut beruht auf Gesetz oder Herkommen, das Erbrechtsprincip dabei ist das gemeinrechtliche (d. h. jeder Nachmann ist Erbe seines Vormanns, nicht, wie dort, eines Stifters); die Veräußerung des Stammgutes ist durch die Rechte der Agnaten beschränkt, die des Fideicommisses ist nichtig.¹⁵⁾

III. Dies die Umrisse der herrschenden Meinung. Im Einzelnen freilich ist vieles bestritten und vieles noch der Untersuchung bedürftig. Wir müssen die wichtigeren Fragen hier berühren und auch auf einzelne unbestrittene Punkte näher eingehen, als in obiger Uebersicht geschehen konnte.

Was zunächst das alte deutsche Recht betrifft, so sind die übertriebenen Vorstellungen, die man im vorigen Jahrhundert von der Zurücksetzung der Frauen und der Cognaten (in die letztere folgt keineswegs aus der ersteren)¹⁶⁾ bei der Erbfolge hatte, heut zu Tage allgemein aufgegeben. Nicht einmal die Mehrzahl der Volksrechte schließt die Frauen, und sei es auch nur vom Grundeigen, allgemein aus. Die Zurückdrängung der Frauen und Cognaten, wie sie bei Fideicommissen die Regel bildet, ist viel neueren Datums und Ergebnis der specifischen Interessen des Adels.¹⁷⁾ — Zweifelhafter ist es, wie alt und wie allgemein die Beschränkung der Veräußerung von Grundeigenthum durch Rechte der Anwärter gewesen ist.¹⁸⁾ Die in der ersten Hälfte dieses Jahrhunderts herrschende, noch 1847 von Gerber in einer eigenen Schrift¹⁹⁾ vertheidigte, Ansicht nahm es als allgemeines und ältestes deutsches Recht an, daß Veräußerungen von Grundeigenthum nur mit Zustimmung der nächsten Erben vollwirksam geschahen. Selbst nachdem eine richtigere Erkenntniß Geltung gewonnen hatte, hat sich Gerber's Schüler, Zimmerle (1857), viel Mühe gegeben, den Quellenbefund mit dieser vorgefaßten Meinung in Einklang zu bringen.²⁰⁾ Andererseits hat Beseler (1835) versucht,²¹⁾ die älteren Zeugnisse für das Weispruchsrecht hinwegzudeuten, hat dieses für die ältere Zeit überhaupt geleugnet, und die Behauptung aufgestellt: erst später hätte sich aus dem, was Sitte und natürliche Neigung mit sich brachten, nach und nach eine rechtliche Schranke zu Gunsten erst der Kinder, dann auch anderer Verwandten herausgebildet; im 11. Jahrhundert sei dieser Bildungsproceß vollendet. Beseler's Ansicht wurde von seinem Schüler Lewis (allerdings mit Modificationen) 1862 wieder vertheidigt.²²⁾ — Den richtigen

¹³⁾ Costa S. 3.

¹⁴⁾ Zimmerle S. 287 ff.

¹⁵⁾ Zimmerle S. 291 f.

¹⁶⁾ Dies erkannte (so irrig er sonst auch noch über die obigen Fragen dachte) schon Danz, und er hat es nachdrücklich hervorgehoben; s. sein Handbuch d. Deutsch. Privatr. IX. Bb. (1822) S. 680 (S. 327 ff.).

¹⁷⁾ Zimmerle S. 265—274.

¹⁸⁾ Die umfangreiche Literatur dieser Frage ist nachgewiesen in Stobbe's Handbuch des Deutschen Privatrechts II, 1 S. 107 f. Note 3.

¹⁹⁾ Meditationes ad locum Spec. iur. Saxon. I 52 (Erlangen 1847).

²⁰⁾ In §§. 5—12, 20 u. a. and. D. seines (sonst gewiß recht verdienstlichen) hier oft citirten Werkes. Gerber System S. 81 Note 1 nennt dies „die gründlichste Darstellung“, während A. Pernice (in der Münchner krit. Vjschr. IX S. 69) von einer „unkritischen Anhäufung von Material“ spricht. „Quisque favet inventioni suae,“ sagt der jüngere Plinius irgendwo. —

²¹⁾ In seiner Lehre v. d. Erbverträgen, Bb. I S. 5.

²²⁾ De origine facultatis hereditibus in iure Germanico concessae prohibendi

Weg zwischen beiden Extremen hat Sandhaas schon 1849 in einer Habilitationsschrift gewiesen und seine Arbeit in verbesserter Gestalt 1852 veröffentlicht.²³⁾ Nach sorgfältiger Prüfung der für und gegen jede der beiden oben erwähnten Ansichten sprechenden Gründe, kommt er (im §. 5) zu dem Ergebnisse, daß sich für die Zeit der Volksrechte das Weispruchsrecht weder allgemein nachweisen noch ableugnen lasse; vielmehr müsse man zwischen den verschiedenen Volksstämmen unterscheiden. Für die Mehrzahl der Stämme treffe Beseler's Ansicht ungefähr das Richtige; hinsichtlich der Sachsen dagegen sei der (damals) herrschenden Ansicht beizustimmen.²⁴⁾ Dieser Mittelweg, die Unterscheidung zwischen den Stammesrechten, ist seither von der Mehrzahl der Germanisten als der richtige erkannt worden.²⁵⁾ Jetzt ist vor allen auf die zusammenfassende Darstellung Stobbe's²⁶⁾ zur Ergänzung vorstehender Mittheilungen zu verweisen. Hier nur noch das Ergebnis, daß im späteren Mittelalter jenes Recht der Erben (auch „Warterecht“ genannt) zu allgemeinerer, aber doch nicht zu allgemeiner Geltung gelangte; daß die mit Verletzung desselben geschehene Veräußerung nicht geradezu ungültig war, aber von dem nächsten Erben²⁷⁾ binnen Jahr und Tag nach erreichter Mündigkeit angefochten werden konnte, was später zu einem Vorkaufs- und Retractrecht (im Unterschiede von anderen, mit dem Familienrecht nicht zusammenhängenden, Retractrechten die Erblosung, retractus gentilitius genannt) abgeschwächt wurde. — Wie über Alter und Verbreitung, so sind auch über den Grund des Weispruchsrechtes die Meinungen sehr verschieden.²⁸⁾ Der eigentliche Grund liegt u. E. in dem festen Familienverbande.²⁹⁾ Man braucht deshalb weder ein Gesamteigenthum der Familie anzunehmen, noch die „Innigkeit des Familienlebens“ im sittlichen oder gemüthlichen Sinne als einen Vorzug der guten alten Zeit zu preisen. Es genügt schon die nüchterne Betrachtung der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Zustände, die Abhängigkeit des Einzelnen von der Sippe, die fast ausschließliche Bedeutung des Grundbesitzes, der nicht, wie später das Mobilien-Vermögen, unbegrenzter Vermehrung fähig ist. Je weniger die individuelle Arbeit wirtschaftlich leistet, desto geringer die Verfügungsfreiheit. Das galt und gilt überall und zu allen Zeiten; und darum (mag er sich dessen bewußt werden oder nicht) ist auch heute noch der alte grundbesitzende Adel willkürlichen Verfügungen über das Grundeigenthum so abhold. Darum stimmen wir Jenen

alienationes rerum immobilium (Berlin 1862); dann nochmals in seinem Buche „Die Succession des Erben in den Schulden des Erblassers nach deutschem Recht“ (1864) S. 7 ff. Darüber A. Pernice a. a. D. S. 68—82.

²³⁾ In seinen „Germanistischen Abhandlungen“ (Gießen) S. 163 ff.: „Ueber die Rechte des nächsten Erben bei Verfügungen über das Grundeigenthum nach älterem deutschen Sachenrechte.“ — Für das spätere Mittelalter ist zu vergleichen Siegel's Erbrecht (1853) passim.

²⁴⁾ Er unterscheidet dabei (und dies ist eine mißbräuchliche Verwendung der Wörter) zwischen „Form“ und „Sache“; mit jenem Ausdruck ist der Rechtsfals, mit diesem die sittliche Ueberzeugung und factische Uebung gemeint. Bei den Franken, Thüringern („Angeln und Varinen“), Longobarden, wahrscheinlich auch bei den Alemannen und Baiern habe „der Form nach“ freie Verfügung des Eigenthümers, „der Sache nach“ Berücksichtigung der Erben gegolten, bei den Burgundern nicht einmal diese, wohngegen bei den Sachsen das Weispruchsrecht schon in alten Zeiten formell und materiell anerkannt gewesen sei.

²⁵⁾ Als eine Ergänzung der Untersuchungen von Sandhaas ist auch der cit. Aufsatz von Pernice anzusehen; dann der von R. Schröder (Ztschft. f. Rechtsgesch. IX S. 410 ff.), der für den größten Theil des Gebietes des fränkischen Rechts Nichteristenz des Weispruchsrechtes bis zum 15. Jahrhundert behauptet; u. a. Wegen Oesterreichs f. Zimmerle S. 191 f.

²⁶⁾ In seinem Handbuch II, 1 §. 87: „Geschichte des Weispruchsrechts“.

²⁷⁾ Nicht auch von dem entfernteren, wenn der nächste zugestimmt hatte.

²⁸⁾ S. über sie Sandhaas §. 6, S. 197 ff., Zimmerle §§. 15—19.

²⁹⁾ Vgl. auch Pernice S. 80 f.

zu, welche sagen: auch wo keine Satzung es verbot, galt es stets als verwerflich, wenn Jemand zum Schaden seiner Erben über Grund und Boden verfügte. Darum ferner ist es bedeutsam, daß gerade in den Städten, wo zuerst individueller Erwerb und bewegliche Habe zu großer Bedeutung gelangten, jenes Recht der Erben entweder gar nicht oder nur mit Einschränkung auf das „Erbgut“ (im Unterschiede vom „wohlgewonnenen Gut“) anerkannt wurde. Daß gerade in ältester Zeit die Rücksicht auf die Erben nur selten einen gesetzlichen Ausdruck bekam, ist nicht zu verwundern, da etwas oft erst dann Gegenstand der Reflexion wird, wenn man daran zu zweifeln, dagegen zu handeln begonnen hat.³⁰⁾ Die Anlässe zur Satzung mögen in verschiedenen Gegenden verschiedene gewesen sein.³¹⁾

Die letzten Ueberreste bürgerlicher Erbgüter sind erst in diesem Jahrhundert beseitigt worden; wahre Stammgüter finden sich noch heute, doch nur beim hohen Adel, während für den niederen Adel nur äußerst selten die Veräußerung von Grundstücken von der Zustimmung der Verwandten abhängig ist.³²⁾ —

Wenn so oft gesagt wird, die Familien-Fideicommissen seien eine Schöpfung der Doctrin, so ist dies insofern richtig, als die romanistische Jurisprudenz aus vorgefundenen deutschen Elementen und nicht dazu passenden, in fremder Schule erlernten theoretischen Ansichten ein Gebilde gemacht hat, das weder dem deutschen noch dem römischen Rechte entspricht. Aber dabei darf man doch nie vergessen, daß die treibende und schaffende Kraft nicht in den romanistischen Thaten, am wenigsten in der Doctrin des 17. Jahrhunderts lag, sondern in den Ueberresten des oben geschilderten deutschen Rechtes und den Bedürfnissen und Strebungen des Adels, denen gegenüber die Doctrin wenig Verdienst, aber viel guten Willen an den Tag gelegt hat. Es ist also eine Ueberkreibung, wenn gesagt wird, das Institut der Fideicommissen sei ganz und gar ein Erzeugniß der Doctrin.³³⁾

³⁰⁾ Dies auch gegen Pernice, wenn anders wir den Sinn seines „Hauptinwandens“ (S. 69 Zeile 15 ff.) recht verstehen.

³¹⁾ Vgl. Pernice S. 80, Stobbe II, 1 S. 108. — Die politische Bedeutung des Grundbesitzes, welche Gerber, Zimmerle, Costa u. A. so sehr betonen, wird von Pernice unter Berufung auf Homeyer's Hantgemal S. 45 f. für die ältere Zeit gelugnet (vgl. auch Lewis S. 21), so daß er auch in dieser Verringerung einen jener Anlässe sieht. Aber es ist unglaublich, daß der Grundbesitz im früheren Mittelalter großer politischer Bedeutung ermangelt hätte; und wenn Pernice S. 82 sagt: „noch zur Zeit der Karolinger ist der Grundbesitz für Stand, Waffenfähigkeit und Richteramt bedeutungslos,“ so ist z. B. an das Edict Chlotar's II. zu erinnern, welches fordert, daß der Graf in der Provinz begütert sei (s. Costa S. 6).

³²⁾ S. Stobbe II S. 137 II.

³³⁾ Zimmerle S. 277: „Das Familien-Fideicommiss ist nicht ein Erzeugniß des alten deutschen Rechts, sondern eine Bildung der Doctrin.“ Costa S. 3: „Die Literatur (ist) die eigentliche Schöpferin des Rechtsinstitutes.“ Daß es bei diesen beiden Schriftstellern nur ein unvorsichtiger Ausdruck ist, versteht sich; Niemand hat ja eifriger, als gerade sie, die Grundlagen der Fideicommissen im älteren Rechte nachgewiesen. Dennoch ist obige Einsprache nicht unnötig, wie sich später zeigen wird. Richtig Stobbe II, 2 S. 501: „Das Familien-Fideicommiss (ist) ein . . . auf Wohnheitsrecht beruhendes und durch die Doctrin ausgebildetes Institut.“ — Am weitesten in jener Richtung geht P. Roth (s. Note 4), dessen auffällige Behauptungen wir, wegen der Autorität ihres Urhebers, nicht übergehen, sondern (und zwar, wegen ihrer Dunkelheit, wörtlich) mittheilen wollen. „Die Entstehung des deutschen Instituts (der Familien-Fideicommissen) wird in der Regel mit dem Institut der Stammgüter in Verbindung gebracht, indem man von der Ansicht ausgeht, die Entstehung der Familien-Fideicommissen sei auf das Bestreben zurückzuführen, bei dem Eindringen des römischen Rechts das ursprüngliche Erbrecht gegen die durch das recipirte fremde Recht bedrohten (?) Neuerungen zu schützen. Diese Auffassung entbehrt der Begründung, da die Rechtsfälle, deren Durchführung man mit der Ausbreitung dieses Instituts beabsichtigte, die Unveräußerlichkeit der Familiengüter und die Ausschließung der cognatischen Erbfolge schon lange vor der Reception des römischen Rechts in dem deutschen Erbrecht nicht mehr anerkannt waren und in den meisten Rechtsgebieten für die Familien

Auch das Alter der Fideicommissstiftungen bedarf noch der Untersuchung. Das zwar ist sicher, daß die theoretische Grundlegung (durch Vetsius, Molina und Knipschildt) in der ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts erfolgte und daß für Deutschland die um die Mitte desselben Jahrhunderts erschienene ausführlichere Darstellung von Knipschildt von großem Einfluß war; aber auch hier ist die Rechtswissenschaft dem Leben nicht vorausgeeilt, sondern nachgefolgt. Während nun die herrschende Meinung die Anfänge des Institutes in das 17. oder 16. Jahrhundert versetzt,³⁴⁾ hat Stobbe einzelne Ansätze schon vom 14. Jahrhundert an nachgewiesen.³⁵⁾ — Wie sich dann die Doctrin und Praxis zu den vorhandenen Verhältnissen und Strebungen verhielt, welche Irrwege sie verfolgt, wie seit Erforschung des vaterländischen Rechtes eine richtigere Einsicht und Behandlung Platz gegriffen, das Alles ist oft und ausführlich dargestellt worden und es ist unnötig, darauf hier einzugehen.³⁶⁾ Einzelnes wird ohnehin

der Ritterschaft durch die Gesetzgebung erst neu eingeführt wurden. Das Institut der Familien-Fideicommissie erscheint daher lediglich als ein Product der Doctrin, welche an die Grundsätze des römischen Rechts anknüpfend durch Erweiterung der Dispositionsbefugniß [weisen?] nicht des Fideicommissinhabers (§. 631 ff. vgl. mit §. 613), sondern des StifTERS; an diese und nur an sie denkt Roth; s. Zimmerle S. 279) das gemeinrechtliche Institut ausdehnte. In dieser Form als erweitertes römischrechtliches Fideicommiss fand das Institut im Bayerischen wie im Preussischen Landrecht Aufnahme.“ — Roth leugnet also 1) den Zusammenhang der Fideicommissie mit den Stammgütern; 2) daß die Fideicommissie zum Schutz gegen die zerstörenden Einflüsse des römischen Rechtes geschaffen wurden, daß man hier mit dem römischen Recht gegen das römische Recht sich verteidigte, durch theilweises und mehr scheinbares Accomodiren sich denselben zu erwehren suchte. Damit leugnet er also nichts Geringeres, als die Fundamentalsätze der herrschenden Lehre. Warum? weil das römische Recht das, was es angeblich bedroht habe, gar nicht mehr vorfand. Es ist aber doch zu bedenken, einmal daß die Reception eine Erscheinung ist, die sich nicht mit irgend welcher Genauigkeit chronologisch begrenzen läßt, dann daß selbst eine beschränkte Geltung jener älteren Rechtsätze (und wer könnte diese hinsichtlich der Veräußerungsbeschränkungen bezweifeln!) hinreichenden Grund zur Abwehr gegen das fremde Recht gab; endlich daß, wenn es sich auch nur um eine Neueinführung der exclusiven agnatischen Erbfolge handelte, diese gegen den Widerspruch des Justinianischen Rechtes durchzusetzen war. — Und was nun will Roth an die Stelle der von ihm bestrittenen Ansicht setzen? Die Behauptung, das fragliche Institut sei 1) „lediglich ein Product der Doctrin“ (was wir oben als eine Uebertreibung abgelehnt haben), 2) es sei „erweitertes römisch-rechtliches Fideicommiss“. Daß diese Behauptung unrichtig ist, wird aus dem im Absatz IV Gesagten erhellen. Auch steht sie im Widerspruch mit den eigenen Worten des Verfassers, der kurz vorher sagt, daß die Fideicommissie des römischen Rechtes „sich von dem deutschen Institut wesentlich unterscheiden“.

³⁴⁾ Beseler System s. 176 Note 3: „Vor dem 17. Jahrhundert wird sich schwerlich eine eigentliche Fideicommiss-Errichtung in Deutschland nachweisen lassen; häufiger wird sie erst seit der Mitte des Jahrhunderts. Das erste Gesetz über dieses Geschäft ist das Mandatum des Churfürsten Ferd. Maria von Baiern, „die Conservation des Ritterstandes und Abels durch Majorate, Fideicommissa . . . betreffend, v. 1672“. — Roth §. 217 pr. „Die Entstehung der Fideicommissie führt nicht über das 16. Jahrhundert zurück.“ Bal. Gengler Lehrb. (1854) S. 236, Costa S. 21. — Die im Codex Austr. I S. 337 ff. ausgewiesenen niederösterreichischen Fideicommissie gehen nicht über das Jahr 1648 zurück, doch ist daselbst S. 352 bemerkt, „daß in diesem Land Oesterreich noch viel mehr Fideicommissa, Majoratus und Primogeniturn auffgerichtet“ und hier nur darum nicht aufgeführt seien, „weilen selbe bey dem Weißbotten-Amt nicht vorgemerkt“. Ein Gesetz nämlich Leopold I. v. 2. Octob. 1674 befahl, die Fideicommiss-Dispositionen bei Gericht zu produciren und vorzumerken (S. 336, 337). — Vom 16. Nov. 1631 ist jenes traurige Gesetz Ferdinand II., worin er — im allgemeinen anerkennend, daß Confiscationen nicht auf die Fideicommissgüter sich erstrecken — befiehlt, daß diesmal „propter atrocitatem criminis“ und wegen der großen durch die Rebellion verursachten Kriegskosten, die „Fideicommiss-Güter . . . nicht anders, als alle . . . Allodial-Güter . . . Fisco heimfallen . . . mögten“ (Cod. Austr. I S. 336).

³⁵⁾ Handbuch II, 2 S. 499 f.

³⁶⁾ Wir verweisen auf Beseler Erbverträge II, 2 (1840) S. 75–90; Zimmerle (1857) S. 279 ff., Costa (1860, bezw. 1864) S. 23 ff. (der die geschichtlichen Notizen

noch bei Erläuterung des Gesetzes gelegentlich zur Sprache kommen. Hier haben wir nur noch zu zeigen, wie — allen romanisirenden Einflüssen zum Trotz — das Familien-Fideicommiss von dem römischen Rechtsgeschäft, nach dem es benannt ist, sich so sehr unterscheidet, daß es ein Rückfall in alte Irrthümer wäre, wollte man das erstere als eine Weiterbildung oder Modification des letzteren bezeichnen.³⁷⁾

IV. Knippschildt hebt seine Darstellung an mit einigen Notizen über die fideicommissa überhaupt, wie sie unter Augustus klagbar geworden, übrigens nichts eigenthümlich Römisches seien, sondern dem *ius gentium* angehören u. s. w. Uns aber versteht es sich von selbst, daß für unsere Materie nur das fideicommissum hereditatis und das sogenannte fideicommissum familiae relictum in Betracht kommen könnten. Ersteres, ein durch Gesetzgebung und Theorie entwickeltes, scharf ausgeprägtes Institut, hat seine Lebensfähigkeit bewiesen und hat als „fideicommissarische Substitution“ in unsere und andere moderne Gesetzbücher Aufnahme gefunden. Da aber diese Art letztwilliger Verfügungen in keiner Beziehung zur Familie steht, der Substitut ebenso gut ein Fremder sein kann, wie ein Verwandter, so wird man die heutigen Familien-Fideicommissa, welche überdies gar nicht auf letztwilliger Anordnung zu beruhen brauchen, nicht unmittelbar an jenes Institut anknüpfen können. Damit soll natürlich nicht geleugnet werden, daß man Sätze aus der römischen Lehre, wo sie zu passen schienen, verwerthet hat, und daß z. B. das Verhältniß des Inhabers zu seinem Vorgänger und zum Stifter wirklich ein Analogon hat an dem Verhältniß des Fideicommissars zum Fiduciar und zum Testator. — „Mit dem Namen fideicommissum, quod familiae relinquitur bezeichnen die Römer zwei verschiedene Institute: Verfügungen zu Gunsten der Mitglieder der Familie, namentlich der Descendenten, und Verfügungen zu Gunsten der Freigelassenen“ — so sagt Lewis am Anfang seines Buches. Aber es ist vor Allem eine durch nichts erwiesene, oder auch nur wahrscheinlich gemachte Behauptung, daß jener in l. 32 §. 6 de leg. II sich findende Ausdruck ein technischer (etwa wie *legatum per vindicationem* od. dgl.) gewesen sei; aus den einige Male vorkommenden Redewendungen, der Testator habe hinsichtlich einer Sache angeordnet „ut in familia relinquatur“ u. dgl. (l. 69 §. 3 de leg. II, l. 114 §. 15 de leg. I, l. 54 D. ad leg. Falcid. 35. 2) kann man doch nicht gleich eine technische Bezeichnung ableiten, und in den meisten Stellen, die man überhaupt in dieser Materie anzuführen pflegt, findet sich auch nicht eine Spur davon. Ebenso wenig kann von einem „Institut“ die Rede sein, in dem Sinne, in welchem Ehe, Tutel, Fruchtnießung, Emphyteuse, Lehen, und ebenso die heutigen Familien-Fideicommissa „Institute“ sind. In den meisten der für jenes „Institut“ geltend gemachten Stellen handelt es sich um Interpretation concreter Vermächtnisse, wobei insbesondere auch die Bedeutung von „familia“ erörtert wird (l. 32 §. 6, l. 69 §. 4 de leg. II, l. ult. Cod. de V. S. 6. 38), gleichwie in den §§. 682, 683 unseres Gesetzbuches gesagt wird, wie es zu halten sei, wenn ein Vermächtniß ohne nähere Bestimmung für „die Verwandten“ oder für die „Dienstpersonen“ ausgesetzt ist. Wird deshalb Jemand von einem „Institut“ des §. 682 sprechen?! — Wenn wir, wie wir doch müssen, die „familia libertorum“ bei Seite lassen, bleiben einige wenige Stellen, welche nicht entfernt das Bild eines typischen Rechtsgebildes zeigen und überdies meistens für unser Institut ganz unverwendbar sind.³⁸⁾ — Kurz: die Familien-Fideicommissa hat man sich nicht aus dem römischen Recht herausgeholt, man hat sie in dasselbe hineingelesen.

zum Theile unter dogmatische Rubriken vertheilt), Lewis (1868) S. 24–35, und hinsichtlich einzelner Fragen passim.

³⁷⁾ S. Note I und Note 33 a. E.

³⁸⁾ So die Ausdehnung von „familia“ bis auf Schwiegersohn und Schwiegertochter

V. Ueber die Literatur f. die Note.³⁹⁾ — Ein (jetzt nicht mehr vollständiges)⁴⁰⁾ Verzeichniß einschlägiger österreichischer Gesetze gibt Wildner S. 30 ff. — Ueber die dem Institute feindlichen Strebungen seit der großen französischen Revolution, sowie über das zur Bekämpfung und Vertheidigung desselben Vorgebrachte f. die Excurse.

(l. ult. Cod. cit.), so der Satz, daß der jeweilige Inhaber sich den Nachfolger selbst (aus der Familie natürlich) auswählen kann (l. 114 §. 17 de leg. I, l. 67 pr. §. 2 de leg. II); so die von Justinian in Nov. 159 cap. 2 angeordnete, vieldeutige Einschränkung auf quatuor successiones, welche den älteren Schriftstellern soviel unnöthige Scrupel bereitet hat (f. über den letzten Punkt Lewis S. 439 ff.) — Lewis (S. 10) sieht „das Wesentliche“, „die eigentümliche Natur“ des angeblichen römischen Institutes in dem „zu Gunsten gewisser Personen gesetzten Verfügungsverbot, welches nicht wörtlich gefaßt zu sein brauchte“; als Zweck bezeichnet er (S. 20) die „Absicht, den Wohlstand der Familie zu erhalten“. Daß sich für Letzteres keine Quellen-Belege anführen lassen, gesteht er selbst, aber es sei „der einzig vernünftige Zweck, der sich dafür denken läßt“. Läßt sich wirklich keine andere Erklärung dafür denken, wenn Jemand z. B. wünscht, daß sein Geburtshaus, ein von ihm geschaffener Park, ein seit alter Zeit in der Familie vererbter Schmuck, ein Ehrengeschenk u. dgl. möglichst lange nicht aus dem Besiz der Familie kommen sollen? — Richtig bemerkte Kopecky in d. Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1833 I S. 285 §. 22: „Diese in Oesterreich, wie in Deutschland überhaupt, üblich gewesenen Fideicommissse waren mit jenen der Römer gar nicht zu vergleichen, sie beruhten schon bei ihrer Entstehung auf ganz anderen Grundlagen, auf vaterländischen Institutionen.“

³⁹⁾ Literatur. Aus der älteren Literatur ist bes. hervorzuheben das epochemachende Buch von Phil. Knipschild (er selbst schreibt seinen Namen, und zwar in einer und derselben Ausgabe mit — ld, lt, ldt) De fideicommissis familiarum nobilium, s. de bonis, quae pro familiarum nobilium conservatione constituuntur, von Stammgütern, Tractatus (Wlm 1654, dann 1661, 1750). Ob dieses umfangreiche Werk (sammt den Indices gegen 1000 SS. 4^o) wirklich als eine „zweite Auflage“ von des Verfassers Dissertation über denselben Gegenstand (Argentorati 1626 fol.) genannt werden kann, oder aber das „paulo plenius tractavi“ in der „epistola dedicatoria“ als eine Litotes zu nehmen ist, können wir nicht beurtheilen, weil uns jene Dissertation unbekannt blieb, ebenso wie auch Wippermann's kleine Schriften, auf welche (l. S. 60 ff.) Stobbe (I, 2 §. 138 Note 1) wegen Knipschildt's Werk verweist. Bemerkungen über dasselbe, sowie Nachweisungen über Knipschildt's Vorgänger und Nachfolger finden sich in den in Note 36 cit. dogmengeschichtlichen Darstellungen. Aus der Literatur dieses Jahrhunderts ist zu erwähnen: E. von Salza und Pichtenau Die Lehre von Familien-, Stamm- und Geschlechts-Fideicommissen . . . Spz. 1838; f. darüber die entschieden ablehnende Beurtheilung von Dieck in d. krit. Jahrb. von Richter und Schneider VII S. 305—324; Costa f. Note 4; das Hauptwerk ist William Lewis Das Recht des Familien-Fideicommisses, Berlin 1868. — Ueber preussisches Recht f. Förster III §. 242; Dernburg I §. 374 ff., über das bayrische Recht: Roth §. 218 ff.

Oesterreichische Literatur: A. Vor dem bürgerl. G. B.: Jos. Graf von Auersperg Anleitung zur gerichtlichen und außergerichtlichen Behandlung der Fideicommissse in den k. l. Staaten (Prag 1791. Neue Ausgabe 1802). Jos. Voglhuber Versuch über die Fideicommissse in den Oesterreichisch-Deutschen Erbländern, Wien 1808 (155 kl. 8^o SS. und dazu eine „Inhalts-Anzeige“ von XXXVI SS.!). B. Nach dem bürgerl. G. B.: Ascona (s. oben S. 210 N. *). Jgn. Wildner Das Fideicommiss-Recht nach dem a. b. G. B. . . . Wien 1835 (darüber Gredler in d. Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1835 III S. 363—369; Kaltenbäck's Blätter f. Literatur 1835 Nr. 84, 88, 89). P. E. Gspan Abhandlung über die Fideicommissse, Wien 1842. I. Bd. (164 SS.) Von dem Fideicommissse überhaupt, II. Bd. (312 SS.) Von den aus dem Fideicommiss-Institute hervorgehenden Rechtsverhältnissen. Zul. Rubinzky Abhandlung über einige Rechtsfragen aus dem Gebiete der Fideicommiss-Lehre, Wien 1862 (79 SS. gr. 8).

⁴⁰⁾ Unter den neueren Gesetzen ist namentlich hervorzuheben das vom 13. Juni 1868 (N. G. B. Nr. 61) betreffend die Bewilligung zur Errichtung und zur Verschulbung von Fideicommissen.

Fideicommiss.

§. 618.

Ein Fideicommiss (Familien-Fideicommiss) ist eine Anordnung, kraft welcher ein Vermögen für alle künftige, oder doch für mehrere Geschlechtsfolger, als ein unveräußerliches Gut der Familie erklärt wird.

I. Redaction. Der correspondirende §. 413 Westgal. G. B. II enthielt einen Schlussatz, der auf Zeiller's Antrag (20. Febr. 1804) an den Eingang von §. 420 (jetzt §. 627) gestellt wurde (s. bei §. 627). — Die Freiburger Facultät hatte den nicht wohlbedachten Antrag gestellt, hier zu bemerken: Bisher sei von letztwilligen fideicommissarischen Substitutionen die Rede gewesen. Es gebe aber auch Fideicommiss, die „durch lebzeitige Handlungen“ errichtet werden. Diese seien Anordnungen u. s. w. Mit Recht wendete Zeiller ein, daß ja Familien-Fideicommiss auch letztwillig errichtet werden können. Um den Unterschied dieser eigentlichen Fideicommiss von den uneigentlich sogen. Fideicommissen (d. h. fideicommissarischen Substitutionen) zu markiren, solle man, wie auch das preuß. G. B. thue, den Ausdruck „Familien-Fideicommiss“ einschalten. Im Uebrigen stimmt §. 618 mit §. 413 cit. überein.

II. Sprachgebrauch und Eintheilungen. Wie eben erwähnt, wird im Unterschiede vom römischen fideicommissum hereditatis das deutschrechtliche Institut als „Familien-Fideicommiss“ bezeichnet. Da aber der Begriff des Singular-Fideicommisses den unserem Rechte fremden Begriff von legatum und fideicommissum voraussetzt, und der Begriff des Universal-Fideicommisses in den der fideicommissarischen Substitution übergegangen ist, so ist es gerechtfertigt, das deutschrechtliche Institut kurzweg als „Fideicommiss“ zu bezeichnen, wovon hier um so lieber Gebrauch gemacht werden wird, als durch den Zusammenhang jedes Mißverständnis ausgeschlossen ist und die oftmalige Wiederholung jenes schleppenden Ausdruckes lästig wäre. Wir gebrauchen dieses Wort in vier Bedeutungen: 1) für die Anordnung des Stifters (s. §. 618), 2) für das Object derselben,¹⁾ 3) für das durch jene Anordnung an jenem Objecte begründete Rechtsverhältniß, 4) für das ganze Rechtsinstitut.²⁾ Unsere Juristen sprechen im ersten Falle vom Fideicommiss im subjectiven Sinne, im zweiten vom Fideicommiss im objectiven Sinne³⁾ und übersehen meist die dritte Bedeutung,⁴⁾ und doch ist sie vorausgesetzt, wenn von Auflösung oder Erlöschung des Fideicommisses gesprochen wird (s. Marginalrubrik zu §§. 644, 645). Dagegen kann, wenn man sagt „Errichtung des Fideicommisses“ die erste Bedeutung ge-

¹⁾ So spricht man von „Früchten des Fideicommisses“ (§. 632 a. b. G. B.), von „Verpfändung eines Fideicommisses“ (Pat. v. 9. Aug. 1854, §§. 293, 241, 245).

²⁾ Dieselben vier Bedeutungen lassen sich z. B. auch bei dem Worte „Legat“ unterscheiden.

³⁾ S. Wildner S. 3 ff., Stubenrauch zu §. 618 Z. 2, 3, Span I S. 6.

⁴⁾ Budinszky führt S. 2 ff. einen missigen Wortstreit gegen die in der vorigen Note Genannten, von denen freilich Wildner in ebenso grundloser Weise den §. 618 kritisiert, nach seiner Ansicht sollte der Definition von Fideicommissen die zweite, nicht die erste Bedeutung zu Grunde gelegt werden. Budinszky nennt (S. 4) die dritte Bedeutung „Fideicommiss im subjectiven Sinne“ und legt S. 5 seiner Definition die vierte Bedeutung zu Grunde. Selbstverständlich muß die Definition von Fideicommiss verschieden lauten, je nach der Bedeutung, in der dabei das Wort gebraucht ist, ohne daß deshalb schon die eine Definition besser oder schlechter wäre. Versieht ist die Definition bei Boglhuber S. 21. Die zweite, dritte und vierte Bedeutung confundirt Gspan (I S. 6) in folgender wunderlichen Weise: „Im gemeinen Leben versteht man auch unter dem Fideicommiss eine Gesamtheit materieller Rechte, welche unter dem Bande der Unveräußerlichkeit zum successiven Genuße der Nachkommen einer bestimmten Familie gewidmet ist. In diesem letzteren Sinne erscheint ein Fideicommiss als ein selbständiges Rechtsinstitut, welchem, so wie einer moralischen Person, Rechte zustehen, zu- und abgesprochen werden können.“!

meint sein (so unzweifelhaft in §. 628), aber auch die dritte oder endlich kann das Wort in prägnantem, die erste und dritte Bedeutung umfassendem Sinne gebraucht sein (so in §. 627). Der Definition des §. 618 liegt die erste Bedeutung zu Grunde. Wie darin die Worte „Gut der Familie“ zu verstehen sind,⁵⁾ wird aus der Besprechung des §. 629 erhellen. Ebenso wird sich bei §. 633 ff. zeigen, daß das Wort „unveräußerlich“ cum grano salis zu nehmen ist. Daß das Erforderniß der staatlichen Einwilligung (§. 627) in die Definition nicht aufgenommen wurde, ist zu billigen, da es gewiß nicht zum Wesen des Fideicommisses gehört, sondern auf singulärer Rechtsvorschrift beruht, die im älteren österreichischen Rechte, wie noch heute in manchen ausländischen Gesetzen, fehlt.⁶⁾ — Von wem, für wen, mit welchen Objecten, in welcher Weise ein Fideicommiss gestiftet werden kann, darüber s. bei §. 627. — Eingetheilt werden die Fideicommissie nach den Objecten in unbewegliche und bewegliche, letztere in Geld- (s. z. B. §§. 633, 635) und Sach-Fideicommissie. Den „Geld-Fideicommissen“ pflegt man die „Real-Fideicommissie“ entgegenzustellen, welche also ebenso bewegliche, als unbewegliche Sachen umfassen,⁷⁾ doch wird es äußerst selten vorkommen, daß ein Real-Fideicommiss nur in beweglichen Sachen bestünde, meistens werden Immobilien den Hauptbestandtheil des Vermögens bilden.⁸⁾ Wo das Vermögen aus Immobilien und vinculirten Capitalien besteht, sprechen Manche von „gemischten Fideicommissen“.⁹⁾ Eine andere Eintheilung nach den Successionsarten wird bei §§. 619 ff. erörtert werden. Wenn für eine und dieselbe Familie mehrere Fideicommissie errichtet sind, werden sie als Primo-, Secundo-, Tertio-Genituren bezeichnet (s. bei §. 625). Man kann auch regelmäßige und unregelmäßige Fideicommissie unterscheiden; doch wird diese Nomenclatur, weil zu wenig fest, wenig Werth haben. So wird man gewiß die sogen. Erb-fideicommissie (§. 624) und die Fideicommissie, bei denen Frauen und Cognaten zur Succession zugelassen werden (s. über sie und ihre Unterarten bei §. 626) als unregelmäßige Fideicommissie bezeichnen; aber man kann wohl auch Ultimogenituren und Juniorate so nennen, und es ist schwer, eine Grenze zwischen den regelmäßigen und unregelmäßigen Fideicommissen zu finden, die nicht dem Vorwurf der Willkürlichkeit ausgesetzt wäre.

III. Die Succession in das Fideicommiss. Durch den in einem zweiseitigen oder einseitigen Acte (sei es mortis causa, sei es inter vivos) enthaltenen Stiftungswillen (§. 627) wird aus dem Vermögen (bez. Nachlaß) des Stifters ein Vermögen ausgeschieden,¹⁰⁾ das dem Zwecke dienen soll, Wohlstand und Ansehen („den Glanz“) der Familie (splendor familiae) zu erhalten. Um die Erreichung dieses Zweckes zu sichern, wird das Vermögen vinculirt, d. h. dem Inhaber desselben wird nur ein beschränktes Eigenthum (§. 629) eingeräumt, das ihn namentlich zu Veräußerungen und Belastungen nur unter beson-

⁵⁾ Wildner S. 4 hält es für einen Widerspruch, daß in §. 618 die Möglichkeit eines zeitlich beschränkten Fideicommisses (vb. „oder doch für mehrere Geschlechtsfolger“) anerkannt ist und doch von einem Gut der Familie geredet wird; weil dann nach §. 40 das Gut allen Geschlechtsfolgern gehören müßte. Wir finden darin keinen Widerspruch; die eine Sache einem Menschen ad diem gegeben sein kann, so könnte sie auch einer Familie bloß für eine gewisse Zeit gehören.

⁶⁾ Vgl. Wildner S. 6; Rudinzky S. 7 f.

⁷⁾ Vgl. Wildner S. 6; Ellinger zu §. 618; Boglhuber S. 22. Vgl. auch unten bei §. 627.

⁸⁾ Dies veranlaßt Gspan I S. 13 Note 1, die Eintheilung in bewegliche und unbewegliche Fideicommissie als eine nicht praktische zu bezeichnen, moegen Wildner sie und sich vertheidigt im „Jurist“ VII S. 453—455.

⁹⁾ So z. B. Gspan I S. 12.

¹⁰⁾ Möglich ist es, wird aber nicht leicht vorkommen, daß der ganze Nachlaß vinculirt würde.

deren Voraussetzungen (§. 633 ff.) berechtigt, während ihm Verfügungen von Todeswegen über das Fideicommiss ganz und gar verwehrt sind. Sein Recht steht einem Nießbrauch sehr nahe, gleich diesem ist es ein persönliches, d. h. unvererbliches Recht, das also auch nicht auf seine Intestaterben übergeht. Vielmehr stellt der Stifter eine Ordnung auf, nach welcher die Familienglieder in das Fideicommiss succediren. Diese Succession ist keine Rechtsnachfolge im technischen Sinne, sondern ein Nachrücken;¹¹⁾ der Nachfolger leitet sein Recht nicht von dem Vorgänger ab, sondern der späteste Erwerber gründet es, gleich dem ersten, auf die Berufung von Seiten des Stifters. Unabhängig von einander¹²⁾ gelangen sie (alius post alium) ipso iure und proprio iure¹³⁾ in die Herrschaft über das Fideicommiss-Vermögen. Dies der Grundgedanke der von den Feudalisten erfundenen „*successio ex pacto et providentia maiorum*“ oder „*ex principali providentia*“, welche von der Theorie seit jeher für die Construction unseres Verhältnisses verwendet wird. Keiner der Inhaber ist Rechtsnachfolger seines Vorgängers, Jeder ist Nachfolger des Stifters. Aber auch dies ist nicht ganz genau. Das allodiale Eigenthum des Stifters ist wesentlich verschieden von dem fideicommissarischen Eigenthum (§. 629) des Inhabers; es ist derivativer, aber nicht translativer Erwerb vorhanden. Es ist also schon darum ungenau, wenn die herrschende Lehre hier von „Singular-Succession“ spricht.¹⁴⁾ Es ist aber geradezu falsch, daß hier eine Singular-Succession vorliege. Vielmehr müssen wir von einem Erwerb per universitatem reden. Durch die Stiftung wird ein neues Vermögen geschaffen, das in der Mitte steht zwischen einem Stiftungsvermögen (im technischen Sinne) und einem regelmäßigen Privatvermögen. Dieses Fideicommiss-Vermögen schließt sich auch nicht mit dem übrigen Vermögen des Inhabers zu einer Einheit zusammen; es findet keine confusio donorum Statt. In dieses Vermögen nun erfolgt jene „Succession“, wobei jeder Erwerber primär das beschränkte Eigenthum an dem Vermögen, erst secundär dessen Theile erwirbt. Besonders deutlich zeigt es sich, daß hier ein Universalerwerb Platz greift, darin: 1) daß der Nachfolger für die Fideicommissschulden haftet; 2) daß er Sachen bekommen kann, die zur Zeit der Stiftung nicht zum Fideicommiss gehörten, während er z. B. die Möbel, Pflüge, Wägen u. s. w., die zum Fideicommiss damals gehörten, heute vergeblich suchen würde; und doch ist die Identität des Fideicommisses dadurch gar nicht berührt; warum? weil es sich eben nicht um eine Summe, sondern um ein den Wechsel seiner Theile überdauerndes Ganze, ein Vermögen in toto handelt.¹⁵⁾ Diese Nachfolge ist aber nicht bloß von der eigentlichen Erbfolge, sondern auch von der Succession beim römischen fideicommissum hereditatis,¹⁶⁾ und auch bei unserer fideicommissarischen Substitution (wo eben eigentliche Erbfolge angenommen wird) verschieden. Sonst unterscheidet sich das Fideicommiss von dieser Substitution¹⁷⁾ durch die Art der Errichtung

¹¹⁾ Vgl. den Ausdruck *successio ordinum et graduum* im römischen Recht.

¹²⁾ Der Vormann kann deshalb den Nachfolger, auch wenn dieser sein Sohn ist, nicht vom Fideicommiss aus einem Enterbungsgrund ausschließen.

¹³⁾ Von einem Repräsentationsrecht („Vorstellungsrecht“) im Sinne der österreichischen Intestat-Erbfolge darf bei der Fideicommiss-Folge nicht gesprochen werden.

¹⁴⁾ Uebrigens ist es gleichwohl, wenn man nur die richtige Vorstellung festhält, unbedenklich, von „fideicommissarischer Succession“, ja selbst „Erbfolge“ zu sprechen; denn die römischen Ausdrücke „*successio, succedere in locum alicuius*“ sind keineswegs auf die Rechtsnachfolge eingeschränkt (vgl. Dernburg Pfandrecht II S. 490 ff.) und von „Erbfolge“ sprechen wir auch sonst, wo der technische (privatrechtliche) Begriff damit nicht zu verbinden ist (Erbmonarchie, erbliche Bairische Würde u. s. w.; vgl. Unger Erb. §. 1 Anm. 3).

¹⁵⁾ Eine eingehendere Besprechung der fideicommissarischen Succession findet sich in einem eigenen Excurs (zu §. 618).

¹⁶⁾ S. denselben Excurs.

¹⁷⁾ Vgl. Wildner S. 5, vgl. S. 2; Espan §. 4.

und durch die Freiheit von der Einschränkung des §. 612,¹⁸⁾ durch die Befugnisse des Inhabers und der Anwärter, und dadurch, daß bei jener Substitution der Nacherbe nicht zur Familie des Vorerben zu gehören braucht. Dennoch kann es zuweilen zweifelhaft sein, ob eine Anordnung (natürlich aus einer Zeit, wo der Grundsatz des §. 627 pr. noch nicht gegolten hat) als fideicommissarische Substitution, oder als Fideicommiss-Stiftung gemeint war (s. z. B. Sammlung I Nr. 78).

IV. Zur fideicommissarischen Succession sind die Mitglieder der honorirten Familie, wenn sie gewisse Eigenschaften in sich vereinigen, nach einer bestimmten Ordnung berufen. Da diese Anwartschaft nicht durch das Belieben des jeweiligen Besitzers vereitelt werden kann, darf sie ein Recht genannt werden und wird herkömmlich mit einem der Lehnrechts-Theorie entnommenen Ausdruck „Erbfolgerecht“ genannt, das sich in ein dingliches (im weiteren Sinne) an dem Fideicommiss-Vermögen verwandelt, wenn der Anwärter es erlebt, daß die Reihe an ihn kommt, daß „die Ordnung für ihn eintritt“ (vgl. §. 763).¹⁹⁾ Jenes Successionsrecht setzt voraus Zugehörigkeit zur Familie des ersten Erwerbers und zwar in der Regel (s. §. 626) zur Agnaten-Familie, ferner in der Regel (§. 626) männliches Geschlecht, so daß Agnatinnen, Cognaten und Cognatinnen ausgeschlossen sind. Uneheliche Kinder sind immer ausgeschlossen, selbst wenn die Mutter und deren Nachkommenschaft ausnahmsweise berufen wären (§. 626); denn die unehelichen Kinder treten nach österreichischem Recht auch nicht in die Familie der Mutter ein (s. §. 165 und §§. 754, 756); auch Kinder aus einer sogen. Putativehe sind ausgeschlossen (s. §. 160). Hinsichtlich der Legitimierten muß man unterscheiden: a) sind sie per rescriptum principis legitimirt (§. 162), so bleiben sie von der Nachfolge in das Fideicommiss ausgeschlossen;²⁰⁾ b) dagegen sind sie successionsberechtigt, wenn die eheliche Verbindung ihrer Eltern convalidirt wurde (§. 160);²¹⁾ c) in der Mitte steht der Fall der legitimatio per subsequens matrimonium; der so Legitimirte ist nicht aus dem Kreise der Anwärter ausgeschlossen, aber er kann das früher von einem Anderen erworbene Recht der Erstgeburt diesem nicht entziehen.²²⁾ Selbstverständlich sind Adoptivkinder nicht successionsberechtigt, weil sonst der Satz, daß kein Fideicommiss-Inhaber die Succession alteriren könne, indirekt vereitelt werden könnte (siehe §§. 183, 184). Uebrigens können in der Stiftungsurkunde noch weitere (positive oder negative) Eigenschaften gefordert und damit der Kreis der Successionsberechtigten verengert werden. So können ausgeschlossen sein Geistliche, solche, die ihren Adel verwirkt oder eine Mißheirat abgeschlossen haben.²³⁾ Die Erb-

¹⁸⁾ Mit Unrecht wird dieser Unterschied allein betont in Sammlung I Nr. 423 (identisch mit der oben S. 264 Note 1 erwähnten Entscheidung).

¹⁹⁾ Ueber die bestrittene Unterscheidung von Successions-Recht und Successions-Ordnung (s. z. B. einerseits Gerber §. 267 Note 2, andererseits Lewis S. 326 ff.) wird ebenfalls in dem cit. Excurse gehandelt.

²⁰⁾ Vgl. Zeiller I S. 361. — Zu Obigem und dem im Texte Folgenden ist für's gemeine Recht zu vgl. Lewis S. 328 ff.

²¹⁾ Arg. a contr. aus §. 160 (vb. „in dem letzteren Falle“); vgl. Zeiller I S. 355 f. 3. 5.

²²⁾ Es ist dabei natürlich an den Fall gedacht, wo der Vater zwischen der Erzeugung des Unehelichen und der Ehelichung seiner Mutter, mit einer anderen Frau verheiratet war und mit dieser einen Sohn erzeugt hat. S. Zeiller I S. 358.

²³⁾ Vgl. Span I S. 56; Stubenrauch zu §. 626 Z. 2. Unserem a. b. O. B. ist die Mißheirat fremd (doch vgl. Hoffzid. 12. Juni 1838 J. O. S. Nr. 279, welches erwähnt, daß den mediatisirten reichsfürstlichen und reichsgräflichen Häusern der „Ehrenvorzug der Ebenbürtigkeit“ zugestanden sei); dennoch kann eine solche Bestimmung im Stiftsbriefe nicht als contra bonos mores und ungiltig behandelt werden. Was ist dann aber unter „Mißheirat“ zu verstehen? Das ist in jedem einzelnen Falle als quaestio voluntatis zu untersuchen (s. Stubenrauch a. a. D.).

unfähigkeitsgünde (s. oben S. 22 ff.) schließen auch von der Fideicommiss-Folge aus;²⁴⁾ von den Indignitätsgründen bleibt der des §. 121 natürlich hier außer Betracht, während die §§. 540, 542 sinngemäße Anwendung leiden, wobei statt an den „Erblasser“ an den Stifter (und nicht etwa an den Vorgänger im Fideicommiss) zu denken ist. Doch stehen nicht alle bisher besprochenen Fälle der Ausschließung vom Fideicommiss logisch auf einer Linie; denn während ein Adoptivkind ein Successionsrecht nie erlangt hat, hat der Erbunfähige dasselbe hinterdrein verloren; ebenso verhält es sich in den vor Note 23 erwähnten Fällen.

V. Die Successions-Ordnung hängt vom Belieben des Stifters ab; wo er sie nicht bis in's Einzelne genau festgestellt hat, treten ergänzend gesetzliche Vorschriften ein, die in den §§. 619—626 enthalten sind. Wenn es schlechterdings an jeder Bestimmung hinsichtlich der Succession in dem Stiftbriefe fehlt, so hat nicht etwa der Vormann das Recht, sich den Nachfolger aus der Familie selbst auszuwählen (wie bei dem sogen. *fideicommissum familiae relictae* des römischen Rechtes, l. 67 pr. §. 2 D. de leg. II), sondern es dienen die Regeln der gesetzlichen Erbfolge zur Richtschnur (§. 624).²⁵⁾ Wie aber, wenn ein solches Wahlrecht dem jeweiligen Inhaber im Stiftbriefe ausdrücklich eingeräumt wäre?²⁶⁾ Stammt die Anordnung aus früheren Jahrhunderten her, so kann man ihre Geltung nicht bezweifeln, da sie in der älteren, an das römische Recht sich anlehrenden, Theorie anerkannt war und im gemeinen Rechte anerkannt ist.²⁷⁾ Bei neueren Fideicommissen könnte der §. 564 Bedenken erregen. Allein es handelt sich hier um keine wahre Erbeinsetzung; bei Vermächtnissen, mit denen die herrschende Lehre die Fideicommiss-Folge gerne vergleicht, ist es anerkannt, daß dem Dnerirten die Auswahl des Honorirten aus einem bestimmten Personenkreise überlassen werden dürfe (s. §. 651); und schließlich hebebt ja die staatliche Genehmigung (§. 627 pr.), wenn sie trotz einer solchen auffallenden Bestimmung erfolgt ist, jeden Zweifel. In diesem Falle gründet der Nachfolger sein Recht dennoch primär auf den Willen des Stifters, secundär auf die Wahl des Vorgängers, die hier nur als individualisirende Thatsache (wie sonst Erstgeburt, Grab, Alter) in Betracht kommt.

VI. Ueber die rechtspolitische Frage nach dem Werth oder Unwerth des Fideicommiss-Institutes ist in den letzten hundert Jahren viel gestritten worden; Einiges darüber wird in einem eigenen Excurse beigebracht werden.²⁸⁾

Hauptarten der Fideicommiss.

§. 619.

Das Fideicommiss ist insgemein entweder eine Primogenitur, oder ein Majorat, oder ein Seniorat; je nachdem der Stifter desselben die Nachfolge entweder dem Erstgeborenen aus der ältern Linie; oder, *) dem Nächsten aus der Familie dem Grade nach; unter mehreren gleich Rasen aber dem Ältern an Jahren; oder endlich, ohne Rücksicht auf die Linie, dem Ältern aus der Familie zugebracht hat.

²⁴⁾ Zur Begründung obiger Behauptung mag (da sie ohnehin kaum Widerspruch finden dürfte) nur auf die Einreihung der §§. 618 im Erbrecht, dann darauf hingewiesen werden, daß jene Unfähigkeitsgünde keineswegs nur die technische Erbfolge betreffen (s. §. 617).

²⁵⁾ Vgl. Lewis S. 356 ff.

²⁶⁾ So wenig dergleichen zum Wesen der *successio ex pacto et providentia maiorum* paßt, so ist es doch damit nicht geradezu unvereinbar, und auch wirklich in der Geschichte der Fideicommiss nicht ohne Beispiel; s. Costa S. 55 f., Lewis S. 380 Anm. 80.

²⁷⁾ Vgl. Lewis S. 356 ff., S. 380 f.

²⁸⁾ Ebenfalls zu §. 618, aber nicht identisch mit dem in Note 15 cit. Excurse.

^{*} Der Text der J. G. S. hat diesen unnützen Beistrich nicht.

§. 620.

Im Zweifel wird die Primogenitur eher, als ein Majorat oder Seniorat; und das Majorat wieder eher, als ein Seniorat vermuthet.

Erbsfolge in denselben.**)

§. 621.

Bei der Primogenitur gelangt eine jüngere Linie erst nach Erlöschung der ältern zum Fideicommiss, so, (***) daß der Bruder des letzten Besitzers dessen Söhnen, Enkeln, Urenteln und weitem Nachkömmlingen weichen muß.

I. Redaction. Das im Westgal. Text (§. 414) fehlende „insgemein“ in §. 619 wurde (20. Febr. 1804) auf Antrag des inneröftr. Appell. Ger. eingeschaltet, weil es auch noch andere Arten gibt. Der Antrag des oberöftr. Appell. Ger., noch eine vierte Gattung beizusetzen, wo nämlich alle Söhne zugleich eintreten, wurde von Zeiller mit der Bemerkung abgelehnt, dies sei wegen §. 416 (jetzt §. 622) überflüssig (s. aber §. 624, dem im Westgal. G. B. nur der Schlusssatz von §. 417 correspondirte). — Die erste Hälfte des §. 619 stimmt überein mit der ersten Hälfte des §. 414 Westgal. G. B. II; das Majorat dagegen wurde in §. 414 so beschrieben: „oder ohne Rücksicht auf die Erstgeburt dem Älteren an Jahren, doch aus der näheren Linie;“ Zeiller schlug unter Berufung auf das preuß. G. B. den jetzigen Text vor, den er bloß für „deutlicher“ (also nicht für meritorisch vom Westgal. G. B. abweichend) hielt, und der einstimmig auch angenommen wurde. Hinsichtlich des Seniorats unterschied sich der Westgal. Text und der wörtlich übereinstimmende von 1804 von dem jetzigen durch das Wörtchen „auch“ vor „ohne Rücksicht“, und dadurch, daß es nicht „Älteren“ sondern „Ältesten“ hieß. Wann und warum der Superlativ durch den minder passenden Comparativ ersetzt wurde, erhellt nicht; ebensowenig, wann aus §. 415 unter Umstellung der Sätze die §§. 620, 621 gemacht wurden;¹⁾ §. 620 lautet wörtlich, wie der zweite, §. 621 fast²⁾ wörtlich, wie der erste Satz von §. 415.

II. Die Successions-Ordnung hängt ganz vom Belieben des Stifters ab,³⁾ und gilt so lange, als das Fideicommiss besteht; sie vermag von keinem Fideicommiss-Inhaber gültig abgeändert zu werden; selbst die Einwilligung aller lebenden Anwärter würde nichts helfen.⁴⁾ Nicht leicht wird aber der Stifter sich eine ganz neue Ordnung ersinnen, meistens wird er eine der üblichen, typischen und daher mit hergebrachten Namen bezeichneten Successions-Arten wählen, über welche deshalb das Gesetz Normen (suppletorischer Natur) aufstellt. Dem Zwecke des

**) Diese Marginalnote ist unpassend, ob man sie nun auf §. 621 allein, oder auch auf die folgenden Paragraphen beziehen mag; denn die Worte „in denselben“ (die in der Marginalie zu §. 608 des hier in Note 1 erwähnten Textes noch fehlten), beziehen sich offenbar auf die „Hauptarten der Fideicommiss“; aber §. 621 spricht nur von einer dieser Arten, die folgenden Paragraphen handeln von anderen, so zu sagen, Nebenarten oder gegen allgemeine Anhaltspunkte für die Erklärung des Willens des Stifters.

***) Die F. G. S. hat diesen Beitrag nicht.

¹⁾ Daß das Protokoll diesfalls nicht genau abgefaßt wurde, beweist die Mittheilung des Monitum, nach „Urentel“ „u. s. w.“ zu setzen, womit Referent und auch alle Anderen einverstanden waren, ohne Angabe, von welcher Behörde oder Commission das Monitum ausging. Dennoch fällt obige Reticenz nicht diesem, sondern einem späteren Protokoll zur Last; denn der §. 608 des bei der Superrevision benützten und verbesserten Textes entsprach noch dem ungetheilten §. 415.

²⁾ Es fehlen nämlich in §. 415 die Worte „und weiteren Nachkömmlingen“; s. vorige Note.

³⁾ Wildner S. 156 f., Lewis S. 353, 378. Nicht in allen Staaten ist dies so; s. Lewis S. 353 f. N. 3, 4.

⁴⁾ Lewis S. 354 f.

Familien-Fideicommisses, den Glanz der Familie aufrecht zu erhalten, entspricht nur eine Individual-Succession,⁵⁾ welche daher auch die große Regel bildet.⁶⁾ Aus demselben Zwecke erklärt sich die Regel, daß die weiblichen Mitglieder der Familie und ihre, wenn gleich männlichen, Descendenten (als „Cognaten“) ausgeschlossen sind (§. 626 pr.), da nur im Mannesstamme (durch „die Agnaten“) der Name fortgepflanzt wird.⁷⁾ Die „Hauptarten“ der Individual-Succession sind die im §. 619 aufgeführten, für welche nicht selten der zusammenfassende Name „Majorat (im weiteren Sinne)“ vorkommt.⁸⁾ Sie sind unserm Institute nicht eigenthümlich, sondern haben sich überall entwickelt, wo es Individual-Succession gibt oder gab (Thronfolge, Nachfolge in Lehnen,⁹⁾ in untheilbare Adels- und Bauern-Gütern), und zwar früher, als unser Institut.

III. Die Primogenitur ist benannt nach dem bei ihr geltenden Rechte der Erstgeburt.¹⁰⁾ Das Fideicommiss ist hier zunächst bestimmt,¹¹⁾ vom Erstgeborenen des Stifters (bez. des ersten Erwerbers in der fremden Familie) auf dessen Erstgeborenen u. s. w. überzugehen. Jedem so Verufenen folgt im Besitze und auch schon in der Anwartschaft sein erstgeborener Sohn,^{11a)} bei welchem sich daselbe wiederholt. Auch schon in der Anwartschaft; wenn also der Erstgeborene bei Lebzeiten seines im Besitze des Fideicommisses befindlichen Vaters stirbt, so tritt an seine Stelle als Anwärter sein erstgeborener Sohn, der also seinem Großvater bei dessen Tode unmittelbar nachfolgt. Es ist deshalb unzulässig zu sagen: 1) daß bei der Primogenitur dem Besitzer dessen „ältester“ Sohn folge; denn dieser Ausdruck ist relativ und im obigen Falle ist beim Tode des Besitzers der zweitgeborene Sohn sein ältester Sohn, und dennoch folgt nicht er, sondern ein Enkel; 2) daß bei der Primogenitur das Fideicommiss immer vom Vater auf den erstgeborenen Sohn komme; unrichtig wäre auch noch die Formel: „auf den erstgeborenen Sohn oder Enkel;“ denn der erste Enkel, der Jemandem geboren wird, kann leichtlich der Sohn des zweiten oder dritten Sohnes sein. Unzulässig ist es ferner zu sagen, 3) daß bei dieser Successionsart maßgebend sei das Alter oder die frühere Geburt¹²⁾ (denn wir sahen eben einen älteren Descendenten

⁵⁾ Vgl. Zeiller und Stubenrauch zu diesen Paragraphen, Nr. 1. — Preuß. L. R. II. 4 §. 142: „Ein künftiger Fideicommissstifter muß . . . eine solche Successionsordnung bestimmen, nach welcher ein dazu gewidmetes einzelnes Landgut immer nur Einem aus der Familie zu Theil werde.“ . . . Fideicommiss mit Individual-Succession werden zuweilen „Stamm-Fideicommiss“ genannt, im Gegensatz zu den „Erb-Fideicommissen“ (§. 624); f. Span I §. 9.

⁶⁾ Dogmengeschichtliches über die Individual-Succession s. bei Costa S. 41 ff., vgl. S. 19 ff. und §. 25.

⁷⁾ Vgl. bei §. 40. Das uneheliche Kind der Agnatin erhält freilich ihren Namen, ist aber selbstverständlich vom Fideicommiss ausgeschlossen. — Vgl. Zeiller zu diesen Paragraphen, Nr. 4, Stubenrauch Nr. 1.

⁸⁾ S. z. B. Heintze Handb. d. Nieder-Österr. Lehenrechtes (1811) I. Thl. §. 82; Lewis S. 365, Kirchstetter zu diesen Paragraphen.

⁹⁾ S. Heintze a. a. O.

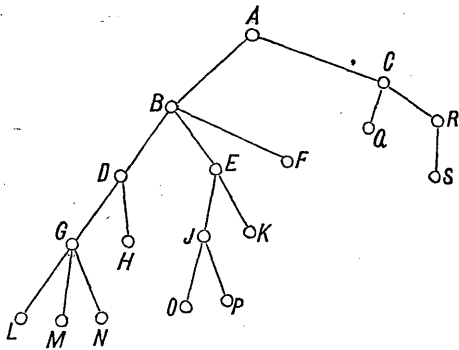
¹⁰⁾ Zeiller II S. 525: „Weil zunächst nur Einer aus ihnen (aus den nächsten männlichen Abstammungen) zum Besitze des Fideicommiss-Gutes gelangen soll, so ist es natürlich, daß jener, der zuerst geboren ist, das frühere, ausschließende Recht erwerbe. Darauf beruht das Recht der Erstgeburt, wofür aber nächst der Betrachtung, daß der Erstgeborene früher reif, und zur guten Verwaltung und Benutzung des Vermögens fähig werde, noch andere, zum Theil ungereimte Gründe angeführt werden.“ Es wird sich gleich zeigen, daß nicht einmal diese „Betrachtung“ Stich hält.

¹¹⁾ „Zunächst bestimmt;“ d. h. dies ist vom Stifter als Normalfall gedacht; damit soll natürlich nicht gesagt sein, daß es immer wirklich geschehe.

^{11a)} „Folgt,“ nicht als ob er die Anwartschaft erben würde, sondern im Sinne des Nachrückens.

¹²⁾ Dergleichen unrichtige Aeußerungen erklären sich aus dem Bestreben, allgemeine Formeln aufzustellen. So sagt z. B. Lewis S. 365: „Bei einer Individual-Succession

durch einen jüngeren ausgeschlossen); 4) daß für die Primogenitur die Betrachtung spreche, es komme der Keisere zur Vermögensverwaltung (s. N. 10).



— In der nebenstehenden Stammtafel folgen auf einander: A, B, D, G, L; wenn D vor dem B gestorben ist, so folgt auf diesen sein Enkel G, nicht sein Sohn E. Unter den älteren Juristen war diese Entscheidung sehr bestritten,¹³⁾ heute ist sie allgemein anerkannt, und im österreichischen Rechte ausdrücklich functionirt (§. 621).

Wenn aber diese Bewegung in ganz gerader Linie nicht mehr möglich ist, beginnt man mit der Abweichung zu unterst und nicht zu oberst; d. h. das Fideicommiss bleibt so lange als möglich in derselben kleinsten Abtheilung einer Linie; dann erst kommt es an die nächst weitere Unterlinie (den höher abzweigenden Nebenast) und so schrittweise zurück bis zur zweiten Hauptlinie. Das Wort „Linie“ ist vieldeutig: a) im gemeinen Recht bedeutet es oft den Vater- oder den Mutterstamm (divisio per lineas); b) im österr. G. B. ist es in der Regel gleichbedeutend gebraucht mit „Parentel“ (s. §§. 730, 731); c) hier (in der Materie von den Fideicommissen) erscheint die eben erwähnte Bedeutung modificirt durch den Ausschluß der Frauen und der Cognaten; Jeder, der männliche agnatische Descendenz hat, sei es auch nur einen Sohn, erscheint als der Gründer einer Linie. In unserer Stammtafel sind die Gründer der beiden Hauptlinien B und C; jede dieser Hauptlinien verzweigt sich in Nebenlinien (Nebenäste), z. B. die des D, die des E. — Wenn L im Besitze des Fideicommisses ohne successionsfähige Nachkommen stirbt, so kommt das Fideicommiss an M, nach ihm an N; wenn bei diesem dieselbe Voraussetzung zutrifft, so folgt H, und ebenso nach diesem E, sollte aber dieser todt sein, J, sollte auch dieser nicht mehr leben, O; erst nach diesem käme P, nach diesem K in Betracht; noch später käme die Nachkommenschaft des F, zuletzt die des C an die Reihe. — Also: erst wenn keine successionsfähigen Nachkommen des G vorhanden sind, kommt das Fideicommiss an die übrige (d. h. bisher übergangene) Nachkommenschaft des D, dann an die übrige Nachkommenschaft des B, zuletzt an die andere Hauptlinie. Und in jeder Unterlinie wiederholen sich dieselben Grundsätze der Primogenitur. Man geht also, wenn ein Besitzer ohne folgeberechtigte Descendenz stirbt, zurück auf die fähige Nachkommenschaft seines Vaters, dann seines Großvaters, dann des Urgroßvaters u. s. w.¹⁴⁾ Es gilt also hier, wie bei der österreichischen Intestat-

ist stets maßgebend das Alter, und zwar entweder das höhere oder das niedere. Danach unterscheidet man zunächst das Majorat und Minorat. Das erstere zerfällt in drei Unterarten, nämlich Seniorat, Majorat im engeren Sinne und Primogenitur. . . .“ Kirchstetter zu diesen Paragraphen: „Das Recht zur Succession ist entweder von der früheren oder von der späteren Geburt abhängig. Die erstere Successions-Ordnung heißt Majorat, die letztere Minorat.“ — Solche Formeln sind irreführend (einmal ist gedacht an das Alter der Person, einmal an das der Linie) und jedenfalls werthlos, da sie keinerlei richtige Vorstellung zu geben vermögen.

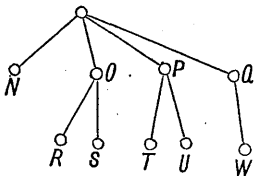
¹³⁾ S. darüber Lewis §. 21 Note 69; Knipschild cap. IX 62 sq. (Ausg. v. 1654 p. 434 sq.).

¹⁴⁾ Alle diese Entscheidungen werden bestätigt durch die allzu ausführlichen Vorschriften des preuß. R. R., welche also hier als Commentar zu den wohl wieder etwas zu kurzen Beschreibungen der Primogenitur in §§. 619, 621 dienen können, wie denn

erbfolge (§. 730 ff.), der Grundsatz, daß, so lange ein Mitglied der nächsten Parentel erben kann, die höhere Parentel ausgeschlossen ist; m. a. W. diese, wie jene Succession ist eine Lineal-Ordnung. Die Primogeniturfolge unterscheidet sich aber von der Intestaterbfolge dadurch, daß sie eine Individual-Succession männlicher Agnaten ist. — Durch Kinderlosigkeit, Vorversterben, Verzicht, Unfähigkeit mehrerer Familienglieder kann es geschehen, daß auf einen Besitzer ein entfernter Verwandter desselben folgt. Wie leicht kann es z. B. geschehen, daß auf den N sein sobrinos O folgt, ohne daß man irgend welche unwahrscheinliche oder seltene Zufälle anzunehmen brauchte. Wo aber solche eintreten, da kann auch ein viel entfernterer Verwandter der nächste Nachfolger sein. Es ist also ganz falsch zu sagen, bei der Primogenitur „finde sich strenge die Regel durchgeführt, daß das Fideicommiss vom Ascendenten immer an den Descendenten kommt.“¹⁵⁾

Daß zwischen vollbürtigen und Halbbrüdern von Vaterseite (germani und consanguinei) kein Unterschied obwaltet, ist für's österreicherische Recht ebenso selbstverständlich, als daß Halbbrüder von der Mutterseite ausgeschlossen sind.¹⁶⁾

IV. Beim Majorat (im engeren Sinne)¹⁷⁾ folgt derjenige, welcher dem Stifter dem Grade nach der Nächste ist (§. 619), und dann immer derjenige, der dem letzten Besitzer (§. 623) der Nächste ist; unter gleich Nahen gibt das höhere Alter den Vorzug (§. 619).¹⁸⁾ In unserer Stammtafel wäre also die Reihenfolge: A, B, D, G... Ist aber D vor dem B gestorben, so folgt diesem nicht (wie bei der Primogenitur) G, sondern E; E hat nämlich vor dem G den Vorzug, dem B um einen Grad näher zu stehen, vor dem gleich Nahen F aber den Altersvortrag. Ebenso, wenn zwar D zum Besitze gelangt, G aber vor ihm gestorben wäre, so würde H zunächst die Söhne des G ausschließen, dann aber, falls er (H), ohne einen Sohn zu hinterlassen, stirbt und E auch schon todt ist, kämen jene Nefen daran, und zwar zunächst der älteste L. Hinterläßt Jemand keinen Sohn, hat aber Nefen, die Söhne mehrerer Brüder sind, so entscheidet unter diesen lediglich ihr Alter, nicht etwa das ihrer Väter (also ihrer Linien). War N der letzte Besitzer und sind seine Brüder O, P, Q vor ihm gestorben, so kann immerhin W der Nachfolger sein, da er, obgleich Sohn des jüngsten Bruders (Q), dennoch älter sein kann, als seine Vettern R, S, T, U. —



V. Beim Seniorat¹⁹⁾ kommt immer der älteste Agnat daran; Parentel

Zeiller (S. 526 Note) geradezu auf die §§. 149—163 preuß. L. R. II. 4 hinweist. Hier vgl. man zunächst §§. 154—160 und Lewis S. 371 ff.

¹⁵⁾ Zu diesem Satze kommt Wildner S. 158 durch seine künstliche Zurechtlegung, nach welcher das Fideicommiss „gleichsam auf den nächsten“ (todten) „Ascendenten zurückkehrt“; „gleichsam“ ist eben nicht wirklich.

¹⁶⁾ S. preuß. L. R. II. 4 §§. 162, 163; Zeiller S. 526 Nr. 4. Vgl. a. b. G. B. §. 736 und Unger §. 31: „Vollbürtigkeit oder Halbbürtigkeit der Geschwister begründet keinen Unterschied in der Ordnung der Erbfolge, sondern nur in der Größe der Erbportion.“ Dieser Unterschied entfällt aber selbstverständlich bei der Individual-Succession, wo eben nur die Ordnung in Frage kommt. — Auch im gemeinen Recht kann bei einer Primogenitur hierüber kein Zweifel sein; s. übrigens Costa S. 37, Lewis S. 361.

¹⁷⁾ Vgl. im Allgemeinen Lewis S. 369 f. (wo jedoch Note 63 leicht dahin mißverstanden werden könnte, als ob die österreicherische Intestat-Erbfolge eine Linealgradfolge wäre). Das in der vorigen Note Gesagte gilt auch hier; vgl. Lewis S. 371.

¹⁸⁾ Eine Ausnahme müßte dies u. G. nur in dem gewiß außerordentlich seltenen Falle erleiden, wo der Stifter von seinem Vater überlebt würde; denn es ist anzunehmen, daß der Stifter des Majorates zunächst seine Descendenten bedenken wollte, und daß er mit „seiner Familie“ die von ihm abstammende gemeint habe.

¹⁹⁾ Vgl. im Allgemeinen Lewis S. 365 ff.

und Gradesnähe sind gleichgiltig. Diese Successionsordnung ist die am wenigsten zu billigende,²⁰⁾ und kommt wohl nur selten vor.²¹⁾

VI. Die drei bisher behandelten Successionsarten verhalten sich demnach so zu einander: Bei der Primogenitur kommt es weder auf den Alters-, noch auf den Grades-Vorzug an, sondern lediglich auf die Zugehörigkeit zu der „vorzüglicheren Linie“; beim Majorate dagegen kommt die Linie nicht in Frage, sondern es entscheidet vor allem die Nähe des Verwandtschaftsgrades, und erst unter gleich nahen das höhere Alter; beim Seniorat endlich kommt es nur auf das Alter an, und gar nicht auf Linie und Gradesnähe. Daß diese principielle Verschiedenheit auch eine praktische ist, leuchtet ein. Wenn Jemand (A in unserer Stammtafel) für die von ihm abstammende Familie ein Fideicommiß stiftet, so wird freilich sein Sohn B folgen, mag er eine Primogenitur oder ein Majorat oder ein Seniorat angeordnet haben. Aber schon beim Tode dieses ersten Erwerbers wird die Verschiedenheit der Successionsarten hervortreten. Bei der Primogenitur würde D daran kommen, ebenso beim Majorat, beim Seniorat dagegen C. Wenn D vor dem B gestorben wäre, so würde bei der Primogenitur G, beim Majorat E, beim Seniorat C folgen.²²⁾ Es können also die drei Ordnungen nur zufällig und nur vorübergehend zu demselben Ergebnis führen, und es ist daher von größter Wichtigkeit, zu constatiren, welche von ihnen für das fragliche Fideicommiß maßgebend ist. Deshalb muß der Wille des Stifters ermittelt werden,²³⁾ wobei zunächst die allgemeinen Auslegungsregeln leiten. Auf die von Jenem gewählte Bezeichnung darf man sich nicht verlassen.²⁴⁾ Denn einmal sind die Namen mehrdeutig; es kann „Primogenitur“ im Sinne des §. 625 gemeint sein, der ganz verschieden ist vom Sinne des §. 619; von „Majorat“ haben wir bereits eine engere und eine weitere Bedeutung kennen gelernt. Dann hat der Sprachgebrauch geschwankt²⁵⁾ und sich im Laufe der Zeit geändert; was im §. 619 Seniorat heißt, wurde von älteren Juristen „Majorat“ genannt,²⁶⁾ und derselbe Ausdruck findet sich in älteren Stiftungsurkunden und Gesetzen für Primogenitur.²⁷⁾ Man muß also die in der Stiftungsurkunde vorkommenden

²⁰⁾ Zeiler S. 528: „Seniorate haben auch noch wider sich, daß hohes Alter die Aufsicht, Verwaltung und Verbesserung des Fideicommiß-Gutes erschwert, und daß sie einem häufigeren Wechsel der Besitzer, folglich auch häufigeren Verminderungen des Vermögens (durch Sterbegebühren) ausgesetzt sind. Sie dienen beinahe nur als eine Stiftung oder Verjorgung für das hilflose hohe Alter.“ Lewis S. 367: „Einmal sind die Interessenten, wenn sie zur Succession gelangen, regelmäßig zu alt, um noch selbst mit Erfolg der Bewirtschaftung des Gutes vorzustehen, und dann haben sie ein zu geringes Interesse daran, wirkliche Meliorationen vorzunehmen, da selten Jemand Lust hat, für Fremde zu arbeiten. Der Besitzer nämlich genießt bei dieser Successionsart voraussichtlich nur wenige Jahre, vielleicht gar nicht mehr, die Früchte seiner guten Verwaltung, und seine Kinder werden durch den Ältesten der Familie, mitunter einen ganz entfernten Verwandten, zu welchem er in gar keiner Beziehung steht, ausgeschlossen. Das einzige Bestreben des Besitzers wird gewöhnlich das sein, mit einem möglichst geringen Aufwand von Kosten, soviel als nur immer angeht, aus dem Fideicommiß zu ziehen.“ — Preuß. R. N. II. 4 §. 140: „In Zukunft sollen Landgüter zu Senioraten nicht mehr gewidmet werden.“

²¹⁾ S. Voglhuber S. 34 f. §. 18; vgl. Lewis S. 367, 368.

²²⁾ Vgl. etwa Lewis S. 377 f., Stubenrauch 1. Aufl. S. 401, 2. Aufl. S. 822.

²³⁾ Vgl. im allgemeinen über Auslegung von Fideicommiß-Stiftungsurkunden Lewis S. 363 f., 375 f.

²⁴⁾ S. Lewis S. 355; Wildner S. 157, der aber selbst, in dem hier in Note 51 erwähnten Falle ein ungebührliches Gewicht auf den Ausdruck „fideicommissum in forma primogeniturae“ legte (a. dort cit. D., S. 5, 10 ff., 392).

²⁵⁾ Costa S. 72; wegen der älteren österreichischen Gesetzgebung s. Wildner S. 157.

²⁶⁾ Lewis S. 365 Note 40.

²⁷⁾ Wildner S. 157, Winigarter S. 154 Note; Ellinger zu diesen Paragraphen.

Bestimmungen über die Succession, ferner den zur Zeit ihrer Abfassung herrschenden allgemeinen oder lokalen Sprachgebrauch und überhaupt alle Momente in Betracht ziehen, welche zur Ermittlung des Willens des Stifters dienen; denn auf diesen, und nicht auf die Worte kommt es an, so daß auch ein auf Unkenntniß beruhender falscher Sprachgebrauch des Stifters nicht schadet, sobald nur der Wille außer Zweifel steht.²⁸⁾ Freilich darf man nicht leichtthin einen unrichtigen Sprachgebrauch supponiren.²⁹⁾ — Endlich kommt uns das Gesetz mit einer speciellen Auslegungsregel zu Hilfe. Diese — der §. 620 — rechtfertigt sich durch die Betrachtung, daß das Seniorat die am wenigsten wünschenswerthe Folgeordnung ist (s. oben N. 20), auch selten vorkommt (N. 21), und daß von den beiden übrigen die Primogenitur die einfachere ist und dem System unserer gesetzlichen Erbfolge näher steht, als das Majorat.³⁰⁾ Doch muß durch Betonung der Worte „im Zweifel“ vor Mißbrauch des §. 620 gewarnt werden.

VII. Wenn bei Zwillingen constatirt ist, welcher früher aus dem Mutterleibe kam,³¹⁾ so gebührt diesem das Recht der Erstgeburt. Kann er aber, wo es sich nicht um Primogenitur, sondern um das höhere Alter fragt, als der Ältere gelten? Wäre der von manchen Juristen gelehrte Satz vom Kalenbertag als einer civilistisch untheilbaren Größe oder Einheit³²⁾ richtig, so müßte man die Frage verneinen. Aber dieser Satz ist überhaupt³³⁾ und für österreichisches Recht insbesondere³⁴⁾ unhaltbar, und jene Frage um so unbedenklicher zu bejahen, als dieser Vorzug doch das Gefühl nicht so verletzt, wie der durch das Loos (s. unten) zugetheilte, oder doch jedenfalls nicht mehr.³⁵⁾ — Um so gewisser müssen wir behaupten, daß zwischen mehreren am selben Tage geborenen Anwärtern die erweisliche frühere Geburtsstunde entscheidet, wo es, wie beim Seniorat immer, beim Majorat unter gleich Nahen, auf das höhere Alter ankommt.³⁶⁾ — Begrifflich lassen sich zwei Fälle unterscheiden: 1) es ist erwiesen, daß zwei oder mehrere Menschen gleich alt sind, d. h. daß sie zur selben Zeit geboren wurden; 2) es läßt sich nicht erweisen, welcher von ihnen früher geboren wurde. Wenn man aber das früher Gesagte als richtig erkennt, so leuchtet ein, daß praktisch alle Fälle unter Nr. 2 fallen, m. a. W. daß es gleichviel ist, ob man sagt: „diese zwei Menschen sind gleich alt“ oder „wir wissen nicht, welcher von ihnen der ältere ist.“ Freilich scheinen die Fälle sehr verschieden, wenn man bei zwei Menschen, die vielleicht in Wahrheit um zwei Jahre im Alter verschieden sind, wegen Untergang der Aufzeichnungen über ihre Geburt, den Altersvorzug nicht constatiren kann, und wenn bei zwei Anderen erwiesen ist, daß sie am selben Tage (vielleicht sogar beide z. B. zwischen vier und fünf Uhr Morgens)

²⁸⁾ Wie ja unter derselben Voraussetzung es nichts verschlägt, wenn der Testator die Ausdrücke Testament und Codicill, Erbeinsetzung und Vermächtniß verwechselt.

²⁹⁾ S. 6 und §. 655 a. b. G. B.; vgl. Lewis S. 375. — Stiftungsurkunden aus den letzten Decennien werden in dieser Hinsicht kaum Schwierigkeiten bereiten, weil sie bei unklarer Fassung über einen so wichtigen Punkt, wie die Successions-Ordnung, doch wohl die Bestätigung durch die gesetzgebende Gewalt (§. 627) nicht erhalten hätten.

³⁰⁾ Vgl. Zeiller S. 528, Lewis S. 355 f.

³¹⁾ Und zwar vollständig, s. Arndts §. 25 N. 2 und Note c; das frühere Vorstrecken einer Hand oder eines Fußes (s. die Erzählung in der Bibel I. Mos. 38, 27—30) würde nicht entscheiden.

³²⁾ So neuerdings wieder Kunze Curfus 2. Aufl. (1879) §§. 454, 455.

³³⁾ S. Bachofen in der Ztschft. f. Civilr. u. Proceß XVIII S. 42 ff.

³⁴⁾ Vgl. Unger System II §. 106 N. 9. S. z. B. Grundbuchgesetz §. 29.

³⁵⁾ Dem Loos, also dem „Zufall“ die Entscheidung zu überlassen, hat hier gar keine Berechtigung, wo ein anderer Zufall bereits entschieden hat. Dabei ist es gleichgültig, ob man auf dem gläubigen oder ungläubigen Standpunkt steht; denn wer im Loos die „höhere Fügung“ sieht, muß sie ebenso in der früheren Geburt erblicken.

³⁶⁾ Vgl. I. 3 §. 3 D. de minor. 4. 4; f. ferner, was Arndts (§. 383, N. 3 a. G.) über Pfandrechte von gleichem Datum sagt.

geboren sind. Ein wesentlicher Unterschied besteht dennoch nicht; denn, sobald man aus der *computatio ad momenta* Ernst macht, wird auch in dem letzteren Falle die Priorität der Geburt unerweislich sein;³⁷⁾ und andererseits kann ein unerweislicher Altersunterschied, mag er auch vielleicht Jahre betragen, nichts nützen: *quod non apparet, non est*; man muß also die Anwärter, bei denen dieser Fall eintritt, als gleich alt behandeln.

Was hat nun zu geschehen, wenn bei einer Primogenitur (bei Zwillingen) die Erstgeburt, bei einem Majorat oder Seniorat (sei es bei Zwillingen, sei es bei Söhnen verschiedener Mütter) die frühere Geburt, das höhere Alter sich nicht ermitteln läßt? Vor Rippel blieb die Frage bei uns unerwogen. Er hat im IV. Bde. (1832) S. 206 die Ansicht aufgestellt, daß dann, weil beide (bez. alle) nach Analogie des §. 25 als gleichzeitig geboren gelten, sie in den Genuß des Fideicommisses sich theilen müssen, nach Analogie von §. 624 i. f. Wildner hat sich (1835), ohne Rippel zu nennen, seine Ansicht sammt dieser (nur noch verschlechterten, s. unten) Begründung angeeignet (S. 160 und S. 177); ähnlich (1834) Winiwarter,³⁸⁾ und dann Stubenrauch.³⁹⁾ Theilweise anders lehrt Ellinger.⁴⁰⁾ Er hat darin Recht, worin er von ihnen abweicht (s. N. 40), Unrecht, soweit er ihnen zustimmt. Denn so herrschend die Ansicht ist,⁴¹⁾ welche hier getheilten Genuß des Fideicommisses will, so grundfalsch ist sie; denn sie widerspricht dem Wesen und Zweck der Individual-Succession. Wenn z. B. beide Zwillinge zum Genuß des Primogenitur-Fideicommisses zugelassen werden, und Jeder hinterläßt einen Sohn, der wieder successionsfähige Nachkommen hat, so wird die Spaltung perpetuirt, gewiß gegen die Absicht des Stifters und gegen den Zweck der Stiftung. Ganz unpassend ist die Verweisung auf §. 624, der von dem anomalen Falle spricht, wo eben keine Individual-Succession angeordnet ist.⁴²⁾ Die Berufung auf §. 25 ist ganz passend, wenn damit gesagt sein will: wie nach §. 25 derjenige, der auf die Priorität eines Todesfalles vor einem Anderen einen Rechtsanspruch gründet, die Priorität erweisen muß,⁴³⁾ so auch der, welcher die Priorität seiner Geburt gegen einen Anderen geltend machen will. Billigen läßt sich die Berufung auf §. 25 auch, wenn damit dasselbe gesagt sein will, was wir im vorigen Alinea ausgeführt haben. Absurd dagegen ist die Art, wie Wildner (S. 160) diese Analogie ausdeutet. Es würden beide „als zugleich

³⁷⁾ Dieses übersieht Ellinger (7. Aufl.) S. 392.

³⁸⁾ 1. Aufl. III S. 115 f., 2. Aufl. III. Bd. S. 134.

³⁹⁾ 1. Aufl. S. 401 Nr. 2 c, 2. Aufl. S. 822 Nr. 3 c. Stubenrauch und Winiwarter unterscheiden sich bloß darin von den beiden früher Genannten, daß sie sich nur auf §. 624, nicht auch auf §. 25 berufen. Daß Rippel, Winiwarter, Stubenrauch und Ellinger die Frage nur beim Seniorat berühren, erklärt sich daraus, daß das preuß. L. N. zufällig dasselbe thut (s. unten) und daß Rippel durch die preussische Bestimmung auf die Frage gebracht wurde; er führt sie nämlich an und bemerkt dazu, daß sie bei uns nicht gelte; ihm folgten die Andern. Dagegen hat sich Wildner in diesem Punkte unabhängig gehalten; er bringt die Frage erst (S. 160) bei der Primogenitur und dann (S. 177) allgemein zur Sprache. Dies war ein Fortschritt gegen Rippel, ein Rückschritt dagegen, daß er nur an den Fall der Zwillinge dachte.

⁴⁰⁾ S. 292 (der 7. Aufl.): „Mehrere von gleich hohem Alter müßten den Genuß des Fideicommisses theilen (§. 624). Wäre es zweifelhaft, welcher von Zweien u. s. w. älter ist, so gebührt Demjenigen, der früher zum rechtmäßigen Besitze des Fideicommisses gelangt ist, kraft seines Besitzes (aber auch nur insolange) der Vorzug. Wäre noch keiner im Besitze desselben, so scheinen sie einen gleichen Anspruch darauf zu haben (§§. 25 und 839).“ Das letzte Citat ist gewiß nicht glücklich! —

⁴¹⁾ Es ist ihr u. W. in Oesterreich (s. Note 42) bisher von keiner Seite widersprochen worden.

⁴²⁾ Dies hat auch schon Lewis S. 366 N. 42 gegen Wildner's Ansicht eingewendet.

⁴³⁾ Dies — die Negation irgend welcher Präsumtion über die Priorität des Todes — ist der eigentliche Sinn des §. 25; s. Unger System I. Bd. S. 251, II S. 594 N. 42.

geboren fingirt“, sie seien „beide (als Eins) die Erstgeborenen, mithin werden beide einen unbedingten Titel zum Nuz eigenthum haben, eben weil der Begriff des Erstgeborenen auf beide anwendbar ist“ —! So viel ist sicher: wenn keiner ein besseres Recht darthun kann, so müssen sie als zunächst gleichberechtigt angesehen werden. Nachdem aber bei einer Individual-Succession schlechterdings nur Einer zum Besitze gelangen kann, so gibt es kein anderes Auskunftsmittel, als die Entscheidung durch das Loos, die ja auch sonst dem österreichischen Rechte nicht fremd ist (s. §§. 835, 841), und die das preussische L. R. (II. 4 §. 138),⁴⁴⁾ das in dieser Materie unseren Redactoren als Vorbild diente, ausdrücklich vorschreibt,⁴⁵⁾ wie auch schon früher das bairische G. B. (Cod. Max.) und die communis opinio der gemeinrechtlichen Juristen sie billigte.⁴⁶⁾ Wenn aber bereits ein Anwärter in den Besitz gelangt ist,⁴⁷⁾ und erst hinterher ein Anderer gegen ihn auftritt, der aber ein höheres Alter nachzuweisen nicht vermag, so ist melior conditio possidentis.⁴⁸⁾ — Welche Bedeutung endlich der freien Vereinbarung der gleichaltrigen Präterdenten beizumessen ist, wird passender bei §. 632 untersucht werden.

VIII. Für die Frage, wer dem Grade nach der Nächste ist, entscheidet der Zeitpunkt des Todes des Vorbesizers.⁴⁹⁾ Doch muß auch hier der nasciturus pro iam nato gelten (§. 22), da es sich hier zunächst um die Rechte des Kindes und erst per consequens um Rechte Dritter handelt. Wie aber der Beweis zu führen ist, daß das Kind beim Tode des Vorbesizers schon concipirt war, ob dabei die Präsumtion der §§. 138, 155, 163 irgendwie Anwendung finde,⁵⁰⁾ darüber s. bei §. 22.

IX. Da der Stifter die Successionsordnung überhaupt beliebig bestimmen kann, so kann er auch die Grundsätze der drei „Hauptarten“ in verschiedener Weise combiniren, z. B. so, daß innerhalb der Linien die Reihenfolge sich nach den Regeln der Primogenitur richten soll, beim Erlöschen einer Linie aber die Grundsätze des Majorates oder Seniorates gelten; oder es ist ein Majorat angeordnet, beim Erlöschen einer Linie aber ist die Frage, wer jetzt als Haupt einer neuen Linie daran kommen soll, nach den Grundsätzen der Primogenitur oder des Seniorates zu beantworten; oder es ist eine Primogenitur für eine bestimmt bezeichnete Linie angeordnet, nach deren Erlöschen das Fideicommiss definitiv zu einem Majorat werden soll. Es ist unnöthig, auf alle solche Combinationen, bei denen man von gemischten oder unregelmäßigen Primogenituren, Majoraten, Senioraten spricht, hier einzugehen.⁵¹⁾

⁴⁴⁾ Freilich nur beim Seniorat (s. Note 39); aber dies ist gewiß nur zufällig, und kein Grund ersichtlich, warum bei anderen Successionsarten es anders gehalten werden sollte. Vgl. auch Lewis S. 366 (Seniorat) mit S. 370 (Majorat) und S. 372 (Primogenitur).

⁴⁵⁾ Die Einwendung, daß diese Bestimmung eben in unser Gesetzbuch nicht aufgenommen sei, erledigt sich durch die Erwägung, wie viel kürzer unser Gesetzbuch diese Materie abhandelt, als das preuß. G. B., und daß es daher auf diese seltenen Fälle nicht eingehen mochte.

⁴⁶⁾ Lewis S. 366.

⁴⁷⁾ Da auch hier gerichtliche Abhandlung und Einweisung nöthig ist, so wird das nur geschehen, wo kein anderer Anwärter sich früher gemeldet hat, und dies kann am leichtesten bei einem Seniorat sich ereignen.

⁴⁸⁾ Soweit hat wohl Ellinger Recht. Vgl. auch, was wir soeben über §. 25 gesagt.

⁴⁹⁾ Preuß. L. R. II. 4 §. 203

⁵⁰⁾ Vgl. preuß. L. R. II. 4 §. 205; Wildner S. 177 f.

⁵¹⁾ S. Lewis S. 378 ff., Kirchstetter 2. Aufl. S. 316 N. 2. — In dem im „Jurist“ I S. 1—17 und S. 381—395 besprochenen Falle lag (wie das n. ö. „Landrecht“ erkannte) eine Mischung von Primogenitur und Majorat, nicht aber (wie Wildner behauptete und das mähr.-schles. „Landrecht“ entschied) eine reine Primogenitur vor.

§. 622.

Der Stifter kann auch die Ordnung der Erbfolge ganz umkehren, und den Letzt-nachgeborenen aus der ältern Linie; oder, den Jüngsten aus allen Linien; oder,**) überhaupt denjenigen berufen, welcher im Grade entweder dem Fideicommiß-Stifter, dem ersten Erwerber, oder dem letzten Besitzer am nächsten kommt.

§. 623.

Hat der Stifter hierüber seinen Willen nicht bestimmt ausgedrückt, so wird mehr Rücksicht auf den letzten Besitzer, als auf den Fideicommiß-Stifter, und den ersten Erwerber genommen. Sind mehrere Personen in gleichem Grade vorhanden, so gibt das höhere Alter den Ausschlag.

§. 624.

Wenn der Stifter anordnet, daß das Fideicommiß immer dem Nächsten aus der Familie zufallen solle; so wird darunter derjenige verstanden, welcher nach der gemeinen gesetzlichen Erbfolge aus der männlichen Nachkommenschaft der nächste ist. Zwischen mehreren gleich Nahen wird, dafern aus der Anordnung nicht das Gegentheil erhellet, der Genuß des Fideicommisses getheilt.

I. Redaction. §. 622 unterscheidet sich von §. 416 Westgal. G. B. II nur durch die auf Vorschlag der Prager Facultät eingeschalteten Worte „dem Fideicommißstifter“. Die entsprechende Einschaltung erfolgte auch bei §. 623, der sonst fast wörtlich mit den ersten zwei Sätzen des §. 417 übereinstimmt. Das Wort „hierüber“ wurde auf Zeiller's Wunsch aufgenommen, um den Zusammenhang des §. 623 mit der in §. 622 erwähnten Gradualfolge anzudeuten. Sachlich bemerkte Zeiller zu diesem Satze gegenüber unnützen Einstreuungen (Monita): es sei durch Theorie und Praxis als Regel anerkannt, daß das Fideicommiß bei der Linie des letzten Besitzers bleibe, so lange fähige Nachkommen vorhanden sind. — Die Prager Facultät wünschte ausdrücklich gesagt, ob bei der Gradual-Erbfolge die canonische Berechnung oder die des (gemeinen) Civilrechts Statt finden solle, — welchem Wunsche durch Aufstellung des §. 41 genügt wurde (s. bei diesem).

Der §. 624 ist als ein neuer anzusehen. Ihm correspondirt im Westgal. G. B. nichts, als der kurze Schlusssatz von §. 417: „Endlich dient die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge zur Richtschnur.“ Die Prager Facultät beantragte nach dem ersten Wort zu sagen: „wenn die Nächsten ohne Erwähnung eines Grades berufen sind;“ „weil die gesetzliche Erbfolge, welche eine Lineal-Erbfolge ist, in Voraussetzung einer im Fideicommiß festgesetzten Gradual-Erbfolge nicht Statt finden könne.“ Die Wiener Facultät bemerkte: Wenn durch den Schlusssatz von §. 417 angedeutet würde, daß, da die gesetzliche Erbfolge auf dem Vorstellungsrechte gegründet ist, dadurch die Verwandtschaftsgrade bestimmt werden sollen, so wäre besser zu sagen: „Sind mehrere Personen in gleichem Grade, zu dessen Bestimmung die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge zur Richtschnur dient, vorhanden, so gibt das höhere Alter den Ausschlag.“ Wäre aber mit dem Schlusssatz gemeint, daß Mehrere von gleichem Grade und Alter das Fideicommiß zu gleichen Theilen genießen sollen, so müßte man dies ausdrücklich sagen. — Allerdings war der Schlusssatz des §. 417 mit seinem lakonischen „endlich“ etwas dunkel, aber wunderlicher konnte er doch nicht mehr mißverstanden werden! Bekanntlich ist bei unserer gesetzlichen Erbfolge der Verwandtschaftsgrad an sich ganz irrelevant, die Stellung in den Parentelen allein entscheidend; es liegt also auch noch eine sonderbare Verwechslung von Verwandtschaftsgrad und Erbesnähe (Rang

*) Diesen Beistrich hat die J. G. S. nicht.

der Anwartschaft) vor. Mit Recht erklärte sich Zeiller gegen das Monitum.¹⁾ Er verstehe den letzten Satz „von dem Falle, wo der Stifter weder eine lineal- noch eine Gradual-Succession angeordnet,²⁾ sondern für alle künftige Fälle den Nächsten in der Familie berufen hat.“ Dies wäre aber deutlicher in einem eigenen Paragraphen zu sagen. Hierauf wurde Streichung des Schlusssatzes von §. 417 und Aufnahme des von Zeiller formulirten mit dem jetzigen §. 624 wörtlich gleichen Textes beschlossen. — Das innerösterreich. Appell. Ger. hatte zu §§. 416, 417 den Zusatz beantragt: daß unter mehreren gleich Nahen Theilung des Genusses angeordnet werden könne (vgl. das verwandte Monitum des oberösterreich. Appell. Ger. zu §. 414 = jetzt §. 619). Zeiller erklärte sich einverstanden, die übrigen Votanten verwarfen den Zusatz als selbstverständlich, also unnütz. Doch ist jener Antrag wohl nicht ohne Einfluß auf den Schlusssatz von §. 624 gewesen. Der Unterschied zwischen beiden besteht darin, daß dieser Schlusssatz für einen bestimmten Fall Theilung vorschreibt, wo sie nicht ausdrücklich angeordnet ist, während jener Antrag die principielle Zulässigkeit einer ausdrücklichen darauf abzielenden Anordnung ohne Einschränkung auf unseren Fall hervorhob. Und es ist nun nicht zu übersehen, daß die Ablehnung des Antrags unter gleichzeitiger ausdrücklicher Anerkennung der Richtigkeit des in ihm enthaltenen Gedankens erfolgte.

II. Das Verhältniß dieser drei Paragraphen zu den vorigen drei Paragraphen ist so gedacht, daß dort die gewöhnlichen, hier die selteneren Successionsarten behandelt werden.³⁾ Dieses Verhältniß ist aber nicht durchgeführt; denn es ist nochmals vom Majorate die Rede. Worin soll denn die Abweichung vom regelmäßigen Majorate (im engeren Sinne) des §. 619 dort bestehen, wo „der Stifter denjenigen beruft, welcher im Grade dem letzten Besitzer am nächsten kommt“ (§. 622) und wo dann unter gleich Nahen „das höhere Alter den Ausschlag gibt“ (§. 623)? Wird ja doch mit Recht allgemein angenommen, daß auch beim Majorat des §. 619 die Gradesnähe im Verhältniß zu dem letzten Besitzer zu verstehen ist. Wollte man aber auch dies läugnen, so würde das an obiger Behauptung nichts ändern, da ja auch die beiden anderen Fälle, wo sich die Nähe nach dem Stifter oder nach dem nächsten Erwerber richtet, im §. 622 erwähnt sind,⁴⁾ und man käme überdies zu dem Widerspruch, daß in §. 623 eine solchen Vermuthung für ein Verhältniß aufgestellt würde, das in §. 619 nicht als das normale vorausgesetzt wäre.⁵⁾ Damit ist nur gegen einen Theil des §. 622, nicht auch gegen den §. 623 ein Vorwurf der Wiederholung erhoben;

¹⁾ Nach dem Protokoll scheint es, als ob Zeiller auch mit dem Prager Monitum nicht einverstanden gewesen wäre; thatsächlich aber harmonirt dieses vollständig mit seiner eigenen Bemerkung, und die Differenz der Meinungen betrifft nur die Fassung des Paragraphen.

²⁾ „Weder eine lineal-Succession . . . angeordnet;“ nämlich: ausdrücklich angeordnet; denn diese Berufung des „Nächsten in (aus) der Familie“, wird ja hier eben als eine lineal-Succession verstanden (es wäre denn, daß Zeiller das Wort in einem engeren, das Moment der Individual-Succession aufnehmenden, Sinne verstand).

³⁾ Winivarter (S. 135) überschreibt die §§. 622—624 „abweichende Successionsarten“.

⁴⁾ Im Westgal. G. B. fehlten noch im §. 416 die Worte „dem Fideicommiss-Stifter“ (s. hier Abf. I); man könnte also glauben, daß dort als das normale Majorat dasjenige gedacht war, wo der im Verhältniß zum Stifter Nächste berufen ist (und so fast auch noch Winivarter III [2. Aufl.] S. 134 das normale Majorat auf); aber dann geräth man auch dort, nämlich mit §. 417, in Widerspruch. Unsere Redactoren freilich, welche die Erwähnung des Grades in §. 619 einführten, glaubten das Majorat nur „deutlicher“ zu definiren, waren sich also einer meritorischen Abweichung vom Westgal. G. B. nicht bewußt.

⁵⁾ Vgl. Rippel S. 209.

denn §. 623 behält seine selbständige Bedeutung, indem er etwas im §. 619 nicht Gesagtes nachholt und zwar in allgemeinerem Zusammenhang. Sein Sinn ist: überall, wo es auf Gradesnähe ankommt, mag es sich übrigens um was immer für eine normale oder abnorme Successionsart handeln, entscheidet im Zweifel das Verhältniß zum letzten Besitzer, und unter gleich Nahen der Altersvorzug.

III. Zu §. 622. Unter den unzähligen möglichen „abweichenden Successionsarten“ gibt es solche, welche genau das Widerspiel zu den drei „Hauptarten“ bilden. So kann berufen sein 1) stets der Jüngste aus der jüngsten Linie (Ultimogenitur), 2) der dem Grade nach Entfernteste und unter gleich Fernen der Jüngste, 3) der Jüngste unter allen successionsfähigen Gliedern der Familie (Juniorat).⁶⁾ Da aber eine so alberne Anordnung, wie die unter 2) nie vorkommen wird, so sparen wir den von Manchen ihr gegebenen Namen „Minorat im engeren Sinne“ für die allerdings praktisch denkbare, wo der dem letzten Besitzer im Grade Nächste, unter gleich Nahen der Jüngste berufen ist.⁷⁾ Unter „Minorat im weiteren Sinne“ versteht man jede Ordnung, wo der Jüngere dem Älteren, oder die jüngere Linie der älteren vorgeht. Der Sprachgebrauch ist aber hinsichtlich dieser seltenen Successionsarten noch sehr schwankend.⁸⁾ So bezeichnen Viele mit „Ultimogenitur“ den Fall, wo zwar die ältere Linie die jüngere ausschließt, innerhalb der Linie aber der Letznachgeborene den Vorzug hat.⁹⁾ Unser — selbstverständlich nur exemplificirende — §. 622 zählt von Minoraten im weiteren Sinne¹⁰⁾ nur die Ultimogenitur in diesem letzteren Sinne und das Juniorat auf. Sonst erwähnt §. 622 von abweichenden Folge-Ordnungen Majorate, welche dadurch modificirt sind, daß sich die Nähe nicht nach Verhältniß zum Vorbesitzer, sondern zum Stifter oder ersten Erwerber richtet.¹¹⁾ Bei allen solchen „Abweichungen ist eine deutliche und ausführlichere Bestimmung der Erbfolgeordnung um so nöthiger, als darüber, weil sie sehr verschieden sein können, keine besonderen gesetzlichen Vorschriften bestehen, sondern aus den allgemeineren durch Anwendung entnommen werden müssen,¹²⁾ und eine bloße kurze Bezeichnung wegen des schwankenden Sprachgebrauches ganz ungenügend ist.“¹³⁾ — Im Zweifel muß man sich für die mindeste Abweichung von der normalen Ordnung entscheiden, so z. B. ein Minorat eher dahin auffassen, daß der nähere, als daß der entferntere Grad den Vorzug gibt. Aus diesem Gedanken und aus §. 620 rechtfertigt es sich, wenn wir die Vorschrift der

⁶⁾ Vgl. Lewis S. 381 und Kirchstetter S. 316.

⁷⁾ So das preuß. L. R. II. 4 §. 146; so Rippel S. 207 a. E., so Ellinger zu §. 622 u. A.

⁸⁾ Vgl. Wildner S. 7, 159; Gengler Deutsches Priv. R. III. Aufl. S. 664. — Z. B. sagt Stubenrauch (zu §. 622 f. Z. 2) für Juniorat „Minorat“.

⁹⁾ So — Mittermaier folgend — Stubenrauch a. a. D., ebenso Ellinger (zu §. 622), Kirchstetter S. 316; für den Fall unter Z. 1 gebraucht Kirchstetter den Ausdruck „umgekehrte Primogenitur“.

¹⁰⁾ Vgl. über sie im Allgemeinen Lewis S. 381 ff.

¹¹⁾ Dadurch erhalten wir drei Bedeutungen von „Majorat“: a) die weiteste, alle Arten des §. 619 umfassend; b) die mittlere, welche jede Ordnung bedeutet, wo zunächst der nächste Grad (im Verhältniß zu wem immer gerechnet) entscheidet; c) die engste, wo die Gradesnähe mit Rücksicht auf den Vorbesitzer entscheidet. Vgl. Rippel S. 208 f. der gegen Zeiller's Ausdruck, daß hier (§. 623), wie beim Majorat, bei gleich Nahen das höhere Alter den Ausschlag gebe, bemerkt: es liege hier ein wirkliches Majorat vor; es sei „für die Wesenheit des Majorates gleichgiltig, ob die Nähe des Grades mit Bezug auf den Fideicommiss-Stifter, oder ersten Erwerber, oder letzten Besitzer bemessen werde.“ Ihm folgt auch hierin Wildner S. 166.

¹²⁾ Zeiller S. 529.

¹³⁾ Eine in dieser Hinsicht mangelhafte Stiftungsurkunde würde wohl kaum die Bestätigung durch die gesetzgebende Gewalt erhalten (§. 627).

§§. 164, 165 des preuß. L. R. (II. 4)¹⁴⁾ auch auf das österreichische Recht anwenden.¹⁵⁾

IV. Zu §. 623. „Hierüber“ nämlich über die Frage, mit Rücksicht auf wen die Gradesnähe zu rechnen sei.¹⁶⁾ „Die Rücksicht auf den letzten Besitzer wird als entscheidend angenommen, weil auf diese Weise das Fideicommiss nicht leicht aus der Familie dessen kommt, der einmal zum Besitze gelangt ist, Jeder aber um so mehr für die Erhaltung und Verbesserung des Fideicommisses besorgt sein wird, je größer die Wahrscheinlichkeit ist, daß er seine Mühe und Sorgfalt für die Seinigen, nicht für entfernte, ihm vielleicht ganz unbekannte Verwandte verwende.“¹⁷⁾ Wäre z. B. im obigen (S. 280) Stammbaum A der Stifter, B der erste Erwerber, und es sollte sich die Nähe nach dem Stifter richten, so würde auf B keiner seiner Söhne, sondern sein überlebender Bruder C folgen, der mit dem Stifter im ersten Grade verwandt ist; nach dessen Tode kämen D, E, F, Q, R — weil alle mit dem A gleich nahe verwandt — in Frage, und wäre D von ihnen der Älteste, so käme das Fideicommiss wieder nicht an einen Sohn, sondern an einen Neffen des Vorbesitzers; nach D käme, wenn E und F versterben würden, Q an die Reihe, oder falls dieser schon tot wäre, R, also ein Vetter des Vorbesitzers, während dieser doch Söhne hinterlassen hat, u. s. w. Die gleichen Nebelstände treten ein, wo das Verhältniß zum ersten Erwerber entscheiden soll.¹⁸⁾ Das normale Majorat kommt also der Primogenitur im Erfolge näher, als diese beiden Abarten desselben; aber freilich bleibt immer der principielle Unterschied, daß das Majorat eine Gradual-, die Primogenitur eine Lineal-Folge ist, daß dort die Gradesnähe, hier die Parentelennähe entscheidet.¹⁹⁾ Bei einem neuen Fideicommiss ist freilich die Regel des §. 623 unanwendbar; aber da braucht man auch keine Regel.²⁰⁾ Vgl. übrigens noch über die Tragweite dieses Paragraphen oben Abs. II a. E.

¹⁴⁾ §. 164: „Es hängt zwar von dem Stifter ab, zu verordnen, daß nicht die erstgeborenen, sondern eine der nachgeborenen von ihm abstammenden Linien zur Succession in das Fideicommiss gelangen solle.“ §. 165: „Ist aber diese zuerst berufene Linie erloschen, und der Stifter hat auf solchen Fall wegen der Succession der übrigen Linien nicht ausdrücklich verfügt: so richtet sich die Successionsordnung dennoch nach der Erstgeburt; dergestalt, daß die jüngeren Linien immer von den älteren ausgeschlossen werden.“

¹⁵⁾ So lehrt schon Zeiller S. 530 Note, dem Rippel S. 207 und Stubenrauch a. a. D. folgen. Offenbar hat Zeiller, der sich ja bei dieser Materie stets das preuß. L. R. vor Augen hielt, eine entsprechende Bestimmung in seinen Text nur der Kürze wegen (vgl. oben bei §§. 619—621 Note 45) und in der Uebersetzung nicht aufgenommen, daß die gleiche Entscheidung schon aus allgemeinen Grundsätzen und aus §. 620 abgeleitet werden könne.

¹⁶⁾ S. die Redactionsgeschichte in Abs. I.

¹⁷⁾ Winivarter S. 135 f.

¹⁸⁾ Vgl. Wildner S. 167.

¹⁹⁾ Insofern ist Zeiller's Vergleich mit der Primogenitur (S. 530, ebenso Rippel S. 208, Stubenrauch zu §. 622 f. Z. 3) nicht genau, zumal bei dieser der nächste Verwandte (Sohn) des Vorbesitzers durch einen entfernteren (Enkel) ausgeschlossen werden kann. Vorschütter drückt denselben Gedanken Wildner S. 167 f. aus.

²⁰⁾ Sobald das Fideicommiss auch nur einen Inhaber hatte, trifft sie zu; freilich ist der „letzte Besitzer“ hier zugleich der „erste Erwerber“, er kommt aber eben nur in jener Eigenschaft in Betracht. Wo aber das Fideicommiss zum ersten Male als solches in Besitz kommen soll, wird die Urkunde den ersten Erwerber mit Namen oder anderweitig, aber doch genau bezeichnen. Wäre dies verkehrter Weise unterblieben und es handelte sich (wie fast immer) um ein Fideicommiss für die eigene Familie, dann würde das erste Mal freilich der nächste Verwandte des Stifters eintreten, bei jeder späteren Nachfolge dagegen wieder obige Regel gelten. — Dogmengeschichtliches über sie bei Cost a S. 40. Er erwähnt die Erzählung des Fusarius (qu. 484), daß 64 Doctoren das Verhältniß zum Institutenten (Stifter) für entscheidend ansahen; daß aber etwa ebensoviele Doctoren und ebenso die Rota Romana unsere Regel verteidigten. „Beide bestritten sich auf die L. 32 §. 6 D. de leg. II., Beide auf die Analogie des Lehens“ . . .

V. Zu §. 624. Wenn der Stifter über die Succession gar nichts angeordnet hat, so ist nicht etwa eine Primogenitur anzunehmen (denn §. 620 setzt voraus, daß Individual-Succession angeordnet ist), sondern es entscheiden über die Nachfolge die Grundsätze der Intestat-Erbfolge,²¹⁾ die im Unterschied von den besonderen Folgeordnungen, die bei Fideicommissen und Lehen gebräuchlich sind, auch die „gemeine“ Erbfolge genannt wird. Davon heißen solche Fideicommissen „gemeine“²²⁾ oder „Erb-Fideicommissen“.²³⁾ Wenn hier das Fideicommiss an Einen kommt, so ist das ein Zufall, aber keine Folge eines Principis, vielmehr werden alle männlichen Agnaten, die nach dem System der Intestat-Erbfolge die nächsten Erben sind, zum Genuß des Fideicommisses gelangen; es gilt hier also nicht Individual-, sondern Simultan-Succession, wenn nicht die erstere ausdrücklich vorgeschrieben ist (§. 624 a. E.).

Aus §. 624 ergeben sich zunächst folgende Rechtsätze: 1) Simultan-Succession ist nach österreichischem Fideicommiss-Recht, im Unterschied von manchen anderen Rechten,²⁴⁾ zulässig. 2) Sie findet Statt, wenn es im Stiftsbrief heißt, daß das Fideicommiss immer „dem Nächsten“²⁵⁾ aus der Familie“ zufallen solle, und wohl ebenso, wenn es kurzweg hiesse „dem Nächsten“ oder „den Nächsten“; dagegen nicht, wenn es hiesse „dem Nächsten im Grade“ od. dgl. (§§. 619, 622). Ob eine solche Unterscheidung zu billigen sei, ob in jenem Ausdruck die Anordnung des so zweckwidrigen Erb-fideicommisses hätte erblickt werden müssen, mag vorerst dahingestellt bleiben;²⁶⁾ gewiß ist es die Meinung des Gesetzes, wie auch allgemein anerkannt wird,²⁷⁾ und wird die gleiche Auslegung auch von gemeinrechtlichen Juristen vertheidigt.²⁸⁾ Während nach manchen anderen Gesetzen die Individual-Succession immer eintritt, wenn der Stifter sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen hat,²⁹⁾ verhält es sich bei uns umgekehrt. 3) Um so gewisser muß behauptet werden, daß ein Erb-fideicommiss vorliege, wenn der Stifter über die Succession gar nichts bestimmt hat.³⁰⁾ 4) Maßgebend für diese Simultan-Succession sind die Grundsätze der gesetzlichen Erbfolge (13. Haupt-

„Für den Fall, daß Descendenten des letzten Besitzers vorhanden waren, war die zweite Ansicht so ziemlich allgemein angenommen . . . ; sie wurde auch allgemein geltend, weil sie eben die richtige ist.“

²¹⁾ Dies, und daß nicht etwa die lehnrechtliche Erbfolge maßgebend sei, ist seit lange die herrschende, durch §. 624 bestätigte, Ansicht; s. Cost a §. 17, Lewis S. 358.

²²⁾ Vgl. Wildner S. 170, Roglhuber S. 35 f. §. 19.

²³⁾ Stubenrauch zu §. 624 Z. 1.

²⁴⁾ S. Lewis S. 364 Note 36.

²⁵⁾ Damit bestätigt unser Gesetz die Ansicht, daß der Gebrauch des Singulars („der Nächste“) noch keineswegs auf Anordnung einer Individual-Succession deute; siehe Lewis S. 364.

²⁶⁾ S. unten den Schluß unserer Erläuterung des §. 624. Vgl. Zeiller S. 531: „diese das Fideicommiss-Institut nicht begünstigende Vorschrift.“ — Welche große praktische Bedeutung damit dem Unterschied der Formeln „Nächster in der Familie“ und „Nächster dem Grade nach“ beigelegt wird, mag das von Winwartter S. 136 gegebene Beispiel zeigen. Concurriren der väterliche Heim des letzten Besitzers mit dem Enkel eines Bruders, so hätte hier Jener den Vorzug, weil er im dritten, Dieser im vierten Grade verwandt ist; dort dagegen würde Dieser (weil aus der zweiten Parentel) Jenem (der zur dritten Parentel gehört) vorgehen.

²⁷⁾ S. z. B. Winwartter und Stubenrauch zu diesem Paragraph.

²⁸⁾ So von Lewis a. a. D.

²⁹⁾ S. Lewis S. 364 Note 37.

³⁰⁾ S. den Anfang dieses Abs. V. — Im Westgal. G. B. war gerade an diesen Fall gedacht; s. §. 417 i. f. „endlich“ d. h. der letzte Anhaltspunkt, wenn der Stiftsbrief uns ganz im Stiche läßt (vgl. §. 417 pr.), sind die Regeln der Intestat-Erbfolge. — Freilich redet nun §. 624 von dem Falle, wo „der Nächste in der Familie“ berufen ist; aber daß er auch Anwendung findet, wo nichts über die Succession gesagt ist, daß man hierin am Westgal. G. B. nichts ändern wollte, zeigt die Redaktionsgeschichte. Dazu kommt, daß es auch im gemeinen Rechte so gehalten wurde.

stüß). — Wie aber, wenn das Fideicommiss vor der Herrschaft des jetzigen Erbfolge-Systems errichtet wurde? U. E. entscheidet die jetzige Intestat-Erbfolge,³¹⁾ was auch zu den Grundsätzen, die wir bei §. 5 a. b. G. B. über die Wirksamkeit derselben entwickelt haben,³²⁾ stimmt. Allerdings läßt sich dagegen einwenden, daß es sich hier gar nicht um die Intestat-Erbfolge als solche, sondern um eine Willensauslegung handelt; die damalige Intestat-Ordnung sei in den Willen des Stifters aufgenommen. Dagegen ist zu bedenken, daß ein Stifter, der über die Successionsordnung gar nichts anordnet, damit deutlich zu erkennen gibt, wie wenig ihm an den Einzelheiten der Erbfolge gelegen ist, wenn nur das Gut in der Familie bleibt. Unterstützend (freilich kein irgendwie durchschlagendes Argument) kommt dazu die Erwägung, daß die gegenwärtige Linealfolge mit der im Gesetze begünstigten Primogenitur-Ordnung verwandt ist.

Die Nachfolge in das Fideicommiss unterscheidet sich von der Intestat-Erbfolge durch den Ausschluß der Frauen und der Cognaten; sonst aber gelten genau dieselben Grundsätze. Es ist daher eine falsche, dem klaren Wortlaut des §. 624, sowie der Geschichte der Erbfolge widersprechende,³³⁾ den principiellen Unterschied zwischen Lineal- und Gradual-Folge verkennende Behauptung Rippel's,³⁴⁾ „daß nur Verwandte gleichen Grades bei der Nachfolge concurriren, und ein Repräsentationsrecht hier nicht Statt findet; so z. B. würden wohl zwei Brüder den Genuß des Fideicommisses mit einander zu theilen haben, nicht aber auch der Bruder mit den Descendenten seines verstorbenen Bruders.“ Es ist auffallend, daß ein so unentschuldigbarer Rechtsirrtum von so Vielen angenommen werden konnte!³⁵⁾ Daß hier nichts auf Grades- (Verwandtschafts-) Nähe ankommt, sondern Alles nur auf Parentelen- (Erb-) Nähe ankommt, sagt das Gesetz so deutlich als möglich.³⁶⁾ — Ebenso selbstverständlich ist es, daß auch die Art der Theilung (ob per capita, ob per stirpes) sich ganz nach den Regeln des 13. Hauptstückes richtet.³⁷⁾

Schwieriger ist die Frage, was zu geschehen hat, wenn im Falle des §. 624 der Erblasser Individual-Succession angeordnet hat. U. E. liegt dann eine ganz regelrechte Primogenitur vor; denn diese Folge-Ordnung unterscheidet sich von unserer Lineal-Folge des 13. Hauptstückes a) durch die Einschränkung auf die männlichen Agnaten, b) durch den Ausschluß der Simultan-Succession. Wenn nun §. 624 uns auf die Erbfolge des 13. Hauptstückes verweist, dabei aber selbst den ersten Unterschied (a) macht, wenn dann noch der Stifter die zweite Abweichung (b) einführt, so ergibt sich obiger Schluß von selbst, der überdies noch durch §. 620 bekräftigt wird.³⁸⁾

³¹⁾ Im Endergebnis stimmt überein Wildner S. 42 ff., 170.

³²⁾ S. Commentar Band I S. 164.

³³⁾ S. Lewis S. 360 f.

³⁴⁾ IV. Band S. 209.

³⁵⁾ Nicht nur zeigt sich auch hier Wildner (S. 171 ff.) von Rippel, Span (I S. 53 f.) von Wildner abhängig, sondern auch noch Kirchstetter (2. Aufl. S. 316, 3. Aufl. S. 331) und Ellinger (7. Aufl. S. 293) wiederholen diese falsche Ansicht — Die richtige wird verteidigt von Winwartter S. 137, von Grebler in seiner Recension des Wildner'schen Buches in der Ztschrift. f. österreich. Rechtsgel. 1835 III S. 367 ff., von Stubenrauch zu §. 624 Z. 1.

³⁶⁾ „Derjenige, welcher nach der gemeinen gesetzlichen Erbfolge der nächste ist“ (§. 624); bekanntlich ist für diese Erbfolge die Gradesnähe durchaus gleichgültig. Gegenüber einem so klaren Gesetzestext können die Einstreuungen Wildner's (S. 171 bis 173) nur Unwillen erregen.

³⁷⁾ Falsch Span I S. 54; richtig Wildner S. 170 f.: aber wie inconsequent ist es, die Theilung per stirpes zu verteidigen und das (fälschlich) sogen. Repräsentationsrecht zu läugnen! —

³⁸⁾ Anderer Meinung ist Rippel S. 210, Winwartter S. 137, Stubenrauch zu §. 624 Z. 2, nämlich: es solle hier „nach Analogie des §. 623“ (Rippel) oder „nach

Daß die mehreren gleich Nahen keine Realtheilung vornehmen dürfen,³⁹⁾ ergibt sich schon aus der Natur der Fideicommiß-Stiftung, die ja das Vermögen bindet (vinculirt) und zu einer Einheit macht (verbindet); es können also nicht aus einem Fideicommiß viele gemacht werden. Es ergibt sich auch aus der rechtlichen Stellung der Inhaber; denn sind sie auch mehr als Nutznießer (§. 629), so sind sie doch nicht freie Eigentümer, und eine solche Theilung können sie so wenig vornehmen, als Mit-Nutznießer. Endlich wird es bestätigt durch den Wortlaut des Gesetzes: „wird . . . der Genuß des Fideicommisses getheilt.“ Und dieses muß nicht nur bei Real-, sondern auch bei Geld-Fideicommissen gelten. Um so drückender freilich, und zwar mit jeder folgenden Generation immer mehr, muß dann diese *communio* empfunden werden. Und da ein solches Fideicommiß auch schlecht geeignet ist, den Glanz der Familie zu wahren, so wird es gewiß auch nur selten vorkommen.⁴⁰⁾ Dazu gesellt sich eine theoretische Unzufömmlichkeit.⁴¹⁾ An sich ist schon der Gedanke einer *successio ex pacto et providentia maiorum* verdunkelt, wo die Folge-Ordnung gar nicht bestimmt, sondern dem jeweiligen Intestat-System überlassen ist. Nehmen wir nun an, das Erb-fideicommiß ist im Mitgenuß dreier Brüder; Einer stirbt, zwei Söhne hinterlassend. Treten diese an seine Stelle? Verneint man dies, so ist es der grellste Widerspruch damit, daß, wenn dieser Bruder den früheren Nachfolgefalle nicht erlebt hätte, seine Söhne nach unserem Erbsystem mit ihren Oheimen geerbt hätten. Man muß also jene Frage bejahen. Dann haben wir aber ein Resultat, als ob wirklich aus einem Fideicommiß drei gesonderte gebildet wären; während doch das Fideicommiß eins und untheilbar und vorausgesetzter Maßen nicht erledigt, sondern im Genuße zweier Mitinhaber (der überlebenden Brüder) ist. Ferner ist es so, als ob der einzelne Inhaber hier in seinem Nuz eigenthum beerbt würde, während nach dem Gedanken der *successio ex pacto et providentia maiorum* jeder Nachfolger nicht den Vormann, sondern den Stifter beerbt. So erscheint das Erb-fideicommiß in theoretischer, wie in praktischer Hinsicht als ein Mißgebilde, und die in §. 624 aufgestellte Auslegungsregel als nicht löblich.⁴²⁾

§. 625. *)

Hat Jemand**) nebst dem Fideicommiss für die erstgeborne Linie ein zweytes, oder mehrere Fideicommiss für die nachgeborenen Linien errichtet; so gelangt der Besitzer des

Analogie der sonst in den Fideicommissen geltenden Erbfolge“ (Winwartter) der dem Grade nach Nähere, und unter gleich Nahen der Aeltere den Vorzug haben. — Aber es gibt eben keine Analogie zwischen Paragraphen, von denen der eine Gradualfolge, der andere Linealfolge voraussetzt. — Die unklare Aeußerung Zeiller's (S. 531), man müsse sich hier „in der Auslegung der Primogenitur nähern (§. 620)“ spricht gewiß eher für unsere (wohl auch von Ellinger getheilte) Ansicht, als für die gegnerische.

³⁹⁾ Vgl. über diese Frage Lewis S. 361 ff.

⁴⁰⁾ S. Boglhuber S. 35 f. (§. 19).

⁴¹⁾ Den folgenden Punkt finden wir nirgends beachtet.

⁴²⁾ S. oben Note 26. — Boglhuber S. 36: „in zweifelhaften Fällen dürfte“ nach der Geschichte und dem Zwecke der Fideicommiss „wohl nicht leicht auf die simultaneische Succession . . . gerichtlich erkannt werden.“

*) Literatur: Wildner Fideicommiß-Recht (1835) S. 161—165 (verfehlt); Jos. Wessely Ueber die Nachfolge in eine erledigte Primo-, Secundo- oder Tertio-genitur u. s. w. bei Fideicommissen, in seiner „Themis“ 3. Heft (1837) S. 51—82; Gspan (1842) Abhdlg. üb. d. Fideicommiss S. 88—108 (§§. 95—112) (vielfach unrichtig); Wessely Würdigung einiger von Gspan aufgestellten Ansichten über die Nachfolge in Primo-, Secundo-, Tertio-genituren u. s. w. nach §. 625 des allg. bgl. G. B., in der „Themis“ Neue Folge, 7. Heft (1843) S. 39—56 (wir citiren diese beiden sehr verdienstlichen Aufsätze mit „Wessely I“ und „Wessely II“). Aus den Commentatoren sind hier hervorzuheben Zeiller und Stubenrauch. — Ueber das gemeine Recht: Lewis S. 384—393.

**) J. G. S.: jemand.

ersten Fideicommisses und dessen Nachkommenschaft erst dann zum Besitze eines andern Fideicommisses, wenn in den übrigen Linien keine zu dem Fideicommissе berufenen Nachkömmlinge vorhanden sind, und die Fideicommissе bleiben nur so lange in einer Person vereinigt, bis wieder zwey oder mehrere Linien entstehen.

I. Redaction. Dieser Paragraph fehlte noch im Westgal. G. B., und aus den Protokollen erfahren wir nur, daß er bei der Revision (Sitzung vom 27. Aug. 1807) auf Antrag Zeiller's „in Rücksicht der nicht ganz seltenen Secundo- und Tertio-Genituren“ aufgenommen wurde. Und doch ist selbst dies Wenige nicht ganz werthlos; wir sehen daraus, daß der §. 625 Zeiller zum Urheber hat und werden also hier auf seinen Commentar um so mehr Rücksicht nehmen müssen, je mehr uns die Protokolle im Stiche lassen.

II. Daß in einer Familie mehrere Fideicommissе bestehen, begründet an sich noch nicht den Begriff von Primo-, Secundo-, Tertio . . . -Genituren; dazu gehört, daß zwischen den mehreren Fideicommissen ein gewisser rechtlicher Zusammenhang obwalte. Gewiß aber ist dieser durch das bloße Nebeneinanderbestehen noch nicht gegeben, wenn er nicht durch willkürliche Gesetzbestimmungen, deren wir hier nicht haben, künstlich hergestellt wird. Daß solche Fideicommissе jeden Zusammenhanges entbehren können, gleich als bestünden sie in fremden Familien (und wie dehnbar und relativ ist der Begriff „Familie“!), leuchtet sofort ein, wenn man sich recht entfernt verwandte Träger desselben Namens als erste Erwerber denkt. Aber derselbe Fall kann auch bei Brüdern vorkommen, ja ein und derselbe Mensch kann Inhaber verschiedener Fideicommissgüter sein, die einander nichts angehen; er kommt z. B. zum Genusse eines längst von einem seiner Ahnen gestifteten Majorates, während ein kinderloser Gönner ein neues Fideicommiss zu seinem und seiner Nachkommen Gunsten stiftete. — Ob ein Zusammenhang Statt hat oder nicht, ist eine quaestio voluntatis, deren Beantwortung kaum je Schwierigkeiten machen wird, da der Stiftbrief, sei es durch Gebrauch der Bezeichnung „Secundo-, Tertio-Genitur“, sei es durch Vorschriften über die Schicksale des Fideicommisses beim Erlöschen der Linie, den Zusammenhang, wo er beabsichtigt ist, andeuten wird. Unrichtig ist es,¹⁾ die mehreren Fideicommissе in einer Familie verschieden zu behandeln, je nachdem sie von demselben Stifter herrühren, oder von mehreren.²⁾ Derselbe Stifter kann zwei ganz gesonderte Fideicommissе anordnen (dies ist freilich unwahrscheinlich), und anderentheils (und dies ist weder auffallend, noch sehr selten) kann die Secundogenitur von einem anderen (vielleicht viel späteren) Stifter herrühren, als das erste Fideicommiss.³⁾ Wer ein Fideicommiss im Hinblick auf ein anderes stiftet, also in der Absicht, daß in derselben Familie mehrere Fideicommissе bestehen, gründet eine Secundo- (Tertio-) Genitur. Der Zweck ist, daß Namen und Ansehen der Familie um so sicherer gewahrt würden.⁴⁾ In der Regel wird die sogen. Primogenitur

¹⁾ S. auch Lewis S. 392.

²⁾ Diesen Mißgriff begingen die Redactoren des preuß. L. R.; s. a. a. D. S. 166 ff. und §. 179 ff. Zeiller hat ihn mit Vorbedacht vermieden, s. seinen Commentar II die Note auf S. 533 und den Text dazu. Nur kann man ihm nicht beistimmen, wenn er die Negation dieser Unterscheidung damit ausgedrückt zu haben glaubt, daß er „im Eingang des Paragraphs“ den „allgemeinen Ausdruck Jemand“ setzte; vielmehr ist §. 625 so stylisiert, als ob derselbe „Jemand“ die Primo- und die Secundo-Genitur gestiftet hätte. — Rippel, dessen Erläuterung des §. 625 abwechselnd aus Zeiller's Commentar und aus dem (nicht citirten) preuß. L. R. (u. zw. zumeist wörtlich) ausgeschrieben ist, hat erst die Negation jenes Unterschiedes sammt der wunderlichen Bemerkung über das Wort „Jemand“ aus Zeiller, und dann den §. 175 aus dem preuß. L. R. ausgeschrieben, wo doch der negirte Unterschied vorausgesetzt und betont ist! —

³⁾ Der Umstand, daß die mehreren Fideicommissе von Demselben gestiftet sind, spricht für einen beabsichtigten rechtlichen Zusammenhang, aber die Mehrheit der Stifter spricht nicht gegen denselben: schließlich bleibt alles quaestio facti.

⁴⁾ Zeiller S. 532 Z. 1, Lewis S. 384.

reicher ausgestattet, gleichsam das Hauptfideicommiß sein, die anderen die Nebenfideicommiße, welche den Zweck des ersten noch vollständiger zu erfüllen dienen sollen. Der Zusammenhang besteht in diesem gemeinschaftlichen Zweck und darin, daß die rechtlichen Schicksale der beiden Fideicommiße von einander abhängig sind. Aber andererseits äußert sich ihre rechtliche Beziehung auch als eine Abstosung; sie sollen in derselben Familie, aber wo möglich nicht in derselben Linie und noch weniger in einer Hand bleiben; denn sonst würde von vornherein nur ein noch reicheres Fideicommiß gestiftet, bez. von dem späteren Stifter das ursprüngliche Fideicommiß nur vergrößert worden sein.⁵⁾

III. Die Primogenitur in Vegensetzung zur Secundo-, Tertio-genitur ist ein Begriff, der zwar mit demselben Worte wie der des §. 619 belegt, aber von diesem ganz unabhängig ist. Die Primogenitur in dem uns hier beschäftigenden Sinne kann sehr wohl ein Majorat, Minorat, Seniorat . . . sein. Ferner kann in der Secundogenitur eine ganz andere Folgeordnung gelten, als in der Primogenitur, in der Tertio-genitur wieder eine andere.⁶⁾ Lewis freilich behauptet, die Ordnung müßte in allen diesen Fideicommißen dieselbe und zwar die nach der Erstgeburt sein, aber ohne genügende Gründe.⁷⁾ Wir müssen also die Grundsätze, nach denen innerhalb einer Linie das Fideicommiß vererbt wird, unterscheiden von den Grundsätzen, nach denen ein Fideicommiß bei Erlöschen der Linie, der es zunächst zugebach war, an andere Linien kommt. Wenn der Stiftbrief selbst darüber eine Vorschrift enthält, so hat es dabei sein Bewenden. Wo sie aber fehlt, muß die Wissenschaft nachhelfen. — Wessely geht bei seiner Darstellung, der das Lob der Consequenz und Klarheit gebührt, von diesem Grundgedanken aus (I S. 63 ff., II S. 45 ff.): Durch das Aussterben der ersten Linie wird die zweite vor ersten, die dritte zur zweiten u. s. w.; ebenso durch das Aussterben der zweiten rückt die dritte auf u. s. w. Diese Ausdrucksweise ist mit Recht von Gspan beanstandet worden (ohne daß hiemit dessen eigene Darstellung gebilligt werden sollte!); man kann nur sagen: die zweite Linie ist jetzt die älteste u. s. w. Jedenfalls darf man auf jene Ausdrucksweise nicht Entscheidungen gründen. Daraus, daß die dritte, nie aber die erste Linie zur zweiten werden könne, leitet es Wessely ab, daß die erledigte Secundogenitur an die dritte und nicht an die erste Linie falle; wir billigen die gleiche Entscheidung nur darum und nur soweit, als durch das Abgeben an jüngere Linien möglichst viele Linien ausgestattet, Cumulirungen von Fideicommißen in

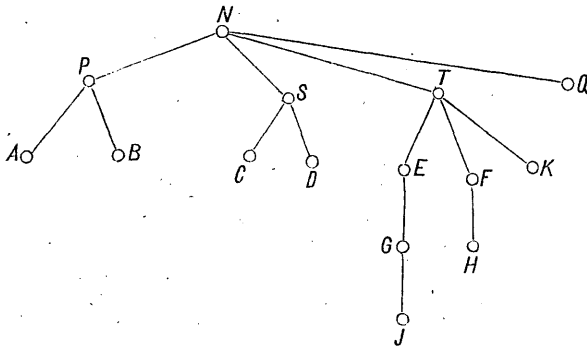
⁵⁾ Vgl. Zeiller a. a. D. 3. 2, Lewis S. 385.

⁶⁾ Ebenso Stubenrauch zu §. 625 Z. 1; Wessely I S. 62, 79 f.

⁷⁾ S. 384: „Die Secundogenitur ist nichts anderes, als eine zweite für dieselbe Familie . . . errichete Primogenitur.“ S. 389: „Die Secundogenitur kann ihrem Wesen nach sich nur in einer Familie finden, für welche ein Fideicommiß, das nach den Grundsätzen der Primogenitur vererbt ist, besteht, nicht aber in einer solchen, für welche . . . (ein Majorat, Seniorat) . . . gegründet ist; denn in diesem Fall läßt sich in der Fideicommiß-Familie mit Rücksicht auf die Succession nicht von verschiedenen Linien reden.“ Warum sollte nicht Jemand für jeden seiner drei Söhne ein Majorat errichten? Die Descendenz jedes dieser Söhne ist doch wohl eine Linie! In solchem Falle, behauptet Lewis weiter, „stehen in Ermangelung besonderer Anordnungen des Stifters diese Fideicommiße in gar keiner Verbindung . . .; denn die Agnaten des ersten Besitzers sind nach der von mir vertretenen Ansicht niemals als ipso iure in der Fideicommiß-Stiftung begriffen anzusehen.“ Hier sind offenbar „Agnaten“ im Unterschied von „Descendenz“ gemeint; nun, und wenn ein nach Erstgeburt vererbtes Fideicommiß (Secundogenitur) an eine andere Linie fällt, ist diese vielleicht „Descendenz“ des ersten Besitzers des nun angefallenen Fideicommißes? Wir können in seinen Ausführungen (auf S. 389, 390), die hier ganz wiederzugeben zu weilläufig wäre, nur willkürliche Behauptungen erblicken. — Thatsächlich freilich mag die von Lewis vorausgesetzte Ordnung die häufigste sein; hiefür sprechen die Äußerungen von Kreittmayr (bei Lewis S. 385 N. 97), von Boglhuber S. 27 f. §. 10, von Zeiller S. 534 Z. 5; und es ist wohl auch §. 625 zunächst nur mit Rücksicht auf diesen Fall textirt.

einer Linie möglichst vermieden werden. Doch Wessely bringt noch ein viel schwerer wiegendes Argument für seine Ansicht bei: nämlich die Analogie der Vererbung des Primogenitur-Fideicommisses (im Sinne des §. 619) auf die jüngeren Linien. Dagegen ist aber zu bedenken, daß in diesem Falle nur ein ungetheiltes Fideicommiss vorliegt, in dem uns beschäftigenden dagegen eine Mehrheit von Fideicommissen, deren jedes für eine bestimmte Linie gestiftet ist; dadurch erscheinen aber auch die mehreren Linien als relativ selbständige Familien. Gewiß ist Wessely's Analogie de lege ferenda beachtenswerth, aber sie ist nicht de lege lata zwingend.^{7a)} Dennoch möchten wir sie acceptiren, wenn uns nicht historische Bedenken (s. Note 16) davon abhalten würden. Für uns werden zwei Gedanken die leitenden sein: 1) die Fideicommissen sollen nur im Nothfalle in dieselbe Linie oder Hand kommen (s. Abs. II a. E.); 2) die ältere Linie hat den Vorzug vor der jüngeren. Wo diese Gedanken collidiren, gibt der erste den Ausschlag. Es muß nun aber in die schwierige und bestrittene Casuistik eingegangen werden.

IV. Uebergang auf andere Linien. 1) Jemand (N) hat vier Söhne



(P, S, T, Q) und errichtet eine Primo- und eine Secundo-Genitur. Ersieht später die zweite Linie, so fällt die Secundogenitur nicht an die Nachkommenschaft des ersten, sondern an die des dritten Sohnes (T); nach dieser käme sie an die vierte, und erst, „wenn in den übrigen Linien keine zu dem Fideicommiss be-

rufenen (d. h. successionsfähigen) Nachkömmlinge vorhanden sind“ (§. 625), an die erste Linie.⁸⁾ 2) Würde die Primogenitur erledigt, so lassen sich beide leitende Gedanken dadurch in Einklang bringen, daß der zweiten Linie vor der dritten der Anspruch darauf eingeräumt wird; doch muß sie, wenn sie davon Gebrauch machen will, ihr eigenes Fideicommiss an die dritte Linie abtreten;⁹⁾

^{7a)} Ja Lewis, von dem man am meisten eine Uebereinstimmung mit Wessely erwarten dürfte (s. Note 7), erklärt den §. 176 preuß. L. R. auch an sich und für's gemeine Recht als richtig.

⁸⁾ Dem Wortlaut und Geist des §. 625 widerspricht Wildner's Behauptung (S. 162 f.), daß wenn A im Besitze des Hauptfideicommisses ist, die erledigte Secundogenitur an B falle; wenn dagegen noch P am Leben wäre, an T! Diese (auch praktisch betrachtet, absurde) Meinung deutet das Wort „Besitzer“ auf den im Augenblick der Erledigung der Secundogenitur lebenden Inhaber der Primogenitur; nur er und seine Nachkommenschaft, aber nicht sein Bruder, seien ausgeschlossen. Und doch ist jedem Unbefangenen klar, daß die Worte des §. 625 „der Besitzer des ersten Fideicommisses und dessen Nachkommenschaft“ so viel heißen als „die erste Linie“ (vgl. §. 166 preuß. L. R. II. 4: „die Descendenten des Stifters aus der ersten Linie“). Gegen Wildner s. Wessely I S. 52 ff., 66 f.; Stubenrauch 3. 2 b.

⁹⁾ Gspan I §§. 103, 104 läugnet dies und behauptet, daß die erledigte Primogenitur an „die nächste noch mit keinem Fideicommiss betheiligte Linie“, also hier an die dritte komme. Dagegen und für obige Entscheidung spricht der Vorzug der zweiten vor der dritten Linie, und Zeiller's Autorität. Er sagt (S. 533 3. 3): „... wenn die erste Linie erlösche, könnte zwar der zweiten Linie das ihr von dem Stifter der Primogenitur gegründete Recht auf das Fideicommiss nicht benommen werden; allein sie dürfte von dem Rechte insolange keinen Gebrauch machen, bis sie das zweite Fideicommiss aufgegeben hat.“

widrigens die Primogenitur an die dritte Linie käme. Von wem aber hängt die Entscheidung darüber ab? Wildner (S. 164) sagt: die erledigte „Primogenitur fällt an den Besitzer der Secundogenitur. . . . Dieser muß aber . . . die Secundogenitur aufgeben; . . . sie fällt an die nächste Linie“ . . .¹⁰⁾ Wessely¹¹⁾ und Stubenrauch (Z. 2 a) lassen ihm die Wahl (vgl. §. 178 preuß. L. R. II. 4); er könne „nicht gezwungen werden, weil überhaupt Niemand gehalten ist, ein ihm angefallenes Recht anzunehmen“.¹²⁾ Damit ist ihm aber freigestellt, große Interessen seiner Linie preiszugeben, während er doch selbst zu einem Feldvertausch die Genehmigung des Gerichtes braucht (§§. 633, 634)! Man muß also sagen: wählt er die Primogenitur, so kann ihm dies Niemand wehren; das Aufgeben der Secundogenitur ist dann blos die nothwendige Consequenz (§. 625); will er aber die Primogenitur ausschlagen, so sind die in §. 634 vorgeschriebenen Cautele zu beobachten. Auch Wessely beschränkt hinterdrein (in der Note auf S. 70) die freie Wahl durch §. 634, aber gerade für den umgekehrten Fall. Für unsere Ansicht spricht auch die praktische Erwägung, daß die Primogenitur in der Regel viel werthvoller ist, als die Secundogenitur; daß sohin der zweite, nicht auch der erste, Entschluß auffallend und die Interessen der engeren Familie (der zweiten Linie) gefährdend erscheint.¹³⁾ 3) Wäre auch noch ein drittes Fideicommiß in der Linie T vorhanden, so käme die Secundogenitur beim Erlöschen der zweiten Linie an die dritte, wenn diese ihre Tertioogenitur an die Linie Q abtritt. 4) Wäre aber keine unausgestattete Linie vorhanden, so käme die erledigte Tertioogenitur an die erste Linie.¹⁴⁾ Wie aber, wenn die Secundogenitur (und nicht die Tertioogenitur) in Erledigung käme? Manche Juristen¹⁵⁾ behaupten da, die Secundogenitur falle an die dritte Linie, welche ihr Fideicommiß (die Tertioogenitur) an die erste Linie abzutreten habe. Es scheint dies die Consequenz der beiden früheren Entscheidungen zu sein. Aber es ist doch nur Schein. Der Uebergang auf jüngere Linien beruht auf dem Gedanken, daß möglichst viele Linien ausgestattet sein sollen, hat also volle Berechtigung, wo die jüngere Linie bisher leer ausging; daß man aber das erste Fideicommiß an die zweite ausgestattete Linie und nicht an die dritte unverfögte Linie kommen läßt, beruht wieder darauf, daß einerseits die zweite Linie nicht zwei Fideicommissse cumuliren darf, und mithin die dritte Linie durch Abtretung der Secundogenitur versorgt wird; und daß andererseits die zweite den Vorzug vor der dritten hat, also in das werthvollere Fideicommiß aufrücken soll; aus demselben Grunde rechtfertigt sich die Entscheidung unter 3. Wenn aber alle vorhandenen Linien ausgestattet sind, so treffen diese Erwägungen nicht

Vgl. auch §. 167 preuß. L. R. II. 4: „Geht die zweite männliche Linie aus; oder gelangt dieselbe durch Erlöschung der ältern zur Succession in dem ersten Fideicommissse, so verfällt das zweite an die von dem dritten Sohne des Stiffters abstammende Linie.“ Besonders einleuchtend ist dies dort, wo die Folgeordnung in den einzelnen Fideicommissen eine „Primogenitur“ im Sinne des §. 619 ist. — S. gegen Span Wessely I S. 61, 71 f., II S. 44—50. Vgl. auch Winwartner S. 138, Stubenrauch Z. 2 a.

¹⁰⁾ Wildner's weitere Behauptung, daß die Secundogenitur zunächst an eine Seitenlinie derselben Linie, und erst in deren Ermangelung an die dritte komme (daß also z. B. C die Primogenitur, D die Secundogenitur bekäme) ist ebenso und aus demselben Grunde unrichtig, wie die in Note 8 referirte; s. gegen sie Wessely I S. 61; Stubenrauch S. 406 Note ** (2. Aufl. S. 825 R. 2).

¹¹⁾ Wessely I S. 61, 69—72; vgl. II S. 52 f.

¹²⁾ Stubenrauch a. a. O. — Daß dieser Satz, in solcher Allgemeinheit, falsch ist, bedarf kaum eines Beweises, während Wessely I S. 69 meint, ein Beweis für seine Richtigkeit sei überflüssig.

¹³⁾ Auch paßt dazu die in Note 9 cit. Aeußerung Zeiller's.

¹⁴⁾ S. Wessely I S. 68.

¹⁵⁾ So bes. Wessely I S. 68—71, II S. 50, dem Stubenrauch (Z. 2 e) folgt.

zu. Wird nun z. B. von drei Fideicommissen das mittlere erbedigt, so hat die erste Linie den Vorzug vor der dritten. Es fällt also die Secundogenitur an die erste Linie.¹⁶⁾ Wenn unter derselben Voraussetzung die Primogenitur erbedigt würde, so käme sie an die zweite Linie, ohne daß diese ihr eigenes Fideicommiss aufzugeben brauchte.¹⁷⁾

V. Bestimmung des ersten Erwerbers bei diesem Uebergang.¹⁸⁾

1) Wenn das erbedigte Fideicommiss an eine jüngere und bisher unausgestattete Linie kommt, so bestimmt sich die Person des ersten Erwerbers nach der Successionsart, welche in der erloschenen Linie gegolten hat. Es ist dabei gleichgültig, ob man sagt: „Denken wir uns die beiden Linien als eine (nämlich die des gemeinschaftlichen Stammvaters)“, oder: „denken wir uns, das Fideicommiss wäre von Anfang an in der jüngeren Linie gewesen.“ Wäre die Secundogenitur durch den Tod des D erbedigt, so käme sie an die Linie des T, von der wir voraussetzen, daß sie bisher kein Fideicommiss hatte. Nehmen wir an, es seien hier nur K, H, J am Leben und zwar sei E vor T gestorben, F dagegen hätte diesen überlebt. Gilt in dem erbedigten Fideicommiss das Recht der Erstgeburt, so kommt es an J, ist es ein Majorat an H, ist es ein Seniorat an K. 2) Ist die jüngere Linie bereits ausgestattet, steht hinter ihr aber noch eine unausgestattete, so bekommt der bisherige Fideicommiss-Inhaber das neu angefallene Fideicommiss, und gibt das seine an die nächste unausgestattete Linie, wobei die eben entwickelten Grundsätze gelten. 3) Der Fall, daß das erbedigte Fideicommiss an eine jüngere ausgestattete Linie fällt, hinter der keine unausgestattete stünde, tritt nach unserer Ansicht (s. Note 16) nur ein, wenn keine ältere mehr vorhanden ist,^{18a)} oder der Stifter solches ausdrücklich anordnete. Hätte dabei der Stifter zugleich befohlen, daß die jüngere Linie ihr ursprüngliches Fideicommiss an eine ältere Linie abzugeben habe, so böte dieser Fall wieder keine Schwierigkeit. 4) Sollten dagegen beide Fideicommiss in derselben (Haupt-

¹⁶⁾ Uns bestimmt zu dieser Entscheidung auch der Umstand, daß das preuß. L. R., das doch hier zum Vorbild diente und deshalb, wo uns das eigene Gesetz ganz im Stiche läßt, Berücksichtigung verdient, dieselbe Entscheidung gibt. §. 176: „Hat der Stifter jeder von ihm abstammenden Linie ein Fideicommiss hinterlassen: so gelangt, wenn eine dieser Linien erlöschet, das für sie gestiftete Fideicommiss an die erstgeborene, oder, wenn auch diese schon erloschen ist, an diejenige Linie, die sich nach ihr der Erstgeburt am nächsten zieht.“ Dazu kommt, daß auch Zeiller S. 534 Z. 5 diesen §. 176 in gleicher Weise für unser Recht verwerthet. (Dies übersehen unbegreiflicher Weise Wessely II S. 50, welcher Zeiller für sich citirt „S. 533 unter c“ — gemeint ist die nicht hergehörige Neußerung auf S. 533 unter 3 — und eine Verschiedenheit zwischen Zeiller's und Nippel's Meinung annimmt, wobei er wieder übersehen, daß die angezogene Stelle aus Nippel der ausgeschriebene, aber nicht citirte, §. 176 cit. ist, auf den sich Zeiller ausdrücklich beruft!) — Dieselbe Entscheidung, aber mit anderer Begründung, gibt Span I S. 102 bis 105. — Wir gestehen aber zu, daß auch die hier abgelehnte Ansicht etwas für sich hat. Man könnte sagen: der Vorzug der ersten vor der dritten sei auch dann anerkannt, wenn die dritte Linie ihr Fideicommiss an die erste abgibt und dafür die Secundogenitur übernimmt; denn die dritte Linie hätte auch nun bloß ein Fideicommiss, die erste zwei. Ferner, wenn das zweite Fideicommiss werthvoller ist, als das dritte, spreche die Billigkeit für die Entscheidung Wessely's, indem nun die Lage beider Linien aufgebeßert würde. (Wessely selbst begründet seine Entscheidung anders; er leitet sie, u. zw. ganz folgerichtig, aus seiner oben mitgetheilten Grundauffassung ab.) Wir wollen also jene Entscheidung nicht allzu apodiktisch hinstellen, müssen aber die Verantwortung für diese Unsicherheit dem Gesetz, das auf alle diese Fragen keine Antwort gibt, zuschieben.

¹⁷⁾ Ebenso Span I S. 100. Es ist eine Consequenz der eben (Note 15, 16) dargelegten Ansicht Wessely's, daß er (I S. 71 f.) die Primogenitur zwar der zweiten Linie zuspricht, aber diese zur Abtretung der Secundogenitur an die dritte Linie verhalten will, die hinwieder ihre Tertogenitur der zweiten, nunmehr ältesten, Linie abtreten soll.

¹⁸⁾ Vgl. die abweichende Darstellung Wessely's I S. 72 f.

^{18a)} So verhielt es sich in dem Falle, der im „Jurist“ Bd II S. 420—432 und Bd. IV S. 203—206 behandelt ist.

Linie bleiben (gleichviel, ob sie nun eine jüngere, oder — was das häufigere sein wird — eine ältere ist) und hätte in dem erledigten Fideicommiß das Recht der Erstgeburt gegolten (gewiß weitaus der häufigste Fall), so käme es nicht an den Inhaber oder dessen Descendenz (s. §. 625), sondern an dessen ältesten Bruder^{18b)} oder dessen Descendenz, in Ermangelung einer solchen Linie an die des ältesten Vaterbruders u. s. w.¹⁹⁾ Beim Majorat kommt es an denjenigen Verwandten, der dem Verstorbenen dem Grade nach der nächste ist, unter gleich Nahen an den Ältesten. Ist aber dieser schon im Besitze des anderen Fideicommisses, das zu behalten er vorzieht,^{19a)} dann fällt jenes an den außer Diesem Nächstberechtigten. Das Seniorat fällt an den Ältesten der neuerwerbenden Linie, in dem eben erwähnten Fall aber an den Zweitältesten.

VI. Wenn die Vereinigung zweier Fideicommisses in einer Person unvermeidlich ist, so soll sie doch nicht länger, als nöthig dauern. Zwei Erstgeburt-Fideicommisses kämen sofort nach dem Tode jener Person an die beiden ältesten Söhne; natürlich das Hauptfideicommiß an den Ältesten, das Nebenfideicommiß (gleichviel ob Secundo- oder Tertio-Genitur)²⁰⁾ an den zweiten. Wie aber, wenn der Inhaber des ursprünglich dieser Linie angehörigen Fideicommisses schon zur Zeit des Anfalles mehrere Söhne hat? Dann behaupten Voglhuber,²¹⁾ Zeiller,²²⁾ Gspan,²³⁾ Basevi (zu §. 625 Z. 2), daß das Nebenfideicommiß sofort dem zweiten Sohne gebühre, während die herrschende Meinung²⁴⁾ unter den österreichischen Juristen dahin geht, daß dies erst beim Tode des Vaters, der bis dahin beide Fideicommisses vereinige, der Fall sei. Und dieser Ansicht schließen auch wir uns an, so hoch wir sonst die Autorität Zeiller's hinsichtlich des §. 625 anschlagen, so sehr seine Entscheidung dem an die Spitze gestellten leitenden Gedanken entspricht (s. Abs. III a. E.) und so schwach manche Gründe seiner Gegner sind.²⁵⁾ So wenig Gewißheit das vieldeutige Wort „Linie“

^{18b)} So wurde entschieden in dem eben erwähnten Falle.

¹⁹⁾ Vgl. preuß. L. R. II. 4 §. 170: „... das zweite Fideicommiß fällt an denjenigen Akt, welcher nicht im Besitze des ersten, jedoch zur Succession in selbiges, nach den Grundsätzen der Primogenitur, am nächsten ist.“

^{19a)} Vgl. §. 178 preuß. L. R. II. 4: „In allen Fällen, da ein Mitglied der Familie ein nach der Successionsordnung auf ihn verfalltes Fideicommiß bloß um deswillen nicht erlangen kann, weil er sich schon im Besitze eines anderen befindet, hat derselbe die Wahl: ob er das neu auf ihn verfallte Fideicommiß übernehmen, und dagegen das bisher besessene abgeben wolle.“

²⁰⁾ Die richtige Entscheidung, aber erst nach Beseitigung müßiger Bedenken und selbstgeschaffener Schwierigkeiten, bei Wessely I S. 76 ff.

²¹⁾ S. 30 §. 13; er beruft sich auf seine Erfahrung hinsichtlich der Stiftsbriefe. — In dem im „Jurist“ II. Bd. S. 420 ff. mitgetheilten Falle hieß es dagegen ausdrücklich, es sollten „sofern endlich beide Fideicommiß auf Einen von meinen Descendenten zusammen kommen würden, und dieser mehrere Söhne hinterlassen würde, nach dessen Absterben sothane Fideicommiß abermalen auf seine zwei überlebende ältere Söhne vertheilt . . .“ werden.

²²⁾ S. 533 f. Z. 4 und Note. Er beruft sich theils auf die von Voglhuber bezeugte Praxis, theils auf §. 625, behauptend, daß hier schon mehrere Nebenäste bestehen.

²³⁾ I S. 91 ff. Er führt die eben erwähnte Behauptung breit aus.

²⁴⁾ Rippel IV S. 211 Z. 4, Wildner S. 164 f., Winwarter S. 139, Wessely I S. 74 ff., II S. 39 ff., Stubenrauch zu §. 625 Z. 2 c, Ellinger zu I. 625 (7. Aufl. S. 294), Kirchstetter 2. Aufl. S. 317.

²⁵⁾ So soll es eine „Inconsequenz“ sein (Winwarter a. a. D.) oder gar eine „Ungereimtheit“ (Wessely II S. 44), daß der zweite Sohn vor dem ersten zum Besitze eines Fideicommisses gelange. Dafür ist aber dies ein Neben-Fideicommiß, während der Erstgeborne die Anwartschaft auf das Haupt-Fideicommiß behält (s. auch Basevi zu §. 625 Z. 2). Nach jener Logik könnte auch der Sohn des Primogenitur-Inhabers sich darüber beklagen, wenn ein jüngerer Bruder früher zum Genusse der Secundogenitur gelangt, als er in der Primogenitur nachfolgt! — Wortklauberer ist das Argument, das Wessely I S. 75 dem Wortlaut des §. 625 entnehmen will. Dann beruft sich Wessely I S. 75 f. und II S. 43 auf das „im Erbrecht überhaupt . . . gegründete Axiom, daß

bietet,²⁶⁾ so sprechen sachliche Erwägungen²⁷⁾ und das preussische Vorbild des §. 625²⁸⁾ dafür, daß hier erst mit dem Tode des Inhabers im Sinne des §. 625 „zwei Linien entstehen“.

VII. Ist einmal der Uebergang des Fideicommisses auf eine andere Linie vollzogen, so bestimmen sich die weiteren Schicksale selbstverständlich nach der für jenes gegebenen Successionsordnung, ohne daß die etwaige abweichende Ordnung, die in dieser Linie für ein anderes Fideicommiss besteht, zunächst einen Einfluß hätte. Wo aber beide Fideicommisses nach ihrer Ordnung später auf eine Person (an sich) fallen würden, kämen wieder die in Abs. V entwickelten Sätze zur Anwendung.

§. 626.

Die weibliche Nachkommenschaft hat in der Regel keinen Anspruch auf Fideicommiss. Hat aber der Stifter ausdrücklich verordnet, daß nach Erlöschung des Mannsstammes das Fideicommiss auf die weiblichen Linien übergehen soll; so geschieht dieses nach der für die männliche Geschlechtsfolge vorgeschriebenen Ordnung; doch gehen die männlichen Erben derjenigen Linie, welche zum Besitze des Fideicommisses gelangt ist, den weiblichen Erben vor.

I. Ueber die Redaction s. den Excurs zu §. 626.

II. Der erste Satz (Ausschluß der Frauen und Cognaten)¹⁾ erklärt sich aus der regelmäßigen Absicht bei Gründung eines Fideicommisses (s. oben bei §. 619 ff. Text vor Note 7). In Ermangelung einer ausdrücklichen Vorschrift des Stifters erlischt also das Fideicommiss mit dem Mannsstamm (§. 645).²⁾ Der zweite Satz wird gewöhnlich damit gerechtfertigt, daß man keine größere Abweichung von der Regel annehmen darf, als welche ausdrücklich angeordnet ist.³⁾ Andererseits aber berechtigt uns nichts, zu verlangen, der Stifter müsse

der lebende Ascendent seine Descendenten ausschließen,“ ein Satz, der „keines Beweises bedarf“. Dies „Axiom“ ist von der Wissenschaft längst verworfen; doch als Regel für das österreichische Recht ist jener Satz anzuerkennen (vgl. §. 732 i. f.). Aber daraus folgt doch nur, daß der Ascendent hier erben würde, wenn ihm nicht das Hinderniß entgegenstände, daß er schon ein Fideicommiss hat. Ja, denken wir uns, daß der Ascendent Inhaber der Secundogenitur ist, dem die Primogenitur anfällt, so erbt er ja (nach der anderen Ansicht) diese wirklich und tritt die Secundogenitur seinem zweiten Sohne ab. Wie schwach dieses Argument ist, zeigt sich auch noch daraus, daß ja beim Majorat auch der Nächste im Grade den Zweitnächsten ausschließt, beim Uebergang auf eine andere Linie es aber immerhin an den Zweitnächsten kommen kann (s. oben Abs. V a. E.).

²⁶⁾ Von beiden Seiten wird zu viel Gewicht auf dies vieldeutige Wort gelegt. Es lohnt nicht, alles darüber Vorgebrachte hier zu wiederholen. Wenn man daran Anstoß nimmt, daß ein Sohn bei Lebzeiten seines Vaters eine „Linie“ bilde, so könnte man auch Anstoß daran nehmen, daß eine einzelne Person, die noch keine Descendenz hat, eine „Linie“ genannt werde; und daran nehmen Zeiller's Gegner keinen Anstoß.

²⁷⁾ Wenn man Zeiller's Ansicht annähme, müßte man den Vater zur Ueberlassung des einen Fideicommisses an den zweiten Sohn verhalten, wenn dieser auch noch ein Kind wäre; ja, wenn die Vereingung in Zenes Hand früher schon vollzogen gewesen wäre, gleich bei der Geburt des zweiten Sohnes.

²⁸⁾ Unser §. 625 ist entstanden aus der Verbindung des §. 166 mit §. 173 des preuß. L. R., und zwar entspricht der uns hier beschäftigende Schluß des §. 625 dem §. 173. Dieser wird aber verständlich erst in dem Zusammenhang, in dem er steht. §. 172: „Sind in der noch übrigen Linie keine weitem Abkömmlinge des Stifters mehr vorhanden, als der Besitzer des ersten Fideicommisses und dessen Descendenz: so erhält dieser beide Fideicommisses.“ §. 173: „Sie bleiben alsdann so lange bei einander, bis wiederum zwei oder mehrere Linien entstehen.“ §. 174: „Geschieht dieses: so bleibt das erste Fideicommiss bei der erstgeborenen Linie, und das zweite verfällt auf die nächste nach ihr.“

¹⁾ Daß mit dem, an sich zweideutigen, Ausdruck „weibliche Nachkommenschaft“ sowohl feminas als per feminas descendentes (also Agnatinnen, Cognaten, Cognatinnen) gemeint sind, ist unbestritten.

²⁾ Zeiller zu §. 626 Z. 1, §. 189 preuß. L. R. II. 4.

³⁾ Zeiller a. a. D. Z. 2. Diese Rechtfertigung ist zu billigen für die erste Hälfte dieses Satzes, sie ist ungenügend für den Schlußsatz; s. Excurs zu §. 626 Note 10.

besonders hervorgehoben haben, daß das Fideicommiß als Fideicommiß auf die weibliche Nachkommenschaft fallen, daß es auch in der weiblichen Linie diese seine Eigenschaft behalten solle;⁴⁾ sondern wir müssen jenen Gedanken als von den Redactoren abgelehnt betrachten.⁵⁾ „Nach der für die männliche Geschlechtsfolge vorgeschriebenen Ordnung,“ d. h. nach der Ordnung der Primogenitur, des Majorates, Minorates, Seniorates . . ., je nach der Successionsart, die bisher in dem Fideicommiße gegolten hat. Darin liegt eine Abweichung vom preussischen F. R., welches, gleich manchen anderen Gesetzen, für die weibliche Succession die Primogenitur-Ordnung vorschreibt.⁶⁾ Die Frage, ob beim Erlöschen des Mannsstammes die dem Stifter (bez. ersten Erwerber) oder aber die dem letzten Besitzer nächststehende weibliche Linie an die Reihe komme, muß — nach dem eben citirten Satze des §. 626 vgl. mit §. 623 (vgl. überdies §. 418 Westgal. G. B. II) — im letzteren Sinne beantwortet werden.⁷⁾ Selbstverständlich sind aber diese beiden Sätze nur suppletorischer Natur und weichen einer ausdrücklichen anderen Anordnung des Stifters.⁸⁾

III. So leicht und sicher bisher die Auslegung des §. 626 war, so schwierig ist die des Schlusssatzes (angefangen von den Worten „doch gehen“); ja er ist so vieldeutig abgefaßt, daß er nur auf dogmengeschichtlichem Wege interpretirt werden kann, und auch dann zum Theile nur wahrscheinliche Resultate zu gewinnen sind. Das zwar, daß der Vorzug des männlichen Geschlechtes sich erst nach (nicht auch beim) Uebergange auf die weibliche Linie geltend mache, kann als ausgemacht betrachtet werden,⁹⁾ weniger aus Gründen der grammatischen Auslegung, die man hier allein zu betonen pflegt („Linie, welche . . . gelangt ist“, als nach der Entstehungsgeschichte res §. 626. -- Der Grundgedanke des fraglichen Schlusssatzes ist wohl dieser: In der Cognatenfolge sollen bei gleicher Nähe die männlichen Anwärter vor den weiblichen den Vorzug haben, u. zw. ohne Rücksicht auf Alter und Erstgeburt. Die Nähe bestimmt sich bei Majoraten nach den Verwandtschaftsgraden, bei Primogenituren nach Parentelen.¹⁰⁾ Das

⁴⁾ Es ist nämlich mit Rücksicht auf §§. 89, 90 des bayr. Fideicommiß-Edicts vom 26. Mai 1818 behauptet worden, daß die Anordnung, „das Fideicommiß solle in Ermangelung männlicher Nachkommen auch auf die weiblichen kommen,“ oder „auf die weibliche Nachkommenschaft“ oder „in die weiblichen Linien fallen“ u. dgl. nicht genug deutlich sei; sie könne auch eine bloße fideicommissarische Substitution bedeuten (s. z. B. Stutenrauch zu §. 626 Z. 5). Gewiß ist aber eine solche Auslegung eine willkürliche und gegenüber §. 612 unwahrscheinlich. Vgl. Nippel IV S. 214, welcher aber der falschen Ansicht zu viel concedirt. Wichtig Lewis S. 401 f.

⁵⁾ Sie haben den Vorschlag der Freiburger Facultät, zu sagen „das Fideicommiß als Fideicommiß“, abgelehnt; und diese Ablehnung ist in dem Texte des §. 626 deutlich genug enthalten, sobald man weiß, daß er trotz eines solchen Vorschlages, also mit Vorbedacht, so formulirt ist.

⁶⁾ S. Lewis S. 397. — Zugleich war mit diesem Satze die Anfrage der Prager Facultät erledigt, ob, wenn der letzte Besitzer keine Töchter und überhaupt keine Descendenten hinterläßt, lineal- oder gradual-Folge Platz greifen solle. — Vgl. Pätz Lehrb. d. Lehrechts §. 113: „Die Succession der Cognaten tritt beim ledigen Anfall ganz nach der Ordnung ein, welche für das agnatische Geschlecht gesetzlich gilt.“

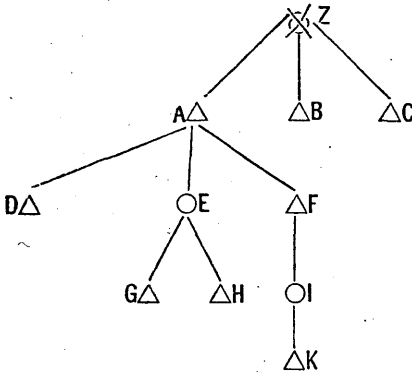
⁷⁾ Die gegentheilige Behauptung Wildner's (S. 174) ist mit Recht schon von einem nicht-österreichischen Schriftsteller (Lewis S. 396 Nr. 135) als „unmöglich“ bezeichnet worden. Wichtig Kirchstetter (2. Aufl.) S. 318. Vgl. Gönner Ueber die Succession im succ. Weiberlehn . . .“ (Sep. Abdr. aus seinem Archiv II 2 Nr. 15) S. 5: „Demjenigen weiblichen Descendenten muß die Succession zuerkannt werden, der sich zu dem letzten Besitzer im nächsten lineal-Verhältniß befindet.“

⁸⁾ Vgl. Lewis S. 393. Das preuß. G. B. — trotz seiner sonst exclusiven Anordnung der Primogenitur für die weibliche Nachfolge — hat dies ausdrücklich anerkannt; s. II. 4 §. 190.

⁹⁾ Dies stimmt auch mit dem Hauptergebniß der cit. Abhandlung Gönner's; s. übrigens den Excurs zu §. 626 Note 2 und 3.

¹⁰⁾ Bei Senioraten gibt das männliche Geschlecht nur unter gleich alten Anwärtern den Vorzug — ein Satz von minimaler praktischer Bedeutung.

vieldeutige Wort „Linie“ ist als Parentel u. zw. im Verhältniß zu dem jeweiligen Besitzer zu verstehen; nicht aber im Verhältniß zu einem festen Beziehungspunkt, etwa dem letzten Agnaten. Die Folge ist, daß Personen, die bisher zu der „nämlichen Linie“ gehörten, nach dem Tode des bisherigen Fideicommiss-Inhabers zu verschiedenen Linien gehören können. In nebenstehendem Schema ist Z der letzte Agnat, A, B, C seine Töchter. So lange A im Besitze ist, ist ihre Descendenz die erste, die übrige Descendenz des Z die zweite Linie; sobald E zum Besitze gelangt, ist seine Descendenz die erste, die übrige Descendenz der A die zweite, die darin nicht begriffene Nachkommenschaft des Z die dritte Linie. H und J stehen bei Lebzeiten der A in der nämlichen Linie, nach ihrem Tode, wenn und sobald E zum Besitze kommt, in verschiedenen Linien. Ob der von den Redactoren



geglaubte, auf einem theoretischen Irrthum beruhende und zu verkehrten Resultaten führende Satz, daß der Sohn nicht die eigene Mutter ausschließen könne, anzuwenden sei, ist eine Frage, die sich schwer entscheiden läßt; wir müssen sie dem Gewissen des einzelnen das Gesetz Anwendenden überlassen, neigen aber mehr zur Verneinung (vgl. Bd. I S. 186—188). Gewiß ist einerseits, daß die Redactoren ihn für richtig hielten, wie er denn auch in den gleichzeitigen Entwurf der allgemeinen österreichischen Lehenordnung, von dem die Redactoren hofften, er werde demnächst Gesetzeskraft erlangen,¹¹⁾ aufgenommen wurde.¹²⁾ Gewiß ist andererseits, daß der Satz theoretisch und praktisch verwerflich und im bürgerlichen Gesetzbuch nirgends enthalten ist. Jedenfalls aber, auch wenn wir ihn anerkennt, müßten wir ihn als eine Ausnahme betrachten, durch welche wir uns in der Beantwortung der Frage, was die „nämliche Linie“ sei, nicht dürfen beirren lassen. — Eine eingehendere Besprechung des Schlusssatzes von §. 626 ist in den Exkursen nachzulesen.

IV. In Nachahmung lehenrechtlicher Begriffe spricht man¹³⁾ von „weiblichen“ oder „Weiber-Fideicommissen“, in denen nur Frauen folgen;¹⁴⁾ von „gemischten Fideicommissen“, wo Männer und Frauen folgen, und zwar von „nicht subsidiarischen“, wenn das Geschlecht irrelevant ist,¹⁵⁾ von „subsidiarischen“, wenn erst nach Aussterben des Agnatenstammes die weiblichen Linien folgen, unter denen dann wieder, nach §. 626, das männliche Geschlecht den oben bezeichneten Vorzug haben soll.¹⁶⁾ Im Zweifel ist ein subsidiarisch gemischtes Fideicommiss eher anzunehmen, als die anderen soeben genannten Arten.¹⁷⁾

¹¹⁾ S. diesen Commentar I. Bd. S. 37 Note 198.
¹²⁾ Der §. 83 daselbst lautet: „Doch kann ein männlicher Sprößling seine noch lebende Mutter oder Großmutter nicht ausschließen.“
¹³⁾ Vgl. zu dem Folgenden Stubenrauch zu §. 626 Z. 4, Wildner S. 8 f., Voglhuber S. 23 §. 5 mit Heintze Handb. d. niederöstr. Lehenrechts I S. 173 f., Heintze Kurze Darstellung des . . . Lehenrechts (3. Aufl.) S. 101 (§. 51), (Chimani) Erläuterung des . . . Lehenrechtes (Wien 1801) S. 124 ff.
¹⁴⁾ Dergleichen findet sich wohl nur in Büchern, nicht im Leben. In dem von Voglhuber S. 38 f. (§. 21) mitgetheilten Falle lag kein Fideicommiss, sondern eine Stiftung vor. Vgl. Lewis S. 45.
¹⁵⁾ Analog den sogen. feuda feminea promiscua.
¹⁶⁾ Analog den sog. feuda feminea successiva. Ein Beisp. im „Jurist“ I. Bd. S. 1—3.
¹⁷⁾ Vgl. Weber Lehenrecht III. Bd. S. 126; Heintze Handb. I S. 175; Chimani S. 126; Pütz Lehrb. d. Lehenrechts S. 112.

Bedingungen zur Errichtung eines Fideicommisses.

§. 627.

Ohne besondere Einwilligung der gesetzgebenden Gewalt kann kein Fideicommiss errichtet werden. Bey der Errichtung ist ein ordentliches, beglaubtes Verzeichniß aller zu dem Fideicommiss gehörigen Stücke zu verfassen, und gerichtlich aufzubewahren. Dieses Inventarium dient bey jeder Besitzveränderung und bey Absonderung des Fideicommisses von dem freyen Vermögen zur Richtschnur. Für die Sicherheit des Fideicommisses hat das Gericht nach den besondern Vorschriften zu sorgen.

I. Redaction. Der Anfang des §. 627 bildete früher den Schluß des §. 413 Westgal. G. B. II (= jetzt §. 618); auf Zeiller's Antrag wurde er hierher gestellt, und dabei das Wort „Begünstigung“ mit seinem Fact durch „Bewilligung“ ersetzt.¹⁾ Der übrige Inhalt des §. 627 entspricht im Wesentlichen dem §. 420 a. a. O.; der auf die Vorschriften über das Verfahren außer Streitsachen verweisende Schlußsatz ist an die Stelle des §. 419 getreten, der die Auszeichnung des Fideicommiss-Bandes in dem öffentlichen Buche (bez. bei Geld-Fideicommissen in dem Schuldschein) anbefahl. Zeiller wollte Ähnliches in unseren Paragraphen aufnehmen, was die anderen Votanten ablehnten. Sie beschloßen (20. Febr. 1804) einen mit dem jetzigen gleichlautenden Text.²⁾

II. Die Frage, ob die Fideicommiss-Stiftung der kaiserlichen oder landesherrlichen oder obrigkeitlichen Bestätigung bedürfe, war und ist im gemeinen Recht zwar nicht durchaus unbestritten,³⁾ wurde aber von der herrschenden Meinung immer verneint.⁴⁾ Das gewiß löbliche Princip⁵⁾ des §. 627 pr. galt in solcher Allgemeinheit vor dem Westgal. G. B. in Oesterreich nicht. Es wurde für Fideicommiss „in immobilibus“ durch ein Gesetz Maria Theresia's vom 22. Jänner 1763⁶⁾ eingeführt; dagegen blieb es „jedermann vollkommen freigelassen, die Capitalia, so in Fundis publicis anliegen,⁷⁾ für Fideicommiss zu erklären, dergestalt zwar, daß diese Erklärung entweder in visis durch Errichtung eines ordentlichen Fideicommiss-Instrumenti, oder auch per testamentum geschehen möge.“ Da der Consens⁸⁾ nur für künftig zu errichtende Fideicommiss

¹⁾ Eine Debatte über den Grundsatz des §. 627 pr. hat wohl kaum stattgefunden. Doch wird ein Monitum des niederöstr. Appell. Ger. erwähnt. Eine Stimme desselben wollte bei Fideicommissen in beweglichen Sachen keine Beschränkung; in der Vdg. vom 22. Jänner 1763 seien sie freigegeben rücksichtlich der in fundis publicis anliegenden Capitalien. Die übrigen Stimmen hielten sich aber vollkommen an die citirte Verordnung.

²⁾ Bis auf die gleichgiltige Variante „Bewilligung“ statt „Einwilligung“.

³⁾ S. Costa S. 47, 61; dann die bei Lewis S. 128 Citirten.

⁴⁾ S. die bei Lewis S. 126 citirten älteren, und die ebd. S. 127 N. 179 citirten neueren Juristen. Lewis selbst sagt (S. 125): „Weder landesherrliche oder obrigkeitliche Bestätigung der Stiftung, noch gerichtliche Abfassung oder Verlautbarung der Stiftungs-Urkunde, noch selbst Schriftlichkeit überhaupt können vom Standpunkt des gemeinen Rechts aus als Requisite für die Errichtung eines Familien-Fideicommisses gelten.“ Doch wird „natürlich die Errichtung eines Fideicommisses ohne Schrift . . . niemals vorkommen.“

⁵⁾ Das auch manche deutsche Gesetzgebungen haben, während andere sich mit geringeren Vorschriften begnügen; s. Lewis S. 130 ff.

⁶⁾ S. Codex Austr. VI p. 371. Der Inhalt ist auch mitgetheilt bei Voglhuber S. 44 f. §. 6, Zeiller S. 538 f. Note, Wildner S. 83. — S. übrigens Excursus zu §. 627.

⁷⁾ Was aber galt hinsichtlich anderer Geldfideicommisses? Sie alle für ohne Consens erlaubt zu erklären, wie Voglhuber S. 45 thut (vbs.: „Geldfideicommisses, zumal, wo die Capitalien in öffentlichen Staatsfonds angelegt waren“) ist um so bedenkllicher, als das Gesetz nur von dem einen Falle spricht und für ihn auch formelle Vorschriften gibt; sehr wohl kann jene Anordnung eine Begünstigung der „fundi publici“ beabsichtigt haben. Noch bedenkllicher ist es, mit Wildner S. 83 den Schluß zu ziehen, „daß der a. h. Consens nur zur Errichtung unbeweglicher Fideicommisses nothwendig gemacht wurde.“ Vgl. hier Note 1. Die Frage ist nicht antiquirt (s. bei Note 15), wird aber kaum praktisch werden.

⁸⁾ Er sollte nach dem Cab. Schr. v. 9. Nov. 1771 durch die böhm.-östr. Hof-

vorgeschrieben wurde, so war damit zugleich die Gültigkeit der bis dahin ohne Consens errichteten Fideicommissen anerkannt. In einem Gesetz Leopold I. (vom 2. October 1674)⁹⁾ blieb es den Stiftern anheimgestellt, ob sie „die landesfürstliche Confirmation begehren wollen, oder nicht,“ und dies wurde im Landtafel-Patent für Niederösterreich vom 24. November 1758 (§. 12) wiederholt. Dagegen wurde in anderen zur österreichischen Hausmacht gehörigen Ländern a. h. Consens allerdings gefordert,¹⁰⁾ und auch dort, wo dies nicht der Fall war, gerne nachgesucht.¹¹⁾ — Da im §. 627 nicht (wie in §. 162) von einer „Begünstigung des Landesfürsten“, nicht einmal (wie in §. 8) vom „Gesetzgeber“, sondern ganz abstract von „Einwilligung der gesetzgebenden Gewalt“ die Rede ist, so hätte bei der Umwandlung Oesterreichs aus einer absoluten in eine constitutionelle Monarchie kein Zweifel darüber entstehen sollen, welche Factoren nun diese „gesetzgebende Gewalt“ bilden. Dennoch ist behauptet worden (arg. Pat. v. 9. Aug. 1854, §§. 220, 222, 223; „landesfürstliche Bewilligung“, „Genehmigung“), daß die Bestätigung der Fideicommissen nach wie vor einzig dem Kaiser zustehet.¹²⁾ Diese, an sich d. h. theoretisch irrige Ansicht wurde bestätigt, zugleich aber die richtige pro futuro zur Geltung gebracht durch das Gesetz vom 13. Juni 1868 (R. G. B. Nr. 61).¹³⁾ — Die Einwilligung des Kaisers, bez. jetzt die Bestätigung durch ein Reichsgesetz, muß auch für die Vergrößerung eines schon bestehenden Fideicommisses, sowie für die Uebertragung des Fideicommiss-Gutes auf ein anderes Vermögen (z. B. andere Landgüter), aber nicht für die Umtauschung einzelner Grundstücke, noch für die Umwandlung eines Fideicommiss-Gutes in ein Capital (§§. 633, 634) gefordert werden.¹⁴⁾ — Selbstverständlich gilt auch hinsichtlich des Erfordernisses der kaiserlichen, bez. staatlichen, Bestätigung der Satz „tempus regit actum“ und ist z. B. ein in Niederösterreich vor 1763 errichtetes Real-Fideicommiss gültig, wenn auch nie die a. h. Confirmation nachgesucht wurde.¹⁵⁾

kanzlei erteilt, der „consensus ad onerandum aut permutandum fideicommissum“ aber der obersten Justiz-Stelle übertragen werden (s. Zeiller a. a. O.). Vgl. jetzt §§. 633—635.

⁹⁾ Cod. Austr. I p. 336 f.; bei Wildner S. 82.

¹⁰⁾ So namentlich in Böhmen und Mähren; s. die Auszüge aus den einschlägigen Gesetzen in den Excursen zu §. 627 Abs. I.

¹¹⁾ Vgl. Lemis S. 127: „Für ersprießlich wurde allerdings die kaiserliche resp. landesherrliche Bestätigung zur Ausrechterhaltung eines Fideicommisses gehalten, indem man annahm, daß durch solche . . . jeder defectus der Anordnung gehoben würde.“

¹²⁾ So z. B. von Stubenrauch 2. Aufl. S. 829; „da die Errichtung eines Fideicommisses nicht wohl als ein Act der Gesetzgebung angesehen werden kann.“ Die Errichtung nicht, wohl aber die Bestätigung!

¹³⁾ „§. 1. Vom Tage der Kundmachung dieses Gesetzes (16. Juni) angefangen, kann die Bewilligung zur Errichtung eines Fideicommisses nur durch ein Reichsgesetz erteilt werden. Der betreffende Gesetzesvorschlag hat als Regierungsvorlage an den Reichsrath zu gelangen. §. 2. Auf die Errichtung von Fideicommissen, zu welchen eine landesfürstliche, wenn auch nur vorläufige, Genehmigung bereits erteilt ist, finden die Bestimmungen des §. 1 keine Anwendung, sofern das Fideicommiss binnen fünf Jahren vom Tage der Kundmachung des gegenwärtigen Gesetzes wirklich errichtet sein wird.“

¹⁴⁾ S. Zeiller S. 538. Consequent ist dies nicht, und allerdings kann es zuweilen zweifelhaft werden, ob der Consens des Gerichtes genüge, oder der der gesetzgebenden Gewalt erforderlich sei. Im letzteren Sinne wurde der Fall entschieden, wo für ein Fideicommissgut mit Grundentlastungs-Capitalien Grundstücke angekauft werden sollen (Min. Erl. v. 25. März 1855). Daß es leichter gemacht ist, Grundstücke in Capitalien, als Capitalien in Grundstücke zu verwandeln, hat dieselbe ratio, die der Unterscheidung im Gef. v. 1763 zu Grunde liegt. (Vgl. etwa auch Wildner im „Jurist“ VII S. 453 f.) Mit Recht hat daher der oberste Ger. S. entschieden, daß der Ankauf einer Realität aus irgend welchen Fideicommiss-Capitalien der Bestätigung durch ein Reichsgesetz bedürfe (s. Sammlung XIII Nr. 5959).

¹⁵⁾ Wintwarter S. 142, Wildner S. 86 f.

III. „Von der gesetzgebenden Gewalt,“ sagt Zeiller S. 539, „hängt es ab, ob und in welcher Form das Fideicommiss gültig bestehen soll.“ Dieser Satz ist wohl nicht so gemeint, wie er lautet;¹⁶⁾ aber, wie er lautet, ist er unrichtig. Da mit „Form“ hier nicht die Form des Errichtungsactes gemeint sein kann, so scheint damit der gesetzgebenden Gewalt eine Ingerenz auf die Gestaltung des Fideicommisses zugesprochen zu sein, die ihr nicht zusteht. Der Inhalt des Gesetzes (von dem §. 627, bez. das Ges. v. 1868 redet) ist nicht die Errichtung eines Fideicommisses. Dieses wird nicht vom Staate, sondern vom Stifter errichtet. Die Bestimmung der Objecte, Subjecte, der Successionsart u. s. w. hängt von diesem ab; auf seinen Willen sind dereinst alle Ansprüche zurückzuführen. Die gesetzgebende Gewalt kann den Entwurf des Stiftsbriefes genehmigen oder verwerfen, aber nicht seinen Inhalt abändern, ihn verfassen. Und selbst, wenn ja eine solche Abänderung getroffen würde, so könnte das nur eine bedingte Einwilligung bedeuten, bedingt dadurch, daß der Stifter die vorgeschlagenen Aenderungen sich aneigne, zu seinem Willen mache. Die „Verfassung des Fideicommisses“ ruht auf dem Willen des Stifters, dem einseitig erklärten oder im Vertrage acceptirten. Aber dieser Wille participirt in Folge der Confirmation an der Autorität der confirmirenden Gewalt.¹⁷⁾ Diese kann übrigens ein nachfolgender oder ein vorhergehender Consens, also eine Bestätigung der Errichtung oder eine Erlaubniß zur Errichtung sein; Regel ist der (in vorhinein) erlaubende Consens.¹⁸⁾ Dieser also, und nicht die Errichtung selbst, ist Inhalt des Gesetzes (des privilegium speciale). Und der Gesuchsteller ist keineswegs verpflichtet, von der gewährten Erlaubniß Gebrauch zu machen; es kann vielmehr trotz dem Gesetz (privilegium) die Errichtung des Fideicommisses unterbleiben (vgl. Pat. v. 9. Aug. 1854 §. 222; Ges. v. 13. Juni 1868 §. 2). Andererseits kann selbst noch nach des Stifters Tode von seinem Erben die Bestätigung des Fideicommisses nachgesucht werden.¹⁹⁾

Das Gesuch ist beim Ministerium des Innern zu überreichen (cit. Pat. §. 220),²⁰⁾ welches dasselbe, nur wenn absolute rechtliche Hindernisse dessen Bewilligung unmöglich machen (z. B. Wahnsinn des Gesuchstellers), nie aber aus Opportunitätsgründen zurückweisen wird (arg. Pat. §. 264 i. f. und §. 220; s. übrigens Excurse). Dem Gesuche „muß das Original oder ein vollständiger Entwurf der Urkunde, wodurch dasselbe errichtet werden soll, und ein Verzeichniß des zu dem Fideicommiss bestimmten Vermögens beigelegt werden“ (ebd. §. 221).²¹⁾ Gesuch und die den Umfang und die „Verfassung“ oder „innere Einrichtung“ des Fideicommisses bezeichnenden Urkunden kommen nun in Form eines Gesetzworschlags vor den Reichsrath. Hinsichtlich des Zustandekommens (der Perfection) des Gesetzes gilt nichts Besonderes.²²⁾ Die Ablehnung des

¹⁶⁾ Dies zeigt das Beispiel in der zugehörigen Note, worin Zeiller einen unpraktischen, in der Sitzung v. 4. December 1809 mit Recht verworfenen, Gedanken zu verwerthen sucht.

¹⁷⁾ Ähnlich, wie das Hausgesetz einer mediatisirten Familie; s. Commentar I. Bd. bei §. 11.

¹⁸⁾ „Bewilligung zur Errichtung“ Pat. v. 9. Aug. 1854, §. 220 ff., Ges. vom 13. Juni 1868. S. übrigens die Excurse.

¹⁹⁾ Der Erblasser handelt allerdings unvorsichtig, wenn er absichtlich diese Nachsichtung dem Erben überläßt, da er sich damit „die Gelegenheit benimmt, im Falle, daß die Bestätigung versagt wird, eine andere Verfügung zu treffen.“ Zeiller S. 537. — Basevi meint (bei §. 627 Z. 3), daß dann wenigstens ein Theil der Disposition als fideicommissarische Substitution innerhalb der Grenzen der §§. 611, 612 aufrecht zu halten sei. Selbstverständlich ist aber eine benigna interpretatio, wenn überhaupt, nur dort möglich, wo eine formgerechte lehtwillige Erklärung vorliegt.

²⁰⁾ Der übrige Inhalt dieses Paragraphen ist u. S. jetzt antiquirt.

²¹⁾ Vgl. Zeiller S. 538, Nippel S. 216.

²²⁾ Früher wurde das Gesuch bei der politischen Landesstelle eingereicht, die es an

Gesuches steht jedem der drei Factoren frei, und bedarf selbstverständlich keiner Motivirung. Kein Mensch hat ein Recht auf Fideicommiss-Errichtung; die Gestattung desselben ist stets ein Privilegium. Die Ablehnung kann erfolgen, wo der Bewilligung keine juristischen Bedenken entgegenstehen, und sie fordert darum noch keinen Tadel heraus; denn Fideicommiss sind Ausnahmen; es ist nicht Regel und soll nicht Regel sein, daß des Eigenthümers Wille auf Jahrhunderte über seinen Tod hinaus das Vermögen binde. Um so mehr wird eine Ablehnung erfolgen, wo durch die Fideicommiss-Stiftung Notherben verlerzt würden, wo die Person des Geschstellers Bedenken erregt, wo die Urkunde dunkel und mangelhaft abgefaßt ist und voraussichtlich zu Streitigkeiten Anlaß geben würde;²³⁾ ferner, wo das Object zu geringfügig oder gar zu werthvoll erscheint.²⁴⁾

IV. Perfection der Errichtung des Fideicommisses. A. Man muß drei Momente begrifflich unterscheiden, die zeitlich zusammenfallen können, aber nicht müssen: 1) Der Errichtungsact (im weiteren Sinne, also auch den staatlichen Consens umfassend) ist perfect, 2) er ist unwiderruflich, 3) das Fideicommiss im objectiven Sinne (d. h. als vinculirtes Vermögen, nicht als Anordnung) besteht.²⁵⁾ Wenn die Errichtung nach eingeholter staatlicher Erlaubniß durch einen Act inter vivos, verbunden mit sofortiger Uebergabe an den ersten Erwerber erfolgt, so fallen alle drei Momente zusammen. Bei einem Testamente wird in der Regel²⁶⁾ das erste Moment früher gesetzt sein, als die beiden anderen. Bei einem Erbvertrag werden (in der Regel) die beiden erstgenannten Momente dem dritten vorangehen. „Das Fideicommiss ist errichtet“ ist ein zweideutiger Ausdruck; es kann damit die Perfection der Anordnung, oder aber die gesonderte Existenz des Fideicommiss-Vermögens gemeint sein. Ueber beides ist hier, über die Widerruflichkeit oder Unwiderruflichkeit bei §. 628 zu handeln.

B. Zur Errichtung eines Fideicommisses müssen der Stiftungswille und der staatliche Consens concurriren. So lange an einem dieser Momente etwas fehlt, ist die Fideicommiss-Errichtung nicht perfect. Verschieden von der constitutiven Willenserklärung des Stifters ist die kundgegebene Absicht, ein Fideicommiss zu errichten. In dem mit den erwähnten Beilagen belegten Gesuche kann sich entweder diese Absicht oder jener Wille kundgeben. Die constitutive Willenserklärung ist entweder ein ganz selbständiger einseitiger Act inter vivos, wie die Stiftung einer *pia causa*, oder sie ist enthalten in einem Testamente, Codicille, Erbvertrage, oder in einem Vertrage unter Lebenden. Die Perfection dieses Rechtsgeschäftes ist unerläßlich für die Perfection der Errichtung, aber noch nicht dazu hinreichend.

die Hofkanzlei beförderte, welche es dem Kaiser vorlegte. Wildner S. 89, Gspan I S. 41 S. 38, Winwartner S. 144.

²³⁾ Die Bestimmung einer Successionsordnung ist freilich kein unumgänglich notwendiger Bestandtheil der Stiftungsurkunde (s. Lewis S. 110), aber wo diese, bez. ihr Entwurf, so mangelhaft verfaßt ist, wird die gesetzgebende Gewalt wohl kaum ihren Consens geben.

²⁴⁾ In dem Gesetze von 1763 wurden die Behörden angewiesen, wenn der Werth des Real-Fideicommisses 400,000 fl. übersteige, niemals Ihrer Majestät zur Bewilligung „einzurathen“. — Das preuß. L. R. (II. 4) setzt sowohl eine Maximal- (S. 56 ff.), als eine Minimal-Grenze (S. 51 ff.). — Vgl. über solche Werthgrenzen Lewis S. 83 ff.

²⁵⁾ Nicht genügend unterscheidet Gspan I S. 41 f. „Ein Fideicommiss kann erst dann als rechtlich bestehend angenommen werden, wenn . . . das Recht des Widerrufs . . . erloschen ist. Bis zu diesem Zeitpunkte bleibt die Fideicommiss-Stiftung ein bloßes Project . . .“ Ein Testament ist widerruflich und doch mehr als ein Project, mehr als das Concept (der Entwurf) eines Testaments. Und andererseits kann der Errichtungsact unwiderruflich sein, und doch noch kein Fideicommiss im objectiven Sinne bestehen; ähnlich, wie ein Verpfändungsact unwiderruflich sein und das Pfandrecht trotzdem erst später entstehen kann.

²⁶⁾ Diese Einschränkung wird gemacht im Hinblick auf die bei Note 19 angedeutete Eventualität.

Ueber die Perfection eines Testaments, Codicilles, Erbvertrages wird, wegen der Formvorschriften, selten ein Zweifel entstehen, eher über die des Vertrages inter vivos, am leichtesten aber über den einseitigen Widmungs- (Stiftungs-) Act (s. Näheres in den Excursen). Keinem Zweifel unterliegt die Perfection des staatlichen Antheiles an der Errichtung. Der Stifter braucht die Perfection des Errichtungsactes nicht zu erleben. Die staatliche Genehmigung kann auch nach seinem Tode eingeholt werden.²⁷⁾ Wie aber, wenn er die Erlaubniß zur Errichtung eingeholt hat, aber gestorben ist, ohne die constitutive Willenserklärung abgegeben zu haben? Dann ist die Stiftung vereitelt; so z. B. wenn er das Testament, dessen Entwurf dem Gesuche beilieg, nicht errichtet hat. Es kann aber unter Umständen eine schwierige quaestio facti sein, ob in dem Gesuche der constitutive Wille oder die Absicht (der Wille de praesenti oder de futuro) ausgesprochen sei. (S. übrigens die Excurse.)

C. Von wann an besteht das Fideicommiß im objectiven Sinne? m. a. W. wann hört ein Vermögen auf, Allod zu sein, und erhält die Fideicommiß-Qualität?²⁸⁾ Dazn ist weder erforderlich Eintragung in's öffentliche Buch,²⁹⁾ noch der Tod des Stifters,³⁰⁾ noch Besitz des ersten Erwerbers;³¹⁾ wohl aber muß die Errichtung perfect, unwiderruflich und überdies auf reelle Vermögensstücke fixirt sein, über die nun Niemand mehr frei verfügen kann.³²⁾ Dieser, von dem Erwerb des ersten Erwerbers unabhängige, Beginn der Fideicommiß-Qualität zeigt sich in der gesonderten Existenz des Vermögens, das fortan seine eigenen Schicksale hat.

V. Betrachten wir nun die private Seite der Fideicommiß-Errichtung.³³⁾ Zu einer Zeit, wo man die Kurfürstenthümer „Fideicommissa“ nannte, wo man unter diesem Namen ganz verschiedene Institute des Adelsrechtes, namentlich die Stammgüter, befaßte,³⁴⁾ zählte man unter den Entstehungsgründen der Fideicommissa auf: Statuten, Gewohnheit, Verjährung. Letztere sollte für den einzelnen Fall, was die Gewohnheit im Allgemeinen, bewirken: einen vielleicht zunächst nur factischen Zustand zu einem rechtlichen machen. Es war dies eine unrichtige Erklärung des Falles, wo in einer Familie durch Observanz sich Stammgüter gebildet haben; denn von einer Erstzung der Fideicommiß-Qualität kann nicht die Rede sein.³⁵⁾ Man sprach von stillschweigender Fideicommiß-Stiftung und wandte namentlich viel casuistischen Scharfsinn an die Untersuchung

²⁷⁾ S. Zeiller a. a. D. (s. Note 19); f. ferner §. 223 N. 1 des Pat. vom 9. Aug. 1854 (vb. „wenn das Fideicommiß von dem Stifter bei seinem Leben errichtet wird . . . außerdem . . .“).

²⁸⁾ Diese Frage ist ähnlich der anderen: „wann beginnt ein Vermögen total zu sein?“

²⁹⁾ Unrichtig Lewis §. 7 S. 141—143, 145; er glaubt, daß bei uns „die Existenz der Fideicommiß-Qualität von der Eintragung abhängt“. S. Excurse.

³⁰⁾ Er kann ja bei seinen Lebzeiten das Fideicommiß dem ersten Erwerber tradirt haben.

³¹⁾ Weder der physische, noch der Tabular-Besitz, noch die Erbserklärung. Man denke an die Zeit der hereditas iacens.

³²⁾ Perfect und unwiderruflich, und doch noch nicht auf reelle Vermögensstücke fixirt ist die Anordnung z. B. bei der Errichtung durch Erbvertrag, wenn etwa „die Hälfte des Vermögens“ zum Fideicommiß bestimmt wird; die Fixirung erfolgt erst bei der Nachlaßvertheilung.

³³⁾ Hierzu Knipschild cap. VI. De forma sive modis, quibus fideicommissa familiarum nobilium constituuntur. (Ausg. v. 1654, p. 111 sq.) Costa §§. 12, 13; Lewis S. 88 ff.

³⁴⁾ Lewis S. 89, 99; Costa S. 28, 34 f., 54 f. — Eine Nachwirkung dieser Vermengung ist es, wenn Stubenrauch, Ellinger die Hausgesetze der mediatisirten Familien und das Hfd. v. 19. Sept. 1836 bei §. 627 erwähnen, statt bei §. 11 a. b. C. B.

³⁵⁾ Costa S. 28; vgl. Lewis S. 90—95.

der Frage, inwiefern in den Veräußerungsverboten zu Gunsten von Familiengliedern, oder in Aeußerungen, wie: „das Gut soll in der Familie bleiben,“ „soll immer meiner Familie erhalten werden,“ u. dgl. eine stillschweigende Fideicommiss-Anordnung zu erblicken sei.³⁶⁾ Für das heutige österreichische Recht versteht es sich von selbst, daß die Fideicommiss-Anordnung eine ausdrückliche sein müsse; wir werden dasselbe aber auch fordern müssen, wenn die Entstehung eines Fideicommisses vor dem Jahre 1763 behauptet werden würde.³⁷⁾ — Unter den ausdrücklichen Errichtungsarten haben die Juristen immer die durch Testament oder Codicill besonders empfohlen. Sie brachten dafür eine Menge Nützlichkeitgründe vor,³⁸⁾ dahinter stand aber wohl immer die theoretische Anknüpfung an das römische fideicommissum hereditatis, also, so zu sagen, das theoretische Gewissen der alten Juristen. Selbstverständlich unterliegt diese Errichtungsart auch für's österreichische Recht keinem Bedenken (s. z. B. §. 628 vb. „Erblasser“; vgl. cit. Pat. §. 223 Al. 1). Als eine andere Art zählte man auf: vertragsmäßige Bestätigungen einer letztwilligen Disposition eines Dritten;³⁹⁾ heut zu Tage hat dergleichen keinen Sinn (s. Note 39), wohl aber, wenn der oder die Notherben ganz oder theilweise auf ihr Pflichttheilsrecht verzichten und eine solche Erklärung dem Gesuche des Stifters beifügen. Doch liegt darin nur die Beseitigung eines Hindernisses der Errichtung, nicht diese selbst; diese ist auch hier auf den Willen des Stifters zurückzuführen. — Nicht selten wurden Fideicommissse durch Erbverträge errichtet.⁴⁰⁾ Letztere sind bei uns nur unter Gatten zugelassen (§. 1249), und es ist fraglich, ob nur die gegenseitige Honorirung der Gatten oder auch der übrige Inhalt unwiderruflich ist. Dies ist indeß kein Hinderniß für die Errichtung eines Fideicommisses, und selbst die Unwiderruflichkeit scheint hier unbedenklich, da ja auch andere Personen durch andere Verträge ein Fideicommiss in unwiderruflicher Weise gründen können.⁴¹⁾ — Fideicommissse können aber auch durch Acte unter Lebenden errichtet werden,⁴²⁾ und zwar entweder durch Verträge oder einseitige Erklärungen des Widmungswillens. Durch Verträge wieder in zweierlei Art. a) Es können zwei Willen sich zur Stiftung vereinigen, z. B. zwei Gatten vereinigen Stücke der beiderseitigen Vermögen zu einem einheitlichen Vermögen, für das sie die Fideicommiss-Verfassung einverständlich entwerfen. Keiner von ihnen kann die Stiftung einseitig widerrufen; aber Dritten gegenüber ist sie ganz wie eine einseitige Erklärung anzusehen; einverständlich können sie widerrufen. b) Der Vertrag kann errichtet sein zwischen dem Stifter und dem ersten Erwerber. Ein kinderloser Mann verkauft z. B. seinem Bruder ein Gut um einen geringen Preis, jedoch mit der vom Käufer anerkannten Widmung als Fideicommiss für des Käufers Familie, wobei der Verkäufer sofort die Verfassung aufstellt. Am häufigsten aber wird der

³⁶⁾ Costa §. 13; Lewis §. 95 ff. Bestritten war, ob aus dem Erbverzicht der Töchter ein Fideicommiss gefolgt werden könne; Lewis §. 98 f.; Costa a. a. D.

³⁷⁾ Lewis §. 95, 99.

³⁸⁾ Man lese statt Aller Knipschild l. c. p. 132 sq.! — Vgl. Lewis §. 111.

³⁹⁾ Man berief sich für ihre Zulässigkeit auf l. 30 Cod. de pact. II. 3. „Sie hatten keinen anderen Zweck, als den Testamenten, die dem deutschen Rechte fremd und vorzüglich den Rechten der Erben nach Geblütsrecht gefährlich waren, dadurch ihren Bestand zu sichern, daß diese Berechtigten durch Vertrag zur Anerkennung ihrer Bestimmungen sich verpflichten. Die Theorie lehrt den Stiel um, und sagt: solche Verträge gelten deswegen, weil sie nur das Testament bestätigen.“ Costa §. 26.

⁴⁰⁾ Costa §. 12; Lewis §. 115 ff.

⁴¹⁾ Dieser Zweifel wegen wurde bei den früheren begrifflichen Untersuchungen immer nur vom gemeinrechtlichen Erbvertrag gesprochen.

⁴²⁾ S. Zeiller Comm. II §. 541. Es beruht also nicht auf einer abweichenden Ansicht, sondern ist bloß eine unvorsichtige Stylisirung, wenn er auf §. 523 zur Fideicommiss-Errichtung Testamentisform zu fordern scheint; hiegegen Rippel IV §. 199 f.

Vertrag eine Schenkung sein.⁴²⁾ Genau betrachtet ist die Stiftung und Verfassung des Fideicommisses auch hier auf den einseitigen Willen des Stifters zurückzuführen; der Inhalt des Vertrages ist Schenkung, Kauf u. s. w. und vertragsmäßige Unterwerfung des Erwerbers unter die Verfassung; nr. a. W. erklärt, das Vermögen als ein so vinculirtes anzunehmen.⁴³⁾ Dem Vertrage ist die Fideicommiss-Errihtung mehr äußerlich einverleibt, während sie im Falle a) der eigentliche Inhalt eines Vertrages ist. — Die Fideicommiss-Errihtung erfolgt oft durch eine einseitige Willenserklärung,⁴⁴⁾ die keine letztwillige ist, und mit der Willenserklärung bei der Stiftung einer pia causa sich vergleichen läßt. Sie muß schriftlich abgegeben werden und ist entweder enthalten in dem Gesuche um den staatlichen Consens oder, wo dieser pro futuro erbeten wurde, in der Ausfertigung des Stiftsbriefes (arg. Pat. §. 222). — Die Willenserklärung kann übrigens in allen diesen Fällen bedingt, betagt, oder sub modo abgegeben sein;⁴⁵⁾ ja in einem Falle wird eine Bedingung sogar vom Gesetze subintelligirt (s. §. 628). Häufig sind aber jene Nebenbestimmungen hier gewiß nicht, und verlohnen um so weniger eine eingehende Behandlung, als die gesetzgebende Gewalt nie verpflichtet ist, ihren Consens zu erteilen, und ihn nicht erteilen würde, wo die Nebenbestimmung irgendwie bedenklich wäre. Ueberhaupt schneidet das Princip des §. 627 pr. viele subtile Zweifelsfragen ab, wie sich sogleich zeigen wird.

VI. Der Stifter kann adelig oder nicht-adelig,⁴⁶⁾ männlichen oder weiblichen Geschlechtes sein. Ob und wiefern bei unvollkommener oder mangelnder Handlungsfähigkeit des Stifters die Stiftung dennoch möglich sei, ist eine müßige Frage. Gewiß kann es nicht die Aufgabe der Vormundschaft sein, statt der Bevormundeten Fideicommisses zu errichten, so wenig (und aus denselben Gründen, s. §. 101), als zu testiren. Daß aber ein Minderjähriger ein Fideicommiss errichten würde, wird wohl kaum je vorkommen. Sollte es doch der Fall sein (z. B. ein junger, hoffnungslos kranker Mann will es thun), so schneidet die staatliche Genehmigung jeden Zweifel an der Gültigkeit ab,⁴⁷⁾ während in der

⁴²⁾ Was Lewis §. 120 f. gegen die Bezeichnung einer Fideicommiss-Stiftung als Schenkung ausführt, ist nicht überzeugend. Daß „sich mit dem Begriffe einer Schenkung die Bestimmung über das Schicksal eines Vermögensobjects auf Generationen nicht vereinigen läßt“, ist eine unerwiesene Behauptung. Vielleicht würde aber Lewis gegen unsere Formulirung in Texten nicht streiten; vielleicht gilt sein Widerspruch nur der Meinung, welche die Fideicommiss-Stiftung in der Schenkung aufgehen läßt, und dann stimmen wir überein. Wenn er weiter sagt (§. 121): „Der Widerruf der gültigen und in's Leben getretenen Fideicommiss-Stiftung wegen Undanks des zuerst berufenen Besitzers ist eben so wenig statthaft, da der erste Besitzer nicht der alleinige Besitzer ist, wegen seines Undanks daher das Fideicommiss nicht den übrigen, der ganzen Reihe von Successoren entzogen werden darf“ — so ist an den Fall der dos voluntaria zu erinnern, wo wegen des Undanks der mit ihr beschenkten Frau die Dosbestellung nicht widerrufen werden darf, weil aus ihr der Mann ein selbständiges Recht erworben hat.

⁴³⁾ Lewis §. 120 meint: „Wenn . . . überhaupt eine Schenkung, so liegt eine donatio sub modo vor; . . . der modus besteht hier in der Restitution oder besser Hinterlassung des Fideicommisses an den Successor.“ Dies scheint uns unrichtig. Die Pflicht zu dieser Hinterlassung ist keine blos obligatorische, der Werth der Schenkung wird nicht durch eine Auflage (gleichsam hinterher) gemindert, sondern dem ersten Erwerber wird von vornherein nur das beschränkte Eigenthum geschenkt.

⁴⁴⁾ Vgl. Lewis §. 119.

⁴⁵⁾ Vgl. Lewis §. 8.

⁴⁶⁾ Dennoch ist uns kein Fall bekannt, wo ein Nicht-Adeliger ein Fideicommiss gestiftet hätte.

⁴⁷⁾ Für eine äußerliche und nicht richtige Gesetzanwendung halten wir es, wenn Lewis §. 37 Note 5 und Note 7 glaubt, daß hinsichtlich der Pörschwender und jugendlichen Personen, wenn sie in einem Testamente die Stiftung machen, die Einschränkungen der §§. 568, 569 Statt finden. Gegenüber der größten denkbaren Cautel, der des §. 627 pr., können die in §§. 568, 569 vorgeschriebenen gar nicht in Betracht kommen!

Regel das Gesuch eines jugendlichen Stifters sofort zurückgewiesen werden dürfte. — Das Fideicommiss kann zu Gunsten der eigenen oder auch einer fremden, adeligen oder nicht-adeligen, Familie errichtet werden;⁴⁸⁾ auch zu Gunsten einer Frau und deren Descendenz, eines unehelichen Sohnes und seiner (ehelichen) Nachkommen.⁴⁹⁾

VII. Das österreichische Recht enthält keine Einschränkungen hinsichtlich der Objecte eines Fideicommisses.^{49a)} Aus der Natur der Sache und dem Zweck des Institutes ergibt es sich, daß eine gewisse Dauerhaftigkeit und Ertragsfähigkeit⁵⁰⁾ dazu gehören. Deshalb eignen sich Mobilien nicht zum alleinigen Gegenstand,⁵¹⁾ wohl aber kommen sie sehr häufig als Nebenbestandtheile eines Fideicommisses vor.⁵²⁾ Am besten eignen sich Capitalien (Geld-Fideicommiss)⁵³⁾ und Immobilien (Real-Fideicommiss im engeren Sinne),⁵⁴⁾ und zwar ebensowohl Häuser,⁵⁵⁾ als Landgüter. Alles dies erscheint aber, gegenüber dem Erforderniß des §. 627 pr., nur als thatsächliche Erwägung. Daß der Vasall nicht das Leben,⁵⁶⁾ der Fiduciar nicht das Substitutionsvermögen⁵⁷⁾ zu einem Fideicommiss widmen können, liegt nicht in einer Besonderheit der Objecte, sondern in dem Mangel der Dispositionsbefugniß, die wieder nur die Folge der unvollkommenen Herrschaft des Stifters über diese Objecte ist; es erklärt sich also aus einem ähnlichen Grund, wie der selbstverständliche Satz, daß Niemand eine fremde Sache wirksam vinculiren kann; quisque potest legem dicere rei suae, und in vollem Sinne sua ist nur die freieigene Sache. Es dürfte selten vorkommen, ist aber an sich richtig, daß der Testator auch Sachen des Erben stiften kann (darüber, wer dann „Stifter“ sei, s. in den Excursen). Natürlich hängt der Erfolg der Stiftung dann davon ab, ob der Eingesezte die Erbschaft mit dieser Last annimmt. Eher könnte es vorkommen, daß dem Erben zugemuthet wird, das Fideicommiss zu vergrößern (welcher Fall allerdings principieil dem früheren gleichsteht).⁵⁸⁾ — Nicht jede Beschränkung hebt den Begriff des „freien Eigenthums“ auf, namentlich nicht die Belastung mit Servituten und Hypotheken.

⁴⁸⁾ Vgl. Lewis §. 4.

⁴⁹⁾ Dies ist nicht zu verwechseln mit der zu verneinenden Frage, ob in ein zu Gunsten der eigenen Familie gestiftetes Fideicommiss ein unehelicher Sohn succediren könne.

^{49a)} Vgl. im Allgemeinen hiezu Wildner S. 51—63, wo über manche jetzt veraltete Anordnung berichtet wird.

⁵⁰⁾ Wildner S. 51 f., Lewis S. 48.

⁵¹⁾ Gewöhnlich führt man als Beispiel eines solchen einen Familienschmuck an; vgl. Wildner S. 63 Note.

⁵²⁾ Wenn Wildner („Jurist“ VII S. 455) als Beispiele für „bewegliche Fideicommiss“: „Fideicommissservice, Fideicommisswägen . . .“ anführt, so zeigen schon die Worte, daß es sich dabei nur um Nebenbestandtheile eines Fideicommisses handelt; es sind eben keine „Service- oder Wagen-Fideicommiss“, sondern „Fideicommiss-Service und -Wagen“, d. h. sie gehören zu einem Fideicommiss, bilden es aber nicht; s. Wildner selbst in seinem Buche S. 58, 62 f.

⁵³⁾ Vgl. Lewis S. 50 ff.

⁵⁴⁾ Im weiteren Sinne bedeutet „Real-Fideicommiss“ den Gegensatz zu Geld-Fideicommiss, also auch die „beweglichen Fideicommiss“ umfassend; praktisch ist der Unterschied von Real-Fideicommiss im engeren und im weiteren Sinne von geringem Belang, wie sich aus Obigem ergibt.

⁵⁵⁾ S. z. B. den im „Jurist“ II S. 420 ff. erzählten Fall. — Anders nach preuß. L. R. II. 4 §. 60: „Aus bloßen Häusern und Gebäuden, ingleichen aus Mobilien und Kostbarkeiten allein, kann kein beständiges Familien-Fideicommiss errichtet werden.“

⁵⁶⁾ Es war eine früher sehr beliebte, weil praktisch wichtige Frage, ob und inwieferne Lehnen zu einem Fideicommiss gestiftet werden können. S. darüber Costa S. 35, Lewis S. 68—79, Espan I §§. 23, 28, 29.

⁵⁷⁾ Espan §. 24; Kirchstetter bei §. 627.

⁵⁸⁾ Lewis S. 64 ff. Vgl. Costa S. 35.

Ihrrerwegen kann die Errichtung eines Fideicommisses nicht angefochten werden;⁵⁹⁾ aber andererseits hindert diese nicht die Ausübung jener Rechte.⁶⁰⁾

VIII. Inventar. Schon die Natur des Fideicommisses als eines vincularischen, von dem freien Vermögen des jeweiligen Inhabers zu separirenden und den Nachfolgern ungeschmälert zu erhaltenden Vermögens — macht eine Verzeichnung und Beschreibung seiner Bestandtheile nothwendig. Dreierlei derartige Verzeichnisse sind zu unterscheiden: eines, welches dem Gesuche um Bewilligung der Fideicommiss-Stiftung beiliegen muß (Pat. §. 221), eines, das nach erfolgter Bewilligung aufgenommen wird (Pat. §. 223) und dann jedesmal ein neues bei jedem Besitzwechsel (Pat. §. 224; vgl. §. 108 ebb.). Im Unterschiede von den letzterwähnten Inventaren heißt das an zweiter Stelle erwähnte „das Hauptinventar“ (Pat. §. 224), zu welchem sich das erste Verzeichniß ähnlich verhält, wie der Entwurf der Fideicommiss-Urkunde zur Original-Urkunde (Pat. §§. 221, 222). Jenes vorläufige Verzeichniß, das Manche seiner provisorischen Natur wegen nicht „Inventar“ nennen wollen,⁶¹⁾ ist darum nothwendig, weil die Bewilligung nicht in abstracto zur Errichtung irgend eines Fideicommisses, sondern stets nur hinsichtlich eines bestimmten Vermögens ertheilt wird, dann auch darum, damit die maßgebenden Autoritäten sich eine Vorstellung von der Beträchtlichkeit des Fideicommisses machen können. Deshalb ist eine Werthangabe, nicht aber auch eine amtliche Schätzung nothwendig.⁶²⁾ Das Hauptinventar ist eine unerläßliche Beilage des Stiftbriefes, indem es eben das Vermögen individualisirt, für welches die Bestimmungen des Stiftbriefes gelten. Ferner bildet dieses Inventar zusammen mit dem beim Antritt des zuletzt verstorbenen Inhabers aufgenommenen die Grundlage für die bei jedem Besitzwechsel eintretende Separirung von dem Allodial-Nachlasse (§. 627) und für die Untersuchung, inwiefern der Nachfolger (wegen Minderungen und Verschlechterungen . . .) einen Anspruch gegen die Allodialerben des Verstorbenen (oder allgemeiner: welchen Anspruch das Fideicommiss gegen den Allodial-Nachlaß) habe, und umgekehrt (wegen Meliorationen . . . a. b. G. B. §. 641). Deshalb ist es namentlich wichtig, daß im Hauptinventar der sogen. fundus instructus genau verzeichnet werde, wie es auch rathsam ist, daß der Stifter über die Erhaltung und Erneuerung des fundus instructus genaue Vorschriften gebe, da gerade über diesen Punkt viele Streitigkeiten entstehen.⁶³⁾ §. 627 verlangt „ein ordentliches, beglaubtes Verzeichniß“ (vgl. §. 518), worunter hier ein gerichtlich aufgenommenes zu verstehen ist (Pat. §. 223 Abs. 1 i. f.).⁶⁴⁾ Mit der Inventarisirung ist eine amtliche Schätzung

⁵⁹⁾ Gspan I S. 34 (§. 30), ferner S. 31 (§. 26 a. G.).

⁶⁰⁾ Gspan a. a. D., Lewis S. 67. Weßgal. G. B. II §. 421. Vgl. hier bei §. 642.

⁶¹⁾ S. Wildner S. 88 Note. Das Verzeichniß werde zum Inventar erst durch die Beglaubigung (§. 627), und diese sei für die Gesuchsbeilage nicht erforderlich. In letzterem hat er gewiß Recht, im übrigen ist es ein Wortstreit; Pat. §. 223 Abs. 1 spricht für den strengeren, der Schluß desselben Paragraphen („ein neues Inventar“) für den laxeren Sprachgebrauch.

⁶²⁾ Es kann sich ja vorerst doch nur um eine beiläufige Werthangabe handeln; eine gröbliche Unwahrheit, um die Bewilligung zu erschleichen, ist nie zu befürchten. Denn abgesehen von der Controle, die der Verwaltungsbehörde, durch deren Hände das Gesuch geht, so leicht möglich ist, liegt es im Interesse des Gesuchstellers, sich jeder wissenschaftlichen Ueber- oder Unter-Schätzung zu enthalten; erstere muß er schon mit Rücksicht auf die Gebühren vermeiden, mit letzterer würde er die Nachfolger gefährden, deren Wohlstand er ja sicherstellen will. Die (auch an sich nicht zu urgirenden) Worte „genaue Schätzung“ in dem Gesetze v. 1763 können schon darum kein Gegenargument abgeben, weil das Gesetz gänzlich antiquirt ist.

⁶³⁾ Näheres darüber bei §. 631.

⁶⁴⁾ Zeiller spricht bei §. 518 (II S. 355) von der „Errichtung einer beglaubten, nach der Gerichtsordnung vollen Beweis machenden, gerichtlichen, oder eigenhändig

durch beidete Sachverständige (Land- und Forstwirthe, Montanisten . . .) zu verbinden.⁶⁵⁾ Dieses Inventar ist bei einer Errichtung unter Lebenden sogleich nach erhaltener staatlicher Genehmigung, sonst gelegentlich der Verlassenschaftsbehandlung nach dem Stifter aufzunehmen (Pat. §. 223)⁶⁶⁾ und gerichtlich aufzubewahren (§. 627, vgl. Pat. §. 230 i. f., Gerichts-Inst. v. 3. Mai 1853 §. 232).

IX. Die „besonderen Vorschriften“, nach denen „das Gericht für die Sicherheit des Fideicommisses zu sorgen hat“ (§. 627 i. f.), waren vormals in der allgem. Instruction f. d. Justizstellen v. 9. Sept. 1785⁶⁷⁾ und in zahlreichen Hofdecreten,⁶⁸⁾ und sind jetzt im Pat. v. 9. Aug. 1854 im 4. Hauptstücke enthalten.⁶⁹⁾ Das Gericht⁷⁰⁾ weist alle ein bestimmtes Fideicommiss (oder wohl überhaupt die Fideicommissse des Sprengels) betreffenden Geschäfte demselben Referenten zu⁷¹⁾ (der über jedes Fideicommiss ein eigenes Protokoll zu führen hat; Pat. §. 255), bestellt für jedes Fideicommiss einen Curator (unter Berücksichtigung der Wünsche der Anwärter, Pat. §. 227), verwahrt die Fideicommiss-Urkunden, überwacht die Dnerirungen (Pat. §. 233 ff.) und Depurationen (Pat. §. 247 ff.)⁷²⁾ und sorgt für die „Versicherung des Fideicommiss-Vermögens“ nach den Vorschriften der §§. 230—232 des cit. Pat., insbesondere dafür, daß bei unbeweglichen Gütern die fideicommissarische Anordnung in die öffentlichen Bücher eingetragen werde.⁷³⁾

von den Parteien gefertigten Urkunde, oder Beschreibung der Hauptsache und Pertinenz-Stücke und ihrer Güte und Beschaffenheit . . .“ Bei §. 627 äußert er sich über das „beglaubte Verzeichniß“ nicht. Die Verhältnisse liegen hier aber, wo so verschiedene Interessen in Betracht kommen, wesentlich anders als bei der Fruchtnießung, und es geht nicht an, das zu §. 518 Gelage unverändert zu §. 627 zu ziehen. Wildner S. 108 f. bemerkt mit Recht, daß ein vom ersten Erwerber bestätigtes Verzeichniß nicht genüge, daß man hier gerichtliche Ausfertigung fordern müsse; und in diesem Sinne ist jetzt die Frage durch §. 223 des Pat. erledigt.

⁶⁵⁾ Freilich ist das im Gesetze nicht gesagt, aber es ergibt sich aus dem Zwecke des Inventars. Auch §. 224 des Pat. spricht nicht von einer solchen Schätzung und doch findet sie gewiß bei jedem Besitzwechsel (gelegentlich der „Separations-Commission“) Statt. Selbst eine Abschmächung jenes Erfordernisses nach Analogie des Endsatzes von §. 224 des a. b. G. B. („Die Schätzung des unbeweglichen Vermögens . . . kann . . ., wenn der Werth sich aus anderen zuverlässigen Quellen darstellt, ganz unterbleiben“) ist bedenklich; denn das Inventar des §. 627 hat eine weit größere Bedeutung, als das den Vormündern noch §. 224 a. b. G. B. aufgetragene. Vgl. im Allgemeinen Wildner S. 107 f.

⁶⁶⁾ Aus der unvorsichtigen Textirung des §. 223 des Pat. darf man nicht folgern, daß bei leibwilliger Errichtung in allen Fällen sogleich nach dem Tode ein Inventar, in einigen später noch ein zweites aufzunehmen sei. Vielmehr ist als Gegensatz zu dem am Schlusse des §. 223 erwähnten „neuen Inventar“ nur ein solches Inventar zu denken, welches lediglich eine Beglaubigung des dem Gesuch beiliegenden Verzeichnisses (§. 221) ist.

⁶⁷⁾ J. G. S. Nr. 464 S. 41 ff., in Zimmerl's Handb. f. Richter, Advokaten und Justizbeamte (8. Aufl. Wien 1830) II S. 69 ff. Und zwar gehört hierher §. 41 in der I. Abth. 4. Abschn. (bei Zimmerl S. 87).

⁶⁸⁾ Zusammengestellt in Zimmerl's Handb. II S. 88—98; einiges davon auch in Winwartner's Handb. d. Justiz- u. polit. Gesetze (1829) II. Bd. S. 235—237.

⁶⁹⁾ Auf die wenigen einschlägigen Vorschriften der Gerichts-Inst. v. 1853 (S. B. §§. 221, 227) ist hier nicht einzugehen.

⁷⁰⁾ Welches? f. C. Z. R. §. 89 (vgl. §. 14 lit. e und §. 38) und M. Z. R. §. 9.

⁷¹⁾ Vgl. Zeiller S. 540.

⁷²⁾ Auch (s. Note 69) diese Vorschriften betreffen zunächst nicht das materielle Recht und sind deshalb hier nicht ex professo zu erläutern, sondern nur soweit zu berücksichtigen, als sie mit den folgenden Paragraphen des a. b. G. B. zusammenhängen.

⁷³⁾ Und zwar ist diese Eintragung eine Anmerkung (Abnotation), s. Aufseß Landtafel- u. Grundbuch's-Ordg. S. 344 (§. 491), S. 350 (§. 502); Ezner Hypothekensrecht I S. 161. Wo (auf welchem „Blatt“) sie vorzunehmen sei, und welche rechtliche Bedeutung ihr zukomme, darüber s. die Excurse zu §. 627.

Widerruf der Errichtung.

§. 628. *)

Der Fideicommiss-Stifter hat das Recht, die Errichtung des Fideicommisses zu widerrufen, so lange noch niemand durch die Uebergabe oder durch Vertrag ein Recht erworben hat. Und der Wille wird als widerrufen angesehen, wenn dem Erblasser ein männlicher ehelicher Erbe, der in dem Fideicommiss nicht begriffen ist, geboren wird.

I. Redaction. Der §. 421 Westgal. G. B. II lautete:

„Durch Errichtung eines Fideicommisses verliert weder ein früher vorgemerkter Gläubiger sein Recht, noch der Fideicommiss-Stifter selbst, wenn anders noch niemand ein Recht erworben hat, die Freyheit seinen Willen zu widerrufen. Vielmehr wird sein Wille als widerrufen angesehen, wenn ihm nachher ein männlicher ehelicher Erbe geboren wird.“

1) Das innerösterreich. Appell. Ger. wünschte den Zusatz: „ein Recht durch einen Vertrag oder durch die wirkliche Uebergabe des Fideicommisses erworben hat.“ 2) Das niederösterreich. Appell. Ger. wollte den Schlussatz gestrichen wissen. Da der Fideicommiss-Stifter seinen Willen ändern dürfe, so zeige seine Unterlassung, daß er ihn nicht widerrufen wollte. 3) Die Facultät Freiburg schlug den Zusatz vor: „wenn er zur Zeit der Errichtung kinderlos war und ihm nachher . . .“ Auch sollte der Gedanke ausgedrückt werden, daß, wenn der Leibeserbe vor dem Stifter stirbt und die Urkunde noch unverlegt vorhanden und auch nicht ausdrücklich widerrufen ist, das Fideicommiss (und ebenso eine Stiftung im technischen Sinne) wieder auflebe. 4) Die Wiener Facultät wünschte (g. G.) den Zusatz „da er vorher noch keinen hatte“. — Zeiller erklärte sich (Prot. v. 20. Febr. 1804) mit dem ersten Monitum einverstanden. In Bezug auf das zweite bemerkte er: Der letzte Satz des §. 421 sei wohl nur von dem Falle zu verstehen, wo dem Erblasser erst nach seinem Tode oder wenigstens zu einer Zeit, wo er seinen Willen nicht mehr ändern könnte, ein solcher, im Fideicommiss nicht begriffener, Erbe geboren wird. Damit wären die meisten Erinnerungen erledigt. Daß das Fideicommiss, wenn das Kind vor dem Stifter stirbt, wieder aufleben solle, glaube er nicht. Demnach schlug Zeiller einen Text vor, dessen erste Hälfte sich von dem ersten Satz des §. 421 nur durch die eingeschalteten Worte „durch einen Vertrag oder durch die Uebergabe“ unterschied, dessen zweite Hälfte aber so lautete: „und der Wille wird als widerrufen angesehen, wenn ihm erst nach seinem Tode oder zur Zeit, da er seinen Willen nicht mehr widerrufen konnte, ein männlicher ehelicher Erbe, der in dem Fideicommiss nicht begriffen ist, geboren wird.“

Man war „im wesentlichen“ (?) mit Zeiller einverstanden; jedoch beschloß man, auf eine Bemerkung Pitreich's hin, den ersten Satz, der die Gläubiger betrifft, als selbstverständlich zu streichen; zugleich wurde der jetzige Text des §. 628 beschlossen.

Offenbar ist das Protokoll hier flüchtig abgefaßt. Man erfährt nichts über die wichtige Frage, ob nach der Meinung der Majorität das Fideicommiss beim Vorversterben des Kindes wieder aufleben solle; wir müssen diese Frage, gegen Zeiller's Ansicht, wegen der Analogie des §. 778 i. f. bejahen.¹⁾ Man erfährt nichts über die Debatte, welche zur Weglassung der von Zeiller

*) Ueber diesen Paragraphen handelt ein (3 Seiten langer) Aufsatz von Scheidlein (in der Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1826 II S. 48—50), von dem schwer zu sagen ist, was er eigentlich soll, da er auf die wirtlichen Schwierigkeiten nicht eingeht und fast nur eine Wiedergabe des in Zeiller's Commentar zu diesem Paragraphen Gesagten enthält.

¹⁾ Zeiller selbst verweist ja im Comm. II S. 543 Z. 5 auf die §§. 775—783! — Nichtig Basevi zu §. 628 nr. 1. Die Ungiltigkeit des Fideicommisses kann nur von dem Nachgeborenen (bez. seinen ehelichen Descendenten) geltend gemacht werden, nicht von Dritten (relative Ungiltigkeit, s. Unger Erbr. §. 87 Text a. G.; vgl. auch Espan I S. 43).

vorgeschlagenen Worte „erst nach seinem Tode oder zur Zeit, da er seinen Willen nicht mehr widerrufen konnte“ führte. Daß dies nicht der Kürze wegen, sondern wegen Mißbilligung des in den Worten enthaltenen Gedankens geschah, erhellt aus Zeiller's eigenem Zeugniß, da er im Commentar II S. 543 sagt: „... Kind, welches dem Erblasser (nach oder vor seinem Ableben, jedoch nach errichteter Willenserklärung) geboren wird . . .“

II. Durch §. 628 wird die obige Behauptung (S. 307) bestätigt, daß auch nach österreichischem Recht — trotz der Einreihung dieser Materie in's Erbrecht — ein Familien-Fideicommiss ebensowohl durch Acte inter vivos, als letztwillig errichtet werden kann. Durch die Commentare zu diesem Paragraph wird bestätigt, daß die herrschende Ansicht unter unseren Theoretikern mit Recht immer dahin ging, daß die staatliche Einwilligung der Stiftungserklärung auch nachfolgen könne. Ob der Stifter seine Erklärung widerrufen könne oder nicht, hängt lediglich von der Natur dieser Erklärung, und gar nicht von dem Umstande ab, ob die staatliche Bewilligung bereits erfolgt ist oder nicht. So bleibt das Testament trotz diesem (erlaubenden und nicht zwingenden) Staatsgesetz wider- rüchlich, während der Vertrag auch vor Einholung der staatlichen Genehmigung unwiderrüchlich ist.²⁾ Gleich der letztwilligen ist auch die einseitige Stiftungserklärung inter vivos, so lange keine Tradition erfolgt ist, wider- rüchlich.³⁾ Un- widerrüchlich ist die Stiftung, sobald Jemand „durch die Uebergabe oder durch Vertrag ein Recht erworben hat“ (§. 628). Freilich steckt in der Uebergabe selbst ein Vertrag, aber da der Begriff des sachenrechtlichen Vertrages erst durch Savigny zur Klarheit gebracht wurde, so kann diese Gegensezung von „Ueber- gabe“ und „Vertrag“ nicht befremden.⁴⁾ Wenn aber in der Fideicommiss-Erri- chung „durch Vertrag oder Uebergabe“ eine Schenkung enthalten ist (s. oben S. 308), kann sie nicht nach den Regeln von der Schenkung widerrufen werden? Also insbesondere, wenn der Besitzer sich eines groben Undankes gegen den Stifter schuldig gemacht hat (§. 948)? Aber sollten die Anwärter mit ihm büßen? Gewiß ist zu einer Zurücknahme der ganzen Anordnung um so weniger Grund, als der Unwürdige dem nächsten Anwärter Platz machen muß. Denn der Be- griff der Indignität und sohin auch die oben S. 21 unter lit. D aufgestellten Grundsätze sind analog auf den Genuß des Fideicommisses anzuwenden (obgleich in unserm Falle, wenn wir an den ersten Besitzer denken, vom „Erbrecht“ selbst im weitesten Sinne des Wortes nicht die Rede sein kann). Es tritt also §. 948 hier zurück hinter den §. 540.⁵⁾ Wegen Verarmung (§. 947) kann der Stifter

²⁾ Mit voller Klarheit sagt all' dies Zeiller zu §. 628 Z. 2. Vgl. Scheidlein a. a. D. S. 48; Stubenrauch zu §. 628 Z. 1; vgl. Lewis S. 178.

³⁾ Mit Recht setzt Zeiller Z. 2 hier nicht letztwillige Erklärung und die unter Lebenden einander entgegen, sondern „unterscheidet, ob die Errichtung durch eine einseitige oder zweiseitige Willenserklärung geschah.“ Richtig auch Winwartter III S. 145 und noch deutlicher Stubenrauch Z. 3. — Unrichtig sind die Bemerkungen von Lewis S. 176, dem aber Kirchstetter (zu §. 628 N. 2) insofern Unrecht thut, als Lewis in seinem ersten Satz offenbar Tradition voraussetzt.

⁴⁾ In auffallender Weise werden jene Worte mißverstanden von Ellinger. Er folgert aus den Worten „oder durch Vertrag“, daß die Worte „durch Uebergabe“ auf den Fall einer letztwilligen Errichtung gehen. Er knüpft daran die Bemerkung: „In dieser Beziehung kann also selbst eine letzte Willenserklärung unwiderrüchlich sein.“ Auch das ist schief. Sollte der Fall ja vorkommen, so ist er ähnlich zu beurtheilen, wie der Fall, wo der Erblasser die vermachte Sache dem Honorirten schon bei Lebzeiten gegeben hat (vgl. Arndt's Glück's Commentar XLVI. Bd. S. 287 f.). Freilich können noch immer die Bestimmungen des Testaments hinsichtlich der Successions-Ordnung u. s. w. aufrecht bleiben, aber nur weil und sofern sie in den Inhalt des Vertrages (bei der Uebergabe) aufgenommen sind, was auch durch eine allgemeine Hinweisung auf das Testa- ment geschehen kann.

⁵⁾ Anders Wildner S. 98. „Wäre der Undankbare im Genuße des Fideicom-

nur eine aus den Erträgen des Fideicommisses zu entrichtende Rente fordern.⁶⁾ — Eine andere, bisher nicht genügend erwogene, Frage ist die, ob dort, wo ein einseitiger Widerruf nicht mehr statthaft ist, der Stifter in Uebereinstimmung mit dem Besitzer das Fideicommiss-Band lösen könne. Wir glauben die Frage verneinen zu sollen, da der Besitzer über die Interessen der Anwärter nicht verfügen kann (arg. §. 644).⁷⁾ — Die Anmerkung des Fideicommiss-Bandes ist für die Frage nach der Widerruflichkeit gleichgültig, nicht auch die Eintragung des beschränkten Eigentums des ersten Besitzers, welche vielmehr eine „Uebergabe“ ist.⁸⁾ Wie aber, wenn der Stifter sich selbst als ersten Besitzer hat eintragen lassen? Nachdem er schon im Buche steht, ist hier u. E. nicht sein Eigentum, sondern nur dessen Einschränkung durch das Fideicommiss-Band einzutragen. Jedenfalls kann weder von einem „Vertrage“ mit sich selbst, noch von einer „Uebergabe“ an sich selbst die Rede sein; und deshalb glauben wir, daß die Anordnung noch widerruflich sei.⁹⁾ Ueberhaupt hat der Richter im Zweifel sich für die Widerruflichkeit zu entscheiden, da unser Gesetzbuch Fideicommiss nicht begünstigt, wohl aber die Freiheit des Eigentums.¹⁰⁾ Die Form des Widerrufs hängt von der Art der Stiftungserklärung ab; war diese eine letztwillige, so kommen die Vorschriften des 12. Hauptstückes (insbes. §. 719) zur Anwendung, nur kann man die Stiftung so lange nicht für widerrufen durch ein späteres Testament halten, als dessen Inhalt nicht hiezu nöthigt.¹¹⁾

misses, dann erschiene der Genuß als eine Schenkung in specie (?) an den Undankbaren, dieser Genuß könnte daher widerrufen (§. 948), und vom gekränkten Stifter oder dessen Erben (§. 949) so lange bezogen werden, bis das Recht des andern (schuldlosen) Anwärters auf das Fideicommiss erwacht; denn bis zu diesem Punkte hätte der Undankbare sein Recht, folglich der Anwärter keines gehabt, mithin konnte der letztere in seinem Genußrechte nicht gestört werden.“

⁶⁾ Vgl. Wildner S. 98.

⁷⁾ Dieselbe Ansicht tritt auch in den Motiven der (freilich zunächst einen ganz anderen Fall betreffenden) oberstgerichtlichen Entscheidung in der Sammlung I Nr. 423 hervor. Eine andere Meinung scheint Espan I S. 43 zu vertreten (vb. „so kann der Stifter einseitig nicht mehr zurücktreten, weil Verträge nur mit beiderseitiger Zustimmung wieder aufgehoben werden können“). Viel bestimmter Lewis S. 176 (i. f.): „Natürlich kann (das vertragsmäßig errichtete Fideicommiss) durch den übereinstimmenden Willen beider oder sämtlicher Contrahenten aufgehoben werden . . .“ War so „natürlich“ scheint uns diese Entscheidung nicht, am wenigsten bei einem Schriftsteller, der auf der nämlichen Seite ein einseitig unter Lebenden errichtetes Fideicommiss auch dann für unwiderruflich hält, „wenn der Stifter selbst der erste Fideicommiss-Besitzer ist!“ U. E. sind nicht nur beide Entscheidungen unrichtig, sondern auch unter sich im grellsten Widerspruch (s. auch Note 9).

⁸⁾ S. Marginalnote zu §. 431: „Uebergabe unbeweglicher Sachen mittelst Einverleibung in die öffentlichen Bücher.“

⁹⁾ Daß das Staatsgesetz hieran nichts ändert, wurde schon gesagt. Am ehesten ließe sich obige Behauptung mit dem Hinweise auf die Anwärter angreifen, und sagen: der Stifter habe seinen Willen, die Stiftung sofort in's Leben treten zu lassen, hinreichend deutlich erklärt. Dagegen bemerken wir: Gewiß deutlich genug, ob aber auch in bindender Art? — Unhaltbar ist die Begründung von Lewis S. 176. „Ganz ebenso liegt die Sache, wenn der Stifter selbst der erste Besitzer des Fideicommisses ist. Freilich behält er in diesem Fall die zum Fideicommiss gehörigen Gegenstände, allein dieselben unterliegen doch nicht mehr seinem Verfügungsrecht, da sein Eigentum nunmehr durch das zu Gunsten der durch die Stiftung berufenen Successoren gesetzte Veräußerungsverbot beschränkt ist . . .“ Durch wessen Verbot? Durch sein eigenes und, wie Lewis ausdrücklich voraussetzt, einseitig erklärtes! Und jene Behauptung erscheint um so unbegreiflicher, als Lewis sie auf dem Boden des gemeinen Rechtes aufstellt, also dabei weder eine bürgerliche Eintragung, noch eine staatliche Bestätigung der Stiftungserklärung voraussetzt. S. überdies Note 7.

¹⁰⁾ S. diesen Commentar I. Bd. S. 193; zu den dort cit. Paragraphen sind noch zu ergänzen die §§. 360, 1177, 1234.

¹¹⁾ Diese Einschränkung des ohnehin verfehltten §. 713 ist unbedenklich.

III. Die einseitig erklärte¹²⁾ Stiftungserklärung wird als widerrufen angesehen,¹³⁾ wenn dem Stifter „ein männlicher ehelicher Erbe, der in dem Fideicommiss nicht begriffen ist, geboren wird“ (§. 628). Nicht vorausgesetzt ist, daß der Stifter nicht mehr in der Lage war, seine Anordnung zu ändern (siehe *Abf. I a. E.*); nicht vorausgesetzt ist, daß der Stifter vorher keinen männlichen ehelichen Erben gehabt habe.¹⁴⁾ Hat freilich der Stifter einen oder mehrere Söhne schon gehabt, so wird sowohl bei der Primogenitur, als beim Majorat, als beim Seniorat der nachgeborene Sohn zum Kreise der möglichen Nachfolger gehören, also nicht geradezu ausgeschlossen sein, — und dies genügt.¹⁵⁾ Aber es könnte immerhin eine Successionsordnung vorgeschrieben sein, welche den Nachgeborenen gänzlich ausschloß.¹⁶⁾ „Geboren wird“: der *agnatio* steht hier die quasi *agnatio* (*Adoption*,¹⁷⁾ *Legitimation*¹⁸⁾) nicht gleich; es ist ein unvorhergesehenes Ereigniß vorausgesetzt, dem eine Willenshandlung des Stifters nicht gleichgestellt werden kann.¹⁹⁾ Der Nachgeborene muß männlichen Geschlechtes und ehelich sein oder doch später ehelich werden; nicht jede *Legitimation* indeß genügt hier (s. §§. 160—162, und oben bei §. 618 S. 276).²⁰⁾ Mit diesem

¹²⁾ Mit dem Worte „Erblasser“ (statt „Stifter“) wollten die Redactoren andeuten, daß der zweite Theil des §. 628 nur dort gelte, wo der Wille noch widerruflich sei (*Zeiller* S. 542 Z. 4). Da *Stubenrauch* (zu §. 628 Z. 3) in letzterer Beziehung den leztwilligen auch einseitige Erklärungen inter vivos gleichstellt, so ist es inconsequent, daß er (Z. 6) in ersterer Beziehung (nämlich hinsichtlich des „vermutheten“ Widerrufs) sie nicht gleichstellt. Etwas vorsichtiger äußert sich *Gspan* I S. 43: „Dieser Widerruf scheint . . . sich nur auf leztwillige Anordnungen zu beziehen, am mindesten kann er die vertragsmäßig erfolgte Errichtung des Fideicommisses beitragen.“ — Noch unrichtiger ist die (obzwar de lege ferenda zu billigen) nach der entgegengesetzten Richtung abirende Meinung *Kirchstetter's*, daß §. 628 i. f. auch auf vertragsmäßig errichtete Fideicommissen anwendbar sei. Dies ist gegen den Wortlaut des Gesetzes, gegen die Meinung der Redactoren und gegen die Analogie der Schenkung (§. 954).

¹³⁾ Daß diese „rechtliche Vermuthung des Widerrufs“ (*Zeiller* Z. 3) keine ächte Präsumtion, sondern eine Dispositivbestimmung sei, zeigt *Unger System* II §. 85 N. 19 und §. 130 N. 45.

¹⁴⁾ Die *Monita*, welche diese Voraussetzung hineintragen wollten, wurden nicht berücksichtigt (s. *Abf. I*), sondern im Gesetztext und im *Commentar Zeiller's* eine Formulierung festgehalten, welche einen ganz anderen Gedanken präcis ausdrückt.

¹⁵⁾ *Zeiller* S. 543 Z. 6: „Wäre der Nachgeborene . . . zur Nachfolge im Fideicommiss nahe oder entfernt berufen, so fällt der Grund des vermutheten Widerrufs, somit die Vermuthung weg.“

¹⁶⁾ Der Stifter hat vorher nur einen Sohn gehabt, und verordnet, daß, wenn dessen Linie erlösche, die seines (des Stifters) Bruders N. N. folgen solle od. dgl.

¹⁷⁾ S. *Zeiller* S. 543 Z. 6.

¹⁸⁾ S. *Stubenrauch* zu §. 628 a. E.

¹⁹⁾ Die fraglichen Personen haben ja schon gelebt; lag dem Stifter so viel an ihnen, so konnte er sie berücksichtigen. Auch sind *Adoption* und subsequentes *matrimonium* möglicher Weise schon vorher beabsichtigt gewesen. Von der *convalidatio matrimonii* wird man dies freilich nicht sagen können, weil die Gatten oft ihre Verbindung für eine gesetzliche gehalten haben werden. Aber um so mehr Anlaß hätte der Stifter gehabt, den für ehelich gehaltenen Sohn zu berücksichtigen. Unüberlegt ist demnach *Wildner's* Bemerkung (S. 95 Note), daß der Schlußsatz des §. 628 auf *Adoptirte* und *Legitimirte* nicht gehe, „vielleicht den Fall wegen Aufhebung des Ehehindernisses im §. 160 ausgenommen, weil diese rückwirkend ist . . .“

²⁰⁾ *Vgl. Zeiller* S. 543 Z. 5. — Unsere Schriftsteller halten hier zwei wesentlich verschiedene Fragen nicht gehörig auseinander: 1) ob der *agnatio* die quasi *agnatio* gleichstehe, 2) ob den Ehelichen die ihnen sonst Gleichgestellten auch hier gleichstehen. Es ist unklar, zu sagen, daß der Schlußsatz des §. 628 nicht auf die *Adoptirten*, wohl aber auf die *Legitimirten*, oder aber, daß er weder auf diese noch auf jene gehe. Man muß ja unterscheiden, ob sie schon zur Zeit der Stiftung am Leben waren oder nicht; im ersteren Falle muß man die Ausdehnung des fraglichen Satzes auf *Legitimirte* ebenso verwerfen, wie die auf *Adoptirte*; im zweiten Falle muß man die *Legitimirten* (mit den auf S. 276 angegebenen Einschränkungen) gleichstellen, nicht auch die *Adoptirten*. Man vgl. *Winwarter* III S. 146, *Scheidlein a. a. D.* S. 50, *Ellinger* zu §. 628,

Falle, wo dem Stifter nach der Stiftung ein uneheliches Kind geboren und später legitimirt wird, ist nicht zu verwechseln der obige Fall, wo der Descendent schon vor der Stiftung geboren war, und nach derselben legitimirt wurde, in welchem Falle der Schlußsatz des §. 628 nie anzuwenden ist (s. Note 20). Die Stiftung gilt auch dann als widerrufen (oder richtiger: als relativ ungiltig, siehe Note 1), wenn der fragliche Descendent zwar zur Zeit der Stiftung schon existirt hat, aber seine Existenz dem Stifter nicht bekannt war, übrigens gleichviel, ob sie ihm später bekannt geworden ist oder nicht.²¹⁾

IV. §. 628 und §. 778. Gerade die interessanteste Frage, die bei §. 628 auftaucht, die nach seinem Verhältniß zu §. 778, ist nie gestellt worden, obgleich ein gewisser Gedanken-zusammenhang zwischen den beiden Paragraphen längst bemerkt wurde. Schon die Redactoren machten sich dieses Ueberehens schuldig. Aus dem in Abs. I Mitgetheilten erhellt, daß man bei Abfassung des §. 628 noch nicht mit dem Gedanken vertraut war, dem man später im Schlußsatz des §. 778 Ausdruck gab; und aus den Protokollen geht hervor, daß man bei Abfassung des §. 778 an den §. 628 gar nicht dachte, und auch die Bearbeiter unseres Gesetzes haben die §§. 628 und 778 immer nur vereinzelt, nicht in ihrer gegenseitigen Beziehung durchdacht.²²⁾ So behauptet z. B. Basevi (nr. 1), daß die Adgnation einer Tochter das Fideicommiß höchstens verringern könne, wenn nämlich ihr Pflichttheilsrecht verletzt ist. Er hat sich aber nicht die Frage gestellt, wie es dann zu halten sei, wenn dem kinderlosen Stifter hinterher eine Tochter (also einzige Nothherbin) geboren wird? Bleibt die Stiftung bestehen? Dafür spricht ein sich geradezu aufzwingendes arg. a contr. aus §. 628 i. f. („ein männlicher . . . Erbe“), dagegen aber §. 778. Soll man nun sagen: „in dem später abgefaßten §. 778 ist gleichsam eine Correctur angebracht,“²³⁾ oder aber: „§. 628 enthält eine singuläre Vorschrift für Fideicommissie, geht also als Ausnahme vor der Regel“ —? Weber dieses, noch jenes! Jeder der zwei Paragraphen hat sein selbständiges, mit dem des anderen nur theilweise coincirendes Anwendungsgebiet: 1) §. 778 geht nur auf Testamente und bestimmt, wann dieselben „entkräftet“ (rumpirt) würden; von dieser Entkräftung sind nur gewisse Vermächnisse ausgenommen; aller übrige Inhalt, also auch die etwaige Anordnung eines Familien-Fideicommisses, wird davon ergriffen. §. 628 i. f. bezieht sich auf jede widerrufliche Fideicommiß-Anordnung. 2) Im §. 778 ist hinsichtlich des Falles der Adgnation vorausgesetzt, daß der Testator zur Zeit seiner Willenserklärung keine Kinder hatte; im §. 628 findet sich die analoge Voraussetzung nicht (s. oben), namentlich kann ja der Stifter Töchter gehabt haben. 3) Damit hängt zusammen, daß im §. 778 vorausgesetzt ist, daß der einzige Notherbe (oder, wie man ergänzen darf, daß alle Notherken) übergangen seien; während §. 628 i. f. zur Anwendung kommt, auch wenn andere Söhne zur Fideicommiß-Folge berufen sind, wenn der Nachgeborene dennoch von ihr ausgeschlossen wäre (s. Abs. III). 4) Die ratio legis ist bei §. 628 die Annahme, „daß der Erblasser, wosern er die Ereignung vorgeesehen hätte, entweder

Basevi nr. 2, 3; Wildner S. 95 f., bei welchem jene Unklarheit am stärksten hervortritt.

²¹⁾ S. Winiwarter S. 145, Ellinger zu §. 628, Basevi zu §. 628 nr. 2. Vgl. auch §. 778 und Unger Erbrecht S. 87 Anm. 4.

²²⁾ Unger S. 87 Anm. 9 bemerkt nur, daß §. 778 und §. 628 (und §. 617) auf derselben ratio beruhen („ne videatur testator alienas successiones propriis anteposuisse“), Andere berufen sich bei §. 628 für diese oder jene Entscheidung auf die Analogie des §. 778, aber die Feststellung des Verhältnisses zwischen den beiden Paragraphen ist nie versucht worden.

²³⁾ Daß man sich die Frage nach dem Vorversterben des Nachgeborenen bei §. 778 reiflicher und besser überlegt hat, als bei §. 628, steht ja geschichtlich fest.

das Fideicommiss gar nicht, oder zu Gunsten des Nachgeborenen in ganz anderer Art errichtet hätte,²⁴⁾ — bei §. 778 die Erwägung, daß der Kinderlose die ganze Anordnung nicht gemacht haben würde, wenn er vorausgesetzt hätte, daß er noch Kinder bekommen werde. — Mithin ist keiner der beiden Paragraphen dem anderen vorzuziehen, sondern jeder anzuwenden, sobald sein Thatbestand vorliegt. So kann z. B. wegen der Geburt einer Tochter, die „in dem Fideicommiss nicht begriffen ist,“ die Fideicommiss-Stiftung nicht als widerrufen angesehen werden; wohl aber kann eine Fideicommiss-Stiftung hinfällig werden, wenn sie in dem Testamente eines Kinderlosen steht, dem später eine Tochter (Nothherbin) geboren wird.^{25) 26)}

V. Widerruf, Anfechtung und Ungiltigkeit sind heterogene Thatfachen; wenn wir dennoch hier von der Anfechtung handeln, so genügt — da ein Commentar nicht die Aufgabe eines Systems hat — die Hinweisung auf das im 18. Hauptstücke des Gesetzes gegebene Vorbild, zumal jene Bestimmungen auch für unsere Materie zu verwerthen sind. 1. a) Durch die letztwillige Fideicommiss-Stiftung können, selbst wenn sie schon gesetzlich bestätigt wäre, die Nothherben nicht verkürzt werden.^{26a)} Sie können die Ergänzung ihres Pflichttheils aus der Fideicommiss-Masse fordern, die dadurch sofort vermindert werden kann (Pat. §. 223 Abs. 2). Doch kann das am Pflichttheil Fehlende vom Inhaber auch durch Belastung des Fideicommisses aufgebracht werden (arg. Pat. §. 226).²⁷⁾ Wenn der Inhaber

²⁴⁾ Zeiller S. 542 Z. 3.

²⁵⁾ Der Grund dieser Hinfälligkeit ist aber nicht, weil die Tochter nicht in der Successionsordnung inbegriffen ist, sondern weil das Testament rumpirt ist, und der Grund dieser Nuption ist, weil die Tochter Nothherbin und zwar die einzige Nothherbin ist.

²⁶⁾ Man könnte gegen die obigen Ausführungen einwenden, daß Jemand, der ein Fideicommiss stiften will, sich hievon nicht durch die Rücksicht auf Töchter abhalten läßt, und könnte sich hiefür auch auf Zeiller S. 545 Z. 5 berufen. Nun ist es allerdings wahrscheinlich, obwohl auch nicht sicher (s. §. 626), daß Jemand, der zu Gunsten seiner männlichen Descendenten ein Fideicommiss errichtet, dies auch gethan und die Successionsordnung dabei nicht anders bestimmt haben würde, wenn er die Geburt einer Tochter vorausgesehen hätte. Viel weniger sicher ist es, ob ein Kinderloser, der zu Gunsten von Collateralen oder gar von Fremden ein Fideicommiss anordnet, es auch angeordnet haben würde, nachdem ihm ein Kind (eine Tochter) geboren war. Und deshalb ist es am sichersten, sich hier nicht an trügerische, weil nicht allgemein gültige, psychologische Betrachtungen, sondern an das Gesetz, wie es eben lautet, zu halten. Nichts berechtigt uns, in den §. 778, der eine tagartige Aufzählung von Ausnahmen enthält, eine neue und so tief greifende Ausnahme hinzuzutragen; um so weniger dürfen wir dies thun, als Fideicommiss-Stiftungen nicht zu begünstigen sind. Endlich ist zu erwähnen, daß Zeiller zu §. 628 (Z. 5) die Bemerkung macht: „Doch ist hier dasjenige vor Augen zu halten, was . . . unten über die Verkürzung der Nothherben in ihren Rechten vorgeschrieben wird (§§. 775—783).“ In dieser Verweisung ist also auch die auf §. 778 enthalten.

^{26a)} Zu diesem und dem Folgenden vgl. hinsichtlich des gemeinen Rechts Lewis S. 56 ff.; Dogmengeschichtliches ebd. und bei Costa S. 31 ff., S. 64 f. Viele ältere Juristen wollten gegenüber der Fideicommiss-Stiftung kein wahres Pflichttheilrecht, sondern nur einen Anspruch auf standesmäßigen Unterhalt („legitima iuris naturalis“) gelten lassen.

²⁷⁾ Pat. §. 223 Abs. 2 sagt, daß sich „nach dem Tode des Fideicommiss-Stifters eine . . . Minderung des zum Fideicommiss bestimmten Vermögens durch die davon zu entrichtenden Gebühren, durch die Ergänzung des Pflichttheiles der Nothherben . . .“ ergeben könne; §. 226 sagt, daß „zur Bestreitung der Gebühren und Gerichtskosten das Fideicommiss belastet werden kann.“ Damit ist doch wohl hinsichtlich der Gebühren dem Inhaber die Wahl zwischen Minderung und Belastung gegeben, die unbedenklich auch bei der Bestreitung der Pflichttheile anzunehmen ist. Bedarf der Inhaber zu dieser Belastung die Erlaubniß des Gerichtes (a. b. G. B. §. 635)? Nein, weil sie ihm vom Gesetze ertheilt ist und weil die Belastung ein geringerer Eingriff in das Fideicommiss-Vermögen ist, als dessen Reducirung, zu der er unzweifelhaft berechtigt, ja möglicher Weise gezwungen ist. Darf die Belastung das Drittel (a. b. G. B. §. 635) nicht übersteigen? Auch diese Einschränkung entfällt hier. Ist in absichtlicher Hintansetzung der Descendenten das ganze Vermögen zu einem Fideicommiss für Collateralen bestimmt, so können die Descendenten, wenn sie nicht rechtmäßig enterbt sind, das halbe Vermögen ansprechen. Wenn also das

des Fideicommisses selbst Notherbe ist, so braucht er das Fideicommiss nur soweit anzuerkennen, als das gestiftete Vermögen seinen Pflichttheil übersteigt (§. 774); es sei denn, daß ihm dieser anderweitig zugewendet würde. Dasselbe gilt von dem Nachgeborenen, der zwar „in dem Fideicommiss begriffen“, aber durch dasselbe in seinem Pflichttheil beeinträchtigt ist.²⁸⁾ Indes wird es der pflichttheilberechtigten Inhaber oft in seinem Interesse finden, dies Recht nicht geltend zu machen.²⁹⁾ b) Wie aber, wenn die Stiftung inter vivos geschah? Selbst wenn sie ein einseitiger Act gewesen wäre, so wird beim Tode des Stifters schon ein Besitzer da sein. Sollte ausnahmsweise noch Niemand ein Recht erworben haben, so wäre wohl die Analogie der letztwilligen Verfügungen zutreffend, und es gälte das früher Gesagte. Wie aber in den regelmäßigen Fällen, wo schon bei Lebzeiten eine Uebergabe Statt gefunden hat? und wie bei vertragsmäßiger Stiftung? Wenn wir von den sehr seltenen Fällen entgeltlicher Verträge zwischen Stifter und erstem Besitzer absehen, so haben wir hier die Grundsätze der §§. 951, 952, 954 zur Anwendung zu bringen.³⁰⁾ Auch hier wieder zeigt es sich, wie verkehrt der in §. 954 pr. ausgesprochene Rechtsatz ist, und wie unbillig im Zusammenhalt mit ihm die Einschränkung der querela inofficiosae donationis auf diejenigen Descendenten, die zur Zeit der Schenkung schon existirt haben (§. 951).³¹⁾ — 2) Bereits erworbene Pfandrechte werden durch die Stiftung nicht berührt; §. 642 hat auf sie keine Anwendung.³²⁾ Schon im Abf. I wurde erwähnt, daß der dies ausdrücklich bestätigende Anfangsatz des §. 421 Westgal. G. B. II nur deshalb weggelassen wurde, weil man ihn für selbstverständlich hielt. — 3) Auch von Pfandrechten abgesehen, darf die Fideicommiss-Stiftung nicht zur Verkürzung der zur Zeit derselben schon vorhandenen Gläubiger reichen; sie können also in Ermangelung anderen Vermögens auch das Fideicommiss-Vermögen in Execution ziehen (arg. §. 953).³³⁾ Alimentationsberechtigte, welche der Stifter nicht mehr zu befriedigen vermag, können sich wegen ihres Unterhaltes an den Fideicommiss Inhaber wenden (arg. §. 950).³⁴⁾

VI. Verschieden von der Anfechtung ist die Ungiltigkeit (bez. Annullirung) der Fideicommiss-Stiftung. Nicht jeder Defect derselben kann (wie man dies wohl in früheren Zeiten geglaubt hat)³⁵⁾ durch die staatliche Genehmigung geheilt werden. Diese möchte, als auf falscher Voraussetzung beruhend, nicht gelten, wenn sich hinterdrein herausstellen würde, daß der Stifter zur Zeit der Stiftung

Vermögen um mehr als ein Drittheil vermindert werden kann, warum sollte es nicht über ein Drittheil belastet werden können? —

²⁸⁾ Rippel IV S. 219 i. f. (Z. 6) gibt ihm in solchem Falle „die Wahl, ob er das Fideicommiss ohne . . . den Pflichttheil, oder der Pflichttheil allein ohne die Fideicommiss-Folge annehmen will.“ Uns scheint dies nicht richtig.

²⁹⁾ Könnte er, wenn er es geltend macht, nicht zurückgewiesen werden mit dem Hinweis auf die Früchte des Fideicommisses? Nein! Die Früchte des Pflichttheils gebühren ihm ohnehin; die des übersteigenden Vermögens einzurechnen, wäre zwar an sich nicht widersinnig, wie sie ja nach römischem Recht der Fiduciar in seine Quart einrechnen muß (Arndts Pandekten S. 584 Anm. 3); aber schon dort gilt zu Gunsten der Kinder des Erblassers eine Ausnahme (s. Arndts ebd.), und hinsichtlich des Pflichttheils ist diese (früher vorgeschriebene) Einrechnung im Justinianischen Recht verworfen (Mühlensbruch [Glück] XXXV S. 324 ff.). Und wie nach gemeinem, so behält auch nach österreichischem Recht der Notherbe „den Pflichttheil rein und unbeschwert, ohne Rücksicht auf die von der ganzen Erbschaft mittlerweile zu gewinnenden Früchte“ (Unger Erbrecht §. 82 Anm. 3). Diefür spricht schon der Wortlaut des §. 774.

³⁰⁾ Diefür ist es gleichgiltig, ob man in der Stiftung eine Schenkung im technischen Sinne erkennen will oder nicht (s. oben S. 308 R. 42); jedenfalls wären jene Bestimmungen mindestens per analogiam anzuwenden.

³¹⁾ Vgl. Unger Erbrecht S. 86 Anm. 3.

³²⁾ Ebenso Wildner S. 99 a. G.; Stubenrauch zu §. 618 Z. 3.

³³⁾ Vgl. Wildner S. 100; Stubenrauch a. a. D.

³⁴⁾ Vgl. Wildner S. 99.

geisteskrank war, oder daß das gestiftete Vermögen ihm nicht gehörte. Manche Mängel der Stiftungserklärung (s. z. B. §. 569) werden allerdings durch die Genehmigung der obersten staatlichen Autorität behoben. Doch ist hier nicht näher auf die Frage nach der Ungültigkeit einzugehen, weil sich einerseits das Meiste von selbst aus der Lehre von den Erfordernissen der Fideicommiss-Errichtung (s. bei §. 627) ergibt, und weil andererseits die ganze Untersuchung — gerade wegen der besonderen Cauteleu, unter denen die Errichtung erfolgt — von sehr geringem praktischem Interesse ist.

Grundsatz über die Rechte der Anwärter und des Inhabers des Fideicommisses.

§. 629.

Das Eigenthum des Fideicommiss-Vermögens ist zwischen allen Anwärtern, und dem jedesmaligen Fideicommiss-Inhaber getheilt. Jenen kommt das Obereigenthum allein; diesem aber auch das Nutzungs-eigenthum zu.

I. Redaction. Gegen den im wesentlichen übereinstimmenden §. 422 Westgal. G. B. II erinnerte die Wiener Facultät: Diese Eigenthumsvertheilung entspreche weder dem gemeinen Rechte, noch den in unserem Gesetzbuch enthaltenen Grundsätzen über getheiltes Eigenthum. Nach gemeinem Rechte habe der Anwärter gar kein Eigenthum, sondern nur einen „Anspruch“ (offenbar hier soviel als „Anwartschaft“); der Besitzer habe ein vollständiges, wenn auch beschränktes Eigenthum (s. a. b. G. B. §. 358). Zeiller lehnte (in der Sitzung v. 27. Febr. 1804) dies Monitum mit der Bemerkung ab: das gemeine Recht sei ja nicht in Frage, und die auch im preussischen Gesetzbuch¹⁾ enthaltene Norm des §. 422 sei beizubehalten, „weil man daraus über mehrere wechselseitige Rechte, die doch nicht alle hier aufgezählt werden können, zu entscheiden im Stande ist.“ Man war einverstanden; nur beanstandete Sonnensfels den im §. 422 enthaltenen Ausdruck „zwischen der Gemeinschaft aller Anwärter“ als nicht gut gewählt und nicht Jedermann faßlich. Deshalb beschloß man den jetzigen Text.

II. Dogmengeschichte.²⁾ Beim Aufkommen unseres Institutes legte man vielfach (namentlich in Spanien) dem jeweiligen Besitzer nur ein Nutzungsrecht bei, indem man den nächsten Anwärter, verkehrter Weise,³⁾ für den Eigenthümer hielt.⁴⁾ Molina und nach ihm Knipschild⁵⁾ brachten die Ansicht zur Geltung, daß der Fideicommiss-Inhaber, gleich dem römischen Fiduciar, Eigenthümer sei, wenn gleich in der Ausübung seines Rechtes beschränkt durch die Restitutionspflicht. Dieses Eigenthum gehe bei Jenes Tode von selbst (ipso iure) auf den Nachfolger über, nicht auch der Besitz.⁶⁾ Sofort aber drängte sich die Frage auf, ob dies ein wahres Eigenthum (d. verum et directum) oder nur ein d. utile sei.

¹⁾ Preuß. L. R. II. 4. §. 72: „Dem jedesmaligen Fideicommiss-Besitzer gebührt das nutzbare Eigenthum des Fideicommisses.“ §. 73: „Das Obereigenthum befindet sich bei der ganzen Familie.“

²⁾ Das Folgende beruht vornehmlich auf Costa's verdienstlicher Schrift (1864), die Lewis (1868) S. 180 ff. unbegreiflicher Weise nicht citirt.

³⁾ Wenn der Anwärter zum Inhaber wird, so sollte sich sein Eigenthum in ein bloßes Nutzungsrecht verwandeln! — Ferner existirt der nächste Anwärter nicht immer gleich, und dann hängt das Eigenthum in der Luft. Vgl. Lewis S. 180 f. „Dominium in aëre volitare nequit.“ Knipschild p. 457 und p. 465 (cap. X nr. 11).

⁴⁾ Costa §. 20, Lewis a. a. D.

⁵⁾ Knipschild cap. X nr. 1 sq., bes. nr. 10–14.

⁶⁾ Knipschild l. c. nr. 19 sq. Eine Anwendung des Satzes „le mort saisit le vif“ war es, daß auch der Besitz der spanischen „Majorate“ ipso iure überging, was die lex 45 Tauri unter Ferdinand d. Kathol. ausdrücklich bestätigte. S. Molina lib. III cap. 12 und vgl. dazu A. Heusler Die Gewere (1872) S. 68 f., S. 326 ff., §. 25 und bes. §. 26.

Während die Genannten für Ersteres sich entschieden, hat die Mehrzahl⁷⁾ der Juristen des 18. Jahrhunderts dem Inhaber des Fideicommisses nur ein Nuz-eigenthum zugeschrieben. Das Obereigenthum sprach man der Familie als juristische Person zu, oder aber man nahm eine Gemeinschaft des Rechtes der jeweiligen (oder auch aller geborenen und ungeborenen) successionsfähigen Familienglieder an, wodurch man das unentziehbare Folgerecht der Anwärter und ihr Recht, gegen Veräußerungen von Fideicommiss-Sachen aufzutreten, am besten erklären zu können glaubte. Dies gemeinsame Recht aber dachte man sich nicht als Miteigenthum, sondern als ein Gesamteigenthum, ein condominium plurium in solidum.⁸⁾ Diese Auffassung des Verhältnisses ist in den Codex Max. Bavaricus,⁹⁾ in das preussische L. R. (s. Note 1), in das bairische Edict über Familien-Fideicommiss,¹⁰⁾ und auch in unser Gesetzbuch übergegangen. Der Ausdruck „Gemeinschaft aller Anwärter“ im §. 422 Westgal. G. B. II konnte so verstanden werden, als ob die Familie als juristische Person aufgefaßt würde, wofür auch noch die Worte des §. 618 „unveräußerliches Gut der Familie“ angeführt werden könnten. Vielleicht wurde deshalb 1804 jener Ausdruck durch die Worte „alle Anwärter“ ersetzt. Diese sprechen gegen die Annahme einer juristischen Person, und so auch Zeiller's Commentar (II S. 544): Es „wird hier allen berufenen Gliedern ein getheiltes Miteigenthum . . . und zwar den bloßen Anwärtern ein Obereigenthum, dem jedesmaligen Inhaber aber auch das Nuzungseigenthum (§. 357) zuerkannt, weil er . . . als ein zum Fideicommiss berufenes Mitglied, gleich allen Anwärtern, zugleich ein Recht auf die Substanz haben soll.“¹¹⁾ „Getheiltes Miteigenthum“ ist ein verkehrter Ausdruck; nicht das Miteigenthum ist getheilt, sondern die eine Hälfte des getheilten Eigenthums (nämlich das Obereigenthum) kommt einer Mehrheit von Personen zu. Der Ausdruck ist noch überdies irreführend, da er die Frage, ob Gesamteigenthum oder Miteigenthum im engeren Sinne, für das letztere zu entscheiden scheint, indem man nämlich das Wort „getheilt“ als Gegensatz zu „in solidum“ denken könnte. Und doch war daran nicht gedacht, und es kann auch von einem condominium im römischen Sinne gar nicht die Rede sein.¹²⁾ Wir haben also in §. 629 eine Combination zweier unklarer Theorien vor uns: der vom Gesamteigenthum und der vom getheilten Eigenthum. Es gehört nicht her, sondern in das Sacherecht, diese Theorien einer Kritik zu unterziehen. Hier haben wir festzuhalten: einerseits, daß in Wahrheit der jeweilige Inhaber, und nur er, Eigentümer des Fideicommiss-Vermögens und daß sein Eigenthum allerdings ein beschränktes ist, weil jede zeitliche Beschränkung nothwendig eine inhaltliche nach sich zieht (vgl. S. 242).

⁷⁾ Einige (z. B. Westphal) vertheidigten die richtigere Ansicht; s. Costa §. 28, Lewis S. 186 Note 40.

⁸⁾ S. Costa §. 28 und die dort Citirten; Lewis S. 183 ff.

⁹⁾ Kreittmayr bemerkt zu §. 13 III. Thl. 10. Cap. (in seinen Anmerkungen III. S. 814 f.): Wenn der Inhaber oft als Usufructuar bezeichnet werde, so sei das nicht im Sinne des römischen, sondern des deutschen Rechtes zu verstehen; er habe ein „dominium minus plenarium limitatum et utile“; das d. directum sei „bey der ganzen Familie in corpore, soweit solche eine personam compositam, fictam vel mysticam vorstellt.“

¹⁰⁾ §. 44: „Der Fideicommiss-Besitzer hat alle Rechte und Verbindlichkeiten eines Nuzungseigentümers.“ . . . §. 42: „Das Eigenthum des Fideicommiss-Vermögens steht nicht dem . . . Besitzer . . . allein, sondern auch den übrigen zur Nachfolge Berechtigten zu.“

¹¹⁾ Man dachte wohl so: „Da der Inhaber schon als Anwärter am Obereigenthum theilnahm, so kann er dieses Rechtes nicht durch die Verwirklichung der Fideicommiss-Folge verlustig gehen. Jedenfalls bleibt er nach wie vor Mitglied der berechtigten Familie. — Gegen die obige Aeußerung Zeiller's bemerkt übrigens Rippel IV S. 221 mit Recht, daß der Inhaber schon vermöge des Nuzungseigenthums auch „ein Recht auf die Substanz“ hätte; s. §. 357; dazu bedürfte er also nicht erst eines Antheils am Obereigenthum.“

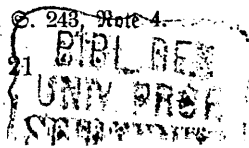
¹²⁾ Man denke nur an §. 829 und §. 830!

Wenigstens scheint dies Resultat unvermeidlich, so lange man mit dem römischen Begriffe des *dominium operiri*, welcher schon mit seinem Namen auf rechtliche Herrschaft hinweist, während allerdings das deutsche „Eigenthum“ (ähnlich der „*proprietas*“) das *pertinere*, das Mein und Dein in den Vordergrund stellt. Und von diesem Standpunkt aus ist es nicht geradezu denkwidrig, daß Mehrere in verschiedenem Sinne dieselbe Sache die ihre nennen (wenn man als Gegensatz zu „mein“ „fremd“ denkt. Vgl. auch Marg. Rubr. zu §. 327: „Mitbesitzer“ mit diesem §. selbst). In solchem Falle aber nannten die Römer doch nur Denjenigen Eigenthümer, welcher derzeit die Sache beherrscht, nicht auch den, welchen sie ebensosehr angeht; z. B. sprechen sie das *dominium* der Dotal Sachen dem Manne und nicht auch der Frau zu, so sehr das in nachrömischer Zeit befremden mochte.¹³⁾ Es würde aber die Gleichförmigkeit und Verständlichkeit der Darstellung verloren gehen, wollten wir hier einen anderen als den romanistischen Eigenthums-Begriff zu Grunde legen.

III. Übrigens ist die richtige Beantwortung der Frage, wem das Fideicommissgut gehöre (wir meinen damit eine wissenschaftliche Construction des Verhältnisses), eines der schwierigsten Probleme, zu dessen Lösung beizutragen eine eigene Abhandlung in den Excursen bestimmt ist; auf diese müssen wir verweisen, und hier uns auf wenige Andeutungen beschränken. Die Redactoren waren sich aller betreffenden Schwierigkeiten nicht bewußt; die Vieldeutigkeit von „Eigenthum“, die Unterschiede von Mit- und Gesamt-Eigenthum, die Grenzen zwischen Gesellschaft und juristischer Person bildeten keinen Gegenstand ihres Nachdenkens. Vergeblich suchen wir also bei ihnen nach Belehrung. Während wir oben Äußerungen kennen lernten, welche auf Ablehnung der Idee einer juristischen Person hinweisen, wird in §. 849 die Familie hinsichtlich der Fideicommiss „eine Gemeinschaft“ genannt (vgl. §. 618), und Zeiller (II. S. 908) sagt geradezu, die „Gemeinschaft“ sei „Eine (moralische) Person“. Man thut demnach den Redactoren nicht Unrecht, wenn man behauptet, daß sie keine klare Ansicht des Verhältnisses gehabt haben. Instinctiv aber hat die Gesetzgebung zu allen Zeiten Bestimmungen aufgestellt, deren Wortlaut schon auf eine juristische Person hinweist, und die auch sachlich ohne eine solche Annahme nicht zu verstehen sind. „Das Fideicommiss“ wird „Gläubiger“, „Schuldner“ genannt, der Inhaber hat Verpflichtungen gegenüber dem Fideicommiss (s. z. B. Pat. §§. 224, 242, 243, 251), gewisse Papiere werden nicht auf den Namen des Inhabers, sondern des Fideicommisses geschrieben (Pat. §. 232) u. s. w. Dies entspricht auch der Natur des Institutes, das ohne die Annahme eines von allen Menschen verschiedenen unpersönlichen Rechts-subjectes (was man gewöhnlich eben „juristische Person“ nennt) nicht richtig verstanden werden kann. Dieses hat Verwandtschaft sowohl mit der *hereditas iacens*, als mit der Stiftung, als auch mit der Personengesamtheit (Corporation). Mit der *hereditas iacens*: denn es wahr das Vermögen dem künftigen Herrn; mit der Stiftung: denn das Fideicommiss-Vermögen ist für den „*splendor familiae*“ vincu- lirt, „gestiftet“; dieser Zweck geht über das Interesse dieses oder jenes Einzelnen hinaus, ja kommt damit leicht in Collision; — mit der Corporation: denn die (von der Summe verschiedene) „Gesamtheit der Anwärter“ (noch genauer „Interessenten“, weil der Inhaber auch dazu gehört, s. §. 629), (vgl. Abs. I: „Gemeinschaft“¹⁴⁾ aller Anwärter“) ist darin enthalten. Bald wird mehr diese, bald mehr die objective Seite hervorgehört; objectiv ist aber nicht nur das Fideicommiss-Vermögen, sondern auch seine Verfassung, und in gewissem Sinne sein Zweck (s. oben); und darum wird nach dieser Seite das ganze Rechts-subject sowohl im alltäglichen Sprachgebrauch, als in dem der Gesetzgebung kurzweg „das Fideicommiss“ genannt und sein Vertreter der Fideicommiss-Curator. Ebenso begreiflich ist es aber auch, daß in §. 629 das andere Moment betont wird (die Personen-Gesamtheit), um den anscheinend widersinnigen

¹³⁾ Bekanntlich nahm schon Justinian daran Anstoß! S. oben S. 243, Note 4.

¹⁴⁾ Vgl. das oben über diesen Ausdruck Gesagte.



Satz zu vermeiden: „Das Fideicommiß gehört dem Fideicommiß.“ Daß das Vermögen nicht den Anwärtern als Einzelnen gehöre, ist selbstverständlich. Auch nicht allen Einzelnen; denn selbst die Zustimmung aller vermag nicht ohne weiteres (sondern nur unter Hinzutritt besonderer Umstände: §. 644) das Vermögen zu devinculiren. Daß aber weder Verstorbene, noch Unerzeugte Eigenthümer sein können, folgt daraus, daß sie eben nicht existiren. Mithin gehört das Vermögen auch nicht der Summe der Anwärter, und wir müssen an die Stelle des verfehlten Ausdrucks „allen Anwärtern“ den der früheren Redaction setzen: „Der Gemeinschaft aller Anwärter“; und dabei ist außer der gleichzeitigen auch der successiven Mehrheit der Interessenten zu gedenken (vgl. Windscheid §. 57 R. 3). Nach allen Richtungen erweist sich die juristische Person als unumgänglich, sowohl für die rein theoretische Betrachtung, als für die Zurechtlegung der einschlägigen positiven Vorschriften.

IV. Nach §. 629 steht demnach das Nutzungs-Eigenthum dem Inhaber, das Ober-Eigenthum aber einer juristischen Person zu, deren objective Seite das Vermögen und die Verfassung, deren subjective Seite die Gesamtheit zwar nicht aller Familien-Mitglieder, aber doch aller im Stiftbriefe berufenen Mitglieder ist; diese Formel umfaßt außer den Anwärtern auch den Inhaber selbst, welchen §. 629 in dieser Gesamtheit mitenthaltend wissen will — einmal aus dem in Note 11, dann aber auch aus einem bei §. 645 zu besprechenden Grunde (s. Exc. zu §. 629, Abs. VIII). Ist nun auch das „getheilte Eigenthum“ kein ausreichendes Constructions-Mittel, so liegt doch dem §. 629 eine tiefe Wahrheit zu Grunde: das Fideicommiß-Vermögen hat eine Doppelnatur: es dient einem Einzelnen und einem dauernden Zwecke; es ist zugleich privates und gestiftetes Vermögen; und es erfüllt den unpersönlichen Zweck, indem es den Bedürfnissen des Einzelnen dient: der splendor familiae wird im Wohlstande des jeweiligen Inhabers verwirklicht. Soll aber dieser Zweck dauernd erfüllt werden, so können dem Einzelnen nur die Nutzungen zukommen, die Substanz soll unverzehrt und unverfehrt bleiben. Die Inhaber lösen einander ab, das Dauernde in ihrem Wechsel ist die juristische Person; und so war es — sobald man überhaupt die Lehre vom getheilten Eigenthum annahm — ganz richtig, des Einzelnen vorübergehende beschränkte Herrschaft Nutz-Eigenthum zu nennen, und dem langdauernden unveränderlichen, unpersönlichen Rechtsträger die Substanz, m. a. W. das Ober-Eigenthum zuzusprechen. Dürfen wir auch von unserem romanistischen Standpunkt der juristischen Person kein „Eigenthum“ zuerkennen, so gilt sie doch auch uns als Hüterin der Substanz, und das Gesetz hat ihr in der That alle Befugnisse zugesprochen, welche nothwendig sind, um mit Erfolg das Vermögen vor Zerstörung bewahren zu können, während es dem Inhaber nur soviel Macht einräumt, um energisch und ohne zu große Aengstlichkeit das Vermögen verwalten und genießen zu können.

V. Ernste Bedenken aber erheben sich, ob wir — sobald wir die Theorie vom getheilten Eigenthum aufgeben — nicht lieber der juristischen Person, als dem Inhaber das Eigenthum zusprechen sollten. Sehr beachtenswerthe Gründe ließen sich dafür vorbringen, namentlich die Analogie anderer Fälle von „getheiltem Eigenthum“, wo die heutige Wissenschaft dem sogenannten Ober-Eigenthümer (z. B. Lehnherrn) das Eigenthum, dem Nutz-Eigenthümer (z. B. Vasallen) nur ein dingliches Nutzungsrecht an fremder Sache zuspricht. Unbedenklich geben wir die Möglichkeit einer solchen Vorstellung auch hier zu. Daß wir uns gleichwohl für die andere entschieden, dazu bestimmte uns 1) die Aehnlichkeit zwischen der Stellung des Inhabers und des Vorerben (§. 613)¹⁵⁾, 2) die Möglichkeit, daß der Inhaber von selbst freies Eigenthum an diesem Vermögen erhalte (s. §. 645); nun kann sich zwar beschränktes Eigenthum in freies, nicht aber z. B. ususfructus von selbst in Eigenthum verwandeln. Namentlich der letzte Punkt erscheint bei der anderen Auffassung unverständlich. Andererseits hat

15) Vgl. oben S. 242 ff.

unsere Construction den Nachtheil, daß aus ihr Zweifel über die Legitimation der juristischen Person zur Abwehr fremder Eingriffe in das Vermögen entstehen können — Zweifel, die freilich der Praktiker der positiven Vorschrift des §. 629 gegenüber nicht darf aufkommen lassen. Ein weiterer Nachtheil ist, daß es für das Recht der juristischen Person an einem Namen fehlt, aber Gleiches ist ja auch bei der römischen *uxor* gegenüber der *dos* der Fall. Macht man sich nur einmal klar, daß weder die Widmung für den Zweck, noch die beschränkte Herrschaft des Inhabers ein rechtes Eigenthum ist (denn worüber ich — nicht aus Mangel an Handlungs- und Dispositions-Fähigkeit, sondern aus Mangel an Recht — nicht verfügen kann, das ist in höherem Sinne nicht mein),¹⁶⁾ hat man sich ferner klar gemacht, welche Befugnisse dem Inhaber, welche der juristischen Person zukommen,¹⁷⁾ so ist es fast nur noch eine terminologische Frage, ob man dieser, ob jenem „Eigenthum“ zuspricht.

VI. Denn darüber darf kein Zweifel bestehen, daß — so wenig eine reine theoretische Vorstellung der Redactoren maßgebend ist — doch jede Disposition des Gesetzes uns bindet. Insofern diese oder jene Vorschrift als in den Worten „Ober- und Nutzungs-Eigenthum“ schon mitenthaltend gedacht wurde, gilt sie auch für uns. Ein zwar unwichtiges, aber sehr deutliches Beispiel bietet §. 399. Wird in einem Fideicommiss-Grundstücke ein Schatz gefunden, so fiel das Grundeigenthümer-Drittel (bez. fällt seit 1846 die Grundeigenthümer-Hälfte) „dem Ober- und dem Nutzungs-Eigenthümer zu gleichen Theilen zu“, d. h. die eine Hälfte davon ist allodiales Eigenthum des Inhabers, die andere vermehrt das Fideicommiss-Vermögen. Ein anderes Beispiel (zugleich zur Verdeutlichung einer früheren Andeutung): Ein Dritter macht Eingriffe in das Fideicommiss-Vermögen, verriickt Grenzen u. dgl., moegen der mit ihm einverständene Inhaber nichts vorkehrt. Kann der Vertreter der juristischen Person den Dritten klagen? Gewiß! die theoretischen Scrupel über die *legitimitas ad causam* verschwinden gegenüber dem „Obereigenthum“ des §. 629; wem dieses vom Gesetze zugesprochen wird, der ist damit als genügend legitimirt (zu einer Grenzberichtigungs-Klage, *actio negatoria* u. dgl.) anerkannt.

VII. Jede juristische Person (wenn sie nicht eine so ephemere Bedeutung hat, wie manche *hereditas iacens*) bedarf einer Vertretung durch Menschen. Deshalb „muß für jedes Fideicommiss ein Curator bestellt werden“ (Pat. §. 227 pr.), welcher die der juristischen Person zustehenden Rechte zu wahren, die hiezu nöthigen Handlungen vorzunehmen hat (vgl. Pat. §. 228). Alle juristischen Personen stehen unter der Obhut, d. h. der schützenden, aber auch die Freiheit ihrer Vertreter beschränkenden Aufsicht staatlicher Autoritäten; Stiftungen unterstehen den Verwaltungs-Behörden, Fideicommissse den Gerichten, und zwar hat die Stellung der Fideicommiss-Institutähnlichkeit mit der einer Curatel- oder Vormundschafts-Behörde. Und so zeugen denn Curator und Fideicommiss-Behörde für die Richtigkeit unserer Behauptung, daß die Schöpfung des Fideicommiss-Stifters (das von ihm vinculierte Vermögen, die von ihm gegebene Verfassung, der Inbegriff der von ihm berufenen Nachfolger und Anwärter) eine sog. juristische Person sei. — Die Befugnisse dieser und die Beschränkungen des Eigenthümers stehen übrigens in keinem so direkten und einfachen Verhältnisse zu einander, wie die Rechte und die Lasten, die eine *Servitut* mit sich führt.¹⁸⁾

VIII. Gerade darin zeigt sich der Unterschied zwischen „Gesamtheit“ und „Summe“ der Anwärter, zwischen juristischer Person und *communio iuris*, daß die Gesamtheit trotz der Aenderungen der Summe identisch bleibt. Mögen Anwärter sterben oder andere hinzugeboren werden, unsere juristische Person zerstört und verändert es nicht, so wenig als der Aus- und Eintritt von Mitgliedern die Identität einer Corporation. Damit entfallen von selbst alle Zweifel, welche unsere Juristen

¹⁶⁾ Vgl. Excursus II. Bd. 2. Abth. S. 187.

¹⁷⁾ Von ihnen wird ausführlich in den folgenden Paragraphen gehandelt werden.

¹⁸⁾ Vgl. über diesen Punkt den Excursus zu §. 629, Abf. II.

hinsichtlich der „ungeborenen Nachkommenschaft“ gehegt haben. Die Einen behaupten, sie sei „den Anwärtern beizuzählen“,¹⁹⁾ die Anderen läugnen es,²⁰⁾ wobei es sich bald um einen leeren Wortstreit,²¹⁾ bald um das Bedenken handelt, wie denn Unerzeugte, also Nichtexistierende, Rechte haben können.²²⁾ Gerade weil das unmöglich ist, dennoch aber ein Bedürfnis besteht, für mögliche Interessen künftiger Anwärter vorzusehen, erscheint die Annahme einer juristischen Person als angemessen; wie es denn als im positiven Rechte gegründet schon durch die Möglichkeit erwiesen wird, daß die Rechtsverhältnisse des Fideicommisses unverändert fortbestehen, wenn auch zeitweilig gar keine Anwärter vorhanden wären (arg. §. 645 vb. „ohne Hoffnung einer Nachkommenschaft“). Zugleich beweist dies, daß in unserer juristischen Person dasjenige Moment, welches sie der Stiftung nahebringt, über das andere überwiegt, durch das sie Ähnlichkeit mit der Corporation hat. Bestätigt wird dies durch den instinctiven Sprachgebrauch: „das Fideicommiss“ schulde, habe zu fordern u. dgl. — Zweideutig ist das Wort „die Nachkommenschaft“; bald sind damit die noch Ugeborenen gemeint (und dies hat man im Sinne, wenn man vor einem „Curator der Nachkommenschaft“ oder „Posteritäts-Curator“ spricht, vgl. §. 630); bald geht das Wort auf die Nachkommen des Stifters resp. ersten Erwerbers, also auch auf die Lebenden. In beiden Anwendungen ist das Wort ungenau, weil elliptisch; hinzuzubenden ist nämlich: „zur Succession in das Fideicommiss berufene“ Nachkommenschaft. Das Wort bedeutet also in jenem Falle: die künftigen Anwärter, in diesem: alle Anwärter. — Einerseits nun sind nicht alle Mitglieder der Familie „Anwärter“ (Frauen und Cognaten in der Regel nicht); andererseits sind die in den Gesetzen den Anwärtern eingeräumten Befugnisse nicht auf Denjenigen (oder Diejenigen, §. 624) einzuschränken, welche nachfolgen würden, wenn der Inhaber jetzt stirbe; vielmehr sind „Anwärter“ alle Personen,²³⁾ welche, sei es auch nur bei einer unwahrscheinlichen Aenderung der Umstände, Fideicommiss-Inhaber werden können, gleichviel ob sie dabei auf den jetzigen oder einen anderen Inhaber folgen möchten.²⁴⁾ Dem in den Gesetzen oft vorkommenden Ausdruck „nächster Anwärter“ entspricht kein gesetzlich abgegrenzter Begriff.²⁵⁾

¹⁹⁾ So Nippel bei §. 629, Z. 1 in richtiger Würdigung der Verhältnisse, für die ihm nur der juristische Ausdruck fehlt.

²⁰⁾ So Winivarter III. S. 147, ohne Angabe eines Grundes (s. folgende N.).

²¹⁾ So bei Winivarter, den sein Sprachgebrauch nicht abhält, an derselben Stelle nach der entgegengesetzten Seite hin abzuirren: „Das Fideicommiss gehört allen denen, welche von dem Stifter zu demselben berufen sind, der Regel nach also allen (!) Mitgliedern der Familie.“

²²⁾ Dies Bedenken klingt durch bei Wildner (S. 136) und tritt bei Gspan (II. S. 210) klar hervor, was ihn aber (im Gegensatz zu Wildner) nicht abhält, die (künftige) Nachkommenschaft zu den Anwärtern zu zählen; ihm folgt Stubenrauch zu §. 629, Z. 1.

²³⁾ Arg. §. 629: „allen Anwärtern“, ganz deutlich das Pat. in §. 229 und an vielen Stellen. Doch bedarf dies keines Beweises. In der einen Redaction stand in der ersten Zeile von §. 630 (damals 617) der Singular, was aber gewiß nur eine stylistische Variante war; es war eben der abstracte Singular; das Westgal. G. B. §. 423 hatte, wie der jetzige Text, den Plural.

²⁴⁾ Vgl. Voglhuber S. 67: „Die Fideicommiss-Anwärter sind diejenigen Personen, welche dem gegenwärtigen Fideicommiss-Besitzer entweder unmittelbar, oder auch in der Voraussetzung verschiedener oder mehrerer Zwischenereignisse in dem Fideicommiss . . . nachzufolgen das Recht haben.“ Sachlich richtig, aber nicht ganz logisch, indem zwei Unterscheidungen vermengt sind (rebus sic stantibus, rebus mutatis — nächster, mittelbarer Nachfolger).

²⁵⁾ Hier läge der Gedanke an die oben abgelehnte Einschränkung nahe, welche Voglhuber S. 67 f. auch wirklich macht. Auch könnte man eine feste Begrenzung hier umso mehr erwarten, als den „nächsten Anwärtern“ besondere Befugnisse beigelegt sind (z. B. Pat. §§. 229, 231, 238, 241, 254, 255). Dennoch widerlegt jene Einschränkung schon der Plural (denn an den höchst seltenen Fall von §. 624 war dabei gewiß nicht gedacht), und vollends beweist Pat. §. 229 (vbs. „auch einige der nächsten Fideicommiss-Anwärter“), daß die Grenze zwischen den „nächsten“ und den entfernteren Anwärtern im einzelnen Falle zu ziehen, dem richterlichen Ermessen anheim gegeben ist.

IX. Man muß hinsichtlich des Fideicommiss-Vermögens unterscheiden: die Rechte des Inhabers, die der einzelnen Anwärter und endlich die „des Fideicommisses“ (der juristischen Person); sie werden bei den folgenden Paragraphen einzeln besprochen werden, während hier nur die principielle Auffassung des ganzen Verhältnisses begründet werden sollte (vgl. die Marg. Note zu §. 629). In den Zusammenhang dieser allgemeinen Erörterung gehört aber noch diese Bemerkung: Das Recht des Inhabers ist ein unveräußerliches²⁶⁾ und unvererbliches, also ein höchstpersönliches.²⁷⁾ Das Recht des Nachfolgers ist dem seinen zwar gleich, aber nicht damit identisch; m. a. W. es ist ein für ihn neuentstandenes, nicht ein vom Vornamen überkommenes ererbtes Recht.²⁸⁾

Werfen wir nun, in der Mitte des Weges angelangt, einen Blick auf den zurückgelegten, und einen voraus auf den zurückzulegenden. Gehen wir nach dem Gedankengange der Verfasser des Gesetzes bei der Gliederung der Materie von den Fideicommissen. Er ist ausgedrückt in den Marginalien, durch deren freie Benützung und Umschreibung wir nachstehendes Schema erhalten:

- I. Begriff der Fideicommiss und ihrer Arten (bezw. Arten der Successions-Ordnung), §§. 618—626.
- II. Errichtung §§. 627, 628.
- III. Inhalt des bestehenden Verhältnisses, §§. 629—643.
- IV. Endigung, §§. 644, 645.²⁹⁾

Das bestehende Rechtsverhältniß (III) wird zuerst grundsätzlich und im allgemeinen bestimmt (§. 629), dann wird insbesondere erst von den Anwärtern (§. 630), hierauf von dem Inhaber (§. 631 ff.) gesprochen — und zwar 1) von seinen Pflichten und „uneingeschränkten“ Rechten (§. 631), 2) von seinen „eingeschränkten“ Rechten

²⁶⁾ Inwiefern in dem sog. Verzicht eine Rechtsübertragung enthalten sei, s. bei §. 632.

²⁷⁾ Zwischen usufructus und Nutzungs-Eigenthum besteht der wesentliche Unterschied, daß dieses vererblich und veräußerlich sein kann, jener nicht. So konnte z. B. der Erbpächter das Gut (den Bauerngrund) veräußern und letztwillig Jedemdem zuwenden (§§. 1122, 1140 und Zeiller Comm. III. Bd. 2. Abth. S. 463). Der Fideicommiss-Inhaber kann weder das eine noch das andere, und dies veranlaßte eben manche alte Juristen, ihm nur einen usufructus zuzuschreiben (s. Abs. II); und man muß zugeben, daß dies ein Argument abgeben kann für die oben (Abs. V) erwähnte Auffassung, wornach das Eigenthum der juristischen Person, und dem Inhaber nur ein weitgehendes Nutzungsrecht zustände.

²⁸⁾ Darans freilich, daß der Inhaber nicht über das Fideicommiss testiren kann, würde noch nicht die Unvererblichkeit seines Rechtes folgen; dieses könnte ja in der unabhängigen Successions-Ordnung vererben. Aber in dem Excursus zu §. 618 (S. 186 ff.) wird gezeigt, daß die Fideicommiss-Nachfolge keine Erbfolge ist; und selbst wenn wir sie als solche (im weit. S.) gelten lassen wollten (in der Marginal-Note zu §. 621 ff. steht dies Wort), so ist es doch nicht das Nutzungs-Eigenthum des Inhabers, sondern das Fideicommiss-Gut, was Gegenstand dieser Succession ist. Unrichtig ist deshalb die Behauptung des D. P. G. in Sammlung X Nr. 4747: daß „die Gebühr für die Uebertragung des Fideicommiss-Bestehes . . . nur auf dem Fideicommiss-Besitze“ (und damit meint das D. P. G. das Recht des Inhabers) „als der Sache“ (s. §. 292), „die den Gegenstand der Uebertragung ausmacht, haftet.“ Diese Anschauung wurde vom obersten G. H. verworfen, jedoch in einer Weise, der auch nicht zugestimmt werden kann, nämlich mit der Wendung: „weil der Vorfahr des A, der Erblasser, nach §. 629 Nutzungs-Eigenthümer des . . . Fideicommisses war, mithin dasselbe seinen Fideicommiss-Nachlaß und darum auch den Gegenstand der Uebertragung auf den Fideicommiss-Erben A . . . bildet.“ Hier wie dort ist das Wesen der successio ex pacto et providentia maiorum verkannt.

²⁹⁾ Es ist dasselbe natürliche und zweckmäßige Schema, das z. B. im Lehrbuche von Arndts der Darstellung des Pfandrechtes zu Grunde gelegt ist. Das Object der Darstellung wird zunächst beschrieben und dann von seiner Entstehung, seinem Lebensinhalt und seinem Untergang gesprochen.

(§. 632 ff.): a) zum Verzicht und zur Verpfändung (§. 632), b) zur Verwandlung u. s. w. des Fideicommisses (§§. 633, 634), c) zur Verschuldung (§§. 635—642).³⁰⁾ Es kann auffallen, daß so viele §§. dem Inhaber und nur einer den Anwärtern gewidmet ist; thatsächlich ist aber in den §§. 631 ff. (und den zugehörigen §§. des Pat. v. 1854) oft genug von Rechten der Anwärter und des Fideicommiss-Curators die Rede. — Den Schluß des III. Abschnittes bildet die Auseinandersetzung zwischen Allodial- und Fideicommiss-Nachfolgern (§. 643, vgl. bei §. 641).

Besondere Rechte der Anwärter.

§. 630.

Das Obereigenthum berechtigt die Fideicommiss-Anwärter, die Hinterlegung der Fideicommiss-Schuldscheine zu Gerichtshänden zu verlangen; eine üble Verwaltung der Fideicommiss-Güter gerichtlich anzuzeigen; zur Vertretung des Fideicommisses und der Nachkommenschaft einen gemeinschaftlichen Fideicommiss-Curator in Vorschlag zu bringen; überhaupt alle zur Sicherheit der Substanz nöthige Maßregeln zu treffen.

I. Redaction. Der §. 423 Westgal. G. B. II. stimmt im Wesentlichen mit §. 630 überein, nur heißt es dort: „zur Vertretung des Vormundes, oder des Curators eines minderjährigen Anwärters, oder der Nachkommenschaft einen gemeinschaftlichen Fideicommiss Curator zu bestellen“. Diese Stelle wurde von der Wiener Facultät, den Ständen Tyrols und den innerösterreich. N. G. beanstandet und deshalb (in der Sitzung v. 27. Febr. 1804) durch die jetzige Textirung ersetzt. Die Berathung der Redactoren betraf sonst (abgesehen davon, daß Vitreich den Paragraph in die Gerichts-Ordg. verweisen wollte) nur das Stylistische.¹⁾

II. Das Fideicommiss-Vermögen soll seiner Bestimmung nach „der Familie“ (genauer: den Nachfolgern) womöglich unvermindert erhalten bleiben (vgl. Pat. §. 228). Deshalb ist dem Inhaber in §. 629 eine juristische Person als „Ober-Eigenthümer“ oder, wie wir sagen, als Hüter der Substanz entgegen gestellt. Bei der Unklarheit der Redactoren über den Träger des „Ober-Eigenthums“ und über des Wesen juristischer Personen sind im bgl. G. B. wie mit Absicht Ausdrücke vermieden, welche deutlich die juristische Person anerkennen würden. Sachlich ist sie aber schon im bgl. G. B. anerkannt, und im Pat. v. 1854 auch bei der Stylistirung der einschlägigen Bestimmungen vorausgesetzt. Die gesetzmäßige Vertretung derselben („des Fideicommisses“) bilden: der Curator und die Fideicommiss-Instanz (s. Jur. N. v. 1852, §. 89; vgl. Pat. v. 1854, §. 256). Die berechtigten Interessen des Fideicommisses finden ihren Ausdruck in den Rechten und Pflichten des Curators, wobei die Rechte von den Pflichten nicht zu scheiden sind; denn was seine Pflicht ist gegenüber dem von ihm vertretenen Fideicommiss, ist Recht der Ingerenz gegenüber dem Inhaber.

III. Wenn man von „Rechten der Anwärter“ spricht,^{1a)} so faßt man dabei oft (auch in den Gesetzen geschieht dies) Verschiedenartiges zusammen. Wir müssen unterscheiden: Rechte, die der Gesamtheit der Anwärter zustehen (sie sind identisch mit den Rechten „des Fideicommisses“), und solche, die einzelnen Anwärtern (und selbst wenn allen, doch ihnen als einzelnen) zukommen. Innerhalb der letzteren aber muß man wieder unterscheiden: solche, die sich auf die juristische Person beziehen, und solche inura singulorum, die nur den Einzelnen angehen. Ein Beispiel für diese: der Verzicht auf die Anwartschaft; Beispiele für jene Befugnisse bietet schon unser

³⁰⁾ Die befremdende Erscheinung, daß das Gesetz unter a) von „Verpfändung“, unter c) von „Verschuldung“ spricht, wird bei §. 635 in Abj. II besprochen werden.

¹⁾ S. ferner bei §. 629 Note 23.

^{1a)} Dogmengeschichtliches über die Rechte der Anwärter bei Costa s. 21, 28; Lewis s. 18. Vgl. auch Kreittmayr Anmerkungen z. Cod. Max. bav. civ. Tpl. III Cap. X §§. 11—20.

§: 630 und wir werden viele im bgl. G. B. und im Pat. (z. B. §§. 238, 239) kennen lernen. Sie können nicht als Beweis gegen die Existenz der juristischen Person vorgeführt werden, etwa so: es sei deutlich, daß hier, trotzdem es sich um gemeinsame Interessen handle, die Anwärter als Summe und nicht als Einheit gedacht seien. Dies Argument zerfällt, sobald man bedenkt, daß auch das einzelne Mitglied eines Vereines gewisse den Verein betreffende Befugnisse hat, ohne zur Vertretung (Direction, Ausschuß u. dgl.) desselben zu gehören.

IV. Daß ein minderjähriger Anwärter hinsichtlich der erwähnten Einzel-Rechte durch seinen Vater oder Vormund vertreten werden kann, ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen.²⁾ Aber auch die Ungeborenen hatten und haben zuweilen einen Vertreter, den sog. Posteritäts-Curator.³⁾ In älterer Zeit war dieser eine von dem Fideicommiss-Curator verschiedene Person,⁴⁾ h. z. L. ist meistens ein und derselbe Curator Vertreter der juristischen Person und der Posterität. Diese Identität scheint durch §. 630 geradezu vorgeschrieben zu sein, vbs.: „zur Vertretung des Fideicommisses und der Nachkommenschaft einen gemeinschaftlichen Fideicommiss-Curator“. Allerdings ist das „gemeinschaftlich“ zweideutig: es kann auf „Fideicommiss und Nachkommenschaft“ gehen — dann ist es eine direkte Vorschrift, daß fortan nicht mehr zwei Curatoren bestellt werden sollen —, oder es kann bei „gemeinschaftlich“ als Gegensatz der Vertreter des einzelnen Anwärters gedacht sein.^{4a)} Gewiß ist jene Auslegung schon sprachlich die richtigere; die andere hätte nur dann einige Wahrscheinlichkeit, wenn ein Plural („die Anwärter“, „die Nachkommen“) vorausginge; überdies müßte man bei der gegentheiligen Annahme erwarten: „zur Vertretung des Fideicommisses und der Nachkommenschaft je einen gemeinschaftlichen Curator“. Auch würde dann der Ausdruck „Fideicommiss-Curator“ in diesem Zusammenhang gewiß nicht passen. Noch könnte man versuchen: die „Nachkommenschaft“ auf die schon vorhandenen Anwärter zu beschränken und die Worte: „Fideicommiss und Nachkommenschaft“ auf die beiden Seiten unserer juristischen Person zu beziehen. Das hieße aber zwei Unwahrscheinlichkeiten combiniren.⁵⁾ — Aber auch sachlich ist es angemessen, daß die sog. Posterität durch den Fideicommiss-Curator vertreten werde. Unzerlegte sind ja vorerst überhaupt nur gedachte Wesen und können als einzelne keine Rechte haben. Bei der Vertretung der „Gesamtheit“ der Anwärter aber muß ohnehin auch auf

²⁾ Deutlicher: die Möglichkeit solcher Vertretung ergibt sich aus allg. Grundsätzen. Ob in einzelnen Fälle eine solche Vertretung statthaft ist, kommt auf den Inhalt der fraglichen Befugniß an. Ein Verzicht auf die Nachfolge, vom Vertreter eines minderjährigen Anwärters ausgesprochen, ist ungültig (arg. §. 632 pr.).

³⁾ Bgl. bgl. G. B. §. 274 und dazu Zeiller I S. 550.

⁴⁾ Hfd. v. 25. März 1781 (in Zimmerl's Handb. f. Richter, Advokaten . . . 8. Aufl. II S. 88) vb. „die Curatores sowohl des Fideicommisses oder Majorats, als der natorum (?) et nasciturorum vornehmen“ . . . Pat. v. 3. April 1787, §. 1 (f. Zimmerl II S. 90) vb. „Einwilligung des Fideicommiss-Curators, oder der Fideicommiss-Anwärters, eines Vertreters, welcher der Nachkommenschaft bestellt werden wollte“ . . . und besonders Pat. v. 14. Juni 1798 §. 1 (Zimmerl S. 98), vb. „Einwilligung sämtlicher Theilnehmer, des Fideicommiss-Curators, der Fideicommiss-Anwärters und des Curators der Nachkommenschaft“.

^{4a)} Nicht daran denkt Wildner (S. 152) bei seiner wunderlichen Einwendung: das Wort „gemeinschaftlich“ beweise nichts; „denn dieses Wort bezieht sich auf die Anwärter (auf das Subject), nicht auf das Object“; sondern er bezieht wohl „gemeinschaftlich“ nur auf die Art des Vorschlags — eine ganz unmögliche Deutung; denn es müßte dann (von allem andern abgesehen) heißen: „gemeinschaftlich einen Curator“, während es heißt: „einen gemeinschaftlichen Curator“.

⁵⁾ Nachkommenschaft bedeutet entweder: nati et nascituri (wobei nascituri in weiterem Sinne als dem §. 22 zu nehmen ist, f. §. 274) oder aber die nascituri im Unterschiede von den nati; obiges Widerspiel zu dieser engeren Bedeutung ist aber nicht zu belegen. — Die andere Unwahrscheinlichkeit aber ist die Annahme, daß die Redactoren sich der beiden Elemente in dieser juristischen Person bewußt gewesen wären, wo sie doch ihre Existenz mehr instinctiv vorausgesetzt, als deutlich erkannt haben.

die künftigen Rücksicht genommen werden. Wer des Stifters Schöpfung gewissenhaft hütet — und dies soll der Fideicommiß-Curator und die Fideicommiß-Instanz thun — der sorgt damit zugleich für die Interessen der Posterität. Am ehesten ließe sich ein eigener „Curator der Nachkommenschaft“ im Falle des §. 644 befürworten, und wirklich kommt diese Bezeichnung in §. 644 vor; es ist aber bemerkenswerth, daß dort hinwieder der Fideicommiß-Curator nicht erwähnt wird, so daß jener Ausdruck wohl besagt, der Fideicommiß-Curator habe in solchem Falle nicht die lebenden Anwärter zu vertreten (da diese alle einzeln zustimmen müssen), sondern nur die möglichen künftigen.⁶⁾

V. Außer dem Curator hat für die Integrität des Fideicommisses und die Interessen der Anwärterchaft das zuständige Gericht zu sorgen.^{6a)} Es ist dies ein Theil seiner officiosen Thätigkeit (der „freiwilligen Gerichtsbarkeit“) und sind die Normen für dieselbe im vierten Hauptstück des Pat. v. 9. Aug. 1854 („Verfahren

⁶⁾ Daß früher (auch nach d. J. 1811) oft außer dem Fideicommiß-Curatore ein eigener „Posteritäts-Curator“, der die Interessen der noch ungeborenen Successionsberechtigten zu vertreten hatte, aufgestellt wurde, bezeugt Nippel IV S. 224 Z. 5, der aber sofort hinzufügt, daß nach §. 630 nur ein Curator aufzustellen sei, welcher beide Functionen in sich vereinige. Winiwarter III S. 148 f. ist für die Regel derselben Ansicht, „weil in der Regel die Anwärter und Nachkommen dasselbe Interesse haben“; verlangt aber zwei Curatoren bei der Auflösung des Fideicommisses (§. 644). Er verweist auf den Plural in §. 635 und in der alten Gerichts-Instruction (v. 1785). Dieser Plural beweist aber sowenig, wie der in Nr. 23 bei §. 629 erwähnte Singular; sobald man in abstracto spricht, sind eben Singular und Plural gleichwerthig. S. z. B. §. 41 der cit. Ger.-Instr. („die Fideicommiß-Besitzer und Curatoren“, wo offenbar an mehrere Fideicommisses gedacht ist). Ueberdies ist gerade in §. 635 der Plural durch die Antithese in §. 634 fast geboten. (Zu wichtigen Veränderungen ist nothwendig die Einwilligung der Anwärter, der Curatoren abwesender u. s. w., des Curators des Fideicommisses und der Nachkommenschaft, — zur Einschuldung ist die Einwilligung dieser Personen nicht nothwendig.) Dies der Zusammenhang, der nicht, una aliqua legis particula proposita, ignorirt werden kann; und dieser Zusammenhang bietet nicht nur kein Argument für W., sondern das stärkste gegen ihn (vds. §. 634: „ihre Curatoren, dann den Curator des Fideicommisses und der Nachkommenschaft“ . . .). Die Berufung auf Geseze, die dem bgl. G. B. vorrangigen, kann für das heutige Recht nicht beweisen. Für einen Curator spricht außer §. 630 sehr deutlich auch das Pat. v. 1854, §§. 227, 228: „Für jedes Fideicommiß muß ein Curator bestellt werden . . . des Curators Pflicht ist, die Rechte der zur Erbfolge in das Fideicommiß berufenen Nachkommenschaft zu vertreten“ . . . Zeiller's Aeußerung (II S. 540): „(es werden) für jedes Fideicommiß ein oder mehrere Curatoren gewählt, die für die Erhaltung des Fideicommisses und die Rechte der Anwärter zu wachen haben“ . . . spricht für, nicht gegen uns; denn aus dem „ein oder mehrere“ folgt, daß er zwei gesonderte Vertretungen nicht für vorgeschrieben hielt; ja selbst, daß er sie für zulässig hielt, folgt nicht mit Gewißheit daraus, da ja auch ein Subject mehrere Vertreter haben kann; und daß die mehreren als Mitcuratoren gedacht sind, dafür spricht wieder das „ein oder“, und ebenso spricht dafür das Wort „mehrere“ (nicht „zwei“). — Der Plural in Sammlung XVII Nr. 7533 („Curatoren des Fideicommisses und der Posterität“) beweist nichts, weil der oberste G. H. dort in abstracto spricht: die „den Gerichten“ obliegende Fürsorge sei nicht abhängig von den Meinungsäußerungen der Curatoren u. s. w. — Welcher Ansicht Gspan ist, kann man aus dem ungrammatischen Satze im II. Bd. S. 238 (§. 437): „die Stimmen des Fideicommiß- und Posteritäts-Curators, welche gar keinen Antheil am Fideicommiß haben“ . . . nicht entnehmen; auch nicht aus §. 400. (Im I. Bd. S. 143, wo §. 644 erörtert wird, umschreibt er den Wortlaut desselben, und spricht auch nicht von einem zweiten Curator; auch §. 405 (S. 214) deutet darauf hin, daß Gspan nur einen Curator voraussetzt, dessen Stellung gegenüber den nati er aber verkennt.) Ex professo spricht sich W. i. d. n. er über unsere Frage aus (S. 151, 152, 155); er behauptet die Zulässigkeit (nicht die Nothwendigkeit) eines von dem Fideicommiß-Curatore verschiedenen Posteritäts-Curators.

^{6a)} Mit dieser Fürsorge hängen auch gewisse Aufzeichnungen zusammen. Ueber jedes Fideicommiß hat nämlich der Referent ein „Fideicommiß-Protokoll“ zu führen; und außerdem soll bei dem Gericht über alle ihm unterstehenden Fideicommisses ein „Hauptbuch“ geführt werden (Pat. §. 255) — Vgl. Voglhuber S. 80 §. 14; Ger.-Instruction v. 9. Sept. 1785 §. 41 (bei Zimmerl II S. 87).

aufser Streitsachen“) enthalten. Ueber die hier nur nebenbei zu erwähnenden Kompetenz-Vorschriften s. die Note. 7)

VI. Die §§. 629—631 gehören so zusammen, daß im ersten das Princip, in den beiden anderen die nächsten Consequenzen desselben angegeben sind, u. zw. in §. 630 die aus dem Ober-Eigenthum, in §. 631 die aus dem Nutz-Eigenthum. Da die Rechte der einzelnen Anwärter und ihrer Gesamtheit nicht gehörig geschieden sind (s. Abs. III), so begnügt man sich zu sagen: Die Anwärter haben das Ober-Eigenthum (§. 630), folglich (s. §. 357) dürfen sie „alle zur Sicherheit der Substanz nöthigen Maßregeln treffen“⁸⁾ (§. 630; doch sollte es richtiger heißen „beantragen“). Die Aufzählung in §. 630 ist nur eine beispieelsweise („überhaupt“).

VII. Wie bei der Vormundschaft in unserem Rechte das ganze Schwergewicht in die Thätigkeit des Gerichtes verlegt ist,⁹⁾ so ist auch hier der Curator ganz und gar von der Fideicommiss-Instanz abhängig, diese aber gar nicht von ihm.¹⁰⁾ Da versteht es sich denn fast von selbst, daß der Einfluß der einzelnen Anwärter auf die Verwaltung des Vermögens ein geringfügiger ist. Zwar werden ihnen im bgl. G. B. und im Pat. v. 1854 viele Rechte zugeschrieben; aber die meisten dieser „Rechte“ bedeuten nicht (wie man erwarten könnte) Macht, sondern Ohnmacht. Sie dürfen „die Hinterlegung der Fideicommiss-Schuldscheine^{10 a)} zu Gerichtshänden verlangen“ (§. 630); es ist aber ohnehin Pflicht des Gerichtes, dies zu veranlassen.¹¹⁾ Sie dürfen „eine üble Verwaltung der Fideicommiss-Güter gerichtlich anzeigen“; da aber das Gericht von Amtswegen für das Fideicommiss zu sorgen hat,¹²⁾ so hat es eine derartige Anzeige, auch wenn sie von einem Unbetheiligten ausgeht, zu beachten, wofern

7) „Competent ist derjenige Gerichtshof I. Instanz, in dessen Sprengel die bisherige Fideicommiss-Behörde ihren Sitz hatte.“ Civ. F. N. §. 89 Nr. 1. Welches waren aber die bisherigen Fideicommiss-Beörden? Das Gfd. v. 23. Aug. 1784 Nr. 326 (Zimmerl S. 89) sagt: das Landrecht sei competent, wenn der Besitzer adelig ist, „das Ortsgericht, dem der Besitzer untersteht“, wenn dieser unadelig ist. Demnach waren in der großen Regel die Landrechte competent, was auch bei Voglhuber (s. z. B. S. 113 f.) stillschweigend vorausgesetzt ist. — „Bei neu zu stiftenden Fideicommissen ist die zur Verh. Abhandlung berufene inländische Personal-Instanz des Stifters die competente Behörde, wenn nicht . . . in dem . . . Fideicommiss-Statute oder durch den obersten G. B. bestimmt wird, welches andere Gericht . . . Fideicommiss-Instanz . . . sein soll.“ §. 89 Nr. 2. Vgl. §. 38. — Schon nach der Mil. F. N. v. 1851 änderte „die militärische Eigenschaft der beteiligten Personen“ nichts an der Competenz der Civilgerichte in Fideicommiss-Angelegenheiten; seit der Mil. F. N. v. 1869 ist dies vollends selbstverständlich (§. 9).

⁸⁾ Vgl. Zeiller S. 545.

⁹⁾ Vgl. Arndts Pandekten §. 441 Nr. 1, Civil. Schftn. III S. 329; Dernburg (preuß.) Vormundschaftsrecht §. 6, preuß. Privatrecht III §§. 73, 74. — Der Vergleich ist ein naheliegender; vgl. Pat. §. 227; Voglhuber S. 72: Die Curatoren „sind gleichsam die Vormünder der Fideicommiss“. Vgl. im Pat. die Einreichung des Hauptstückes von den Fideicommissen hinter dem von der Vormundschaft.

¹⁰⁾ Im Falle der Sammlung XVII Nr. 7533 behauptete eine Partei die Abhängigkeit der Fideicommiss-Behörde von den Anträgen der Curatoren. Mit Recht wurde dies vom D. L. G. als „dem Texte und Geiste der Gesetzgebung entschieden widerstrebend“ verworfen. „Die Ueberwachung der Integrität des Fideicommisses liegt (nach §. 627) dem Gerichte ob; dieses, und nicht die Curatoren, hat zu entscheiden, was zu dem Fideicommissstamme gehört, und ist das Gericht bei seiner Entscheidung wohl verpflichtet, die Motive der Anträge der Curatoren zu würdigen, dagegen von den Anträgen derselben ganz unabhängig.“

^{10 a)} D. h. Urkunden über Forderungen des Fideicommisses, s. folgende Note.

¹¹⁾ Pat. §. 230 a. E.: „Oeffentliche und Privat-Schuldbriefe und alle übrigen Urkunden über die Forderungen des Fideicommisses müssen in gerichtliche Verwahrung genommen werden.“ — Ueber Vinculirung von Inhaber-Papieren, die einem Fideicommiss gehören (Pat. §. 232), s. Winiwarter Handbuch der Justiz- und politischen Gesetze II. Bd. (zu §. 630); Michel Handbuch Nr. 1045.

¹²⁾ S. Pat. §§. 1, 2 pr., 247, 256 und mit specieller Rücksicht auf den in Rede stehenden Fall §. 254.

die Grundlosigkeit derselben nicht offenbar ist; daß die Anzeige eines Anwärter's gewichtiger ist, als die irgend eines Angebers, ist ein factischer, kein rechtlicher Unterschied. Eines ihrer wichtigsten Rechte ist die Mitwirkung bei der Auswahl des Curators (§. 630, Pat. §. 227); aber selbst da ist ihr Vorschlag nicht bindend, nur können sie bei (einer ganz willkürlichen) Nichtachtung desselben Schutz beim Obergericht suchen. Sie können bei einer Schätzung des Fideicommisses „erscheinen und alles, was zur richtigen Beurtheilung des Werthes dienen kann, bemerken“, weshalb ihnen die Zeit der vorzunehmenden Schätzung „von dem Gerichte bekannt gemacht werden muß“ (Pat. §. 238) u. f. w. In vielen Fällen hängt es vom Gerichte ab, ob es Anwärter anhören will, und welche von ihnen; in den meisten Fällen, wieviel Gewicht es dem Gehörten beilegen will. Sogar gegen die Meinung des Curators und die Anwärter kann es entscheiden (Pat. §. 231). — In manchen Fällen hat das Gericht alle bekannten Anwärter einzuvernehmen (§§. 634, 644), in anderen so viele, als leicht erreichbar sind (Pat. §. 229). „Insbesondere hat der Curator gemeinschaftlich mit den nächsten Anwärtern an allen Processen Theil zu nehmen, die das Stammvermögen des Fideicommisses betreffen“ (Pat. §. 229 a. G.).

Im Großen und Ganzen beschränkt sich also die Ingerenz der Anwärter in Fideicommiss-Angelegenheiten auf das Recht, Anzeigen und Vorschläge zu erstatten, Bemerkungen und Vorstellungen zu machen;¹³⁾ sie haben meist nur ein consultatives kein decisives Votum (vgl. N. 10).

VIII. Unter die „zur Sicherheit der Substanz nöthigen Maßregeln“ gehört auch die Inventarisirung sowohl bei der Stiftung, als bei dem Tode eines jeden Besitzers (Pat. §§. 223, 224), die Auszeichnung des Fideicommiss-Bandes in den öffentlichen Büchern,¹⁴⁾ Bestätigungen des Inhabers über die in Empfang genommenen Fahrnisse (Pat. §. 230), die Vorsichten, welche bei der Anlegung von Fideicommiss-Geldern zu beobachten sind (Pat. §§. 231, 232).¹⁵⁾ Doch kann und soll an dieser Stelle weder über die Aufgaben des Gerichtes, noch die des Curators, noch über die Rechte der Anwärter eine vollständige Uebersicht gegeben werden, da vieles bei der Erläuterung späterer Paragraphen eine richtigere Stelle finden wird.¹⁶⁾ Auch kann auf eine zusammenhängende Vergleichung¹⁷⁾ mit älterem und mit auswärtigem Recht nicht eingegangen werden.¹⁸⁾

¹³⁾ Wichtig bemerkt Nippel (S. 225 Z. 6), daß die Anwärter das Gericht auf alles aufmerksam machen dürfen, worüber zu wachen der Curator verpflichtet ist. — Vgl. Pat. §§. 228, 253, 254.

¹⁴⁾ Pat. §. 230; vgl. oben S. 311 vor und in Note 73.

¹⁵⁾ Es wird Pupillar-Sicherheit verlangt, gleichviel ob es sich um ein Geld-Fideicommiss oder um ein Capital handelt, das zu einem Real-Fideicommiss gehört (vgl. z. B. §. 634 a. G.). — Vgl. wegen des älteren Rechts: Pat. v. 4. Oct. 1796 und Hfd. v. 22. Febr. 1798 (bei Zimmerl II S. 97). — In neuerer Zeit sind verschiedene Werthpapiere gesetzlich als solche bezeichnet worden, in denen Fideicommiss-Capitalien angelegt werden können.

¹⁶⁾ So wird z. B. über die Frage, ob im Falle rechtswidriger Veräußerung von Sachen des Fideicommisses den Anwärtern ein Revocationsrecht zustehe, bei den §§. 633, 634 die Rede sein.

¹⁷⁾ Einzelnes kommt hie und da zur Sprache.

¹⁸⁾ Wegen auswärtiger Gesetzgebungen s. Lewis S. 317 ff., wegen des älteren österr. Rechtes Voglhuber S. 67 ff. IV. u. V. Hptst. Das frühere Recht (vor 1811) stimmt mit dem jetzigen großentheils überein; vieles, was jetzt (namentlich im Pat. v. 1854) ausdrücklich vorgeschrieben ist, wurde auch früher schon so geübt. — Ein einzelner Punkt mag noch hier erwähnt werden. Als ein wichtiges Beispiel „übler Verwaltung“ hebt §. 254 „übermäßige Benutzung der Waldungen“ hervor. Dies ist zurückzuführen auf eine Aeußerung Zeißler's (Comm. II S. 546), diese wieder auf eine Bemerkung Voglhuber's S. 78 ff. §. 11. (Freilich handelt es sich Beiden mehr darum, zu betonen, daß gegen solche Mißbräuche auch die politische Behörde einzuschreiten habe.)

Uneingeschränkte Rechte des Inhabers und Verbindlichkeiten desselben.

§. 631.

Der Fideicommiss-Inhaber hat alle Rechte und Verbindlichkeiten eines Nutzungseigenthümers. Ihm gehören alle Nutzungen von dem Fideicommiss-Gute, und dem Zuwachse, aber nicht die Substanz desselben. Er trägt dagegen auch alle Lasten. Für die ohne sein Verschulden erfolgte Verminderung der Substanz hat er nicht zu haften.

I. Redaction. Sollte Jemandem zweifelhaft sein, daß „desselben“ am Ende des zweiten Satzes des §. 631 grammatisch auf den Zuwachse und nicht¹⁾ auf das Fideicommiss-Gut zu beziehen ist, so wird dieser Zweifel durch die Vergleichung mit dem sachlich übereinstimmenden §. 424 Westg. G. B. II behoben. Die jetzige kürzere, aber etwas weniger deutliche Fassung wurde durch die Wiener Facultät veranlaßt. Die Commission in Oberösterreich wollte die Trebellianische Quart ausdrücklich ausgeschlossen wissen, was Zeiller (S. v. 27. Febr. 1804) mit der Bemerkung ablehnte, daß ohnehin Niemand hier^{1a)} an jenen Abzug je gedacht habe.²⁾ — Die Marg. N. enthielt die Worte „und Verbindlichkeiten desselben“ ursprünglich nicht.

II. In den Marginalien zu §. 631 ff. ist von „uneingeschränkten“ und von „eingeschränkten“ Rechten des Inhabers die Rede. Die Vorstellung bei der Unterscheidung war diese: Alle Nutzungsrechte stehen dem Inhaber uneingeschränkt zu, weil nur er Nutzungseigenthümer ist;³⁾ hinsichtlich der Verfügungen über die Substanz ist er eingeschränkt „durch das Miteigenthum der Anwärter.“⁴⁾ Ein „Recht auf die Substanz“ aber hat er aus zwei Titeln: als Nutzungs-Eigenthümer (nach §. 357) und als Theilhaber am Ober-Eigenthum (§. 629). Man hat versucht auch diesem letzteren Gedanken eine praktische Bedeutung beizulegen (s. unten), während er doch nur eine verknüpfte Construction ist. Von unserem Standpunkt aus kommt sie gar nicht in Betracht, da wir erkannt haben, daß das sog. Ober-Eigenthum (d. h. die Rechte hinsichtlich der Substanz) nicht den einzelnen Anwärtern, sondern einer juristischen Person zusteht.

III. Daß der „Inhaber“ das Recht hat, die Fideicommiss-Sachen „innezuhaben“ ist doch selbstverständlich.^{4a)} Hinsichtlich der Nutzungsrechte verweist Zeiller

1) Wie z. B. Stubenrauch irrig annimmt.

1a) Bei der fideicommissarischen Substitution hebt Zeiller (II S. 509, 510) selbst es hervor, daß nach österr. R. der Abzug der sog. Trebellianischen Quart nicht stattfinde (vgl. §. 690). Wenn er beim Familien-Fideicommiss eine derartige Bemerkung als ganz unnöthig bezeichnet, so leitet ihn (mit Recht) folgender Gedanke: dort bestand bisher ein solcher Abzug, hier auch schon nach gemeinem Rechte nie (s. folg. Note).

2) Gewiß ist es längst Niemandem eingefallen, hier an jenen Abzug zu denken. Selbst die ältesten Schriftsteller über Familien-Fideicommiss, welche die Frage allerdings stellten, haben sie verneint. Und in der That war diese Entscheidung selbst vom rein römischen Standpunkte aus leicht zu begründen! a) Seit Nov. 1 kann der Testator den Abzug verbieten; ein solches Verbot liegt nun schon in der Vinculirung des Vermögens und in dem Stiftungszweck. S. Knipschildt c. VI. nr. 164—170; Costa S. 33 f. und die von ihm Citirten. b) Aber dieses Argumentes bedurfte es höchstens dem ersten Besizer gegenüber; daß bei einem successiven fideicommissum der Zweite dem Dritten, der Dritte dem Vierten . . . keinen Abzug machen kann, steht ja auch schon nach vorjustinianischem Rechte fest: l. 57 (55) §. 2. D. ad S. C. Treb. 36, 1. Der Fideicommissar gilt in dieser Hinsicht eben als Vermächtnisnehmer (cf. Knipschildt VI. 170) und einem solchen stand ja bekanntlich auch der Falcidische Abzug nicht frei (l. 47 §. 1 D. ad l. Falcid. 35, 2), weil bei ihm die ratio legis (Gaius II 224) nicht zutrif.

3) Zeiller II S. 548 pr.

4) Zeiller S. 548 3. 2 i. f.

4a) Zeiller S. 546. Nicht glücklich ist der Wortlaut des §. 230 Pat.: „Kostbarkeiten und Fahrnisse . . . können in der Verwahrung der Fideicommiss-Besizers bleiben, welcher jedoch die Uebernahme derselben . . . zu beständigen hat.“ Sie können . . . bleiben?! Als Gegensatz ist die gerichtliche Aufbewahrung gedacht (vgl. §. 229 bgl. G. B.). Für wen in aller Welt sollten denn die Mobilien aufbewahrt werden? Für den Nach-

(S. 548) auf die §§. 511—517; „denn die Rechte eines Fruchtnießers kommen unstreitig auch dem Nutzungs-Eigenthümer, mithin dem Fideicommiß-Inhaber zu“. So richtig letzterer Satz ist (wobei man an die Herrschaft über die Sache zu denken hat), so ist doch der größere Theil des Inhaltes der §§. 511—517 hier unanwendbar. §. 511 i. f. gilt nicht, ebenso (nach der Vorstellung der Redactoren) nicht die in §. 512 vbs.: „sofern sie aus den . . .“ enthaltene Einschränkung (beides wird von Zeiller selbst hervorgehoben; s. jedoch auch unten Abf. VI); §§. 514—516 sind gänzlich unanwendbar; denn wen soll der Inhaber zur Ausföhrung auffordern, bez. wem sie verbieten? Hier zeigt es sich eben, daß er Eigenthümer ist (s. oben S. 320 a. E.). Aus gleichem Grunde ist auch §. 517 unanwendbar; an seine Stelle (vgl. auch §. 515 Mitte) tritt hier §. 641. — Hierher zu ziehen sind demnach nur die §§. 511—513 (mit der angebeuteten Modification). — Die Früchte fallen in das allodiale Eigenthum des Inhabers, gleichwie die Früchte eines Totalgutes nicht selbst wieder total sind.

IV. Wenn auf oder in einem fideicommissarischen Grundstücke (z. B. in einem Schloßkeller) ein Schatz gefunden wird, so gehört ein Theil (früher $\frac{1}{3}$, seit 1846 die Hälfte) selbstverständlich dem Finder; was aber geschieht mit der anderen Hälfte, die sonst dem Eigenthümer des Grundes zufällt? §. 399 bestimmt, daß die eine Hälfte dieses Antheils (früher $\frac{1}{6}$, jetzt $\frac{1}{4}$ des Ganzen) dem Nutzungs-Eigenthümer, die andere dem Ober-Eigenthümer gehöre.⁵⁾ Dieser letzte Antheil also gehört dem Fideicommiße als juristischer Person, vermehrt somit das fideicommissarische Vermögen; und dieser praktisch geringfügige Punkt zeigt sehr deutlich, daß jene juristische Person nicht zu umgehen ist. Denn wohin käme man, wenn man „alle Anwärter“ in §. 629 als Einzelne betheiligen wollte, woneben auch hier der Inhaber noch einen Theilestheil bekommen müßte! Welche Unbilligkeit läge in der Gleichstellung des nächsten und des fernsten Anwärters! Und soll die Posterität leer ausgehen? wenn nicht, welchen Antheil soll man ihr reserviren?! — So drängt hier das praktische Bedürfniß zu einer Entscheidung, die sich aus unserer Theorie als einfache logische Folgerung ergibt — nämlich dazu: $\frac{1}{4}$ zum Fideicommiß-Vermögen zu schlagen, an dem anderen dem Inhaber freies (allodiales) Eigenthum zuzusprechen. Und in der That fühlten sich alle unsere Juristen zu der gleichen Entscheidung genöthigt, ohne sie genügend erklären, ja mit §. 629 (den sie wörtlich nahmen, wornach also das Ober-Eigenthum mehreren einzelnen Menschen zustände) auch nur einigermaßen in Einklang setzen zu können.⁶⁾

folger, der auch kein besseres Recht hat als der jetzige „Besitzer“?! — „Bei einer sich äußernden Gefahr“ ist nach Zeiller S. 546 der §. 520 vgl. G. B. analog anzuwenden. Abermals ein Arg. für die juristische Person; denn es wäre bedenklich, alles von der Diligenz und dem Belieben des präsumtiven Nachfolgers abhängen zu lassen. U. E. kann sowohl der Nachfolger, als der Fideicommiß-Curator auf Sicherstellung dringen. Die alten Schriftsteller, die auf dem Boden der römischen successiven Fideicommiße stehen, konnten natürlich nur dem Nachfolger das Recht auf Caution geben. Vgl. Molina Lib. I c. 15; Knipschildt cap. XII n. 21 sq. — Wegen unbeweglicher Güter f. Pat. §. 254 und die Ausführungen zum vorigen §.

⁵⁾ Die Vorchrift dieser Theilung wird in dem das Staatsdrittel abschaffenden Hftzd. v. 16. Juni 1846 ausdrücklich wiederholt (s. Michel I S. 452).

⁶⁾ Zeiller S. 548 Z. 2 begnügt sich mit der Bemerkung: daß der Fideicommiß-Inhaber hinsichtlich des Schazes besser gehalten werde, als der Fruchtnießer (s. §. 511 a. E.), erkläre sich daraus, daß jenem, als einem Nutzungs-Eigenthümer, „zugleich ein Recht auf die Substanz zusteht“. Rippel IV S. 226 geht einen Schritt weiter. Der Inhaber des Fideicommisses genieße beide Hälften des Grundeigenthümer-Antheils, sei somit „begünstigter, als jeder andere Nutzungs-Eigenthümer“ und dies erkläre sich daraus, daß ihm „nebst dem Rechte auf die Substanz, das ihm in der Eigenschaft als Nutzungs-Eigenthümer zusteht, auch ein Antheil an dem Ober-Eigenthum selbst zukomme“. Die Bemerkung ist nicht ohne Scharfsinn, aber dieser ist an die Rechtfertigung einer unhaltbaren Theorie verschwendet. Gewiß nicht zutreffend ist die gleich nachfolgende Bemerkung, daß

V. Daß jede Werthsteigerung eines zum Fideicommiss-Vermögen gehörigen Papiers dieses Vermögen vermehrt, ist selbstverständlich; ebenso, daß wenn diese Steigerung durch Ausloosung erfolgt und dann ein gleichnamiges Papier (z. B. eine Grundentlastungs-Obligation) unter Pari angekauft wird, die gewonnene Differenz dem Fideicommiss zu Gute kommt.⁷⁾ Nicht anders verhält es sich mit einem anderen Loosgewinne (Sammlung XVII Nr. 7533).⁸⁾

VI. Der Fruchtnießer trägt nach §. 512 „alle ordentlichen und außerordentlichen, von der Sache zu leistenden Schuldigkeiten, insofern sie aus den während der Dauer der Fruchtnießung gezogenen Nutzungen bestritten werden können“. Diese Einschränkung wollte man bei dem Inhaber des Fideicommisses nicht anwenden; er sei eben mehr als ein Fruchtnießer. „Seines ausgebehnteren Rechtes wegen“ sollte er ohne jene Begrenzung „alle Lasten“ tragen. „Doch bot man ihm ein anderes billiges Mittel zur Erfüllung seiner Obliegenheit an“ (§§. 635 — 641) (Zeiller S. 549). Er kann nämlich zu diesem Zwecke Fideicommiss-Schulden mit Genehmigung des Gerichtes contrahiren, die der Fideicommiss-Nachfolger anerkennen muß. Oder, wenn er, um Schulden zu vermeiden, aus seinem Allodial-Vermögen „zur Erhaltung oder wichtigen Besserung des Fideicommisses einen beträchtlichen Aufwand gemacht hat, wozu er das Fideicommiss-Gut zu verschulden berechtigt gewesen wäre, so muß der Aufwand“ von seinem sog. fideicommissarischen Erben seinen Allodial-Erben „ersetzt werden. Hierzu sind aber die Nachfolger befugt, ein Drittheil des Fideicommiss-Gutes zu belasten“ (§. 641). Hat er also jene Schulden gemacht, so sind es Schulden des Fideicommisses; hat er den beträchtlichen außergewöhnlichen Aufwand aus Eigenem bestritten, so ist es ein dem Fideicommiss gemachter Vorstoß, dessen Erstattung der Allodialerbe verlangen kann; und diese Erstattung braucht der Fideicommiss-Nachfolger wieder nicht aus Eigenem zu leisten, sondern kann das Geld zu Lasten des Fideicommisses aufnehmen. Thatsächlich erfolgt hier also zwischen dem Nutzungs- und dem Ober-Eigenthümer eine ganz ähnliche Vertheilung der Lasten, wie sonst zwischen dem Fruchtnießer und dem Eigenthümer. — Soll man sich mehr darüber wundern, daß dies alles nicht zur klaren Erkenntniß der juristischen Person geführt hat, oder mehr über den legislativen Takt, der trotz unrichtiger theoretischer Zurechtlegung (§. 629) das Richtige getroffen hat, und der dem rechten Vorbild (§. 512) folgte, während er sich davon zu entfernen glaubte?⁹⁾

VII. Mit der angegebenen Einschränkung trägt der Inhaber alle Kosten und Lasten. Alle Kosten: nicht nur die der Fruchtgewinnung, sondern auch die zur Instandhaltung der Häuser, Güter u. s. w. nöthigen Auslagen.^{9a)} Ebenso verhält es sich mit den Lasten, mögen sie dinglicher oder obligatorischer, privater oder publicistischer Natur, „ordentliche oder außerordentliche Schuldigkeiten“ (§. 512) sein.¹⁰⁾ — Die Kosten

der Inhaber vermöge des Antheils am Ober-Eigenthum die Unterlassung der Vertheilung unter ihn und die Anwärter zu fordern berechtigt sei. Gewiß ist diese Unterlassung und die Mehrung des Fideicommisses durch $\frac{1}{4}$ des Schatzes zu billigen, aber aus anderen Gründen (s. Text). — Ueber die Entscheidung selbst herrscht keine Meinungsverschiedenheit; s. Winivarter III S. 149, Stubenrauch zu §. 631 Z. 2, Ellinger zu §. 631, Basevi zu §. 631 nr. 1, Kirchstetter zu §§. 629 ff., Note 3.

⁷⁾ Ein solcher „Nutzen“ (richtiger: Gewinn) ist keine Nutzung, sondern eine Mehrung. Sammlung IX Nr. 4341. — Vgl. auch Voglhuber S. 77 (§. 9).

⁸⁾ Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Anschaffung des Loos-Papiers von dem Inhaber veranlaßt wurde, oder nicht. Falsch Wildner S. 186, der in jenem Falle den Gewinn dem Inhaber zuspricht; richtig Span II §. 270, Stubenrauch Z. 2.

⁹⁾ Vgl. auch den Excurs über Fideicommiss-Schulden.

^{9a)} Vgl. §. 513; dazu Budinsky S. 62 ff.

¹⁰⁾ Zinsen von Fideicommiss-Schulden, Steuern, Einquartierungen u. s. w.; s. auch Pat. §. 250; vgl. Stubenrauch Z. 1. Geschichtliches hierzu und überhaupt zu §. 631 bei Costa §. 20. — Die Sicherstellung der Besitzveränderungsgebühr kann nur durch Intabulation ad fructus geschehen, wie das D. L. G. im Falle der Sammlung X

der Abhandlung nach dem Stifter fallen dem Fideicommiss, die nach dem Inhaber dagegen dem Nachfolger zur Last. Ebenso „sind alle anderen bei Fideicommiss-Geschäften vorkommenden Gerichts- und Curatels-Kosten¹¹⁾ ohne Verminderung des Stammvermögens von dem Fideicommiss-Besitzer zu bestreiten“ (Pat. §. 226). Sammlung X Nr. 4747.

VIII. Durch arg. a contr. aus dem Schlußsatz von §. 631 (vgl. auch §. 513 a. G., dann §§. 1305, 1311) und schon aus allgemeinen Grundsätzen (§. 1295) ergibt sich, daß der Fideicommiss-Besitzer, bez. sein Allodialerbe (§§. 547, 548 pr., 1337), allen durch sein Verschulden verursachten Schaden zu ersetzen hat. Dahin gehört namentlich Entwerthung durch lässige oder zweckwidrige Bewirtschaftung;¹²⁾ wegen dieser kann ihm auch „die Verwaltung abgenommen und für immer oder auf eine angemessene Zeit einem Sequester übertragen werden“. (Pat. §. 254, II. 2.) Inwiefern er für das Verschulden seiner Beamten, Dienstleute, Pächter hafte, ist nach allgemeinen Grundsätzen des Schadenersatz-Rechtes zu beurtheilen.¹³⁾ Ueber Sicherstellung bei drohendem Schaden s. oben Note 4^a.

IX. Viele unserer Schriftsteller halten nicht nur eine Uebertragung der Ausübung einzelner Befugnisse, sondern auch die der Ausübung des fideicommissarischen Nutzungsrechtes in toto für statthaft.¹⁴⁾ Sollte damit mehr, als die Verpachtung aller Güter an eine Person gemeint sein, so wäre dieser Ansicht in solcher Allgemeinheit nicht beizustimmen;¹⁵⁾ s. übrigens bei §. 632.

Eingeschränkte Rechte:

a) zur Verzichtung und Verpfändung.

§. 632.

Ein Fideicommiss-Besitzer kann zwar für sich, jedoch keineswegs für die, wenn gleich noch nicht vorhandene, Nachkommenschaft auf sein Recht Verzicht thun. Verpfändet er die Früchte des Fideicommisses oder selbst das Fideicommiss-Gut; so gilt die Verpfändung nur für denjenigen Theil der Früchte, welchen er einzusammeln berechtigt ist, nicht aber für das Fideicommiss-Gut, oder den Theil der Früchte, welcher dem Nachfolger gebührt.

I. Redaction. Die den Verzicht betreffende Stelle lautete im Westgal. G. B. (II. §. 425) wesentlich anders, nämlich: „Ein Fideicommiss-Inhaber kann für sich und für die noch nicht vorhandene Nachkommenschaft, aber nicht für sein Kind, das schon im Mutterleibe ist, auf sein Recht ordentlich Verzicht thun.“¹⁾ Dies wurde auf

Nr. 4747 richtig erkannte. Der oberste G. H. dagegen ließ die Intabulation auf das Fideicommiss-Gut zu, weil es sich nur um mittelweilige Sicherstellung handle; obwohl er zugab, daß die executive Eintreibung „allerdings nicht von dem Stammvermögen, sondern nur von den Früchten des Fideicommisses gefordert werden könnte“.

¹⁾ Vgl. schon Voglhuber S. 77 f. (§. 10) und Rippel IV S. 227, der ein Pat. v. 12. Nov. 1762 citirt.

²⁾ Deterioration — im Gegensatz zur Melioration, von der bei §. 641 die Rede sein wird.

³⁾ Solche principielle Streitfragen können natürlich nicht bei einem einzelnen Anwendungsfall erörtert werden. Vgl. etwa Zeiller S. 540. „Diese Verbindlichkeiten werden . . . dadurch, daß der Besitzer sein Nutzungsrecht ganz oder zum Theile (z. B. durch Verpachtung) einem andern überläßt, nicht verändert.“

⁴⁾ S. Zeiller's eben citirten Ausspruch, den Rippel und Stubenrauch nachschreiben.

⁵⁾ Vgl. oben S. 244 (vb. „Dagegen ist die Herrschaft . . .“). Indessen denken wohl auch jene Juristen nicht an eine Ausübung der Rechtsstellung in toto, da sie nur von dem „Nutzungsrechte“ sprechen. — Uebrigens hängen diese Fragen auf das engste mit der Lehre vom Fideicommiss-Verzicht zusammen, worüber beim folgenden Paragraph nachzulesen ist.

¹⁾ Vgl. das großherz. hessische Gesetz v. 13. Septbr. 1858, Art. 27: „Jeder Nachfolger im Fideicommiss kann auf die Nachfolge für sich und seine noch nicht erzeugten Nachkommen Verzicht leisten.“ (Bei Lewis S. 455 N. 86).

Antrag des niederöster. A. G. so geändert (S. v. 27. Febr. 1804), wie nun §. 632 zeigt. Nur Graf Rottenhan fand es zu subtil, noch gar nicht Concipirte als berechtigt zu fingiren;²⁾ auch wäre das eine zu große Beschränkung des Inhabers. Alle anderen Botanten stimmten jenem Antrag bei; für sie war bestimmend die Rücksicht auf die eventuellen Rechte der Nachkommen, und die vom Staate dem Stifter garantirte Befolgung seines Willens.³⁾ — Der die Verpfändung betreffende Theil des §. 425 unterscheidet sich vom jetzigen Texte dadurch, daß sowohl im Vorder-, als im Nachsatze das Fideicommiss-Gut selbst nicht erwähnt war. Diese Ergänzung erfolgte auf Anregung Nichen's.

II. Verzicht. Den Grund, warum die Entscheidungen in §. 632 pr. und §. 551 i. f. so verschieden lauten, haben wir schon an anderen Stellen dargelegt.⁴⁾ Die Vorstellung, als ob ein Enkel seinen Großvater nur kraft des Rechtes des die Verwandtschaft vermittelnden Descendenten (bez. Ascendenten) beerben würde (Repräsentations-Lehre), hielten die Redactoren von dieser Materie fern. Handelt es sich doch nicht um eine Intestat-, sondern um eine gewillkürte Erbfolge; Keiner verdanke sein Recht dem Vormanne, sondern Jeder dem Willen des Stifters.⁵⁾ Die Reihenfolge kann von diesem beliebig festgestellt sein, und es ist ebenso gut möglich, daß der Nachfolger zu dem Vormanne in einem sehr entfernten,⁶⁾ als daß er zu ihm in einem sehr nahen Grade der Verwandtschaft stehe. Darum kann Jeder nur für sich, Keiner für den nächstfolgenden Anwärter verzichten, auch dann nicht, wenn dieser zufällig sein Sohn ist. Ebenso irrelevant ist der Umstand, daß der Anwärter, in dessen Namen verzichtet wurde, Alodialerbe des Verzichtenden wird; der nichtige Verzicht erlangt dadurch nicht hinterdrein Kraft.⁷⁾

III. Der Verzicht darf keinem auch noch so entfernten (gegenwärtigen oder künftigen) Anwärter schaden. Dies kann aber nur dadurch gesichert werden, daß der Verzichtende für die Frage der Reihenfolge der Succession so betrachtet wird, als ob er nicht verzichtet hätte; eine wahre Vacatur tritt erst mit seinem Tode, nicht mit dem Verzichte ein. Mit der *successio ex pacto et providentia maiorum* als einer festgeordneten Folge verträgt sich kein wahrer Verzicht, was am deutlichsten wird, wenn man die sog. Majorats-Ordnung vor Augen hat, wo alles davon abhängt, wer im Momente des Todes dem Inhaber am nächsten verwandt ist. Der sog. Verzicht ist in Wahrheit ein Vertrag, die gegenwärtige oder künftige Ueberlassung der Ausübung des „Nutzungs-Eigenthums“ betreffend. Ein einseitiger Verzicht des Inhabers ist sehr selten und hat einige Ähnlichkeit mit der Ausschlagung (*recusatio*) der Erbschaft; ein einseitiger Verzicht eines Anwärters ist

2) In der Prämisse hatte er Recht, aber der aus ihr gezogene Schluß ist nicht zwingend. (Zeiller [S. 550] verweist, vielleicht in Erinnerung an Graf Rottenhan's Einwand, auf §. 247.) Richtig ist es, daß man nicht über die Fiction des §. 22 weiter hinausgehen soll. Nichtexistirende haben jetzt kein Recht. Sobald sie aber da sind, warum sollen sie durch den fortwirkenden Willen des Stifters nicht berufen sein? „Weil diese Anwartschaft durch Verzicht zerstört ist.“ Sie haben aber nicht verzichtet, und Jeder kann doch nur auf sein Recht verzichten. Nennen wir den Verzichtenden A, den Nachkommen B. Dieser hätte normaler Weise jetzt das Recht x; im Augenblicke des Verzichtes stand es dem B noch nicht zu; war es aber darum ein Recht des A? Nein, es war damals (so gut als der B) etwas nur Gedachtes, im Bereiche der Möglichkeit Liegendes, also der Verzicht darauf gegenstandslos und erfolglos. Graf Rottenhan über sah, daß aus der Nichtberechtigung des B noch nicht eine Berechtigung des A folgt. Das damals angebli ch zerstörte Recht stand freilich nicht dem B, aber ebenso sicher auch nicht dem A zu.

3) Garantirt, nämlich durch Genehmigung des Stiftbriefes — gerade wie bei einer Stiftung im eigentlichen technischen Sinne. Ueber die Verwandtschaft des Fideicommisses mit der Stiftung s. den Excurs zu §. 629 (Abs. V).

4) Commentar II. S. 56 f. Abs. X., Excurs II. S. 55.

5) Vgl. Rippel IV. S. 228; Gspan II S. 213.

6) Man denke an ein Seniorat!

7) Dies verkennt selbst Lewis. S. darüber Excurs Abs. VI §. 1 und Note 8.

nichts. Gar niemals hat der sog. Fideicommiß-Verzicht irgend welche Aehnlichkeit mit dem Erbverzicht im technischen Sinne und schon darum hätte §. 551 nie herbezogen werden können, selbst wenn die ausdrückliche Vorschrift des §. 632 pr. nicht vorhanden wäre; denn der Erbverzicht ist ein Vertrag mit dem künftigen Erblasser; ein solcher existirt hier aber gar nicht.

IV. Aus dem oben angegebenen Inhalt des sog. Verzichtes ergibt sich: 1) daß er auch zu Gunsten eines entfernteren Anwärters geleistet werden kann (nur nicht zu Gunsten eines extraneus, was dem Stiftungszwecke widerspräche); 2) daß er nur so lange wirkt, als beide Theile (d. h. der Inhaber und der Begünstigte) am Leben sind; ob nun Dieser oder Jener stirbt, sofort ist das Verhältniß geendigt: durch den Tod des Inhabers, gerade so, wie ein der Ausübung nach veräußerter ususfructus mit dem Tode des Usufructuars erlischt — durch den Tod des Anwärters, weil diese Eigenschaft einerseits unerläßlich, andererseits unvererblich ist.⁸⁾ — Wenn nach geleistetem Verzichte ein näher berechtigter Anwärter geboren wird (z. B. bei der Primogenitur ein Sohn des Verzichtenden), so brauchte der Begünstigte bei Lebzeiten des Verzichtenden nicht zu weichen, weil so lange der Nachgeborene auch ohne Verzicht ausgeschlossen bliebe; anders in den sehr seltenen Fällen, wo der im Genusse befindliche kein Begünstigter ist, sondern nur „durch Reflexwirkung“ aus dem Verzichte profitirt. Eine weitere Begründung und Ausführung aller dieser Sätze findet sich in einem eigenen Excurse über den Fideicommiß-Verzicht. Dort (Abf. VIII) ist auch von dem Fall der Sammlung XIV. Nr. 6323 die Rede.

V. Ein Verzicht kann auch dann nicht über die Person des Verzichtenden hinauswirken, wenn er transigendo geleistet wird, m. a. W. wenn er Bestandtheil eines Vergleiches ist. Ueberhaupt sind an die Transaction eines Fideicommiß-Inhabers oder Anwärters, durch welche seinen oder des Fideicommisses Rechten Eintrag geschähe, die Nachmänner nicht gebunden, da sie ja hinsichtlich des Fideicommisses nicht Rechtsnachfolger des Vormannes sind.⁹⁾ Gleiches muß (wegen der Aehnlichkeit beider Abmachungen) von dem Compromisse behauptet werden.¹⁰⁾ Demnach scheint es auch, daß die Entscheidung bei einer Collision gleichaltriger Prätendenten nur durch Loos erfolgen könne,¹¹⁾ und daß die Vereinbarung blos zwischen ihnen, nicht aber für oder gegen die Nachkommen wirkt (vgl. oben S. 285).¹²⁾

VI. Der §. 632 handelt von zwei anscheinend ganz heterogenen Materien: vom Verzicht und von der Verpfändung. Dennoch fehlt es nicht an Zusammenhang zwischen beiden. Verzicht ist eine Veräußerung im weit. S. (s. Excurse II. S. 32 N. 12) und auch die Verpfändung wird, weil man durch sie in einen eventuellen Eigenthums-Verlust einwilligt, in den Quellen und in der Literatur oft mit der Veräußerung zusammengestellt.¹³⁾ Der Verzicht wirkt nicht über die Lebensdauer des Verzichtenden hinaus, ebenso die Verpfändung (vgl. §. 468). Der Verzicht, wie allgemein er auch lauten möge, bewirkt nur Ueberlassung des Genusses; ähnlich geht die Verpfändung nur auf die dem Verpfändenden gebührenden Früchte. Hier, wie dort wird die Erklärung restringirt, ja umgedeutet, und dieser Parallelismus zwischen der ersten und zweiten Hälfte des §. 632 ist auch eine Bestätigung unserer Ansicht über den Fideicommiß-Verzicht.

⁸⁾ Ueberdies würde die Vererbung meistens zur Zerspaltung des Genusses führen.

⁹⁾ Vgl. Knipschildt XI. 90 ff.

¹⁰⁾ Vgl. Knipschildt XI. 109 ff. Vgl. Lewis S. 215 f., 228.

¹¹⁾ Vgl. §. 138 preuß. L. R. II. 4: vb. „so muß das Loos unter ihnen entscheiden“.

¹²⁾ Wir tragen diesen Satz zweifelnd vor („scheint“): 1) weil dieser Fall den echten Fällen des Vergleiches nicht gleich steht, da hier eine richterliche Entscheidung zuweisen gar nicht denkbar ist (z. B. bei Zwillingen) — 2) weil es allerdings etwas Anstößiges hat, dem blinden Zufall den Vorzug einzuräumen vor dem gütlichen Uebereinkommen.

¹³⁾ S. z. B. Knipschildt XI. 52—54; Lewis S. 226 und die dort (in N. 27) Citirten.

VII. Der hier behandelten eigenmächtigen Verpfändung wird (in §. 635 ff.) gegenüber gestellt die mit Einwilligung der Fideicommiss-Behörde geschehene. Bei jener sind wieder zwei Fälle, wo die Erklärung des Inhabers vom Gesetze corrigirt wird, zu unterscheiden. a) Er verpfändet schlechthin die Früchte (oder was dasselbe ist, das Gut „ad fructus“); hier erfolgt eine einfache Restriction auf die Früchte, „welche er einzusammeln berechtigt ist“, gleichviel, ob er sich ungenau ausgedrückt hat oder ob wirklich sein Wille über die Grenzen seiner rechtlichen Macht hinausging. *Utile per inutile non vitiatur*; vgl. §. 882. b) Er verpfändet geradezu das Fideicommiss-Gut; auch darin kann ein ungenauer Ausdruck liegen; wenn er aber das Gut („ad substantiam“) verpfändend mollte, so könnte man sagen: dieses sei kein bloßes plus, sondern ein aliud und der ganze Willensinhalt sei rechtswidrig, das Geschäft also ungültig.¹⁴⁾ Mit gutem Grunde verfährt unser Gesetz milder und nimmt eine Correctur der Erklärung vor. Denn ein Vertrag und überhaupt ein Rechtsgeschäft soll im Zweifel so ausgelegt werden, daß er (bez. es) von Wirkung sei (§. 914, vgl. §. 655). — Vgl. auch §. 457. — Ähnliche Umdeutungen: in §. 197, dann oben §. 237 Abs. II u. f. w. — Da mithin die Verpfändung sich immer auf die Einkünfte beschränkt,¹⁵⁾ so ist es verfehlt, daß Zeiler dort, wo er die Befugnisse des Inhabers theils auf sein Nutzungsrecht, theils auf sein Recht auf die Substanz¹⁶⁾ zurückführt, das Verpfändungsrecht zu der zweiten Gruppe stellt (S. 548 Z. 2 und S. 550.) Daß aber Verpfändung und Pfändung (freiwilliges und executives Pfandrecht) niemals die Substanz ergreifen können, versteht sich nach allem bei §. 629 Gesagten von selbst. S. schon Hfd. v. 12. Oct. 1799.^{16a)}

VIII. Bisher war von freiwilliger Verpfändung die Rede; wie steht es nun mit der executiven? Es könnte scheinen, als ob eine solche unstatthaft wäre. Heißt es doch im Pat. v. 1854, §. 233 pr.: „Die Bewilligung zur Verpfändung eines Fideicommisses kann nur von dem Fideicommiss-Besitzer, nicht von dessen Gläubigern angefordert werden.“¹⁷⁾ Dennoch berührt dieses Gesetz unsere Frage nicht, sondern bezieht sich auf die Belastung des Fideicommisses, von der in §. 635 ff. die Rede ist. Dort, nicht auch hier, entsteht eine Fideicommiss-Last, dort nicht auch hier, bedarf der Besitzer einer Bewilligung; dort, nicht auch hier, wirkt die Belastung über sein Leben hinaus. Die im Sinne des §. 632 vorgenommene Verpfändung geht ja das Fideicommiss und die Anwärter gar nicht an; sie betrifft ja die ins freie Eigenthum des Verpfänders fallenden Einkünfte.¹⁸⁾ Und warum diese von seinen Gläubigern nicht sollten gepfändet werden, ist nicht einzusehen. — Wie immer das Pfandrecht entstanden sein mag, ausgeübt wird es durch Sequestration.¹⁹⁾ Die Behauptung, daß in

¹⁴⁾ Das Westgal. G. B. (§. 425) erwähnt diesen Fall nicht.

¹⁵⁾ So sagen wir, uns dem herrschenden Sprachgebrauch bequemen; theoretisch genauer gesagt, ist das Nuzeigenthum des Inhabers Object der Verpfändung. Ganz anders Erner Hypoth. R. I S. 48 ff. Das Pfandrecht ergreife das ganze Gut, aber mit beschränkter Intensität; nicht durch Verkauf, sondern durch Fruchtbezug werde die Befriedigung des Gläubigers erreicht. Dies hängt mit Erner's Polemik gegen die Bremer'sche Theorie zusammen, worauf an dieser Stelle nicht eingegangen ist. Praktisch ist all' dies irrelevant, wie denn Erner selbst sagt: dem Gläubiger „haftet nicht der Erlös, nur der Ertrag“.

¹⁶⁾ Ein Recht auf die Substanz steht ihm nach der Anschauung der Redactoren aus zwei Gründen zu: a) weil jeder Nutzungs-Eigenthümer (im Unterschiede vom usufructuar) ein solches hat (§. 357); b) weil der Inhaber theilnimmt an dem Ober-Eigenthum (§. 629).

^{16a)} F. G. S. Nr. 482: „Se. Maj. haben beschlossen, daß das Fideicommiss-Gut selbst nie in Execution zu ziehen, folglich die vorgemerkten Gläubiger nur aus den Früchten des Gutes ihre Befriedigung zu suchen berechtigt seyen“.

¹⁷⁾ Ähnlich schon das Hfd. v. 23. Febr. 1787 (Nr. 634) lit. b.

¹⁸⁾ Genauer gesagt: sein Nutzungsrecht.

¹⁹⁾ Darüber wird im Sachenrecht (bei §. 457) gehandelt werden.

solchem Falle irgend Jemand ein den Gläubigerrechten vorgehendes Alimentenrecht hätte, entbehrt jeder Begründung.²⁰⁾

IX. Daß einem Anwärter weder das Verpfändungsrecht nach §. 632, noch das nach §. 635 ff. zustehende, ist selbstverständlich. Wäre auch die Verpfändung noch so verclausulirt (bedingt und betagt), wie soll Einer verpfänden, der nicht im Buche steht! Und ebensowenig können seine Gläubiger eine executive Eintragung erwirken. Vgl. Hfd. v. 7. April 1798. (J. O. S. Nr. 408.) Aber auch die Anwartschaft als solche kann weder verpfändet, noch in Execution gezogen werden; vgl. oben S. 250.

b) zur Verwandlung, Vertauschung oder Erbverpachtung des Fideicommiss-Gutes.

§. 633.

Unter der gleich nachfolgenden Beschränkung kann der Fideicommiss-Inhaber das unbewegliche Fideicommiss-Gut in ein Capital verwandeln; er kann Grundstücke gegen Grundstücke vertauschen; oder*), gegen angemessene Zinsen vertheilen; oder auch in Erb-pacht überlassen.

§. 634.

Zu diesen Veränderungen bedarf er der Genehmigung der ordentlichen Gerichtsbehörde. Diese muß alle bekannte Anwärter; oder, wenn sie minderjährig oder abwesend sind, ihre Curatoren; dann den Curator des Fideicommisses und der Nachkommenschaft vernehmen; die Wichtigkeit der Gründe beurtheilen; und insbesondere bey Bewilligung der Zerstückung der Grundstücke dafür sorgen, daß das in den politischen Verordnungen vorgeschriebene Maß beobachtet werde. Das dabey bedungene Entgelt wird als ein Fideicommiss-Capital angelegt.

I. Ueber die Redaction und das ältere Recht wird in den Excursen berichtet.**)

II. Daß dem Inhaber die in §. 633 aufgezählten Befugnisse eingeräumt sind, erklärt Zeiller (S. 553) daraus, daß Jener nicht bloßer Fruchtnießer sei, sondern „zugleich ein Recht über die Substanz“ habe. Da ihm aber dieses „untheilbare Recht über die Substanz“ nur in Gemeinschaft „mit allen Anwärtern und der Nachkommenschaft“ zukommt, so sind jene Rechte „eingeschränkte“ (s. Marg. R. zu §. 632), und darf der Inhaber „nur nach Einvernehmen der Anwärter und des Curators der Nachkommenschaft, und mit Genehmigung der Gerichtsbehörde“ verfügen. Wie dies in die Sprache unserer Construction zu übersetzen ist, ergibt sich aus dem Excurse zu §. 629. — Zeiller unterscheidet „Veränderungen in der Substanz“ und solche „mit der Substanz“; mit letzteren meint er Veräußerungen. Gegen schädliche Aenderung der ersteren Art ist §. 630, gegen solche der letzteren Art ist §. 634 da. Die in §. 633 erwähnten Aenderungen seien zuweilen nützlich, manchmal sogar nothwendig

²⁰⁾ Basevi behauptet nämlich (bei §. 631 nr. 2), daß die Anwärter, wenn sie Descendenten des Stifters wären, Alimente aus den Früchten ansprechen dürfen, die ihnen nicht durch die Gläubiger verkömmt werden könnten. Er beruft sich auf ältere fremde Schriftsteller und für unser Recht einfach auf die „piena equità“ dieser Entscheidung! So unwissenschaftlich und vag diese Begründung, so ist es auch die Behauptung selbst. An sich haben die Anwärter als solche gar keine Alimentations-Ansprüche gegen den Inhaber. Sind ihnen Apanagen angewiesen, so wird ihnen ein Vorzug durch Einräumung eines Pfandrechtes gesichert sein, oder sie werden als Reallasten auf dem Gute ruhen. Vgl. Unger System I S. 560 ff., bes. R. 25 u. R. 37. Allgemeines läßt sich darüber überhaupt nicht sagen, und bei dem Satze Basevi's kann man sich kaum irgend etwas Bestimmtes denken. Und kann man denn einen Satz, auch wenn er für's gemeine Recht richtig wäre, ohne weiteres in das österr. Recht herübernehmen? Der von ihm berufene Bonfinius z. B. de iure fideicommiss., tit. IV disput. 164 nr. 34, 38) nimmt hier eine vom Stifter gewollte hypotheca tacita an; wie aber paßt dies zu unseren Grundbüchern?!

*) Zu der J. O. S. fehlt der Beistrich.

***) Zu §. 633 f. vgl. überhaupt Gspan I. Bd. 6. Hauptstück: „Von der Umgestaltung (sic) der Fideicommisses“ (S. 109 ff.) und Wildner S. 307 ff.; über das ältere Recht f. Voglhuber 6. Hauptstück S. 83 ff.; und S. 52 ff.

für das Fideicommiss, und selbst wo dies nicht der Fall ist, können sie im allgemeinen Interesse sein.¹⁾ Die Initiative steht dem Inhaber als derzeitigen Fideicommiss-Herrn allein zu; treffen doch Vor- wie Nachtheile solcher Aenderungen zunächst ihn.²⁾ Da er sich aber irren, oder einem vorübergehenden Vortheil einen dauernden opfern könnte, und die fraglichen Verfügungen dauernd wirken sollen, so müssen auch die Vertreter der juristischen Person gehört werden; die Anwärter interveniren hier sowohl in jener Eigenschaft, wie in ihrem privaten Interesse.³⁾

III. Sonst sind noch der ins Einzelne gehenden Erklärung dieser §§. zwei allgemeine Bemerkungen voranzuschicken: 1) Wenngleich die Vinculirung eines Vermögens eine gewisse Stabilität deselben bezweckt und erzeugt, so ist doch Unveränderlichkeit überall unmöglich. Jedes Vermögen erfährt im Laufe der Zeit sehr erhebliche Veränderungen (nothwendige V.); aber auch freiwillige V. sollen nicht gänzlich ausgeschlossen sein.⁴⁾ §. 633 führt nun solche freiwillige Aenderungen an, während §. 634 die Cautelen angibt, ohne welche sie nicht geschehen dürfen. Von den nothwendigen Aenderungen werden wir erst später (s. Abf. X—XII.) sprechen. 2) Außer den allgemeinen Gründen gegen die Fideicommiss überhaupt, sprechen gegen die große Ausdehnung der Real-Fideicommiss die volkswirtschaftlichen Nachtheile des gebundenen Grundbesitzes. Darum hat die Staatsgewalt immer die Umwandlung von Real-Fideicommissen in Geld-Fideicommiss eher gestattet, als die umgekehrte Aenderung, folglich auch die Veräußerung einzelner Grundstücke leichter, als den Hinzuerwerb.⁵⁾ Dieses muß man bei der Auslegung des §. 633 stets vor Augen haben.

IV. Zu §. 633. 1) „Der Inhaber kann das unbewegliche Fideicommiss-Gut in ein Capital verwandeln“, wenn die Voraussetzungen des §. 634 erfüllt sind; selbstverständlich also kann er unter Beobachtung derselben (und der einschlägigen administrativen) Vorschriften auch Gutstheile (Feld-, Wiesen-, Wald-Parcellen u. s. w.) entgeltlich veräußern, namentlich verkaufen. Dies findet analoge Anwendung auf Bestellung von Servituten, die überall einer Theilveräußerung vergleichbar ist. Ueber eigenmächtige Veräußerungen s. unten Abf. VIII, IX. 2) Er kann Grundstücke gegen Grundstücke vertauschen.“ Gleichgiltig ist es freilich für das Fideicommiss und die Anwärter nicht, welche fundi vinculirt sind, und deshalb ist §. 634 da; aber für das allgemeine Interesse, für das Staatswohl ist es gleichgiltig; bei sehr erheblichem Werthunterschied wäre ja ein Tausch unausführbar, und wegen eines geringfügigen wird man nicht die gesetzgebende Gewalt behelligen; darum bedarf der Tausch einer Genehmigung der obersten Gewalt nicht. Sammlung XVII Nr. 7750. 3) „... gegen angemessene Zinsen vertheilen“. Hierzu bemerkt Zeiller (S. 556): „Durch Vertheilung pflegen größere (herrschaftliche oder Dominical-)Grundstücke an andere (als Rustical-

1) Der Gedankengang ist dieser: Freilich soll ein vinculirtes Vermögen in der Regel unverändert bleiben; aber manchmal erscheinen Ausnahmen gerathen oder gar geboten im Interesse des Fideicommisses oder der allgemeinen Wohlfahrt. Besonders charakteristisch ist folgende Aeußerung (S. 554, 555): „Dazu gesellen sich aber noch die politischen Betrachtungen, daß durch diese Veränderungen sehr oft die Cultur und Industrie befördert; daß dadurch die aus den Fideicommissen entspringenden Nachtheile vermindert werden, und daß der öffentlichen Macht das Recht zustehe, die Bedingungen festzusetzen, unter welchen . . . Fideicommiss . . . den öffentlichen Schutz genießen sollen.“ Den Commentar zu dieser Aeußerung gibt das in den Excursen II S. 171 Erzählte.

2) Vgl. Zeiller S. 555 Z. 5; Rippel IV S. 232, Stubenrauch zu diesen §§. (Z. 3): „Die Umgestaltung des Fideicommisses kann . . . nur von dem Fideicommiss-Inhaber ange sucht . . . werden, und ein darauf bezügliches Einschreiten der Anwärter oder des Fideicommiss-Curators wäre“ abzuweisen; vgl. Espan I §. 116.

3) Vgl. oben bei §. 630 Abf. III.

4) Vgl. Espan §. 113: „Die Umgestaltung ist entweder eine . . . gerichtlich bewilligte oder eine eigenmächtige, unbefugte, oder eine nothwendige, und zwar jede entweder eine gänzliche oder theilweise.“ Vgl. Stubenrauch zu §. 633 f. Z. 1.

5) S. die geschichtlichen Belege in dem Excurse Abf. III.

Grundstücke an unterthänige oder Grundholden-) Besitzer theilweise dergestalt überlassen zu werden, daß sie dafür sogleich ein Entgelt, dann aber auch jährlich einen gewissen (kleineren) Zins entrichten müssen. Jenes tritt vorzüglicher Weise an die Stelle des überlassenen Fideicommiß-Gutes und muß daher als ein Fideicommiß-Capital angelegt werden. Die jährlichen Zinsen kommen fortdauernd dem jedesmaligen Besitzer, mithin auch den Nachfolgern zu Statten.“ 4) „... oder auch in Erbpacht überlassen.“ Es scheint, daß in Nr. 3 an Erbziins-Verträge gedacht war; freilich harmoniren die „angemessenen Zinsen“ nicht mit §§. 1123, 1124; wollte man aber Nr. 3 und 4 gleichstellen und das „oder“ in diesem Sinne verstehen, so paßt dazu nicht die Interpunction und das Wort „auch“ (§. 633: „vertheilen; oder auch...“). Indes ist die Frage ohne jedes Interesse; denn selbstverständlich sind beide Fälle der Geschichte anheimgefallen. Die heute allein noch vorkommenden zeitlichen Verpachtungen und Vermietungen darf der Inhaber eigenmächtig vornehmen, da sie nicht, wie Erbziins- und Erbpacht-Verträge die Nachfolger verbinden.⁶⁾ Jene Vertheilungen (Nr. 3 und 4) aber sah man nicht ungern, da sie die volkswirtschaftlichen Nachtheile gebundener Latifundien nur vermindern konnten.⁷⁾

V. Die Aufzählung in §. 633 ist keine taxative. Die Cautelen in §. 634 sind so ausgiebig (vgl. überdies Pat. v. 1854, §. 9 und §. 256!), daß man bei der analogen Anwendung des §. 633 nicht allzu ängstlich zu sein braucht. Freilich aber muß eine wirkliche Analogie der Fälle obwalten! Einige Beispiele mögen dieses erläutern.

1) Die Umwandlung eines Geld-Fideicommisses in ein Real-Fideicommiß, und ebenso die Verwendung einzelner Capitalien eines Real-Fideicommisses zum Hinzuerwerb von Liegenschaften gehört nicht zu §. 633 f.; das ist kein Analogon, sondern das Widerspiel des ersten Falles von §. 633. Darum und aus dem in Abf. III angegebenen Grunde genügt hier nicht die Genehmigung des Gerichtes (§. 634), sondern ist die der gesetzgebenden Gewalt nothwendig (§. 627), ähnlich wie bei einer „Nachstiftung“.⁸⁾ Dies ist auch stets die herrschende Ansicht gewesen,⁹⁾ welche in dem F. M. Erl. v. 25. März 1855 anerkannt (s. unten S. 347 lit. b.) ist;¹⁰⁾ und wie man bis hin §. 627 pr. hier zur Anwendung brachte, so ist jetzt §. 1 des Gef. v. 13. Juni 1868 (s. oben S. 303) anzuwenden.¹¹⁾

2) Dagegen ist es unter Beobachtung von §. 634 allerdings zulässig, daß ein fideicommissarischer fundus veräußert und für den Erlös ein anderer fundus dem Fideicommiße erworben werde. Doch müssen beide Geschäfte wirtschaftlich zusammen-

⁶⁾ Vgl. Zeiller S. 557.

⁷⁾ Solche Vertheilungen waren in der alten Zeit sehr erleichtert; s. Hfd. v. 21. Mai 1781 (Excurse Abf. III).

⁸⁾ Der Unterschied beider Fälle, auch wo die Nachstiftung Immobilien betrifft, ist der: daß hier die Mehrung des fideicommissarischen Grundbesitzes aus allodialem, dort aus fideicommissarischem Vermögen erfolgt; gemeinschaftlich beiden Fällen ist die Vergrößerung des vinculinnten Grundbesitzes.

⁹⁾ Ellinger zu §. 633, Espan I S. 110, Willdnr S. 306. Stubenrauch Z. 2 d.

¹⁰⁾ Vgl. auch schon das Hfd. v. 21. Mai 1781 (s. Nr. 7).

¹¹⁾ Sammlung XIII. Nr. 5959. Der Inhaber bestritt obige Ansicht; die Beobachtung des §. 634 sei genügend, das Gef. v. 13. Juni 1868 betreffe nur neuzuerrichtende Fideicommissse. Die erste Instanz hatte wirklich den Fehlgriff begangen, den Ankauf von Realitäten zu gestatten, was erst dadurch zur Kenntniß der Obergerichte kam, daß der Inhaber Depurationsraten zur Bezahlung des Kaufpreises verwenden wollte (!), wo ihm die erste Instanz nicht mehr willfahren mochte. Die zweite Instanz billigte selbstverständlich diese Zurückweisung, rügte aber jene Willfährigkeit. Nun ergriff der Inhaber den a. o. Recurs (!), aus welchem Anlasse der oberste Ger.-Hof sich ganz richtig dahin aussprach, daß es sich in solchen Fällen keineswegs nur um eine Veränderung... im Sinne des §. 633, sondern um eine Augmentirung des bereits bestehenden Fideicommisses durch ein unbewegliches Gut handelt, wozu im Hinblick auf die Bestimmungen des §. 627... des M. E. v. 25. März 1855... des Gef. v. 13. Juni 1868... die Genehmigung der... Gerichtsbehörde nicht genügt.

hängen und als eine Operation dem Gerichte zur Genehmigung vorgelegt werden.¹²⁾ Die Analogie mit der Vertauschung von Grundstücken ist hier unlängbar. Fehlt hingegen der Zusammenhang, wäre z. B. der Erlös bereits angelegt und nach Jahren wollte der Inhaber dafür einen fundus erwerben, so wäre diese Anschaffung vielmehr nach dem unter Z. 1 Gesagten zu beurtheilen.

3) Wir haben in Abs. IV. 1. 2 vorausgesetzt, daß der fideicommissarische fundus an einen Dritten durch Kauf oder Tausch veräußert wird. Es ist aber auch statthaft, daß der Inhaber selbst den fundus für sein Allodialvermögen erwerbe¹³⁾ und andererseits Geld (bez. ein anderes Grundstück) aus seinem freien Vermögen in das fideicommissarische übertrage.¹⁴⁾

VI. Aber auch von stricte Analogien abgesehen, ist die Aufzählung der statthaften Aenderungen in §. 633 keine taxative. Aenderungen der Geld-Fideicommissen sind gar nicht erwähnt und doch gewiß nicht ausgeschlossen.¹⁵⁾ Eigenmächtig freilich darf der Inhaber weder ein „mit gesetzmäßiger Sicherheit anliegendes Capital aufkündigen“, noch eine Forderung abtreten (arg. Pat. §. 231 verbunden mit §. 233 a. b. G. B.), ebensowenig Geld bei Privaten anlegen (Umwandlung von Baargeld in Forderungen); aber mit gerichtlicher Genehmigung kann er alles dies; ja das Gesetz (Pat. §. 231) verlangt hier bloß die Einvernehmung des Curators und nur in wichtigeren Fällen auch die der nächsten Anwärter (also weniger, als in §. 634). Im übrigen verweisen wir auf das Pat. §. 230 i. f., §. 231, §. 232 und auf Excurse unter III. d. — Nur zur Serienerlösung bestimmte Obligationen dürfen nicht verkauft oder gegen andere umgetauscht werden (arg. Hdb. v. 11. Juni 1819, von dem bei §. 635 die Rede ist). Auch ist dem Inhaber nicht leicht zu gestatten, daß er Fideicommiss-Capitalien bei sich selbst anlege, namentlich nie, daß er bei Allodialisirungen den Kaufpreis durch Hypothek auf seine Güter „anlege“ (vgl. Excurse III e).

VII. Zu §. 634. Die Fideicommiss-Instanz hat alle bekannten Anwärter, aber auch nur diese einzubernehmen, so daß es einer Edictal-Vorladung nicht bedarf; die ihr nicht bekannten Anwärter werden meistens entferntere sein, und auch deren Interesse wird ja durch den Fideicommiss-Curator vertreten.¹⁶⁾ Statt minderjähriger und abwesender¹⁷⁾ werden deren gesetzliche Vertreter gehört.^{17a)} — Zu den Worten

¹²⁾ Am einfachsten so: durch jene Veräußerung sollen die Mittel zu dieser Erwerbung beschafft werden. Auch hier (s. Abs. IV. 2) bildet eine geringe Preisdifferenz kein Hinderniß; vgl. Sammlung XVII Nr. 7750.

¹³⁾ Man spricht in solchem Falle von Allodialisirung; s. Zeiller S. 556 Note **). Der Ausdruck würde aber an sich auch auf Veräußerungen an extranei, überhaupt auf alle Fälle passen, wo Objecte von dem Fideicommiss-Bande befreit werden. — Vgl. Voglhuber S. 102, §. 22.

¹⁴⁾ Vgl. Gypan I §. 122. — Kann man denn an sich selbst veräußern? Gleichwohl ist die Möglichkeit der oben erwähnten Rechtsgeschäfte nie bezweifelt und direkt in den Gesetzen anerkannt worden (s. Zeiller a. a. D. und die dort cit. Hdb.). Auch dies ist wieder ein Argument für die juristische Person, allerdings auch für die Annahme, daß sie die Eigenthümerin sei (s. Excurse zu §. 629, S. 229—231). Jedenfalls aber illustriert jene Möglichkeit die Selbstständigkeit der beiden Vermögenskreise, und das „duas personas sustinet“ hinsichtlich des Inhabers. — Eine andere Einwendung könnte man aus §. 637 ableiten wollen; darnach sei wohl ein derartiger Umtausch, aber nicht eine kaufweise Uebertragung denkbar. Jedoch ist ja die Versteigerung kein stets unüberwindliches Hinderniß für den Erwerb des Inhabers; ob die Versteigerung unumgänglich sei, davon bei §. 637.

¹⁵⁾ Was von einem Geld-Fideicommissen gilt, findet natürlich auch auf die Capitalien (Gelder und nomina) eines Real-Fideicommisses Anwendung.

¹⁶⁾ Vgl. Zeiller S. 555.

¹⁷⁾ „Abwesend“; das böhm. A. G. fragte, ob Abwesenheit aus dem Gerichtsorte oder aus der Provinz oder aus den Erblanden gemeint sei? Die Protokolle erwähnen, daß dies Monitum in der S. v. 5. März 1804 verlesen, nicht aber, wie es erledigt wurde (offenbar eine Unvollständigkeit). Wir müssen uns an den §. 276 a. b. G. B. halten; vgl. Zeiller I S. 553 f. und Stubenrauch zu §. 276 (Z. 1).

^{17a)} §. 634 sagt „ihre Curatoren“; minderjährige Anwärter werden durch Väter

„den Curator des Fideicommisses und der Nachkommenschaft“ vgl. oben bei §. 630 Abs. IV. — „Die Gerichtsbehörde muß die Wichtigkeit der Gründe beurtheilen“; mithin kommt es auch hier schließlich allein auf ihre Entscheidung an; sie kann die Bewilligung verweigern oder ertheilen, wie viele Interessenten auch sich dagegen erklären mögen. Damit ist aber nicht gesagt, es komme alles auf das Belieben des Gerichtes an; „prüfen“, „beurtheilen“ sind keine Willens-, sondern Verstandes-Functionen. Der gewissenhafte Richter hat hier nicht viel mehr Willensfreiheit, als ein ehrlicher Schatzmeister. Er kann sehr viel, er darf es aber nicht. Wenn z. B. der Beschluß des Gerichtes den Äußerungen sämtlicher Anwärter und des Fideicommiss-Curators entgegenliefe, so entstände der dringende Verdacht einer Pflichtvergessenheit.¹⁸⁾ Aus §. 635 ließe sich allerdings eine noch strengere Ansicht ableiten; „hierzu“ (d. h. zu den Verfügungen sub Marg. R. c) „bedarf (der Inhaber) keiner Einwilligung der Anwärter oder Curatoren; sondern nur der Genehmigung der ordentlichen Gerichtsbehörde“; folglich (scheint es) braucht er zu den Verfügungen unter b), außer der Genehmigung dieser auch die Einwilligung jener.¹⁹⁾ Aber dies scheint nur eine schlechte Textirung zu sein, und die oben vorgetragene Ansicht entspricht dem bureaukratischen Geiste, von dem die einschlägigen Bestimmungen des Gesetzes und noch mehr des Pat. v. 1854 durchzogen sind.²⁰⁾ — Zeiller (S. 555) erwähnt, das Gericht habe auch „allenfalls . . . (die) vorgemerkten Gläubiger (einzuvernehmen), die durch (die Aenderung) gefährdet werden könnten.“ Heute muß man unterscheiden, ob das abverkaufte oder sonst veräußerte Trennstück ein selbständiger Tabularkörper, oder aber zu einem anderen hinzugeschlagen wird; nur hier, nicht auch dort ist es nöthig, die Gläubiger, die ein Pfandrecht an der Substanz haben (vom Stifter oder aus noch früherer Zeit her) einzuvernehmen; in allen Fällen ist das Ges. v. 6. Febr. 1869 (R. G. Bl., Nr. 18) anzuwenden.²¹⁾ Was aber die Pfand-Rechte ad fructus betrifft, so ist als Object der Ertrag des Fideicommiss-Vermögens zu denken, der keineswegs durch jene theilweisen Aenderungen eine Einbuße erleiden muß, ja der Regel nach nicht erleiden darf. Hier hat es bei der Bemerkung Zeiller's sein Bewenden.²²⁾ — Endlich mußten bei den in §. 633 erwähnten Vertheilungen auch die politischen

oder Vormünder vertreten; ein großjähriger abwesender durch einen curator absentis (s. vorige Note). Die Redactoren bedienen sich nun des Ausdrucks „Curatoren“ hier als eines allgemeinen in dem Sinne, daß in dieser Hinsicht zwischen Vätern, Vormündern und Curatoren kein Unterschied ist; die Redactoren dachten sich nämlich die väterliche Gewalt als Summe zweier Gewalten: „Curatel“ und Macht über die Person, so daß die „Curatel“ das gemeinsame Moment in den gesetzlichen Vertretungen sei, s. a. b. G. B. §§. 175, 188, 228, 282. Auch ist zu beachten, daß die Kinder des Fideicommiss-Inhabers nicht durch ihren Vater, sondern durch einen curator ad hoc vertreten werden (arg. §. 271 a. b. G. B.). Vgl. §. 433 Westgal. G. B. II: „Die Kinder des Fideicommiss-Besitzers werden in diesem Falle so wie die abwesenden Anwärter, oder das Fideicommiss überhaupt durch einen Curator vertreten.“ — Das Wort „Curatoren“ ist in §. 634 in ähnlicher Weise gebraucht, wie im zweiten Satze des §. 1227 das Wort „Fruchtnießung“ (der Mann erhalte immer die Fruchtnießung, und zwar entweder als Bestandtheil des Eigenthums (als ususfr. causalis) oder als selbständiges Recht (als ususfr. formalis).

¹⁸⁾ Vgl. Ellinger zu diesem §., Espan I. §. 117. Stubenrauch (2. Aufl.) S. 838 N. 1. Im Grunde ist auch der von Diejen getadelte Wildner (S. 144 f.) nicht anderer Ansicht, nur drückt er sich nicht vorsichtig aus, während er doch nur meint: „in der Regel“ solle und dürfe das Gericht nicht über den Widerspruch aller Einvernommenen sich hinwegsetzen. Zwischen Können und Dürfen ist (was oft übersehen wird) auch hier ein großer Unterschied, und eben darum auch zwischen dem Ueberschreiten der Machtgrenzen und dem Mißbrauch der Macht. Letzterer kann nicht bloß einen Recurs, sondern auch eine Disciplinar-Untersuchung nach sich ziehen.

¹⁹⁾ Vgl. dazu die Stellen aus dem älteren Rechte bei Wildner a. a. O.

²⁰⁾ Vgl. oben bei §. 630, Note 10.

²¹⁾ Ueber den Fall des Tausches insbes. s. §. 9 ff. ebd.

²²⁾ Ueber das ältere Recht s. Ercurse zu §. 633 f., III e.

Behörden verständigt werden.²³⁾ — Zu „Entgelt“ im Schluffsaße vgl. §. 637 über die Bestimmung des Wertes.²⁴⁾

VIII. Eigenmächtige Veräußerungen von Gegenständen, die zum Fideicommiss gehören. Das Westgal. G. B. enthielt die Vorschrift (II. §. 426): „Ein Fideicommiss kann nicht anders als mit einstimmiger Einwilligung des Nutzungs-Eigenthümers und aller Anwärter veräußert werden. Die Anwärter müssen in diesem Falle durch ein Edict vorgeladen werden.“ Dabei war an eine Veräußerung des ganzen Fideicommiss-Vermögens gedacht, wie auch der weitere, von der Erlöschung des Fideicommisses handelnde Satz des §. 426 zeigt. Kein ernster Mensch kann jemals beim Verkauf etwa einer Kuh an eine Edictalladung sämmtlicher Anwärter gedacht haben! — In dem jetzigen Gesetzbuch ist nirgends vom Verkauf einzelner Fideicommiss-Sachen ausdrücklich die Rede, und zwar wohl nur darum, weil solche Geschäfte theils keiner Normirung zu bedürfen, theils im ersten Falle des §. 633 mitbegriffen schienen. Zwar wird da nur gesprochen vom „unbeweglichen Fideicommiss-Gute“, wobei an ein „Gut“ im populären Sinne (eine sog. „Herrschaft“) gedacht war; dennoch zweifelt Niemand, daß daselbe auch von einzelnen Parcellen gelte. Wie aber bei beweglichen Sachen? Kann obigen Worten ein arg. a contrario entnommen werden? Sollte es dem Fideicommiss-Inhaber freistehen, einen Familienschmuck, eine Gemälde-Gallerie u. dgl. beliebig zu veräußern? Niemand wird dies bejahen. Wo aber ist die Grenze? In jenem Maße von Freiheit, ohne welche sich namentlich ein großes Vermögen nicht erfolgreich bewirthschaften läßt. Gewisse Sachen sollen in specie dem Fideicommiss erhalten werden, andere sind in einem weiteren Sinne des Wortes „vertretbar“. Wo auf einem Fideicommiss-Gut z. B. Viehzucht betrieben wird, versteht sich ein ziemlich rascher Wechsel des Viehbestandes von selbst u. dgl. Außerdem muß man bedenken: die vindication beweglicher Sachen wird in der Mehrzahl aller Fälle schon durch §. 367 ausgeschlossen sein, und es könnte sich nur um einen Schadenserfaz gegen den Inhaber fragen. Wenn nun aber kein Schaden, sondern sogar vielleicht ein Nutzen (für das Fideicommiss) erweislich ist?! — Von besonderer Wichtigkeit sind diese Betrachtungen für das Guts-Inventar, den sog. fundus instructus.^{25) 26)}

²³⁾ Die in §. 634 erwähnten (jetzt veralteten) „politischen Verordnungen“ finden sich bei Rippel V S. 279 ff., Stubenrauch (1. Aufl.) II S. 855 ff., Michel I S. 393 ff. Nr. 597—602; Michel bemerkt in der Note auf S. 393: „... die Theilung von landtäflichen Gütern wurde besonders auch darum beschränkt, weil die kleinen Güter in politischer Hinsicht am schlechtesten administriert, die Grund- und Conscriptio-Bücher, die Kirchen- und Waisenklassen unordentlich geführt wurden u. dgl. Diese Rücksichten entfallen gegenwärtig nach dem Aufhören der Patrimonial-Gerichtsbarkeit.“

²⁴⁾ Geschichtliches über die Werthermittlung s. Excursus III c u. ebd. S. 176 N. 19.

²⁵⁾ Im modernen, nicht im römischen Sinne des Wortes. Vgl. Unger I S. 456 f.

²⁶⁾ Jul. Budinßky (Abhandlungen . . . aus . . . der Fideicommiss-Lehre, 1862, S. 10—20) führt diesen Gedanken weitläufig aus. Das Guts-Inventar sei nicht unüberäußerlich wie das Stamm-Vermögen; der Besitzer könne veräußern (nur nicht ohne Erfaz) und neu anschaffen. Dies sei nothwendig wegen der Abnutzbarkeit der betreffenden Sachen, wegen der neuen Erfindungen und Fortschritte der Landwirtschaft, und überhaupt darum, weil der fundus instructus den jeweiligen Verhältnissen angepaßt werden müßte; so müsse er nach 1848 größer sein, als vorher (davon wird noch unten, Abs. XI a, die Rede sein). Welcher fundus instructus der angemessene sei, können nur Oekonomen von Fach beurtheilen. Vgl. Pat. §. 224 Abs. 2. — Das Brünner Landesgericht hat 1858 gelegentlich der Inventur des k. k. f. l. V. v. R. v. R. v. R. Fideicommisses sich dahin ausgesprochen, daß der fundus instructus in allen seinen Bestandtheilen genau so auszuweisen sei, wie er in dem 1835 errichteten „Beilasse“ bestimmt worden ist. Dafür kann man anführen die Worte des cit. §. 224: „Ist in dem Hauptinventar nicht genau bestimmt, was als Zugehör . . . anzusehen sei . . .“; mithin kann es genau bestimmt sein. Aber wollte man dies wörtlich nehmen, so käme man dahin, auf die speciell bestimmten Sachen zu sehen, während doch die Thiere nicht unsterblich sind. Es könnte sich also nur um einen gleichwertigen fund. instr. handeln. Aber die Natur der Sache spricht überhaupt für eine freiere Auffassung; und man muß Budinßky (S. 20) darin bestimmen, daß der f. i. „ohne

IX. (Fortsetzung.) Wie aber, wenn eine Veräußerung gegen den Wortlaut oder Sinn der §§. 633, 634 eigenmächtig geschieht? Darüber kann nichts Allgemeingültiges gesagt werden, während die Entscheidung in concreto gerade nach österr. Recht selten schwierig sein wird. Es kann dolus in contrahendo vorliegen; oder aber das Geschäft kann durch Nachtragung der Erfordernisse des §. 634 bedingt sein. Oft wird der §. 865 analoge Anwendung finden; oder es kann die Absicht der Parteien dahin gehen, daß der Inhaber, wenn nicht die Genehmigung des Gerichtes zu erlangen wäre, wenigstens die Ausübung seiner Rechte hinsichtlich des fraglichen Objectes dem Käufer überlassen solle. Dies hinsichtlich der obligatorischen Seite des Geschäftes. Hinsichtlich der sachenrechtlichen wird, ordentliche Grundbuchführung vorausgesetzt, bei Immobilien selten eine Frage entstehen können; die Umschreibung auf den Namen des Erwerbers ist bei unbefugter Veräußerung einfach unausführbar.^{26a)} Wenn aber die (bewegliche oder unbewegliche) Sache tradirt worden ist, also sich im Besitze des Erwerbers befindet, kann der Fideicommiss-Inhaber sie ihm abvindiciren, oder sieht ihm eine exceptio rei venditae (alienatae) et traditae entgegen? Es kommt darauf an, ob in dem Rückfördern ein dolus liegt oder nicht. Gewiß z. B. kann er vindiciren, wenn die zur Bedingung gemachte Genehmigung (§. 634) verweigert wird (s. oben); gewiß dagegen nicht, wenn er ihm die Ausübung seiner Rechte zu überlassen sich verpflichtet hat.²⁷⁾ Es ist also in dieser Materie sehr vieles quaestio facti et voluntatis; und nur weil dieses verkannt wurde, konnte die einschlägige gemeinrechtliche Literatur so übermäßig anschwellen.²⁸⁾ Viele der dort erhobenen Zweifel sind bei uns, Dank den positiven Normen, gar nicht möglich.²⁹⁾ Namentlich aber zeigt sich auch hier wieder, wie man ohne Anerkennung der juristischen Person des Fideicommisses zu keinem befriedigenden Resultat gelangt. Wer soll revociren dürfen? Der Inhaber, der selbst veräußert hat? Sobald man sich klar macht, daß er nicht für sich, sondern für das Fideicommiss zurückfordert, verliert dies alles Anstößige, das es sonst hat.³⁰⁾ Der nächste Anwärter? Aber der ist ja noch nicht Eigenthümer, ja es ist nicht gewiß, ob er es jemals werden werde. Also kann er erst revociren, sobald er

Rücksicht auf die Zeit der Fideicommiss-Stiftung oder eine nachgefolgte Inventurs-Aufnahme, regelmäßig so auszuweisen sei, wie er nach dem Ausspruche der Sachverständigen mit Bedachtnahme auf Gegenstand, Ort und Zeit zum Betriebe der Wirtschaft nothwendig sei.“

^{26a)} Vgl. Aufseß Landtafel- u. Grundbuchs-Ordg. §. 506.

²⁷⁾ Manche glauben (z. B. Kirchstetter S. 320 bei und in N. 4), der Fideicommiss-Inhaber könne überhaupt nicht vindiciren, wohl aber der Fideicommiss-Curator. Das Eine, wie das Andere ist in solcher Allgemeinheit unrichtig. Hat der Erwerber ein Recht zum (wenngleich nur zeitweisen) Behalten der Sache, so kann sie auch der Fideicommiss-Curator ihm nicht abverlangen; hat Jener kein solches Recht, so kann auch der Veräußernde selbst vindiciren, gleichwie nach röm. R. der Ehemann, der einen fundus totalis veräußert hat; s. Arnolds §. 402 N. 2.

²⁸⁾ Eine ausführliche Darstellung der zahlreichen Streitfragen des gemeinen Rechtes und der bunten Meinungen, dann eine Zusammenstellung der einschlägigen Bestimmungen der verschiedenen Particularrechte gibt Lewis §. 16, S. 222—292. Dogmengeschichtliches auch bei Costa §§. 20, 21, 28. (Die einschlägigen Stellen aus Knipschildt und Molina findet man bei Lewis, weshalb wir sie hier nicht aufführen.) Hierher gehören auch viele der Disputationen „de iure fideicommissorum“ (Venedig 1741) des Bonfinius. Sie finden sich im III. Titel (d. h. der ersten Hälfte des II. Bandes).

²⁹⁾ Nicht nur die Vorschriften über die Fideicommissie und die officiöse Thätigkeit der Fideicommiss-Gerichte bewirken diesen Unterschied, sondern unser vom gemeinen Rechte so verschiedenes Sachenrecht.

³⁰⁾ Lewis S. 249: Nach keinem der Particularrechte steht dem veräußernden Besitzer selbst das Revocationrecht zu. — Ebenso erscheint die in N. 27 erwähnte Revocation von Seiten des Ehemannes Vielen anstößig und unzulässig, und kann nur damit vertheidigt werden, daß er in fremdem Interesse handle („procuratorisches Eigenthum“?). (Allerdings ist diese Ansicht nicht allgemein anerkannt, s. Windscheid §. 172 a N. 2.) Daß in unserem Falle dies Argument eine stärkere Beweiskraft hat, kann hier nur angedeutet werden.

zur Nachfolge gelangt; und doch kann das Bedürfnis vorhanden sein, bald einzugreifen. Sämmtliche Anwärter? Aber es fehlt an einer gemeinsamen Vertretung, selbst wenn man ihre Legitimation zur Sache nicht bestreiten wollte. Alle diese Widersprüche entfallen bei uns, wo die juristische Persönlichkeit des Fideicommisses in allen Consequenzen gesetzlich anerkannt ist, und in dem Inhaber, dem Curator und der Fideicommiss-Instanz ihre gesetzliche Vertretung hat.³¹⁾ Ein weiterer Grund der Schwierigkeiten für die gemeinrechtlichen Schriftsteller ist, daß sie mit der romanistischen Theorie der Veräußerungsverbote und der des fideicommissum hereditatis operiren, während bei uns die Unveräußerlichkeit eine gesetzlich feststehende ist und mit der staatlichen Confirmation der Stiftung unzweifelhaft begründet wird.³²⁾ — Hinsichtlich aller anderen unerlaubten Veränderungen genügt es, auf das arg. a. contr. aus §. 631 a. E. hinzuweisen.

X. Es giebt Veränderungen, die vom Willen des Inhabers unabhängig sind, auf welche daher §. 634 nicht anwendbar ist: physische Aenderungen: einerseits Verderb und Untergang (§. 631 i. f.),^{32a)} andererseits Zuwachs (§. 407 ff.); unabwehrbare Aenderungen von Rechtsverhältnissen durch Zeitablauf, Eintritt von Bedingungen, Kündigung von Capitalien seitens der Schuldner, wo das Geld wieder anzulegen ist (vgl. Pat. §. 231 f.), nachtheilige oder vortheilhafte Ausloosungen, Schatzfund (s. oben bei §. 629); Enteignung (§. 365), wo die Entschädigungssumme an Stelle des Grundstückes tritt;³³⁾ Aufhebung von mit dem Grundbesitz verbundenen Gerechtigkeiten, wo das gleiche gilt, wenn überhaupt eine Entschädigung geleistet wird³⁴⁾ (namentlich also bei der Grundentlastung); executive Veräußerung von Fideicommiss-Gütern u. a. m. Die zwei zuletzt erwähnten unfreiwilligen Aenderungen³⁵⁾ verdienen eine genauere Betrachtung.

XI. Grundentlastung. a) Durch die Aufhebung der Gutsunterthänigkeit und damit der Grundzins, Frohnen (Robot) u. s. w. wurde eine ebenso wichtige wirtschaftliche, als juristische Aenderung der Dominical- (sowohl Allodial- als Fideicommiss-) Güter herbeigeführt. Die Abschaffung der Naturalleistungen machte eine andere Art der Bewirthschaftung und namentlich eine große Vermehrung des fundus instructus nothwendig (vgl. N. 26). Aus diesem Anlasse entstanden verschiedene Zweifel, wegen deren die Entscheidung der Gerichte angerufen wurde. Mit Recht erkannte in einem solchen Falle das L. G. in Prag, daß die an Stelle der ehemaligen Stiebigkeiten tretenden Grundentlastungs-Capitalien zur Vermehrung des fund. instr. verwendet werden dürfen; doch habe die Ermittelung der Nothwendigkeit, Angemessenheit und des Werthes solcher Anschaffungen durch Sachverständige zu geschehen. Das dortige D. L. G. hielt dagegen solche Anschaffungen für unzulässige Umwandlung eines Geld-Fideicommisses in ein Real-Fideicommiss (dabei den großen Unterschied

31) Damit und mit §. 634 entfallen auch alle Zweifel über die Wirkung, die ein Consens der Aequaten hinsichtlich der Veräußerung hat. Vgl. Lewis S. 253, 270 ff.

32) In abstracto ist (in der Regel s. oben) kein Zweifel möglich, wegen §§. 618, 633, 634 u. s. w.; in concreto nicht, aus dem oben angegebenen Grunde (§. 627). Bei uns wird es gewiß Niemandem einfallen, bei der Frage nach den Folgen einer unerlaubten Veräußerung unterscheiden zu wollen, ob die Stiftung durch Vertrag oder Testament erfolgte; im gemeinen Rechte ist diese Unterscheidung oft gemacht worden, und dies kann nicht auffallen. S. Lewis S. 235 ff.; vgl. dazu Windscheid I §. 172 a (a. E., S. 552).

32a) Namentlich durch Feuersbrunst, wobei möglicherweise (ja meistens) an die Stelle des zerstörten Objectes der Assurance-Anspruch, bez. die geleistete Vergütung tritt, welche selbst wieder zum Wiederaufbau u. dgl. verwendet wird. Vgl. Sammlung I Nr. 357 (S. 439 a. A. und S. 440 a. E.).

33) Vgl. Lewis S. 229; Gspan §. 138.

34) Manche Juristen sprechen auch hier von Expropriation, während andere diesen Begriff enger begrenzen; s. z. B. Grünhut Enteignungsrecht (1873) S. 1, S. 4.

35) Bei Geld-Fideicommissen ergeben sich zuweilen eigenthümliche „nothwendige Umgestaltungen“; s. Gspan §. 145 ff.

zwischen Mobilien und Immobilien gänzlich übersehend); der oberste Gerichtshof sprach mit weitläufiger Begründung den Besitzern das Recht zu solchen Anschaffungen zu, wobei „die §§. 633 und 634 keine und zwar selbst nicht eine analoge Anwendung finden.“³⁶⁾ U. E. verhält es sich so: die einzelnen Leistungen gehörten (als Nutzungen oder doch Mittel, solche zu erzielen) dem jeweiligen Fideicommiß-Inhaber; „das Recht selbst“ in toto, als dessen Ausfluß sich der Anspruch auf die einzelne Leistung darstellte (vgl. §. 1480), bildete einen Theil des Fideicommiß-Vermögens.³⁷⁾ Die „Entlastungscapitalien“ waren ein Ersatz für das Recht in toto, ihr Ertrag entspricht den jährlichen Leistungen.³⁸⁾ Demnach gehört die Entschädigungssumme dem Fideicommiße, ist Fideicommiß-Geld, wenn auch nicht ein „besonderes Geld-Fideicommiß.“³⁹⁾ Dieses Geld war nun fruchtbar zu machen; am zweckmäßigsten so, daß ein Theil zur Vermehrung des fundus instructus (der natürlich auch Fideicommiß-Theil ward)⁴⁰⁾ verwendet, der andere Theil aber in gewöhnlicher Weise angelegt wurde, um aus dessen Ertrag die vergrößerten Ausgaben an Tagelöhnen zu bestreiten.⁴¹⁾ Auf diese Aenderungen hat nun allerdings nicht der §. 634 a. b. G. B., wohl aber⁴²⁾ §. 231 des Pat. analoge Anwendung; denn es gehört dies gewiß zu den „wichtigeren Fällen“ der „Anlegung von Fideicommiß-Capitalien“, wo das Gericht nicht nur (wie immer) den Curator, sondern „auch die nächsten Anwärter zu vernehmen hat“ (§. 231 des Pat.). Auch waren in solchen Fällen Sachverständige (vgl. Pat. §. 224 i. f.) und die Gläubiger einzuvernehmen (vgl. Zeiller S. 555 i. f.), wenngleich unbegründete Einstreuungen derselben die Genehmigung des Gerichtes nicht aufhalten konnten.⁴³⁾

³⁶⁾ Die Entscheidungen aller drei Instanzen sind in kurzem Auszuge mitgetheilt in der Ger. Ztg. v. 1857 Nr. 114; nur die des obersten Gerichtshofs (diese aber in extenso) in *Haimel's Magazin* XVI S. 55 ff. und in der *Sammlung* I Nr. 357, dann bei *Stubenrauch* (2. Aufl.) I S. 838 ff. (Dieser sowohl als *Ellinger* glauben, daß in der Ger. Ztg. und in der *Sammlung* zwei ähnliche Fälle erzählt würden, während es ein und derselbe Fall ist!)

³⁷⁾ Dies ist genauer, als die Bemerkung in Nr. 357 (s. vorige N.): „die Urbarial-, Arbeits- und anderen Leistungen bildeten einen integrierenden Bestandtheil, ein untrennbares Zugehör der Domänen.“

³⁸⁾ Ungenau in Nr. 357: „Diese Capitalien sind . . . nur als ein Ersatz für die mit diesen Gütern verbunden gewesenen Naturalarbeitsbezüge, als Surrogat dieser letzteren zu betrachten.“

³⁹⁾ In Nr. 357 betont nämlich der ob. G. S., daß diese Capitalien „keineswegs ein besonderes Geld-Fideicommiß bilden sollen“ (*Sammlung* I S. 440).

⁴⁰⁾ Vgl. die obcit. Entschgd. i. f. (S. 441) und Pat. §. 224 i. f.

⁴¹⁾ Man muß Capital und jährlichen Ertrag auseinanderhalten. Die gutsherrlichen Rechte in toto waren Fideicommiß-Capital, die jährlichen Leistungen das Erträgniß. Jenes Capital wurde verwandelt in Geld, welches wieder theils in fundus instructus, theils in Wertpapiere und private nomina (Pat. §. 232) umgewandelt ward. Der Ertrag bestand also fortan in Zinsen und in dem Nutzen, den der fundus instr. gewährte. „Nutzen“ ist ein weiterer Begriff als „Früchte“ oder Ertrag in eng. S.; so rentirt sich z. B. eine Dreshmaschine durch ihre Arbeitsleistung. — Durch die Grundentlastung entging den Domänen die unentgeltliche Benutzung fremder Thiere und Geräthe, und eine bald gar nicht, bald sehr wenig entlohnte unfreie Arbeit. Jene wird ersetzt durch den vermehrten fundus instr., diese durch die aus den Zinsen des angelegten Geldcapitals bezahlte Arbeit freier Tagelöhner.

⁴²⁾ Und dies überseh der oberste Gerichtshof. — §. 634 ist allerdings nicht anwendbar; denn er bezieht sich auf freiwillige Aenderungen, während hier die erste Aenderung (Geld statt der Rechte) eine ganz unfreiwillige, die zweite (Anschaffung des fundus instr.) eine im ganzen unvermeidliche, wenn auch im einzelnen vom Willen abhängige ist.

⁴³⁾ Das Richtige liegt also in der Mitte zwischen den Aeußerungen der II. und denen der III. Instanz. Das Prager O. L. G. hielt geradezu Einwilligung der Gläubiger für erforderlich, der oberste Ger. S. selbst ihre Einvernehmung für unnöthig. Jenes sagte: „Bei dem Umfange, als das Grundentlastungs-Capital an die Stelle der aufgehobenen Bezüge getreten ist, auch die Gläubiger des Fideicommisses auf dasselbe ebenso, wie auf ein Real-Fideicommiß Pfandrechte haben, . . . erscheine die beabsichtigte Umwandlung dieses Surrogat-Capitals ohne Einverständnis der betreffenden Gläubiger nicht als zulässig.“ Es betraf sich auf den §. 62 des Pat. v. 11. April 1851, der das Entlastungs-

b) Die Frage, ob diese Entlastungs-Capitalien ohne Erlaubniß der gesetzgebenden Macht auch in fundi verwandelt werden können, ist zu verneinen. Zwar ist es richtig, daß es sich dabei nicht (wenigstens nicht nothwendig) um eine Vergrößerung des Fideicommiss-Vermögens handle, sondern nur um eine Aenderung seiner Bestandtheile; aber es ist eben nicht gleichgiltig, ob diese in Geldforderungen, Mobilien (s. lit. a) oder Immobilien bestehen; denn gerade die Vinculirung von Grund und Boden ist zu allen Zeiten aus volkswirthschaftlichen Gründen an strengere Voraussetzungen gebunden gewesen, als jede andere (s. Abf. III.). Dieser Ermägung gegenüber zerfällt das scholastische Argument, daß die gutsobrigkeitlichen Rechte und die an die Stelle gesetzten Entschädigungsrechte auch zum unbeweglichen Vermögen gerechnet wurden.⁴⁴⁾ Da manche Gerichte gleichwohl solche Aenderungen, unter Beobachtung von §. 634, für statthaft hielten, so erklärte das Justizministerium in einem Erlasse v. 25. März 1855:⁴⁵⁾ „daß jede derartige Vereinigung von Grundstücken mit einem Fideicommiss nach §. 627 b. G. B. nur mit Bewilligung S. M. des Kaisers stattdessen dürfe, . . . da der §. 633 dem Fideicommiss-Besitzer die Erwerbung von Grundstücken nur im Wege des Tausches gegen Fideicommiss-Gründe unter den im §. 634 enthaltenen Beschränkungen gestattet.“⁴⁶⁾

XII. Eine executiv Veräußerung von Fideicommiss-Gütern ist zwar nicht in Folge von Fideicommiss-Schulden, wohl aber in Folge von Hypotheken möglich, welche schon vor der Vinculirung des Gutes, bez. vor der Fideicommiss-Stiftung, auf dem Gute hafteten. Wir werden davon bei §. 642 handeln.

c) Verschuldung.

§. 635.

Der Fideicommiss-Inhaber kann ein Drittelheil des Fideicommiss-Gutes verschulden; oder, wenn es in Capitalien besteht, ein Drittelheil davon erheben. Hierzu bedarf er keiner Einwilligung der Anwärter oder Curatoren; sondern nur der Genehmigung der ordentlichen Gerichtsbehörde.

I. Die schwierige und wichtige Materie von den Fideicommiss-Schulden wird behandelt im G. B. in den §§. 635 .. 642*) und sehr ausführlich im Pat. v. 1854 in den §§. 233 .. 254. Um die Darstellung des geltenden Rechtes zu vereinfachen und übersichtlicher zu machen, sind in einer Reihe von Excursen mannigfache Mittheilungen und Untersuchungen bei Seite gestellt, auf die schon hier verwiesen wird. Sie behandeln a) die Redactionsgeschichte der §§. 635 .. 642,¹⁾ b) das ältere

Capital bei Fideicommiss-Gütern als ein „Fideicommiss-Surrogat-Capital“ erklärt, worauf in den Depositenbüchern die Tabularposten ersichtlich zu machen sind. Der oberste G. H. dagegen hielt die Einvernehmung für nicht nothwendig, „weil die Gläubiger kein Pfandrecht auf die Substanz haben, das ihnen auf die Früchte zustehende Pfandrecht aber durch die Umänderung des Entlastungs-Capitals in den das frühere Gutserträgniß wieder ausgleichenden fundus instr. nicht alterirt wird.“ Daran ist wahr, daß den Gläubigern das Pfandobject nicht ohne Ersatz entzogen wird. Aber es ist doch im einzelnen Falle möglich, daß die Anschaffungen in unzweckmäßiger Weise geschehen, der Ersatz also kein angemessener sei. Die Möglichkeit sich hierüber zu äußern, sollte den Gläubigern nicht benommen werden.

⁴⁴⁾ Vgl. a. b. G. B. §. 298 u. dazu die Anmerkung in der Manz'schen Ausgabe.

⁴⁵⁾ Abgedruckt in der Manz'schen (officiösen) „Sammlung der Gesetze und Verordnungen im Justizfache f. d. Kaiserthum Oesterreich“ (nicht zu verwechseln mit der bekannten Manz'schen Gesetzsammlung) Bd. XX. S. 105 unter Nr. 2458.

⁴⁶⁾ Die richtige Ansicht ist kurz und gut begründet in dem kleinen anonymen Aufsatze in der Ger. Ztg. v. 1856, Nr. 3 u. 4.

*) Ein wichtiger, fleißig gearbeiteter Aufsatz „über Fideicommiss-Schulden“, der aber auch folgenschwere Irrthümer in Umlauf gesetzt hat, (von Konrad Frh. v. Gärtner) steht in Pratoberer's Materialien II. Bd. 1816, S. 199—250.

¹⁾ Der Grund, warum die Redactionsgeschichte nicht wie sonst im Commentar mitgetheilt wird, ist im Exc. zu §. 633 f. im Abf. I nachzulesen.

Recht,²⁾ c) die Streitfrage, ob dem Inhaber ein festes Recht zur (willkürlichen) Einschuldung des Fideicommisses zustehe; d) die Natur der Fideicommiss-Schulden.

II. Auffallend sind die Marginalien: „Eingeschränkte Rechte: a) zur ... Verpfändung (§. 632), b) zur Verwandlung . . ., c) Verschuldung“ (§. 635). Worin liegt der Unterschied zwischen a und c? Man könnte meinen: darin, daß für den Begriff von Fideicommiss-Schulden die Verpfändung un wesentlich ist. So richtig dies letztere an sich (begrifflich) wäre, so trifft es für das österr. Recht nicht zu, weil — wie an anderer Stelle gezeigt wird³⁾ — unsere Gesetzgebung einen viel engeren Begriff von Fideicommiss-Schulden voraussetzt, wie denn „Verpfändung des Fideicommisses, Belastung des Fideicommisses, Verschuldung, Dnerirung“ synonym gebraucht werden. Nicht einmal der Unterschied besteht zwischen §. 632 und §. 635 (wie Manche wähnen), daß dort die Einkünfte, hier die Substanz des Fideicommiss-Gutes verpfändet würden, vielmehr sind es hier und dort die Einkünfte (s. unten bei §. 642), bei jener eigenmächtigen (§. 632) mit Einschränkung auf die während der Herrschaft des Verpfänders fälligen, bei der gerichtlich bewilligten Verpfändung (§. 635) ohne diese Einschränkung.^{3a)} Rechtfertigen lassen sich also jene Marginalien nicht, wohl aber erklären, und zwar so: Die Redactoren haben unpassender Weise die beiden Fälle: Belastung des Fideicommiss-Gutes mit Hypotheken bis zu $\frac{1}{3}$ des Werthes und Erhebung des Drittels von einem Geld-Fideicommiss gleichgestellt (s. unten S. 351 f. Abs. IX); auf letzteren Fall paßt nicht das Wort „Verpfändung“, auch nicht „Dnerirung“, welches Wort auch schon, weil es undeutsch ist, vermieden wurde, und so wählte man als allgemeinen (jene beiden Fälle vermeintlich umfassenden) Ausdruck „Verschuldung“.

III. Das Westgal. G. B. II §§. 428, 429, 432 forderte für die Einschuldung dieselben Cautelen, wie für die Vertauschung von Grundstücken u. s. w. Ueberdies forderte es (in §. 429) „wichtige Gründe“ zur Einschuldung und zählte (in §. 431) mehrere solche auf, jedoch nicht taxativ; die Weglassung dieser Aufzählung geschah wohl nur darum, weil man dem Gericht freies Ermessen einräumen wollte. Aus dem sehr mangelhaften Berichte in den Protokollen sehen wir, daß die Mehrzahl der Botanten die Einschuldung an etwas leichtere Voraussetzungen binden wollte, als die in §§. 633, 634 besprochenen Aenderungen. Offenbar war der Grund nicht sowohl eine praktische, als vielmehr die rein scholastische Betrachtung, daß die Verschuldung die Substanz oder das „Stammgut“ nicht betreffe (s. §. 642), während bei jenen Umgestaltungen allerdings das Capital geändert werde. Sobald man aber, statt mit den Schulkategorien „Recht auf die Substanz“, „Recht auf die Nutzungen“ lieber mit der Lebenserfahrung zu Rathe geht, muß man sich sagen, daß die Einschuldung eines vollen Drittels (wie der übliche, ungenaue Ausdruck lautet) eine viel wichtigere Angelegenheit ist, als etwa der Umtausch zweier (vielleicht unbedeutender) Acker- oder Wiesenparcellen; daß also zu einer laxeren Behandlung kein genügender Grund vorhanden ist. Und da ist es denn tröstlich, daß der Unterschied zwischen den Vorschriften des §. 635 und denen des §. 634 viel geringer ist, als er dem ersten Blicke erscheint. Daß in §. 634 die Majorität der Einzuvernehmenden das Gericht nicht geradezu binde, ist ziemlich allgemein anerkannt, trotz der unvorsichtigen (ein arg. a contr. nahelegenden) Stylisirung des zweiten Satzes von §. 635. Das Gericht kann die Einwilligung geben oder verweigern, wenn auch die Majorität anderer Ansicht und Absicht ist; mithin lassen die Worte des §. 635 „hierzu bedarf es keiner Einwilligung der Anwärter oder Curatoren“ auch hier sich anwenden. Andererseits folgt aus diesen Worten nicht, daß das Gericht sie gar nicht einvernehmen solle. Der

²⁾ Im selben Excurse, wie die Redactions-geschichte, welche ohne Kenntniß der älteren Gesetze nicht zu verstehen ist.

³⁾ Im Excurse über die Fideicommiss-Schulden.

^{3a)} Vgl. Wildner S. 192 i. f. Zeiller S. 557 und S. 570.

Unterschied reduzirt sich also darauf, daß in den Fällen des §. 634 das Gericht gewisse Personen einvernehmen muß, hier „nach Gutbefinden einvernehmen kann“ (arg. Pat. §. 239), und sobald es sich um eine beträchtliche Einschuldung handelt, wohl auch einvernehmen soll; ferner, daß dort mehr Personen, hier nur einige von ihnen anzuhören sind. Wenn das Gericht eine Verschuldung bewilligt, welche den Anwärtern oder dem Curator bedenklich erscheint, so können sie hier (gerade wie in §. 634, vgl. Westgal. G. B. §. 433 a. G.) den Recurs ergreifen.⁴⁾ Deshalb ist ihnen der die Verschuldung bewilligende Bescheid auch dann zuzustellen, wenn sie über das Gesuch nicht vernommen worden sind (Pat. §. 241 a. G.). — Die Bewilligung kann nur vom Inhaber, nicht etwa von dessen Gläubigern angefordert werden (Pat. §. 233)⁵⁾, wie denn auch er allein von ihr Gebrauch machen darf, nicht sein Nachfolger oder gar sein Allodial-Erbe (Pat. §. 234).^{5a)} Aber auch er selbst kann von ihr keinen Gebrauch mehr machen, „wenn nach der Zeit, wo er sie angefordert hat, eine neue Schuld auf das Fideicommiss oder die Früchte desselben verschickt worden ist“ (Pat. §. 244), womit wohl vornehmlich Verpfändungen nach §. 632 gemeint sein dürften (vgl. Pat. §. 243), da von einer vorher erteilten Bewilligung das Gericht bei der neuerlichen wissen mußte (i. §. 255); verläßt es sich freilich auf den Grundbuchs-Extract, so wäre ein Mißbrauch möglich.^{5b)}

IV. Während demnach der Unterschied zwischen §. 634 und §. 635 kleiner ist, als man nach dem Wortlaute glauben möchte, stellen ihn manche Juristen (zuerst Gärtner, der namentlich unter den Praktikern Anhänger fand) umgekehrt noch viel größer dar. Nach ihnen soll der Inhaber beliebig, sogar ohne Angabe von Gründen, das Fideicommiss bis zu $\frac{1}{3}$ des Werthes verschulden dürfen. Ueber die klare Vorschrift des §. 635 i. f. suchen sie mit einer gewaltsamen Deutung hinwegzukommen, wonach sich die „Genehmigung“ der Gerichtsbehörde auf eine Prüfung des Betrages der Dnerirung und andererseits des Werthes des Fideicommisses beschränken sollte. Diese Meinung widerspricht der Geschichte, dem Wortlaute des §. 635, dem Geiste unserer Gesetzgebung und der unbefangenen Betrachtung der Lebensverhältnisse. Ihrer Widerlegung ist ein eigener Excurs gewidmet.⁶⁾ Uebrigens dürfte sie h. z. T. nur wenige Anhänger haben.

V. Das Westgal. G. B. II §. 432 i. f. verordnete: „Die Verschuldung über ein Drittel kann nur nach Vernehmung aller bekannten Anwärter oder ihrer Curatoren geschehen.“ Dies ließ man (auf Antrag v. Haan's) weg, weil eine solche Verschuldung (von einer besonderen kaiserlichen Gnade abgesehen) ganz unstatthaft sein sollte.^{6a)} Das Gesetz v. 13. Juni 1868 (R. G. Bl. Nr. 61) bestimmt im §. 3:

⁴⁾ Dies scheint übersehen zu sein in der Entscheidung der Sammlung VII Nr. 3543 i. f. Allerdings aber darf der Recurs nicht begründet werden mit der Unterlassung der Einvernehmung (Sammlung XIV Nr. 6253), sondern mit dem Nachweis, daß für die beabsichtigte Verschuldung kein genügender Grund vorhanden sei. — Vgl. Zeiller S. 563 f., Wildner S. 214 ff., Rippel S. 239.

⁵⁾ Vgl. Hfd. v. 23. Febr. 1787, J. G. S. Nr. 634, bei Zimmerl S. 89 f. — Die Bewilligung „kann nie für sich allein in die öffentl. Bücher eingetragen werden“, sondern nur auf Grund derselben das Pfandrecht (Pat. §. 245, vgl. §. 234; dazu vgl. Gärtner §. 11 (S. 215)). Das Gesuch um Einverleibung der Hypothek ist immer bei der Fideicommiss-Instanz zu überreichen und von dieser eventuell an die Tabular-Behörde zu befördern (Pat. §. 246, vgl. §. 238 a. G.).

^{5a)} Vgl. den Excurs über das Recht zur Einschuldung, unter lit. B. (S. 257).

^{5b)} Der Inhaber könnte eine Bewilligung vorläufig unbenutzt lassen, damit der Schuldenausweis bei einem neuerlichen Gesuch sich günstig darstelle, und später von beiden Bewilligungen Gebrauch machen.

⁶⁾ In demselben Excurs (R. 5a) ist unter lit. C (S. 258 f.) die Frage untersucht, ob das Recht zur Einschuldung auch dem durch einen Verzicht Begünstigten (sog. Cessionar) zustehe. Vgl. Sammlung VII Nr. 3543.

^{6a)} Vgl. Pratobevera's Bemerkung zu Gärtner's Aufsatz, Materialien II S. 220 (Anmfg.).

„Die Verschuldung eines Fideicommisses in größerem als dem durch die §§. 635 bis 637 a. b. G. B. zugelassenen Maße kann nur dann bewilligt werden, wenn sie zur Erhaltung des Fideicommiss-Gutes unabweislich nothwendig ist. Die Ertheilung dieser Bewilligung steht nach Einvernehmung der Fideicommiss-Curatoren und aller bekannten Anwärter dem obersten Gerichts- und Cassationshofe zu.“^{6b)} Es bedarf kaum der Bemerkung, daß solcher Strenge gegenüber es undenkbar ist, daß die Gesetzgebung bis zu jener Grenze, an welcher diese Strenge beginnt, dem Inhaber uneingeschränkte Willkür gestatten wolle! —

VI. Das Wesen der Fideicommiss-Schulden.*) Das Fideicommiss-Vermögen ist als gestiftetes Vermögen durchaus selbständig und von dem Privat-Vermögen (Allod) des Inhabers durchaus verschieden. An sich (d. h. von positiven Gesetzen abgesehen) wäre der Unterschied zwischen Allodial- und Fideicommiss-Schulden einfach der: jene gehören (als negative Bestandtheile) zum Allodial-, diese zum Fideicommiss-Vermögen; dort ist Schuldner der Inhaber, aber gar nicht als solcher, sondern als N. N. (ganz abgesehen von seiner Beziehung zum Fideicommiss); hier ist Schuldner das Fideicommiss (die juristische Person). Jene Schulden gehen das Fideicommiss, diese das Privatvermögen des Inhabers gar nicht an. Eine Verpfändung ist zwar die factische Regel, für das Wesen der Fideicommiss-Schulden aber nicht wesentlich.⁷⁾ Aber nach österr. Rechte verhält es sich nicht so. Von unrichtigen und unklaren Ansichten ausgehend, die übrigens auch heute noch (und nicht bloß in Oesterreich) sehr verbreitet sind, kam man zu einem ganz anderen Begriffe von Fideicommiss-Schulden. Hätte die Gesetzgebung im J. 1854 nicht auf dem gegebenen Boden weiter bauen müssen, so würde diese Materie vielleicht anders geordnet worden sein, denn damals war man der Erkenntniß der juristischen Person schon sehr nahe, und unterschied auch scharf zwischen der inneren und äußeren Seite der uns hier beschäftigenden Einschuldung (s. unten), was bei Abfassung des a. b. G. B. noch nicht in gleichem Maße der Fall war. Wenn aber auch die Redactoren nicht bis zur richtigen Einsicht der Natur der Fideicommiss-Schulden durchdrangen, so waren sie doch sehr weit entfernt von jener Verkehrtheit, die man ihnen später unterstieben wollte. In Theorie und Praxis tauchte nämlich später die Behauptung auf (und leider! ist sie heute noch nicht beseitigt), daß Fideicommiss-Schulden sich nur dadurch von anderen Schulden des sie contrahirenden Inhabers unterscheiden, daß er für sie die Einkünfte des Fideicommisses und zwar ohne Einschränkung auf seine Lebensdauer (§. 635 vgl. mit §. 632) verpfände; da nun, wenn er nicht lange genug lebt, diese Verpfändung auch den Nachfolgern fühlbar werde, und da sie überdies in seine Depurationspflicht nachfolgen, so bedürfe es zu solcher Verpfändung der Genehmigung der Gerichtsbehörde. Aus dieser verkehrten Vorstellung würde sich ergeben, daß die Fideicommiss-Schulden persönliche Schulden des Inhabers seien, wegen deren sein Allodial-Vermögen in Execution gezogen werden könnte, und für welche seine Erben einzustehen hätten,⁸⁾ während die Stellung des Nachfolgers nur nach §. 466 zu beurtheilen wäre.

VII. Die für unser positives Recht richtige Begriffsbestimmung steht in der Mitte zwischen jener aus allgemeinen Begriffen abgeleiteten und der zuletzt erwähnten

^{6b)} Nach dem Hfd. v. 10. Aug. 1787 (bei Zimmerl S. 91) soll nie mehr als $\frac{1}{3}$ verschuldet sein. „Wenn jedoch ganz besondere und außerordentliche Umstände eintreten, so stehe der Partei frei, die Dispensation bei der Behörde anzusuchen.“ Dies erklärt Zeiller S. 560 f. dahin: das Gesuch „muß dem obersten Gerichtshofe vorgelegt, und kann nur von dem Landesfürsten verwilligt werden (S. 9).“

*) Diese Ueberschrift gilt für die Abs. VI—IX.

⁷⁾ S. die beiden Abhdlg. über die Natur der Fideicommiss-Erbfolge (Excursje S. 186 ff.) und über die Subjecte des Fideicommiss-Vermögens (Excursje S. 219 ff.).

⁸⁾ Auch diese gefährlichen Irrthümer sind auf Gärtner's Aufsatz zurückzuführen, dem noch Stubenrauch und hie und da die neuere Praxis folgt. Ueber all' dies s. den Excurs über die Fideicommiss-Schulden.

Vorstellung; m. a. W. in der Mitte zwischen dem Satze „die juristische Person schuldet“ und dem anderen „der Contrahent schuldet“ (weil er für sich, nicht in Vertretung des Fideicommisses contrahirt habe). Wir müssen nämlich für das österr. Recht sagen: „Der Inhaber haftet als solcher“, also nicht mit seinem Allodial-Vermögen; sein Erbe haftet (von einem besonderen Falle, s. §. 640, abgesehen) gar nicht; wohl aber haftet der Nachfolger, natürlich wieder nur als Inhaber. M. a. W. der jeweilige Inhaber haftet; (romanistisch und nicht zutreffend hat man dies früher so ausgedrückt: es liege hier eine obligatio in rem scripta vor^{8a)}); und weil er als Inhaber schuldet, so haftet er nur mit dem Fideicommiss-Vermögen, und weil dieses unveräußerlich ist, nur mit den Einkünften desselben (§. 642.⁹⁾)

VIII. Man muß bei Fideicommiss-Schulden die äußere und die innere Seite unterscheiden. Mit jener meinen wir die Verpflichtungen des Inhabers gegenüber den Gläubigern, mit dieser diejenigen gegenüber dem Fideicommiss; der jeweilige Inhaber ist nämlich verpflichtet, jährlich etwas zur Abstoßung der Fideicommiss-Schulden zu thun, sei es, daß er einen Theil derselben zahlt, sei es, daß er eine Geldsumme zur Sicherung künftiger Zahlung bei Seite legt (zu Gerichtshänden). Man nennt dies die Pflicht zur Depuration oder Depurirung (a. b. G. B. §. 638, Pat. §. 247 ff.). Jede dieser Seiten wird nach anderen Grundsätzen beurtheilt;¹⁰⁾ für die Rechte der Gläubiger ist der Inhalt ihrer Verträge maßgebend und gelten hier die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechtes (s. Pat. §. 242^{10a)}); für die Depuration gelten besondere Vorschriften. Der Inhaber kann dem Gläubiger gegenüber bereits zur sofortigen Zahlung z. B. von 8000 fl. verpflichtet sein, dem Fideicommiss gegenüber erst zu einer Depuration von 4000 fl. Er kann aber auch umgekehrt bereits 8000 fl. pflichtgemäß depurirt haben, während die Gläubiger erst 4000 fl., oder vielleicht vorerst noch gar nichts einfordern können. Betrag und Fälligkeit der Verpflichtung nach außen und derjenigen nach innen sind von einander unabhängig (Pat. §. 242 und §. 248). Einige Modification erfährt dies allerdings durch §. 640, bei welchem die einschlägigen Verhältnisse ausführlich erörtert werden.

IX. Bei Geld-Fideicommissen ist dem Inhaber gestattet, einen Theil des Capitals (höchstens $\frac{1}{3}$) für sich zu beheben unter den gleichen Voraussetzungen, unter denen er ein Real-Fideicommiss verschulden könnte. Uebrigens kann auch hier, wenn das Fideicommiss-Capital in Werthpapieren besteht, zu einer Verpfändung (statt zur Behebung) geschritten werden, ja zuweilen (bei Loospapieren) ist nur dieser Weg offen.¹¹⁾ Gemeinschaftlich allen Fällen der „Dnerirung“ ist, daß sich der Inhaber durch den Werth des Fideicommiss-Vermögens Geld verschaffen kann, sei es direkt, indem er einen Theil des Vargeldes für sich hebt, sei es indirekt, indem er auf das Fideicommiss Schulden contrahirt.¹²⁾ Dies ist aber nur eine Gleichheit des wirthschaftlichen Erfolges; juristisch betrachtet sind die beiden Fälle (Verschul-

^{8a)} S. dagegen Gerber *Itzsch. f. Civilr. u. Pr.*, N. F. XI S. 196.

⁹⁾ Daß dennoch der Inhaber veranlaßt werden könne, aus seinem Allodial-Vermögen zu zahlen, und was die Folge hiervon ist, wird bei §. 640 gezeigt werden.

¹⁰⁾ Zwei Vergleiche zur Verdeutlichung! a) Der Erbschaftskäufer ist dem Verkäufer gegenüber (innere Seite) verpflichtet, die Erbschaftsschulden zu zahlen; den Erbschaftsgläubigern gegenüber (äußere Seite) ist er aus dem Kaufe allein noch zu nichts verpflichtet. b) Der Schuldner, für den sich Jemand verbürgt hat, ist zweifach zur Zahlung verbunden: seinem Gläubiger und seinem Bürgen gegenüber, damit dieser nicht zu Schaden komme. Der Inhalt seiner Pflicht gegen den Letzteren ist: Zahlung an den Ersteren.

^{10a)} Vgl. zu §. 242 das in den Exc. mitgetheilte Hfd. v. 5. Aug. 1793, und *Rippel IV S. 248*, *Winiwarter III S. 161*.

¹¹⁾ S. *Excursus S. 249*; *Pat. v. 23. April 1789* und Analogie aus dem (Waisengelder betreffenden) Hfd. v. 11. Juni 1819 (*J. G. S. Nr. 1570*). Vgl. *Rippel IV S. 235-237*, *Widner S. 224 f.*, *Winiwarter III S. 154*.

¹²⁾ Vgl. hiemit, was *Bremer (Pfandrecht und Pfandobjecte S. 62 ff.)* über die verschiedenen Mittel der „Herstellung des Vermögenswerthes“ des verpfändeten Objectes sagt.

derung des Real-Fideicommisses, und Behebung des Fideicommiss-Capitals) sehr verschieden, ja für die rein theoretische Betrachtung entgegengesetzt; denn dort würde an sich das Fideicommiss Schuldner, hier wird es Gläubiger. Die Behebung eines Theiles des Fideicommiss-Capitals ist eine Aenderung des „Stammgutes“, indem an die Stelle von Bargeld eine Forderung des Fideicommisses gegen den Inhaber tritt, bez. (wo das behobene Geld bisher bei Jemandem angelegt war) indem an die Stelle der Forderung gegen den Tertius eine Forderung gegen den Inhaber gesetzt wird. Wenn nun gleichwohl seit Zeiller (S. 559) ganz allgemein beide Fälle einander als „Fideicommiss-Schulden“ gleichgestellt werden, so erklärt sich dies theils daraus, daß bei uns nicht sowohl die juristische Person (das Fideicommiss), sondern der Inhaber schuldet, theils aus mangelhafter Unterscheidung zwischen äußerer und innerer Seite. Während sonst alle unsere Commentatoren (auch Zeiller) die Eigenthümlichkeit der Fideicommiss-Schulden auf der äußeren Seite suchen, denken sie hier nur an die innere Seite (und eine äußere gibt es in diesem Falle gar nicht!). Hieraus ergibt sich, daß nach dem Sprachgebrauch der österr. Juristen eine Fideicommiss-Schuld überall vorhanden ist, wo eine Depurationspflicht vorliegt. Dieses Merkmal trifft immer mit dem in Abs. VII angegebenen zusammen. — Nachdem nun einmal bei uns die sog. Fideicommiss-Schuld in Wahrheit nicht eine Schuld des Fideicommisses, sondern des Inhabers ist, so läßt sich ein solcher Sprachgebrauch immerhin vertheidigen.¹³⁾ Denn alle Fälle haben das Gemeinschaftliche, daß der Inhaber nicht mit seinem Allodial-Vermögen haftet, und daß nicht sein Erbe, sondern sein Fideicommiss-Nachfolger in die Schuld succedirt. Nur treten in dem einen Falle die innere und äußere Seite auseinander (Abs. VIII), während sie bei Behebung des Geldes zusammenfallen, da hier der Inhaber keinen anderen Gläubiger hat, als das Fideicommiss selbst.^{14) 14a)} Unlogisch ist es dagegen, in beiden Fällen von „Dnerung“ des Fideicommisses zu sprechen, da ja doch in dem letzteren Falle das Fideicommiss-Capital nicht belastet, sondern zum Theile verändert¹⁵⁾ wird. Die sog. Depurationspflicht stellt sich hier als Pflicht zur Ergänzung des Geldcapitals dar.¹⁶⁾

X. Jeder Inhaber hat ein gleich gutes Recht, das er von seinem Vornamen nicht ableitet und sich von ihm auch nicht braucht schmälern zu lassen. Darum soll sich jeder mit den Einkünften begnügen. Insofern ist die Dnerung eine nicht lax zu behandelnde Ausnahme, da durch sie der Inhaber gleichsam künftige Ertragnisse für sich

¹³⁾ Und so läßt es sich denn auch erklären, daß der Behebende die Rückzahlung durch Verpfändung der Einkünfte eines zum Fideicommiss gehörigen Gutes sicher stellen kann; ja auch durch Verpfändung der Zinsen der übrigen zwei Dritttheile des Geld-Fideicommisses (s. Pat. S. 243 a. E.). Unrichtig aber ist es gleichwohl, wenn Zeiller den §. 3 des Pat. v. 3. April 1787 noch als gültiges Recht behandelt, wonach das ganze Geld-Fideicommiss behoben werden könnte, wenn durch ein Real-Fideicommiss Sicherheit geboten und dieses dadurch nicht über $\frac{1}{3}$ belastet würde. Von andern Gründen abgesehen unterliegt es keinem Zweifel, daß man jenes Hfd. nach dem Umschlage der Tendenzen nach K. Joseph's Tode gänzlich beseitigt hat (vgl. Excurse S. 175 ff.).

¹⁴⁾ Auch dies Zusammenfallen beider Seiten kann der Vergleich mit dem Erbschafts-kauf (s. N. 10) verdeutlichen; wenn der Erbe Gläubiger des Verstorbenen war, so ist der Käufer verpflichtet, die Schuld zu zahlen u. zw. in diesem Falle an den Verkäufer selbst. L. 2. §. 18. D. de hered. v. act. vend. 18. 4.

^{14a)} Auch über die Behebung des Drittels hat Gärtner §. 11 (S. 214) sehr wunderliche Ansichten. „Das Fideicommiss muß aus sich selbst ergänzt werden; es ist im Grunde sein eigener Schuldner (!)“ . . . : der Begriff eines Darlehens paßt also auf die Erhebung des Fideicommiss-Drittels in keiner Rücksicht (!)“ und darum könne man den Inhaber zur Ausstellung eines Schuldscheines nicht verhalten.

¹⁵⁾ „Vermindert“ darf man nicht sagen, weil an die Stelle des behobenen Geldes die Forderung des Fideicommisses gegen den Inhaber tritt. Vgl. die folg. N.

¹⁶⁾ Der scheinbare Widerspruch mit N. 15 löst sich durch Betonung des Wortes „Geld-Capital“; dieses ist gemeint im Pat. S. 248 pr. Allgemeiner gesagt ist es eine Pflicht zur Rückverwandlung; d. h. an die Stelle der erwähnten Forderung (N. 15) soll wieder Geld, bez. (da dieses angelegt wird) die Forderung des Fideicommisses an einen extraneus treten.

escomptirt und möglicher Weise die Sphäre des Nachfolgers um soviel einengt, als er die eigene erweitert. Darum soll das Gericht um so ernstere Gründe fordern, je größer die beabsichtigte Belastung und je unwahrscheinlicher ein langes Leben des Inhabers ist.¹⁷⁾ Solche Gründe sind: a) Bedürfnisse objectiver Natur, das Interesse des gestifteten Gutes, sei es zu dessen Erhaltung, sei es zu wesentlicher Verbesserung (also sehr beträchtliche impensae necessariae und utiles; s. §. 641); b) persönliche Bedürfnisse des Inhabers (standesmäßiger Unterhalt, Dotirung von Töchtern u. dgl.)¹⁸⁾, wobei das Gericht noch strenger prüfen soll; daß aber das Fideicommiss-Vermögen auch für solche Bedürfnisse in Anspruch genommen werden darf, erklärt sich aus dem Zwecke der Fideicommiss-Stiftung (splendor familiae). Wegen der Gefahr, daß durch die Onerirung die Nachfolger geschädigt werden können, gestattet das Gesetz dieselbe nur unter drei „Vorsichten“: 1) Es darf ein Drittheil des Werthes nicht überschritten werden; 2) es ist Genehmigung der Fideicommiss-Instanz erforderlich, „welche darüber wacht, daß die Last das Drittheil nicht überschreite“ und „zu einer muthwilligen Verschuldung die Genehmigung nicht erteilen (soll)“; 3) es muß jährlich eine gewisse Rückzahlung (Depuration) geleistet werden (§. 638). (Zeiller bei §. 635 Z. 2). — Handelt es sich um Verpfändung der Einkünfte unter Beschränkung auf die Lebenszeit des Besitzers, so bedarf er dazu keiner Genehmigung; und umgekehrt: verpfändet er ohne Genehmigung, so wird jene Beschränkung subintelligirt (§. 632). Allgemein werden solche Schulden von den Fideicommiss-Schulden streng geschieden¹⁹⁾ und den Allodial-Schulden beigezählt.²⁰⁾ Der Inhaber verpfändet ja nur seine Einkünfte und diese fallen ohnehin in sein freies Eigenthum. Da mit seinem Tode das Pfandrecht erlischt, so scheinen diese Schulden gar keinen Einfluß auf den Nachfolger üben zu können. Dies ist aber nur so lange richtig, als es nicht neben ihnen Fideicommiss-Schulden gibt; beim Zusammentreffen mit solchen sind sie keineswegs gleichgültig (s. Pat. §. 243 und unten bei §. 636).

XI. Sind die Vorschriften der §§. 635 ff. (und ebenso §. 633 f.) absoluter Natur oder weichen sie einem abweichenden Inhalt des Stiftbriefes, durch welchen dem Inhaber mehr oder weniger Freiheit eingeräumt wird?

Auf den ersten Blick möchte man geneigt sein, dem Inhalte der Stiftungs-Urkunde den Vorzug zu geben — quisque legem potest dicere rei suae. Dennoch verhält es sich anders. Wäre freilich das Fideicommiss während der Herrschaft des a. b. G. B. errichtet worden, so müßte man annehmen, daß die gesetzgebende Gewalt allerdings eine Ausnahme zulassen wollte, da sie ja sonst die Stiftung nicht genehmigt hätte. Was aber ältere, namentlich was recht alte Stiftbriefe betrifft, so ist zu bedenken, daß in ihnen Veräußerungs- und Belastungs-Verbote in starken und gehäuften Ausdrücken sehr häufig sind, ohne daß der Stifter damit mehr hätte sagen wollen, als was heute schon mit dem Worte „Familien-Fideicommiss“ gesagt ist, und was sich aus den §§. 618, 629, 630, 632 pr., 642 ergibt. Allein wir brauchen im einzelnen Falle nicht erst zu untersuchen, ob der Stifter nicht vielleicht doch mehr gemeint hat.²¹⁾ Das Institut der Fideicommiss ist kein rein privatrechtliches, sondern eines von eminenten socialer und politischer Bedeutung, weshalb die einzelnen Fideicommiss unter einer speciellen (gleichsam bevormundenden) Aufsicht des Staates stehen. Im Interesse

17) Es wäre z. B. nicht zu dulden, wenn der hochbejahrte Inhaber $\frac{1}{3}$ des Geld-Fideicommisses begeben wollte, um es seiner Familie zuzuwenden, weil sein präsumtiver Nachfolger ein nicht näher oder doch ihm gleichgültiger Verwandter ist.

18) Vgl. Lewis S. 298.

19) Vgl. z. B. Zeiller S. 551 Z. 3, S. 557; Winwartter III S. 156.

20) S. Gärtner S. 210.

21) Unzweifelhaft war dies im Falle der Sammlung VIII Nr. 3797. In dem betreffenden Stiftbriefe (v. Jahre 1736) war geradezu eine Maximal-Summe angegeben, welche die Belastung nicht übersteigen dürfe.

des Fideicommisses, des Inhabers und des Verkehrs sucht die Gesetzgebung zwischen der Unveräußerlichkeit des Stamm-Vermögens und der wünschenswerthen Freiheit des Inhabers zu vermitteln, und hat in dieser Absicht die §§. 636 ff. erlassen; und darum haben diese einen durchgreifenden Charakter. So gut der Staat die Fideicommissie ganz aufheben könnte, so gut durfte er, selbst ausdrücklichem Verbote des Stifters entgegen, dem Inhaber eine freiere Bewegung einräumen.²²⁾ Nur mögen sich die Gerichte stets gegenwärtig halten, daß sie überhaupt dem Inhaber die Einschuldung nicht leichtthin zu gestatten haben; und ein bestimmtes Belastungs-Verbot des Stifters ist eines der Momente, die sie zu strengerer Prüfung des Bedürfnisses veranlassen sollten.

Bestimmung des zu verschuldenden Dritttheils,

§. 636.

In dieses Dritttheil sind alle, unter was immer für einem Namen, auf dem Fideicommiss-Gute haftende Lasten dergestalt einzurechnen, daß zwey Dritttheile ganz frey bleiben.

I. Ueber Redaction und älteres Recht s. die Excurse. — Aus §. 636 folgt von selbst, daß die Textirung des §. 635 verfehlt ist. Es ist ja in vielen Fällen nicht wahr, daß „der Inhaber $\frac{1}{3}$. . . verschulden könne“ (wobei wir den juristisch unrichtigen Ausdruck „ein Dritttheil verschulden“ unbeanstandet lassen, den wir der Kürze wegen selbst beibehalten); sondern er kann nur bis zu $\frac{1}{3}$ verschulden; wenn also $\frac{1}{6}$ schon verschuldet ist, kann er nur $\frac{1}{6}$ verschulden; ist $\frac{1}{4}$ verschuldet, nur noch $\frac{1}{12}$; findet er das ganze Dritttheil bereits verschuldet, so kann er vorerst gar keine weitere Fideicommiss-Last hinzufügen. Anders ausgedrückt: Im Zeitpunkt des Einschuldungs-Gesuches kann man nicht sagen: „nur ein Dritttheil kann (jetzt) verschuldet werden“, sondern „nur ein Dritttheil kann verschuldet sein.“¹⁾

II. „Alle, unter was immer für einem Namen, auf dem Fideicommiss-Gute haftende Lasten“; also keineswegs nur Fideicommiss-Schulden im techn. S. Mithin ist die Frage: welche Lasten sind in das Drittel einzurechnen? verschieden von der Frage: welche sind zu depuriren? (vgl. Pat. §. 240 mit §. 250). Alles, was depurirt werden muß, ist auch einzurechnen; aber nicht alles, was eingerechnet werden muß, ist auch zu depuriren; und (durch Umkehrung der ersten Aussage): was nicht einzurechnen ist, ist um so gewisser nicht zu depuriren (s. bei §. 638 Abs. III.) — Was nun die Berechnung betrifft, so sind jene Lasten „nicht, wie man zuweilen versucht, von dem Werthe des ganzen Gutes, sondern von dem Drittel . . . allein im vollen Betrage abzugiehen.“²⁾ Am nächsten liegt der Gedanke bei Servituten, sie als Werthminderung des ganzen Fideicommisses zu betrachten; an diese scheint man aber gar nicht gedacht zu haben;³⁾ ⁴⁾ dann möchte man auch die vom Stifter herrührenden

²²⁾ Vgl. etwa auch Winiwarter III S. 143. — In dem oben (N. 21) cit. Falle wollte die II. Instanz die dem Stiftbriefe zuwiderlaufende Belastung nicht gestatten, während der oberste G. S. das Einschuldungsverbot als durch das vgl. G. V. entkräftet ansah. Diese richtige Ansicht wurde aber in einer großentheils verfehlten Art begründet.

¹⁾ Letzteren Ausdruck gebraucht denn auch Zeiller S. 560, und mit gutem Grund, da damals noch die sog. Octava auf den Gütern haftete, bei welcher gesetzlichen Haftung man nicht sagen konnte: das Gut wird verschuldet oder verpfändet.

²⁾ Gärtner S. 208, der aber an der oben mit . . . bezeichneten Stelle unlogischer Weise die Worte hat „des reinen Werthes“, $\frac{1}{3}$ des reinen Werthes wäre doch ein Drittel des Schätzwertes nach Abschlag der bisherigen Lasten! Vielmehr muß das $\frac{1}{3}$ vom Brutto-Werth genommen werden, von dem alle bisher schon haftende Lasten abzurechnen sind, und nur der Rest dieses Drittels gibt den Maximal-Betrag, mit dem das Fideicommiss-Gut noch belastet werden kann. — „Wie man zuweilen versucht“ vgl. hierüber Espan II S. 61; dann die unrichtige Ansicht Basevi's (s. N. 5.)

³⁾ Das Pat. v. 1854 bedient sich fast durchweg des Wortes „Schulden“, das jedenfalls (selbst wenn man von Servituten absieht) zu eng ist.

⁴⁾ Gewiß wäre es an sich auch das Richtige, sie vom ganzen Werthe, wie er sonst wäre, in Abzug zu bringen; denn das Fideicommiss ist dann eben von vornherein um

Schulden (hereditas non intelligitur, nisi deducto aere alieno) und Vermächtnisse von vornherein in Abschlag zu bringen; aber auch hier widerstrebt der Wortlaut des §. 636, ja es ist jeder Zweifel, ob auch diese Lasten in das Drittel einzurechnen seien, abgetrennt durch den §. 240 (vgl. §. 250 i. f.) des Pat. v. 1854.⁶⁾ — Wir werden nun hier die einzurechnenden, bei §. 638 die zu depurirenden Lasten aufzählen.

III. Einzurechnen sind (nach Pat. §. 240): 1) die von demselben Inhaber bereits contrahirten Fideicommiss-Schulden, soweit sie noch nicht depurirt sind; 2) die noch nicht depurirten Fideicommiss-Schulden der Vorgänger; 3) vom Stifter herrührende Schulden (vgl. bei §. 638 und §. 642), 4) vom ihm angeordnete, auf dem Fideicommiss haftende Stiftungen und Vermächtnisse. „Lebenslängliche Pensionen und andere auf ungewisse Zeit oder für beständig angeordnete fortlaufende Zahlungen werden zu fünf vom Hundert zu Capital angeschlagen.“ Diese Gleichstellung einer Ewigrente mit einer vielleicht nach wenigen Jahren entfallenden Leistung widerspricht allerdings den einfachsten mathematischen und juristischen Regeln; doch vereinfacht sie die Rechnung und hat auch sonst manches für sich.⁷⁾ Sie beweist wieder, ebenso wie die Wunderlichkeit, daß auch anfängliche Werthminderungen des Fideicommisses von dem Drittel des Bruttowerthes in Abschlag kommen, wie sehr unsere Gesetzgebung die Belastung der Fideicommiss einzuschränken geneigt, und wie verkehrt die Meinung Derjenigen ist, welche von einem Rechte zu willfährlicher Einschuldung reden. — „Jede Schuld wird in dem Betrage angesetzt, in welchem sie zur Zeit des Dnerungsgesuches berichtigt werden könnte“ (§. 240).⁸⁾ 5) Sind auch die Hypotheken, von denen §. 632 handelt,

so viel geringer. Darf man sich aber über eine so decidirt lautende Vorschrift, wie die des §. 636, hinwegsetzen?

⁵⁾ Solche Zweifel wurden schon 1824 von der Hof-Commission in gleichem Sinne erlebt; s. Pratobervera's Materialien VIII S. 432 unter Nr. 288; das daselbst cit. Hfd. v. 14. Mai 1824 findet sich in der F. G. S. nicht. — Diese Entscheidung über sah Basevi (bei §. 636 n. 1). Vgl. den §. 240 mit Gärtner S. 208 f.

⁶⁾ Ob sie getilgt, bezahlt sind, darauf kommt es nicht an; m. a. W. der Zahlung an den Gläubiger steht auch hier der Erlag der Zahlungs-Waluta zu Händen des Gerichtes gleich.

⁷⁾ Statt eines Motivenberichtes dienen uns hier Gärtner's Ausführungen auf S. 209, auf welche ganz unzweifelhaft jener Satz des §. 240 zurückzuführen ist. G. sagt: Es sei die Absicht des Gesetzes, den Fideicommiss-Nachfolgern für jeden Fall ihren standesmäßigen Unterhalt, und die Mittel zur Verzinsung und allmätigen Zurückzahlung der Schuld zu versichern. In das Drittel müssen . . . auch alle darauf haftenden Unterhaltsgelder, Pensionen und andern jährlichen Zahlungen eingerechnet, und obgleich sie auf die Lebenszeit des Gläubigers beschränkt sind, zu 5% zu Capital angeschlagen werden. — Es muß dieß sogar dann geschehen, wenn zur Zeit des angebrachten Dnerungsgesuches die Verbindlichkeit zu Entrichtung der Unterhaltsgelder noch nicht eingetreten, und noch ungewiß wäre, ob es jemals zur Auszahlung kommen werde. Denn nur diese Art der Berechnung gewährt volle Sicherheit, daß $\frac{2}{3}$ des Fideicommisses immer frei sein, und die Einkünfte desselben zu allen den Zahlungen hinreichen werden, die nach dem Gesetze damit befrachtet werden sollen.“ In der Note fügt er bei: „Vorhin hatten dieß die Hfd. v. 10. Aug. 1787 und v. 21. Jänner 1791 ausdrücklich angeordnet.“ Was haben sie angeordnet? Die gleichmäßige Capitalisirung kurzer, langer, ewiger Renten zu 5%? Davon steht in jenen Hfd. nichts; das v. 1787 sagt nur, „ohne Unterschied, ob (die Heiratsbriefe) das Gut mit einem Capital, oder nur mit einer jährlichen Siebigkeit beschweren“; das v. 1791: die „Heiratsanprüche . . . (und) wittiblichen Unterhaltungen (sic!) jedes zu Capital geschlagen“, — kein Wort darüber, wie dies zu geschehen habe. — Der andere Satz, daß auch Haftungen, wo noch ungewiß ist, ob es überhaupt zu einer Zahlung kommen werde, in Rechnung zu bringen seien, läßt sich aus dem Hfd. erschließen; „ausdrücklich“ ist auch darüber nichts gesagt. — Wie wenig man sich auf Gärtner's Gesetzberufungen verlassen kann, wird in dem Excursus über die Fideicommiss-Schulden gezeigt.

⁸⁾ §. 240 fährt dann fort: „Ist also eine Zahlung in Staats-Schuldverschreibungen oder in einer andern Währung zu leisten, als in welcher die Schätzung des Gutes aufgenommen ist, so wird die Schuld nach dem letzten Börsencourse berechnet.“

einzurechnen? Fideicommiß-Schulden im techn. Sinne sind sie nicht;⁸⁾ aber daraus folgt noch nicht die Verneinung jener Frage (s. Abf. II. pr.); Wildner (S. 203 . . 206) hat gute Gründe für ihre Bejahung beigebracht;⁹⁾ Gärtner äußert sich inconsequent,¹⁰⁾ schwankend, vermittelnd.¹¹⁾ Dennoch ist das Pat. v. 1854 auch hier ihm gefolgt (§. 243).¹²⁾ Die Dehnbarkeit dieser Vorschrift (§. 243 Nl. 2) ist übrigens darum weniger bedenklich, weil es überhaupt vom Ermessen des Gerichtes abhängt, ob und mit welchem Betrage onerirt werden darf; über $\frac{1}{3}$ zu oneriren darf es freilich gar nicht gestatten, woraus aber selbstverständlich nicht folgt, daß es bis zu $\frac{1}{3}$ gestatten müßte. 6) „Dreijährige Rückstände“¹³⁾ von Zinsen“ der unter Nr. 1—4 aufgezählten Schulden sind einzurechnen (arg. §. 17 des Grundbuchsges. v. 1871)¹⁴⁾, ebenso 7) Rückstände an Grund-Steuern¹⁵⁾ und die anderen gesetzlichen Pfandrechte.¹⁶⁾ Die beiden letzten Punkte werden auch bestätigt durch Pat. §. 253 vgl. mit §. 247 und mit §. 254 pr.

IV. „Dem Gesuche um die gerichtliche Bewilligung zur Verpfändung des Fideicommisses muß eine genaue nach den Grundsätzen der §§. 636 u. 637 . . . eingerichtete Berechnung des Fideicommiß-Dritttheils beigelegt werden“ (Pat. §. 235.) „Besteht das Fideicommiß aus mehreren Gütern oder Capitalien, so ist das Fideicommiß-Dritttheil von jedem Gute oder Capitale abge sondert zu berechnen“ (§. 236).¹⁷⁾ „Der Bescheid, wodurch die Verpfändung des Fideicommisses bewilligt wird, muß sowohl den Betrag der Schuld als der jährlichen Rückzahlungen in bestimmten Summen angeben, und wenn der Fideicommiß-Güter mehrere sind, die Summe festsetzen, welche auf jedes derselben versichert werden darf“ (§. 241). Daß und warum dieser Bescheid immer auch dem Curator und den nächsten Anwärtern zuzustellen sei, wurde schon erwähnt (oben bei §. 635, zwischen Nr. 4 u. 5).

und des Werthes des Fideicommiß-Gutes.

§. 637.

Der Werth eines Fideicommiß-Gutes, wenn es vertauscht oder verschuldet werden soll, wird durch die gerichtliche Schätzung; wenn es aber zu Geld gemacht werden soll, durch öffentliche Versteigerung bestimmt.

I. Die Vorschriften über die Arten der Werthbestimmung haben öfter gewechselt (s. Excursus S. 250 f.);¹⁾ es hängt dies mit den wechselnden Tendenzen der Gesetzgebung hinsichtlich des ganzen Institutes der Fideicommissse zusammen.

^{8a)} Vgl. Zeiller S. 565 (i. f.).

⁹⁾ Vgl. unsere Andeutung bei §. 635 Abf. X a. G. — Nicht überzeugend ist, was Winwarter III S. 156 f. gegen Wildner vorbringt; geradezu falsch die wiederholte Entgegensetzung von Schulden, die auf das „Fideicommiß-Gut selbst“, und denen, die auf die Früchte eingetragen seien (s. bei §. 635 Abf. II).

¹⁰⁾ Namentlich auch im Widerspruch mit seinen hier in Note 7 mitgetheilten Ausführungen.

¹¹⁾ S. einerseits S. 210, andererseits S. 232 f. (§. 22).

¹²⁾ §. 243 Nl. 1. „Die nur für die Lebenszeit des Besitzers auf die Früchte des Fideicommiß-Gutes verscherten Schulden sind bei Berechnung des Fideicommiß-Dritttheils nicht in Anschlag zu bringen“ (= Gärtner S. 210). §. 243 Nl. 2: „Wenn jedoch diese Schulden der Verzinsung und vorgeschriebenen allmätigen Rückzahlung der Fideicommiß-Schuld hinderlich sein würden, so hat eine Verpfändung des Fideicommisses nur in soferne Statt, als für die vorschriftsmäßigen Rückzahlungen an der Fideicommiß-Schuld und die Berichtigung der Zinsen Sicherheit geleistet wird“ (= Gärtner S. 233). Ueber §. 244 s. oben bei §. 635 (zwischen Note 5^a und Nr. 5^b).

¹³⁾ Mit diesem unlogischen Ausdruck sind gemeint Rückstände, die nicht älter sind als drei Jahre.

¹⁴⁾ Vgl. Gspan II §. 227. Anderer Meinung ist Stubenrauch 1. Aufl. II. S. 431 Nr. 7, 2. Aufl. I S. 844 Nr. 3. — Vgl. Erner Hyp. R. II S. 470.

¹⁵⁾ Stubenrauch a. a. D. im Texte lit. c. Dazu Erner Hyp. R. I S. 150 u. 67.

¹⁶⁾ S. Erner I S. 67 f.

¹⁷⁾ Vgl. hierzu Gärtner S. 217 f. (§. 12), Rippe IV S. 235 Z. 4.

1) Dasselbst wird auch über die Redaction des §. 637 berichtet.

II. Unser Gesetz schreibt zwei Arten vor: öffentliche Versteigerung, wo ein Bestandtheil des Fideicommiss-Vermögens zu Geld gemacht werden soll, — und wo diese unanwendbar ist (vgl. §. 784) — bei der Vnerirung und bei Vertauschungen — gerichtliche Schätzung (die freilich der Regel nach auch in dem anderen Falle nicht entbehrt werden kann.^{1a)} Jene schreibt unser Gesetz in allen ähnlichen Fällen vor (s. z. B. §§. 231, 232, 840, 843), weil sie „der sicherste Maßstab des wahren, gegenwärtigen Werthes ist, und gewöhnlich durch den Zusammenfluß der Kaufliebhaber den höchsten Anbot herbeiführt.“²⁾ — Beide Ermittlungsarten sind „kategorisch“ vorgeschrieben, und doch gestattet der §. 237 des Pat. v. 1854 dem Gerichte nach Vernehmung des Curators und der nächsten Anwärter von einer neuerlichen Schätzung abzusehen und eine ältere, zu ähnlichem Zwecke aufgenommene zum Grunde zu legen.³⁾ Und so dürfen wir denn wohl auch hinsichtlich der Feilbietung dem richterlichen Ermessen einiges einräumen. Die Fürsorge für die Fideicommiss hat, wie schon öfter erwähnt, Aehnlichkeit mit der Obervormundschaft. Auch in §. 232 a. b. G. B. heißt es: „Ein unbewegliches Gut kann . . . in der Regel nur mittelst öffentlicher Versteigerung veräußert (werden)“; und doch wird sogleich hinzugefügt: „aus wichtigen Gründen aber kann auch eine Veräußerung aus freier Hand von dem Gerichte bewilligt werden.“ Eine gleiche Ausnahme darf u. E. das Gericht bei Allodialisirungen (namentlich wenn es sich nur um mäßige Parcellen handelt) eintreten lassen.⁴⁾ Der Gefahr, daß ein gewissenloser Richter dies zu unerlaubter Begünstigung des Inhabers mißbrauchen könnte, steht die Möglichkeit des Recurses gegenüber.

III. Besteht das Fideicommiss aus mehreren Gütern, so ist natürlich bei der Schätzung der Werth eines jeden besonders auszuweisen (Pat. §. 236).⁵⁾ — Ueber die Wahl der Schätzleute (Sachverständigen) s. Pat. §. 238 pr. — Den Fideicommiss-Interessenten Besitzer, nächste Anwärter) und dem Curator ist der Zeitpunkt der bevorstehenden Schätzung vom Gerichte bekanntzugeben, damit sie dabei erscheinen können; sie dürfen dann „alles, was zur richtigen Beurtheilung des Werthes des Fideicommisses dienen kann, bemerken“ (§. 238 Al. 1). Das Schätzungsgejud ist bei der Fideicommiss-Instanz zu überreichen, die es an die Real-Instanz (falls nicht jene selbst dies ist) befördert, und ihr Auskunft über Namen und Wohnort des Curators und der nächsten Anwärter erteilt. (§. 238 Al. 2, vgl. §. 246).⁶⁾ Das Gericht mag (nach Gutbefinden) über die vom Besitzer vorgelegte Berechnung des Werthes (bez. des Drittels) und der Schulden den Curator und die nächsten Anwärter einvernehmen (§. 239), damit diese auf etwaige Unrichtigkeiten oder Lücken aufmerksam machen können. Die Berechnung der Schulden muß klar zeigen, wie

^{1a)} Pratobevera macht im VIII. Bd. seiner „Materialien“ (S. 338 f.) folgende skeptische Bemerkung: „Auch bei gerichtlichen Schätzungen kann die Behörde den wandelbaren künftigen Werth des Gutes nicht verbürgen, wie uns die tägliche Erfahrung bei der eingeschränkten Belastung der Fideicommiss zu $\frac{1}{3}$ lehrt.“ In der Note dazu erwähnt er: „Soeben wird in Folge einer h. Entschl. v. 22. Mai 1824 diese Schwierigkeit der . . . Fideicommiss-Belastung, sowie die Unverlässlichkeit gerichtlicher Schätzungen in Verathung genommen.“ — Das Resultat dieser Verathung dürfte das Hfd. v. 17. Juni 1825 (F. G. S. Nr. 2106 S. 308) sein, wo „über die Unverlässigkeit und das Ueberspannte gerichtl. Schätzungen“, die „Oberflächlichkeit und Nachgiebigkeit der Commissäre und Schätzmeister“ geklagt und den Gerichten eingeschärft wird, „bei der Wahl der Schätzmeister nicht auf ökonomische Kenntnisse des Faches allein, sondern auch auf eine untadelhafte Moralität und ein hinreichendes Vermögen Rücksicht zu nehmen.“

²⁾ Zeiller I S. 472; vgl. II S. 896, 900.

³⁾ Vgl. Gärtner S. 205 f. (S. 6), Gspan II S. 45 f.

⁴⁾ So auch Gspan I S. 113. — Vgl. auch, was Zeiller I S. 475 zu §. 232 i. f. bemerkt.

⁵⁾ Vgl. bei §. 636, Nr. 17. — Vgl. Gspan II S. 46.

⁶⁾ Doch beachte man, daß in §. 238 von der Real-, in §. 246 von der Tabular-Instanz die Rede ist. S. die C. F. Nr. §. 49 lit. a und §. 50 lit.; dann Min. Vdg. v. 17. März 1860; Canstein Lehrb. d. österr. Civiltpr. Nr. I S. 365, 366.

viel von dem Drittel des Werthes nach Abzug der schon haftenden, einzurechnenden Lasten (s. oben bei §. 636, Abf. III) noch erübrigt, d. h. noch unbelastet ist (P. S. 240).⁷⁾

IV. Die sog. Geld-Fideicommissse bestehen selbstverständlich nur zu geringem Theile aus Baargeld, zum größten aus Privatforderungen und Werthpapieren. Wenn die ersteren so sicher sind, als sie sein sollen (Pat. S. 231), so können sie al pari berechnet werden. Bei letzteren ist der jeweilige Börsencurs maßgebend.⁸⁾ In diesem, wie in jenem Falle bedarf es keiner Schätzung durch Sachverständige.

Art der Rückzahlung.

§. 638.

Die Rückzahlungen einer Fideicommiss-Schuld sind so zu bestimmen, daß jährlich fünf von Hundert an der Schuld getilgt werden. Nur aus erheblichen Ursachen ist eine Verlängerung der Frist zu gestatten.

I. Manches ließe sich für eine freiere richterliche Ausmessung sagen; bei mäßigen Belastungen ist das Zwanzigstel so geringfügig, daß man dem Inhaber eine raschere Bereinigung zumuthen könnte; bei sehr großen Lasten könnte man durch größere Quoten die Gefahr für die Nachfolger mindern. Dennoch setzte unsere Gesetzgebung eine feste Quote an (erst 4%, dann im Anschluß an den üblichen Zinsfuß bei Hypothekar-Schulden 5%),¹⁾ um ungehörige Begünstigungen zu erschweren. Doch ist dies eine Minimal-Grenze;²⁾ das Gericht kann immerhin die Bewilligung einer gewissen Verlastung davon abhängig machen, daß der Gesuchsteller sich zu größeren Depurationen verpflichtet und Sicherheit bietet; nur geht eine solche Pflicht nicht auf den Nachfolger; für diesen sind die 5% des §. 638 ein ganz festes Maß.³⁾ Andererseits kann der Inhaber freiwillig, oder weil er das Darlehen nur auf kürzere Zeit bekam, die Schuld früher abstoßen (vgl. bei §. 641). — In längstens 20 Jahren ist demnach die Depurirung vollendet, welche Regel jedoch durch den Schlußsatz von §. 638 und durch §. 639 nur allzu dehnbare Ausnahmen erleidet. Von selbst versteht es sich, daß die 5% „nach dem ursprünglichen Betrage aller auf das Fideicommiss versicherten und noch nicht ganz getilgten Forderungen, nicht nach der Summe zu berechnen sind, welche daran zur Zeit der überreichlichen Ausweisung noch übrig ist“ (Pat. S. 248 i. f.), da ja sonst die Depuration nie vollendet würde; die letzte Rate ist nicht kleiner als die erste.^{3a)}

7) Im Hinblick auf §. 642 meint Winivarter: Die Sachverständigen seien zu einer niederen Schätzung anzuleiten — und Ellinger: Gutstheile, welche kein Einkommen schaffen, seien gar nicht in Betracht zu ziehen. Beide Bemerkungen sind falsch. Hätte der Gesetzgeber eine so direkte Beziehung zwischen Ertrag und Maximal-Belastung gewollt, so hätte er als Maximum nicht eine Quote des Werthes, sondern ein Multiplum des Durchschnitts-Ertrages angesetzt. Auch wäre dann die sonderbare Berechnung des Drittels (bez. der Einrechnungen), von der wir oben (bei §. 636 R. 2 u. 4) sprachen, gar nicht mehr zu rechtfertigen.

8) Das hiefür oft cit. Hfd. v. 23. Febr. 1844 (= Hfd. v. 24. Jänner 1844) J. G. S. Nr. 778 (S. 190) behandelt eine ganz andere Rechtsfrage. Indeß ist obiger Satz so selbstverständlich, daß er keines Allegates bedarf; vgl. etwa Hfd. v. 20. Mai 1808, J. G. S. Nr. 842 (bei Michel Nr. 1252).

1) 4%: vgl. Pat. v. 3. April 1787 §. 3 (bei Zimmerl II S. 90) mit Pat. v. 29. Jänner 1787 (J. G. S. Nr. 625); — 5%: vgl. §. 994 a. b. G. B.

2) Dies wird eben so oft übersehen, wie, daß das Drittel eine Maximalgrenze ist. Ungenau ist z. B. der Ausdruck in §. 243 A. 3 „Behebung des Drittheils“; es muß ja nicht immer das ganze Drittheil behoben werden, und das Gericht muß auch nicht, wenn es verlangt wird, es gestatten.

3) Zeiller S. 568; Voglhuber S. 121 f. (S. 8); Wildner S. 217; Gspan II S. 154 f. (§§. 336, 337); Stubenrauch zu §. 638 Z. 1.

3a) Die 5% (ein bequemerer Ausdruck für „ein Zwanzigstel“) sind eben keine Renten oder Zinsen, sondern Raten. — All dies ist so selbstverständlich, daß wir kein Wort darüber verlieren möchten, wenn es nicht hie und da besonders hervorgehoben würde, daß die Depurationspflicht sich trotz geminderter Schuldenlast nicht verringere. Nun bedenke

II. Fideicommiss-Gericht und Fideicommiss-Curator haben über die Erfüllung der Depurationspflicht zu wachen (Pat. §. 247, vgl. §. 255, §. 256);⁴⁾ der Besitzer hat sich über dieselbe auszuweisen,^{4a)} sei es durch Quittungen, sei es durch Depositen-scheine⁵⁾ (§. 249). Da, wie schon bei §. 635 (Abf. VIII) erwähnt wurde, die Fälligkeit der Gläubiger-Ansprüche und der Depurationsquoten von einander nicht abhängig sind, so kann es leicht vorkommen, daß er (zur Vermeidung der Execution auf die Einkünfte) in einem Jahre mehr bezahlt als 5% der zu vereinigenden Lasten (Pat. §. 242); dann braucht er im folgenden Jahre weniger, oder auch nichts zu depuriren.⁶⁾ Fällige Posten müssen natürlich bezahlt werden; bei den anderen ist eine Theilzahlung an den Gläubiger (wenn dieser sie annimmt, §. 1415) zweckmäßiger als Deponirung des Geldes. Ist aber direkte Zahlung an die Gläubiger unthunlich und zwar für längere Zeit, so ist das deponirte Geld fruchtbringend anzulegen; die Zinsen davon gebühren dem Inhaber, der ja wieder seinerseits Zinsen an die Gläubiger zu zahlen hat.⁷⁾ — Das Gericht hat die Vorlage jenes Ausweises von Amtswegen zu „überwachen“, also eventuell zu verlangen, ihn zu prüfen, und nöthigenfalls berichtigen und ergänzen zu lassen (Pat. §. 251 Nr. 1). „Entsteht über den Betrag der Schuld des Fideicommiss-Besitzers an rückständigen Depurationen ein Streit, welcher nicht in Güte beigelegt werden kann, so ist derselbe auf den Rechtsweg zu verweisen“ (ebd. Nr. 2).⁸⁾ Es ist hier offenbar nur von der inneren Seite (s. bei §. 635 Abf. VIII) die Rede; die unterlassene Depuration bildet eine „Schuld des Fideicommiss-Besitzers“; wem gegenüber? vom nächsten Anwärter ist es ja noch ungewiß, ob er überhaupt zum Besitze gelangen werde; andererseits ist mit keiner Sylbe angedeutet, daß ein solcher Rechtsstreit erst nach dem Tode eines Besitzers (zwischen seinen Erben und dem Nachfolger) zum Austrag kommen könnte; im Gegentheil beweist die Berufung (§. 251 i. f.) auf das Zwangsmittel des §. 254 (Sequestration) unwiderleglich, daß an einen Streit bei Lebzeiten des Inhabers gedacht ist. Der Besitzer ist also zur Depuration „gegen das Fideicommiss ver-

man aber einmal, in welche Rechnungen man sonst käme! Bei 40 000 fl. betrüge dann die erste Rate 2000 fl., die zweite 1900, die dritte 1805, die vierte 1714 fl. 75 kr., die fünfte 1629 fl. 1¼ kr. u. s. w.! Und diese fallende Reihe könnte gar nie eine Ende nehmen!

⁴⁾ Vgl. Gärtner §. 20.

^{4a)} Ueber den Inhalt des Ausweises s. Pat. §. 248, vgl. Rippel S. 243 f., Gärtner §. 21. — Er muß vom Besitzer und Curator unterschrieben sein; hält ihn aber der Curator für unrichtig, so hat er die Mitfertigung zu verweigern und eine bestimmte Erklärung hierüber beizufügen (Pat. §. 249, vgl. Gärtner S. 230).

⁵⁾ Durch Quittungen, wenn er an den Gläubiger gezahlt hat, durch Depositen-scheine, wenn das Geld vorerst in die Depositencasse gelegt wurde. Vgl. Rippel S. 247 f. — Die jährliche Rate beträgt z. B. 2000 fl.; der Inhaber bezahlt einen fälligen Posten von 1500 fl., so hat er noch 500 fl. zu deponiren; hier würde er sich also mit Quittung und Depositen-schein auszuweisen haben. — Ist eine Schuld getilgt, so muß auch die Löschung der Hypothek dargethan werden. Pat. §. 249 (Mitte).

⁶⁾ Stehen Forderungen mehrerer Gläubiger neben einander, so kann er vielleicht an einer soviel abgezahlt haben, daß er zu Abschlagzahlungen hinsichtlich der anderen („nach innen“ wenigstens) nicht verpflichtet ist. Pat. §. 248 (vorletzter Satz). — Nach §. 255 sollen im Protokolle des Fideicommiss-Referenten ersichtlich sein: „die Fideicommiss-Schulden, die zur Tilgung derselben festgesetzten Fristen“; hiemit sind u. E. sowohl die Depurationsfristen, als die Zeitpunkte der Fälligkeit der einzelnen Schulden gemeint; denn auch darauf ist Bedacht zu nehmen, daß die Depuration vor allem durch Tilgung fälliger Schulden geschehe. — Wieviel jährlich zu depuriren sei, muß in dem die Dnerirung bewilligenden Bescheid in bestimmter Summe angegeben sein. (Pat. §. 241.)

⁷⁾ Vgl. Winivarter III S. 161, bes. aber Wildner S. 219 f. — Daß Depurationsraten nicht ihrem Zwecke entfremdet, z. B. nicht zum Ankauf irgend welcher Objecte für das Fideicommiss verwendet werden dürfen, sollte sich doch von selbst verstehen. S. Sammlung XIII Nr. 5959.

⁸⁾ Der §. 251 schließt mit dem Satze: „Das Gericht hat jedoch die Sicherstellung des streitigen Betrages anzuordnen, und die Leistung derselben nöthigenfalls durch die gesetzlichen Zwangsmittel (§. 254) von Amtswegen zu bewirken.“

pflichtet“ (Pat. §. 248), und der Streit wird vom Curator in Gemeinschaft mit den nächsten Anwärtern (s. Pat. §. 229 i. f.) als Vertretern des Fideicommisses zu führen sein. Und darin liegt eines der stärksten Argumente für die juristische Persönlichkeit des Fideicommisses.⁹⁾ — Das Gericht hat, wenn es von Rückständen hinsichtlich der Depurationen, oder der Zinsen der Fideicommiss-Schulden und der auf dem Fideicommiss haftenden Steuern erfährt (von den beiden letzteren etwa durch Anzeige des Curators, Pat. §. 253), den Besitzer zur Bezahlung der Rückstände von Amtswegen anzuhalten, und zwar, wenn gelindere Mittel erfolglos bleiben, selbst durch Verhängung der Sequestration; dabei ist „womöglich der nächste Anwärter, der nicht von dem Fideicommiss-Besitzer selbst abstammt, oder der Curator zum Sequester zu bestellen“ (Pat. §. 254 M. 1).¹⁰⁾ Bei Behebung eines Theils eines Geld-Fideicommisses sind die jährlichen Rückzahlungen durch Pfandrecht auf die Zinsen des unangetasteten Capitals sicher zu stellen (Pat. §. 243 M. 3).¹¹⁾ Wurden Werthpapiere behoben, so hat die Depurirung nach Maßgabe des §. 990 zu geschehen.

III. Nicht alle in das Drittel einzurechnenden Lasten sind deshalb auch zu depuriren (s. oben bei §. 636 Abs. II); nämlich folgende nicht: 1) Servituten; 2) pfandrechtliche Pfastungen, denen keine gegenwärtige Schuld entspricht (Grundbuch-Gesetz §. 14);¹²⁾ 3) „Unterhaltsgelder und andere auf die Lebenszeit bestimmter Personen beschränkte, von Zeit zu Zeit wiederkehrende Zahlungen“ (Pat. §. 250 pr.); 4) „solche fortlaufende Zahlungen, welche der Fideicommiss-Stifter selbst für beständig angeordnet hat“ (§ 250).¹³⁾ — Daß die nach §. 632 zu beurtheilenden Pfandrechte (bez. Schulden) nicht zu depuriren sind, ergibt sich daraus, daß sie (nach Pat. §. 243 pr.) nicht einmal in das Drittel einzurechnen sind (vgl. bei §. 636 Abs. II). — „Dagegen sind andere [als die oben aufgeführten] von dem Fideicommiss-Stifter herrührende, auf dem Fideicommiss-Gute haftende Schulden . . . [allerdings] durch allmälige Rückzahlung zu tilgen“ (Pat. §. 250 i. f.).¹⁴⁾ Ueberhaupt sind alle einzurechnenden

⁹⁾ S. den Excurs zu §. 629, Abs. III. (S. 222).

¹⁰⁾ Vgl. Hofd. v. 21. Jänner 1791 lit. a (bei Zimmerl S. 93) u. Gärtner §. 23. Ueber einen anderen Grund zur Ergreifung dieser strengen Maßregel s. Pat. §. 254 (vgl. bei §. 631 Abs. VIII).

¹¹⁾ Vgl. Note 2. — Die Sicherheit wird für die Erfüllung der Depurationspflicht geboten; übrigens fallen hier innere und äußere Seite zusammen (s. Comm. zu §. 635 bei Note 14). Es könnte befremden, daß für das Fideicommiss (die juristische Person) ein Pfandrecht am Fideicommiss (Vermögen) bestellt werde; aber es werden ja nur die Zinsen verpfändet, und diese fallen nicht in das Fideicommiss-Vermögen. — Die Frage, ob auch sonst (außer dem im Texte erwähnten Falle) Sicherstellung der Depuration verlangt werden dürfe, hat keinen Sinn, sobald man sich darüber klar ist, daß es vom Gutbefinden des Gerichtes abhängt, ob, wie hoch, unter welchen Bedingungen onerirt werden dürfe. Es ist unbegreiflich, wie z. B. Stubenrauch (zu §. 638 Z. 8) schreiben kann: „Eine Sicherstellung der Depuration kann in der Regel nicht gefordert werden; nur bei Behebung des Dritttheils“ u. s. w. Das hat ja nur einen Sinn, wenn man Gärtner's Ansicht über das Recht zur Einschuldung theilt, während sie doch Stubenrauch verwirrt; und Gärtner selbst spricht sich (§. 22) über jene Frage viel vorsichtiger aus!

¹²⁾ Ähnlicher, wenn auch nicht gleicher Natur war die sog. Octava. Die Herrschaftscasse fungirte als Depositencasse mit wechselnden Beständen, indem einerseits Rückzahlungen an großjährig Gewordene, andererseits aber immer wieder Einlagen erfolgten. Der Betrag der jeweiligen Depositenschulden hing mithin nicht von dem Gutsherrn ab, und eine Abstoßung dieser Schulden (in toto) hätte im Widerspruch mit der Aufgabe einer Depositencasse gestanden.

¹³⁾ Die Leistungen unter 3) sollen vorerst nicht wegfallen, mit dem Tode jener Person aber entfallen sie von selbst; die unter 4) sollen eben gar nie in Wegfall kommen.

¹⁴⁾ Dies würde sich nicht von selbst und mit Sicherheit daraus ergeben, daß sie einzurechnen sind (Pat. §. 240), s. bei §. 636 Abs. II; deshalb ist es gut, daß es im Pat. §. 250 ausgedrückt ist. Willkürlich sucht Ellinger jene Vorschrift auf solche Lasten zu beschränken, welche bei der Stiftung auf das Gut gelegt wurden; Schulden aus der Zeit vor der Stiftung sollen nicht hergehören, „weil der Besitzer nicht verpflichtet ist, die Substanz des Fideicommisses zu vermehren“. Richtig ist daran, daß durch Abstoßung solcher

Lasten (s. bei §. 636 Abs. III) — außer den vier obigen Ausnahmen — auch zu depuriren.

IV. Von der Regel, daß die Depuration in 20 Jahren vollendet sein muß, macht das Gesetz zwei Ausnahmen: eine im Schluffsatze des §. 638, die andere in §. 639.¹⁵⁾ Jener lautet: „Nur aus erheblichen Ursachen ist eine Verlängerung der Frist zu gestatten.“ Aus dem Zusammenhang mit dem vorstehenden Satze ergibt sich unzweifelhaft, daß an eine Gestattung geringerer Raten gedacht war, indem das Gericht statt der Bezahlung in 20 J. (5%) von vornherein z. B. eine Tilgung in 25 J. (also 4%)¹⁶⁾ oder in 33 $\frac{1}{3}$ J. (also 3%) gestattet.¹⁷⁾ Gleichwohl ist der Stelle von Anfang an eine andere Deutung gegeben worden, indem Zeiller (S. 563) sagt: „eine Verlängerung der Frist, wodurch die jährliche Rückzahlung durch ein oder einige Jahren ausgesetzt bleibt“ . . . Nun ist gewiß auch diese Art von Verlängerung, wo das Gericht die bereits bestimmten Fristen erstreckt,¹⁸⁾ zulässig; aber es ist kein Grund vorhanden, warum die Fristen nicht auch von vornherein anders bestimmt werden könnten.¹⁹⁾ Auf beide Fälle paßt auch der §. 252 des Pat.: „Eine Verlängerung der Fristen . . . ist nur aus erheblichen Gründen und nach Vernehmung des Curators und der nächsten Anwärter (§. 229) zu bewilligen.“ Indes kann das Gericht, selbst wenn sie nicht bestimmen, jedoch nur „aus besonders wichtigen Gründen²⁰⁾, die Rückzahlung für eine bestimmte Zeit²¹⁾ ganz oder zum Theile, und unbedingt oder gegen Erhöhung der Zahlungen in den nächstfolgenden Jahren erlassen“ (§. 252).²²⁾

Schulden der Werth des Fideicommisses vermehrt werde. Verhält es sich aber nicht ganz ebenso bei den „insolge der Fideicommiss-Errihtung“ creirten Lasten? war denn durch diese nicht sofort der Werth des gestifteten Vermögens gemindert? (Vgl. auch Stubenrauch 1. Aufl. II S. 434 N. *, 2. Aufl. I S. 845 N. 3). Gerade bei Schulden, welche schon vor der Stiftung auf dem Gute hafteten, ist das stärkste Bedürfnis nach Depuration; denn sie sind für das Fideicommiss viel gefährlicher, als die gewöhnlichen Fideicommiss-Schulden; s. unten bei §. 642.

¹⁵⁾ Beide sind nachträglich in den Gesetzentwurf eingefügt worden, sünden besser in einem §., wie sie denn auch im Pat. §. 252 zusammen behandelt sind.

¹⁶⁾ Bei der Redaction des §. 638 war nur Zeiller für eine gewisse Freiheit (4—5%) des Richters, alle anderen Botanten für einen ganz festen Ansat (5%). Durch jene Zusätze (N. 15) kam dann (gleichsam durch eine Hinterthüre) eine viel größere Freiheit hinein, als die ausdrücklich abgelehnte. S. Excursus S. 247.

¹⁷⁾ Oder auch z. B. so: während der ersten 10 J. 4%, in den weiteren 12 J. 5%, so daß z. B. von 10 000 fl. erst (in 10 J.) 4000 fl., dann (in 12 J.) 6000 fl. abgetragen würden, und andere ähnliche Combinationen.

¹⁸⁾ Vgl. Hfd. v. 25. Mai 1781, bei Zimmerl II S. 88 f., bei Nippel IV S. 247. — Hier also (§. 252), wie im Falle des §. 248 (3. Satz) unterbleibt an einigen Terminen die Depurations-Zahlung, freilich aus sehr unähnlichen Gründen; vgl. Stubenrauch zu §. 638 Z. 3.

¹⁹⁾ Ob auf diese oder jene Art die Zeit z. B. auf 25 J. erstreckt wird, ist doch gleichgültig, und die „erheblichen Gründe“ (Schäden durch Kriegs- oder Elementar-Ereignisse u. dergl., s. Gärtner S. 235) können auch von Anfang vorliegen, ja zur Einschuldung den Anlaß geben. Vgl. Stubenrauch zu §. 638 Z. 1 u. 3.

²⁰⁾ Man beachte die Steigerung in §. 252: „erhebliche“ — „besonders wichtige Gründe“. Dadurch wird bestätigt einerseits, daß das Gericht an die Aeußerungen der Einvernommenen nicht gerade gebunden ist, andererseits, daß es sich nicht leicht hin über sie hinwegsetzen soll (s. oben bei §. 634 Abs. VII. S. 342 und bei §. 635 Abs. III).

²¹⁾ Diese Worte sprechen allerdings für Zeiller's Deutung; aber hier ist von einem besonderen Falle die Rede (die Einvernommenen haben sich negativ geäußert), während der Anfangssatz des §. 252 allgemein lautet.

²²⁾ Hiegegen können die Anwärter und der Curator Recurs ergreifen, wie es andererseits der Inhaber thun kann, wenn er sich durch einen abschlägigen Bescheid über sein Verlängerungs-Gesuch beschwert erachtet (Pat. §. 9; vgl. das cit. Hfd. v. 25. Mai 1781). Vgl. Gärtner S. 236.

§. 639.

Will der Fideicommiss-Besitzer von den bereits geleisteten Rückzahlungen wieder einen Betrag zu seinem Gebrauche erheben; so muß er zur Tilgung desselben noch insbesondere*) jährlich fünf von Hundert bezahlen.

I. An sich wären zwei Auslegungen denkbar: a) das Wiedererhobene sei separat in 20 Jahren zurückzuzahlen, so daß diese Depuration und die Fortsetzung der ursprünglichen gänzlich auseinander zu halten wären; b) im Falle der Wiederbehebung genüge nicht die unveränderte Fortsetzung der ursprünglichen Depuration bis zur gänzlichen Tilgung der Lasten, sondern es müßten fortan und bis zur Vollendung der ganzen Depuration erhöhte Raten gezahlt werden.

Die erste Auslegung empfiehlt sich der ersten oberflächlichen Betrachtung durch Einfachheit und Verständlichkeit; die Wiederbehebung sei gleich einer neuerlichen Einschuldung (dies ist richtig, s. Abf. II. 3 u. V.) und die Depuration dieser neuen Schuld unterliege einfach der Regel des §. 638. Bei genauerer Ueberlegung erweist sich aber diese scheinbar so natürliche (und durch die unvorsichtige Stylisirung des §. 639, vor allem durch das Wort „insbesondere“ unterstützte) Auslegung als unrichtig, und die zweite als richtig. Der praktische Unterschied zwischen beiden ist handgreiflich; zwei Beispiele mögen genügen. 1) Ursprüngliche Schuldenlast 40,000; nach 10 J. sind depurirt 20,000; nun werden wiedererhoben 10,000; nach der ersten Ansicht werden diese 10,000 ganz außer Zusammenhang mit jenen 40,000 gestellt; auf diese werden nach wie vor, doch nur durch weitere 10 J. gezahlt je 2000, auf jene fortan und durch 20 J. je 500. In 30 J. (bez. vom Momente der Wiederbehebung in 20 J.) ist die Depuration durchgeführt, wobei im ersten Drittel dieser Zeit 2000, im zweiten 2000 + 500, im dritten 500 gezahlt wurden. Nach der zweiten (richtigen) Ansicht wird die Rate in Folge der Wiederbehebung erhöht und es werden 2500 fl. jährlich gezahlt, bis die ganze Schuldenlast (nach weiteren zwölf J.) getilgt ist. Nach dieser Ansicht verzögert sich die Depuration um zwei, nach der anderen um zehn Jahre. 2) Es hätte jene Behebung nach 15 J. stattgefunden, nachdem also 30,000 depurirt waren; nach der falschen Ansicht (nach welcher noch 20 J. nötig sind) würde die Vollendung der Depuration um 15 J. verzögert, nach der richtigen (nach der in 8 J. alles abgetragen ist) um 3 J.¹⁾ Also die Ueberschreitung der Frist des §. 638 ist nach der falschen Ansicht in diesen beiden Fällen fünfmal so groß als nach der richtigen; in anderen Fällen ist sie viermal, dreimal so groß u. s. w. Es waltet darin ein mathematisches Gesetz, welches in der Note entwickelt wird, nämlich: die Zeitüberschreitungen stehen in demselben Verhältnisse, in welchem die wiedererhobene Summe zu der der Gesamtbelastung steht.

II. Die Richtigkeit der zweiten Auslegung folgt mit Nothwendigkeit aus folgenden Erwägungen: 1) Es ist ein aus juristischen und mathematischen Gründen selbstverständlicher, überdies gesetzlich direkt (Pat. §. 248 i. f.) ausgesprochener Satz, daß die Depurationsraten bei abnehmender Schuldenlast nicht kleiner werden (s. oben bei §. 638 vor und in N. 3^a). Anders gesagt: ihre Größe kann in keinem constanten Verhältnisse zur Größe der jeweiligen Schuldenlast stehen; die erste Rate beträgt 5%, die vorletzte 50%, die letzte 100% der letztangewiesenen Last. 2) Es

*) J. G. S.: „ins besondere“.

1) Nach der falschen Ansicht beträgt die Ueberschreitung der 20 J. des §. 638 stets genau soviel Zeit, als im Momente der Behebung verfloßen war. Dies ergibt sich einfach daraus, daß vom Momente der Behebung immer noch volle 20 Jahre zur Depuration nothwendig sind. Algebraisch läßt es sich so darstellen: Die 20 Jahre, die zur Tilgung der alten Schuld nötig sind, werden durch den Zeitpunkt der Behebung in zwei Abschnitte (x und y) getheilt ($20 = x + y$); die 20 J., die zur Erstattung des Wiedererhobenen (nach dieser falschen Meinung) eingeräumt sind, setzen sich zusammen aus jenem y und Ueberschreitung z ($20 = y + z$); folglich $x + y = y + z$; folglich $z = x$.

wäre das verkehrteste Beginnen, die (in der Regel gar nicht statthafte) Wiedererhebung damit prämiiren zu wollen, daß man hier vor Abstoßung der ganzen Schuld plötzlich eine sehr große Minderung der Raten eintreten ließe. Das Mindeste, was Jeder (gäbe es keinen §. 639) vom Inhaber verlangen müßte, würde die Weiterzahlung jährlicher 2000 fl. sein, bis (in 15 bez. 25 J.) Alles abgetragen wäre (Ueberschreitung: 5 J.); §. 639 wollte aber die Depurationsraten erhöhen, nicht mindern! 3) Die Wiedererhebung steht gleich der Hinzufügung einer neuen Schuld zu der alten; es ist im obigen Beispiele gerade so, als ob der Inhaber 50,000 fl. Schulden contrahirt hätte, und von dieser ist fortan die Rate mit 2500 fl. zu leisten; freilich hat er nicht gleich Anfangs 50,000, sondern erst 40,000, dann 10,000 aufgenommen; dafür hat er eben auch nicht die ganze Zeit hindurch 2500, sondern Anfangs nur 2000 gezahlt.²⁾ 4) Wenn ein Inhaber zum ersten Male eine Schuld contrahirt, wird ihm die Depuration keineswegs immer nach dem Betrage derselben, sondern „nach dem ursprünglichen Betrage aller auf das Fideicommiss versicherten und noch nicht ganz getilgten Forderungen“ (Pat. §. 248) berechnet, wobei in diese Summe auch die vor seiner Herrschaft entstandenen Lasten eingerechnet werden (s. bei §. 638 Abs. III i. f.). Es ist demnach nichts Besonderes, nichts unserem Falle Eigenthümliches, daß zu verschiedenen Zeiten entstandene Lasten zusammengerechnet werden. 5) Vergleicht man diese Erwägungen (namentlich die unter 3) mit dem in N. 2 entwickelten mathematischen Gesetze, so zeigt sich eine vollkommene Harmonie zwischen der mathematischen und der juristischen Deduction, und damit ist unser Resultat als ein unumstößliches erwiesen.

III. Dieser streng logischen Argumentation lassen wir nun einige Billigkeits-Erwägungen folgen, und es wird sich zeigen, daß die obigen Ergebnisse wissenschaftlicher Deduction auch für den unbefangenen Verstand des Laien nichts Befremdendes haben: 1) Einschuldungen des Fideicommisses sind nicht zu begünstigen;

2) Nennen wir die Ueberschreitung nach der falschen Ansicht z' , die nach der richtigen z ; die alte Schuld a , die neue (Wiederbehebung) n , die Summe beider (Gesamtschuldung) s , so erhalten wir $s : n = z : z'$; ist s 5 mal (4, 3 mal) so groß als n , so ist z 5 mal (4, 3 mal) so groß als z' . In obigen Beispielen ist $a = 40 \text{ T.}$, $n = 10 \text{ T.}$, $s = 50 \text{ T.}$ und wirklich erweist sich die Zeitüberschreitung nach der bekämpften Ansicht als 5 mal so groß als nach unserer. — In dem Beispiel bei Rippel S. 249 ist $s (a + n)$ viermal so groß als n , und die statthafte Ueberschreitung beträgt $2\frac{1}{2}$ J., während Rippel 10 J. annimmt ($2\frac{1}{2} \times 4 = 10$). — Je complicirter die Ziffern, um so evidenter wird die Gesetzmäßigkeit; z. B. $a = 60 \text{ T.}$, ursprüngliche Rate 3000; nach 5 J. (wo 15 T. depurirt waren) werden 5 T. behoben; nach Rippel's Ansicht würde die Verlängerung der Frist 5 Jahre betragen; nach unserer wäre nach Ablauf der 15 (bez. 20 J.) nur ein kleiner Rest übrig (zu 45 T. wurden 5 T. gelegt, es sind also nach der Wiedererhebung 50 T. zu depuriren; die Rate wird aber von 65 T. berechnet, also mit 3250 fl.; nach 15 J. wären von den 50 000 abgezahlt 48 750 fl.; es bliebe ein Rest von 1250 fl.); wenn man diesen (natürlich nur des mathematischen Beweises wegen) in Bruchtheilen der Jahresrate ausdrückt, so erhält man 0·384615; dies gibt mit 13 multiplirt genau 5 (selbst die minimale Correctur von $\frac{5}{1000000}$ ist keine Ungenauigkeit, sondern eine Folge der Periodicität des Bruches); also: $z = 5$, $z' = 0\cdot384615$; $z = 13 z'$. $a = 60 \text{ T.}$, $n = 5 \text{ T.}$, $s = 65 \text{ T.}$; $s = 13 n$; mithin ist es auch hier erwiesen, daß $s : n = z : z'$.

Dabei ist der Zeitpunkt der Wiederbehebung ganz irrelevant; ob nach 2 oder 10 oder 15 J. dies geschieht, ändert zwar die absolute Größe von z und z' , aber an dem Verhältniß von z und z' ändert es nichts, sondern dieses Verhältniß hängt einzig und allein ab von dem Verhältniß zwischen s und n .

Und all' dieses, so überraschend es Anfangs erscheint, erklärt sich doch bei einiger Ueberlegung einfach genug. Innerhalb des Zeitraumes y geben ja beide Ansichten dasselbe praktische Resultat; ob ich sage 2500 fl. oder 2000 fl. und 500 fl. (s. oben Abs. I) ist einerlei; erst nach Ablauf von y gehen die Ansichten auseinander: Rippel läßt den Rest mit Raten im Betrage von $\frac{n}{20}$ depuriren, wir mit Raten von $\frac{s}{20}$; ist nun s z. B. 5 mal so groß wie n , so muß die Depuration im ersten Falle 5 mal so viel Zeit (über y hinaus) erfordern als im letzteren Falle.

Wiederbehebungen (wodurch die Depuration theilweise rückgängig wird) aber noch viel weniger. (Pat. §. 252 verlangt hier, wie bei §. 638 i. f. erhebliche, und no Curator und nächster Anwärter Widerspruch erheben, „besonders wichtige Gründe“, vgl. Comm. zu §. 638 a. E.) Wem eine solche Vergünstigung zu Theil wird, soll dafür durch höhere Depurationsraten die Säumniß abkürzen. Selbst bei unserer Rechnung werden aus den ursprünglich geplanten 20 Jahren 22, 23 und mehr. 2) Es könnte Jemand vielleicht versuchen einzuwenden: je später die Behebung geschieht, um so härter sei unsere Behandlung der Sache; es wären z. B. nach 18 J. von den 40 T. bereits 36 abgezahlt, so daß nur 4 restiren; 10 werden wieder erhoben; effectiver Schuldenstand 14 T.; wir aber berechnen die Raten von 50 T., das sei exorbitant. Keineswegs! im Gegentheil soll das Gericht die Wiederbehebung um so eher verweigern, je später sie geschieht; denn um so gefährlicher ist sie für den nächsten Anwärter; je näher man dem Ziele der Depuration gekommen ist, um so ärgerlicher sind neuerliche Einschuldungs-Gesuche.

IV. Aber auch historisch steht die Richtigkeit unserer Ansicht fest. Der §. 639 ist eine kurze Reproduction der lit. b des Hfd. v. 21. Jänner 1791.³⁾ Dort war der Rechtsatz mit einem Beispiele erläutert, die erhöhte Depurationsrate ziffermäßig angegeben und von ihr gesagt, sie müsse „in so lange (gezahlt werden), bis das ganze onerirte Drittel depurirt sein wird“. Zeiller schließt sein Beispiel (§. 564 f.) mit den Worten „(er muß) folglich nun jährlich 1700 fl. zur allmäligen Tilgung der ganzen Schuld zurückzahlen“ und citirt dazu das genannte Hfd., wonit die letzte Möglichkeit eines Zweifels behoben ist.⁴⁾

V. Ob deponirte Raten behoben oder anderswo neue Fideicommiss-Schulden contrahirt werden, kommt wirtschaftlich auf Eins hinaus. Auf dieser Gleichstellung fußt die gegnerische Auslegung des §. 639: Wir aber folgern aus ihr gerade umgekehrt, daß wir die Resultate unserer Forschung über den §. 639 auch auf die Fälle successiv contrahirter Schulden anwenden müssen. J. B. der Inhaber nimmt 1860 ein Darlehen von 5000, 1865 eines von 10 000, 1870 eines von 5000 auf, so muß er 1871 eine Rate von 1000 (5 % von 20 000) abführen, und so jedes Jahr, bis alles berichtigt ist. Wer jede Schuld ganz für sich behandelt wissen will und dies etwa gar noch mit der Gärtner'schen Meinung von dem festen Einschuldungsrecht combinirt,⁵⁾ kommt zu absurden Resultaten, welche ein wahrer Hohn sind auf die zahlreichen Gesetzbvorschriften, durch welche die Depuration gesichert werden soll.⁶⁾

VI. Unsere Juristen, die über die obigen Fragen meistens gar nicht nachgedacht haben (s. N. 4), suchen auf andere Weise die von ihnen nicht verkannte Gefährlichkeit der Wiederbehebung abzuschwächen: 1) soll nur ein Theil der Depurationen, nie der volle Betrag erhoben werden,⁷⁾ und 2) dies niemals wiederholt werden

³⁾ Abgedruckt in den Excursen S. 251.

⁴⁾ Von den späteren Commentatoren hat nur Rippel sich bestimmt geäußert (S. 248—250) und zwar im Sinne der falschen Ansicht; die Anderen vermeiden es, sich deutlich auszusprechen. Winwartner S. 161 ist wohl der gleichen Meinung wie Rippel gewesen; Stubenrauch's Bemerkung (Z. 4 zu §. 639) läßt sich eher im Sinne der richtigen Ansicht deuten. Aus Ellinger's und Basevi's Worten kann man herauslesen, was man will; Kirchstetter sagt über den ganzen §. 639 kein Wort!

⁵⁾ Gärtner (S. 19) selbst thut dies nicht; sondern schließt sich (die Unmöglichkeit empfindend, seine Ansicht auch hier consequent durchzuführen) hinsichtlich des §. 639 an Zeiller an.

⁶⁾ Vgl. Boglhuber S. 127 ff., Bioland im Jurist XIV S. 237 ff., Wildner S. 221 f., Gspan II S. 240.

⁷⁾ Seit Zeiller (S. 565) behaupten fast (s. N. 9) alle unsere Juristen (z. B. Stubenrauch bei §. 639 Z. 2), daß dies direkt im Gesetze gesagt sei, aber „Betrag“ bedeutet doch nicht soviel wie „Theil“; die Meinung des Urhebers des posthumen §. 639 dürfte dies allerdings gewesen sein.

können.⁸⁾ Beide Behauptungen ermangeln der gesetzlichen Begründung;⁹⁾ dem richtig empfundenen praktischen Bedürfnisse aber, das diesen Aufstellungen zum Grunde liegt, wird viel besser durch unsere Auslegung des §. 635 entsprochen, d. h. durch die Einsicht, daß das Gericht überhaupt nicht verpflichtet sei, eine Dnerirung zu gestatten, wenn es aus guten Gründen sie für unnöthig oder für zu gefährlich hält. Auch machen sich jene Juristen nicht klar, was aus ihrer Ansicht für die successive Dnerirung folgen würde; sie müßten consequent nur zwei ungleichzeitige Darlehen zulassen, ein drittes aber schlechthin verbieten.¹⁰⁾ Mit unserer Verweisung auf ein verständiges und billiges richterliches Ermessen entfällt auch die Frage, ob und inwiefern der §. 639 auf den Nachfolger anwendbar sei;¹¹⁾ ebenso die andere, der wievielte Theil der Depurationen behoben werden könne.¹²⁾

Haftung des Nachfolgers für die Schulden.

§. 640.

Der Nachfolger im Fideicommiss ist nur die mit gerichtlicher Genehmigung gemachten Schulden seines Vorfahrers zu bezahlen schuldig. Für die zur Tilgung derselben schon verfallenen Rückzahlungen haftet er nur*) in so weit, als sie nicht aus dem frey vererblichen Vermögen des Vorfahrers geleistet werden können.

I. Vieles diesen §., oder doch auch ihn, Betreffende ist schon in anderem Zusammenhange gesagt; wir verweisen a) wegen der Redaction und des älteren Rechtes auf Excursus S. 247 f. und S. 252; b) auf den Excursus über die Fideicommiss-Schulden, bes. S. 261 ff. Abs. IV—IX; c) auf das oben bei §. 635 in Abs. VII—X Gesagte.

II. Gärtner hat durch seinen ostitirten Aufsatz¹⁾ die verkehrte Vorstellung verbreitet,²⁾ als ob eine Fideicommiss-Schuld eigentlich eine gewöhnliche Personalschuld des contrahirenden Inhabers wäre, nur daß für sie das Fideicommiss verpfändet sei; da nun dieses nicht ihm allein gehöre, so sei die Genehmigung des Gerichtes vorgeschrieben; bei seinem Tode trete der Nachfolger in das Nutz-Eigenthum der verpfändeten Sache, und komme der §. 466 a. b. G. B. zur Anwendung.³⁾ Er hat daraus unerforschroden die Consequenzen gezogen, namentlich die, daß die Gläubiger das Allodial-Vermögen des Inhabers in Execution ziehen können, und sich nicht auf das Fideicommiss verweisen zu lassen brauchen. Diese Ansichten sind principiell falsch. Vom Inhaber gilt das: „duas sustinet personas“;⁴⁾ was er als Privatmann thut, geht das Fideicommiss nicht an, was er in Ausübung (und ohne Ueberschreitung) seiner Inhaberrechte thut, berührt nicht das Allod. Er haftet für Fideicommiss-Schulden

⁸⁾ So Gspan II S. 69, Nippel S. 250 Z. 3, Stubenrauch bei §. 639 Z. 3.

⁹⁾ Weshalb Ellinger beide läugnet, ohne einen Ersatz für dieselben zu bieten (wie wir es thun), also ohne an den oben angedeuteten absurden Resultaten Anstoß zu nehmen, freilich ganz im Einklang mit seiner Ansicht, daß die Verschuldung „auch ohne wichtige Gründe zu bewilligen“ sei (bei §. 635)!

¹⁰⁾ Um so weniger dürfen solche Juristen unsere Berechnung der Depurationsraten hart finden. Nippel's Ausführungen zu §. 639 unter Z. 3 stehen in einem unverföhnlichen Widerspruch mit seiner Ansicht über jene Berechnung (Z. 1). Freilich liegt dieser für eine oberflächliche Betrachtung nicht klar zu Tage; aber vorhanden ist er dennoch.

¹¹⁾ S. Gspan II S. 242.

¹²⁾ Manche Praktiker sahen die geleistete Depuration als einen eigenen Fideicommisskörper an (!) und behaupteten, es könne davon nie über $\frac{1}{3}$ behoben werden; s. darüber und dagegen Gspan II S. 239, vgl. überhaupt §§. 237 ff.

^{*)} In späteren officiellen Ausgaben ist dieses „nur“ durch fetten Druck hervorgehoben.

¹⁾ Besonders S. 236 ff., §. 25, §. 26.

²⁾ In Theorie und Praxis, wie in dem Excursus über die Fideicommiss-Schulden gezeigt wird. S. etwa die Ausführungen Nippel's zu §. 640 Z. 4 ff., dann die Schlußbemerkung Stubenrauch's zu diesem §.

³⁾ Mitverschuldet mag dies haben Zeiller's unklare Aeußerung auf S. 567 Z. 3; doch war Zeiller von der Ansicht Gärtner's weit entfernt.

⁴⁾ Vgl. den Excursus über die Fideicommiss-Erbfolge bes. S. 194.

nur mit den Einkünften (§. 642) des Fideicommisses, allerdings mit den ganzen, nicht etwa mit $\frac{1}{3}$ der Einkünfte.⁵⁾ Die Fideicommiss-Schuld geht (von rückständigen Depurations-Raten abgesehen) auf seine Erben nicht über.^{5a)}

III. Andererseits braucht sich der Gläubiger nicht mit den verfallenen Depurations-Raten zufrieden zu geben; sobald seine Forderung fällig ist, kann er sie ganz einfordern, bez. einlagen (Pat. §. 242). Wird er nicht befriedigt, so kann er im Executionsweg Aufstellung eines Sequesters verlangen.⁶⁾ Will der Schuldner dies abmenden, so muß er das Geld beschaffen, soweit es nicht schon durch Depurations-Zahlungen angeammelt ist. Zahlt er aus Eigenem, so kann er sich diesen „Ueberschuß bei anderen Schuldposten, oder in den folgenden Jahren zu gut rechnen“ (Pat. §. 248). Will er dies nicht, so „bleibt es ihm unbenommen, in soferne er gegen das Fideicommiss noch nicht zur Tilgung der Schuld verbunden ist, die Zahlung durch neue Anlehen zu leisten“. Hier also ist ausnahmsweise wirklich ein festes Recht zur Einschuldung vorhanden; dennoch ist selbst hier die Mitwirkung des Gerichtes nicht zu umgehen,⁷⁾ und zwar a) schon der Evidenzhaltung wegen (Pat. §. 255), b) damit das Gericht sich überzeugen könne, ob die gesetzlichen Voraussetzungen vorhanden seien, und ob in diesem Umfange neuverschuldet werden dürfe (arg. vb. „in soferne ... noch nicht ... verbunden ist); c) damit nicht ein Anlehen unter gefährlichen oder drückenden Modalitäten aufgenommen werde. Wo aber kein positiver Grund entgegensteht, muß das Gericht hier (im Unterschiede von §. 635) seine Genehmigung geben.

IV. Es ist ein Mangel der §. 635 ff., daß die innere und äußere Seite (s. bei §. 635 Abs. VIII) nicht genügend auseinander gehalten und alles Nachdenken der Redactoren auf jene gewendet wurde.⁸⁾ In unserem §. 640 geht den Worten nach der erste Satz zunächst auf die äußere, der zweite auf die innere Seite. In Wahrheit gelten aber beide Sätze für beide Seiten.^{8a)}

1) Der Nachfolger tritt nicht nur in die Depurationspflicht ein, sondern auch in die Schuld gegenüber dem Gläubiger;⁹⁾ da er aber nur in seiner Eigenschaft als Inhaber haftet, so gilt das in Abs. II u. III Gesagte auch hier.¹⁰⁾ Bei den Worten „nur die mit gerichtlicher Genehmigung gemachten Schulden“ ist vor allem an den Unterschied der §§. 635 und 632, dann an Eigenmächtigkeiten des Vorgängers zu denken. Wozu der Nachfolger verpflichtet sei, wenn er zugleich Erbe des Vormannes ist, gehört nicht hierher (vgl. oben S. 41 f. Abs. VI); denn dieser Umstand ist ein zufälliger, unwesentlicher, und wir untersuchen hier nur, wozu der Nachfolger als solcher verbunden sei.

2) Wenn der Vorgänger z. B. 15 Depurations-Raten hätte bezahlen sollen, und nur 12 bezahlt hat, so ist der Nachfolger primär doch nur zur Leistung von 5 (nicht von 8) Raten verpflichtet. Erst wenn das Fideicommiss die rückständigen Raten

5) Vgl. Hfd. v. 23. April 1789 a. E. (bei Zimmerl S. 93).

5a) Vgl. Zeiller S. 566: Die bei seinem Tode „noch nicht verfallenen ... Rückzahlungen (treffen) unmittelbar den Nachfolger im Fideicommiss, nicht die Allodial-Erben des Schuldners“. Dies gilt für die innere und äußere Seite.

6) Wie überall, wo Früchte in Execution gezogen werden.

7) Anderer Meinung ist Gärtner S. 242.

8) Daß dies später anders wurde, ist allerdings ein Verdienst Gärtner's; vgl. namentlich Pat. §. 242 mit Gärtner S. 238 f.

8a) Daß §. 640 auch für die innere Seite gelte, folgt schon daraus, daß Zeiller (S. 559) die Behebung des Geld-Fideicommiss-Drittels eine Fideicommiss-Schuld nennt, auf welche alles anzuwenden sei, was in §§. 636—640 gesagt ist. Bei der Geldbehebung gibt es aber (s. bei §. 635 vor N. 14) nur ein inneres, kein äußeres Verhältnis.

9) Weßhalb fortan die Zinsen an Diesen vom Nachfolger zu zahlen sind; s. Zeiller S. 567 Z. 4.

10) Hier ist auch Gärtner S. 239 f. gleicher Ansicht, freilich aus anderen theoretischen Gründen, indem er den Nachfolger nur als Eigenthümer der verpfändeten Sache, nicht als Schuldner (§. 466) ansieht. Unlogisch ist es, daß er dennoch die bedingte „Erbs-erklärung“ hereinzieht.

aus dem (insolventen) Allodial-Nachlasse des vorigen Besitzers gar nicht oder nur theilweise erhalten könnte,¹¹⁾ so haftet für das Fehlende subsidiär der jetzige Inhaber. Dieser Satz findet aber auch nach außen hin Anwendung.¹²⁾ Der Nachfolger kann verlangen, daß der Gläubiger den Betrag, den der Vorgänger zu depuriren unterließ, zuerst gegen dessen Erben einklage; nur subsidiär haftet auch hier der Nachfolger. Diese Haftung des Letzteren ist im Interesse des Crediten und der Entlastung des Fideicommisses angeordnet, damit nämlich nicht entweder die Gläubiger oder das Fideicommiss zu Schaden kommen. Der Nachfolger könnte, wenn Zahlungsmittel nachträglich hervorkämen, an die Allodialerben sich halten, wie er denn auch gegen Personen, die an den Rückständen mitschuldig sind, Regreß nehmen könnte.¹³⁾ Wenn umgekehrt der Inhaber in Folge des §. 242 (Pat.) mehr gezahlt hat, als die auf seine Zeit entfallenden Depurationen betragen, so haben seine Erben hinsichtlich des Plus einen Regreßanspruch gegen den Fideicommiss-Nachfolger (arg. Pat. §. 242 i. f., §. 248; a. b. G. B. §. 1042, vgl. §. 641),¹⁴⁾ der nun seinerseits aus diesem Anlasse eine Fideicommiss-Schuld contrahiren kann (arg. Pat. §. 242 i. f. und bgl. G. B. §. 641).

V. Sowohl wenn Gläubiger auf Bezahlung dringen, als auch unabhängig von solchem Anlasse, kann zwischen den Allodial-Erben und dem Fideicommiss-Nachfolger ein Streit entstehen „über den Betrag der Schuld . . . an rückständigen Depurationen“; kann dieser „nicht in Güte beigelegt werden, so ist (er) auf den Rechtsweg zu verweisen. Das Gericht hat jedoch die Sicherstellung des streitigen Betrages anzuordnen“ und eventuell zu erzwingen (Pat. §. 251 All. 2.).¹⁵⁾

§. 641.

Hat der Vorfahrer zur Erhaltung oder wichtigen Verbesserung des Fideicommisses einen beträchtlichen Aufwand gemacht, wozu er das Fideicommiss-Gut zu verschulden berechtigt gewesen wäre, so muß der Aufwand ersetzt werden. Hierzu sind aber die Nachfolger befugt, ein Dritttheil des Fideicommiss-Gutes zu belasten. Die Rückzahlungen werden auf die in dem §. 638*) vorgeschriebene Art geleistet.

I. Eine Nachstiftung unterliegt denselben Gesetzen wie die Stiftung eines Fideicommisses (§. 627 pr., Gef. v. 13. Juni 1868). Sogar zur Umwandlung von Fideicommiss-Kapitalien in Fideicommiss-Grundstücke wird Bestätigung durch ein Gesetz erfordert,¹⁾ um wie viel mehr zu eigentlichen Nachstiftungen, wo der Besitzer mit eigenem Gelde Grundstücke zum Fideicommiss hinzuerwerben, oder in seinem Allodial-Vermögen befindliche Grundstücke (oder auch andere Objecte, Capitalien . . .) zu dem Fideicommiss hinzuschlagen will. So selbstverständlich dieses ist, so schwer ist es, stets eine scharfe Grenze für den Begriff der Nachstiftung zu finden. Gehört dem Fideicommiss ein Loos und fällt auf dieses ein Treffer, so erweitert sich von selbst das Fideicommiss-Vermögen; sonst müßte die Anschaffung von Loospapieren für ein Fideicommiss überhaupt untersagt sein. (Vgl. Sammlung XVII Nr. 7533 i. f.) Auch ergibt sich aus §. 641 und aus Pat. §. 224, daß „eine Werthserhöhung und

¹¹⁾ Dabei (§. 640) ist vorausgesetzt (was nahezu immer der Fall sein wird), daß die Erben cum beneficio angetreten haben, sonst würden sie für rückständige Raten persönlich haften.

¹²⁾ Dies sagt ausdrücklich Zeiller S. 566, 567 Z. 2 und 3.

¹³⁾ Vgl. Winivarter S. 162. — Liegt ein Verschulden von richterlichen Beamten vor, so ist das Gef. v. 12. Juli 1872 (R. G. Bl. Nr. 112) maßgebend.

¹⁴⁾ Bedenken, die etwa hiegegen erhoben werden möchten, sind leicht zu widerlegen; s. Excursus S. 267 N. 25.

¹⁵⁾ Allerdings bezieht sich §. 251 zunächst auf einen Streit bei Lebzeiten des Besitzers (s. oben S. 359), aber er findet auch hier sinngemäße Anwendung.

^{*}) So die Z. G. S.; in der ersten officiellen Ausgabe steht neben der Zahl 638 ein Beistrich.

¹⁾ Vgl. oben S. 303 N. 14, dann S. 340 (Abf. V. 1) und S. 347.

Bermehrung des Stamm-Vermögens in und aus der Sache selbst nicht ausgeschlossen ist.“ (Sammlung a. a. D.) Meliorationen sind gestattet, Regreß dafür erlaubt, aber selbstverständlich nicht befohlen; sowohl der Inhaber, als seine Erben können auf ihn verzichten;²⁾ aber auch, wenn er gefordert und geleistet wird, so geschieht dies doch immer nur aus den Einkünften; die Mehrung des Stammvermögens wird damit nicht ausgeglichen; diese bleibt hier, wie dort. Hier liegt ein Mangel vor, dem die Gesetzgebung vielleicht abhelfen könnte. Jedenfalls ist der jetzige Zustand nicht frei von Widerspruch. Wenn der Inhaber (etwa der Abrundung wegen) ein Feldstück dem Fideicommiss schenken will, so ist dies unstatthaft,³⁾ während eine unvergleichlich größere Mehrung durch Meliorationen ihm freisteht.⁴⁾

II. Anderen Schwierigkeiten kann das verständige Ermessen der Gerichte⁵⁾ abhelfen. Diese Verweisung auf das arbitrium iudicis ist kein Nothbehelf wissenschaftlicher Rathlosigkeit, sondern durch die Natur der in Frage stehenden Verhältnisse geboten. Wie anders will man in einzelnen Falle constataren, ob die in §. 641 vorausgesetzten impensae necessariae oder utiles vorhanden seien?⁶⁾ ferner: ob der Aufwand ein „beträchtlicher“ sei?⁷⁾ Einen sehr vortheilhaften Anhalt bieten die §§. 512, 513, aber sie leiden wegen §. 631 („trägt alle Lasten“) keine direkte Anwendung.⁸⁾ Wie schwer hier eine durchgreifende und zugleich billige Formel zu finden ist, zeigt die interessante Redactionsgeschichte des §. 641, in der sovielen Meinungen hervortraten.⁹⁾ Nur soviel läßt sich sagen, daß das relative „beträchtlich“

2) Die Worte „so muß der Aufwand ersetzt werden“ in §. 641 sind nur von einem Zahlen-, nicht von einem Empfangen-Müssen zu verstehen; Niemand hat sie je anders verstanden.

3) Ein Reichsgesetz deshalb (etwa wegen 500 fl.) erbiten zu wollen, verbietet wirklich der Respect vor den gesetzgebenden Factoren; der Inhaber muß also gegen seinen Willen ein Entgelt (ein anderes Grundstück) aus dem Fideicommiss ansprechen, und hiezu bedarf es der in §. 634 genannten Cantelen.

4) Bei ausgedehnten Besitzungen läßt sich durch Urbarmachung (Aufsforstung kahler Lehnen, Trockenlegung von Sumpfigebenden u. dgl.) und durch Aenderung der Culturarten gar wohl eine Werthberhöhung von hunderttausenden Gulden denken. — Die von **B u d i n s k y** S. 46 ff. veruchte Scheidung von Melioration des Fideicommisses und Bermehrung desselben läßt sich weder scharf durchführen (wie sein eigenes Beispiel auf S. 51 zeigt), noch praktisch verwerthen; denn es ist willkürlich und entbehrt jeden Anhaltes im Gesetze, wenn **B u d i n s k y** dem Nachfolger das Recht einräumen will, eig. „Bermehrungen“ aus dem „Fideicommiss-Stamme“ zu ersetzen (de lege ferenda, f. Abs. VI). Dem Nachfolger muß man auf dem Boden der gegebenen Gesetze anders zu Hilfe kommen; nämlich a) in manchen der Fälle, an die **B.** denkt, gebührt dem Erben des Vormannes gar kein Ersatz, b) in anderen ist die Ansicht **R i p p e l**'s (f. N. 14) anzuwenden, und gerade diese bekämpft **B u d i n s k y**! — Auch müßte **B.** folgerichtig zwischen Deterioration und Minderung unterscheiden, was er aber (S. 58 ff.) nicht thut. — Unbegreiflicher Weise findet sich auch bei **R i p p e l** eine ähnliche, aber nicht klar ausgesprochene Scheidung. Nachdem er bei §. 641 die uns bekannten Ansichten dargelegt hat, kommt er bei §. 643 Z. 2 (sage: bei §. 643!) auf Vergrößerungen des Fideicommisses (durch Bauten, Wehrung des fund. instr. . .) zu sprechen und behauptet, daß das Fideicommiss-Gut „mit dem Werthe der Verbesserung zu bebürden“ sei, ohne daß hievon Depurationen zu leisten wären! — Er weist auf den sonst hervortretenden Widerspruch mit §. 627 hin; aber ist denn das bei Meliorationen anders?

5) Dieses Moment wird von unseren Commentatoren viel zu wenig gewürdigt.

6) „Zur Erhaltung oder wichtigen Verbesserung“; **Z e i l l e r** (S. 569) fügt mit Recht hinzu: „wichtigen, mithin dauerhaften Verbesserung“. Wir verweisen auf §. 331 f. u. S. 1037. Vgl. überhaupt **B u d i n s k y** S. 36 ff.

7) Also: Mittel und Erfolg dürfen nicht gering sein.

8) Bei §. 631 haben sich die Redactoren den Unterschied zwischen der Stellung dieses „Nutzungs-Eigenthümers“ und der eines „Fruchtnießers“ viel größer gedacht, als er ist; sie haben ihn durch §. 641 größtentheils praktisch ausgeglichen (f. oben bei §. 631 Abs. VI. S. 333). Eine volle Gleichstellung ist freilich unmöglich, weil dort Fruchtniesser und Eigenthümer gleichzeitig neben einander stehen, während hier die Vertheilung der Lasten zwischen den successiven Inhabern sich vollzieht.

9) S. **E x c u r s e** S. 247 f. Ebendort f. S. 252 über das ältere Recht.

eine Vergleichung zwischen den Impensen und den Erträgen des Fideicommisses fordert.¹⁰⁾ Die Worte „wozu er das Fideicommiss-Gut zu verschulden berechtigt gewesen wäre“ haben wir schon an anderen Stellen besprochen.¹¹⁾ Hier ist nur noch zu bemerken, daß damit eine generische Beschreibung der Verwendungen gemeint ist; der Umstand, daß in concreto solcher Verschuldung eine andere aus früherer Zeit herrührende (wegen des unüberschreitbaren Drittels) im Wege gestanden hätte, ist kein Hinderniß des Ersatzanspruchs, außer dieser Inhaber hätte selbst und vor nicht zu langer Zeit die ältere Schuld aufgenommen, so daß ein Zusammenhang zwischen ihr und den Impensen wahrscheinlich oder gar gewiß ist.¹²⁾ Irrelevant ist allerdings jener Umstand überhaupt nicht;¹³⁾ es muß auch hier auf das arbitrium verwiesen werden.

III. Mit Recht ist wiederholt bemerkt worden,¹⁴⁾ daß je älter der Aufwand, um so geringer der Ersatzanspruch ist. Wäre, als jener z. B. vor 10 Jahren gemacht wurde, eine Fideicommiss-Schuld contrahirt worden, so wäre sie jetzt (beim Tode des Contrahenten) zur Hälfte (wenn vor 15 Jahren, zu $\frac{3}{4}$, wenn vor 20 Jahren ganz) depurirt. Schon aus diesem Grunde wäre es höchst unbillig, den ganzen Aufwand vom Nachfolger ersehen zu lassen.¹⁵⁾ Nur übersehen die in Note 14 genannten Juristen, daß ihr (guter) Gedanke nicht eine allgemeine und schablonenmäßige Anwendung leide. Es gibt Verwendungen, welche in den ersten Jahren keinen oder einen geringen Nutzen geben und erst nach geraumer Zeit sich als segensvoll erweisen; und umgekehrt Meliorationen, die nicht sehr lange vorhalten, und deren Nutzen von Jahr zu Jahr abnimmt. Es kann also sein, daß des „Vorfahrers“ Auslagen schon bei seinen Lebzeiten großentheils „amortisirt“ wurden, oder aber, daß erst der Nachfolger den rechten Nutzen hat. Dies zu untersuchen und in Anschlag zu bringen, ist Sache des Gerichtes, auf dessen arbitrium wir also abermals verweisen müssen.

IV. De lege ferenda wäre zu empfehlen, daß wegen der Impensen der Inhaber in der Regel keinen Ersatz (§. 631) fordern könne, und wo ihm solcher (ihrer Größe und des Erfolges wegen) zugebilligt wird, er aus dem Stammmvermögen des Fideicommisses geleistet würde.¹⁶⁾ Denn 1) würde damit der in Abs. I erwähnte Widerspruch (bez. die darin enthaltene Gefahr) beseitigt oder doch gemildert; 2) kommt eine dauernde Werthverhöhung dem Fideicommiss (der juristischen Person) zu Gute, während der Nachfolger sie nur einige (vielleicht kurze) Zeit genießt.^{16a)} Schon

¹⁰⁾ Wir können Zeiller's Worten (S. 569) „im Verhältnisse zu dem freibererblichen Vermögen beträchtlich“ nicht zustimmen. — Vgl. etwa Wildner S. 289, Gspan II S. 303; bes. aber Budinſky S. 29 ff.

¹¹⁾ Einmal bei S. 635, dann in dem Excursus über das Recht zur Einschuldung.

¹²⁾ Wo es bekannt ist, daß er die Schuld contrahirte, um diese Impensen zu machen, versteht sich von selbst, daß jeder Ersatz-Anspruch wegfällt; er hat dann nicht „aus Eigenem“ aufgewendet, er hat von dem Rechte zur Einschuldung Gebrauch gemacht. — Zu allgemein dagegen ist Wildner's Behauptung (S. 288) einerseits, die von Gspan (II S. 120) andererseits.

¹³⁾ Bei großer Einschuldung kann man sagen: die Verbesserungen hätten unterbleiben oder nur auf Kosten des Inhabers geschehen sollen; da man unter diesen Umständen den Nachfolger nicht noch mehr belasten dürfe. Gegen impensae necessariae läßt sich dies nicht einwenden.

¹⁴⁾ Rippel IV S. 258, Winwartter III S. 163, Stubenrauch (zu §. 641, Z. 2).

¹⁵⁾ Was von anderer Seite hiegegen eingewendet wurde, ist sehr schwach. So wenn Gspan II S. 120 meint, man komme bei kürzeren Zeiträumen damit „ins Kleinliche“. Und bei Depurationen? — Die Einwendungen Wildner's (S. 290) hat schon Winwartter erledigt. Der falschen Ansicht folgt Kirchner (bei §. 641) ohne Begründung, Budinſky S. 41 ff. mit verfehlter Begründung und in Disharmonie mit seinen eigenen Bemerkungen über die Lage des Nachfolgers (S. 54 ff.), dem er dann in anderer, unzulässiger Weise helfen will (s. oben N. 4).

¹⁶⁾ Aus Fideicommiss-Capitalien, oder durch Verkauf von Mobilien, durch Ueberlassung eines Grundstückes an den Inhaber (Allodialisirung) u. s. w. — Vgl. oben N. 4.

^{16a)} Dies ist nicht bedacht von Budinſky S. 41 ff.

nach unserem Rechte müssen wir deshalb behaupten, daß des Nachfolgers Erben, wenn er nicht lange im Besitze war, an den zweiten Nachfolger einen proportionellen Regress haben,¹⁷⁾ ähnlich, wie ja auch die Depurationspflicht auf mehrere Nachfolger sich erstrecken kann.

V. Schon das bisher Gesagte (III, IV) zeigt, daß das Gericht im Zweifel mehr Rücksicht auf den Nachfolger, als auf den Vorgänger nehmen soll.^{17a)} Bei sehr großen Meliorationen ist dieser von dem Vorwurfe der Eigenmächtigkeit nicht freizusprechen; er hätte das Gericht um Einwilligung fragen, dieses hätte die Interessenten einvernehmen sollen (arg. §. 634 und §. 635)¹⁸⁾; solche Eigenmacht ist nicht zu begünstigen; sie gibt zu sonst unnöthigen Processen Anlaß¹⁹⁾ und steigert den in Abs. I angedeuteten Mißstand.^{19a)} Hiesfür spricht endlich auch §. 631.²⁰⁾

VI. Die Allodial-Erben können aber auch umgekehrt zum Erbsatze verbunden sein, und zwar a) gegen das Fideicommiß, wenn dessen Substanz durch Schuld ihres Erblassers vermindert oder entwerthet worden ist, b) gegen den Nachfolger, wenn dieser durch ungebührlichen Fruchtbezug (z. B. übermäßigen oder vorzeitigen Holzschlag) geschädigt erscheint. Die Ersatzleistung erfolgt hier wie dort an den Nachfolger; der Unterschied aber ist, daß dieser den Erbsatz das eine Mal für sich behalten, das andere Mal zur Meliorirung, Ergänzung, Wiederherstellung des Fideicommißes (im Einverständniß mit dem Curator und dem Gerichte) zu verwenden hat; nur ausnahmsweise wäre die gezahlte Summe dauernd als Fideicommiß-Capital anzulegen.^{20a)}

VII. Die Erbsatz-Ansprüche und Erbsatz-Verpflichtungen der Allodial-Erben gegen das Fideicommiß und den Nachfolger sind bei der Verlassenschafts-Abhandlung auf Grund der Inventare (f. S. 310) in's Reine zu bringen (Pat. §§. 224, 225). Wenn sich die Parteien nicht einigen, auch der Wohlmeinung der Fideicommiß-Instanz (denn dieser steht die Abhandlung des Fideicommiß-Vermögens zu, Civ. J. N. §. 89)²¹⁾ nicht fügen wollen, so sind sie auf den Rechtsweg zu verweisen.²²⁾ Solche

¹⁷⁾ Man gestatte uns einen populären Vergleich. Jemand hat beim Einziehen in eine Wohnung eine namhafte „Ablösung“ bezahlt; wenn er die Wohnung nicht mißbraucht, ist es nicht unbillig, daß er (etwa nach 3 Jahren ausziehend) einen Theil der Ablösung (freilich auch nur einen Theil) vom Nachfolger sich ersetzen lasse.

^{17a)} Die entgegen gesetzte Tendenz waltet in der Darstellung B u d i n s t k y ' s a. a. D. und auch S. 54 ff.

¹⁸⁾ Hätte er wegen solcher Zinsen eine Fideicommiß-Schuld contrahiren wollen, so würde er ja der gerichtlichen Genehmigung bedurft haben.

¹⁹⁾ Einige Ausgleichung liegt freilich schon darin, daß die Erben in solchem Falle wegen des Beweises in einer oft schwierigen Lage sich befinden.

^{19a)} Gerade umgekehrt meint B u d i n s t k y, solche Meliorirungen seien im Interesse der Volkswirtschaft allerdings zu begünstigen (S. 44). — Freilich ist die Mehrung des Volksvermögens wünschenswerth, nicht aber die eigenmächtige Vermehrung des Fideicommiß-Besitzes.

²⁰⁾ Nennt man den Betrag der fraglichen Zinsen y, den dagegen, welchen der Nuzueigenthümer aus Eigenem zu bestreiten verpflichtet ist, x; so erstreckt sich der Anspruch nicht auf y, sondern auf y — x. Freilich ist mit dieser abstrakten Formel praktisch gar nichts anzufangen (wegen der Unbestimmtheit von x); aber sie gibt ein neues Argument für die oben (Abs. V. pr.) aufgestellte Rechtsregel.

^{20a)} Vgl. überhaupt B u d i n s t k y S. 58—71; es würde zu weit führen, im Einzelnen die Abweichungen seiner und unserer Ansichten darzulegen.

²¹⁾ Ueber anomale Fälle, wo ein anderes Gericht im Delegationswege damit betraut ist; und die Frage, welche Ingerenz dann noch der Fideicommiß-Behörde als solcher zukomme, vgl. B u d i n s t k y S. 74 ff. Ganz verschieden davon sind Fälle, wo der Gerichtshof ein Bezirksgericht oder einen Notar mit der Inventur u. dgl. betraut (vgl. Canstein I. S. 385—388).

²²⁾ Zeiller's Anspruch, daß die Fideicommiß-Instanz die Entscheidung über den Erbsatz „in streitigen und verwickelteren Fällen einer ordentlichen Rechtsverhandlung vorbehalten kann“, ist nicht so zu verstehen, als ob den Parteien die Beschreitung des ordentlichen Rechtsweges überhaupt abgesprochen werden könnte. Allerdings sind solche

Klagen gehören allerdings vor die gleiche Instanz (Civ. F. N. §. 38) und hindern nicht die Einantwortung des Fideicommisses.²³⁾ — „Bei dem Tode eines Fideicommiss-Besitzers sind zwei Verlassenschafts-Abhandlungen in Ordnung zu bringen, die eine betrifft dessen Allodial-Verlassenschaft, die andere den fideicommissarischen Nachlaß“;²⁴⁾ und zwar ist diese Scheidung (s. Pat. §. 26) auch dann praktisch, wenn zufällig „alles Allodial- und Fideicommiss-Vermögen des Erblassers dem nämlichen Erben zufällt“ (Pat. §. 224 M. 2). Für beide kann dasselbe Gericht competent sein (Civ. F. N. §. 78 M. 1); und wo es nicht der Fall ist, kann durch Delegation die Allodial-Abhandlung der Fideicommiss-Instanz übertragen werden, Civ. F. N. §. 78 M. 2;^{24a)} es können aber auch zwei verschiedene Abhandlungs-Instanzen da sein, deren Thätigkeit in einander greift (Civ. F. N. §. 77). Denn auf den Fideicommiss-Gütern befindet sich oft ein sehr bedeutendes Allodial-Vermögen (Vorräthe u. s. w.), da die fructus percepti eben in das freie Eigenthum fallen.²⁵⁾ Die Absonderung des Allods vom Fideicommiss (vgl. Pat. §§. 108, 224—226) geschieht durch sog. Inventurs- und Separations-Commissionen. Den Vorgang dabei zu beschreiben ist aber keine Aufgabe einer Darstellung des materiellen Privatrechtes.

VIII. Hat der Vorbesitzer wegen Zinsen, wie sie oben vorausgesetzt worden sind, Schulden gegen dritte Personen (Gewerbsleute, Beamte ..), sei es, daß deren Arbeit nicht bezahlt ist, oder daß sie gar selbst Auslagen gehabt haben — so müssen sich diese an die Allodial-Erben halten, welche ihrerseits Ersatz von dem Fideicommiss-Nachfolger verlangen können.²⁶⁾ Nur durch gütliche Vereinbarung zwischen dem Erben und dem Gläubiger ist (durch Cession u. s. w.) eine Vereinfachung möglich. De lege ferenda wäre freilich zu erwägen, ob sich dem Uebelstand einer eventuellen zweifachen Proceßführung nicht abhelfen ließe; freilich müßte man dabei einen weiteren, als den jetzt bei uns geltenden, Begriff von Fideicommiss-Schulden²⁷⁾ zu Grunde legen. — Vgl. Sammlung V Nr. 2546.

§. 642.

Ein Fideicommiss-Gläubiger kann die Bezahlung einer, selbst mit gerichtlicher Bewilligung, auf dem Fideicommiss haftenden Schuld nicht aus dem Stammgute, *) sondern nur aus den Einkünften desselben verlangen.

I. Ueber die Redaction s. Excursus §. 247 f.; über das ältere R. ebd. §. 252.

II. Wenn auf einem Gute oder sonstigen Objecte des Fideicommisses ein Pfandrecht haftet, das schon vorhanden war, bevor dies Object zu dem Fideicommiss gehörte,¹⁾

Behauptungen (arg. Pat. §. 18) in der Praxis vorgekommen; s. darüber und dagegen (arg. Pat. §. 2 Z. 7) Budinßky §. 77—79 und Voglhuber §. 134 (§. 6). — Vgl. noch Rippel's Schlußbemerkung zu §. 641.

²³⁾ Voglhuber §. 154 §. 35.

²⁴⁾ Voglhuber §. 132 f. (§. 3); vgl. Zeiller bei §. 643 Z. 1.

^{24a)} Widerspiel zu dem Falle in N. 21!

²⁵⁾ Ersatzansprüche nach beiden Richtungen ergeben sich besonders oft wegen des sog. fundus instructus. S. Pat. §. 224 i. f., Voglhuber §. 137 ff., Budinßky §. 21 ff. Vgl. oben §. 343 N. 26, §. 345 f.

²⁶⁾ Ganz selbstverständlich ist dies, wo der Vorbesitzer ein Anlehen gemacht hat, um mit dem aes alienum die Zinsen zu bestreiten, da die Gläubiger den Zweck oft gar nicht kennen werden. Uebrigens würde ihr Wissen nichts ändern; selbst dann nicht, wenn sie bei dem Darlehen diese Verwendung sich bedungen hätten (man denke an ähnliche Fälle bei der gemeinrechtlichen hypothekarischen Succession!); doch ist im letzten Falle diese Normirung nicht mehr ganz selbstverständlich, es ließe sich (de lege fer.) eine andere denken.

²⁷⁾ Vgl. den Excursus über Fideicommiss-Schulden, Abs. II.

*) So die erste Ausgabe; die F. G. S. hat statt des Strichpunktes einen Weistrich.

¹⁾ Sei es aus der Zeit vor der Stiftung, sei es, daß das Object hinterher (als pfandbehaftetes) dem Fideicommiss einverleibt wurde; beide Fälle umfaßt auch die Formel Winwarters (§. 165) „bevor es (das Gut) noch zu einem Fideicommiss bestimmt wurde“.

so gelten die allgemeinen Grundsätze, d. h. das Pfandrecht geht „ad corpus“, die Sache selbst kann im Executionswege veräußert werden;²⁾ denn durch eine der Sache „nachher gegebene Bestimmung kann das frühere Recht der Gläubiger nicht beeinträchtigt werden.“³⁾

III. Wegen der eigentlichen Fideicommiß-Schulden dagegen können immer nur die Einkünfte in Anspruch genommen werden. Eine andere Verpfändung ist mit der Natur des Fideicommiß-Vermögens (§. 618) unverträglich; auch können sich die Gläubiger darüber nicht beklagen; sie wußten ja, daß sie auf ein unveräußerliches Gut Credit geben. Treffend bemerkt Zeiller zu §. 642 (Z. 1): „Die Einverleibung ist, ob sie gleich unbestimmt oder ausdrücklich auf das Stammgut⁴⁾ lautete, kraft des Gesetzes stets nur auf die Einkünfte einzuschränken, und die gerichtliche Genehmigung⁵⁾ bringt nur die besondere Wirkung hervor, daß nicht bloß der Schuldner selbst (wie bei einer eigenmächtigen Verpfändung, §. 632), sondern auch die Nachfolger die Schuld aus den Einkünften zu tilgen, durch die gerichtlichen Zwangsmittel angehalten werden können.“ Manche behaupten bei Geld-Fideicommissen eine Ausnahme,⁶⁾ soferne nicht mehr als $\frac{1}{3}$ in Execution gezogen wird, weil dies auch durch Behebung Seitens des Inhabers dem Fideicommiß hätte entzogen werden können;⁷⁾ aber es ist diese Ausnahme kaum im Gesetze begründet.⁸⁾ Auch hinsichtlich des fundus instructus besteht keine Ausnahme.⁹⁾

IV. Es ist demnach ein unpassender und irreführender Sprachgebrauch, wenn viele unserer (namentlich älteren) Juristen das Pfandrecht nach §. 632 und das nach §. 635 mit den Schlagworten „ad fructus“ und „ad corpus“ („auf die Substanz“) unterscheiden.¹⁰⁾ Doch ziehen die Meisten keine Consequenz hieraus. Eine Ausnahme macht Gspan (I §. 124 ff.). Er behauptet: Allerdings können die Fideicommiß-Gläubiger (§. 635) nicht die executive Feilbietung des Fideicommiß-Gutes

2) Vgl. oben S. 310 und bei §. 633 f. Abs. X. — Darüber herrscht volle Uebereinstimmung; s. z. B. Lewis S. 293, Gärtner S. 241, Gspan I S. 124, Winiwarter a. a. O., Ellinger, Basevi (bei §. 642), Aufseß (f. R. 10).

3) Winiwarter S. 166.

4) Mit diesem Worte ist hier, wie im Gesetze das Vermögen selbst, das Capital („die Substanz“) — gleichviel ob beweglich oder unbeweglich — in Gegensetzung gegen die Einkünfte (fructus, Ertrag, Nutzungen) gemeint. Man darf also dabei ja nicht an „Stammgut“ im Sinne des deutschen Rechtes denken!

5) Die Worte „einer selbst mit gerichtlicher Bewilligung . . . haftenden Schuld“ in §. 642 wollen sagen: Nicht einmal wegen einer unter §. 635 fallenden, geschweige denn wegen einer nach §. 632 contrahirten, Schuld kann „das Stammgut“ in Execution gezogen werden.

6) So Gärtner S. 240, Nippel bei §. 642 Z. 1, Ellinger.

7) Wegen des älteren Rechtes s. Excurse S. 252.

8) Vgl. Winiwarter S. 165, Stubenrauch zu §. 642 Z. 1, Wildner S. 295. — S. auch Note 12.

9) Nach dem Hfd. v. 7. April 1826 (Z. G. S. Nr. 2178) kann er nicht abgefordert, sondern nur mit dem unbeweglichen Gute, wozu er gehört, in Execution gezogen werden; da nun das Fideicommiß nicht Gegenstand der Execution ist, so ergibt sich daraus von selbst, daß auch der dazu gehörige fundus instr. es nicht sein kann. Ueber die ratio dieses Hfd. s. Unger System I S. 439 Nr. 9. — Vgl. Gärtner S. 240, Ellinger, Nippel (Z. 2). Letzterer spricht von dem allodialen fundus instr. eines fideicommissarischen Gutes; aber in dem von ihm vorausgesetzten Falle fehlt die Absicht dauernder Verbindung, also die Pertinenz-Dualität.

10) Namentlich findet sich dieser Sprachgebrauch oft in der Praxis (vgl. Aufseß Landtafel- und Grundb.-Ddg. S. 352, §. 507); von Schriftstellern nennen wir beispielsweise Gärtner, Gspan, Ellinger (bei §. 638); dagegen gehört Voglhuber S. 90 ff. (§. 9—13) nicht her, da er noch einen anderen Rechtszustand voraussetzt. — Ausdrücklich tadelt jenen Sprachgebrauch (ihn als den gewöhnlichen bezeugend) Gärtner S. 200; dann auch Wildner S. 291; doch war kein guter Einfall des Letzteren seine (freilich nur nebenbei und zweifelnd hingeworfene) Frage, ob man nicht sagen könnte: „bedingte und unbedingte Fideicommiß-Gläubiger“. — Zeiller schärft es wiederholt (z. B. S. 557) ein, daß „die Substanz des Fideicommiß-Gutes“ nicht verpfändet werden könne. Vgl. auch Sammlung I Nr. 357 (S. 440 i. f.).

herbeiführen (§. 642); wenn aber wegen einer jener Hypotheken, von denen wir in Abs. II sprachen, diese herbeigeführt wird, so könnten auch die „Drittel-Gläubiger“ Bezahlung aus dem Kauffchilling verlangen; denn sie hätten allerdings ein Recht auf die Substanz, wenngleich ein beschränktes.¹¹⁾ — Daß diese Ansicht unrichtig ist, zeigt u. a. auch: 1) das Hfd. v. 23. April 1789,¹²⁾ das dem Gläubiger eines verpfändeten Geld-Fideicommisses das Recht zuspricht, „nicht allein an die von dem Drittel abfallenden Zinsen, sondern, wenn ihm der Schuldner mit der versprochenen Zurückzahlung nicht in rechter Zeit einhielte, auch an die Zinsen des ganzen Capitals, um hierdurch zu seinem Darlehen nach und nach zu gelangen, sich (zu) halten“. Demnach kann er nicht $\frac{1}{3}$ des Capitals selbst als Executions-Object ansprechen. 2) Das Grundentlastungs-Gesetz (Pat. v. 11. April 1851, R. G. Bl. Nr. 84) bestimmte in §. 62,¹³⁾ daß „die bürgerlichen Pfandungen (des Fideicommiss-Gutes) in den Depositenbüchern ersichtlich zu machen“ seien. An die Stelle gewisser Gerechtfame traten damals bedeutende Capitalien („als Fideicommiss-Surrogat-Capital für die abgetrennten und im öffentlichen Buche abzuschreibenden Bezugsrechte“ §. 62, III. 1); das Pfandrecht wurde aber auch hinsichtlich dieser bloß als Pfandrecht ad fructus behandelt. Vgl. Sammlung I Nr. 357 (gegen das Ende). — Ebenso irrig, als jene Ansicht von Gspan, ist die von Gärtner (§. 247), der etwas Besonderes darin sieht, daß „die ad corpus vorgemerkten Gläubiger durch die Mobilisirung den Vortheil erlangen, daß sie nun nicht mehr die Früchte allein, sondern auch den Hauptstamm des Fideicommisses in die Execution ziehen können“. Wohl können sie's; aber nicht in Folge eines Pfandrechtes. S. Exc. §. 270. — Uebrigens gilt §. 642 keineswegs bloß für das Vertrags-Pfandrecht, sondern ohne Unterschied des Titels.¹⁴⁾

V. Andererseits unterliegt es keinem gegründeten Zweifel, daß die Gläubiger keineswegs auf die Einkünfte aus dem Drittel (oder, da dieses doch nur ein ideeller Theil ist, auf $\frac{1}{3}$ der Einkünfte) beschränkt sind, sondern die ganzen Einkünfte in Execution ziehen können, wobei auch kein Unterschied zwischen dem Contrahenten und dem Nachfolger besteht.¹⁵⁾ — Ueber die Durchführung der Execution bei einem unbeweglichen Fideicommiss s. Allg. Ger. O. §. 320, beim Geld-Fideicommiss ebd. §. 321.¹⁶⁾ — Die Rückwirkung der durchgeführten Execution auf die Depurationspflicht ergibt sich von selbst, da es in dieser Hinsicht gleichgiltig ist, ob ein fälliger Posten freiwillig oder im Executionswege getilgt worden ist. Der dritte Satz des §. 248 (Pat.) findet auch hier Anwendung.

Theilung der Früchte des letzten Jahres.

§. 643.

Die Früchte des letzten Jahres werden zwischen den Erben des Vorfahrers und dem Nachfolger im Fideicommiss eben so, wie zwischen dem Fruchtmiether und Eigenthümer (§. 519) getheilt.

¹¹⁾ Das bessere Argument, daß der Inhaber $\frac{1}{3}$ eines Geld-Fideicommisses hebeben könne, findet sich bei ihm nicht.

¹²⁾ Bei Michel Nr. 1052, bei Zimmerl II S. 92 f.

¹³⁾ In der officiösen Manzischen Sammlung (v. 1856) steht dieses Gesetz im VI. Bande S. 158 ff., der §. 62 auf S. 177.

¹⁴⁾ Im Falle der Sammlung X Nr. 4747 bewilligte die I. Instanz Intabulation des Pfandrechtes zur Sicherung der Besitzveränderungs-Gebühren auf sämtliche Fideicommiss-Güter des Verstorbenen, die II. Instanz dagegen nur ad fructus; die III. Instanz erkannte zwar an, (was ja nach §. 642 und überdies Pat. S. 226 nicht dem leichtesten Zweifel unterliegen kann!), daß die Execution nur auf die Früchte zulässig sei, billigte aber gleichwohl die Verfügung der I. Instanz, weil es sich nur um mittelverweilige Sicherstellung handle; diese sei ad corpus zu gestatten. — Cui bono?!

¹⁵⁾ S. das cit. Hfd. v. 23. April 1789; vgl. Gärtner S. 242 ff., Wildner S. 295. Dagegen behauptet Gspan II §. 485 ff., daß dem Besitzer gegenüber „der zugleich Personal-Schuldner ist“ der Gläubiger berechtigt sei, die „Sequestration auf das ganze Fideicommiss-Gut auszudehnen“; dem Nachfolger gegenüber aber sei er „auf die Sequestration der Früchte des Drittels des Fideicommiss-Gutes beschränkt“.

¹⁶⁾ Vgl. Wildner S. 296 ff., Stubenrauch bei §. 457 B. 5 ff.

An die Stelle der älteren, mannigfache Zweifel offen lassenden Vorschriften¹⁾ ist die einfache Verweisung auf §. 519 getreten.²⁾ Es ist deshalb auch für uns keine Veranlassung, auf die Frage nach der Vertheilung der letzten Früchte und Nutzungen hier einzugehen,³⁾ sondern er hat dies bei §. 519 zu geschehen. — Vgl. Pat. §. 225 und §. 108. — „Was vom Ableben des Besitzers gesagt ist, muß auch auf andere Fälle der [Besitz-] Veränderung (§. 632) angewendet werden.“⁴⁾ — Jene Vertheilung ist im Falle eigenmächtiger Verpfändung auch für die Pfandgläubiger maßgebend (§. 632).⁵⁾

Auflösung,

§. 644.

Ein Fideicommiß kann aufgelöst werden, wenn keine zum Fideicommiß berufene Nachkommenschaft zu vermuthen ist. Zur Auflösung des Fideicommiß-Bandes aber wird nebst der Einwilligung des Nutzungseigentümers und aller Anwärter, die durch ein Edict vorzuladen sind, auch die Einvernehmung des Curators der Nachkommenschaft, und die gerichtliche Bewilligung erfordert.

I. Ueber die Redaction f. die Excurse.

II. Wenn von „Endigung der Fideicommiß“ die Rede ist, so denkt man bald an Abschaffung des ganzen Institutes¹⁾ (eine allgemeine Modalisirung) — und auch unsere Redactoren haben an diese Eventualität, wenngleich nur theoretisch, gedacht²⁾ — bald denkt man an die Endigung eines einzelnen Fideicommißes, und davon handeln die §§. 644 und 645; jener handelt von der „Auflösung“, dieser von der „Erlöschung eines Fideicommißes“ — m. a. W. jener von der Endigung durch menschliches Zutun, dieser von der Endigung durch die Macht der Ereignisse; jene wird beschlossen, diese tritt von selbst ein. Nur der schematischen Vollständigkeit wegen erwähnen hier manche Schriftsteller das Ausscheiden des einzelnen Subjectes (durch Tod oder Verzicht) oder einzelner Objecte (durch Verkauf, Tausch u. dgl., f. §. 633 f.) — beide natürlich sehr verschieden von der Endigung des Fideicommißes.³⁾ Im Westgal. G. B. war noch der Veräußerung des ganzen Gutes u. s. w. gedacht, was aber später getilgt wurde⁴⁾ — mit Recht; denn das Aequivalent kann an die Stelle des Veräußerten treten, und das Fideicommiß endigt nicht nothwendig mit der Veräußerung; allerdings aber kann eine solche mit der Auflösung verbunden werden (f. N. 13^a).

1) S. Voglhuber S. 139—149. — Ueber das gemeine R. f. Lewis S. 413 ff.

2) S. auch schon Westgal. G. B. II §. 435: „Nachfolger . . . ist verbunden, . . . den Theil der im letzten Jahre verfallenen Früchte den Erben seines Vorfahrers auf die Art gut zu machen, wie sie den Erben eines anderen (sic) Fruchtnießers gut gemacht werden.“

3) Diese Frage behandelt Budinßky S. 31—35.

4) Zeiller S. 574.

5) Vgl. Rippel S. 262 Z. 3.

1) S. z. B. Lewis IV. Cap. „Untergang des Familien-Fideicommißes“: §. 24. „Erlöschen des einzelnen Familien-Fideicommißes.“ §. 25. „Die Aufhebung der Familien-Fideicommiße durch die Gesetzgebung.“

2) Daß Zeiller auch in diesem Zusammenhange (wie Lewis) daran dachte, zeigt die Note auf S. 576. — Daß in den Beratungen der Redactoren davon die Rede war, wurde schon in den Exkursen S. 169 ff. mitgetheilt.

3) S. z. B. Zeiller bei §. 644 Z. 1. — Wildner unterscheidet „relatives Aufhören (Uebertragung)“ und „absolutes Aufhören des Fideicommiß-Bandes“; dort macht er die Unterabtheilungen „Verwandlung des ganzen Fideicommißes“ und „Uebertragung bei einzelnen Theilen“; hier unterscheidet er Auflösung und Erlöschen des Fideicommißes. — Span handelt im VI. Spstf. (des I. Bandes) „von der Umstaltung (sic) der Fideicommiße“, im VII. Spstf. „von dem Aufhören der Fideicommiße“.

4) S. darüber den Exkurs zu §. 644 f.

III. „Auflösung“ ist Endigung des Fideicommisses durch menschliche That. Diese kann immerhin ein Rechtsgeschäft, und da es sich um eine auf diesen Effect gerichtete Einigung mehrerer Willen handelt, ein Vertrag genannt werden. Doch hat dieser Act manches Besondere. Es genügt nicht die Uebereinstimmung aller derzeitigen Interessenten, sondern es wird auch Einvernehmung des Posteritäts-Curators (als solcher fungirt hier der Fideicommiss-Curator, s. oben S. 327 f.) und gerichtliche Bewilligung erfordert, mit Rücksicht theils auf die Interessen Angeborener, theils auf das die Einzelinteressen überragende Stiftungsmoment (m. a. W. die thünlichste Respectirung des Stifter-Willens). — Alle diese Cautelen scheinen Manchen noch nicht genügend; und es ist als eine Anomalie getadelt worden,⁵⁾ daß §. 644 sich bei der Auflösung mit der gerichtlichen Bewilligung begnüge, während §. 627 bei der Errichtung Einwilligung der gesetzgebenden Gewalt fordere. Dieser Tadel ist unbegründet; die Vinculirung von Vermögen, bes. von Grund und Boden, ist eine Ausnahme und eine volkswirtschaftliche Gefahr, die Devinculirung nicht; diese ist Rückkehr zu der Regel des freien Eigenthumes und Verkehrs.⁶⁾ Nicht in eine Darstellung des allgemeinen bürgerlichen Rechtes gehört die Frage, ob der §. 644 auch auf vormalig reichsständische Familien Anwendung finde.⁷⁾

IV. Die Erläuterung des §. 644 geben wir mit Zeiller's klaren Worten (S. 575 f.): „Zu einem solchen Uebereinkommen ist zuvörderst nebst der Einwilligung des Nutzungs-Eigenthümers die Einstimmung aller Anwärter und ihrer Vertreter (S. 233) nothwendig, weil es sich um den Verlust des Stammrechtes⁸⁾ aller Einzelnen handelt. Weswegen nicht nur die bekannten, sondern auch die unbekannt durch ein (dreimal den Zeitungsbältern, nach Beschaffenheit der Umstände auch den auswärtigen Blättern einzurückendes) Edict^{8a)} vorzuladen sind. Ueberdies muß über den Umstand, ob noch eine zum Fideicommiss berufene Nachkommenschaft zu vermuthen sei,⁹⁾ der Curator, welcher ihr schon für die Zukunft die Rechte bewahren soll (S. 274),¹⁰⁾ vernommen werden;¹¹⁾ und diese Vermuthung hängt haupt-

⁵⁾ Von Salza S. 224 N. 10. Er dachte an das „prout quidque contractum est, ita et solvi debet“ (f. Arndts §. 267 Anm. 1, a); von der Ueberschätzung dieser Regel ist man h. z. T. abgekommen; s. z. B. Baron in der krit. Wissch. XIX S. 309 ff.

⁶⁾ Im Resultate übereinstimmend, doch mit etwas scholastischer Begründung, Wildner im Jurist I S. 76—78.

⁷⁾ Kohler Handbuch des deutschen Privatrechts (1832) bekämpft die Bestimmung des §. 644 nicht nur de lege ferenda (weil Jeder nur auf sein Recht verzichten könne), sondern läugnet seine Anwendbarkeit auf die Fideicommiss des hohen d. h. vormalig reichsständischen Adels. Selbst wenn ein deutscher Staat durch ein Gesetz diese Anwendung direct ausspräche, so solle das Gesetz nicht gelten, da die Bundesacte jene Rechtsverhältnisse „als bleibend sanctionirt und dadurch das Recht der Descendenz als ein bleibendes anerkennt“. Ein solcher theoretischer Protest lieft sich wunderbarlich in unserer staatenzerstörenden und -schaffenden Zeit!

⁸⁾ D. h. desjenigen Rechtes, aus dem die einzelnen Befugnisse fließen (ähnlich wie S. 570 „Stammgut“ im Unterschiede von den Einkünften gemeint ist); vgl. etwa auch die Unterscheidung in §. 1480.

^{8a)} Dabei ist wohl die in §. 128 des Pat. v. 1854 angegebene Frist anzuwenden, obwohl eine vollständige Analogie zwischen beiden Fällen nicht stattfindet, da der Schlußsatz von §. 128 u. E. hier nicht anwendbar ist. Andererseits schadet Versäumniß der Edictalfrist nicht, wenn nicht die Auflösung bereits perfect geworden ist.

⁹⁾ Als eines der Momente kommt dabei auch das Alter des Inhabers und der Anwärter in Betracht, wobei an die Analogie von §. 180 (vgl. Zeiller I. S. 391) zu erinnern ist; doch kann hiedurch das Ermessen des Gerichtes nicht in bindender Weise beschränkt werden.

¹⁰⁾ „Des Posteritäts-Curators“; Rippel (S. 264) fügt hinzu: „von einer Vernehmung des eig. Fideicommiss-Curators erwähnt das Gesetz nichts“; u. E. aber handelt es sich nicht um eine Verschiedenheit der Personen, sondern der Funktionen; s. S. 327 f.

¹¹⁾ §. 644 spricht von „Einvernehmung“, nicht von „Einwilligung“ des Curators; richtig hebt dies Lewis S. 459 N. 99 hervor; vgl. auch Rippel S. 264 Z. 2.

fächlich von der Beschaffenheit der Erbfolge-Ordnung ab (§§. 621—626).¹²⁾ Endlich wird die Bewilligung der Gerichtsbehörde erfordert, welche für die Beobachtung aller Bedingungen und Vorrichtungen, um künftigen Streitigkeiten vorzubeugen, Sorge tragen muß.¹³⁾ Wem das Fideicommiß-Gut als ein freies Eigenthum zufallen soll, und unter welchen Bedingungen, macht, wenn der Fall in dem Stiftsbriebe nicht vorgehen ist, einen Hauptgegenstand des Uebereinkommens aus.“^{13a)}

V. Die Auflösung ist perfect, wenn auf Grund der Uebereinstimmung aller Interessenten und nach Einvernehmung des Curators das Gericht dieselbe ausgesprochen hat und dieser Bescheid in Rechtskraft erwachsen ist (Pat. §. 9 und §. 18 *Al.* 1). Hat das Gericht aber ohne Anhörung aller bekannnten Theile oder gar gegen den Widerspruch von Interessenten den Bescheid erlassen, so kann dieser gegen sie keine Kraft erlangen (Pat. §. 18, *Al.* 2). Wenn dagegen ein Interessent trotz Edictal-Citation zu spät sich meldet d. h. nachdem die im Edict angegebene Frist verstrichen und der Bescheid in Rechtskraft erwachsen ist, so ist er von allem Rechte präcludirt.¹⁴⁾ Selbst ein später Geborener könnte die Auflösung nicht anfechten,¹⁵⁾ sondern nur die in dem Uebereinkommen der Interessenten ihm vorbehaltenen Rechte geltend machen¹⁶⁾ und allenfalls Schuldtragende auf Schadenersatz klagen.¹⁷⁾

VI. Daß die perfect gewordene Auflösung, die ja Beobachtung aller im Gesetze vorgeschriebenen Cautelen voraussetzt, durch Nachgeborene nicht rückgängig gemacht werden darf, ergibt sich aus der unbefangenen Betrachtung des Gesetzes. Wozu in aller Welt wären denn so große Cautelen vorgeschrieben, wenn die gesetzlich vollzogene „Auflösung“ in Wahrheit keine Auflösung des Fideicommiß-Bandes wäre?! Dafür spricht die Entstehungsgeschichte des §. 644 (*s.* den *Excurs*), da er ursprünglich von der Veräußerung des Fideicommiß-Gutes handelte, und doch Niemandem einfallen konnte, auch keinem der Redactoren eingefallen ist, eine so umständlich in Scene gesetzte Veräußerung für so precär zu halten, daß ein Nachgeborener gegen den Erwerber hätte auftreten können! — Im gemeinen Rechte war die Zulässigkeit der Auflösung bestritten;¹⁸⁾ diese Streitfrage wollte unsere Gesetzgebung abschneiden, indem sie die Zulässigkeit zwar bejahte, aber an besonders strenge Voraussetzungen knüpfte.

¹²⁾ Durch die vom Stifter festgesetzte Ordnung kann z. B. einerseits das Zurückgreifen auf übergangene Linien ausgeschlossen, andererseits in subsidium die cognatische Nachkommenschaft zugelassen werden.

¹³⁾ Vgl. *Rippel* S. 264: „über welche Entscheidung, sie mag wie immer ausfallen, den dadurch sich beschwert findenden Interessenten der weitere Beschwerbezug . . . vorbehalten bleiben muß“.

^{13a)} Meistens wird der letzte Inhaber freier Eigenthümer; es könnte aber auch bei diesem Anlasse und um die Abfindung der Anwärter zu erleichtern, eine Veräußerung an einen Dritten beschloffen werden.

¹⁴⁾ Vgl. *Note* 8a. Man könnte sagen: nach verstrichener Frist meldet er sich jedenfalls zu spät; arg. §. 128 *Pat.*; aber die Präclusion hat hier so viel wichtigere und schwerere Folgen, daß man sich hiefür auf §. 128 nicht berufen kann. Weiter könnte man sagen: Nach ausgesprochener Auflösung kann er nicht *Recurs* ergreifen; denn wie soll sich der Säumige beschweren dürfen? So richtig dies ist, so sehr der *Recurs* im Tone einer Bitte hier vorgetragen werden soll, so scheint doch unsere benigna interpretatio dadurch gerechtfertigt, daß der Gesetzgeber in §. 644 die möglichste Schonung der Anwärterrechte anstrebt.

¹⁵⁾ Schon vor dem §. 644 haben viele Schriftsteller Gleiches behauptet; mehrere gemeinrechtliche Wertheidiger dieser Entscheidung (aus dem Ende des 18. Jahrh.) macht *Rippel* S. 265 (in der *Note*) namhaft.

¹⁶⁾ Es ist vorsichtig, bei der Auflösung für den Fall, daß doch noch ein Anwärter geboren werden sollte, ihm und seinen Nachkommen nach Art einer *Apanage* Renten auf das Gut sicher zu stellen; bezugsberechtigt wäre Derjenige, welcher ohne die Auflösung zur Succession gelangt wäre, und so lange, als er sonst das Fideicommiß genossen hätte.

¹⁷⁾ Allenfalls selbst die Gerichtspersonen, wenn sie leichtfertig vorgegangen wären. Freilich haben solche Erbs-Ansprüche einen geringen praktischen Werth.

¹⁸⁾ *S. Lewis* S. 454 ff.

Für unsere Ansicht spricht auch die Analogie der übrigen Gesetzgebungen, welche über diese Frage sich geäußert haben; namentlich der preussischen.¹⁹⁾ So ist auch der §. 644 von allen Unbefangenen, namentlich den mit den Streitfragen unseres Rechtes nicht vertrauten Ausländern verstanden worden;²⁰⁾ ja sogar die gegen §. 644 laut gewordenen Bedenken beruhen auf der Voraussetzung derselben Auslegung.²¹⁾ — Zeiller übergeht die Frage wohl darum, weil er sie einerseits für unpraktisch, andererseits für deutlich im Gesetze entschieden hielt; Rippel (dem Ellinger folgt) beantwortet sie so wie wir; erst die späteren österr. Schriftsteller haben auch in diese Materie Verwirrung hineingetragen.²²⁾ — Das äußerliche Verhältniß zwischen §. 644 und §. 632 ist dieses: auf dem von §. 644 beherrschten Gebiete gilt §. 632 nicht. Das innerliche (inhaltliche) Verhältniß ist aber weder so zu denken, als ob §. 644 nur eine Anwendung von §. 632, noch auch so, als ob jener diesem direkt entgegenstände. Denn würde hier der Verzicht auch die Nachkommen des Verzichtenden ausschließen, so wäre nicht die Zustimmung aller lebenden Anwärter erforderlich. Nur von einer geringen Modification kann man hier reden; und selbst dieses ist ungenau; denn der Nachgeborene ist nicht durch den Verzicht der lebenden Anwärter, sondern durch die (nach Anhörung des Postteritäts-Curators getroffene) Verfügung des Gerichtes ausgeschlossen.

VII. Ueber die Folgen der Auflösung für die Fideicommiss-Gläubiger wird in dem Excurse über die Fideicommiss-Schulden (Abs. XI) gehandelt.

oder Erlöschung eines Fideicommisses.

§. 645.

Das Fideicommiss erlischt, wenn es zu Grunde geht; oder, wenn alle in dem Stiftbriefe berufene Linien, ohne Hoffnung einer Nachkommenschaft, ausgestorben sind. In dem letztern Falle vereinigt sich das Obereigentum mit dem Nutzungseigentume, und der Besitzer kann nach Willkür über das Fideicommiss verfügen.

I. Ueber die Redaction s. den Excurs zu §§. 644 und 645.

II. „Das Fideicommiss erlischt, wenn es zu Grunde geht“; wörtlich genommen hiesse das: „es geht zu Grund, wenn es zu Grund geht! Es ist wunderbar, daß man sich hier weder des Doppelsinnes des Wortes „Fideicommiss“, noch der juristischen Person bewußt wurde. Früher hieß es richtiger „wenn das Fideicommiss-Gut zu Grunde geht“. Wahrscheinlich vermied man später dieses Wort, weil es nur auf Immobilien paßt; man verfiel aber in einen viel schlimmeren Redactionsfehler. Denn offenbar ist das „Fideicommiss“ im Nachsatze das Vermögen, im Vordersatze die Schöpfung des Stifters, das Gestiftete; und ist dies Erlöschen vergleichbar dem einer „*pia causa*“, die ebenfalls aufhört, wenn ihr ganzes Vermögen ohne Ersatz untergeht.

¹⁹⁾ S. Lewis S. 456 ff.

²⁰⁾ Lewis S. 459 drückt sich ausweichend aus: „Das österr. G. B. gestattet nur in beschränkter Weise die Aufhebung eines Fideicommisses durch Uebereinstimmung aller lebenden Familienglieder“ (folgt der Wortlaut des §. 644). Die Worte „nur in beschränkter Weise“ sind doppelsinnig; sie könnten auf eine beschränkte Wirksamkeitedeutet werden; näher aber liegt die Auslegung, daß die einschränkenden Voraussetzungen des §. 644 gemeint sind. — Lewis beruft sich in Fragen des österreichischen Rechtes gern auf Wildner. Daß er es hier nicht thut, ja der ganzen Frage aus dem Wege geht, macht es wahrscheinlich, daß er Wildner's Auslegung (S. 337 f.) für unrichtig oder doch sehr bedenklich hielt.

²¹⁾ Man bedenke nur, wie sinnlos sowohl die Einwendungen Salza's, als die Kohler's wären, wenn diese Schriftsteller die „Auflösung“ nicht ernst genommen hätten!

²²⁾ Die gegnerischen (auch unter sich nicht übereinstimmenden) Ansichten sind von Stubentr auch (bei §. 644 Z. 5) so vollständig und übersichtlich dargestellt, daß wir darauf zur Ergänzung unserer Darstellung hiermit verweisen; vgl. ferner noch Kirchner bei §. 644 f. (die lange Note 2).

Da also an „Fideicommiß“ bald in diesem, bald in einem ganz andern Sinne gedacht war, so ist das Wörtchen „es“ nicht am Platze; denn es drückt Identität aus. Wenn also die Redactoren hier auch nur über den grammatischen Sinn ihrer eigenen Worte sich Rechenschaft gegeben hätten,¹⁾ so wäre die Anerkennung der juristischen Person nicht mehr zu umgehen gewesen.

III. Das Fideicommiß ist eine juristische Person. Das Vermögen ist auf eine eigenthümliche Weise (vgl. §. 629) an eine Gesamtheit (vgl. §. 618) von neben und nach einander lebenden Menschen geknüpft, und die Beziehung dieser Menschen zu einander und zu dem Vermögen ist durch den Stiftbrief und das Gesetz fest geordnet (Verfassung des Fideicommisses). Das Fideicommiß (die juristische Person) geht zu Grunde, wenn das objective Substrat (das Vermögen) untergeht, mag auch das persönliche Substrat fortdauern; oder auch umgekehrt: durch Untergang dieses persönlichen Elementes (durch definitives Erlöschen der Personen-Gemeinheit)²⁾ bei fortdauerndem Vermögen.³⁾ Von beiden Fällen spricht der erste Satz des §. 645.

a) Der Untergang des Vermögens muß ein zufälliger⁴⁾ sein; bei einem durch Jemandes Schuld herbeigeführten Untergang tritt an die Stelle des Zerstorten der Schadenersatz-Anspruch, den die Vertreter der juristischen Person⁵⁾ geltend zu machen verpflichtet sind; ist er realirt, so tritt das geleistete Aequivalent an seine Stelle.⁶⁾ Bei einer Expropriation tritt an die Stelle des bisherigen Vermögens das Entschädigungs-Capital.⁷⁾ In beiden Fällen liegt also eine Aenderung des Fideicommiß-Vermögens, nicht ein Untergang vor;⁸⁾ ein solcher liegt nur dort vor, wo keinerlei Ersatz eintritt.⁹⁾ Eine Minderung des Vermögens bewirkt keine „Erlöschung“, kann aber Anlaß werden zu einer „Auflösung“ des Fideicommisses.¹⁰⁾ Daß der Untergang bei Capitalien und Mobilien leichter eintreten kann, als bei Immobilien, versteht sich von selbst; doch ist er auch hier nicht undenkbar.¹¹⁾ — Auch durch Erziehung kann das Vermögen (ganz oder zum Theile) dem Fideicommiße entzogen werden, wenn es nämlich durch 40 Jahre als Allod unangefochten besessen wird. Hieron ist des Näheren bei §. 1474 zu handeln.

1) Freilich ist jene Verschlimmbesserung erst nachträglich vorgenommen worden, und kommt vielleicht auf Rechnung eines einzelnen Redactors, nicht der Commission.

2) Vorübergehend kann sie durch einen Menschen repräsentirt sein; der Inhaber genügt zusammen mit dem gestifteten Vermögen, um die juristische Person fortbestehen zu lassen, wenn „Hoffnung einer Nachkommenschaft“ vorhanden ist (arg. a contr. aus §. 645 pr.).

3) Vgl. Lewis S. 430: „Das Fideicommiß-Verhältniß erlischt mit seinem Subject d. h. der Familie, für welche es gestiftet war; und ebenso mit dem Untergang des Objectes d. h. der Sachen, welche seinen Gegenstand bildeten.“ Ein richtiger Gedanke, aber sehr ungenau ausgedrückt.

4) Cum grano salis! Wenn eine im Kriege angerichtete Verwüstung noch so völkerrechtswidrig sein mag, aber eine Entschädigung nicht zu erlangen ist, so steht dies einem Elementar-Unglücke gleich.

5) Inhaber, Curator und die nächsten Anwärter (Pat. §. 229 i. f.); der erste entfällt selbstverständlich dort, wo er selbst der Schuldige ist.

6) Welche Mühe hat es den gemeinrechtlichen Schriftstellern gemacht (s. Lewis S. 434 ff.), dieses schon dem unbefangenen Laien-Verstande nothwendig erscheinende, und auf dem Boden unserer Theorie selbstverständliche Resultat zu gewinnen! Sobald man die juristische Persönlichkeit des Fideicommisses erkennt, verschwinden alle Schwierigkeiten; denn die juristische Person, welche einen Ersatz-Anspruch hat, ist eben nicht vermögenslos. Merkwürdig ist es, daß gerade dieser Ersatz-Anspruch Span zu der Erkenntniß führte „das Fideicommiß . . . ist als eine moralische Person zu betrachten“ (I §. 164), ohne daß er diese Erkenntniß für sein Werk fruchtbar zu machen verstanden hätte.

7) Vgl. Lewis S. 435 f., Zeiller S. 575.

8) Ebenso bei einer freiwilligen Veräußerung selbst des ganzen Fideicommiß-Vermögens; vgl. bei §. 644 Abs. II a. E.

9) Also allerdings auch dort, wo der Schadenersatz-Anspruch sich als gänzlich unbringlich erweisen sollte (Armuth, Flucht des Schädigenden u. dgl.) vgl. N. 4.

10) Zeiller bei §. 645 B. 3. I. f.

11) Vgl. Zeiller bei §. 645 B. 1 pr., Lewis S. 434.

b) Das Erlöschen des Fideicommisses Mangels eines Successors kann α) bei Lebzeiten des letzten Inhabers oder auch β) erst mit seinem Tode eintreten; letzteres wenn er in jugendlichem oder doch rüstigem Alter stirbt; ersteres wenn wegen seines hohen Alters oder Gesundheitszustandes die Hoffnung auf Nachkommenschaft ausgeschlossen ist und keine Anwärter da sind.¹²⁾ Der erste Theil des §. 645 ist so abgefaßt, als ob an den Fall β) gedacht wäre; denn bei Lebzeiten des Inhabers kann man nicht sagen, daß „alle in dem Stiftbriefe berufenen Linien ... ausgestorben sind“; der zweite Theil des §. 645 aber zeigt, daß die Redactoren gleichwohl an den Fall α) (u. zw. nur an ihn) gedacht haben.¹³⁾

IV. „In dem letzteren Falle vereinigt sich das Ober-Eigenthum mit dem Nutzungs-Eigenthum, und der Besitzer“ [d. h. der letzte Inhaber] „kann nach Willkür über das Fideicommiss verfügen“ (§. 645 i. f.). Offenbar dachten sich die Redactoren dieses so: Der Inhaber hat auch am Ober-Eigenthum einen Antheil, so wie jeder Anwärter; aber nicht eine bestimmte Quote, wie beim „Mit-Eigenthum“, sondern einen lediglich durch die Concurrenz sich ergebenden und unbestimmten Antheil, wie beim „Gesammt-Eigenthum“. Entfallen die anderen Concurrenten, so bleibt er als der einzige Ober-Eigenthümer übrig. Da er aber auch Nutzungs-Eigenthümer ist, so consolidirt sich in seiner Hand das Eigenthum; er wird freier und Allein-Eigenthümer.¹⁴⁾ Gewiß war auch dies eine der Erwägungen, welche zu der in §. 629 beliebten Construction führten.¹⁵⁾

V. Das Erlöschen eines Fideicommisses ist eine nothwendige Folge von Ereignissen, setzt also weder eine Vereinbarung, noch eine gerichtliche Bewilligung voraus (vgl. §. 644). Aber jene Ereignisse und Thatsachen müssen festgestellt sein; so namentlich das Erlöschen der successionsfähigen Familie; dies auch schon deswegen, damit die äußerlichen Vorgänge der Devinculirung des Vermögens bewirkt werden können (Devinculirung von Werthpapieren, Umschreibung der Privatschuldscheine, Löschung des Fideicommiss-Bandes im Grundbuch u. s. w.). Dazu gehört ein richterlicher Ausspruch, welcher denkbarer Weise in einem Prozesse gefällt wird, in der großen Regel aber nach vorgängigem officiösen Verfahren als Bescheid erfließt.¹⁶⁾ Es hat nämlich diese gerichtliche Declaration Aehnlichkeit mit der Todes-Erklärung,¹⁷⁾¹⁸⁾ und zwar ist der Fideicommiss-Curator, der ja zugleich Posteritäts-Curator ist, ein Seitenstück sowohl zum defensor matrimonii (hier wie dort handelt es sich um eine

¹²⁾ Wäre von einem Solchen, und ebenso in dem früheren Falle von dem Inhaber eine schwangere Witwe hinterlassen worden, so muß man abwarten, ob ein successionsfähiges oder unfähiges Kind geboren wird; natürlich träte nur im letzteren Falle die „Erlöschung“ ein. Ist es ungewiß, ob die Witwe schwanger ist, so muß einige Zeit mit der Devinculirung gewartet werden; vgl. a. b. G. B. §. 120.

¹³⁾ Dies wird auch durch Zeiller's Commentar zu §. 645 Z. 2 (S. 577) bestätigt.

¹⁴⁾ Vgl. auch Zeiller a. a. D.

¹⁵⁾ Während in diesem Falle (so wie es auch bei der Grundentlastung geschah) das Ober-Eigenthum an den Nutzungs-Eigenthümer kommt, kennt das ältere deutsche Recht verschiedene Fälle, wo das Nutzungs-Eigenthum an den Ober-Eigenthümer fiel; s. auch a. b. G. B. §. 1149. Bei Lehen kommen beide Erscheinungen vor: einerseits Heimfall des Lehen, andererseits Modification desselben. Dem Geiste der früheren Jahrhunderte sagte mehr der Heimfall des Unter-Eigenthums an den Ober-Eigenthümer, dem unserer Zeit sagt mehr die Vervollständigung des Nutzungs-Eigenthums zu freiem Eigenthum zu.

¹⁶⁾ Denn wozu ein Streitiges Verfahren, wo vielleicht ein Zweifel, aber kein eigentlicher Streit besteht? und wozu den Curator zu einem bloßen contradictor herabsetzen, wo er eine nützlichere Thätigkeit entfalten kann? Vgl. auch Gef. v. 16. Febr. 1883 (R. G. Bl. Nr. 20) §. 2, §. 3; dazu die Bemerkungen zur Regierungsvorlage (in Kaserer's Ausg. XXXIV S. 23 f.).

¹⁷⁾ Es ist hier eine Lücke im Gesetze, das gar nichts hierüber enthält. — Unsere Schriftsteller sprechen nur im allgemeinen von einer Edictal-Citation, oder verweisen (so Rippel S. 268) auf die Vorkehrungen zur Ausforschung unbekannter Erben.

¹⁸⁾ Wieder etwas anderes ist es, daß eine Todeserklärung Voraussetzung für jenes Verfahren, oder Incidenzpunkt in demselben sein kann.

defensio vinculi, hier wie dort um Interessen, die in dem keines Einzelnen völlig aufgehen), als zum curator absentis.¹⁹⁾ Auch hier wird oft ein Edict erlassen werden, wodurch die etwaigen unbekanntem Anwärter aufgefordert werden, binnen Jahresfrist sich zu melden.²⁰⁾ Auch hier würde die versäumte Frist nicht präcludiren; denn, wie bei der Todes-Erklärung Jemand für todt declarirt und nicht getödtet wird, so wird hier das Fideicommiß nicht aufgelöst, sondern für erloschen erklärt. Würde später diese Erklärung als eine irrige erwiesen, so bestände eben das Fideicommiß, nur müßte der Säunige allen inzwischem durch die Devinculirung erwachsenen Schaden soweit sich gefallen lassen,²¹⁾ als die Grundstücke über bona fide possessio und über die publica fides der öffentlichen Bücher es mit sich bringen.. Der Anlaß zu diesem nicht-streitigen Verfahren kann durch das Ansuchen des letzten Besitzers um Anerkennung seines vollen (ungetheilten) Eigenthums gegeben werden; oder nach seinem Tode bei der Verlassenschafts-Abhandlung durch das Begehren der Erben, daß auch das bisherige Fideicommiß-Vermögen als allodialer Nachlaß ihnen eingantwortet werden möge. Zu einem streitigen Verfahren kann es kommen, wenn jenem oder diesem Begehren die Behauptung einer oder mehrerer Personen gegenübertritt, daß sie Anwärter seien; auch könnte die Geltendmachung einer sog. subsidiarischen Anordnung (s. unten) den Anlaß geben, daß über Fortbestand oder Endigung des Fideicommisses in einem Proceße erkannt würde.²²⁾ — Darüber, wie der Beweis geführt werden solle, lassen sich keine allgemeinen Regeln aufstellen. In manchen Fällen ist er sehr leicht erbracht;²³⁾ in anderen bedarf es weitwendiger Erhebungen unter Benutzung von Stammbäumen, Beibringung von Todtenscheinen, Extracten aus Kirchenbüchern, Nachweis von Todeserklärungen u. s. w.

VI. Das in §. 645 erwähnte Aussterben aller zur Nachfolge berufenen Linien ist nicht gleichbedeutend mit dem Aussterben des betreffenden Geschlechtes, mit dem Erlöschen des Namens;²⁴⁾ denn einerseits kann das Fideicommiß auf eine oder einige „Linien“ eingeschränkt, andererseits kann subsidiär auch die weibliche und cognatische Nachkommenschaft berufen sein (§. 626). Es könnte aber auch eine andere Familie subsidiär berufen sein;²⁵⁾ bei dem Uebergang auf die zweite Familie hört das Vermögen nicht auf, ein fideicommissariisches zu sein. Es kommen aber auch andere „subsidiarische Anordnungen“ vor; z. B. daß nach Erlöschen des Fideicommisses das Vermögen als Allod an die Descendenten irgend eines Dritten fallen solle; oder daß es hinfort einer pia causa gewidmet sein oder einer juristischen Person (Stadt, Universität) zukommen solle. Auch ist eine Häufung subsidiarischer Anordnungen möglich²⁶⁾ und können Bedenken über die Statthaftigkeit derselben bei Anordnungen, die unter der Herrschaft des h. G. B. (§. 627 pr.) errichtet wurden, kaum aufkommen.

19) Vgl. a. b. G. B. §§. 114, 277; das cit. Ges. v. 1883 (f. Nr. 16) §§. 6, 9.

20) Vgl. §. 277 cit., Ges. v. 1883, §. 7; vgl. Pat. v. 1854 §. 128.

21) Vgl. Unger System I S. 243 f.

22) S. das in den Excursen II S. 217 Nr. 16 citirte Gutachten über das Bruckenthal'sche Fideicommiß; ferner: Sammlung XVI Nr. 7117.

23) „Wenn z. B. A seinen Sohn B mit seiner Nachkommenschaft zum Fideicommissen berufen hätte, dieser aber, als der erste Besitzer, ohne Nachkommen verstorben wäre.“ Gspan I S. 142. Auch beim Bruckenthal'schen Fideicommiss war der Nachweis leicht, und die gegen ihn erhobenen Einstreunungen waren muthwilligste Chicane.

24) Man pflegt hier zu erwähnen (obwohl es nicht hergehört), daß das Erlöschen des Mannstammes einer adeligen Familie von der Abhandlungs-Behörde der Landesstelle anzuzeigen ist. Hfd. v. 12. Juni 1829, J. G. S. Nr. 2411.

25) So war in dem in der Sammlung XVI Nr. 7117 erzählten Falle das Fideicommiß erst für die Familie der Grafen Leslie, dann für eine Linie der gräflichen Familie Dietrichstein gewidmet.

26) So war in dem soeben erwähnten Falle die weitere subsidiarische Anordnung hinzugefügt: „Da aber auch diese Dietrichstein'sche Linea vollständig absterben sollte, will ich, daß (die) Herrschaft (Pernegg) verkauft und der Kaufschilling zu der katholischen Mission in Schottland nach Belieben des patris generalis der Societät Jesu applicirt

Unter Umständen wird das Gericht, bevor es eine das Fideicommiss betreffende Aenderung erlaubt, auch die Vertreter der subsidiarisch Begünstigten einvernehmen. Uebrigens sind die sog. subsidiarischen Anordnungen so mannigfachen Inhaltes, daß es kaum lohnt, Allgemeines darüber zu sagen.²⁷⁾

VII. Welche Folgen das Erlöschen des Fideicommisses für die Fideicommiss-Gläubiger hat, wird in dem Excurse über die Fideicommiss-Schulden (Abs. XI) gezeigt.

VIII. Weder unter §. 645, noch unter §. 644 fällt die Aufhebung von Fideicommissen im Wege der Gesetzgebung. Es ist dies keine „Erlöschung“ (§. 645), als welche von selbst eintritt; es ist aber auch keine „Auflösung“ im Sinne des §. 644; denn es handelt sich nicht um ein einzelnes Fideicommiss, sondern um Beseitigung des ganzen Institutes. Eine solche erfolgte im Anfange des Jahrh. in den an Napoleon und das mit ihm verbündete Baiern gefallenen Landestheilen, nach deren Rück-erwerbung die Fideicommiss zum Theile wieder hergestellt wurden. Die einschlägigen Gesetze sind heute von geringem Interesse.²⁸⁾

Unterschied eines Fideicommisses von Stiftungen.

§. 646.

Von den Substitutionen und Fideicommissen unterscheiden sich die Stiftungen, wodurch die Einkünfte von Capitalien, Grundstücken oder Rechten zu gemeinnützigen Anstalten, als: für geistliche Pfründen, Schulen, Kranken- oder Armenhäuser;* oder zum Unterhalte gewisser Personen auf alle folgende Zeiten bestimmt werden. Die Vorschriften über Stiftungen sind in den politischen Verordnungen enthalten.

I. Redaction. Im Westg. G. B. stand zwischen der Materie von den Substitutionen und der von den Fideicommissen der §. 412:

Capitale, liegende Gründe, oder Rechte, die ein Erblasser durch Vertrag, oder letzten Willen zu dem Ende aussetzt, daß von den Einkünften derselben die Kosten entweder zu gemeinnützigen Anstalten, als z. B. für geistliche Pfründen, Schulen, Kranken- oder Armenhäuser, oder zum Unterhalte gewisser Personen auf alle folgende Zeiten bestritten werden solle, heißen Stiftungen. Stiftungen dürfen mit den Substitutionen nicht vermenget werden.

werde. — Eine Häufung vieler subsidiarischer Anordnungen findet sich in dem von Stubenrauch in der Btscht. f. österr. Rechtsgel. (österr. Btscht. f. Rechts- u. Staatsw.) 1849, II S. 357 ff. erzählten, mehr verwickelten und unerquicklichen, als instructiven Falle.

²⁷⁾ In einem eigenen Hauptstücke handelt von ihnen Gspan II S. 253—268, weiterschweifig, aber nicht überzeugend. Er sieht darin „fideicommissarische Substitutionen; denn alle zum Fideicommiss Berufenen stellen den eingesetzten Erben . . . und die durch die Subsidiar-Anordnung Begünstigten“ den Substituten vor (S. 254). Selbstverständlich kann man das höchstens als einen Vergleich gelten lassen, während es Gspan ganz ernstlich meint. Viel schlimmer aber ist es, daß er den so Begünstigten (bez. ihren Vertretern) ganz exorbitante Rechte zuspricht. Sie können bei der Adventur interveniren, gegen eine Fideicommiss-Umstaltung Einsprache thun, können die Vermögensverwaltung beaufsichtigen, einer übeln Gebahrung Einhalt thun; sollen bei Capitals-Anlegungen gefragt werden; haben über die Dnerirung und Depurirung zu wachen u. s. w.! — Hieraus würde sich z. B. folgende abenteuerliche Consequenz ergeben: Wenn beim Aussterben der Familie aus dem Vermögen ein Stipendienfond gebildet oder ein Krankenhaus errichtet werden soll, so bedarf es zum Austausch von Feldparzellen heute schon der Zustimmung der nicht existirenden *pia causa*, die vielleicht nach Jahrhunderten ins Leben gerufen werden soll! (Man denke z. B. an die Leslie'sche Stiftungsurkunde, f. R. 25, 26.) Und sind denn so außerordentliche Maßnahmen wirklich ein Bedürfnis? Steht denn nicht die ganze Vermögens-Gebahrung unter der Aufsicht und Obzorge der Gerichtshöfe? — Nur wo wichtige Aenderungen in Frage stehen, wird das Gericht auch einen Vertreter der subsidiarisch Begünstigten vernehmen und seinen Aeußerungen um so mehr Gewicht beilegen, je wahrscheinlicher und näher der Fall erscheint, für welchen die Anordnung gemacht ist.

²⁸⁾ Deshalb begnügen wir uns mit der Verweisung auf Wildner S. 355—360, und etwa Rippel IV S. 268 ff. (bei §. 645 Z. 5).

*) An Stelle des Strichpunktes hat die J. G. S. einen Beistrich.

Unmittelbar darauf folgte die Lehre von den Fideicommissen, und mitten in dieser stand der §. 427:

Ein zur besondern Stiftung bestimmtes Grundvermögen, es mag in Capitalien, oder in liegenden Gründen bestehen, kann selbst mit Einwilligung des Eigenthümers und der Stiftlinge in keinem Falle angegriffen werden. Hier hat der Staat die Erhaltung der Substanz auf sich genommen.

Aus der Einreihung dieser §§. 412 und 427 ergibt sich, daß man damals den Nachdruck auf die Verwandtschaft von Stiftungen und Fideicommissen legte, während jetzt in §. 646 pr. die Verschiedenheit betont wird. Dieser, wie jener Standpunkt hat seine Berechtigung. Denn eine Stiftung im eng. S. ist ein Fideicommiss nicht; aber beide Institute habe gemeinsame Momente, wie in dem Excursus zu §. 629 (über die Subjecte des Fideicommiss-Vermögens) ausführlich nachgewiesen ist.

Im §. 427 fallen die Worte „Einwilligung des Eigenthümers“ auf. Man muß dabei an den Fall denken, daß Jemandem (in der Regel einer juristischen Person) ein Vermögen sub modo zugewendet ist, z. B. ein Legat an eine Stadtgemeinde oder Universität u. s. w. mit der Auflage, daraus Stipendien zu zahlen, oder ein Denkmal in gutem Stande zu erhalten. Hier ist die Stadtgemeinde u. s. w. Eigenthümer des Vermögens. Die Hervorhebung dieses Falles ist jetzt vermieden.

Eine Berathung über die Materie von den Stiftungen scheint nicht stattgefunden zu haben. Auf Zeiller's Antrag wurden jene §§. aus dem obigen Zusammenhang ausgeschieden, in einen §. zusammengezogen und an das Ende des Hauptstückes gestellt. Der jetzige Text lautet wörtlich so wie Zeiller's in der Sitzung vom 12. März 1804 gestellter, und sofort einstimmig angenommener Antrag.

II. Stellung im System. So befremdend es für den an die Systematik moderner Lehrbücher Gewöhnten ist, daß die Stiftungen nicht unter den „moralischen Personen“ in §. 26, sondern an einer davon weit entlegenen Stelle (§. 646) erwähnt werden, so leicht ist dies geschichtlich zu erklären. Von Stiftungen pflegte man zur Zeit der Redaction in den Lehr- und Handbüchern des Privatrechtes entweder gar nicht oder nur ganz beiläufig (z. B. beim sog. testamentum ad pias causas), also jedenfalls nicht ex professo zu sprechen. Daß sie juristische Personen seien, war noch nicht erkannt,¹⁾ und noch lange, nachdem es entdeckt worden, nicht allgemein anerkannt. Erst seit Heise's für die Systematik epochemachendem Büchlein²⁾ wurde es mehr und mehr Gebrauch, drei Arten von „juristischen Personen“ zu unterscheiden: Fiscus, Personen-Gesamtheiten, Stiftungen.³⁾ Noch in der achten Auflage seines Systems (1834) hat Thibaut keinen Platz für die Stiftungen, sondern nur in einer Note (§. 130 N. m) das ablehnende Wort: „Die sog. pia corpora ... sind wohl gewiß nicht immer eine moralische Person.“⁴⁾ Allerdings: nicht immer; denn „Stiftung“ nennt man auch eine Zuwendung an ein bereits bestehendes pium corpus oder eine bereits bestehende Anstalt (z. B. Schule), ferner Zuwendungen sub modo an Corporationen (Stipendien-Stiftungen durch Vermächtnisse an Stadtgemeinden, Cultusgemeinden, Universitäten ...). Da nun unsere Redactoren auch an diese Fälle gedacht haben,^{4a)} so erklärt auch dieses, warum sie die Stiftungen nicht bei §. 26 einge-reiht haben.

¹⁾ Nur Personen-Gesamtheiten sprach man juristische Persönlichkeit zu. S. z. B. Höpfner's Institutionen, 8. Aufl. S. 91: „Eine moralische Person besteht aus mehreren physischen Personen.“ Auf diesem Standpunkt stehen auch unsere Redactoren.

²⁾ Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts. 1. Aufl. 1807, 2. Aufl. 1816, 3. Aufl. 1819 (5. Abdruck 1834); in dieser f. S. 25—27.

³⁾ Vgl. B. Roth in Zhering's Jahrbüchern I. Bd. S. 189; Dernburg Preuß. Privatr. I §. 51 N. 17.

⁴⁾ So richtig dies „nicht immer“ ist, so ist es doch kein rechtfertigender Grund, die Stiftungen überhaupt von der Darstellung der juristischen Personen auszuschließen.

^{4a)} Wie aus dem Wortlaute des §. 646 verglichen mit Zeiller II S. 578 sich ergibt.

Ein Fortschritt gegenüber der gemeinrechtlichen Literatur war im preussischen Landrecht gemacht, welches in §. 42, II. Tit. 19 sagt: „Die vom Staate ausdrücklich oder stillschweigend genehmigten Armen- und Versorgungsanstalten haben die Rechte moralischer Personen.“⁵⁾ Im übrigen tritt auch hier die privatrechtliche Seite in den Hintergrund gegenüber der administrativen. Der cit. §. steht in dem 19. Titel: „Von Armenanstalten und andern milden Stiftungen“ und dieser in der zweiten Hälfte des II. Theiles,⁶⁾ welche (von einer Ausnahme abgesehen)⁷⁾ gar keinen privatrechtlichen Inhalt hat. Und so ist denn auch unser §. 646 nicht sowohl dazu da, die Stiftungen irgendwie zu normiren, als sie aus dem Civilgesetzbuch auszuschließen und den Leser auf die „politischen Verordnungen“ zu verweisen.⁸⁾

III. „Von den Substitutionen und Fideicommissen unterscheiden sich die Stiftungen.“ Auch dabei war es weniger um die Einschränkung der Verschiedenheit⁹⁾ zu thun, als um irgend einen Anlaß, die Stiftungen zu erwähnen und den Verdacht des Uebersehens und der Unvollständigkeit auszuschließen. Und da schienen die Fideicommissen wegen gewisser äußerer Aehnlichkeiten^{9a)} den schädlichsten Anknüpfungspunkt darzubieten. Man denke z. B. an ein Geld-Fideicommiss mit Senioratsfolge und andererseits einen Unterstützungsfond, aus welchem vor allem die Angehörigen einer bestimmten Familie Subsidien erhalten sollen, oder an ein Familien-Stipendium — und die Aehnlichkeit fällt Jedem auf.¹⁰⁾ Die innerliche Uebereinstimmung, die wahre civilistische Verwandtschaft zwischen Fideicommissen und Stiftungen kann nur von dem tief in das Wesen beider eindringenden Juristen erkannt werden, und wurde von unseren Redactoren nur geahnt. Darüber aber haben wir an anderer Stelle schon ausführlich gesprochen.¹¹⁾ Ein weiterer Umstand, der die Einreihung der Stiftungen an dieser Stelle erklärt, ist das Vorbild des preuß. L. R., das zwar nicht die Stiftungen überhaupt, wohl aber die Familien-Stiftungen (s. unser Gesetzb. §. 849)^{11a)} neben den Fideicommissen abhandelt. (II. Thl. 4. Tit. 2. und 3. Abschn.)¹²⁾ Eine

⁵⁾ Das Gesetz fährt fort: „Ihr Vermögen hat die Rechte der Kirchengüter“ (§. 43). „Dagegen sind sie bei den Geschenken und Vermächtnissen solchen Einschränkungen, wie die geistlichen Anstalten, nicht unterworfen“ (§. 44). — Als Prototyp aller Stiftungen haben wir die *pia corpora* zu betrachten, welche Jahrhunderte lang mit dem Kirchengemüthe im engsten Zusammenhange gestanden haben. Vgl. darüber den cit. Aufsatz von Roth; dann überhaupt dessen bayr. Civilrecht I §. 46 und System des deutschen Privatr. I §. 73.

⁶⁾ Im IV. Bande der officiellen Ausgabe.

⁷⁾ Wir meinen das (übrigens auch nicht rein privatrechtliche) Vormundschafts- und Pflégenschaftswesen.

⁸⁾ S. den Schlußsatz des §. 646.

⁹⁾ Namentlich zwischen Substitutionen und Stiftungen ist sie so auffällig, daß sich die Erwähnung der ersteren nur aus einem Rückblick auf den ganzen Inhalt des Hauptstückes erklärt. Der Gedankengang war: Mit der Fideicommiss-Substitution hat eine gewisse Aehnlichkeit die Fideicommiss-Stiftung, mit dieser zuweilen die Stiftung im technischen Sinne.

^{9a)} Z. B. daß hier wie dort ein „Stiftbrief“ errichtet wird; s. Zeiller bei §. 646.

¹⁰⁾ Vgl. Zeiller S. 528 §. 8 a. E. und S. 577 a. E. — Einen Fall einer ganz eigenthümlichen Verbindung einer Familien-Stiftung mit einem Familien-Fideicommiss erzählt Voglhuber S. 38, §. 21. Etwas ganz anderes ist die äußerliche Verbindung von Fideicommiss und Stiftung im Wege einer subsidiarischen Anordnung; s. z. B. Sammlung XVI Nr. 7117.

¹¹⁾ In dem Excursus über die Subjecte des Fideicommiss-Vermögens, insbes. Abs. V (S. 225 ff.).

^{11a)} Allerdings steht hier das Interesse einer Familie im Vordergrund; gleichwohl kann man ihnen nicht die Gemeinnützigkeit ganz absprechen, und wohl auch nicht die juristische Persönlichkeit.

¹²⁾ Vgl. Dernburg I, §. 374 a. E., Gengler Lehrb. des deutschen Privatr. (1854) I S. 242, Stobbe Handb. des deutschen Privatr. II S. 139 Abs. I und II. 3. — Es begreift sich daher ohne weiteres, daß die Redactoren auch durch die Erwähnung, daß Stiftungen durchaus nicht immer durch letztwillige Verfügungen begründet werden, nicht bestimmt wurden, dem §. 646 einen anderen Platz zuzuweisen. Standen einmal die Normen über Fideicommiss an dieser Stelle, von denen das eben Erwähnte nicht minder wahr ist, so mochten die Stiftungen unbedeutlich folgen.

Uebereinstimmung sah man auch in der Jugenz des Staates in Folge seines „Aufsichtsbrechtes“; zugleich aber constatirte man die wichtige Verschiedenheit, 1) daß die Stiftungen „in Hinsicht auf die Verwaltung der politischen, nicht, so wie Fideicommissse, der Gerichtsbehörde unterliegen“¹³⁾ — und 2) daß die Errichtung einer Stiftung zwar der behördlichen Genehmigung, aber nicht einer *lex specialis* bedarf.^{13a)} — Ein civilistischer Unterschied ist dieser, daß die Erträgnisse des Stiftungsvermögens zunächst der Stiftung gehören, die des Fideicommiss-Vermögens dagegen nicht dem Fideicommissse.

IV. Die Theorie der Stiftungen¹⁴⁾ werden wir in der Lehre von den juristischen Personen, bei §. 26 a. b. G. B., vortragen;¹⁵⁾ hier beschränken wir uns auf die Mittheilungen einiger gesetzlicher Vorschriften.¹⁶⁾

Hervorzuheben ist die a. h. Entschl. v. 15. Mai (Hffzd. v. 7. Juni) 1841 „hinsichtlich der Competenz der politischen und Justizbehörden in Stiftungssachen“.¹⁷⁾ Den Verwaltungsbehörden¹⁸⁾ steht darnach zu: die Entscheidung über die Annehmbarkeit der Stiftungen, ihre Abänderung und Aufhebung, Anlegung und Verwaltang des Stiftungsfonds, die Aufsicht über die Pflichterfüllung von Seiten der Begünstigten und überhaupt die Erfüllung der Stiftungs-Anordnungen, und die für den Richter präjudicirliche Entscheidung, ob sie erfüllt seien. Die Gerichte haben die Erfüllung der durch den Stiftungsact übernommenen (bez. einem Dritten auferlegten) Verpflichtungen von dem Stifter (bez. dem Dritten) zu erzwingen; ferner entscheiden sie, wenn aus einem privatrechtlichen Titel die Herausgabe eines bestifteten Vermögens angesprochen wird. Ueber Verleihungsrechte und Ansprüche auf den Genuß einer Stiftung hat der Richter nur dann zu erkennen, „wenn sie auf einem privatrechtlichen Titel beruhen, oder wenn es auf gerichtsmäßige Beweisführung ankommt“.¹⁹⁾

„Der Entscheidung der Gerichtshöfe I. Instanz sind vorbehalten: . . . b) Klagen, welche gegen . . . Stiftungen und alle Anstalten zu öffentlichen Zwecken . . . gerichtet sind,²⁰⁾ insoweit sie nicht einem besonderen Gerichtsstande (§. 31 ff.), einem Causalgericht oder der Realinstanz angehören“ (C. F. N. v. 1852; §. 14 lit. b). „Geistliche Gemeinden, Kirchen, Pfründen, Stiftungen und alle Anstalten zu öffentlichen Zwecken, als: Universitäten, Armenhäuser, Spitäler, unterstehen jenen

¹³⁾ Zeißler II S. 278.

^{13a)} Winiwarter III S. 172.

¹⁴⁾ Geschichte, Begriff und Arten, Errichtung (insbes. durch letzten Willen), Bedeutung der Staatsgenehmigung, Verhältniß zu den anderen juristischen Personen — kurz: was in den Lehr- und Handbüchern des gemeinen Rechts zur Sprache zu kommen pflegt.

¹⁵⁾ Spätere Leser seien daran erinnert, daß dieses Heft früher veröffentlicht wurde, als das den §. 26 enthaltende.

¹⁶⁾ Noch viel kürzer machen es die meisten älteren Bearbeiter des bgl. G. B. Zeißler fügt dem §. 646 nur wenige (hier mitgetheilte) Bemerkungen an; Linden, Kirchner, Stubenrauch in der I. Aufl. übergehen ihn mit Stillkneigen; in der 2. Aufl. begnügt sich St. mit der Nennung dreier (zum Theile veralteter) Werke, welche die einschlägigen Verwaltungsgesetze enthalten, Bafevi mit der Citirung einiger (nur mit ihren Datirungen angeführten) Gesetze, ohne irgend ein, ihren Inhalt auch nur andeutendes Wort. Einige Excerpte aus den „politischen Verordnungen“ gibt Winiwarter, mehrere Ellinger (7. Aufl. S. 304—306); ebenso Michel II S. 166—168; ausführlich ist auch hier der fleißige Nippel IV S. 271—282. — Aus der Sammlung gehören her: VI Nr. 2783, VII Nr. 3240, XVI Nr. 7117, welche bei §. 26 a. b. G. B. zu verwerthen sind.

¹⁷⁾ G. G. S. Nr. 541, S. 582. Abgedruckt bei Michel unter Nr. 1064, Ellinger bei §. 646, Mayerhofer Handbuch f. d. politischen Verwaltungsdienst II. Thl. (1876) S. 985.

¹⁸⁾ „Bei geistlichen Stiftungen einverständlich mit dem Ordinariate.“

¹⁹⁾ Bgl. hiezu Kandler Ztschft. f. Verw. 1868 Nr. 36.

²⁰⁾ Gilt im Bagatelverfahren nicht. Gef. v. 27. April 1873 (R. G. Bl. Nr. 66) §. 1.

Gerichten, in deren Sprengel sich der Sitz ihrer Verwaltung befindet.“ (Ebd. §. 25.)²¹⁾

„Fromme Vermächtnisse und Stiftungen sind in ihrer Einbringung und Einsetzung . . . (immer) von dem Fiskus zu vertreten“; weiterhin aber nur dann, wenn sie unter staatlicher Verwaltung stehen; sonst von den Privaten, Gemeinden oder Corporationen, denen die Verwaltung übertragen ist, jedoch unter der Oberaufsicht des Staates, „welcher stets als oberster Beschützer aller gemeinnützigen Anstalten zu betrachten ist.“ Ergibt sich aber ein Gegensatz zwischen der Stiftung und jenen zur Vertretung sonst berufenen Rechtssubjecten (den „Patronats- oder Vogt-Ordnungen“), so ist die Stiftung immer vom Fiskal-Ante zu vertreten. (Hfd. v. 13. Jän. 1821.)²²⁾

„Als oberste Stiftungsbehörde im Kronlande hat die Statthaltereie, insofern ihr Einfluß nicht durch ausdrückliche Bestimmungen der Stiftbriefe beschränkt ist, darauf zu halten, daß die letzteren (die Stiftbriefe) nach den gesetzlichen Vorschriften errichtet, das Stiftungsvermögen gehörig erhoben, sichergestellt und verwaltet, und die Stiftungsverbindlichkeiten genau vollzogen werden.“²³⁾ In erster Instanz obliegt die Ausübung des Aufsichtrechtes des Staates in diesen Richtungen den Bezirksbehörden.²⁴⁾ Rein kirchliche katholische Stiftungen verbleiben in der Verwaltung der kirchlichen Organe; über Zweifel hinsichtlich der kirchlichen Natur entscheidet in letzter Instanz der Kultusminister.²⁵⁾

„Fromme“ letztwillige Zuwendungen sind dem Statthalter von der Abhandlungs-Instanz anzuzeigen, bedeutende sogleich, geringere halbjährig (§. 84 Pat. v. 9. Aug. 1854). Vor ausgemiesener Bezahlung oder Sicherstellung frommer oder gemeinnütziger Legate darf die Einantwortung der Verlassenschaft nicht erfolgen. Die Ausfertigung des Stiftbriefes über solche Legate kann jedoch auch erst nach der Einantwortung geschehen (§. 159 ebd.).²⁶⁾

Von jedem Stiftbriefe sind drei Original-Exemplare anzufertigen: eines für den Stifter und dessen Erben, eines für die bestiftete Anstalt (bei geistlichen Stiftungen für die Kirchenverwaltung zur Hinterlegung in die Kirchencasse), eines für die Landesstelle (bez. das Ordinariat).²⁷⁾

Stiftungsgelder werden in der Regel in Staatspapieren, ausnahmsweise (namentlich wenn der Stifter es angeordnet hat) bei Privaten angelegt. Hierüber giebt es ausführliche Vorschriften.²⁸⁾

Die Vorschriften über die Verwaltung des Stiftungsvermögens, über die Verwendung der Einkünfte, die Verleihung von Stipendien und anderen „Stiftungen“,²⁹⁾

21) Stehen sie unter der unmittelbaren Verwaltung des Staates oder einer Gemeinde, so theilen sie das forum derselben (C. F. R. §. 25 i. f., §. 23 f.).

22) F. G. S. Nr. 1730 (S. 2).

23) Min. Vdg. v. 19. Jän. 1853, f. Michel Nr. 1062, 1061.

24) S. darüber Mayerhofer I S. 191 und 197.

25) Gef. v. 7. Mai 1874 (R. G. Bl. Nr. 50) §. 47.

26) Stimmt mit dem älteren Rechte überein; f. Hfd. v. 12. Juli 1822. F. G. S. Nr. 1880. — Bei jeder frommen Stiftung müssen mit dem Capitale auch die von dem Todestage des Stifters zu berechnenden Zinsen gemäß §. 685 bgl. G. B. abgeführt werden. Hfd. v. 12. Juli (bez. Hfd. v. 27. Juni) 1822, F. G. S. Nr. 1880, S. 110 i. f.

27) Hfd. v. 14. Juni 1760, Hfd. v. 16. Decbr. 1819. Näheres über die Ausfertigung der Stiftbriefe f. bei Mayerhofer II S. 981, Ellinger bei §. 646. — Seit die geistliche Vermögensverwaltung autonom gestellt wurde, ist die Ingerenz der politischen Behörde bei der Verfassung, Prüfung und Genehmigung der Stiftbriefe für geistliche Stiftungen außer Wirksamkeit getreten; f. Mayerhofer a. a. O. — Militär-Stiftungen stehen unter der Aufsicht des Kriegsministeriums (f. Ellinger bei §. 646 a. E.), Schulstiftungen unter der des Orts- und Bezirksschulrathes.

28) S. Michel Nr. 417, 431, 432; Ellinger S. 305; Mayerhofer S. 983 ff.

29) Wir machen hier beiläufig auf die Vieldeutigkeit dieses Wortes aufmerksam. Abgesehen von „Stiftung eines Fideicommisses“ u. dgl. und innerhalb der Materie des §. 646 bedeutet „Stiftung“: a) der Act der Gründung, b) die Schöpfung des Stifters

x 1.000 / h. nat a 4 2011 76 2 498, R 175

die Ansprüche darauf (s. auch §. 221 a. b. G. B.) liegen der Aufgabe dieses Werkes zu fern.³⁰⁾ Hier ist nur noch daran zu erinnern, daß der §. 1472 auch Stiftungen zu Gute kommt.³¹⁾

Fünftes Hauptstück.

Von Vermächtnissen.*)

Dieses Hauptstück entspricht im Großen und Ganzen dem XIII. Hauptstück des Westg. G. B., und zwar auch in der Gliederung, indem einer Reihe von Auslegungsregeln (§§. 655—683) einige Paragraphen von allgemeinerer Bedeutung vorangehen (§§. 647—654), andere ihr nachfolgen (§§. 684—694); der besondere Theil der Vermächtnisse bildet, so zu sagen, ein Infortiatum mitten in dem allgemeinen Theile, und in diesem besonderen Theile wieder findet sich eine Reihe ganz besonderer Auslegungsregeln für einzelne Ausdrücke, zur Bezeichnung theils der zugewendeten Objecte (§§. 672—680), theils der bedachten Subjecte (§§. 681—683). Dieses „Wörterbuch“ erinnert an das 33. und 34. Buch der Digesten.¹⁾ Im Einzelnen ist die Anordnung des Stoffes von Zeiller geändert, was sich am einfachsten aus der Vergleichung der Marginalien mit der von Zeiller (S. v. 19. März 1804) entworfenen Uebersicht über den Inhalt des XIII. Hauptstückes des Westg. G. B. ergibt. Sie lautet: „a) Von wem, welchen Personen etwas legirt, und wem die Entrichtung des Legates aufgetragen werden könne (§§. 437—441);^{1a)} b) wann dem Legatar das Recht auf das Legat anfalle, und ob es ein dingliches oder persönliches Recht sei (§§. 442—445). c) Nähere Bestimmungen von einigen Arten der Vermächtnisse (§§. 446—466); d) Auslegungsregeln in zweifelhaften Fällen und Anwendung derselben auf einige Arten der Vermächtnisse (§§. 467—471); e) wann die Entrichtung des Vermächtnisses gefordert werden könne (§§. 472—475); f) wie der Legatar ein Pfandrecht erhalte (§§. 476, 477); g) wem das erledigte Legat zufalle (§. 478); h) wann die Vermächtnisse einem Abzug unterliegen (§§. 479—482).“²⁾ — Ueber die Stellung unseres Hauptstückes im System des Gesetzbuchs s. oben S. 211.

d. h. das Vermögen und die lex dicta (Verfassung); c) das dem einzelnen Destinatar aus der Verleihung erwachsende Recht (ähnlich, wie man sagt: „A hat das B.'sche Stipendium“), und wohl auch d) die einzelne ihm gebührende oder verabsolgte Rate.

³⁰⁾ Wir verweisen deshalb zur Ergänzung unserer Skizze auf Mayerhofer II S. 980—987, und die (freilich theilweise veraltete) Darstellung Nippel's bei §. 646. Eine ausführliche Darstellung geben auch diese nicht; eine solche kann nur in Specialwerken über diese Materie (s. Stubenrauch's Citate) gesucht werden.

³¹⁾ S. Unger System I §. 44 Note 21 und II §. 120 S. 414.

*) Literatur: a) österr. R. Es gibt keine monographische Bearbeitung dieser Materie; aus Unger's Werke gehören her die §§. 54—76; b) preuß. R.: wie im preuß. R., so ist folgeweise auch bei Gruchot unsere Materie an verschiedenen Orten behandelt, zum größten Theil jedoch am Ende des I. und am Anfang des II. Bandes (I S. 555—II S. 74); c) gemeines R. Das Meisterwerk von Arndts Die l. v. d. Vermächtnissen (3 Bde., den 46., 47., 48. Bd. des Glück'schen Commentars bildend, 1868—1878) blieb leider! unvollendet. Eine gedrängte Darstellung hat der Vf. schon früher gegeben; sie steht als Art. „Legat“ im Rechtslexikon VI S. 279 ff. (auch in den civil. Schftn. II S. 418 ff.). Sonst kommen in Betracht: M. S. Mayer Die Lehre v. d. Legaten und Fideicommissen (1854, unvollendet), Kopschirt D. l. v. d. Vermächtnissen nach röm. R. (2 Theile. 1835), und aus der Zeit der Redactoren: Westphal Hermeneutisch-system. Darstellung der Rechte (sic) von Legaten und Fideicommissen. (2 Bde. 1791.)

¹⁾ Näheres über die Anreihung der §§. 656—683 s. bei §. 655 Abs. VII.

^{1a)} Im Protokoll sind die Ziffern gedankenloser Weise so angegeben: 437—442; 442—5; 445—467; 467—472; 472—6; 476—7; 478; 478—482.

²⁾ Unrichtig; denn §. 482 entspricht dem jetzigen §. 694.

Das römische Recht kennt Einzel-Vermächtnisse und Universal-Vermächtnisse. Die letzteren sind im Nachberbenrecht aufgegangen; mit der vollständigen Ausbildung der successiven Erbfolge mußten sie verschwinden; der Universal-Fideicommissar ist im österr. R. nicht heredis loco, er ist heres.³⁾ Demnach sind alle Vermächtnisse unseres Rechtes Einzel-Vermächtnisse. Die Römer unterschieden legata und fideicommissa. Beide Eintheilungen durchkreuzen sich: Universal-Vermächtniß⁴⁾ ist nicht bloß das fideicommissum hereditatis, sondern auch die *partitio legata*,⁵⁾ welche freilich später von jenem verdrängt wird. Die Legate gehören dem alten Civilrecht, die Fideicommissa dem *ius extraordinarium* der Kaiserzeit an.⁶⁾ Mit dem Untergang des *ordo iudiciorum privatorum* verschwand der Unterschied in der processualischen Geltendmachung; und auch die anderen Unterschiede verschwanden mehr und mehr (einige schon in früherer Zeit), indem für die Legate eine mildere, für die Fideicommissa eine strengere Behandlung sich geltend machte als früher, so daß die Annäherung eine gegenseitige war.⁷⁾ Justinian beseitigte vollends jeden Unterschied und bestimmte, daß für jedes Vermächtniß die günstigeren Rechtsätze gelten sollten,⁸⁾ und dies sind meistens die ursprünglich für die Fideicommissa aufgestellten.⁹⁾ Die Unterschiede zwischen den vier alten Legatformen¹⁰⁾ hatten seit dem S. C. Neronianum mehr und mehr an Bedeutung verloren; im Justinianischen Rechte gibt es nur zwei Arten von Einzel-Vermächtnissen: solche, die bloß obligatorisch wirken, und solche, welche eine dingliche Wirkung haben (*Vindicationislegata* im modernen S.), neben welcher aber auch der persönliche Anspruch gegen den Dnerkten besteht. Ob das eine oder das andere der Fall ist, hängt aber nicht mehr von formellen Voraussetzungen ab, sondern vom Willen des Testators und seinem rechtlichen Verhältniß zu dem legitirten Object. Im österr. R. gibt es nur obligatorisch wirkende Vermächtnisse (s. bei §. 684).

So ist an die Stelle eines vielfach verschiedenen ein einfaches Vermächtniß-Recht getreten. Alle erwähnten Eintheilungen gelten für uns nicht, es gibt überhaupt nur ein Vermächtniß. Ist dies Fortschritt oder Verarmung? — Ueber die Umwandlung des *fideicommissum hereditatis* in eine wahre Nacherbsfolge haben wir uns schon an anderer Stelle ausgesprochen.¹¹⁾ Der Unterschied von *legatum* und *fideicommissum* mußte mit dem römischen Formalismus absterben. Das *legatum*

3) S. Commentar II S. 210 ff., 228 ff.; vgl. auch Excurse II S. 186 ff.

4) Wenn man (wie doch wohl allgemein geschieht) das Wort „Universal-Vermächtniß“ auf das Object (Nachlaß als Ganzes, wenn auch nicht ganzer Nachlaß) bezieht, dann ist auch das *legatum partitionis* ein Universal-Vermächtniß; wenn man dagegen dies Wort zugleich auf die Wirkung (Universal-Succession) beziehen wollte, dann wäre das *leg. part.* nicht darunter zu befragen; dann wäre aber auch das *fideicommissum hereditatis* vor dem S. C. Trebellianum (und theilweise wieder seit dem Pegasianum bis auf Justinian) kein Universal-Vermächtniß gewesen. — Ueber eine andere, mit jener zusammenhängende terminologische Frage s. Arndts Vermächtnisse I S. 87.

5) Vielleicht kam nach dem alten Rechte (vor der l. Voconia und der l. Falcidia) auch ein *legatum hereditatis* vor, wo der ganze Nachlaß herauszugeben gewesen wäre. S. Arndts Vermächtnisse I S. 21 f.

6) Ueber die Unterschiede zwischen beiden s. Arndts a. a. O. S. 43—51.

7) Ueber diese Ausgleichung s. a. a. O. §. 1517 c (S. 51 ff.).

8) L. 1, 2. Cod. commun. de leg. et fid. VI, 43, deren Interpretation sich am zulezt citirten Orte findet.

9) Allgemein wird gelehrt, daß dort, wo ein Widerspruch zwischen den Grundsätzen über Legate und denen über Fideicommissa bestehe, die letzteren den Vorzug haben (z. B. Arndts I S. 75). Dies ist in sofern nicht vorsichtig ausgedrückt, als es zu einer Verneinung aller dinglichen Wirkung der Vermächtnisse zu führen scheint, woran natürlich kein Sachkundiger denkt. Im Gegentheil kann seit Justinian ein Vermächtniß, selbst wenn es als *fideicommissum* bezeichnet wäre, auch dingliche Wirkung haben, wenn die übrigen Voraussetzungen dafür vorhanden sind. S. Arndts Pand. S. 560, A. 1.

10) Ueber sie Arndts Vermächtnisse I S. 15 ff.

11) Excurse II S. 186 ff.

sinendi modo und das per praeceptionem hingen mit römischer Sprache und Sitte auf das engste zusammen und konnten sie nicht überdauern. Es fragt sich also nur, ob die Beseitigung der Vindicationslegate (im modernen S.) zu billigen sei oder nicht; die Antwort hierauf werden wir bei §. 684 geben. Wie dem aber auch sei, jedenfalls sieht man auch hier, daß „in der Culturgeschichte durchaus nicht als allgemeines Entwicklungsgesetz die fortschreitende Differenzirung gilt, sondern mindestens ebenso häufig die Erscheinung fortschreitender Ausgleichung ist“. ¹²⁾ — Und so sind denn im österr. Rechte sogar Vermächtniß und Erbeinsetzung einander sehr angenähert, wie bei §. 647 gezeigt wird.

Daß die lateinische Sprache zur Zeit Justinian's nicht mehr fähig war, ein neues Wort für das einheitliche Vermächtniß zu bilden, ¹³⁾ versteht sich von selbst. Es ist nach dem oben Gesagten ganz unbedenklich, im österr. R. „Legat“ und „Vermächtniß“ als gleichbedeutend zu gebrauchen; noch mehr aber empfehlen sich durch Kürze die Ausdrücke „Legatar“ statt „Vermächtnißnehmer“, „Sublegatar“ für „Astervermachtnißnehmer“. ¹⁴⁾ An die specifisch römische Bedeutung von legatum wird dabei Niemand denken; übrigens wurde dies Wort schon von den Römern zuweilen in weiterer Bedeutung genommen. ¹⁵⁾ Viele gemeinrechtliche Schriftsteller gebrauchen „Legat“ für „Einzelvermachtniß“, „Fideicommiß“ für „Universal-Fideicommiß“, und es läßt sich dieser bequeme Sprachgebrauch nach dem oben Gesagten immerhin rechtfertigen. In Oesterreich gebraucht man den Ausdruck „fideicommissarische Substitution“ oder „fideicommissarische Erbschaft“ und denkt bei „Fideicommiß“ an „Familien-Fideicommiß“ (s. §. 618). Manche ältere gemeinrechtliche Schriftsteller beziehen den Ausdruck „Singular-Fideicommiß“ auf den Fall, wenn ein vermachtes

¹²⁾ Hofmann in Grünhut's Ztschft. VIII S. 590.

¹³⁾ Das Wort „relictum“ geht überhaupt auf das letztwillig Zugewendete, auch auf den Erbtheil; Arndts I S. 7 Note 10.

¹⁴⁾ Der Vorschlag des niederösterr. A. G., überall nur der deutschen Ausdrücke „Vermächtniß, Vermächtnißnehmer, Erblasser“ sich zu bedienen, blieb mit Recht unbeachtet. Die Redactoren bewährten hier ein feines Sprachgefühl: einerseits kommt nie das Wort „legiren“, andererseits sehr selten (S. 535, 650) der schleppende Ausdruck „Vermächtnißnehmer“ vor; „Vermächtniß“ kommt fast dreimal so oft als „Legat“ vor; letzteres meist zur Vermeidung der Eintönigkeit (s. §. 650, 665, 686 . . .).

¹⁵⁾ Wir können in der Geschichte dieses Wortes fünf Zeiträume unterscheiden. Ursprünglich bedeutete legare (vgl. lex): letztwillig anordnen (l. 120 D. de V. S. 50, 16). Die spätere engere Bedeutung wird aus dem Aufkommen des testam. per aes et libram erklärt. Die Erbeinsetzung erfolgte hier nicht in der Form eines Befehles, sondern einer Veräußerung, wobei (wie dies überhaupt römische Art war) der Erwerber (familiae emtor) die Initiative ergriff. Nur die anderen Zuwendungen (Vermächtnisse) stellten sich noch als vom Veräußerer gegebene Aufträge (lex mancipii), vom f. emtor übernommene Verpflichtungen dar. S. Arndts I S. 9–13. Darum konnten nur dem Testaments-Erben, nicht auch dem Legatar Legate auferlegt werden; darum mußte das Testament mit der Erbeinsetzung beginnen und war das vorangestellte Vermächtniß ungültig. [Der umgekehrte Gebrauch — die Vermächtnisse voranzustellen und mit den Erbeinsetzungen zu schließen — wird für seine Zeit von Zeiller II S. 584 bezeugt und erklärt.] Für die Zeit der Republik kann man „legatum“ kurzweg mit „Vermächtniß“ übersetzen; seit dem Aufkommen der fideicommissa nicht mehr (und dieses ist die dritte Periode). Je mehr die Unterschiede zwischen diesen abgeschwächt wurden, um so weniger ängstlich war man in dem Gebrauche des Wortes legatum, das nun wieder selbst von den Rechtsgelehrten in einer weiteren Bedeutung gebraucht wurde. Zwar mag der Ausspruch von Paulus in l. 87 D. de leg. III immerhin bedeutet haben: „was in der l. Julia et Papia von legata gesagt ist, gilt nun auch von den fideicommissa und m. c. donationes“ (die Stelle ist nämlich dem Commentar zu jenem Doppelgesetze entnommen); aber im Sinne der Justinianischen Compiler ist der Satz so allgemein zu verstehen wie er lautet: Et fideicommissum et mortis causa donatio appellatione legati continetur. Und so sagt denn schon Pomponius (lib. I. fideicommiss.) unbedenklich: Saepe legatum plenus restituatur fideicommissario etc. (L. 16. D. de leg. III). Endlich liegt in der Justinianischen Reform die Rechtfertigung des modernen Sprachgebrauchs (fünfte Periode), welcher die Worte „Legat“ und „Vermächtniß“ als gleichbedeutend gebraucht.

Gut zuerst von Einem erworben werden und von diesem auf einen Anderen übergehen soll.^{15a)} Damit hängt es zusammen, daß Zeiller (II S. 502 und S. 587) die fideicommissarische Substitution in ein Vermächtniß „Particular-Fideicommiss“ nennt. In früheren Jahrhunderten nannte man auch in Oesterreich letztwillige Verfügungen „Geschäf(ſ)te“ (Geschäftiger = Testator);¹⁶⁾ besonders nannte man auch Vermächtnisse so, was sich aus dem Inhalt der ältesten letztwilligen Vergabungen von selbst erklärt. Ebenso hatte das Wort „Vermächtniß“ noch im vorigen Jahrhundert bald die engere, bald die weitere Bedeutung,¹⁷⁾ im jetzigen bürgerlichen Gesetzbuch hat es nur die engere (s. Comm. II S. 10).

Mit den Worten „Vermächtniß“ und „Legat“ bezeichnet der allgemeine Sprachgebrauch und ebenso der des Gesetzes bald die Anordnung¹⁸⁾ — und dies ist die technische Bedeutung —, bald deren Inhalt,¹⁹⁾ deren Object,²⁰⁾ deren Wirkung, nämlich das daraus dem Legatar erwachsende Recht,²¹⁾ ja zuweilen die vermachte Sache in Beziehung zu extranei;²²⁾ in vielen Fällen endlich geht das Wort auf mehrere jener Bedeutungen zugleich.²³⁾

Unsere Redactoren haben die Definition des Vermächtnisses in das 8. Hauptstück, welches als allgemeiner Theil des Erbrechtes gedacht war, gestellt, damit die nahestehenden Begriffsbestimmungen von Erbrecht im subj. S. (S. 532) und Vermächtniß (S. 535) einander verdeutlichen möchten. Wir aber müssen den §. 535 hier am Eingange in das 11. Hauptstück erläutern, da dieses Hauptstück behandelt, was jener Paragraph definiert. Er erläutert den „Unterschied zwischen Erbschaft und Vermächtniß“ in folgenden Sätzen:

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

I. Grundlage für seine Redaction war §. 333 Westgal. G. B. II:

„Wird, sondern nur ein Erbstück, eine Summe, oder ein Recht vermacht; so heißt es ein Legat, ein Vermächtniß; und derjenige, dem es vermacht ist, heißt nicht Erbe, sondern Legatar, oder Vermächtnißerbe.“

15a) Arndts I S. 87.

16) S. andere ähnliche Ausdrücke in den Excursen II S. 109 Note 1.

17) Bloß tautologisch ist der Ausdruck „Vermächtnisse und Legate“ in §. 437 Westg. G. B. II.

18) S. z. B. §§. 647 („Giltigkeit eines Vermächtnisses“), 655.

19) S. z. B. §. 673 („Maß der Vermächtnisse“).

20) Z. B.: „Er hat dieses Vermächtniß nicht erhalten“; „ein großes, ein kleines Vermächtniß“; s. auch §. 685 „fromme Vermächtnisse können sogleich gefordert werden“. Vgl. §. 6 preuß. L. R. I 12: „Einzelne bestimmte, in einem Test. od. Cod. Jedemdem hinterlassene Sachen oder Summen werden Legate oder Vermächtnisse genannt.“

21) „Sein Vermächtniß geltend machen, es vererben, es ablehnen . . .“ (vgl. z. B. §§. 650, 689).

22) Z. B. §. 659 „das Legat bestimmen“ = die Sache auswählen (öfter steht „Legat“ oder „Vermächtniß“ in diesem Sinne im Westg. G. B. II, z. B. §. 445—447.) §. 725: „. . . wenn die Veräußerung des Legates auf gerichtliche Anordnung geschehen . . . ist, so besteht das Legat.“ Warum klingt dieser Satz so schlecht? Einmal, weil dasselbe Wort darin in zwei verschiedenen Bedeutungen vorkommt (der gleiche Redactionsfehler wie in §. 645 pr.); dann aber auch, weil mit „Legat“ die vermachte Sache sonst nur in Beziehung auf die Subjecte der Vermächtniß-Anordnung bezeichnet wird, hier aber in Bezug auf extranei. Wenn ich eine Sache verschenke, verkaufe, verpfände, so ist dafür die Thatfache, daß sie Jedemdem letztwillig zugedacht war, so gleichgiltig, daß es kaum Jedemdem einfallen wird, zu sagen: „ein Legat verschenken, verkaufen, verpfänden“.

23) Ja man kann sagen, daß ein so schillernder Sprachgebrauch der vorherrschende ist. Die Bedeutungen in Nr. 19 und 20 sind ohnehin meist schwer zu scheiden; wenn

Die Wiener Facultät fragte, ob man von der bisherigen Gewohnheit abgehen wolle, nach welcher ein Erbe auch in parte quanta eingesezt werden könne? Hierauf antwortete Zeiller (in der S. v. 2. Januar 1804): „weiter unten“ werde gesagt werden, daß der „dem man eine gewisse Summe (partem quantam) hinterläßt, so groß sie auch sein möge, kein Erbe sei“; deshalb möchte er an diesem §. nichts ändern, nur die Worte „Erbstück“ und „Vermächtniß-Erbe“, und damit alle Vermengung der Begriffe „Vermächtniß“ und „Erbchaft“ vermeiden.²⁴⁾ Bei der Super-Revision (S. v. 30. Novbr. 1809) wurde auf Wunsch Pflieger's eingeschaltet: „eine oder mehrere Sachen von gewisser Gattung“. Daß man statt „vermacht“ sezte „zugedacht“,^{24a)} hängt damit zusammen, daß man dieses Wort fortan nur im engern S. gebrauchte (s. diesen Commentar II S. 10), wo es dann in einer Definition von „Vermächtniß“ anstößig erschien.

II. Die Erbfolge ist Nachfolge in die rechtliche Herrschaft über ein Vermögen als Ganzes (in das dominium hereditatis); der Antheil eines Miterben muß daher mit begrifflicher Nothwendigkeit ein ideeller oder aliquoter sein (s. oben S. 9).²⁵⁾ Daraus folgt aber nicht, daß die Erbsezung schon ihren Worten nach auf eine Quote gehen müßte; es braucht gar kein Theil angegeben zu sein (s. SS. 555, 557 ff.) und es kann eine mangelhafte Anordnung durch Umrechnung von Werthproportionen auf Quoten corrigirt werden (s. oben S. 14 Abs. II und R. 4, und S. 64); doch darf dieses nur dann geschehen, wenn der Wille, den Verufenen zum Repräsentanten (Universal-Successor) zu haben, außer Zweifel steht; sonst ist überall, wo die pars certa keine pars quota ist, ein Vermächtniß anzunehmen.²⁶⁾ So namentlich, wenn Jemandem eine Nachlasssache oder ein Recht aus dem Nachlasse zugewendet ist, oder wenn mehrere solche Sachen oder Rechte es sind. Es braucht aber das Vermachte gar nicht ein Bestandtheil des Nachlasses zu sein, so wenn Geldsummen oder Quantitäten vertretbarer Sachen vermacht sind, bei denen es ganz gleichgültig ist, woher der Dnerirte sie beschafft; oder wenn Dieser seine eigene Sache dem Legatar überlassen, oder die Sache eines Dritten von Diesem ihm verschaffen soll. Da bei uns alle Vermächtnisse zunächst bloß einen obligatorischen Anspruch erzeugen, so ist unser Vermächtniß nicht sowohl ein legem dicere rei suae, als ein legem dicere

man sagt: „ich fordere mein Vermächtniß ein“, so fließen die Bedeutungen von R. 20 und 21 in einander; wenn es in §. 668 heißt: „Unter dem Vermächtniß aller ausstehenden Forderungen sind . . . begriffen“, so verbinden sich dabei die Bedeutungen von R. 18 und 19; sagt man „ich will dieses Vermächtniß nicht geltend machen“, so geht das auf die Anordnung und zugleich auf das Recht des Sprechenden u. s. w.

²⁴⁾ Wahrscheinlich ist hier das Protokoll stüchtig und unvollständig geführt. Kaum wird Zeiller auf die Nennung der „Summe“ sich beschränkt haben. Wir erfahren nicht, wann man beschloffen hat, jenen Zusatz statt „weiter unten“ gleich hier einzuschalten.

^{24a)} In dem Textmanuscript, welches der Super-Revision zu Grunde lag, ist die von Pflieger vorgeschlagene Einschaltung unzweifelhaft Correctur in dem damals mit 528 bezifferten §.; dagegen heißt es weiter in diesem §. noch: „Recht vermacht; so heißt es“. In der „Druckabschrift“ (Comm. I S. 110 f., R. 132) ist „das Zugedachte“ corrigirt aus „es“.

²⁵⁾ „Ein in Beziehung auf das Ganze bestimmter Theil derselben (d. h. der Verlassenschaft), z. B. die Hälfte, ein Drittheil“ (§. 532). Dasselbe ist gemeint mit der nicht glücklichen Redemendung in §. 535: „solcher Theil, der sich auf den ganzen Nachlaß bezieht“ (soll heißen: auf den Nachlaß als Ganzes). Vgl. Zeiller II S. 381: . . . „einen solchen (Quot-) Theil . . . welcher nur durch eine Beziehung auf das Ganze, ohne eine nähere Bezeichnung der Gegenstände oder Stücke, bestimmt wird“. Vgl. auch §. 455 preuß. R. II 1: „ein in Verhältniß gegen das Ganze bestimmter Theil (pars quota) des Nachlasses“.

²⁶⁾ S. Zeiller II S. 388: „Der Unterschied zwischen Vermächtniß und Erbrecht hängt also weder von der Größe des Jemandem zugedachten Nachlasses, noch vom Ausdruck ab, unter welchem er von dem Erblaffer berufen worden ist.“ Ein großes Beispiel s. in der Sammlung IV Nr. 1529. Vgl. auch Kirchstetter zu §. 531 ff.

heredi, nicht sowohl eine Verfügung über Nachlassstücke,²⁷⁾ als eine auf den Erbtheil oder das Legat gelegte Last, durch welche der Werth der Honorirung geschmälert wird (vgl. S. 396 Abf. I).²⁸⁾

Das Vermächtniß läßt sich für das österreichische Recht leichter definiren als für das römische; denn wir haben nur eine Art von Vermächtnissen, und haben insbesondere (selbstverständlich) weder ein Vermächtniß der Freiheit, noch ein Vermächtniß der Erbschaft.

III. Vermächtniß^{28a)} ist eine letztwillige Honorirung, die keine Berufung zur Universal-Succession enthält.

Den Begriff „*letztwillig*“ haben wir oben (S. 61) erklärt. In dem Begriffe „*Honorirung*“ ist der Vermögens-Vortheil und die Begünstigungs-Absicht enthalten. Durch die negative Aussage („*keine Universal-Succession*“) ist das Vermächtniß von der Erbeinsetzung unterschieden. Nicht entfernt ist aber damit gesagt, daß durch das Vermächtniß eine Singular-Succession mortis causa begründet werde. Diese weitverbreitete Vorstellung ist unrichtig; noch unrichtiger, wenn man sagen wollte: Vermächtniß ist überall vorhanden, wo eine Singular-Succession mortis causa eintritt. Denn es gibt Fälle von Singular-Succession m. c., die nicht auf dem letzten Willen, sondern auf Gesetz beruhen,²⁹⁾ also keine Vermächtnisse sind;³⁰⁾ wie es hinwieder Vermächtnisse gibt, bei denen man überhaupt nicht von Succession³¹⁾ oder doch nicht von Succession nach dem Erblasser³²⁾ reden kann.³³⁾ Wir aber sagen nicht „*Singular-Succession*“, sondern betonen die Verneinung „*keine Universal-Succession*“. Darin, nicht in der Größe oder dem Werthe des Zugewendeten liegt der Unterschied zwischen Erbtheil und Vermächtniß; er ist also ein qualitativer, nicht ein quantitativer. Mag der Honorirte einen noch so großen Theil des Vermögens erhalten,³⁴⁾ wenn dies nicht ein quoter Theil, also ein Antheil am *dominium hereditatis* ist, so repräsentirt (S. 547) Jener den Verstorbenen nicht, „*sondern ist nur als ein Vermächtnißnehmer (Legatar) zu betrachten*“. Dies gilt auch von Demjenigen, welchem bloß der Nießbrauch am Nachlasse oder einer Quote desselben, sowie von Dem, welchem eine

²⁷⁾ Man pflegt zu sagen: das Vermächtniß sei eine Zuwendung „*mittelbar* oder *unmittelbar* aus dem Vermögen des Erblassers, also auf Kosten der Erbschaft“. Vgl. z. B. Arndts S. 541; Unger S. 54 „*Vermögensvortheil aus seinem Nachlaß*“, . . . „*Gabe aus der Erbschaft oder auf Kosten derselben*“. Diese Hinweisung auf die Provenienz, die ohnehin mit den Worten „*mittelbar*“, „*oder auf Kosten*“ zugleich wieder aufgehoben ist, hat keinen Werth. Sie ist herkömmlich geworden durch das bekannte Wort: „*Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit.*“ (L. 116 pr. D. de leg. I.) Diese etwas handgreifliche Darstellung mag als populäre hingehen; zutreffend ist sie nur für die einfachsten ursprünglichen Verhältnisse, und ganz wörtlich passend eigentlich nur für Vindicationslegate. Vgl. Arndts Vermächtnisse I S. 17 f.

²⁸⁾ Absolut nothwendig ist dies nicht. Es lassen sich Legate denken, durch welche der Honorirte nicht reicher, des Dnerirten Antheil nicht geschmälert wird. Aber diese, in der Theorie zu viel besprochenen Fälle kommen in Wahrheit fast niemals vor, und es ist nicht zu rechtfertigen, mit Rücksicht auf sie eine ganz farblose leere Begriffsbestimmung zu geben. Darüber wird in den Excursen gehandelt.

^{28a)} Ueber die weitere Bedeutung, welche dies Wort zuweilen im Westg. G. B. hat, s. oben S. 10.

²⁹⁾ S. Kunze (2. Aufl.) Excursus S. 832, Excursus S. 383 N. 12; Schiffner Vermächtniß-Begriff S. 29 ff.

³⁰⁾ Der oft gebrauchte Ausdruck „*gesetzliches Vermächtniß*“ enthält eine *contra-dictio* in adiecto. Vgl. auch S. 694. Richtig Ellinger zu S. 535.

³¹⁾ Z. B. Fälle, wo der Dnerirte zu einem *facere* verpflichtet wird.

³²⁾ Z. B. Vermächtniß einer Sache des Erben.

³³⁾ Vgl. überhaupt Arndts Vermächtnisse I S. 85, Hartmann Begriff und Natur der Vermächtnisse S. 5, Schiffner S. 15.

³⁴⁾ Dieses sagt in unhöflicher, aber doch nicht mißzuverstehender Stylisirung der Passus in S. 535 „*das Zugedachte, obschon dessen Werth den größten Theil der Verlassenschaft ausmacht*“ (vgl. oben, Abf. I, die Worte des Ref. „*Summe, so groß sie auch sein möge*“). (Dies gegen Schiffner S. 13.) Vgl. die Stelle aus Zeiller in N. 26.

Quote am Rein-Nachlasse zugewendet ist.³⁵⁾ Der Testator kann auch eine ihm angefallene Erbschaft vermachen.^{35a)}

Alles dies ist mit so viel Klarheit und Schärfe, als man von einem populär gehaltenen Gesetze erwarten kann, in §. 535 (verglichen mit §. 532) ausgesprochen.³⁶⁾ Eine Prüfung dieser Definition (§. 635), sowie eine genauere Analyse des Vermächtniß-Begriffes werden wir in einem eigenen Excurs geben.³⁷⁾

IV. Zwar haben wir Modernen kein Verständniß mehr für die Ehre der Erbeinsetzung, und sehen mehr auf den Werth als die Form der letztwilligen Bedeutung.³⁸⁾ Gleichgültig ist es aber auch für unser österreichisches Recht keineswegs, ob man eine unklare testamentarische oder bestrittene gesetzliche Anordnung (z. B. §. 757, §. 774) als Erbtheil oder Vermächtniß (bez. gesetzliche Singular-Succession) erklärt. Denn nur der Erbe erwirbt das Zugewendete unmittelbar vom Verstorbenen (s. §. 684); nur er tritt zu den Gläubigern und Schuldnern in ein direktes Verhältniß (§. 547, §. 548), hat im Zweifel die Legate zu entrichten (§. 649),³⁹⁾ gewinnt beim Wegfall eines ex incerta parte Eingesezten (§. 560 ff.) u. dgl. In gewissem Sinne gehen die Legatäre den Erben vor (§. 690), in einem anderen Sinne stehen sie ihnen nach (§. 726).⁴⁰⁾ In vielen Beziehungen dagegen unterliegen Erbeinsetzung und Vermächtniß den gleichen Grundsätzen (s. unten bei §. 647 Abs. III).

Von wem, wie und wem legiret;

§. 647.

Zur Gültigkeit eines Vermächtnisses (§. 535) ist nothwendig, daß es von einem fähigen Erblasser,⁴¹⁾ einer Person, die zu erben fähig ist, durch eine gültige letzte Willenserklärung hinterlassen werde.

I. Redaction: Der §. 437 Westg. G. B. lautete:

Was von letztwilligen Verordnungen überhaupt gilt, das gilt auch insbesondere von Vermächtnissen und Legaten. Sie beruhen ebenfalls auf der Fähigkeit zu testiren und zu erben, und können sowohl in Testamenten als Codicillen selbst die Miterben voraus bestimmt werden.

Der gegenwärtige Text, dessen Vorzüge dem eben mitgetheilten gegenüber so augenfällig sind, ist von Zeiller verfaßt und wurde in der S. v. 19. März 1804 nach kurzer Verathung (der Vicepr. und Hofr. Michen wünschten die Nennung der Testamente und Codicille beibehalten) angenommen. Nur die Worte „gültige letzte“ (anstatt „rechtliche“) Willenserklärung sind eine spätere Verbesserung.

³⁵⁾ Vgl. Unger §. 54 und die dort in Anm. 3 Citirten; dann ebd. N. 4. Unrichtig Rippel IV S. 7 f., Basevi, dessen Bemerkungen zu §. 535 überhaupt durchaus verfehlt sind; richtig Winivarter III S. 8. Stubenrauch bei §. 535 Z. 4.

^{35a)} A ist Erbe des Z, und vermacht diese Erbschaft, die offenbar ein quanten (nicht ein quoter) Theil seiner Erbschaft ist, dem B. Dieser ist sein Legatar. A hat durch das Vermachen seinen Willen, jene Erbschaft anzunehmen, bereits (außergerichtlich) erklärt, ist mithin schon Erbe, nicht bloßer Delat (vgl. Unger §. 36 Anm. 12). Das Verhältniß zwischen dem den Testator repräsentirenden Erben des Letzteren und dem B (Legatar) ist analog dem Verhältnisse zwischen dem Veräußerer und Erwerber eines Nachlasses. (Theils richtig, theils unrichtig Winivarter III S. 8.) Im römischen Rechte ist der Fall in singularer Weise normirt: L. 17 (16) §. 5 ad S. C. Trebell. 36. 1. Vgl. Arndts Pand. §. 580 N. 2; Windscheid §. 663 bei und in N. 4.

³⁶⁾ Schifffner hat den §. 535 einer sehr ausführlichen, scharfen, aber größtentheils ungerechten Kritik unterzogen; s. die Antikritik im Excurs (s. folgende Note).

³⁷⁾ Unter besonderer Berücksichtigung der Schriften von Hartmann und Schifffner.

³⁸⁾ Vgl. Bruns Das heutige römische Recht §. 91, in Holtendorff's Encyclopädie (4. Aufl.) S. 116.

³⁹⁾ Ob hinsichtlich der Entrichtung des Pflichttheils Erben und Legatäre gleichstehen oder nicht, wird bei §. 783 untersucht werden.

⁴⁰⁾ Vgl. überhaupt Zeiller S. 388 a. E.

⁴¹⁾ In der Z. G. C. fehlt dieser Beistrich.

II. Im römischen Rechte bestanden zwischen den beiden Hauptarten letztwilliger Honorirung — Erbeinsetzung und Vermächtniß — erhebliche Unterschiede, und zwar sowohl hinsichtlich der äußeren als der inneren Form (in dem §. 58 angegebenen S.) und auch in anderen Richtungen. Resolutivbedingungen, ein dies certus ad quem und a quo konnten Vermächtnissen, nicht aber Erbeinsetzungen wirksam beigelegt werden. Der Bestand der Vermächtnisse war abhängig von der Verwirklichung der testamentarischen Erbfolge; auch hinsichtlich der Fähigkeit und des Zeitpunktes, wo der Honorirte schon existiren mußte, bestanden Unterschiede, obwohl darin das römische Recht manche Wandlungen durchgemacht hat. In älterer Kaiserzeit war besonders der Abstand zwischen institutio und fideicommissum noch viel größer, als zwischen institutio und legatum; die spätere Entwicklung ging auf Ausgleichung der Vermächtnißarten und zugleich auf Abschwächung der Unterschiede einerseits zwischen Testament und Codicill, andererseits zwischen Einsetzung und Vermächtniß. Diese Ausgleichung ist nun im österr. R. weiter geführt. Als Regel gilt die Gleichstellung hinsichtlich der Erfordernisse der Gültigkeit dieser beiden Hauptarten der Honorirung. Zeiller (Comm. II S. 580 f.) motivirt sie damit, daß das Vermächtniß an Werth einen Erbtheil übertreffen kann. In der That ist kein Grund für eine verschiedene Behandlung erkennbar: Die veteris iuris imitatio, wonach der institutus als emtor gedacht wurde, war schon zur Zeit der römischen Classiker eine nur unter den Gelehrten noch fortdauernde Reminiscenz. Und seit der Zerstörung der inneren und der Abschwächung der äußeren Form, seit der formellen und materiellen Selbständigkeit der Vermächtnisse, seit der Preisgebung des Sazes „semel heres, semper heres“ ist vollends jene principielle Gleichstellung fast selbstverständlich; was freilich einzelne Unterschiede nicht ausschließt. Auch hinsichtlich condicio, dies, modus (wovon im 12. Hauptstück) und der Substitutionen (s. §. 652) sind institutio und legatum bei uns gleichgestellt.

III. Gemeinsam mit der Erbeinsetzung hat das Vermächtniß folgende Erfordernisse: Testirfähigkeit des Erblassers, Erbfähigkeit des oder der mehreren (§. 689) Honorirten, testamenti factio passiva (§. 24 J. de leg. II 20) derselben (s. bei §. 543), Gültigkeit der letztwilligen Erklärung, in welcher das Vermächtniß enthalten ist.¹⁾ Die Ausführungen dieses Commentars bei §§. 565, 570—572 (über Zwang, Betrug, Irrthum) beziehen sich auch auf Vermächtnisse. Ein nur scheinbarer Unterschied wird durch §. 553 begründet; früher hieß es: „Nur in einem Testamente kann eine Erbeinsetzung vorkommen.“ Jetzt heißt es: „Wenn in einer letztwilligen Erklärung eine Erbeinsetzung enthalten ist, heißt sie Testament, wenn keine, Codicill.“ (Vgl. hierzu, und über die Unabhängigkeit der Codicille gegenüber den Testamenten und der Vermächtnisse gegenüber den Erbeinsetzungen, diesen Commentar II S. 62 f.)²⁾

IV. Aus der Natur der Vermächtnisse folgt das Erforderniß der Möglichkeit der Leistung (§. 653). Wirksam sind die Vermächtnisse (als delibationes hereditatis), nur, soweit sie nicht ultra vires hereditatis gehen (s. aber auch §. 801) und soweit sie nicht auf einem Pflichtentheil lasten (§. 774).^{2a)} Hinsichtlich der Frage, wann der Honorirte schon existiren müsse, ist (anders als im röm. R.) kein Unter-

¹⁾ Vgl. Zeiller Comm. II S. 581. — Unter der „gültigen letzten Willenserklärung“ des §. 647 ist unzweifelhaft auch der Erbvertrag zu verstehen (arg. §. 1254 i. f.); s. auch Zeiller a. a. O. Vgl. oben S. 61 f.

²⁾ Aus dem dort Gesagten erhellt, daß auch hinsichtlich der Form der Errichtung kein Unterschied zwischen Legat und Erbeinsetzung — weil kein Unterschied zwischen testamentarischer und Codicillar-Form — existirt. Ueber die Bedeutungslosigkeit der Codicillar-Clausel s. oben S. 63, die dort Citirten und Winiwarter III S. 173. Sog. Dralfideicommissa gibt es in Oesterreich nicht; s. Unger §. 56 Anm. 2. Wohl aber kann ein Vermächtniß stillschweigend angeordnet werden; Beispiele bei Unger §. 57 Anm. 5.

^{2a)} Die Haftung kann aber vom Testator noch mehr eingeschränkt werden, z. B. auf den Erlös einer bestimmten Sache; s. den bei §. 688 erzählten Fall.

schied zwischen Einsetzung und Vermächtniß; mit Recht, da einerseits das österr. Recht nicht die strengen Grundsätze des röm. Rechts bei der Einsetzung hat, andererseits kein Grund vorliegt, bei Vermächtnissen über die Schranken des §. 612 hinauszugehen; dagegen spricht die Tendenz dieses Paragraphen und die Regel des §. 647; geradezu ausgesprochen wurde die Gleichstellung auch in diesem Punkte durch das Hfd. v. 29. Mai 1845; f. Sammlung IV Nr. 1498 und Comm. oben S. 241 (vgl. S. 31), Excursus II S. 156. — Dagegen wird das Vermächtniß darin weniger streng behandelt als die Einsetzung, daß der Erblasser nicht nothwendig den Honorirten selbst wählen muß, sondern seine Auswahl aus einem bestimmten Kreis von Personen allerdings einem Dritten überlassen kann (f. einerseits §. 564,³⁾ andererseits §. 651.⁴⁾ ⁵⁾ — Die regula Catoniana,⁶⁾ wonach die Verhältnisse zur Zeit der Anordnung für die Beurtheilung der Gültigkeit des Vermächtnisses maßgebend waren, gilt im österr. Rechte nicht;⁷⁾ vielmehr entscheidet in der Regel die Sachlage beim Tode des Erblassers. Vgl. bei §. 661 f. Note 24.

V. Wenn ein ungültiges Vermächtniß⁸⁾ irrtümlich entrichtet wird, so kann eine *condictio indebiti* angestellt werden (§. 1431), ausgenommen den Fall, wo die Ungültigkeit lediglich in einem Formmangel (z. B. des betreffenden Codicills) ihren Grund hat (f. bei §. 1432).

VI. „Als Legatar ist derjenige zu betrachten, dem der Erblasser in der Absicht, ihn zu bedenken, eine Gabe aus der Erbschaft letztwillig zugewendet hat.“⁹⁾ Ueber das Verhältniß des Legates zur Schenkung wird bei §. 956 gehandelt werden.

§. 648.

Der Erblasser kann auch Einem oder mehreren Miterben ein Vermächtniß vorausbestimmen, in Rücksicht desselben sind sie nur als Legatare zu betrachten.

I. Redaction. Im Westgal. G. B. war den Prälegaten kein eigener Paragraph gewidmet, sondern im §. 437 (f. oben bei §. 647) war nur die Bemerkung eingeflochten: „Vermächtnisse . . . können selbst den Miterben vorausbestimmt werden.“ Die Prager Facultät schlug vor zu sagen: „selbst einem oder dem anderen Miterben“, weil ein Vermächtniß an alle zu gleichen Theilen eingefetzte Erben unnütz sei. — Wann der jetzige §. 648 von dem vorigen abgetrennt wurde und die jetzige, obiges Monitum berücksichtigende, Fassung bekommen hat, erhellt nicht; noch in Zeiller's Vorschlag lautet der Schlusssatz von §. 647: „Ein Miterbe, dem ein Vermächtniß voraus bestimmt wird, ist in Rücksicht desselben nur als ein Legatar zu betrachten.“ Und dieser Text wurde in der Sitzung vom 9. März 1804 angenommen.

³⁾ S. oben S. 93 f.

⁴⁾ Vgl. die Bemerkungen zu diesem §., und Unger §. 57 A. 3.

⁵⁾ Auf die Behauptung Rippel's (IV S. 283): ein Unterschied zwischen den beiden Arten der Honorirung bestehe darin, daß ein Erbeinsetzungs-Vertrag nur zwischen Ehegatten Statt findet, während Vermächtnisse auch anderen Personen durch Vertrag zugewendet werden können — wird erst bei §. 956 eingegangen werden.

⁶⁾ S. über diese Regel Arndts Civil. Schftn. II S. 485 ff., Windscheid III §. 638.

⁷⁾ Unger §. 60 Anm.

⁸⁾ Einen eigenen Abschnitt über Ungültigkeit der Vermächtnisse (f. Unger §. 61) kann es in diesen Werke nicht geben; denn die Lehre von der anfänglichen Ungültigkeit ist ja nur die Rehrseite der hier abgehandelten von den Erfordernissen eines gültigen Vermächtnisses; die von der nachträglichen Ungültigkeit stimmt fast überall (f. allerdings §§. 713, 714, 778 . . .) mit derselben Lehre bei der Erbeinsetzung überein; von der Aufhebung der Vermächtnisse (und nur dieser) handeln *ex professo* bloß die §§. 724, 725.

⁹⁾ Unger §. 55 Abf. 3. Nicht Jeder, dem die Anordnung zum Vortheil gereicht, ist Legatar (z. B. nicht der Gläubiger, an den der Erbe die Schuld des Legatars zu zahlen hat), während man andererseits Legatar sein kann, ohne ausdrücklich in der Verfügung erwähnt zu sein. S. Arndts Civil. Schftn. II S. 426, Buchta Vorlesungen zu §. 525, Unger §. 55 Anm. 8.

II. Im römischen Rechte galt eine Reihe eigenthümlicher Rechtsätze hinsichtlich der Prälegate. Eine eingehende rechtsphilosophische Prüfung derselben in den Excursen wird zeigen, daß die Abschaffung dieser Eigenthümlichkeiten in unserem Paragraphen einen Fortschritt bedeutet. Nicht nur hat das Recht dadurch an Einfachheit und Practicabilität gewonnen und wird den Absichten der Testatoren gerechter als das römische Recht, sondern es läßt sich diese Aenderung auch vom logischen Standpunkt aus rechtfertigen. Schon das bayr. L. R. III 6. Cap. §. 5 und das preuß. L. R. I 12 §. 261 sind hier mit gutem Beispiel vorangegangen, und ein künftiges deutsches Gesetzbuch wird hoffentlich diesen Weg nicht verlassen.¹⁾

III. „Ein Vermächtniß, welches dem eingesetzten (erbfähigen) Erben zugedacht wird, ist ungezweifelt an sich gültig (§. 647). Wenn der Erbe als Alleinerbe das Vermächtniß sich selbst . . . entrichten müßte (indem der Erblasser z. B. Jenen, dem er in einem Codicille nur ein Vermächtniß zugedacht hatte, in der Folge zum Alleinerben ernannt) so wird, weil Niemand sein eigener Schuldner sein kann (§. 1445), das Vermächtniß unwirksam. Setze man aber, daß er . . . die Erbschaft ausschlage und sich mit dem Vermächtnisse . . . begnügen wolle, so wird das Vermächtniß wirksam sein, sowie in dem Falle, wo der erklärte Erbe das Vermächtniß aus dem Vermögen eines Dritten (Legatars) zu empfangen hat (§. 649).“²⁾

IV. Von einem Voraus-Vermächtniß kann man aber eigentlich erst reden, wenn einem von mehreren Erben etwas vermacht ist,³⁾ sei es zu Lasten bestimmt bezeichneter Dnerirter,⁴⁾ sei es zu Lasten der ganzen Verlassenschaft, was im Zweifel (arg. §. 649) anzunehmen ist.⁵⁾ Vermächtnisse wirken nach österr. Recht nur obligatorisch (§. 684) und es ist unbestreitbar, daß Niemand sich selbst eine Leistung schuldig sein kann. Aber in dem obligatorischen Anspruch geht ja die Bedeutung des Legates nicht auf, und es ist keine logische Nothwendigkeit, wegen der Unmöglichkeit des Forderungsrechtes hinsichtlich des auf des Prälegatars Erbtheil lastenden Vermächtnißtheils die Vermächtniß-Natur für diesen Antheil überhaupt zu läugnen. Vielmehr finden auf ihn nach der mit dem Willen des Testators übereinstimmenden Vorschrift unseres §. 648 in allen Fällen, wo es von Belang ist, zwischen Erbtheil und Vermächtniß zu unterscheiden, die Grundsätze der Vermächtnisse Anwendung. So wenn übermäßige Vermächtnisse reducirt (§. 690 ff.), wenn der Erbtheil oder aber das Vermächtniß des Prälegatars einem Nachbarerben restituirt werden sollen; ferner im Falle der Erbtheils-Veräußerung (§. 1279).⁶⁾ . . . Unser Prälegat ist als ein „aus der ganzen ungetheilten Erbschaft vorweg zu nehmendes Voraus“ zu denken.^{6a)}

1) Vgl. Gruchot I §. 532, Mommsen §. 351 und §. 367 ff., hessischer Entwurf N. 135 f. Motive III, 2 §. 96. — Als eine Verirrung müssen die Bestimmungen des sächsischen G. B. §. 2401 f. bezeichnet werden.

2) Wir setzen diese Stelle aus Zeiller's Comm. II §. 581 flg. wörtlich her, weil sie zeigt, wie klar schon ihm der Unterschied von Ungültigkeit und Unwirksamkeit war. Selbst in dem ersterwähnten Falle, wo das heredi a semet ipso legari non potest unwiderprechlich scheint, kann man nicht sagen, die Vermächtniß-Anordnung sei geradezu ungültig. Ja sogar wirksam kann es sein, wie Rippel IV §. 284 scharfsinnig bemerkt. Wenn nämlich die anderweitigen Legate das Vermögen erschöpfen, so würde der Alleinerbe sonst leer ausgehen, während er jetzt kraft des Vermächtnisses bei der Vertheilung des Vermögens berücksichtigt werden muß; s. §. 690 ff. Ferner ist das Prälegat wirksam, falls dem Alleinerben Jemand fideicommissarisch substituirt ist. Unger §. 55 N. 10. — Im Falle der Sammlung IV Nr. 1830 war jedem der beiden Erben ein gleich großes Prälegat ausgesetzt.

3) Zeiller II §. 582 Z. 2. Arndts Vermächtnisse II §. 26 f.

4) Eines Miterben oder einiger aus den Erben, oder eines Legatars u. s. w.

5) Unger §. 55, Text vor Note z. Namentlich im letzteren Falle spricht man gewöhnlich von einem Prälegat im eng. S. Arndts Vermächtnisse II §. 20—26.

6) Vgl. Zeiller §. 583, Unger §. 55 N. 10.

6a) Unger N. 11, Gruchot §. 532. Mehr darüber in den Excursen. Vorläufig s. noch Windscheid §. 527 N. 8, Mommsen §. 368. — Die Anordnung des

V. „Einem oder mehreren Miterben“ (§. 648), sei es, daß x dem Erben A, y dem Erben B, sei es, daß x den Erben A und B zusammen vermacht sei. Im letzteren Falle sind sie Coprælegatäre. Hier gilt im Zweifel Theilung nach Köpfen, nicht nach Proportion der Erbtheile.⁷⁾ Es kann aber auch sein, daß der Erbe das Vermächtniß mit einem oder mehreren Miterben theilen soll. Weder in diesem, noch in jenem Falle findet das eigenthümliche, dem Willen des Erblassers zuwiderlaufende, unser Rechtsgefühl verletzende Anwachlungsrecht Statt, das von einem Theile⁸⁾ der römischen Juristen in scharfsinniger, aber auch spitzfindiger Weise erdormen wurde.⁹⁾

VI. Nicht selten ist ein Zweifel möglich, ob eine Zuwendung bestimmter Sachen oder sonstiger Werthe an einen Erben ein Prälegat oder aber eine Anordnung über die reelle Vertheilung des Nachlasses, also eine Zuweisung jener Objecte auf den Erbtheil sein solle. Für einen solchen Fall enthält §. 671 eine Auslegungsregel: Die einer Tochter (Enkelin) letztwillig zum Heiratsgut ausgesetzten Sachen (Rechte, Summen) sind im Zweifel auf den Erbtheil anzuzurechnen; es ist hier also eher eine Anordnung de familia ereisounda, als ein Prälegat anzunehmen.¹⁰⁾ Hinsichtlich aller übrigen Fälle enthält unser Gesetz keine Regel (aus §. 671 darf weder a contrario, noch per analogiam argumentirt werden), und auch die Wissenschaft kann keine solche aufstellen. Ob das Eine oder das Andere gewollt sei, ist eben quaestio facti, die nach dem Wortlaut der Anordnung und allen Umständen des concreten Falles zu entscheiden ist.¹¹⁾

und wer mit der Entrichtung des Vermächtnisses beschweret werden könne.

§. 649.

Die Vermächtnisse fallen in der Regel allen Erben, selbst in dem Falle, daß die einem Miterben gehörige Sache vermacht worden ist, nach Maß ihres Erbtheiles zur Last. Es hängt jedoch von dem Erblasser ab, ob er die Abführung des Legats einem Miterben oder auch einem Legatar besonders auftragen wolle.

I. Redaction. §. 440 Westgal. G. B. II lautete:

Jedes Vermächtniß schmälert die Verlassenschaftsmasse und fällt in der Regel allen Erben nach Maasse ihres Erbtheiles zur Last. Es hängt von dem Testator ab, ob er die Abführung des Legats einem Miterben, oder auch einem Legatar besonders auftragen wolle.

Warum die erste Zeile, die Erinnerung an die bekannte Definition Florentin's (l. 116 pr. D. de leg. I: „delibatio hereditatis“ etc.), getilgt wurde, sagen die — überhaupt oft so schweigsamen — Protokolle nicht. Indessen ist es leicht zu errathen. In der That hält jene Bemerkung, wenn man die Worte urgirt, nicht Stich; bei dem Vermächtniß einer nicht zum Nachlasse gehörigen Sache, bei einem auf facere gerichteten Legat und in ähnlichen Fällen ist sie nicht richtig; weder die „Verlassenschaftsmasse“, noch auch nur ihr Werth werden durch solche Legate geschmälert, sondern der Werth des Erbsverwerbes (vgl. S. 391). — Zeiler bemerkt, es könnte hier der Zweifel entstehen, ob in dem Falle, wo der Erblasser eine einem Miterben gehörige Sache legirt habe, diesem der Werth aus der Masse ersetzt werden müsse. Er proponirte deshalb den jetzigen Text, der einstimmig angenommen wurde (19. März 1804).

Prælegates kann auch so ausgedrückt sein: „Mein Erbe A soll um 1000 fl. mehr als B“, oder „mein Erbe B soll um 1000 fl. weniger bekommen als A“; s. Härdtl Anrechnung in den Pflichtenheil S. 129.

⁷⁾ Gruchot I S. 553, Unger A. 10 i. f.

⁸⁾ S. Arndts Vermächtnisse II S. 148 ff.

⁹⁾ Darüber in den Excursen.

¹⁰⁾ Näheres über Sinn und Tragweite des §. 671 s. in dem Excursu zu demselben. Dort wird auch gezeigt, daß das „ausdrücklich“ nicht buchstäblich zu nehmen sei.

¹¹⁾ Zu diesem Abs. VI gehört als nähere Ausführung sowohl der Excurs zu §. 671 als auch der Excurs B zu §. 648. An letzterer Stelle wird auch eine Kritik der Entscheidung in Sammlung I Nr. 13 gegeben.

II. Gewiß würden ohne die zuletzt erwähnte Vorschrift verschiedene Zweifel entstanden sein:

1) Da es nämlich — wie unser Paragraph ausdrücklich bestätigt — dem Testator unbenommen ist, einem Theilerben die gänzliche Entrichtung eines Vermächtnisses aufzutragen, so könnte leicht der Zweifel entstehen, ob nicht in dem Vermächtnisse einer Sache des Theilerben die Anordnung, daß er und nur er dies Vermächtniß zu tragen habe, stillschweigend inbegriffen sei. Liegt doch dem Laien die Behauptung so nahe: Derjenige habe die Sache herzugeben, dem sie gehört. Und in der That wäre dies nicht absurd. Hier können überhaupt keine entscheidenden (zwingenden) juristischen Gründe, sondern nur Billigkeits-Erwägungen angeführt werden; es handelt sich aber nur um Interpretations-Regeln, bez. wo gar kein bestimmter Wille des Testators erweislich wäre, um suppletorische (dispositive) Normen. Die gleiche Entscheidung, die in §. 649 getroffen ist, mochte man durch Julian für das römische Recht bezeugt glauben.¹⁾ Ihre Beibehaltung erschien (was das Protokoll verschweigt und Zeiller's Comm. II S. 584 mittheilt) darum als billig, „weil ein solcher Miterbe schon dadurch beschwert wird, daß er sich die Abtretung seiner Sache gegen Empfang des Werthes gefallen lassen muß“. — Selbstverständlich aber weicht jener Rechtsatz dem ausgesprochenen oder doch erwiesenen Willen des Testators, den Eigenthümer der legitirten Sache allein mit diesem Legate zu oneriren.

2) Andererseits (und zwar in entgegengesetzter Richtung) könnte ohne jene Vorschrift der Zweifel aufkommen,²⁾ ob nicht das Vermächtniß ungültig sei, wenn nicht erwiesen wird, daß dem Erblasser der wahre Sachverhalt bekannt war; oder doch, wenn erwiesen wird, daß er ihm unbekannt war. Es ist aber auch für das österr. Recht zu behaupten, daß das Vermächtniß der dem Onerirten gehörigen Sache selbst dann gültig ist, wenn der Erblasser sie für die seinige gehalten hat. Die gleiche Entscheidung wird für das röm. Recht gegeben und begründet von Papinian in der bekannten l. 67 §. 8 D. de leg. II.³⁾ Daß diesfalls eine Aenderung nicht beabsichtigt war, zeigt §. 662 und Zeiller's Aeußerungen über ihn,⁴⁾ vollends aber die Vergleichung der §§. 374—376 preuß. L. R. I 12;⁵⁾ denn es ist evident, daß Zeiller bei seiner oben (Abs. I gegen Ende) referirten Aeußerung diese Paragraphe vor Augen hatte; lehnt sich doch selbst die Ausdrucksweise eng an §. 376 an.⁶⁾

III. Explicite und ex professo wollte mit jener Einschaltung (s. Abs. I) nur gesagt werden, daß man selbst in einem solchen Falle „der Regel (über die Vertheilung der Belastung) getreu bleiben“ müsse;⁷⁾ implicite aber wurde damit noch ein anderer Rechtsatz ausgesprochen, der bei §. 662 hätte deutlich formulirt werden

1) L. 86 §. 3 D. de leg. I: Si fundus ab omnibus heredibus legatus sit, qui unius heredis esset, is quidem, cuius fundus esset, non amplius, quam partem suam praestabit, ceteri in reliquis partes tenentur. Die Uebereinstimmung mit §. 649 pr. ist darum nur eine scheinbare, weil dieser eine Regel für den Fall gibt, wo nicht gesagt ist, wer onerirt sei; während l. 86 §. 3 voraussetzt, daß der Testator „omnes heredes“ oder doch die „heredes“ als onerirt bezeichnet hat. (Dies bedeuten die Worte fundum ab omnibus heredibus legare).

2) Und aus dem franzöf. Rechte Stärkung erhalten (a. 1021) s. Zacharia IV §. 676.

3) Vgl. hier, wie überhaupt zu unserem Paragraph Arndts Vermächtnisse I (Stück XLVI) §. 1518 d (S. 193 ff.).

4) Comm. II S. 603. Auch Unger §. 67 Z. 2 und Note r nimmt dies an.

5) Gruchot II S. 2 ff.

6) Es ist mathematisch und ökonomisch betrachtet alles eins, ob man sagt: der Onerirte könne von seinen Miterben proportionalen, oder: könne aus der (unvertheilten) Masse den vollen Ersatz des Sachwerthes verlangen; denn es fällt doch immer ein Theil des Ersatzes auf seine eigene Portion. Juristisch verdient aber jene Formel den Vorzug und entspricht auch besser den Worten der l. 86 cit. Zeiller aber bedient sich in der Sitzung, in wörtlichem Anschluß an §. 376 cit. der anderen Formel, während er im Commentar II S. 584 eber verbindet.

7) Vgl. Zeiller's Commentar a. a. D.

sollen, von dem man aber annahm, daß er durch Zusammenhaltung der §§. 649 und 662 sich von selbst ergebe. Während nämlich das *legatum rei alienae* im Zweifel ungiltig ist (§. 662), soll dies in Bezug auf eine Sache des Onerirten nicht gelten. Dieser Satz hat nun eine selbständige, über den Rahmen des §. 649 hinausreichende Bedeutung, denn er gilt natürlich auch dort, wo ein *heres ex asse* oder wo ein Legatar so onerirt wird, wo also von einem belasteten „Miterben“ nicht die Rede sein kann. Seine Richtigkeit unterliegt keinem Zweifel. Der Erblasser könne (lehrt uns Zeiller S. 603) nicht nur über seine Sachen, sondern auch die seines Erben oder Legatars gültig verfügen. „Unter einer fremden Sache wird also (in §. 662) eine Sache verstanden, die einer dritten, mit dem Erblasser in keinem solchen Verhältnisse stehenden Person zugehört.“ Und dieser (hier in Abs. III dargestellte) Rechtsatz ist eine Hauptbestimmung, der in Abs. II entwickelte eine Detailbestimmung hinsichtlich der legitirten Sache des Onerirten. Gewiß ist es ein Fehlgriff hinsichtlich der systematischen Vertheilung des Stoffes, die Hauptregel aus einer Nebenregel erschließen zu lassen. Und doch hat selbst dieser Fehlgriff für uns den Werth, einen Zweifel abzuschneiden. Wie ist es, wenn die legitirte Sache, die der Testator für sein hielt, einem der mehreren Erben angehört? In Bezug auf diesen (für seinen Antheil) gilt das Legat, nach dem oben (II 2) Gesagten; in Bezug auf die anderen Miterben ist die Sache eine *res tertii*,⁸⁾ und formale Consequenz wäre es, auf sie die Bestimmung des §. 662 anzuwenden; denn sie gehört weder den fraglichen Erben, noch ihrem Erblasser. Aber meritorisch befriedigend wäre diese Entscheidung gewiß nicht, und sie ist für das österr. Recht abzuweisen, wie sich daraus ergibt, daß gerade bei dem Falle, wo die Sache einem Theilerben gehörte, die obige Hauptregel zur Sprache und Anerkennung kam.⁹⁾

IV. Auch gefehliche Erben können mit Vermächtnissen belastet werden (in Intestat-Codicillen), wie sie auch die im Testamente ausgelegten zu tragen haben, wenn die testamentarische Erbfolge vereitelt wird (s. §. 726). Auch wer etwas *conditionis implendae causa* oder wer es als widerrufliche Schenkung auf den Todesfall bekommt, kann onerirt werden; nicht, wer bloß seinen Pflichttheil erhält (§. 774).¹⁰⁾ Ist ein Legatar belastet (§. 649 i. f.), so besteht ein obligatorisches Verhältniß nur zwischen ihm und dem Sublegatar, nicht auch zwischen diesem und den Erben, außer das Vermächtniß würde erledigt; Näheres darüber bei §. 650.

V. Verschieden von der Frage, wer mit Vermächtnissen belastet werden könne, ist die, wer in concreto belastet sei? Diese Frage, deren Beantwortung für das römische Recht sehr große Schwierigkeiten macht,¹¹⁾ ist in §. 649 klar und befriedigend entschieden. Im Zweifel sind die Erben als nach Maßgabe ihrer Erbtheile belastet anzusehen. „Eine solche Belastung nach Erbportionen, nicht nach Kopftheilen, ist im Zweifel auch dann anzunehmen, wenn mehreren oder allen Erben mit namentlicher Bezeichnung, oder allen Erben mit Ausnahme eines oder mehrerer namentlich bezeichneter Erben ein Vermächtniß auferlegt ist.“¹²⁾

VI. Wenn der onerirte Erbe nicht erwirbt, so hat der an seiner Statt Erwerbende die Last zu tragen (s. §. 563, 606, 726), wenn sie nicht ihrem Inhalte nach oder in Folge ausdrücklicher Anordnung auf den zunächst Onerirten beschränkt ist.¹³⁾ Dies gilt auch von nachrückenden Intestat-Erben, wenn die nächsten durch ein

⁸⁾ S. Arndts Vermächtnisse I S. 195.

⁹⁾ De lege ferenda empfehlen wir den Satz: Sobald nachgewiesen ist, daß der Testator die vermachte Sache irrig für sein gehalten hat, ist das Legat ungiltig. Vgl. den Excurs zu §. 649. — Gruchot II S. 14 nennt den §. 375 preuß. L. R. I 12 eine „exceptionelle und wohl mit Unrecht aus dem römischen Rechte beibehaltene Vorschrift“.

¹⁰⁾ Unger §. 55 Z. 2. Arndts Civil. Schftn. II S. 422 f. Vgl. Vermächtnisse II S. 179 ff. — S. ferner unten bei §. 774.

¹¹⁾ S. Arndts Pandekten §. 543 und die dort Citirten.

¹²⁾ Unger §. 55 Text vor A. 6; vgl. auch Stubenrauch zu §. 650 Z. 3.

¹³⁾ Vgl. Arndts §. 543 a. E., Unger §. 55 Z. 2 a. E., und unseren Commentar zu den im Text cit. §§.

Codicill belasteten Intestat-Erben nicht erwerben.¹⁴⁾ Ueber den Fall, wo ein onerirter Legatar nicht erwirbt, s. bei §. 650 Abf. III.

§. 650.

Ein Legatar kann sich von der vollständigen Erfüllung des ihm aufgetragenen weitern Vermächtnisses aus dem Grunde, daß es den Werth des ihm zugedachten Legats übersteige, nicht entschlagen. Nimmt er aber das Legat nicht an; so muß derjenige, dem es zufällt, den Auftrag übernehmen, oder das ihm zugefallene Vermächtniß dem darauf gewiesenen Vermächtnißnehmer überlassen.

I. Redaction. Der §. 441 Westgal. G. B. II lautet:

Im Grunde ist zwar kein Erbe mehr zu leisten schuldig, als er selbst aus der Verlassenschaft bezieht: tritt aber jemand eine Erbschaft unbedingt und ohne Vorbehalt an; so macht er sich dadurch verbindlich, den Willen des Erblassers ohne Ausnahme zu erfüllen. Da (kurz, wenngleich etwas ungenau gesagt, s. S. 391, 396) das legatum eine delibatio hereditatis ist (vgl. §. 440 pr. Westgal. G. B. II), bez. das Aftervermächtniß eine Schmälerung des Legates, so kann die Onerirung principiell nicht weiter gelten als die Honorirung. Justinian hat dies durch Nov. 1 cap. 2 dahin modificirt, daß der Beweis der Unzulänglichkeit der Erbschaft (des Erbtheiles) nicht anders erbracht werden könne, als durch ein Inventar. Für Schulden haftet der Erbe nach röm. und österr. Recht principiell unbeschränkt, für Legate principiell beschränkt; praktisch haftet er für beide beschränkt, wenn er eum inventario angetreten, für beide unbeschränkt, wenn er diese Vorsicht unterlassen hat; s. §. 801 a. b. G. B. Theoretisch aber ist die Bedeutung des Inventars hier und dort eine ganz verschiedene: dort (bei den Schulden) ein beneficium, hier (bei den Legaten) ein gravamen.¹⁾ Dieser Gedanke trat im Westgal. G. B. deutlich hervor, und es war kein Fortschritt, daß man auf Antrag der Wiener Facultät den §. 441 als überflüssig weggelassen hat (S. v. 19. März 1804); dieser Gedanke — meinte man — gehöre in das Hauptstück von der Erbschafts-Antretung, wo er ohnehin im §. 618 (jetzt §. 801) enthalten sei. Aus §. 801 aber wird man nur die praktische Gleichheit, nicht die principielle Verschiedenheit, von der oben die Rede war, herauslesen.

Statt des gestrichenen §. 441 proponirte Zeiller eine ausdrückliche Bestimmung über onerirte Legatare. Sie stimmte mit dem jetzigen §. 650 (von gleichgiltigen Varianten abgesehen) überein, nur fehlten die Schlußworte, von „oder das ihm“ angefangen. Diese kamen auf Pitreich's Antrag hinzu, welcher bemerkte: es sei unbillig gegen den Erben, daß er ein Sublegat entrichten müßte, auch wenn es an Werth das Legat übersteigt. Man sollte ihm wenigstens die Wahl lassen u. s. w. (= §. 650 i. f.). Allerdings wurde Pitreich damals (19. März 1804) überstimmt;²⁾ aber bei der Revision (27. Aug. 1807) nahm der Ref. selbst jenen Antrag wieder auf und diesmal wurde er angenommen.³⁾

¹⁴⁾ Unger §. 55 Anm. 7.

¹⁾ Vgl. Unger Verlass. Abhdlg. S. 167 Note 28, Erbrecht §. 55 Anm. 4; Hofmann in Grünhut's Ztschr. VIII S. 583.

²⁾ Anwesend waren: Präf. Gf. Kottenhan, Vicepr. Oberstlandrichter v. Haan; die Hofräthe: Baron Haan, Schmidfeld, Nischen, Lyro, Pitreich, Zeiller. Mit Pitreich stimmte Nischen. Die Uebrigen dagegen meinten: Der Erblasser habe dem Sublegatar etwas Bestimmtes zugedacht, und der Erbe müsse als Universal-Successor auch den Schaden tragen, der der universitas zuwächst. — Ist hier ein juristischer Gedanke recht unglücklich ausgedrückt, so enthielt geradezu eine Monstrosität der Antrag des Vicepr., dem Erben die Wahl zu lassen, entweder das Sublegat zu entrichten oder „das Legat auszuschlagen“! Von einem „Aus schlagen des Legates“ kann ja bei dem Onerirten streng genommen gar nicht, in ungenauem Sprachgebrauch (s. auch Zeiller S. 586) doch nur im Sinne des Pitreich'schen Antrages die Rede sein; gegen diesen aber hat (wenn anders man sich auf das Protokoll verlassen kann) auch der Vicepr. gestimmt.

³⁾ Nur hieß es damals „dem anderen Legatar überlassen“; die jetzige Textirung des Schlusses von §. 650 ist eine Verbesserung letzter Hand.

II. In den Excursen zu §. 650 wird ausführlich gezeigt werden, daß der erste Satz eine Fortbildung des römischen Rechtes ist. Dieses ging zwar auch beim onerirten Legatar von dem Grundsätze aus, daß die Onerirung nicht weiter reiche als die Honorirung,^{3a)} aber es hat aus praktischen Erwägungen zuweilen die Einwendung der unzureichenden Honorirung ausgeschlossen. Die Interpreten des gem. Rechts gingen weiter, unsere Redactoren noch weiter. In der Annahme des Legates⁴⁾ liegt die Erklärung, die mit demselben verbundenen Lasten auf sich zu nehmen. An sich wäre es wohl denkbar, dies so aufzufassen, daß man sich allen Lasten, mögen sie auch etwa erst später hervorkommen, unterwerfe; ja die allgemein lautende Fassung von §. 650 pr. spräche sogar dafür. Allein die Dogmengeschichte dieses Satzes⁵⁾ spricht für die einschränkende Auslegung, wonach er nicht anwendbar ist auf Belastungen, welche dem Legatar unbekannt waren.⁶⁾ Im Zweifel ist jedoch eine solche Unbekanntschaft nicht anzunehmen. — Wenn der Legatar ohne seine Schuld das ihm Vermachte ganz oder theilweise nicht erhält, so kann er auch die Entrichtung des Sublegates ganz oder theilweise verweigern (vgl. l. 8 pr. D. de leg. III.)⁷⁾ Will der Erbe nicht gutwillig leisten, so könnte wohl auch nach österr. Recht (vgl. l. 70 pr. D. de leg. II und l. 8 cit.) der Legatar dem Sublegatar seinen Anspruch gegen den Erben cediren und sich damit gegen jeden weiteren Anspruch des Sublegatars sichern.⁸⁾

III. Wird das onerirte Legat erledigt — aus welchem Grunde, ist gleichgiltig⁹⁾ —, so muß das onus Derjenige tragen, dem die Erledigung zu Gute kommt; also der auf das Legat Substituirte, oder der accrescenz-berechtigte Collegatar oder der Exonerirte (s. §. 689). Dieser ist dem Sublegatar nur nach Maß des Vortheils verpflichtet, der ihm aus der Entlastung erwächst. Da sich aber zuweilen über dieses Maß streiten ließe, so braucht er nur auf die Entlastung zu verzichten, indem er statt des Sublegates das Legat entrichtet. Und die gleiche facultas alternativa¹⁰⁾ steht allen oben erwähnten Personen zu.¹¹⁾

IV. Unzulässig ist es, aus §. 650 ableiten zu wollen,¹²⁾ daß dem Sublegatar frei stehe, „sein Legat von dem im Besitze der legirten Sache befindlichen Erben zu begehren, auch wenn das Legat dem Legatar noch nicht überantwortet worden.“¹³⁾ Vielmehr hat sich der Sublegatar an den Legatar zu halten, dem der Hinweis auf den Umstand, daß er sein Legat noch nicht erhalten hat, nicht hilft, wenn er das Ver-

^{3a)} So ausdrücklich auch das Zürcher G. B. S. 2094.

⁴⁾ Ob man darunter Nicht-Ablehnung des ipso iure Erworbenen oder aber eine ausdrückliche Annahme versteht (s. unten bei §. 684), ist für diese Frage gleichgiltig.

⁵⁾ S. Excursus Abs. II—IV.

⁶⁾ Unger §. 55 Anm. 5 i. f.: „Hätte daher der Legatar etwa erst nach Annahme des Legates von dem ihm auferlegten Weitervermächtniß Kenntniß erhalten, so kann er sich immerhin auf jene Regel (S. 1 Inst. II 24) berufen und hinterher noch das angenommene Legat ausschlagen, oder, falls dies unthunlich wäre, doch nicht genöthigt sein, plus restituere quam ei relictum est.“ Vgl. Arndts Vermächtnisse II S. 303.

⁷⁾ Er wird nicht gehört mit der Einwendung: „der Werth des mir zugedachten Legates ist kleiner als der des Sublegates“; wohl aber mit der Bertheidigung: „ich habe nicht (oder nicht voll) erhalten, was mir zugedacht war.“

⁸⁾ Vgl. Excursus Abs. VII.

⁹⁾ Unger §. 63 A. 2; Excursus Abs. V (etwa in der Mitte). Gleichgiltig ist es auch, ob der Grund der Erledigung beim Leben oder nach dem Tode des Testators eintritt.

¹⁰⁾ Um eine solche, nicht um eine eigentliche Alternativ-Obligation, handelt es sich hier; denn die Verpflichtung geht zunächst auf Entrichtung des Sublegates.

¹¹⁾ Dies ergibt sich direct aus der allgemeinen Fassung des §. 650: „so muß Derjenige, dem es zufällt . . .“

¹²⁾ Wie die II. Instanz (unter Billigung der III.) im Falle Sammlung I Nr. 269 gethan hat.

¹³⁾ Dies soll sich ergeben „aus der Analogie von §. 650 und aus der Erwägung, daß sonst eine Verabredung zwischen dem Erben und Legatar die Anordnung in Bezug auf den Sublegatar unwirksam machen könnte“.

machte sich bereits hätte verschaffen können und sollen; doch kann er dem Sublegatar seinen eigenen Anspruch cediren (s. Abs. II a. E.). Erst wenn der Legatar ablehnt, entsteht ein directes Verhältniß zwischen Sublegatar und Erben.

§. 651.

Ein Erblasser, welcher ein Legat einer gewissen Classe von Personen, als: Verwandten, Dienstpersonen oder Armen zugebacht hat, kann die Vertheilung, welchen aus diesen Personen, und, was jeder zukommen soll, dem Erben oder einem Dritten überlassen. Hat der Erblasser hierüber nichts bestimmt; *) so bleibt die Wahl dem Erben vorbehalten.

I. Redactionsgeschichte. Im Westgal. G. B. stand diese Anordnung in einem Zusammenhang, welcher keinen Zweifel über ihren Sinn zuläßt. Nur dadurch, daß dieser Zusammenhang von den Redactoren aufgegeben und von den Commentatoren vergessen wurde, erklären sich die Zweifel, welche Diesen der §. 651 erweckt hat. §. 357 pr. Westgal. G. B. II sagt: „Der Erblasser darf in keinem Falle die Ernennung seines Erben dem Ausspruche eines Dritten überlassen“; s. §. 564 a. h. G. B. Nicht ganz so streng soll es mit Vermächtnissen gehalten werden: deshalb fährt §. 358 fort:

„Die Austheilung bestimmter Vermächtnisse z. B. unter Verwandte, Dienstpersonen, kann in Ansehung der Personen und Sachen dem Gutbefinden des Erben, oder eines Dritten überlassen werden.“

Die Aufnahme eines entsprechenden Paragraphen in das Hauptstück von den Vermächtnissen wurde von Zeiller in der Sitzung v. 19. März 1804, der jetzige Text des §. 651 von Demselben bei der Revision (S. v. 3. Septbr. 1807) vorge schlagen und ohneweiters angenommen.

II. Nur eine oberflächliche Betrachtung konnte zwischen §. 651 einerseits und §§. 682, 683 andererseits einen Widerspruch finden und ihn durch die willkürliche Annahme lösen wollen, daß diese letzteren Paragraphen nur auf Verwandte und Dienstleute des Testators anwendbar seien.¹⁾ §. 682 gilt für fremde wie für eigene Verwandte, §. 683 spricht allerdings nur von Dienstpersonen des Testators, aber eine analoge Ausdehnung ist nicht schlechterdings ausgeschlossen (s. unten bei

*) An Stelle des Strichpunktes steht in der J. G. S. ein Weistrich.

¹⁾ Jener Vereinigungsversuch wurde zuerst gemacht von Scheidlein in der Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1825, II S. 157 ff. Unser Paragraph handle von Verwandten und Dienstleuten „im Allgemeinen“, sei also die Regel, §§. 682, 683 seien die Ausnahmen und betreffen des Testators Verwandte und Dienstleute; hinsichtlich der Verwandten s. S. 158, S. 160 §. 7; hinsichtlich der Dienstleute s. S. 166 §§. 24, 25; übrigens s. auch unten bei §§. 681—683, insbes. N. 29. Es ist zu beachten, daß Scheidlein den Parallelismus zwischen Verwandten und Dienstleuten nicht durchführt; bei §. 651 denkt er an Verwandte eines Dritten; bei Dienstleuten eines bestimmten Dritten will er nicht §. 651 anwenden (s. unten bei §. 681 ff. N. 29), sondern denkt bei diesem an ein Vermächtniß „für arme Dienstboten“ oder „für die Dienstpersonen des Ortes N“ (S. 24). Rippel IV S. 289 stimmt ihm hinsichtlich der Verwandten zu (S. 342 f. scheint er dies wieder vergessen zu haben), nicht aber hinsichtlich der Dienstleute (S. 290 f.); hier kämen beide §§. (651 und 683) in Anwendung, weil sie einander nicht widersprechen. Ganz an Scheidlein schließt sich, ohne ihn zu nennen, Winwarther III S. 176, 206 an, dem wieder Stubenrauch (bei §. 651) folgt; ebenso Ellinger bei §. 651 und bei §§. 682, 683, der aber Scheidlein citirt. Noch wunderlichere Ansichten über das Verhältniß der fraglichen Paragraphen waren unter den italienischen Juristen verbreitet, wie man aus Basevi (zu §. 651 und zu §. 682) ersehen kann; z. B. der Erbe habe die Wahl auch unter des Testators Verwandten, dürfe aber nicht über den in §. 682 angegebenen Kreis hinausgehen; oder: er habe in solchem Falle zwar nicht die Auswahl der Personen, aber doch die Vertheilung, d. h. das Recht zu bestimmen, wie viel jede bekommen soll. Basevi selbst hat eigentlich gar keine Meinung und wünscht eine authentische Interpretation! — So viele Zweifel verschuldete die Unkenntniß des Westgal. G. B. und wohl auch Zeiller's oberflächliche und gegen seine Art dunkle, ja irreführende Bemerkungen zu §. 651.

§. 681 ff. Abs. V.)²⁾ Aber selbst, wenn die zweite jener Behauptungen richtig wäre, würde sie nicht das richtige Verhältniß der fraglichen §§. kennen lehren. In Wahrheit sind diese Paragraphen ganz heterogenen Inhaltes. §§. 681—683 geben Wort-erklärungen,³⁾ wie sie denn am Ende des „Wörterbuchs“ (s. oben S. 386) stehen; §. 683 gibt überdies die Regel, daß bei einer bloß gattungsmäßigen Bezeichnung (z. B. „mein Koch“, „mein Kutscher“ u. dgl.) als honorirt Derjenige anzusehen ist, der zur Zeit des Todes des Testators (nicht zur Zeit der letztwilligen Anordnung) in diesem Dienstverhältnisse gestanden hat.⁴⁾ Es ist ferner unbedenklich, §§. 681 bis 683 auch auf Erbeinsetzungen anzuwenden.^{4a)} Dagegen enthält §. 651 eine Abmilderung der Regel des §. 564: Vermächtnisse sollen hierin nicht ganz so streng beurtheilt werden wie Erbeinsetzungen.⁵⁾ Die Redactionsgeschichte (s. oben) läßt hierüber und überhaupt über den Inhalt des §. 651 keinen Zweifel bestehen.

III. §. 651 besagt: 1) Der Testator muß die Austheilung der Vermächtnisse nicht nothwendig bis ins Einzelne selbst vornehmen; er kann sie einem Andern überlassen. Jedoch muß a) der Kreis von Personen, aus denen zu wählen ist, nicht gar zu weit sein. Dies folgt aus der Natur der Sache, dem Zweck solcher (nicht seltener) Anordnungen und den im §. 651 angegebenen Beispielen. Eine ganze Nation wäre ein zu weiter Kreis, sowie etwa gar die bloße Unterscheidung der beiden Geschlechter.⁶⁾ Die Grenze läßt sich nicht durch eine allgemeine Regel geben; man kann die Beurtheilung, ob die Gattung von Menschen nicht gar zu weit sei, ruhig dem verständigen Ermessen des Gerichtes überlassen. b) Der Gesamtbetrag des zu Vertheilenden muß vom Testator selbst angegeben sein;⁷⁾ nur, was davon Diesem oder Jenem aus der angegebenen „Classe“ zukommen soll (s. §. 651), also die Vertheilung, kann der Testator fremdem Ermessen überlassen. Selbstverständlich ist ein *arbitrium distribuendi* auch in der Art möglich, daß gar keine Auswahl der Personen Statt hat, sondern alle (individuell oder gattungsmäßig) bezeichneten Rechtssubjecte etwas zu bekommen haben, und nur das „wie viel Dieser, wie viel Jener?“ dem Dritten oder dem Erben überlassen wird. — 2) Die Vertheilung des Vermachten und die Auswahl der Personen kann dem Erben, aber sie kann auch einem Dritten überlassen werden. Ist zwar gesagt, daß z. B. unter die Dienstpersonen des Erblassers 500 fl. ausgetheilt werden sollen, aber nicht, wer dies thun soll, so ist der Erbe dazu berufen (§. 651 a. E.), der ja überhaupt in gewissem Sinne der natürliche Vollzieher des letzten Willens ist (§. 817). Deshalb möchte man versucht sein, ihm die Wahl auch dann zu überlassen, wenn der Dritte stirbt, ohne die Wahl vorgenommen zu

²⁾ Dies nicht nur gegen Scheidlein und seine Nachfolger, sondern auch gegen Nagel (s. Note 9), der, gegen Scheidlein polemisirend, sagt: „M. E. handelt nicht nur §. 682, sondern auch §. 651 bloß von Verwandten des Erblassers.“

³⁾ S. die Marginalnoten zu §. 681 ff. „Ueber die Benennung: Kinder“; u. s. w.

⁴⁾ §. 683 handelt also nicht einzig von Collectiv-Vermächtnissen.

^{4a)} S. oben bei §. 559, S. 77.

⁵⁾ Vgl. Unger §. 57 M. 1.

⁶⁾ Wer hierin eine willkürliche, nicht im Gesetze enthaltene Einschränkung sieht, käme folgerecht zu dem Satze, daß Vermächtnisse gültig seien, auch wenn die Bestimmung der honorirten Personen gänzlich dem Belieben des Erben überlassen wäre. — Bei §. 651 war zunächst gedacht an die „Vertheilung unter mehrere mit einem Collectiv-Namen bezeichneten Individuen“ (Stubenrauch); um so gewisser ist es aber auch zulässig, dem Erben die Wahl unter einer Reihe individuell bezeichneter Menschen, oder auch: ihm solchenfalls zwar nicht die Auswahl der Honorirten, aber doch die Vertheilung zu überlassen.

⁷⁾ S. den cit. §. 358 Westgal. G. B. „Die Austheilung bestimmter Vermächtnisse“ . . .; vgl. §. 651: „Ein Erblasser, welcher ein Legat einer Classe . . . zugeordnet hat, kann die Vertheilung . . . überlassen“; vgl. hierzu die schon von Unger §. 57 Anm. 3 cit. I. 7 (8) §. 1 D. de reb. dub. 34. 5: „plurimum enim interest, utrum in potestate eius, quem testator obligari cogitat, faciat, si velit dare, an post necessitatem dandi solius distribuendi liberum arbitrium concedat.“

haben, oder wenn er dieselbe verweigert. Aber die Analogie des §. 659 (vgl. §. 656 pr.) spricht vielmehr dafür, daß die Wahl und Vertheilung in diesem Falle — und wohl auch dann, wenn der mit ihr betraute Erbe sie verweigert — von Gerichtswegen zu geschehen habe.⁸⁾

IV. Von einer Collision zwischen §. 651 und §§. 681—683 kann schon darum nicht die Rede sein, weil §. 651 ausdrücklich voraussetzt, daß der Testator eine Vertheilung angeordnet habe. Der Schlussatz wird von den meisten Auslegern, obwohl sie es nicht direct sagen, dahin mißverstanden, daß dem Erben im Zweifel die Vertheilung freistehe, auch wenn sie nicht angeordnet ist. Sein wahrer Sinn ist aber: daß, wenn die Vertheilung angeordnet, aber nicht gesagt ist, wem das liberum arbitrium distribuendi zustehe, es „dem Erben vorbehalten“ sei.^{8a)} In §§. 681 bis 683 wird dagegen vorausgesetzt, daß nicht ein Vermächtniß unter Kinder, Verwandte, Dienstpersonen zu vertheilen, sondern an Kinder, Verwandte, Dienstpersonen zu entrichten sei.⁹⁾ Allerdings kann dem Erben zuweilen die Vertheilung zustehen, ohne daß sie ihm ausdrücklich aufgetragen ist: nämlich dann, wenn sich ein Legat für eine „Classe von Personen“ ausgesetzt findet, die einerseits nicht eng genug ist, um anzunehmen, daß der Erblasser alle Angehörigen derselben honoriren wollte, und andererseits nicht so weit, daß das Legat schon deshalb für ungiltig erklärt werden müßte (s. oben). So z. B. wenn es heißt: „Ich vermache 10,000 fl. für (oder: an) nothleidende Wiener Kleingewerbsleute.“ Nur soll man nicht übersehen, daß dies nicht die Fälle sind, an welche bei §. 651 i. f. zunächst gedacht war. Sondern es liegt hier eine mangelhafte Willenserklärung vor, die durch eine corrigierende Interpretation vor Wirkungslosigkeit bewahrt wird (s. §. 655 i. f.); etwa wie die (gesetzwidrige) Anordnung einer Pupillar-Substitution durch Umdeutung in eine fideicommissarische theilweise aufrecht erhalten wird. Während die ausdrücklich als solche angeordneten Distributions-Vermächtnisse die eigentlichen Fälle des §. 651 sind, können wir die eben besprochenen Fälle die uneigentlichen nennen, und sagen: erst bei den uneigentlichen Fällen entsteht eine Grenzfrage zwischen §. 651 und §§. 681—683. Wäre nämlich das Vermächtniß „für die Kinder meines Freundes N“, für „meine Verwandten“ oder „die Verwandten des X“, für „meine Dienstleute“ ausgesetzt, so hätte der Erbe kein arbitrium distribuendi, sondern kämen die erwähnten gesetzlichen Auslegungsregeln zur Anwendung.

V. Schwierigkeiten bereiten die Vermächtnisse für die Armen (vgl. S. 83 f. Abf. XII.) Fehlt es an jeder näheren Bestimmung, so sind sie an den Localarmenfond des Erblassers abzuführen. Diese Anordnung des Hftzd. v. 17. Septbr. 1812 (J. G. S. Nr. 1006) ließe an sich den §. 651 unberührt, der sich auf ausdrücklich angeordnete Distributions-Legate bezieht; sie hätte eine ähnliche Bedeutung, wie etwa §. 682. Nun findet sich aber in älteren „politischen Verordnungen“ die Bestimmung, daß Vermächtnisse „zur Vertheilung unter Arme“ nicht vom Erben zu vertheilen, sondern „zur Behörde zu erlegen“ seien, damit die politische Landesstelle sie zweckmäßig ver-

⁸⁾ Unger a. a. O. meint: „Unterbleibt die Wahl, so sind alle zu dem Wahlkreis gehörenden Personen gleichberechtigt.“ Wir finden für die Uebertragung dieses Satzes aus dem römischen in das österreichische Recht gar keinen Anhaltspunkt in unserem Gesetzbuch.

^{8a)} Richtig Nagel (s. folgd. Note, a. E.): „Das Wort ‚hierüber‘ im letzten Satze des §. 651 bezieht sich bloß auf die Alternative: ein Erblasser kann die Vertheilung dem Erben oder einem Dritten überlassen.“

⁹⁾ Es ist Unger's Verdienst, zuerst den richtigen Gesichtspunkt angegeben zu haben. Er bezieht (§. 57 Anm. 7) „den §. 651 auf ein Distributions-Vermächtniß . . . die §§. 682, 683 dagegen auf ein gemeinschaftliches Vermächtniß (§. 689)“. Der letztere Theil der Behauptung ist freilich nicht ganz genau (s. oben Note 4). An Unger schließt sich Kirchstetter (bei §. 681 ff.) an. In der Hauptsache das Richtige hat (bald nach Unger und unabhängig von ihm) auch Nagel ausgesprochen (Gerichts-Ztg. 1866 Nr. 46), ohne jedoch näher auf die Interpretation der §§. 651 und 682 einzugehen.

theile. Da nun dies mit dem Inhalt des §. 651, namentlich seinem Schlußsatz in Widerspruch steht, so fragt es sich, ob diese älteren Anordnungen nicht durch den §. 651 abgeschafft sind. Art. VIII des R. M. P. spricht für ihre fortdauernde Geltung;¹⁰⁾ der Umstand, daß der Fall in §. 651 vorgesehen ist, für die Derogirung. Nun ist aber der Widerspruch kein totaler; es kann der Erbe das arbitrium distribuendi haben, wenn es ihm ausdrücklich vom Testator eingeräumt ist;¹¹⁾ nur der Schlußsatz ist dort, wo zwar die Vertheilung, aber nicht der Vertheilende angegeben ist, unanwendbar. Dazu kommt das Zeugniß von Zeiller,¹²⁾ so daß wir uns für die Geltung aussprechen müssen.¹³⁾

VI. Ueber einen Fall, wo eine Summe unter erst zu errichtende Stiftungen zu vertheilen war, s. Sammlung V Nr. 2423.¹⁴⁾

Substitutionen bey Vermächtnissen.

§. 652.

Der Erblasser kann bey einem Vermächtnisse eine gemeine, oder fideicommissarische Substitution anordnen; dabey sind die in dem vorigen Hauptstücke gegebenen Vorschriften anzuwenden.

I. Die Redactionsgeschichte der §. 652 erhellt aus der (oben, S. 236 und N. 9, mitgetheilten) des §. 610. Die dort erzählte Aenderung (gegenüber §. 407 Westgal. G. B. II) wurde aus systematischen Gründen, dann des kürzeren Ausdrucks wegen und nebenbei auch (wie Zeiller in der Sitzung v. 6. Febr. 1804 bemerkte) deshalb beliebt, weil im Westgal. G. B. nirgends der Gedanke zum Aus-

¹⁰⁾ So auch Ellinger zu §. 651. Dagegen glaubt Nippel IV S. 289, daß die Vdgn. v. 16. Febr. 1786 und 14. Novbr. 1801 durch den §. 651 aufgehoben sind.

¹¹⁾ S. Stubenrauch zu §. 651 Z. 1 und die zugehörige Note, dann Z. 3.

¹²⁾ Nicht bei §. 651, aber an anderer Stelle; s. Comm. II S. 427 Anm.

¹³⁾ Diese und andere zahlreiche „politische Verordnungen“ über Legate für Arme, „Hausarme“, an Armen-Institute, Wohlthätigkeits-Anstalten, „zu frommen Werken“ mit oder ohne den Zusatz „zur Rettung und Ruhe der Seele“ u. s. w. hier abzudrucken, unterlassen wir. Sie sind willkürlicher und (wie schon Zeiller bemerkt) wandelbarer Natur und entbehren jedes juristischen Interesses. Am besten zusammengestellt findet man sie bei Stubenrauch (zu §. 651); dann bei Ellinger (zu §. 651).

Dazu fügen wir nur einiges Geschichtliche aus den Protokollen hinzu. Man unterscheidet die „auf fromme Werke“ legitirten Summen in „Manual-Legate“, wenn sie sofort zu vertheilen sind, und in „Stiftungs-Summen“, wenn sie fruchtbringend angelegt werden (s. Winiwarter III S. 177 und Stubenrauch Z. 2 N. 3). Das galizische Gubernium fragte (1808) bei der vereinigten Hofkanzlei an, ob fromme Legate, welche der Geistlichkeit ohne eine bestimmte Verbindlichkeit hinterlassen werden, als Manual-Legate oder als Stiftungs-Summen zu betrachten seien? Die Hofkanzlei wünschte ein Gutachten der Hofcommission nach vorläufiger Rücksprache mit der obersten Justizstelle. Diese letztere wollte keine durchgreifende Regel; es komme auf die Ausdrücke, den erkennbaren Willen und die Vermöglichkeit des Erblassers und auf die Beschaffenheit der geistlichen Corporation oder Person an, um zu ermitteln: a) ob die legitirte Summe zu vertheilen, b) oder von den Percipienten zu verzehren, c) oder fruchtbringend gegen bleibende Leistung eines frommen Wertes anzulegen sei. Die vom Gubernium beantragte Beschränkung der Manual-Legate auf 100 fl. sei bei sehr großem Nachlaß zu eng; andererseits sollten für Spitäler, Bruderschaften u. s. w. auch kleinere Beträge nutzbringend angelegt werden, damit nicht bloß die gegenwärtigen Mitglieder oder Angehörige davon Vortheil haben. Die Hofcommission erklärte sich zwar im Allgemeinen einverstanden (S. v. 28. Novbr. 1808); nur sei es, wo ein bestimmter letzter Wille hierüber sich nicht darthun läßt, wahrscheinlich, daß der Testator bei minderen Legaten die Vertheilung, bei größeren die verzinsliche Anlage wünsche; und da sei eine feste Grenze (etwa jene 100 fl.) wünschenswerth. Die frühere Gesetzgebung schwankte: erst 500 fl., dann 300 fl., dann 100 fl. Die Protokolle citiren hiefür folgende Verordnungen: v. 26. Aug. 1771 S. 4, 28. Jänner 1775, 23. April 1786, 2. Jänner und 13. Oct. 1787, 23. Juli 1806. [Für die Richtigkeit dieser Daten stehen wir nicht ein; in der F. G. S. finden sich diese Verordnungen nicht.]

¹⁴⁾ Der Fall ist besprochen in dem Excurse zu §. 655.

druck kam, daß bei Vermächtnissen auch gemeine Substitutionen möglich seien (§. 407 betraf nur die fideicommissarischen). In der Sitzung vom 19. März 1804 erinnerte Zeiller daran, daß hier die Stelle sei, den in jener früheren Sitzung in Aussicht genommenen Paragraphen einzuschalten. Der damals beschlossene und der jetzige Text unterscheiden sich nur stylistisch.

II. Die Gleichstellung der Erbeinsetzung und des Vermächtnisses hinsichtlich der Substitutionen ist im österr. Recht eine noch vollständigere als im römischen, einmal wegen der geänderten Auffassung der Nacherbeinsetzung (s. oben S. 228, 229), dann wegen der Zulässigkeit aller Arten von Nebenbestimmungen auch bei Erbeinsetzungen (s. 12. Hauptstück), wodurch sich das österr. Recht so sehr vom römischen unterscheidet. Absolut ist die Gleichstellung auch im österr. Rechte nicht. So kann a) dem Vorerben die Wahl des Nacherben nicht überlassen werden (§. 564), wohl aber, innerhalb der Schranken des §. 651, dem Vorlegatar die Wahl des Nachlegatars;¹⁾ also aus einem collectiv bezeichneten Personenkreis oder aus einzeln aufgezählten Rechtssubjecten. Im Zweifel aber muß man das Regelmäßige annehmen, nämlich, daß der Testator den Honorirten selbst bestimmen und nicht dem Belieben des Dnerirten die Wahl überlassen wollte.²⁾ b) Eine andere Verschiedenheit hat ihren Grund in dem ipso-iure-Erwerb der Vermächtnisse (s. bei §. 684). Während der substituirt Erbe den Erben des Delaten (den Transmissaren) vorgeht (§. 809), gehen die Erben des Legatars dem Substituten vor, sobald Jener auch nur den dies codens erlebt hat. (Ellinger³⁾ und Unger⁴⁾ haben die entgegengesetzte Entscheidung, aber nur darum, weil sie [Ersterer wahrscheinlich,⁵⁾ Letzter gewiß⁶⁾] hinsichtlich des Erwerbs der Vermächtnisse anderer Ansicht sind. Die Consequenz obiger Entscheidung auf dem von uns eingenommenen Standpunkt wird von Unger⁷⁾ ausdrücklich anerkannt.⁸⁾ Verwirrung hat dagegen Winivarter angerichtet, der, auf dem gleichen Standpunkt wie wir stehend, die entgegengesetzte Entscheidung fällt.⁹⁾ Natürlich aber muß obige Regel dem gegentheiligen Willen des Testators weichen (vgl. §. 809).

1) S. oben S. 229 N. 8 und N. 9

2) Die Anordnung: „Mein Erbe soll x dem A geben; gibt er es nicht dem A, so soll er es dem B geben“ ist an sich mehrdeutig. Julian und Ulpian folgern daraus nicht ein Wahlrecht des Erben, sondern ergänzen: „wenn er dem A nicht gibt, weil in eius persona dies legati non cessit“ (l. 10 §. 1; l. 3 §. 3 D. de adim. v. transfer. leg. 34, 4; vgl. Unger §. 59 Anm.). Mit einer Berufung auf §. 614 kommt man hingegen nicht auf; für die Regel, daß der Testator selbst den Honorirten wählt, spricht — altmodisch ausgedrückt — „die stärkere Vermuthung“. Vgl. auch l. 77 §. 32 D. de leg. I.

3) S. seinen Commentar sowohl bei §. 652, als bei §. 684.

4) Erbrecht §. 59 und besonders §. 62 Anm. 2.

5) Er spricht vom „Anfallstag des Vermächtnisses“ (bei §. 652), von „Uebertragung des angefallenen Legates auf die Erben des Legatars“ (bei §. 684).

6) Erbrecht §. 62 Anm. 2.

7) Gegen's Ende der eben cit. Stelle.

8) Ganz mit uns stimmt Handa (Erwerb der Erbschaft S. 37 Note) hinsichtlich des ipso-iure-Erwerbs und wohl auch (nach der ganzen Darstellung auf S. 36 bis 38) hinsichtlich der zweiten Frage; ferner Strohal Transmissio S. 1 ff., nur daß dieser über §. 809 anderer Meinung ist als wir. S. Excursus zu §. 684 unter lit. B.

9) Winivarter III S. 178: Nach den Grundfügen des 10. Hauptstückes „erlischt die gemeine Substitution erst, wenn der eingesetzte Erbe die Erbschaft angetreten hat (§. 615). Da nun bei Vermächtnissen eine Antretung nicht notwendig ist; so wird es bei dem Umstande, daß Vermächtnisse der Regel nach erst nach Einem Jahre von dem Tode des Erblassers gefordert werden können (§. 685), nützlich sein, daß der Vermächtnißnehmer, ungeachtet sonst von ihm eine Erklärung über die Annahme des Vermächtnisses nicht gefordert wird, sobald als möglich eine solche Erklärung überreiche, indem er dadurch den aus dem Vermächtnisse entspringenden Vortheil seinen Erben für den Fall sichern kann, wenn er vor der Zeit, als das Vermächtniß gefordert werden kann, sterben würde“. Wenn, wie Winivarter ausdrücklich annimmt, das Legat ipso iure erworben wird, was kann das Versterben vor dem dies veniens schaden? und wenn das Erleben des

III. Bei der gemeinen Substitution ist das Legat für den Substituten ein bedingtes, er muß also die Erfüllung der Bedingung erleben. B soll (dies ist der Normalfall) das Vermächtniß bekommen, wenn A aus irgend welchem Grunde es nicht bekommt, beg. nicht behält. Dem B „fällt das Vermächtniß an“ (dies legati in eius persona cedit) 1) gleich bei des Erblassers Tode, wenn der A in diesem Zeitpunkt bereits verstorben oder erbnunfähig oder erbnunwürdig ist; 2) später: im Falle der Ausschlagung und nachträglichen Unwürdigkeit.¹⁰⁾ Auf die sehr seltenen Fälle (s. oben S. 219), wo B nur für den Fall honorirt ist, wenn A nicht erwerben kann, nicht auch, wenn A nicht erwerben (behalten) will, gehen wir nicht ein.¹¹⁾ Wenn es heißt: „wenn A vor Empfang des Vermächtnisses stirbt“, so ist dies wohl nicht vom Erwerb des Vermächtnisses (dies cedens), sondern von dem wirklichen Bekommen des Vermächten zu verstehen; diesem gleich steht die mora des Dnerirten.¹²⁾ Im Falle der Sammlung IV Nr. 1830 war eine Substitution angeordnet für den Fall, als der Legatar sterben sollte, „bevor er das Vermächte in Besitz erhalten hat“; gemeint aber war die selbständige Verwaltung des so Erworbenen, also die Erreichung der Großjährigkeit, und die Substitution war sowohl eine gemeine als eine fideicommissarische. — Selbstverständlich ist auch hier eine wechselseitige Substitution zulässig;¹³⁾ sie ist aber¹⁴⁾ nur dann von Nutzen, wenn die mehreren so substituirten Legatäre nicht accrescenz-berechtigte Collegatäre sind; haben sie dagegen diese Eigenschaft, dann kann die Substitution sogar nachtheilig sein, z. B. wenn der Substituirte den Zeitpunkt der Ausschlagung des Mithonorirten nicht erlebt. Immer nützlich dagegen ist eine wechselseitige fideicommissarische Substitution (s. den cit. Fall Nr. 1830).

dies veniens Erforderniß für den Uebergang des Vermächtnisses auf die Erben des Honorirten wäre, wie könnte es durch eine Annahme-Erklärung ersetzt werden? Allerdings ist das Wort „sichern“ zweideutig und dies trug noch mehr dazu bei, Verwirrung anzurichten. Basevi z. B. (bei S. 652) spricht sich ähnlich wie Winivarter aus, aber vorsichtiger, indem er es für rathsam erklärt, daß der Legatar vor der Abhandlungs-Instanz eine Annahme-Erklärung abgebe „per evitar ogni difficultà“ und damit das Vermächtniß, wenn er vor dem dies veniens sterben sollte, auf seine Erben „senza contrasto“ übergebe. Bei dem Streite darüber, ob Vermächtnisse ipso iure erworben werden, kann man ja immerhin die Annahme-Erklärung „rathsam“ nennen; schaden natürlich kann sie nicht. — Deutlich sieht man bei Stubenrauch (S. 2 zu S. 652), daß er nicht wußte, quid iuris. Er schreibt die erste Hälfte der citirten Aeußerung Winivarter's nach (ebenfalls ohne ihn zu citiren), statt der zweiten entscheidenden Hälfte kommt aber der folgende schillernde Nachsatz: „Zimmerhin wird aber der Legatar von dem ihm zugefallenen Vermächtnisse in Kenntniß gesetzt (S. 817) und erhält dadurch Gelegenheit, sich über die Annahme desselben zu erklären (S. 689), wenn er gleich die Herausgabe der vermachten Sache noch nicht sogleich fordern kann (S. 685).“ — Das Richtige ist einfach dieses: weil mit dem dies cedens das Vermächtniß ipso iure erworben ist, so kann der Vulgar-Substitut nur dann erwerben, wenn der Legatar den Erblasser nicht überlebt oder unfähig ist oder ablehnt. Daß in §. 689 in erster Linie der Substitut, dann der Accrescenz-berechtigte, zuletzt der Honorirte, und gar nicht der Erbe des Legatars genannt wird, erklärt sich daraus, daß dort vom erledigten Vermächtniß oder Vermächtniß-Antheil gehandelt wird; nach dem dies cedens aber kann eine Erledigung nur durch Ausschlagung eintreten. Die Worte „welches der Legatar nicht annehmen kann oder will“ (S. 689) werden unten bei S. 684 erklärt werden.

¹⁰⁾ Wir haben oben (S. 21) eine Regel über die nachträgliche Unwürdigkeit aufgestellt, welche auch auf Vermächtnisse anwendbar ist, nämlich: sie wirkt „zu Gunsten derjenigen Personen, welche die Portion (also hier das Legat) des indignus bekommen haben würden, wenn er den Anfall (hier den dies cedens) nicht erlebt hätte“. In unserem Falle ist dies eben der Substitut.

¹¹⁾ Vgl. das S. 223 f. Gesagte, wobei aber der Unterschied zwischen Erwerb der Erbschaft und Erwerb des Vermächtnisses nicht zu vergessen ist.

¹²⁾ Mit Recht verweist wegen dieses Falles Unger S. 59 Anm. auf I. 3 §. 1 D. de adim. v. transfer. leg. 34, 4.

¹³⁾ Was Zeiller ausdrücklich hervorhebt.

¹⁴⁾ Was Zeiller nicht überlegt zu haben scheint.

IV. Bei der fideicommissarischen Substitution oder dem successiven Vermächtniß soll B das Vermächte beim Tode des A oder in einem bestimmten Zeitpunkt, oder nach Ablauf einer Zeit seit des Erblassers Tode oder beim Eintritt eines Ereignisses bekommen; ist dieses ein ungewisses Ereigniß, so ist die Substitution eine bedingte. Ueber die Frage, wann für den zweiten „dies cedit“, kann auf die Ausführungen bei §. 608 (Abs. III und IV) verwiesen werden, indem hierin der dies legati cedens nicht anders zu beurtheilen ist als der Anfall einer fideicommissarischen Erbschaft. Da §. 652 sowohl hinsichtlich der gemeinen, als hinsichtlich der fideicommissarischen Substitution auf die Vorschriften des 10. Hauptstückes verweist, so begreift auch bei Vermächtnissen die fideicommissarische Substitution die gemeine in sich (§. 608); ferner gelten auch hier die Schranken des §. 612 und die bei §. 614 gegebenen Auslegungsregeln.¹⁵⁾

V. Außer dem Falle, wo Vor- und Nachmann Erben sind (§. 608), und dem Falle, wo beide Legatare sind (§. 652), gibt es noch den dritten, wo der Vormann Erbe, der Nachmann Legatar ist. So, wenn dem Erben auferlegt ist, nach einer bestimmten Zeit oder beim Eintritte irgend eines gewissen oder ungewissen Ereignisses, einem Anderen eine Nachlasssache herauszugeben. Man kann dies nicht ein successives Vermächtniß¹⁶⁾ (es liegt nur ein einfaches bedingtes oder betagtes Vermächtniß vor), und gleichwohl eine fideicommissarische Substitution nennen. Der Erbe ist in dem Sinne ein Fiduciar, daß er die fragliche Sache in vielen Beziehungen wie eine fremde, ihm anvertraute behandeln soll; sein Eigenthum ist durch das Recht des Nachfolgers, ja schon durch die Möglichkeit dieses Rechtes beschränkt (s. oben bei §. 613, S. 243). Ausdrücklich bestimmt das Gesetz in §. 707: „So lange das Recht . . . des Legatars wegen einer noch nicht erfüllten Bedingung, oder wegen des noch nicht gekommenen Zeitpunktes verschoben bleibt; so lange finden . . . zwischen dem Erben und Legatar, in Hinsicht auf den einstweiligen Besitz und Genuß des . . . Legats, die nämlichen Rechte und Verbindlichkeiten wie bei einer fideicommissarischen Substitution Statt.“^{16a)} Andererseits kann man aus diesen Worten nicht immer und überall vollen Ernst machen. Nicht in jedem Falle eines bedingten oder betagten Vermächtnisses liegt eine fideicommissarische Substitution vor; so z. B. nicht, wenn der Erbe nach einer bestimmten Zeit eine Geldsumme zahlen oder eine persönliche Leistung machen (facere) soll. Jener Satz paßt nur auf legitime Nachlassstücke, d. h. im Nachlasse vorhandene Sachen oder Rechte.¹⁷⁾

VI. Insofern man von „stillschweigender Anordnung“ zu sprechen pflegt, wo nicht aus dem Schweigen, sondern aus der Anordnung x die Anordnung y gefolgert wird, könnte man schon den eben besprochenen Fall herziehen.¹⁸⁾ Aber es kann ein Legat überhaupt und so denn auch ein successives, es kann die Honorirung selbst¹⁹⁾

¹⁵⁾ Auch in diesem Zusammenhang ist der Fall in Sammlung IV Nr. 1498 zu erwähnen, von dem übrigens bei §. 681 die Rede sein wird. — Also ist auch hier „im Zweifel eher eine (bloß) gemeine als eine fideicommissarische Substitution“ (welche freilich jene in sich schließt: §. 608), „anzunehmen“ (s. oben S. 255); aber eben nur im Zweifel (S. 257 Abs. III); deshalb haben die beiden höheren Instanzen in dem schon erwähnten Falle Nr. 1830 die Einwendung des Beklagten, daß die Substitution nur eine gemeine sei, mit Recht nicht gelten lassen; es war eben der Wille des Erblassers klar, daß der Substitut das Vermächtniß bekommen soll sowohl dann, wenn A es nicht erwirbt, als wenn A vor erreichter Großjährigkeit stirbt; ja es war zunächst an den letzteren Fall gedacht.

¹⁶⁾ Den Fall, wo die Sache prälegirt ist (welcher einfach unter §. 652 zu subsumiren ist), schließen wir aus.

^{16a)} Vgl. Unger S. 64 a. G.

¹⁷⁾ Aus Abs. IV und V ergibt sich: Eine fideicommissarische Substitution in ein Legat ist ein zweites, betagtes oder bedingtes Legat; ein betagtes oder bedingtes Legat hinwieder enthält sehr oft die Anordnung einer fideicommissarischen Substitution.

¹⁸⁾ Nämlich in dem betagten Legate (x) steckt eine fideicommissarische Substitution (y).

¹⁹⁾ Also das x der vorigen Note.

„stillſchweigend“ erklärt ſein, und zwar ſowohl dort, wo der Vormann Erbe, als wo er ſelbſt Legatar iſt. Namentlich kann aus einem Veräußerungs-Verbote, ſei es wegen ſeines Wortlautes, ſei es wegen verſchiedener hinzutretender Umſtände, ein Vermächtniß und ſohin (N. 17) eine fideicommiſſariſche Subſtitution zu erſchließen ſein. Es iſt dies quaestio voluntatis.²⁰⁾

Gegenſtände eines Vermächtniſſes.

§. 653.

Alles, was im gemeinen Verkehre ſteht: Sachen, Rechte, Arbeiten*) und andere Handlungen, die einen Werth haben, können vermacht werden.

§. 654.

Werden Sachen vermacht, die zwar im gemeinen Verkehre ſtehen, die aber der Legatar zu beſitzen für ſeine Perſon unfähig iſt, ſo wird ihm der ordentliche Werth vergütet.

I. Redaction. §. 438 Weſtgal. G. B. II entſprach dem §. 653, hatte aber noch den Zuſatz: „ſie mögen dem Erblaſſer, dem Erben, einem Dritten, oder gewiſſer Maßen ſelbſt dem Legatar gehören“. Die Wiener Facultät ſchlug vor: „oder ſelbſt dem Legatar, aber nicht ohne alle Laſt und Beſchränkung gehören“. ¹⁾ Der ganze Zuſatz aber wurde, weil der darin enthaltene Gedanke ſpäter zur Sprache komme, auf Zeiller's Antrag geſtrichen (S. v. 19. März 1804). — §. 439 lautete ähnlich wie jetzt §. 654, doch mit dem großen Unterſchied, daß es hieß: „die aber der Teſtator, der Erbe oder der Legatar nicht beſitzen kann“. Zeiller bemerkte hiegegen (in derſelben Sitzung): die Fähigkeit des Erblaſſers und des Erben ſei irrelevant, nur auf die des Honorirten komme es an. ²⁾ Ferner ſcheine der §. 439 nicht von zufälligen Hinderniſſen des körperlichen Beſitzes zu handeln, z. B. einem Wiener Beamten würde ein Haus in Brünn vermacht (!), ſondern davon, daß Jemand „vermöge ſeines Standes an ſich unfähig iſt“. Es wurde deſhalb tertirt: „zu beſitzen an ſich unfähig iſt“. Damit waren Alle einverſtanden bis auf den Vicepräſidenten, welcher die in dem „an ſich“ liegende Unterſcheidung nicht gemacht wiſſen wollte (ſ. unten N. 13). Statt „an ſich unfähig“ heißt es jetzt — ſeit wann, iſt nicht erſichtlich — „für ſeine Perſon unfähig“. Solche Schwierigkeiten machte es, einen deutſchen Ausdruck für den ſubjectiven Mangel des commercium rei zu finden!

II. Zu §. 653. Die Vermächtniſſe erzeugen nach öſterr. Recht nur Forderungsrechte (§. 684); Inhalt eines Vermächtniſſes kann Alles ſein, was Inhalt einer Forderung überhaupt ſein kann (§. 878); ³⁾ mag die Leiſtung auf dare, facere, praestare, sinere oder omittere ⁴⁾ gehen. ^{4a)} Auch muß der Gegenſtand der Leiſtung „hinreichend beſtimmt ſein, ſo daß es nicht bloß in der Willkür des Beſchwerten ſteht, ob er etwas und was er geben wolle“. ⁵⁾ Das Gebenſollen kann wieder eine ſpeciell

²⁰⁾ Ausführlich handelt hierüber E. Steinbach Veräußerungs- und Belaftungsverbote (1877), S. 33—39.

*) In der F. G. S. ſteht nach „Arbeiten“ ein Beiſtrich.

¹⁾ Vgl. Arndts Pandekten §. 569 Z. 4.

²⁾ Vgl. ſeinen Commentar (S. 589): „Die Beſitzunfähigkeit des Erblaſſers, welcher die Sache dem Legatate zu kaufen anordnet (§. 662), oder des Erben und Beſchwerten macht in der Verbindlichkeit, dem beſitzfähigen Legatate die Sache zu leiſten, keine Aenderung, weil ihm der Beſitz durch Ankauf in ſeinem Namen verſchafft werden kann.“ Vgl. Unger §. 60 Anm. a. E.

³⁾ Vgl. Mommsen S. 369 zu §. 352.

⁴⁾ Eine obligatio ad omittendum iſt nicht nur von einer servitus in non faciendo conſiſtens, ſondern auch von der obligatorischen Verpflchtung zur Einräumung einer ſolchen Servitut wohl zu unterſcheiden, was Basevi (zu §. 653 n. 2) überſieht.

^{4a)} Ueber das von unſeren Juristen gewöhnlich hier behandelte Legat der Dienſtbelaffung ſ. unten bei §§. 672, 673.

⁵⁾ Arndts Pandekten §. 547 unter Berufung auf L. 69 §. 4 D. de iure dot. 23. 3.

oder generisch bestimmte Nachlaß- oder anderweitige Sache, auch eine zukünftige,⁶⁾ betreffen. Durch die Erfüllung der Vermächtnispflicht von Seiten des Dnerirten kann Eigenthum übertragen (§. 684), eine Servitut oder ein Pfandrecht eingeräumt oder aufgehoben werden u. s. w. Die Frage aber, was Wirkung schon des Vermächtnisses, was erst seiner Erfüllung ist (z. B. bei einem *legatum nominis* oder *liberationis*), ist an späteren Stellen im Einzelnen zu untersuchen. — Das Vermächtniß einer dem Verkehre gänzlich entzogenen Sache ist ungiltig (*arg. a contr. aus §. 653*), es kann also auch nicht statt der Sache Geld gefordert werden.⁷⁾ Wenn die Sache erst nach gemachter Anordnung dem Verkehre entzogen wird, so ist das ein den Honorirten treffender Zufall, für den der Dnerirte nicht einzustehen braucht.⁸⁾

III. Zu §. 654. Wenn dagegen bloß dem Legatar das *commercium rei* fehlt, so ist ihm „der ordentliche Werth“ (§. 305) der Sache zu vergüten. Das ist, abgesehen mit dem römischen Recht nicht congruierend,⁹⁾ wohl zu billigen.¹⁰⁾ Die Behauptung, daß diese Bestimmung auch auf die Fälle auszudehnen sei, wo dem Legatar „wegen anderweitiger rechtlicher oder factischer Hindernisse der Erwerb des vermachten Gegenstandes unmöglich ist“,¹¹⁾ hat zwar das römische Recht für sich,¹²⁾ widerspricht aber der Entstehungsgeschichte des §. 654 und hat keinen Anhalt in seinem Wortlaute.¹³⁾¹⁴⁾

Allgemeine Auslegungsregeln bey Vermächtnissen.

§. 655.

Worte werden auch bey Vermächtnissen in ihrer gewöhnlichen Bedeutung genommen; es mißte denn bewiesen werden, daß der Erblasser mit gewissen Ausdrücken einen ihm eigenen besondern Sinn zu verbinden gewohnt gewesen ist; oder, daß das Vermächtniß sonst ohne Wirkung wäre.

I. Redaction. Der correspondirende §. 467 Westg. G. B. II stand an unpassender Stelle. Sonnenfels bemerkte in der Sitzung vom 23. April 1804, daß diese allgemeine Vorschrift mitten unter besondere „hineingeworfen“ sei, worauf Zeiller antwortete, er habe dem Paragraphen bereits einen anderen Ort angewiesen. Richtiger freilich wäre es noch gewesen, ihn im 9. Hauptstücke einzureihen, da Zeiller selbst gesteht,¹⁾ daß er auch auf Erbeinsetzungen anzuwenden sei. — Unser Paragraph unterscheidet sich vom §. 467 nur durch stylistische Verbesserungen, deren erheblichste die ist, daß im letzten Satztheil ein „und“ durch ein „oder“ ersetzt wurde. Dies geschah über die Bemerkung der Wiener Facultät, daß ja jeder der beiden Umstände (im

⁶⁾ Stubenrauch zu §. 663 Z. 1. Auch Unger (§. 60) ist natürlich derselben Ansicht, trotz dem zu allgemeinen Ausdruck „ungiltig ist das Vermächtniß einer . . . gar nicht existirenden Sache“; dies erhellt aus dem von ihm selbst in Note e citirten §. 7 Inst. 2. 20.

⁷⁾ Zeiller S. 588 fügt hinzu: „weil dergleichen Sachen keiner Schätzung (§. 303) unterliegen“. Diese Motivirung ist nicht allgemein zutreffend, obwohl sie aus dem Wortlaut des §. 303 allerdings sich ergibt; aber dieser §. 303 ist eben nicht einwandfrei. Gleichwohl ist der Satz im Texte auch legislativ zu billigen.

⁸⁾ Anal. §. 880; Rippel IV S. 293; Stubenrauch zu §§. 653, 654 Z. 2.

⁹⁾ Wangerow II §. 525 Anm. 1; Arndts Pandekten §. 547 Text zu R. c—e; Vermächtnisse I S. 100 ff. Ueber die neueren Gesetzgebungen s. ebd. S. 118 ff. Vgl. Mommsen §. 353 A. 3 und S. 370.

¹⁰⁾ Unger §. 60 Anm.

¹¹⁾ Unger §. 60 R. g und Text dazu.

¹²⁾ L. 114 §. 5 D. deleg. I., Arndts Pandekten §. 547 a. E., Vermächtnisse I S. 102 ff.

¹³⁾ Gegen den von Unger postulirten Rechtsatz haben sich alle Redactoren, mit Ausnahme Haan's, ausdrücklich ausgesprochen, s. oben Abs. I.

¹⁴⁾ Basevi macht darauf aufmerksam, daß wenn die politische Behörde die eigentliche Erfüllung eines gültigen Vermächtnisses aus hauptpolitischen oder anderen Gründen der öffentlichen Ordnung verbietet (Kostrennung einer Säule . . .), Geldersatz zu leisten sei.

¹⁾ Commentar II S. 592 Z. 6.

zweiten und dritten Satztheil) schon für ſich genüge, eine Abweichung von der im Anfangssatze enthaltenen Regel zu begründen.

II. Es iſt eine oft gehörte Rede, für die Auslegung der letztwilligen Anordnungen gelten im allgemeinen dieſelben Regeln, wie für die Auslegung von Geſetzen. Auch unter den öſterr. Juristen iſt dieſe Verweiſung ſeit Zeiller (S. 590) üblich. Und da S. 914 pr. hiñſichtlich der Verträge dieſes thut, ſo ſcheint es um ſo zuläſſiger bei Teſtamenten (und Codicillen), die ſeit jeher mit Geſetzen verglichen worden ſind. Und doch iſt es im Grunde eine gedankenloſe Redewendung, die dem Commentator recht ſchnell über den S. 655 hinweghelfen ſoll. Was haben die Fragen nach Geſetz- und Rechts-Analogie und der ſubſidiären Geltung des Naturrechts (S. 7) hier zu thun!²⁾ was die Benutzung der Rechtsgeschichte, der Protokolle, des ſyſtematiſchen Elementes! Es bleibt alſo nichts Wahres übrig als das Selbſtverſtändliche, daß die allgemeinen Grundſätze der Hermeneutik hier, wie dort gelten, — Grundſätze, die aber überhaupt nicht auf das Rechtsgebiet eingeſchränkt ſind; ſo die beiden erſten Regeln des S. 655.³⁾ Wir müſſen hier wiederholen, daß Auslegung mehr Kunſt als Kunde iſt und daß allgemeine Auslegungsregeln einen ſehr geringen Werth haben.⁴⁾ Oft wird es leicht ſein, für entgegengeſetzte Entſcheidungen ſolche Regeln anzuführen. Der Eine wird für den Legatar eine benigna interpretatio verlangen, damit das Vermächtniß nicht großen Theils illuſoriſch werde (arg. S. 655 i. f.), der Andere wird entgegnen, daß aus Vermächtniſſen in der Regel einſeitige Verbindlichkeiten entſpringen und man daher im Zweifel für die geringere Laſt entſcheiden müſſe (arg. S. 915). Schließlich kommt alles auf eine ehrliche, unbefangene, alle individuellen Umſtände ſorgfältig erwägende Erforſchung des letzten Willens an;⁵⁾ und man wird dort, wo dieſer Wille feſtſteht, nicht leicht von dem ſtrengen Worte Gebrauch machen: „das Erklärte iſt nicht gewollt, das Gewollte iſt nicht erklärt“ (ſ. I. 9 pr. D. de hered. inst. 28. 5, vgl. oben S. 114 Abſ. IV),⁶⁾ und gerade bei Vermächtniſſen darf man es mit dem Erforderniß der klaren und beſtimmten Erklärung (S. 565) noch weniger rigoros nehmen, als bei anderen letztwilligen Anordnungen.⁷⁾ Nur mit dem obigen Vorbehalt gehen wir jetzt zur Beſprechung einiger Regeln über.

²⁾ Man beachte, daß in S. 914 nur S. 6 bezogen wird, während Zeiller (S. 590) ſo unvorſichtig iſt, §§. 6 und 7 zu allegiren.

³⁾ Vgl. mit S. 655 Ferguson's Inſtitutes of moral philoſophy (neue Ausgabe Baſel 1800), der, von Verträgen redend, ſagt (p. 155): Words are to be interpreted in their moſt ordinary ſenſe, or the ſenſe, in which it appears from other ſigns, that they were intended to be uſed.

⁴⁾ Vgl. Bd. I S. 166 f.

⁵⁾ Was Ulpian von den Bedingungen ſagt, gilt für uns vom letzten Willen überhaupt. L. 19 D. de condic. et dem. 35, 1: In condicionibus primum locum voluntas defuncti obtinet . . .“ Vgl. S. 683 a. C. Während die Auslegung der Legate vielfach durch die Legatsformen beſtimmt wurde, hatte „die Interpretation nirgends ein freieres Spiel als bei den Fideicommiſſen. Unter dieſer Geſtalt ſoll der reine und ganze Wille des Anordnenden aufrecht erhalten werden.“ So Roßhirt Vermächtniſſe I S. 223, der mit Recht auf l. 25 pr. D. ad S. C. Trebell. 36, 1 als ein Beiſpiel freier Interpretation hinweiſt. Was hier von Fideicommiſſen ſagt wurde, gilt im modernen Rechte von Vermächtniſſen überhaupt.

⁶⁾ Auch das, was Zeiller — Thibaut folgend — auf S. 592 Nr. *) ſagt — iſt, obgleich richtig, cum grano ſalis zu nehmen, und ebenſo das dort im Texte Geſagte: daß, ſobald gewiß iſt, der Erbſtifter habe etwas Widerrechtliches angeordnet, ihm nicht eine andere Anordnung unterſchoben werden dürfe. Die Anordnung einer Pupillar-Subſtitution widerſpricht dem Geſetze; wir ſind aber berechtigt, ſie auf eine fideicommiſſariſche Subſtitution zu reduciren (ſ. oben bei S. 609), weil wir ſicher ſind, daß der Teſtator zugeſtimmt hätte, ſobald man ihn über S. 609 belehrt haben würde.

⁷⁾ In der Sammlung XIII Nr. 5883 ſagt der oberſte Gerichtshof: „Nach den §§. 565 und 655 muß der letzte Wille des Erbſtellers beſtimmt und deutlich lauten . . .“ Wollte man daraus Ernst machen, ſo müßte man 90% aller letztwilligen Anordnungen annulliren! Vgl. oben II S. 97. — Zur Widerlegung genügt ein Blick auf S. 558 i. f.

III. Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est, aliud sensisse testatorem (l. 69 pr. D. de leg. III). Nur eine Umschreibung dieser Worte des Marcellus sind die beiden ersten Satztheile des §. 655. Die Betonung des dem Testator zur Gewohnheit gewordenen besonderen Sprachgebrauches⁸⁾ ist keine Verbesserung.⁹⁾ Es fragt sich, was er an dieser Stelle gemeint habe, und die Constatur einer derartigen Gewohnheit (cf. l. 7 §. 2 D. de suppl. 33, 10) ist eben nur eines der Mittel zur Beantwortung der Frage, jene Textirung also zu eng. Man kann aber sehr oft zeigen, „aliud sensisse testatorem“, auch wo von Gewohnheit keine Rede sein kann, meist schon darum nicht, weil der Testator nicht oft in die Lage kommt, über rechtliche Gegenstände zu sprechen oder zu schreiben. Oft kann dieser Beweis aus anderen Stellen deselben Testaments geführt werden.¹⁰⁾ Die Annahme einer besonderen, uneigentlichen, unpassenden Ausdrucksweise hat bei einem (oft wenig gebildeten) Testator weniger Bedenkliches, als beim Gesetzgeber, so daß auch hierin (vgl. Abf. II) ein Unterschied der Interpretation privater und gesetzlicher Anordnungen liegt. Auch bei nicht unrichtigem, aber mehrdeutigem Ausdruck muß auf die gleiche Weise die Absicht des Verfügenden ermittelt werden (cf. l. 96 D. de V. S.). — „Gewöhnliche Bedeutung“ zur Zeit¹¹⁾ nämlich der Errichtung (und in der Heimat des Testators), „was insbesondere in Ansehung des Maaßes, Gewichtes und der Geldsorten auch hier seine Anwendung hat.“¹²⁾ Selbstverständlich müssen die Worte in ihrem Zusammenhange betrachtet werden (vgl. §. 6), und zwar nicht bloß im Zusammenhang des Satzes, sondern selbst des ganzen Testaments.¹³⁾ „Kunstausdrücke werden von Sachverständigen bestimmt, wenn man anders voraussetzen kann, daß der Erblasser der Kunstsprache mächtig war.“¹⁴⁾ Es ist ein alter, durch l. 25 §. 1 D. de leg. III hervorgerufener Irrthum unserer älteren Juristen,¹⁵⁾ daß erst, wenn die grammatische Auslegung nicht

und §. 706, welche Michel mit Recht zu §. 655 citirt. Wenn freilich der Sinn der Erklärung überhaupt nicht ermittelt werden kann, so ist diese selbstverständlich wirkungslos. Winwarter III S. 180 a. E.

⁸⁾ Zeiller S. 599 Z. 3 vgl. mit S. 445) gibt das Beispiel, daß Jemand eine vergoldete Dose seine „goldene Dose“ zu nennen pflegte; Winwarter (S. 180): Jemand pflegte seinen Garten in der Vorstadt „sein Landgut“, einen alten Mann „Vater“, einen Freund „Bruder“ zu nennen. Vgl. auch die im Text cit. l. 7 §. 2 D. 33. 10.

⁹⁾ So ist es nicht zu billigen, wenn in der Richtiges und Falsches mengenden Motivirung einer richtigen Entscheidung in Sammlung III Nr. 1180 betont wird, es käme zwar eine gewisse grammatisch fehlerhafte Ausdrucksweise wiederholt in dem Testamente vor, aber damit sei noch nicht erwiesen, daß der Testator sich derselben zu bedienen gewohnt war.

¹⁰⁾ So im Falle der Sammlung IV Nr. 1830, s. oben bei §. 652 Abf. III, Text zwischen N. 12 und N. 13 — Zeiller S. 590 Z. 3: „Der Beweis kann theils durch Zeugen, theils aus anderen Stellen der nämlichen Urkunde, theils aus anderen Schriften des Erblassers, besonders solchen, worauf er sich bezogen hat (S. 582), geführt werden.“

¹¹⁾ Zeiller S. 590 Z. 2 fügt unpassend hinzu „und am Orte“. Richtig bemerkt dagegen Rippel IV S. 294 (vgl. Winwarter S. 180), daß es auf den oft zufälligen Ort der Errichtung nicht ankommen könne.

¹²⁾ Zeiller a. a. — Handgreiflich falsch ist der Satz: „Wenn in dem Vermächtniß einer Summe Geldes die Währung nicht bezeichnet ist, muß das Legat in der zur Zeit des Anfalls gesetzlichen Währung berechnet werden“ (Riehl S. 419). Es steht aber auch gar nichts davon in dem dafür citirten Urtheil (Sammlung II Nr. 965); vielmehr beruft sich der oberste Gerichtshof darauf: a) daß der Testator das fragliche, die Währung betreffende Gesetz bei der Errichtung gekannt habe, b) daß Zeugen auslagen, er habe diese Währung selbst als die gemeinte bezeichnet; c) daß hiefür auch der Sprachgebrauch der Gegend spreche, wo der Erblasser wohnte und das Testament errichtete. — Ueber die Währung vgl. auch noch Unger §. 70 A. 2 pr., besonders aber Arndts Vermächtnisse I S. 217—220.

¹³⁾ Vgl. Zeiller S. 591 Z. 4. Vgl. hier N. 10.

¹⁴⁾ Zeiller S. 591.

¹⁵⁾ Cf. z. B. Staudinger in der Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1829 II S. 310 f.; selbst Zeiller S. 591 f. Z. 5, der aber dabei das Wort „logische oder philosophische Auslegung“ in einer engeren als der gewöhnlichen Bedeutung nimmt.

ausreicht, die logische einzutreten habe. Es ist dagegen auf das im I. Bde. S. 176 Gesagte zu verweisen.

IV. So lange als möglich muß man eine Auslegung vermeiden, welche den Testator etwas Rechtswidriges, Unmögliches, Unsinniges, Widerspruchsvolles (vgl. §. 914 i. f.) sagen läßt.¹⁶⁾ Man muß deshalb selbst von der Annahme des gewöhnlichen Wortsinnes abgehen;¹⁷⁾ und so denn auch, sobald dieser dahin führt, „daß das Vermächtniß ohne Wirkung wäre“ (§. 655 i. f., vgl. §. 914 i. f. und l. 80 D. de V. O.), sei es, daß es geradezu ungiltig, oder doch aus thatsächlichen Gründen vereitelt¹⁸⁾ oder endlich in dem Sinne unwirksam wäre, daß es dem Honorirten keinen Vortheil bringen würde.¹⁹⁾

V. So frei übrigens die Thätigkeit des Interpreten bei letztwilligen Anordnungen überhaupt und bei Vermächtnissen insbesondere sich darstellt,²⁰⁾ so daß selbst eine Correctur der Willenserklärung nicht schlechterdings ausgeschlossen ist,²¹⁾ so darf diese doch nicht soweit gehen, daß dem Testator etwas unterschoben werde, was er nicht gewollt hat,²²⁾ und es darf nicht eine subjective Muthmaßung des Richters die Klarstellung des letzten Willens ersetzen.²³⁾ Die Grenze zwischen erlaubter und unstatthafter Correctur ist leichter zu ziehen (N. 22), als die richtige Mitte zwischen leicht-

¹⁶⁾ Vgl. Zeiller S. 592.

¹⁷⁾ Mit Recht wurde im Falle der Sammlung I Nr. 251 der Ausdruck „gesetzlicher Erbe“ als Synonym für „Notherbe“ gedeutet, weil sonst die Anordnung in sich widersprechend und wirkungslos gewesen wäre. — Vgl. Nr. 311, welcher Fall bei §. 1248 f. zur Sprache kommt.

¹⁸⁾ Z. B. „Ich vermache all mein silbernes Eßbesteck dem N“; und der Testator hat gar kein silbernes, sondern nur neusilbernes besessen. Nicht glücklich gewählt scheint uns das Beispiel bei Rippel IV S. 296 Z. 5. Jemand, der gar keine Verwandten hat, hat ein Legat „für seine Verwandten“ hinterlassen; es seien darunter seine Verschwägerten zu verstehen. Der geradezu falsche Ausdruck stünde allerdings nicht im Wege (l. 25 D. de reb. dub. 34, 5). Aber praktisch wird der Fall wohl nur bei unehelich Geborenen vorkommen, und da wäre an das oben S. 82, 83 Gesagte zu erinnern. Und welche Verschwägerten sollten es und wie viel Jeder bekommen? wie können wir uns auch nur eine analoge Anwendung des §. 682 denken? — Ein berühmtes Beispiel zu dem in Texte Gesagten bietet die l. 22 pr. D. de usu 7, 8, wo Hadrian den usus an einem Walde in einen usufructus umgedeutet hat, weil sonst legatarii nihil habituri essent ex eo legato. Keine Umdeutung, aber doch eine Ergänzung der Anordnung aus ähnlichem Grunde findet sich in l. 10 D. de serv. 8, 1: Si iter legatum sit, qua nisi opere facto iri non possit, licere fodiendo substruendo iter facere Proculus ait.

¹⁹⁾ Denn man muß bei einem Legate stets davon ausgehen, daß der Testator dem Bedachten einen Vortheil zuwenden wollte. Stubenrauch zu §. 655 Z. 3; Basevi ebd. nr. 3. (Dieser unter Berufung auf l. 66 pr. D. de leg. II.) Legate sind eben, mit verschwindenden Ausnahmen, Liberalitäten. S. den Excurs über den Begriff der Vermächtnisse.

²⁰⁾ L. 24 (25) D. de reb. dub. 34. 5 (Marcellus): Cum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est (soll heißen: interpretandum et id, quod . . .).

²¹⁾ S. Note 6.

²²⁾ Es muß das in die Erklärung Hineincorrigirte im Willen des Testators mit enthalten sein, wie in dem in N. 6 gegebenen Beispiele. — „Der klar erkannte Wille des Erblassers muß in Erfüllung kommen, ob er gleich aus keiner uns bekannten Thatsache erklärbar ist, oder noch so sehr von der bisherigen Handlungsweise des Erblassers abzuweichen scheint.“ Zeiller S. 591 Z. 4 a. E.

²³⁾ Vgl. Rippel IV S. 295 f. Z. 4, dessen Beispiel aber nicht richtig ist. In jenem Falle wird es entweder gelingen, zu constatiren, welcher der beiden Nissen gemeint ist (der eine war ihm fremd, der andere sehr werth, oder vielleicht gar die Existenz des einen unbekannt u. dgl.); oder es ist dies nicht möglich, dann ist das Vermächtniß ungiltig (s. bei §. 565), während Rippel glaubt, daß beide Nissen Collegatare wären. Vgl. die Entscheidung Ulpian's in l. 10 (11) pr. D. de reb. dub. 34. 5, und die Regel in l. 73 §. 3 D. de V. S. Quae in testamento ita sunt scripta, ut intelligi non possint, perinde sunt, ac si scripta non essent.

fertiger Annahme irgend eines Willensinhaltes und zwischen pedantischer Auffassung der Gewißheit zu finden. Dafür gibt es keine Regel; es muß dem Gewissen des einzelnen Richters überlassen bleiben. Ueberhaupt ist die Interpretation der angerufenen letztwilligen Anordnung Sache des Richters, und wenn diesfalls von einer Partei ein Beweis verlangt wird,²⁴⁾ so ist dies nicht im Sinne der processualischen Beweisregeln zu verstehen. Natürlich wird jede Partei sich bemühen, die ihr günstige Auslegung dem Richter plausibel zu machen und die dafür sprechenden Thatsachen anführen und darthun. Der Richter wird beim gewöhnlichen Wortsinne stehen bleiben, wenn er nicht von einem besonderen Sprachgebrauche des Testators überzeugt wird. Aber von einer technischen Beweislast ist hier nicht die Rede; der Richter hat selbst sich zu bemühen, den wahren Sinn der Anordnung zu ermitteln.

VI. Manche gesetzliche Auslegungsregeln sind schon vorgekommen (z. B. §. 614), eine Reihe anderer, viele im Gewande von Vermuthungen,²⁵⁾ folgen hier (§§. 656 ff.). Sie beziehen sich theils auf Object und Inhalt der Vermächtnisse (§§. 656—680), theils auf die honorirten Personen (§. 681—683). Sie haben aber keine durchgreifende Natur, und am Schlusse derselben wird dies durch eine *clausula generalis* ausdrücklich gesagt. §. 683 i. f.: „Doch kann in diesem,²⁶⁾ sowie in den übrigen Fällen,²⁷⁾ die Vermuthung durch entgegengesetzte stärkere Vermuthungsgründe aufgehoben werden.“ Eine analoge Anwendung dieser Regeln (§. 656 ff.), namentlich auch auf Verträge, ist immerhin zulässig.²⁸⁾ Eine Wort=erklärung freilich paßt nur auf das fragliche Wort.²⁹⁾³⁰⁾

VII. Es läßt sich kaum billigen, daß der besondere Theil der Vermächtnis=lehre (§§. 656—683) mitten in den allgemeinen Theil hineingeschoben wurde. Aber die auf den ersten Blick willkürliche Anreihung der cit. §§. ist eine ziemlich wohl durchdachte. Zuerst wird, wie natürlich, von legitirten körperlichen Sachen im allgemeinen gesprochen. Daß zuerst von generisch, dann von speciell bestimmten Sachen die Rede ist, hat vielleicht darin, daß die ersteren Anordnungen noch deutlicher das Gepräge von Auslegungsregeln tragen, seinen Grund, vielleicht auch in dem Inhalte des §. 660; jedenfalls ist es ziemlich unerheblich.³¹⁾ Darauf folgen die Forde=

²⁴⁾ Man liest dergleichen sehr oft, auch in Urtheilen. Schief ist die Behauptung, daß „über den Sinn einer letztwilligen schriftlichen Anordnung der Beweis nicht durch die Testaments=Zeugen erbracht werden“ könne. So resumirt nämlich Niehl fälschlich die Entscheidung v. 14. April 1871, in der Sammlung IX Nr. 4125 und in der Ger. Ztg. v. 1871 Nr. 76. Die Aussagen der Testaments= und anderer Zeugen sind Thatsachen, deren Bedeutung für die Interpretation zu beurtheilen dem Richter gänzlich anheimgegeben ist; gleichgiltig sind aber solche Aussagen gewiß nicht (vgl. Note 10). Dies hat aber der oberste G. H. in Wahrheit nicht geläugnet, sondern nur den Versuch zurückgewiesen, durch Vernehmung der Testaments=Zeugen einer Anordnung einen Sinn beizulegen, welcher (nach der Ansicht des Gerichtshofs) mit den Worten des schriftlichen Testaments unvereinbar war.

²⁵⁾ S. Unger Erbrecht §. 57 N. 3 und System II §. 130. Zeiller nennt diese Regeln kurzweg „Vermuthungen“. Vgl. dagegen Kofshirt I S. 314: „Eigentliche Präsumtionen aber hatten sie (die römischen Juristen) nicht gerne, wo sie sich auf dem Felde reiner Interpretation befanden“; vgl. S. 331.

²⁶⁾ Es ist gemeint §. 683 pr.

²⁷⁾ Es sind alle §§. 656—682 gemeint.

²⁸⁾ Rippel Commentar IV S. 297. — „Analoge Anwendung“ d. h. 1) Uebertragung der Regel auf andere Rechtsgeschäfte als Legate; 2) Ausdehnung der Regel durch Analogie; über diese läßt sich natürlich nichts Allgemeines sagen.

²⁹⁾ Da kann von Analogie im technischen Sinne nicht die Rede sein; denn es handelt sich bei §§. wie z. B. §. 678 nicht um Konsequenzen irgend welcher *ratio legis* oder *r. iuris*, sondern um Constatirung eines Sprachgebrauches.

³⁰⁾ Um nicht die Noten zu überladen, werden einige Beispiele (nicht zu dem letzten Satze, sondern überhaupt) zu §. 655 in einen kleinen Exkurs bei Seite gestellt.

³¹⁾ Unlogisch ist nur die Marginalnote bei §. 662 „c) einer fremden Sache“; vgl. die Marg. N. a und b.

rungen betreffenden Legate (§§. 663—668);³²⁾ dann Vermögens- und Sach-Inbegriffe (§§. 669—671 und 674—680), mag nun das einigende Moment in der Zweckbestimmung, mag es lediglich in der collectiven Bezeichnung liegen. Warum in diese Gruppe die §§. 672 und 673 eingeschoben sind, wird bei diesen §§. (in Note 2^a) gesagt und zugleich der Zusammenhang zwischen der früheren und dieser Hauptgruppe gezeigt werden. Ueber §§. 681—683 s. Abf. VI. — Eine Reihe von §§. (672 ff.) befaßt sich mit bloßen Worterklärungen, wie wir ihrer auch in den Digesten viele finden (besonders im 33. und 34. Buche); und wie diese, weil auf römischem Sprachgebrauche beruhend, selbst für den gemeinrechtlichen Richter nicht schlechthin entscheidend sein können,³³⁾ so auch jene der deutschen Redeweise angemessenen nicht für den österreichischen Richter, wenn das Legat in einem nicht-deutschen Idiom abgefaßt ist. Indesß ist dieser Uebelstand kein großer; denn gerade die Bedeutung dieser §§. wird durch den Vorbehalt in §. 683 i. f. sehr abgeschwächt. Schließlich handelt es sich da um Fragen, bei denen der Jurist von dem unbefangenen Laien eben so oft Aufschluß erwarten, als ihn belehren kann, und in concreto ist auf den localen, ja individuellen Sprachgebrauch (§. 655) stete Rücksicht zu nehmen.³⁴⁾ Die Redactoren selbst haben die Bedeutung jener Vorschriften nicht überschätzt.³⁵⁾

Besondere Vorschriften über das Vermächtniß:
a) von Sachen einer gewissen Gattung;

§. 656.

Hat der Erblasser Eine oder mehrere Sachen von gewisser Gattung, aber ohne eine nähere Bestimmung, vermacht, und sind mehrere solche Sachen in der Verlassenschaft vorhanden; so steht dem Erben die Wahl zu. Er muß aber ein Stück wählen, wovon der Legatar Gebrauch machen kann. Wird dem Legatar überlassen, Eine von den mehreren Sachen zu nehmen oder zu wählen; so kann er auch die beste wählen.

§. 657.

Wenn der Erblasser Eine oder mehrere Sachen von gewisser Gattung ausdrücklich nur aus seinem Eigenthume vermacht hat, und es finden sich dergleichen gar nicht in der Verlassenschaft; so verliert das Vermächtniß seine Wirkung. Finden sie sich nicht in der verordneten Menge; so muß sich der Legatar mit den vorhandenen begnügen.

§. 658.

Vermacht der Erblasser Eine oder mehrere Sachen von gewisser Gattung nicht ausdrücklich aus seinem Eigenthume, und es finden sich dergleichen nicht in der Verlassenschaft; so muß der Erbe sie dem Legatar in einer, dessen Stande und Bedürfnissen ange-

³²⁾ Die scharfsinnige systematische Bemerkung Windscheid's (§. 658) über das Verhältniß des Schuldvermächtnisses zum Forderungs- und Liberations-Vermächtniß kann nicht als Vorwurf gegen die Redactoren (d. h. gegen die Marginalnote d) vorgebracht werden, da selbst die neuesten und besten Lehrbücher der gleiche Vorwurf trafen.

³³⁾ Arndts Pand. §. 568. — Es bedarf wohl keiner Erklärung, warum die italienischen Commentatoren des österr. Gesetzbuchs auf diese römischen Regeln viel öfter sich berufen, als die deutschen.

³⁴⁾ Vgl. auch Mommsen S. 407—409.

³⁵⁾ Hierher gehört und allgemeinere Bedeutung hat, was Zeiller bei §§. 678, 679 sagt: „Im Allgemeinen läßt sich über diese Vermächtnisse, ohne in weitläufige und am Ende doch bei weitem nicht erschöpfende Unterscheidungen zu verfallen, nur wenig bestimmen. Vieles kommt dabei auf den Sprachgebrauch und die Gewohnheit des Erblassers, wozu er Gegenstände solcher Art rechnete oder verwendete, an; vieles auf den Sprachgebrauch des Ortes und Zeitalters, worüber man oft Sachverständige zu Rathe ziehen muß, und vieles auch auf den übrigen Inhalt des letzten Willens . . . an.“ Wenn Zeiller unmittelbar nach so einsichtigen Bemerkungen es „befremdend“ findet, „in dem französ. G. B. keine Bestimmungen über diese Vermächtnisse zu finden“ — so ist dies Befremdend befremdend!

messenen,*) Eigenschaft verschaffen. Das Legat einer Summe Geldes verbindet den Erben zur Zahlung derselben, ohne Rücksicht, ob bares Geld in der Verlassenschaft vorhanden sey oder nicht.

§. 659.

Der Erblasser kann die Auswahl, welche Sache aus mehreren der Legatar haben soll, auch einem Dritten überlassen. Schlägt sie dieser aus oder ist er vor getroffener Auswahl gestorben; so bestimmt die Gerichtsbehörde das Legat mit Rücksicht auf den Zustand und das Bedürfnis des Legatars. Diese gerichtliche Bestimmung tritt auch in dem Falle ein, daß der Legatar vor der ihm überlassenen Auswahl verstorben ist.

I. Die Grundlage der Redaction bildeten die §§. 445—451 Westgal. G. B. II, die aber ganz frei und in einer entschieden verbessernden Weise benutzt sind. Die Abweichungen sind keineswegs bloß stylistische, schon deshalb, weil das Westgal. G. B. die Möglichkeit von Vindications-Legaten voraussetzt. Das innerösterreich. A. G. wünschte die Wahl des Legatars mehr eingeschränkt, um den Erben zu schützen, die Wiener Facultät meinte umgekehrt, die Willkür des Erben sei einzuschränken und die im §. 449 Westg. G. B. II enthaltene Maßgabe (eine Sache im Mittelpreise) zur allgemeinen Regel zu machen. Die Prager Facultät wollte, daß der Wahlberechtigte auf Verlangen des anderen Theiles binnen zwei Monaten inter praesentes (4 Monaten inter absentes) wählen müsse, widrigens das Wahlrecht auf den anderen Theil übergehe. Zeiller fand diese und einige andere Monita theils ungegründet, theils überflüssig; eine Frist zu statuiren, sei unnötig; gegen Chifane habe der Richter den anderen Theil zu schützen.

Seine eigenen Anträge (S. v. 19. März 1804) gingen dahin: 1) der Eingang von §. 445 sei zu §§. 446, 447 herüberzunehmen; 2) die Vorschrift der eben cit. §§. sei nicht einzuschränken auf die Fälle, wo der Erblasser ausdrücklich eine aus seinen eigenen Sachen legirt; vielmehr sei anzunehmen, daß, wenn z. B. ein Kleid legirt ist und es finden sich mehrere Kleider im Nachlasse, eines von diesen gemeint sei; 3) es sei genauer anzugeben, wann dem Legatar die Wahl zustehe; 4) abweichend vom römischen Rechte¹⁾ möchte Zeiller das Wahlrecht auf des Legatars Erben übergehen lassen. — Mit den ersten drei Anträgen waren die anderen Botanten einverstanden, nur nicht mit dem vierten; es sei nicht anzunehmen, daß der Erblasser auch die ihm oft unbekanntem Erben des Legatars so begünstigen wollte. Der Text des §. 656 stimmt mit dem von Zeiller vorgeschlagenen überein. Der §. 447 Westg. G. B. (von Quantitäten handelnd) wurde als überflüssig gestrichen. §. 657 wurde ebenfalls von Zeiller vorgeschlagen und ohne weiteres einstimmig angenommen; ebenso §. 658; der Schlusssatz wurde auf Antrag des innerösterreich. A. G. beigefügt, dem Zeiller zustimmte. Es seien Zweifel in der Praxis bei Geld-Vermächtnissen erhoben worden, „ob sich der Legatar, wenn etwa nur Staatspapiere vorhanden wären, nicht damit begnügen müsse“.

Die Commission im Lande ob der Enns proponirte einen neuen (mißlungenen) Paragraph über vermachten „Genuß eines Grundes“, der aber mit Recht bei Seite gelassen wurde.

Die Auswahl betreffend sind folgende Aeußerungen zu registriren: Die Wiener Facultät fragte, ob die Obrigkeit auch das beste oder schlechteste Stück wählen könne? Zeiller wollte den von der Wahl des Dritten handelnden §. 450 zu §. 446 stellen, denn er habe „einen guten Sinn nur, wo aus den Verlassenschaftsstücken zu

*) In der F. G. S. fehlt dieser Beistrich.

1) Entweder liegt hier ein ungenauer Ausdruck Zeiller's oder wahrscheinlicher eine ungenaue Wiedergabe im Protokolle vor; daß Zeiller den §. 23 J. de leg. II 20 nicht übersehen, versteht sich von selbst; überdies sagt er selbst im Comm. II S. 598 Note: „Nach dem röm. Recht geht das Wahlrecht des Legatars auf den“ (besser hieße es „dessen“) „Erben über: §. 23 J. de legat.“ — Vielleicht ist im Protokoll das Wort „classischen“ (oder „vorjustinianischen“ oder dgl.) ausgelassen. S. über das neueste und ältere römische Recht Arndts §. 579 Anm. 3, Unger 76 Anm. 5.

wählen ist“. Hierzu veranlaßte ihn offenbar der Satz: „so hängt es von ihm ab, das beste oder schlechteste zu wählen“, welcher allerdings kaum passend ist, wo das genus nicht auf den Nachlaß eingeschränkt ist. Die übrigen Botanten bemerkten richtiger: es sei dieser Satz zu tilgen,²⁾ der Paragraph aber an seinem Plage zu lassen, da es allerdings einen guten Sinn habe, auch dort, wo nicht aus der Verlassenschaft zu wählen sei, die Auswahl einem Dritten zu überlassen. Zeiller bemerkte weiter: nach preuß. Recht (I 12 §. 396) müsse, wenn der Dritte nicht wählt, der Erbe dem Legatar eine für ihn brauchbare Sache wenigstens von mittlerem Werthe geben. Die Gerichtsbehörde, meist aus mehreren Personen bestehend, könne nicht selbst wählen (?), sondern müsse einen anderen Dritten dazu ernennen. Auch darauf gingen die Uebrigen mit Recht nicht ein; wenn der Dritte die Wahl nicht vornehme, solle das Gericht das Legat mit Rücksicht auf Stand und Bedürfniß des Legatars bestimmen. Der in der Sitzung vom 19. März 1804 beschlossene Text lautete:

„Der Erblasser kann die Auswahl des vermachten Stückes auch einem Dritten auftragen, von dessen Bestimmung sohin die Wahl abhängt (1). Schlägt er diese aus, so bestimmt die Gerichtsbehörde das Legat mit Rücksicht auf den Stand und das Bedürfniß des Legatars.“

Der verunglückte Anfangssatz wurde bei der Revision (3. Septbr. 1807) durch Zeiller richtiggestellt. Wahrscheinlich kam damals auch der jetzige Schlußsatz des §. 659 hinzu, der in der Reinschrift des Gesetztextes aus Versehen gestrichen erscheint.³⁾

II. Den §§. 656—658 liegt folgendes Schema zu Grunde: 1) das genus ist im Nachlasse vertreten, gleichviel, ob der Testator auf diesen die Wahl eingeschränkt hat oder nicht (§. 656); 2) es ist nicht vertreten und a) die angedeutete Einschränkung ist gemacht (§. 657), oder aber b) sie ist nicht gemacht (§. 658). Der §. 659 trägt dann noch Einiges über die Auswahl nach. — Auch kann man (mit Zeiller §. 597) so schematisiren: die Einschränkung auf den Nachlaß geschieht durch des Erblassers Erklärung (§. 657) oder durch das Vorhandensein solcher Stücke im Nachlasse (§. 656), während in §. 658 keine dieser Thatfachen, mithin auch nicht die Einschränkung vorhanden ist. Das letztere Schema ist mehr spielend.

III. Zu §. 656. Auch wenn in der letzten Anordnung keine Einschränkung auf den Nachlaß sich findet, so wird doch bis auf weiteres angenommen, daß die Sache aus dem Nachlaß zu wählen sei, „weil man gewöhnlich nur seine eigenen Sachen vermacht“.⁴⁾ Dies gilt zu Gunsten und Ungunsten beider Theile.⁵⁾ „Ohne nähere Bestimmung“ s. bei §. 658. Wenn nur eine Sache dieser Art bez. gerade sovieler, als vermacht sind, im Nachlasse sich vorfinden, so sind diese zu geben und entfällt die Wahl.^{6a)} Wäre diese Sache (bez. eine der mehreren vorfindlichen) unbrauchbar, so wäre §. 658 pr. analog anzuwenden (vgl. §. 655 i. f.). „Wovon der Legatar Gebrauch machen kann“; man hat auch hier, insofern es überhaupt von Belang ist, zu

²⁾ Wohl nur darum, damit der Wahlberechtigte nicht gleichsam aufgefordert werde, gerade eins der Extreme zu wählen. Eine meritorische Ablehnung freier Wahl wurde aber mit der Streichung nicht beabsichtigt. Pfaff in Grünhuts Rtschft. II S. 306 f.

³⁾ Entweder verwechselte ihn Jemand mit dem früheren Schlußsage (in §. 450 Westgal. G. B. II), dessen Streichung allerdings auf Beschluß der Commission erfolgte (s. oben bei R. 2.); oder hielt der Corrector ihn für eine Wiederholung eines Theils des Mittelsages. Wie dem immer sei — gewiß war die Durchstreichung, nicht die Wiederherstellung des Satzes, ein Versehen.

⁴⁾ Zeiller's Comm. II. S. 594. S. auch in der Redaktionsgeschichte (oben Abf. I) den zweiten Antrag Zeiller's. — Rippel IV S. 297 i. f. beruft sich zur Bestärkung des obigen Ausspruchs auch auf die Definition des §. 535 („das Zugedachte . . . Theil der Verlassenschaft“).

⁵⁾ Vgl. Rippel S. 303.

^{6a)} Arg. a contr. aus den Worten: „und sind mehrere solche Sachen . . . vorhanden“ . . .

ergänzen: „mit Rücksicht auf seinen Stand und sein Bedürfnis“ (§§. 658, 659).⁶⁾ Ebenso hat der Erbe zu wählen, wenn das Legat sich als *legatum speciei* gibt, aber die Bezeichnung (Beschreibung) auf mehrere Nachlassstücke paßt.⁷⁾ — Wird die, gleichviel ob vom Erben oder vom Legatar, gewählte Sache entwährt, so muß eine andere aus der Verlassenschaft gegeben werden.⁸⁾ Ueber den Einfluß des Zufalles s. unten bei §. 659. — Der die Auswahl betreffende Inhalt des §. 656 wird unten im Zusammenhang mit §. 659 dargestellt. Hier nur noch die Bemerkung, daß der Legatar nicht eine Sache wählen darf, welche einem Dritten speciell legirt war.⁹⁾

IV. Zu §. 657. Es ist nicht anders, als ob es hieße „insofern sie in meinem Nachlasse vorhanden sein werden.“¹⁰⁾ Es entscheidet also der Stand der Dinge zur Todeszeit des Erblassers, nicht zur Errichtungszeit des Legates, es schadet nicht, wenn die Sachen ursprünglich nicht vorhanden waren, wenn sie es nur jetzt sind; es nützt nicht, daß sie ursprünglich vorhanden waren, wenn sie es jetzt nicht sind, weil sie veräußert wurden (§ 724)¹¹⁾ oder zu Grunde gingen. Vielleicht aber waren sie nie vorhanden und der Erblasser glaubte nur irrig, solche Sachen zu besitzen, oder er wollte erst welche anschaffen und hat später diese Absicht aufgegeben. In allen diesen Fällen findet §. 657 gleichmäßig Anwendung. Man darf hier nicht etwa unter Berufung auf §. 655 i. f. zur Aufrechterhaltung des Vermächtnisses diesem den Sinn unterscheiden, als ob der Erbe solche Sachen anschaffen sollte; denn jener Grundsatz kommt nur „im Zweifel“, also nicht gegenüber einer klaren Verfügung, zur Anwendung.¹²⁾ — „Aus seinem Eigenthum“ s. §. 353. — Eine solche Einschränkung kommt auch beim Vermächtniß künftiger Sachen vor, z. B. „10 Eimer Wein von der nächstjährigen Lese meines Weinberges“ oder „50 Metzen Gerste von meiner heurigen Erndte“, und es würden nur 8 Eimer oder 40 Metzen erzielt. Es ist nicht immer ganz leicht zu sagen, ob damit eine Einschränkung, wie sie §. 657 voraussetzt, beabsichtigt sei.¹³⁾ — „Hat der Erblasser jemandem eine gewisse Gattung von Sachen unbestimmt (ohne Bestimmung der Qualität und Quantität), z. B. seine Kleider, Uhren, Pferde, vermacht; so erhält dieser alle dergleichen zur Zeit des Todes

⁶⁾ Vgl. Rippel S. 298, Winivarter S. 181, denen Stubenrauch folgt. — Nach röm. Recht soll der Erbe nicht das schlechteste Stück wählen: l. 110 D. de leg. I; cf. l. 37 pr. eod.

⁷⁾ Eine strenge Behandlung würde zur Annullirung des Vermächtnisses führen (s. auch Arndts Civil. Schftn. II S. 483); aber dies widerspräche dem Geiste unseres Gesetzes (s. §. 655 i. f.). Vgl. Basevi bei §. 656 Z. 3; Unger §. 76 A. 4. Doch versteht es sich für's österr. R., das nur obligatorische Vermächtnisse hat, von selbst, daß hier immer nur der Erbe die Wahl haben kann. Und dieses muß auch für's röm. R. gelten, da es ja ohnehin schon eine Milde gegen den Legatar ist, daß das Legat nicht annullirt wird. S. L. 32 §. 1, l. 37 §. 1, l. 39 §. 6 D. de leg. I. Auch bei Vindicationslegaten war es so: l. 37 §. 1 cit. Gleicher Ansicht ist Vangerow II §. 549 Z. 1 i. f. Nur will er die l. 20 eod. retten, während wir glauben, daß sie eine verkehrte Ansicht des Pomponius enthält und nur durch Versetzen aufgenommen ist. Für unrichtig halten wir Th. Mommsen's Bemerkung zu l. 32 §. 1; u. E. ist dort zu ergänzen: heres.

⁸⁾ Vgl. Winivarter S. 181 f., Jos. Helfert in der Ztschr. f. österr. Rechtsgef. 1825 I S. 121 (der aber die obige Verpflichtung von der „Evictionsleistung“ im techn. Sinne nicht gehörig unterscheidet); Unger §. 76 A. 7, Kirchstetter (2. Aufl.) S. 328 R. 7; l. 2 §. 2 D. de optione §. 3. Diese Entscheidung ergibt sich schon aus allgemeinen Grundsätzen, kann aber auch noch durch §. 656 (vb. „wovon . . . Gebrauch machen kann“) und durch §. 655 i. f. unterstützt werden.

⁹⁾ Basevi bei §. 656 Z. 2 unter Berufung auf l. 12 und l. 21 D. de reb. dub. 34. 5 (vgl. §. 655 a. E.).

¹⁰⁾ Vgl. Zeiller S. 595, aber auch Unger §. 69 A. 2.

¹¹⁾ Vgl. Unger a. a. D., Basevi zu §. 656 Z. 1.

¹²⁾ Zeiller S. 596.

¹³⁾ Vgl. l. 5 D. de tritico, vino 33. 6, Zeiller S. 596 Z. 2, Unger §. 70 Anm. 2, Arndts Vermächtnisse I S. 210, 211.

in dem Nachlasse vorhandenen Stücke, doch mit Ausschluß derjenigen, welche als ein bloßes Zugehör von andern Stücken zu betrachten sind (§§. 294—297 und 679).¹⁴⁾

V. Zu §. 658. Im gemeinen Recht ist es wegen l. 71 pr. D. de leg. I bestritten,¹⁵⁾ ob das Gattungs-Vermächtniß gültig ist, wenn sich keine Sache dieser Gattung im Nachlasse befindet.¹⁶⁾ §. 658 pr. bejaht diese Frage in Uebereinstimmung mit §. 655 i. f. und mit der sowohl de lege ferenda¹⁷⁾ als auch für das gemeine Recht richtigen Ansicht.¹⁸⁾ Finden sich zwar solche Sachen im Nachlasse, „aber nicht in der verordneten Menge, so braucht sich der Legatar nicht mit der vorhandenen zu begnügen“ — was sich ebenso aus §. 658, als (arg. a contr.) aus §. 657 i. f. ergibt. Vgl. Sammlung XIII Nr. 5788.^{18 a)}

Nur allzugroße Unbestimmtheit kann (nach allgemeinen Grundsätzen des Obligationen-Rechtes)¹⁹⁾ das Vermächtniß ungültig machen,²⁰⁾ selbst dann, wenn Sachen der Art im Nachlasse sich befinden.²¹⁾ — „Dessen Stand und Bedürfnissen angemessen“ vgl. §. 504 f. — „Wesentlich verschieden von dem Vermächtniß bestimmter Geldstücke²²⁾ oder des vorrätigen baaren Geldes“ („mein Geld“, „meine Baarschaft“ f. §. 680) „ist das Vermächtniß einer Geldsumme in abstracto, einer bestimmten quantitas pecuniae, deren Größe nur durch die Angabe einer Anzahl von Geldstücken . . . einer gewissen Art oder eines gewissen Geldgehaltes bezeichnet wird.“²³⁾ Wie nach l. 12 pr. D. de leg. II, so ist auch nach §. 658 i. f. die Wirksamkeit eines solchen Vermächtnisses von dem Vorhandensein baaren Geldes im Nachlasse unabhängig, „si solvendo tamen hereditas sit“.²⁴⁾ Ernstliche Schwierigkeiten macht nur die Frage, wie eine Anordnung des Erblassers zu verstehen sei, die angibt, woher das Geld genommen werden soll.²⁵⁾ Julianus (l. 96 pr. D. de leg. I) glaubt, es sei „vero similis, patremfamilias demonstrare potius heredibus voluisse, unde (pecuniam) . . . sine incommodo rei familiaris contrahere possint, quam conditionem fideicommissio iniecisce, quod initio pure datum esset . . .“, und dies harmonirt mit §. 655 i. f. Aber eine durchgreifende Regel läßt sich überhaupt nicht geben. Alle konkreten Umstände und der Wortlaut der Anordnung müssen bei dieser quaestio voluntatis genau erwogen werden. Selbst das kann von Belang sein, ob die Anordnung über das „woher?“ oder die über das „wieviel?“ im Texte voransteht. In dem Falle, den Julianus (l. c.) erzählt, war Letzteres der Fall; daher „quod initio pure datum esset“, daher das „iniecisce“ = (hinterdrein) anfügen,

14) Zeiller S. 596 Z. 3. Vgl. Unger §. 70 pr. Gleiches kann auch Statt finden, wo vor der Bezeichnung der Sachen weder Fürwort noch Artikel steht. Z. B. „Der A vermache ich meine Wäsche; Kleider und Schmuck dagegen soll die B bekommen“; f. Unger §. 70 Anm. Arndts Vermächtnisse I S. 204 ff.

15) Offenbar eine Reminiscenz an die l. 71 waren §§. 445, 448 Westf. G. B. II.

16) S. Arndts Civ. Schftn. II S. 474, Pandekten §. 574 Anm.; andererseits Rosshirt II S. 14 ff., Vangerow II S. 549.

17) Unger §. 68 Anm.

18) Arndts a. a. D.

18a) Der Fall gehört ex professo zu §. 685 f., wo wir ihn besprechen werden.

19) Arndts Pand. §. 203.

20) Arndts Pand. §. 574, Unger §. 68 (vor R. c).

21) Zeiller S. 593 f. Note, Arndts Civ. Schftn. a. a. D.

22) „A soll die in meinem Pulte befindliche Rolle Ducaten bekommen“; „centum, quae in arca habet“ (l. 34 §. 4 D. de leg. I). In einem solchen Legat „non numerata pecunia, sed ipsa corpora nummorum continentur“ (l. 51 eod.). Hier ist eine species legata (l. 30 §. 6 eod.), ist sie nicht vorhanden, so ist das Vermächtniß wirkungslos. Vgl. Arndts Vermächtnisse I S. 203 f., Stubenrauch bei §. 656 ff., Note zu Z. 7.

23) Arndts a. a. D. S. 208. — Daß das Geldsummenlegat „ebenfalls ein Gattungs-Vermächtniß“ sei, ist eine ungenaue Ansicht Zeiller's (II S. 597), die auf einer selbst unter den heutigen Juristen oft vorkommenden Verkennung der eigenthümlichen Natur des Geldes und der Geldschuld beruht. Darüber im Obligationen-Recht.

24) Arndts S. 209.

25) Vgl. oben bei Note 13 und die in dieser Note Citirten.

hinzufügen. In dem Falle der Sammlung X Nr. 4622²⁶⁾ scheint es auch nicht anders gewesen zu sein. Doch entschied der oberste Gerichtshof, daß der Legatar die Befriedigung nur aus der bestimmten Sache zu begehren berechtigt ist.²⁷⁾ Dagegen wurde in einem anderen Falle²⁸⁾ entschieden, daß das Vermächtniß einer Summe Geldes „von meinem Vermögen auf N“²⁹⁾ nicht nach §. 657, sondern nach §. 658 zu beurtheilen, also auch dann zu entrichten sei, wenn jenes bestimmte Vermögen nicht zureicht. Im Zweifel muß man sich immer gegen die Beschränkung und für die Vollwirksamkeit des Legates entscheiden (arg. §. 655 a. E.). — Eine Consequenz aus dem letzten Satze des §. 658 und aus §. 1413 ist es, daß der Erbe, wenn sich im Nachlaß kein Geld findet, dennoch „dem Legatar weder andere Erbschaftsstücke, noch solche Creditpapiere, die im ordentlichen Umlauf die Stelle des baaren Geldes nicht vertreten (§. 680)“ ausdrängen kann.^{29 a)} Wenn der Testator über die Währung nichts bestimmt hat, so gilt das bei §. 655 vor N. 12 Gesagte. Er kann aber eine besondere Währung oder auch Münzsorte vorschreiben, z. B. Zahlung in Ducaten, und diese Anordnung müßte befolgt werden, auch wenn keine Ducaten im Nachlasse sich fänden. Sind x Stück Ducaten vermacht, so entsteht eine unechte Geldschuld; wenn x fl. De. W. zahlbar in Ducaten, so ist dies eine echte Geldschuld, wovon Näheres im Obligationen-Recht. Sind „10,000 fl. zahlbar in österr. Papierrente“ vermacht, so ist dies ein Geldsummenlegat mit eigenthümlicher Modification.³⁰⁾ Wie viel Stück Papierrente zu leisten sind, erfährt man durch Division der Summe (10,000) durch den Cours am dies veniens. Verschieden davon ist das Vermächtniß von „Papierrente im Nominal-Betrage von 10,000 fl.“ Dies ist ein Quantitätslegat, aber kein Geldlegat (ähnlich dem Legat einer Quantität Wein, Getreide . . .). Ebenso zu verstehen wäre wohl das Vermächtniß, wenn das Wort „Nominal“ vor „Betrag“ fehlen würde, anders wieder, wenn es hieße „im Werthe von 10,000 fl.“ Der Ausdruck „10,000 fl. Rente“ geht nach feststehendem Sprachgebrauch (wenigstens in Oesterreich) auf kein Geldlegat, sondern auf den Nominalbetrag der Papiere. Eine ungeschickte und Zweifel erregende Anordnung wäre ein Vermächtniß von „10,000 fl. in Papierrente“.

VI. Das Wahlrecht. Davon handeln §§. 656 und 659.^{30 a)} a) Es steht selbstverständlich demjenigen zu, dem es der Testator einräumt. Hat er aber darüber nichts bestimmt, so stand es im römischen Recht bei dinglich wirkenden Vermächtnissen dem Legatar, bei obligatorischen dem Dnerirten zu,³¹⁾ was seinen Grund in den alten Wortformeln hatte (einerseits *sumito, capito*, andererseits *dato, bez.* die an den Dnerirten gerichteten *verba precativa*). Da es nun im österr. Recht nur Vermächtnisse der letzteren Art gibt, so war es nur folgerichtig (§. 906),³²⁾ die Wahl

²⁶⁾ Aus dem kurzen Referate daselbst (nicht anders verhält es sich mit dem ausführlicheren Bericht in Jurist. Bl. 1872 Nr. 28 S. 375) erfieht man nicht, wie die Anordnung lautete; der Eingang der Erzählung und die Gründe des obersten G. H. regen entgegengesetzte Vermuthungen an.

²⁷⁾ Wir kommen auf diesen Fall noch bei §. 688 zurück.

²⁸⁾ Entschdg. v. 24. Juni 1869 Nr. 6845, mitgetheilt in der Gerichtshalle von 1870 Nr. 36.

²⁹⁾ Hier folgte der Namen eines Landgutes.

^{29 a)} Zeiller S. 597. Andererseits ist bei einem Legat von 100 fl., wenn sich im Nachlasse nur Ducaten fänden, der Erbe selbstverständlich nicht verpflichtet, die 100 fl. in Ducaten zu bezahlen. Rippel IV S. 303.

³⁰⁾ Vgl. Arndts Vermächtnisse I S. 220 ff. Ueber einen ähnlichen Fall s. bei §. 668.

^{30 a)} Unserer Darstellung legen wir folgendes Schema zu Grunde: a) wer wählt? b) Schranken seiner Willkür dabei; c) Folgen der einmal getroffenen und d) der unterlassenen Wahl.

³¹⁾ Arndts Pandekten §. 579 Anm. 2.

³²⁾ Unger §. 76 A. 3, Arndts l. c. (i. f.).

in der Regel dem Erben zu überlassen (§. 656) oder genauer gesagt: dem Dnerirten.³³⁾ Es kann aber auch dem Legatar eingeräumt sein (§. 656 i. f.)³⁴⁾ (Wahlvermächtniß im eng. S.),³⁵⁾ oder endlich einem Dritten (§. 659 pr.). Steht die Auswahl mehreren Legataren oder mehreren Dnerirten zu, und sie können sich nicht einigen, so entscheidet das Loos, ein Schiedsmann oder der Richter (arg. §. 841).³⁶⁾ Nicht das Gleiche gilt u. S., wenn die Wahl mehreren Dritten überlassen ist, da diese nicht Interessenten sind, auf sie also §. 841 keine analoge Anwendung leidet.^{36a)} Hier gilt Majoritätsbeschluß und wo ein solcher nicht zu Stande kommt, ist es gerade so, als ob nur ein Dritter zur Wahl berufen wäre und sie vorzunehmen verweigerte (s. unter d). Das Wahlrecht ist überall ein höchst persönliches; eventuell wählt das Gericht (s. unter d).

b) Wo es sich um Nachlassgegenstände handelt, darf nach römischem Recht der Dnerirte nicht den schlechtesten, der Honorirte nicht den besten wählen, außer wenn Diesem oder Jenem ausdrücklich das Aussuchen gestattet ist;³⁷⁾ der Dritte soll weder das Beste noch das schlechteste Stück wählen.³⁸⁾ Nach österr. Recht kann der Legatar, so oft er überhaupt wahlberechtigt ist, auch die beste der mehreren Nachlasssachen wählen (§. 656 i. f.), der Dnerirte und der Dritte auch die schlechteste (d. h. mindest gute), wenn sie nur eine solche ist, von welcher der Legatar nach seinem Stand und seinen Verhältnissen Gebrauch machen kann (§§. 656, 658).³⁹⁾ Diese letzte Maßgabe gilt auch für das wählende Gericht (§. 659)⁴⁰⁾, und sie gilt auch, wo der Dnerirte eine Gattungsjache beschaffen soll, die sich nicht im Nachlasse befindet (§. 658).⁴¹⁾ Der wahlberechtigte Legatar oder Dritte können verlangen, daß ihnen sämtliche Nachlassstücke dieser Gattung vorgewiesen werden; wird ihnen auch nur eines verheimlicht oder auch nur zufällig nicht vorgewiesen, so ist die Wahl nicht unabänderlich, insbesondere das Wahlrecht des Legatars nicht consumirt.⁴²⁾ — Selbstverständlich kann nur eine Sache ganz gefordert bez. geleistet werden, nicht etwa Theile dieser und jener.

³³⁾ Zeiller S. 597 (Mitte).

³⁴⁾ Man beachte die Worte des §. 656: „dem Legatar überlassen, eine . . . zu nehmen oder zu wählen“. Dies ist eine Reminiscenz an die oben im Texte erwähnte Formel „sumito, capito!“

³⁵⁾ Ueber die römische optio legata s. Noßhirt Vermächtnisse II S. 6 ff. Arndts Civil. Schftn. II S. 484, Pandekten §. 579. — Von einem „Wahlvermächtniß“ im weit. S. kann man überall sprechen, wo der Testator es Anderen überließ, das Object auszuwählen (ein Seitenstück zu §. 651, wo das Subject, der Honorirte, auszuwählen ist); im eng. S., wo dem Legatar die Wahl eingeräumt ist (Zeiller S. 594 Mitte). Die Eigenthümlichkeiten des röm. legatum optionis v. electionis kommen dabei für uns nicht in Betracht.

³⁶⁾ Zeiller S. 595, Rippel S. 299 Z. 6, Unger §. 76 Anm. 5. Nach röm. Recht entscheidet das Loos; Arndts §. 579 N. i.

^{36a)} Arg. §§. 838, 1011. Deshalb bedarf einer Einschränkung der Satz Kirchstecker's (N. 4 zu §. 655 ff.): „Steht die Wahl mehreren Personen zu, so bliebe nichts übrig, als wie nach röm. Recht das Loos entscheiden zu lassen, wer die Wahl vorzunehmen habe.“

³⁷⁾ Damit hängt ein noch engerer Begriff von Wahlvermächtniß (optio legata) zusammen, der uns aber hier nicht interessiert; s. N. 35.

³⁸⁾ L. 37 pr. D. de leg. I. Vgl. zu Vorstehendem überhaupt Vangerow §. 549 Z. 2, Unger §. 76 A. 6, Windscheid §. 661 (Text vor N. 2), Arndts §. 579 Anm. 1.

³⁹⁾ Auch der Dritte darf nicht eine unbrauchbare Sache wählen; Rippel S. 304 i. f., Stubenrauch zu §. 656 ff. Z. 2.

⁴⁰⁾ Wenn es sich über dieselbe hinwegsetzt, so kann der Geschädigte recurriren. Rippel S. 305.

⁴¹⁾ Es wird wohl sehr selten vorkommen, daß in diesem letzteren Falle jemand anderer als der Dnerirte wahlberechtigt wäre; undenkbar freilich ist es nicht, daß auch hier dem Legatar oder einem Dritten die Wahl überlassen würde.

⁴²⁾ Vgl. Zeiller S. 594 mit l. 4. 5 D. de optione 33. 5.

c) Von der einmal getroffenen Wahl kann — von der eben angegebenen Ausnahme abgesehen — nicht mehr abgegangen werden, ^{42a)} sobald sie dem anderen Theile (bez. vom Dritten einem der beiden Theile) mitgetheilt ist. ⁴³⁾ Von da an trifft das *periculum rei* den Legatar (§. 1447). ⁴⁴⁾

d) 1) Wenn der Onerirte vor der Wahl oder Erfüllung stirbt, so treten seine Erben in seine Verbindlichkeit und in das Wahlrecht ein; dies ist keine Vererbung des Wahlrechtes, sondern die Erben haben als Schuldner kraft allgemeinen Rechtsatzes (§. 906) das Wahlrecht. ⁴⁵⁾ 2) Wenn der onerirte Erbe die ihm vom Erblasser zur Erklärung der Wahl gesetzte Frist verstreichen läßt, so geht nach röm. Recht die Wahl auf den Legatar über; nach österr. Recht hat (wenn der Testator nichts darüber verfügt hat) das Gericht zu wählen (Anal. aus §. 659). ⁴⁶⁾ Dasselbe gilt, wenn zwar kein letztwilliger Termin da ist, aber der Erbe nach dem *dies veniens* die Vornahme der Wahl und die Erfüllung der Vermächtnißschuld verweigert. 3) Der Legatar stirbt, ohne gewählt zu haben; dann wählt die Gerichtsbehörde (§. 659 i. f.). ⁴⁷⁾ 4) Er versäumt die letztwillig oder über Andringen des Erben gerichtlich ihm gesetzte Wahlfrist; dadurch wird er nicht des Vermächtnisses, ⁴⁸⁾ sondern nur des Wahlrechtes verlustig, ⁴⁹⁾ wenn nicht etwa eine andere letztwillige Anordnung darüber vorliegt. Die Wahl geht dann auf den Erben über. ⁵⁰⁾ 5) Der Dritte lehnt die ihm zugemuthete Wahl ab oder stirbt vor getroffener Auswahl; dann erfolgt diese durch das Gericht (§. 659). ⁵¹⁾ — Das Wahlrecht darf also allerdings als ein höchst persönliches bezeichnet werden. ⁵²⁾

VII. Alternative Vermächtnisse sind den Gattungs-Vermächtnissen ähnlich. Sie bestehen darin, daß der Testator verschiedene Leistungen angibt, zwischen denen er dem Onerirten oder dem Honorirten oder einem Dritten die Wahl überläßt. Zuweilen ist die Aehnlichkeit sehr groß, im Ganzen aber kleiner, als man gewöhnlich, von einem falschen Begriff der Alternativ-Legate ausgehend, meint. Gewöhnlich denkt man nämlich dabei nur an Fälle, wo der eine oder der andere von mehreren individuell bestimmten

^{42 a)} Ebenso nach römischem Recht: l. 5 pr., l. 84 §. 9 D. de leg. I, l. 11 i. f. D. de leg. II.

⁴³⁾ Beim Erben versteht sich dies von selbst, s. §. 906; aber auch beim Legatar ist es nicht anders (Zeiller S. 594 Z. 2, Stubenrauch Z. 5), und ebenso beim Dritten (Kirchstetter Text zwischen N. 5 und N. 6).

⁴⁴⁾ Unger §. 76 Text a. C.

⁴⁵⁾ Es ist dies also nur eine scheinbare Ausnahme von dem Satze am Schluß der lit. a.

⁴⁶⁾ Unger §. 76 N. 5 dagegen glaubt, daß dasselbe gelte wie im röm. Recht.

⁴⁷⁾ Ueber das röm. Recht s. Note 1 und die dort Citirten. — Geradezu unsagbar ist es, wie Nippel S. 305 N. 1 behaupten kann, daß das Wahlrecht des Legatars auch nach österr. Recht auf seine Erben übergehe! Sagt ja doch §. 659 i. f. ausdrücklich das Gegentheil, und zu allem Ueberflusse stellt Zeiller (in der Note auf S. 598) diese Bestimmung zu der des Justin. N. in Gegensatz. Es gehört obiger Irrthum Nippel's mit zu den räthselhaften Schicksalen des Schlußsatzes von §. 659 (s. Abf. I a. C.).

⁴⁸⁾ Wie im römischen Recht.

⁴⁹⁾ Nippel S. 299 f., Unger §. 76 N. 5. — Stubenrauch Z. 4 will die Frist für Ausübung des Wahlrechtes (gleichviel, wem dies zustehe) auf ein Jahr ansetzen (arg. S. 685); seine Deduction scheint uns aber, wenigstens in dieser Allgemeinheit, nicht überzeugend.

⁵⁰⁾ Nippel S. 300. — Diese Entscheidung könnte gegenüber der im Texte zu N. 46 gegebenen inconsequent erscheinen; allein es ist zu bedenken, daß die Wahl des Erben die Regel, die des Legatars die Ausnahme ist.

⁵¹⁾ Entweder die Abhandlungs-Instanz oder das Proceßgericht. Vgl. auch Kirchstetter (2. Aufl.) S. 328: „das Gericht, aber nicht notwendig die Abhandlungs-Behörde“. — Der obige, vom römischen Rechte abweichende (s. Unger §. 76 Anm. 6) Rechtsatz ist wohl zu billigen.

⁵²⁾ Zeiller S. 598: „Das Recht der Auswahl ist als ein höchst persönliches zu betrachten, wobei der Erblasser auf die Kenntnisse und Bescheidenheit des Wählenden Rücksicht genommen hat. Darum läßt das Gesetz im Nothfalle die unbefangene Gerichtsbehörde an dessen Stelle treten.“

Gegenständen (*species*) vermacht ist. Es können aber *species* und *genus*, Quantitäten verschiedener Stoffe, sogar ein Anspruch auf *facere* neben einem auf *dare* disjunctiv vermacht sein. Alternativ-Vermächtnisse leiden (wie *legata generis*) an einer heilbaren Unbestimmtheit. Sie sind ein Seitenstück zu den Fällen, wo der Honorirte nicht ganz bestimmt ist,⁵³) also z. B. wo es heißt: „Mein Reitpferd N soll der A oder der B erhalten, welchen der Erbe wählt“ (oder auch, welchen ein bestimmter Dritter wählt). Jene wie diese Vermächtnisse sind gültig, da es mit dem Erforderniß des *certum consilium testantis* bei Legaten überhaupt weniger strenge genommen wird als bei Erbeinsetzungen.⁵⁴) — Da indessen die Lehre von den alternativen Vermächtnissen nur geringe praktische Wichtigkeit hat — wie sie denn auch unser Gesetzbuch mit Stillschweigen übergeht — andererseits aber schwierig und theoretisch interessant ist, so behalten wir die Erörterung der einschlägigen subtilen Fragen einem eigenen Excurse vor.⁵⁵)

b) das Vermächtniß einer bestimmten Sache;

Nachdem in den §§. 656—659 vom sog. *legatum generis* gehandelt wurde, handeln die folgenden drei §§. (mit Ausschluß von §. 660 i. f.) vom *legatum speciei*. Obwohl die Begriffe *species* und *Sachindividuum* (individuell bestimmte Sache) einander nicht decken,¹) so dürfen wir sie hier synonym gebrauchen, wie auch der Gesetzgeber hier nur an einzelne physische Sachen gedacht hat. In den seltenen Fällen, wo *species* etwas anderes bedeutet, macht die Anwendung der hier entwickelten Rechtsätze keine Schwierigkeit.

Die vermachte Sache nun, gleichviel ob beweglich oder unbeweglich, kann gehören a) dem Erblasser, b) dem Dnerirten, c) dem Honorirten oder endlich d) einem Dritten (*extraneus*). Von dem letzten Falle handelt §. 662, vom Falle c) §. 661; der Fall b) wird berührt in §. 662 (und in §. 649), von dem ersten Falle aber ist an dieser Stelle des Gesetzbuchs nicht besonders die Rede.²) Und doch ist er der häufigste und umfaßt gewiß mehr als 99 % aller concreten Fälle von *legata specierum* (vgl. S. 427); ja nächst dem Geldsummen-Legat ist es überhaupt der häufigste Fall aller Vermächtnisse. Daß er trotzdem mit Stillschweigen übergangen ist, erklärt sich einmal daraus, daß gerade der normale Fall am seltensten zu Zweifeln Anlaß gibt, dann aber daraus, daß dasjenige, was über ihn zu sagen ist, eine allgemeinere Bedeutung hat. Deshalb finden sich die einschlägigen Bestimmungen nicht im besonderen Theile (§§. 656—683), sondern an anderen Orten zerstreut.

Wir haben keine *Vindications-Legata*, sohin ist das Vermächtniß nur ein Titel, das Eigenthum der vermachten Sache wird erst durch Tradition, bez. Einverleibung, erworben; davon ist bei §. 684 (vgl. auch §. 688 a. E. und §. 437) des näheren zu sprechen. Da bei einzelnen Verlassenschaftsstücken der dies *veniens* mit dem dies *cedens* zusammenfällt, so betrifft *commodum et periculum rei* den Legatar (darüber s. §. 686). Der Legatar übernimmt die Sache mit ihren Lasten, was bei §. 662 (in Abs. XII) genauer ausgeführt wird.³) Wie bei einer Mehreren vermachten Sache

⁵³) Die Unbestimmtheit betrifft in dem einen Falle das vermachte Object, im anderen das bedachte Subject.

⁵⁴) Vgl. einerseits oben S. 93, 94 (besonders N. 10), andererseits §. 651 und unsere Bemerkungen zu ihm.

⁵⁵) Vgl. vorläufig Unger §. 76 und Kirchstetter bei §. 656 ff. (vor N. 8).

¹) Vgl. Fhering in seinem Jahrb. IV S. 400 ff. mit Goldschmidt Handbuch II S. 16 ff. Ungenügend sind die Bemerkungen Zeiller's S. 599. — F. A. Menzel (Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1841, I S. 37 ff.) spannt die beiden Begriffe so weit, daß er in ihnen eine dichotomische Eintheilung aller Legata sieht.

²) Man könnte glauben: in §. 660; aber der zweite Satz gehört gar nicht zum leg. speciei, der erste dagegen paßt auf jedes leg. speciei.

³) Die beiden mittleren Sätze des §. 662 gehören hierher. Gleichwohl werden wir sie, uns der Reihenfolge des Gesetzes folgend, bei §. 662 interpretiren.

das Verhältniß unter den Collegataren sich gestaltet, wird bei §. 689 gezeigt; wann ein leg. speciei als stillschweigend zurückgenommen oder auf einen Andern transferirt zu betrachten, wann ihm ein anderes Vermächtniß surrogirt sei, wird bei §. 724 f. erörtert werden. „Das Vermächtniß der eigenen Sache des Erblassers ist wirksam, mag dieser gleich irrthümlich die Sache für eine fremde gehalten haben (§. 11 J. de leg. 2. 20, cf. l. 9 §. 4 D. de ign. iur. 22. 6)“;⁴⁾ da ja dieser Irrthum nicht zu Errichtung des Vermächtnisses verleiten, sondern höchstens davon abhalten konnte; daß er letzteres nicht bewirkte, beweist eine besondere Entschiedenheit des Zuwendungs-Willens.

Gehört die Sache dem Dixeriten, so ist das Legat gültig und wirksam.⁵⁾ Wir haben diesen Fall bei §. 649 Abs. II und III ausführlich besprochen. Von dem Falle, wo die Sache dem Legatar gehört, werden wir bei §. 661, von dem Falle, wo sie einem extraneus gehört, bei §. 662 handeln.

§. 660.

Das Vermächtniß einer bestimmten Sache kann von dem Legatar, wenn es in Einer oder in verschiedenen Anordnungen wiederholt wird, nicht zugleich in Natur, und dem Werthe nach verlangt werden. Andere Vermächtnisse, ob sie gleich eine Sache der nämlichen Art oder den nämlichen Betrag enthalten, gehören dem Legatar so oft, als sie wiederholt worden sind.

I. Dieser §., der den Uebergang vom leg. generis zum leg. speciei bildet, da er in beide Lehren eingreift, war noch im Westgal. G. B. nicht vorhanden. Er wurde von Zeiller (S. v. 19. März 1804) so, wie er jetzt lautet, vorgeeschlagen und unverändert angenommen. Dies geschah (wie das Protokoll — Debatte und Abstimmung damit mehr andeutend als berichtend — hinzufügt) „ungeachtet der Betrachtungen“, daß solche Wiederholung oft in Vergesslichkeit des Erblassers ihren Grund haben werde. Es geschehe, meinte man, durch obige Vorschrift „Niemandem Unrecht und die Erblasser würden zur Aufmerksamkeit aufgemuntert.“⁶⁾ Im Commentar II S. 600 Z. 3 motivirt Zeiller den §. 660 so: „Eine völlig bestimmte, einzelne Sache ist immer nur als einzig (nicht mehrmalen) vorhanden (sic). Hat sie also der Erblasser einem Legatаре zu wiederholten Malen vermacht, so ist vielmehr zu vermuthen, daß es aus Versehen und Untreue des Gedächtnisses geschehen sei, als daß er ihm erst die Sache in Natur, und dann überdies auch den Werth derselben vermachen wollte. Dieser Grund kann aber auf Gattungs- oder Summen-Vermächtnisse, wo der Erblasser z. B. dem A erst im Testamente, dann auch im Codicille, oder wohl auch in der nämlichen Anordnung ein Kleid oder 100 fl. mehrmalen vermacht hat, nicht angewendet werden.“ Der erste Grund (die nur einmal vorhandene Sache könne, genau genommen, gar nicht mehrmals zugewendet werden, l. 34. §. 3 i. f. D. de leg. I) ist hier freilich unanwendbar, von dem zweiten (Annahme einer Vergesslichkeit) darf dies nicht gesagt werden,⁷⁾ und wenn „ein Kleid“ zweimal, „eine Uhr“ dreimal vermacht ist, so ist der Gedanke an eine unnütze, vielleicht gar nicht beabsichtigte, Wiederholung einer Disposition schwer abzumeißen.^{7a)} Auch hier ist

⁴⁾ Unger §. 67 Z. 1 (vor und in Note i); dazu s. ebd. Anm. 3.

⁵⁾ Dies ergibt sich sowohl aus §. 649, als aus §. 662 pr. Vgl. überdies unten die Redactionsgeschichte der §§. 661, 662.

⁶⁾ Also auch hier wieder der naive Glaube, daß jeder Testator (etwa ein Bauer) ein sehr gründlicher Gesetzeskenner sei! S. auch bei §. 663 ff. N. 43, bei §. 681 ff. Abs. I; dann Bd. I S. 154 N. 134.

⁷⁾ Zugleich sehen wir hieraus, daß obige „Betrachtungen“ nicht von Zeiller selbst ausgingen (etwa so: „Zwar verkenne ich nicht, daß der Grund in einer Vergesslichkeit liegen kann; dennoch . . .“), sondern Einwendungen anderer Botanten waren. Es ist zu vermuthen, daß §. 660 nur mit Stimmenmehrheit beschloffen wurde; gewiß ist es nicht; denn Zeiller könnte jene Bedenken bei ihren Urhebern selbst überwunden haben.

^{7a)} Und deshalb ist auch Menzel's Bemertung in der Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1841, I S. 49 f. (Note) praktisch ohne Belang.

übrigens der Schlußsatz des §. 683 nicht zu vergessen!*) S. auch Sammlung XVI Nr. 6942.

II. Ob die Summen-Vermächtnisse in einer oder in getrennten Anordnungen vorkommen, macht nach §. 660 keinen Unterschied, während nach gemeinem Recht (nach der herrschenden Meinung)⁹⁾ im letzteren Falle mehrere Legate angenommen werden, im ersteren dagegen der Legatar die wiederholt genannte Summe nur einmal erhalten soll, hier wie dort unter Vorbehalt des Beweises anderweitigen Willens des Testators. Diese Unterscheidung ist von sehr zweifelhaftem Werth; die Möglichkeit des Vergessens ist bei einer späteren Anordnung noch größer; freilich läßt sich manches auch dafür anführen.¹⁰⁾ Zweifelhaft ist es nach röm. Recht, wie es bei verschiedenen Summen zu halten sei, und zwar wenn zuerst die kleinere, dann die größere vermacht wurde, oder aber umgekehrt, welche Unterscheidung wieder mit jener anderen combinirt wird.¹¹⁾ Für das österr. Recht versteht es sich, daß §. 660 i. f. umsomehr gelte, wo die mehreren Legate auf verschiedene Summen lauten (S. 660 sagt: „ob sie gleich . . . den nämlichen Betrag enthalten“).¹²⁾ De lege ferenda sind aber die angeblichen röm. Regeln so werthlos als §. 660.¹³⁾ Der Gesetzgeber sollte sich bei solchen nur in concreto entscheidbaren Fragen aller Anweisungen enthalten, die dem Richter keine schwierige Aufgabe nicht nur nicht erleichtern, sondern erschweren.¹⁴⁾ — Selbstverständlich ist der Schlußsatz des §. 660 dann nicht anwendbar, wo die zweite Anordnung auf die erste Bezug nimmt, sei es um sie zu bestätigen,¹⁵⁾ sei es um die Summe zu mindern oder aber zu erhöhen. In einem Falle wurde auf Anwendung des §. 660 i. f. erkannt, wo in einem Testamente und

*) S. auch Nippel S. 307 Z. 4 a. G., wo es aber statt „Irrthum“ besser hieße „Zerstretheit“ oder „Vergeslichkeit“.

⁹⁾ Denn es ist weder unbestritten, noch unbestreitbar, noch unbestreitbar; es dürfte schwer sein, hierüber ganz in's Klare zu kommen. S. einerseits Arndts I S. 212 ff., andererseits den dort (S. 214 Note) cit. Aufsatz von Schrader. — Vgl. zu §. 660 überhaupt I. 34 §. 1—4, I. 53 §. 2, I. 86 §. 1 D. de leg. I, I. 66 §. 5 D. de leg. II. Ueber den unwahrscheinlichen Fall, daß zwei Testatoren dieselbe Sache demselben Dritten vermachen, s. I. 34 §. 2 cit. und unten bei §. 661. Das Gegenstück bildet der Fall, wo ein Testator dieselbe Sache in einer späteren Anordnung einem Andern vermacht; darin liegt im Zweifel eine Translation des Vermächtnisses (Unger S. 67 vor und bei R. 8).

¹⁰⁾ Mehr Werth hat die Regel, daß man im Zweifel mehrere Legate anzunehmen hat, wo verschiedene Personen als Duerirte bezeichnet sind (Arndts S. 214 f.).

¹¹⁾ S. darüber die Genannten (R. 9) und Seuffert §. 607 bei R. 9a—11a.

¹²⁾ Arndts S. 217.

¹³⁾ Will man schon überhaupt eine Regel, so wäre die entgegengesetzte aufzustellen: nämlich daß im Zweifel Vergeslichkeit anzunehmen ist; denn jeder verständige Mensch wird im anderen Falle sagen: „Außer obigen 200 fl. vermache ich dem N noch weitere 200 fl.“ oder dgl. Und dies ist auch die Ansicht des Kaisers Pius Antoninus gewesen, der hier Vergeslichkeit, wie beim legatum rei alienae Irrthum annimmt (bis zum Beweise des Gegentheils). Wir halten uns überzeugt, daß jeder unbefangene Laie ebenso entscheidet. Wer die beiden Rescripte (das in §. 4 J. de leg. II 20, und das in I. 34 §. 3 D. de leg. I) neben einander hält, kann nicht zweifeln, daß sie nach Form und Inhalt den Stempel desselben Geistes tragen, und er wird ebenso wenig dem Schulding glauben, daß die Stelle von den evidentissimae probationes in I. 34 ein Emblem Tribonian's sei (haec verba olent Tribonianum!), noch wird er Arndts (S. 154 f.) zustimmen, welcher die ähnliche Stelle in §. 4 J. cit. für einen Zusatz Marcian's hält (wegen der Uebereinstimmung mit I. 21 D. de probat. 22. 3). Auch die Anstoß erregenden Schlußworte in §. 4 erklären sich dadurch, daß diese Beweislast-Fragen damals noch tastend behandelt wurden; man vergleiche nur I. 12 D. de probat. 22. 3 (Celsus).

¹⁴⁾ Dies auch gegen den heftigen Entwurf A. 152 und gegen den Entwurf Mommsen's §. 355, §. 366 A. 2. Besseren Grund hat für sich der dem §. 660 i. f. äußerlich ähnliche §. 667 (s. unten).

¹⁵⁾ Wenn hiebei eine andere Zahl genannt wird, so muß man zusehen, ob nicht einer der im Texte sogleich zu erwähnenden Fälle vorliegt. Beruht die Nichtcongruenz der Summen auf Irrthum bei der wiederholten Anordnung, so ändert dieser nichts an der ersten. S. auch Basevi bei §. 660 n. 1, der aber nicht ganz passend hiefür I. 72 §. 8 D. de condic. 35. 1 citirt.

in einem späteren Codicille die gleiche Summe, beide Male mit dem Zufage „per una sol volta“, legirt war, weil dieser Ausdruck nur als Gegensatz von „legato annuo“ aufgefaßt wurde.¹⁶⁾ — Wenn Jemandem erst eine species und dann ein Exemplar derselben Gattung vermacht ist oder umgekehrt (z. B. das Reitpferd Doris und ein anderes Mal „ein Reitpferd“, oder „ein“ Bankpfandbrief per 1000 fl. und dann der Bankpfandbrief per 1000 fl. Nr. 63287 u. f. w.), so ist das Vermächtniß im Zweifel zweimal zu entrichten.¹⁷⁾ S. auch Sammlung I Nr. 263.

§. 661.

Das Vermächtniß ist ohne Wirkung, wenn das vermachte Stück zur Zeit der letzten Anordnung schon ein Eigenthum des Legatars war. Hat er es später an sich gebracht; so wird ihm der ordentliche Werth bezahlt. Wenn er es aber von dem Erblasser selbst und zwar unentgeltlich erhalten hat, ist das Vermächtniß für aufgehoben zu halten.

c) einer fremden Sache;

§. 662.

Das Vermächtniß einer fremden Sache, die weder dem Erblasser, noch dem Erben oder Legatar, welcher sie einem Dritten leisten soll, gehört, ist wirkungslos. Gebührt den erwähnten Personen ein Antheil oder Anspruch an der Sache; so ist das Vermächtniß nur von diesem Ansprüche oder Antheile zu verstehen. Ist die vermachte Sache verpfändet oder belastet; so übernimmt der Empfänger auch die darauf haftenden Lasten. Wenn aber der Erblasser ausdrücklich verordnet, daß eine bestimmte fremde Sache gekauft, und dem Legatar geleistet werden solle, der Eigenthümer hingegen sie um den Schätzungspreis nicht veräußern will; so ist dem Legatar dieser Werth zu entrichten.

I. Redaction. §. 452 Westgal. G. B. lautet in der ersten Hälfte wörtlich so wie §. 661,¹⁾ endet aber mit den Worten „später erworben, so wird ihm der dafür ausgelegte Betrag ersetzt“. Der Schlußsatz von §. 661 fehlte noch. — §. 453 lautet:

Das Vermächtniß einer fremden Sache ist dann gültig, wenn diese Sache erweislich dem Testator, als das Eigenthum eines Andern, bekannt war. In diesem Falle muß der Erbe die vermachte Sache, wäre es auch um den außerordentlichen Werth, an sich bringen und dem Legatar übergeben, oder ihm, wenn sie der Eigenthümer auf diese Weise nicht abtreten will, statt derselben diesen außerordentlichen Werth bezahlen.

Zu §. 452 bemerkte das inneröstrerr. N. G.: Man könne eine Sache „ohne Auslagen“ und dennoch oneros erwerben. Deshalb solle man stylisiren: „so wird ihm dafür, soweit er es nicht unentgeltlich erhalten, die Vergütung geleistet“. Die Wiener Facultät wollte für „ausgelegten Betrag“ setzen: „wahren Werth“, um Collisionen zwischen Besitzer und Legatar zu verhindern, die sonst dolos einen hohen Kaufpreis vereinbaren könnten.

Der Referent bemerkte (S. v. 9. April 1804) zum zweiten Satz: Der Fall könne auf zweierlei Art gedacht werden: 1) der Erblasser legirt eine eigene Sache, gibt sie aber später bei Lebzeiten dem Legatar. Die Frage, ob dadurch das Legat widerrufen werde, gehöre zum §. 509 [dem jetzigen §. 724]; 2) er legirt eine fremde Sache, die der Legatar erst nach Errichtung des Testaments erwirbt. Darüber werde er (Referent) sich beim nächsten §. äußern.

Bei der Revision (3. Sept. 1807) wurden auf Zeiller's Antrag in den zweiten Satz die Worte aufgenommen: „Hat er es entgeltlich oder unentgeltlich erworben . . .“ Bei der Superrevision wurde der dritte Satz des §. 661 auf Haan's Antrag (der damals Vorsitzender war) hinzugefügt.²⁾

Zu §. 662 verdient ein Monitum des inneröstrerr. N. G. hervorgehoben zu werden. Drei Fälle (besagt es) bedürfen der Normirung: a) Ob dieser §. auch bei

¹⁶⁾ Ger. Ztg. 1855 Nr. 130 S. 533 (Nr. 17 aus der Federzanischen Sammlung).

¹⁷⁾ Freilich ist diese Entscheidung recht bedenklich, aber dem Sinne des §. 660 entspricht sie gewiß.

¹⁾ Nur mußte nach Wegfall des §. 451 das „ebenfalls“ gestrichen werden.

²⁾ Protokoll S. 763; die gleiche Andeutung in Haan's Papieren.

Sachen des onerirten Erben gelte? Jedenfalls sollte das Vermächtniß gültig sein. b) Jemand vermacht eine Sache, an der er nur einen Antheil hat; habe sich der Legatar mit diesem zu begnügen? Antrag: Ja, wenn der Testator nicht das Gegentheil angeordnet hat. c) Eine verpfändete Sache werde legirt; habe der Erbe oder aber der Legatar sie auszulösen? Antrag: Faustpfänder müsse der Erbe auslösen, liegende Gründe dagegen gehen cum onere über.

Das oberöstrerr. A. G. beantragte für den „außerordentlichen Werth“ den durch Kunstverständige zu ermittelnden Schätzungswerth zu setzen; die Prager Facultät: „den Werth, den Kunstverständige als den höchsten bestimmen“ (!). Die Wiener Facultät machte darauf aufmerksam, daß §. 453 mit §. 446 und §. 449 nicht in Einklang stehe,³⁾ und daß, wenn die Sache überhaupt nicht feil sei, man von keinem außerordentlichen Werth sprechen könne.⁴⁾

Zeiller äußerte sich als Referent in folgender beachtenswerthen Weise: Das kanonische Recht⁵⁾ und der französische Entwurf (wir stehen im Jahre 1804)⁶⁾ erklären das Vermächtniß einer fremden Sache für ungiltig — mit Recht. Dieser Fall, „an sich so ungerecht, daß er sich zur Ehre des menschlichen Verstandes nur äußerst selten ergeben haben mag“, sei „der Sanctionirung des Gesetzgebers nicht würdig.“⁷⁾ Diese würde beschwerliche Nachforschungen darüber nöthig machen, ob der Erblasser schon gerade diese Sache dem Legatar zuwenden, so möge er sie kaufen oder den Werth dem Legatar vermachen, damit dieser sie kaufe. Dann würde sie „wohlfeiler zu haben sein, als wenn der Besitzer weiß, daß der Erbe sie dem Legatar auch um den außerordentlichen Werth verschaffen müsse“. Ueberdies liege die Gefahr einer Collusion nahe. Demnach wäre er auch für Weglassung des zweiten Satzes von §. 452.

Zeiller proponirte zwei §§., deren erster ziemlich genau dem ersten Satze des §. 661 entsprach. Und dieser nur aus einem Satze bestehende Text findet sich in dem Protokolle zweimal, und wird als einstimmig angenommen bezeichnet. Auf Zeiller's Antrag wurde der zweite Satz weggelassen, während bei der Revision gerade Zeiller in Bezug auf den zweiten Satz ein Amendement stellt (s. oben), wornach man diesen als vorhanden denken muß, außer man nimmt an, er sei gleichzeitig (bei der Revision) repristinirt und abgeändert⁸⁾ worden; ein derartiges Abgehen von einer früheren Ansicht kommt bei Zeiller allerdings auch sonst vor, ist aber dieses Mal sehr befremdlich (s. Abf. VII).

Der zweite von ihm beantragte §. stimmt mit dem jetzigen §. 662,⁹⁾ nur lautete der Schluß: „und der Eigenthümer will sie um den Schätzungswerth nicht hindangeben (510), so“

II. Man entnimmt dieser Erzählung, daß Zeiller, wenn es auf ihn allein angekommen wäre, das legatum rei alienae am liebsten gar nicht erwähnt hätte, und daß er den Art. 1021 des franz. G. B. billigte. Diese Gesetzbestimmung ist als Beispiel „des plumpen Sinnes“ der neueren Gesetze gegenüber den feinen

3) Es ist gemeint die jetzt in §. 656 und §. 658 enthaltene Vorschrift, wornach der Onerirte ein brauchbares Stück zu liefern hat, nicht gerade ein vorzügliches.

4) S. jetzt §. 305 a. b. G. B.

5) Es ist gemeint (obgleich nicht citirt) cap. 5 X de testam. III. 26. Darüber s. Arndts Vermächtnisse I S. 158 f.

6) Es ist gemeint art. 1021: Lorsque le testateur aura légué la chose d'autrui, le legs sera nul, soit que le testateur ait connu ou non, qu'elle ne lui appartenait pas.

7) Offenbar schwebten ihm hier l. 4—6 D. de legibus I 3 vor: Ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, iura non constituuntur Το γὰρ ἀνάξ η̄ δὲ (ut ait Theophrastus) παραβαίνουσιν οἱ νομοθέται.

8) Diese Aenderung ist im jetzigen Texte wieder verschwunden.

9) Vor „ein Antheil“ stand „nur“; statt „Erblasser ausdrücklich verordnet“ hieß es: „Erblasser anordnet“, so daß der Text nachträglich noch in odium solcher Legate verschärft worden ist.

Distinctionen der römischen Juristen angeführt worden,¹⁰⁾ und noch plumper fand man es, an jenem Legate Anstoß zu nehmen.¹¹⁾ Wäre dieser Tadel nur in dem mittelmäßigen Werke von Rosshirt vorgebracht worden, so hätte er wenig zu bedeuten; aber er ist von den besten Civilisten wiederholt worden,¹²⁾ und da lohnt es der Mühe, ihn genauer anzusehen und ihn, wenn er ungerecht ist, zu widerlegen. Wir müssen nun diesmal entschieden die Partei des common sense gegen die Gelehrsamkeit nehmen, und finden in Zeiller's Bemerkungen mehr legislativen Verstand als in den Subtilitäten, die von römischer und romanistischer Seite über das Vermächtniß der fremden Sache vorgebracht werden, oder gar in der verunglückten Bestimmung des preussischen Landrechtes (I 12 S. 378) und der ihr nachgebildeten des Westgal. G. B. (§. 453).

Daß man letztwillig Einem die Verpflichtung auferlegen kann, den Versuch zu machen, eine fremde Sache anzuschaffen, ist ja keine so tiefgründige oder imponirende Einsicht, daß man ihretwegen in so geringschätziger Weise auf die französischen und österreichischen Redactoren herabsehen dürfte, welche dieser Einsicht sich keineswegs verschlossen haben (s. Note 16). Aber der Standpunkt des Gesetzgebers ist ein anderer als der des Theoretikers, der zuweilen (und auch von den römischen Juristen gilt dies vollauf) an spitzfindiger Casuistik Gefallen findet.

Die Fälle, wo Jemand eine nicht ihm gehörige Sache vermacht, betragen wohl kaum 1^o/₁₀₀ aller Sach-Legate (vgl. S. 422). Von diesem kleinen Bruchtheil kommt wieder der größte Theil auf Sachen des Dnerirten. In den äußerst seltenen Fällen, wo eine res tertii vermacht ist (d. h. eine Sache, welche weder dem Vermächtniß-Geber, noch Vermächtniß-Träger gehört) liegt der Verfügung fast immer ein Irrthum über das Eigenthum zu Grunde; wo es nicht der Fall ist, wird der Testator es ausdrücklich sagen, da kein Zurechnungsfähiger sich verhehlen kann, wie dringend nöthig diesfalls eine Aufklärung der Ueberlebenden sei. Der Fall, wo eine res tertii schlechtthin ohne aufklärenden Zusatz und doch ohne Irrthum vermacht würde, existirt wohl nur in der Phantasie der Theoretiker. Wir stimmen also durchaus mit Zeiller (s. oben vor Note 7).

Und nun eine andere Betrachtung: Legare heißt legem dicere rei suae; eine Sache „vermachen“ heißt: letztwillig ihre rechtlichen Schicksale bestimmen; nun ist aber bloß „suae quisque rei moderator atque arbiter“ (l. 21 Cod. mandati IV 35). Wenn auch nach österr. Recht nicht, wie nach Justinianischem Recht, das Eigenthum der vermachten Sache direkt vom Erblasser auf den Legatar übergeht, so hat dies seinen Grund in unserm Rechtssystem, nicht in der Absicht des Verfügenden, die dahin geht, die Sache zu „vergeben“. In diesem Sinne kann man eine fremde Sache nicht vermachen.¹³⁾ Der mit einem sog. legatum rei alienae Belastete soll sich bemühen, die Sache vom Dritten zu erwerben, und dann sie weitergeben, oder er soll den Dritten zu bestimmen trachten, daß er die Sache dem Legatar übergebe; wenn aber dieser Versuch mißlingt, soll der Dnerirte dem Legatar eine Geldsumme zahlen. Das ist doch weit entfernt von dem Inhalte eines einfachen wahren Sachlegates; es ist eine Combinirung von Verpflichtungen auf ein facere und solch ein auf ein dare.^{13a)} Der Verfügung kann also nicht nur nicht direkt die Schicksale der so „vermachen“ Sache bestimmen — selbst der Versuch, es indirekt zu thun, ist noch von sehr fraglichem Erfolge. Mithin drückt sich Derjenige, der eine res tertii

¹⁰⁾ Rosshirt Vermächtnisse II S. 148.

¹¹⁾ Unger §. 67 Anm. 11.

¹²⁾ Arndts Vermächtnisse I S. 190 f., Unger l. c., u. A. (s. die nächste N.).

¹³⁾ Dies und das Folgende auch gegen Brinz l. Ausf. S. 871: „Zur Verschaffung fremder Sachen kann man Jemanden verpflichten, also kann man dieselben auch vermachen.“

^{13a)} Schon Winiwarter III S. 188 bemerkte dies, hat es aber nicht glücklich so ausgedrückt: „in diesem Falle sei eigentlich nicht die fremde Sache selbst, sondern eine . . . Leistung des Erben vermacht . . .“

oder aber deren Geldwerth Jemandem in der beschriebenen Weise zuwenden will, sehr unpassend aus, wenn er sagt: „ich vermache dem A die Sache x“.

Die Absicht selbst wird in vielen Fällen keine verständige sein. Warum hat der Testator nicht selbst jenen Versuch gemacht? oder aber, warum vermacht er nicht dem A die Geldsumme, damit dieser den Versuch mache? Gewiß wird auf jenem Umweg der angestrebte Erfolg nicht leichter erreicht. Wo vollends der Onerirte für den Fall des Mißerfolgs mit der Bezahlung des außerordentlichen Preises bedroht wird, dort ist durch Zusammenwirken eines unklugen Testators und einer verfehlten Gesetzbestimmung ein unicum an Thorheit geschaffen,¹⁴⁾ was Zeiller sofort einsah und glücklich von uns abwehrte.

Wenn Jemand kurzweg sagt: „ich vermache die Sache x dem A“, so ist es sehr wahrscheinlich, daß er die Sache für sein gehalten hat, und daß er sie ohne diesen Irrthum nicht legirt hätte (§. 572). In dem unwahrscheinlicheren, weil höchst seltenen Falle, wo kein Irrthum vorlag, hat er seiner (meist unklugen) Absicht einen (immer) ganz unpassenden Ausdruck gegeben, der überdies falsche Vermuthungen erweckt. Es ist also ein Gesetzgeber nicht zu tadeln, der, alle schwierigen Untersuchungen über Kenntniß oder Irrthum des Testators abschneidend, jedem derartigen Legat seinen Schutz verweigert.¹⁵⁾ Denn in den meisten Fällen ist es wegen Irrthums ungiltig, und wenn dies ja einmal nicht der Fall ist, ist es nur des Testators eigene Schuld, daß sein Wille nicht zur Anerkennung gelangt.

Dies und nur dies ist der Sinn des viel geschmähten und oft mißverstandenen a. 1021 c. civ. So hat schon im Stadium seiner Berathung der außenstehende und unbefangene (mindestens nicht für die französische Gesetzgebung voreingenommene!) Zeiller, so haben ältere französische Juristen ihn verstanden, und so versteht ihn auch Zachariä.¹⁶⁾ Eine Anordnung, wie sie in §. 662 i. f. beschrieben wird, ist auch nach französischem Recht unbedenklich giltig.¹⁷⁾

Ein Unterschied zwischen dem österr. und franz. Rechte besteht hinsichtlich des *legatum rei tertii*¹⁸⁾ nicht. So sehr im Ausdrucks 662 und a. 1021 abweichen, so ist doch der Unterschied — was die *res tertii* betrifft — kein meritorischer, auch wollten die Redactoren, wie wir oben sahen, keinen solchen setzen. Hier wie dort ist dieses Vermächtniß, wenn ohne aufklärenden Beisatz angeordnet, ungiltig wegen des wirklichen oder doch vermutheten¹⁹⁾ Irrthums. Der Gesetzgeber schneidet die Untersuchung über den Irrthum ab; denn selbst wenn er nicht vorhanden wäre, fehlt es der Willenserklärung an der nöthigen Deutlichkeit. Nun geht die Mißbilligung des verfehlten Ausdrucks allerdings nicht so weit, daß der Gesetzgeber diesen

14) 1) Gefahr der Collusion zwischen Legatar und Eigenthümer; 2) aber auch abgesehen davon, Gefahr, daß der Eigenthümer die Zwangslage des Onerirten erfahre und ausnütze!

15) Man verlangt ja (und mit Grund) „Practicabilität“ des Rechtes.

16) Bd. IV §. 676 N. 3, dann vor und in N. 5. An letzter Stelle heißt es: „In der Berathung des Staatsrathes wurde für den Art. 1021 und gegen das *legatum rei alienae* ganz allein der Grund angeführt, incertam esse voluntatem testatoris.“

17) Zachariä §. 76 vor und in N. 5: „Man kann seinem Erben oder . . . Vermächtnißnehmer die Verbindlichkeit auferlegen, . . . die Sache eines Dritten für einen Andern zu erkaufen. Nur muß (dies) dem Erben ausdrücklich zur Pflicht gemacht werden. In dem bloßen *legato rei . . . tertii* liegt diese Verbindlichkeit noch nicht.“ Dies auch gegen Rosshirt, der in seiner Polemik gegen das franz. Recht mit Windmühlen kämpft.

18) Ob hinsichtlich der *res heredis*? Zachariä a. a. O. glaubt, daß auch diese ganz so zu beurtheilen sei, wie die *res tertii*, beide seien *res alienae*. Wenn dies richtig ist, dann bestünde hinsichtlich der Sache des Onerirten allerdings eine Divergenz zwischen dem österr. und dem franz. Recht. Ist dagegen die u. N. von Toullier (Bd. V. n. 517) vertheidigte Ansicht die richtige (und es scheint uns so), dann bestünde auch hinsichtlich dieses Falles volle Uebereinstimmung zwischen den beiden Gesetzbüchern.

19) Ob und inwiefern diese Vermuthung einen Gegenbeweis zuläßt, davon wird weiter unten die Rede sein.

(seltenen) Erfolg wünschte (nämlich daß ein wirklich gewolltes Legat unwirksam sei), aber er muß ihn mit in den Kauf nehmen, wenn er „Practicabilität“ seiner Rechtsätze erreichen will; und er kann das um so getrofter thun, je seltener der Fall und je wunderlicher dann die Anordnung ist.²⁰⁾ Ueber das römische Recht sagt Brinz (f. N. 13): „Ist das Vermächtniß einer fremden Sache bisweilen ungültig, so liegt der Grund nicht in dem Mangel des Eigenthums, sondern in dem des Willens“; für das französische und österreichische Recht müssen wir hinzufügen: „oder der deutlichen Erklärung desselben“. Der Mangel des Eigenthums kommt nur insofern in Betracht, als eben er den Ausdruck „ich vermache“ („legire, hinterlasse“ u. dgl.) unpassend erscheinen läßt; bez. als ein solcher Ausdruck bei solcher Sachlage zur Annahme eines Irrthums drängt; denn jener bedeutet eine direkte Verfügung, wie sie nur hinsichtlich der eigenen Sache möglich ist.²¹⁾

Diese Erwägungen de lege ferenda, die zugleich eine Kritik der *leges latae* sind, wurden hier an die Redactionsgeschichte angeschlossen, weil sie die in den Berathungen gemachten Aeußerungen ergänzen und vertiefen, und zur Rechtfertigung der Redactoren dienen. Freilich hat dies den kleinen Uebelstand im Gefolge, daß wir damit schon auf den §. 662 zu sprechen kamen, während wir uns erst jetzt der zusammenhängenden Interpretation der §§. 661 und 662 zuwenden.

III. Zu §. 661. Bisher haben wir die Fälle abgehandelt, wo die Sache dem Erblasser (vor §. 660), und wo sie dem Dnerirten gehört (dort, dann bei §. 649, und hier in N. 21). Jetzt haben wir (bei §. 661) von dem dritten Falle zu sprechen, wo die Sache dem Honorirten gehört, um (bei §. 662) mit dem vierten Falle, dem *legatum rei tertii*, zu schließen. Doch ist dies nur im Großen und Ganzen die Abgrenzung; denn in §. 661 ist auch vom *leg. rei tertii*, und in §. 662 gar von einem wichtigen Rechtsätze die Rede, welcher für jedes *legatum speciei* gilt. Bei der exegetischen Natur unseres Werkes werden wir diese systematischen Verstöße mitmachen müssen.

Raum gibt es im ganzen Gesetzbuch einen zweiten so schlecht textirten §. als den §. 661. Obgleich es sich nicht um juristische Subtilitäten handelt, die einer populären Formulirung widerstreben, sondern um ganz triviale Dinge, ist der §. so dunkel, daß eine ganz sichere Interpretation desselben überhaupt unmöglich ist.²²⁾ Entspricht dem „schon“ im ersten Satze ein „noch“, und im bejahenden Falle, auf welchen Zeitpunkt geht dieses „noch“?^{22a)} Heißt „an sich gebracht“ (im zweiten Falle) so viel als „irgendwie erworben“ oder aber „entgeltlich erworben“? Ist ihm der „ordentliche Werth“ zu ersetzen, auch wenn er um einen geringeren Preis erworben hat, oder ist es eine Maximalgrenze? Im dritten Satze zwingt das „und zwar unentgeltlich“ zu

²⁰⁾ Unger §. 67 N. 11 findet a. 1021 („nul“), „plump“, „noch plumper“ aber die Behauptung österr. Juristen, daß auch bei uns hier „Ungültigkeit“ vorliege; dabei setzt Unger voraus, daß man das Fehlen des Eigenthums in dem Sinne für ein Hinderniß der Gültigkeit halte, wie bei einer dinglichen Disposition. Daran denkt aber Niemand. Daß unser Gesetz den Ausdruck „wirkunglos“ vorzieht, beruht auf dem soeben im Texte Gesagten. Uebrigens sieht Unger selbst den Grund der Wirkungslosigkeit in dem angenommenen Irrthum, und eine auf Irrthum beruhende letztwillige Anordnung wird doch auch von ihm (Erbrecht §. 13) „ungültig“ genannt.

²¹⁾ Man könnte einwenden: diese Argumentation beweiße zu viel, nämlich auch die Ungültigkeit des Vermächtnisses einer Sache des Dnerirten. Aber einmal ist hier der Ausdruck souveräner Verfügung nicht in gleichem Maße anstößig, wie bei einer *res tertii*; dann aber — und dies ist entscheidend — gingen die Redactoren von der Ansicht aus, daß in diesem Falle selbst ein Irrthum des Testators nicht schade; hier könne man nicht behaupten, daß der Testator „*probetur, alias legaturus non fuisse*“ (l. 72 §. 6 D. 35. 1). Vgl. oben bei §. 649 Z. 2 mit S. 118 ff. (zu §. 572).

²²⁾ Wir sagen dieses nicht, um zu nergeln, sondern um die Verantwortung für das Ungenügende der folgenden Ausführungen abzulehnen.

^{22a)} Auf die Zeit des Todes des Erblassers? den dies *cedens*? den dies *veniens*? die Zeit der wirklichen Geldentmachung? — Der 1. und 2. Zeitpunkt fallen meistens, der 2. und 3. oft, der 3. und 4. selten zusammen. Vgl. N. 23, 24.

einem arg. a contr., das sowohl mit §. 724, als mit psychologischen Erwägungen in Widerspruch steht. Ferner nöthigen die Worte „aber von dem Erblasser“ zu einem zweiten arg. a contrario für den Fall, wo der Legatar die Sache von einem Dritten erworben hat. Wäre es irrelevant, ob der Legatar von einem Dritten oder von dem Erblasser erworben hat, so wäre nicht nur das „aber“, sondern der ganze dritte Satz sinnlos; denn wozu den Fall speciell besprechen, wenn für ihn nichts Besonderes gilt? — Wir stehen ziemlich rathlos gegenüber diesem Verir-Paragraph, umsomehr, als auch die Protokolle vieles zu wünschen übrig lassen.

IV. Zur Orientirung stellt Zeiller an den Anfang seiner Erläuterungen zu §. 661 folgende Sätze: „Der Vermächtnißnehmer soll das Vermächtniß einer bestimmten Sache nur einmal (§. 660), aber er soll es nach der Natur eines Vermächtnisses unentgeltlich erhalten. Aus dieser Absicht des Erblassers fließen die vorstehenden Vorschriften“ (nämlich §. 661).^{22b)} Dieses dürfen wir nicht aus den Augen verlieren.

Ferner mögen zur leichteren und rascheren Verständigung folgende schematische Bemerkungen dienen: Es kommen zwei Zeitpunkte in Betracht: der der Errichtung des Vermächtnisses und der dies cedens.^{23) 24)} Von den vier denkbaren Combinationen bleiben zwei außer Betracht; denn die Entscheidung ist außer Frage sowohl, wenn die Sache in beiden Zeitpunkten, als wenn sie in keinem derselben dem Legatar gehört. Zu untersuchen sind die zwei anderen Fälle: wo die Sache im ersten Zeitpunkte ihm (schon) gehört, im zweiten nicht (nicht mehr) — und hinwieder: wo sie im ersten Zeitpunkte ihm (noch) nicht gehört, wohl aber schon und noch im zweiten. Dabei ist zu berücksichtigen, wie der Legatar das Eigenthum verloren bez. erworben hat (ob entgeltlich oder unentgeltlich), und an wen? (Erblasser oder Dritten?) bez. von wem?

V. Wenn die legitirte Sache zur Zeit der Errichtung dem Legatar gehörte, so ist das Vermächtniß ungültig,^{24a)} und bleibt es auch, wenn er das Eigenthum später verloren hat. Diese Entscheidung stützt sich auf folgende Gründe: 1) auf das Zeugniß Zeiller's in seinem Commentar;²⁵⁾ 2) ist es wahrscheinlich, daß man die

^{22b)} Vgl. Arndts Vermächtnisse I S. 257: „Der Vermächtniß-Wille ist darauf gerichtet, daß der Bedachte die Sache unentgeltlich erhalte; ist dieses Ziel auf anderem Wege erreicht, so genügt das; die Vermächtnißforderung fällt damit weg.“

²³⁾ Wir gebrauchen der Kürze wegen diesen unlogischen Ausdruck; es fragt sich ja erst, ob das Legat gelte; und bei einem ungültigen tritt der Anfall (dies cedens) gar nicht ein. Es ist also in obigem Zusammenhange mit „dies cedens“ derjenige Zeitpunkt gemeint, in welchem, wenn überhaupt jemals — das Vermächtniß anfällt; also der Zeitpunkt des Todes des Erblassers, bez. der Erfüllung der Bedingung.

²⁴⁾ Es läge nahe zu sagen: „der Zeitpunkt der Errichtung und der der Geltendmachung des Vermächtnisses“. Und dies hätte dort manches für sich, wo es sich weniger um eine Ungültigkeit im engeren Sinne, als um eine Unwirksamkeit handelt. Da aber mit dem dies veniens nur die Möglichkeit, nicht die Nöthigung zur Geltendmachung gegeben ist (vgl. N. 22a), so wäre ein Zustand unerträglicher Ungewißheit statuir, indem die Entscheidung von dem Umstande abhängig würde, wann der Honorirte (innerhalb der Verjährungszeit) seinen Anspruch geltend macht. — Die Meisten sprechen kurzweg von der Zeit des Todes des Erblassers, was freilich meistens factisch, aber nicht principieil mit dem dies cedens zusammentrifft. Man könnte etwa sagen: „spätere Ereignisse können nicht mehr auf des Testators Willen einwirken“; aber wie oft stellt man im Erbredite die Frage so: „was würde der Erblasser jetzt wollen, wenn wir ihn befragen könnten?“ — S. übrigens auch unten Note 46. Für die im Texte gewählte Fixirung des zweiten Zeitpunktes (N. 22a) s. auch Arndts Vermächtnisse I S. 245 a. E.

^{24a)} „Es müßte denn der besonderen Sachlage und dem muthmaßlichen Willen des Erblassers zufolge ihm dennoch irgend einen Vortheil gewähren können und sollen.“ Unger §. 67 Z. 4; Beispiele dazu ebd. in Anm. 13.

²⁵⁾ Er versteht (II S. 601) den ersten Satz von einem Vermächtnisse, „wodurch der Erbe dem Legatäre eine Sache, welche derselbe bereits besitzt, aus Unwissenheit des Erblassers erst noch zu kaufen verpflichtet würde“. [Er jezt also voraus, daß der Testator die Sache für eine fremde (im Sinne des §. 662) gehalten habe; da nun in solchem Falle der Zuwendungswille ein sehr entschiedener, über Hindernisse sich wegsetzender ist,

Verwerfung der hergebrachten gemeinrechtlichen Entscheidung deutlich ausgesprochen hätte.²⁶⁾ Viel wichtiger aber als diese äußeren Gründe sind 3) folgende Erwägungen: In den meisten Fällen wird der Testator sich in einem Irrthume befunden haben (s. N. 25), ohne welchen er so nicht verfügt hätte (alias legaturus non fuisset), s. oben S. 118 ff. Und auf den Willen des Testators kommt es in unserem Rechte an,²⁷⁾ nicht auf den objectiven Grund, daß man Einem nicht zu eigen geben kann, was er schon hat.²⁸⁾ Darum nützt auch der Wegfall dieses Hindernisses nichts. Wenn der Legatar die Sache später verschenkt, so könnte der Testator daraus nur entnehmen, daß ihm an ihr nicht so viel gelegen ist, als er glaubte. Wenn er sie entgeltlich veräußert, so kommt dazu, daß im Falle der Erfüllung des Legates der Honorirte Preis und Sache oder zwei Preise derselben erhalten hätte — im Widerspruche mit dem von Zeiller (s. oben Abf. III) angegebenen Grundgedanken des §. 661.²⁹⁾ Für die Ungültigkeit sprechen hier noch mehr Gründe als für die Ungültigkeit des legatum rei alienae (d. h. des Vermächtnisses, dessen Object von vornher ein *res tertii* war, §. 662).³⁰⁾ Gesah die Veräußerung an den Erblasser, so deutet ja seine Mitwirkung bei derselben gerade auf den Ademtionswillen, außer es ließe sich aus den Umständen erschließen, er habe schon im Hinblick auf den künftigen Erwerb das Legat angeordnet, um nach seinem Tode die Sache dem früheren Eigenthümer unentgeltlich zurück zu verschaffen.³¹⁾ — Unger verteidigt die entgegengesetzte Entscheidung, indem er 1) zu wenig die subjective (psychologische) Seite beachtet und alles Gewicht auf das objective Hinderniß legt („quia quod ipsius est, amplius eius fieri non potest“),³²⁾ und 2) der unrichtigen Deutung

so muß Zeiller's Entscheidung umso mehr gelten, wenn der Testator glaubte, die Sache gehöre ihm oder dem Onerirten.] Ein solches Vermächtniß, sagt Zeiller, ist „gleich anfänglich ungültig, und es bleibt ungültig, obgleich der Legatar selbe vor dem Tode des Erblassers wieder veräußert hätte; es wäre denn, daß der Erblasser diesen (bei einem verschwerdlichen Legatäre voraussehbaren) Fall, daß z. B. dessen Haus Schulden halber verkauft werden sollte, ausdrücklich zur Bedingung gemacht hätte“. Vgl. Arndts Vermächtnisse I S. 246 f.: Nach röm. Recht „kann jedes bedingte Vermächtniß jenes Inhalts hinterher wirksam werden; nach jenen Gesetzgebungen“ (welche den in §. 661 pr. enthaltenen Satz „unabhängig von der Catonischen Regel“ aufstellen) „ist dies nur dann der Fall, wenn die Bedingung ausdrücklich auf künftige Veräußerung der Sache oder sonstigen Verlust des Eigenthums gestellt ist“.

²⁶⁾ Auf diesen Grund legen wir indessen wenig Gewicht.

²⁷⁾ Vgl. Arndts (s. N. 25), der (S. 247) so fortfährt: „Der Grund einer solchen Bestimmung“ (wie §. 661 pr.) „kann (nur) in der Rücksicht auf den Willen des Erblassers gesucht werden“ u. f. w.

²⁸⁾ Damit zerfällt Unger's Hauptargument (s. §. 67 Anm. 14) für die gegen-theilige Entscheidung. — Umgekehrt verhält es sich nach röm. Recht, s. Arndts a. a. D. §. 1519, besonders am Anfang und am Ende (S. 223—225, 247 f.).

²⁹⁾ Man wende nicht ein: „aus dem Legate erhält er doch nur einmal die Sache, bez. den Werth“. Damit ließe sich ja (de lege fer.) auch der Satz verteidigen, daß im Falle des §. 661 pr. der Legatar immer den ordentlichen Werth solle fordern können.

³⁰⁾ Hielt der Testator die Sache für eine solche, dann wollte er freilich, daß sie für den Legatar angeschafft werden solle (§. 662 i. f.). Aber dieser Befehl beruht auf zweifachem Irrthum: der Testator glaubte, die Sache gehöre nicht dem Legatar, und dieser lege besonderen Werth auf ihren Besitz (m. a. W.: der Legatar habe sie nicht und wünsche sie zu erwerben, während er umgekehrt sie damals gehabt und dann veräußert hat). Meinte aber der Erblasser, die Sache gehöre ihm selbst oder dem Erben, so ging seine Absicht gar nicht dahin, daß sie für den Legatar erst angeschafft werden solle (§. 662 pr., cf. L. 67 §. 8 D de leg. II: magis in legandis suis rebus, quam in alienis comparandis et onerandis hereditibus faciliores voluntates; §. 4 J. de leg. II 20: forsitan enim, si scissset alienam, non legasset). Vgl. hier N. 25.

³¹⁾ Weil nach öherr. Recht alles Willensfrage, und nicht Folge der Catonischen Regel ist, lassen sich durchgreifende Sätze nicht aufstellen.

³²⁾ Dabei ergibt sich das auf den ersten Blick Besremdende, daß Unger mit röm. Argumenten (wegen Entfallens der Caton. Regel) die der römischen entgegengesetzte Entscheidung verteidigt, wir dagegen die römische Entscheidung mit unrömischen Gründen vertreten. — Wir können den römischen Standpunkt den objectiven, unseren den subjectiven nennen. Und auf diesem steht auch die römische Entscheidung hinsichtlich des

Rippel's³³⁾ folgt, wornach im ersten Satze das „schon“ ein „noch“ (im zweiten Zeitpunkt) verlange, während es durch die Gegensetzung des „noch nicht“ (im ersten Momente), wovon der zweite Satz handelt, genügend erklärt ist.³⁴⁾ Die herrschende Ansicht ist gegen ihn.^{34a)}

VI. Die Sache hat zur Zeit der Anordnung dem Legatar noch nicht gehört, er hat sie aber später erworben und zwar a) vom Erblasser selbst; α) geschah dieses unentgeltlich, so hat Dieser seine Honorirungs-Absicht schon selbst realisiert; sie ist erfüllt, und braucht daher nicht auch noch vom Erben erfüllt zu werden; β) geschah es aber entgeltlich, so kann der Legatar „den ordentlichen Werth“, den die Sache am Anfallstage (§. 684) hat, vom Erben verlangen. b) Hat sie aber der Legatar von einem Dritten erworben, so steht ihm dieser Geldanspruch selbst dann zu, wenn er die Sache unentgeltlich bekommen hat. Eine wichtige Einschränkung dieses Satzes werden wir unten (bei N. 46) kennen lernen. (Der Fall b) hätte übrigens gar nicht in §. 661, sondern in §. 662 untergebracht werden sollen.) — Diese Resultate nehmen wir an, weil uns die beiden, oben (in Abs. III) angeführten, Argumente a contrario unvermeidlich scheinen; wir nehmen jene Resultate an, trotzdem wir von ihrem legislativen Unwerthe überzeugt sind.³⁵⁾ Denn 1) steht der Satz α β in Widerspruch mit §. 724: „Ein Legat wird für widerrufen angesehen, wenn der Erblasser . . . die Jemanden zuge dachte Sache veräußert.“ Die Antwort, daß jener besondere Satz eben eine Ausnahme von diesem allgemeinen sei, ist nur eine formalistische Auskunft, die den Juristen nicht befriedigen kann. Gerade dadurch, daß der Erblasser dem Legatar die Sache verkauft hat, zeigte er seinen Ademtionswillen. Seine Absicht, ihm die Sache ganz unentgeltlich, aber erst nach seinem Tode, zuzuwenden — hat er dahin abgeändert, daß er ihm die Sache früher, aber nicht (oder doch: nicht ganz) unentgeltlich zu überlassen beschloß. Mit der Ausführung dieser Absicht ist jene als definitiv aufgegeben zu betrachten. — Keinem Zweifel unterliegt die Anwendung der §§. 724, 725 auf Fälle, wo die Sache aus dem Vermögen des Erblassers in das eines Dritten und dann erst an den Legatar übergegangen ist.^{35a)} — 2) Warum

legatum rei tertii. Jene Entscheidungen gehören eben der alten, diese der classischen Zeit an; jene galten schon zu Cato's Zeit, für diese berufen sich die Späteren auf Neratius Priscus und ein Rescript des Pius Antoninus (f. Arndts a. a. D. S. 152 ff., S. 193). Die Denkungsweise Dieser ist uns Modernen entsprechender als die altrömische.

³³⁾ Vgl. Rippel IV S. 309 mit Unger §. 67 Anm. 14. — Zugugeben ist, daß §. 661 prima vista den Eindruck macht, als ob in allen drei Sätzen angenommen wäre, der Legatar besitze die Sache noch. Aber: 1) ist auf den ersten Eindruck bei einer so verfehlten Stylisirung nicht viel zu geben; und 2) selbst wenn wir annehmen, die Redactoren hätten im ersten Satze des §. 661 an den Fall gedacht, wo die Sache „schon und noch“ dem Legatar gehöre, so folgt daraus doch keineswegs, daß sie für den anderen Fall, („schon, aber jetzt nicht mehr“) eine andere Entscheidung wollten. Näher liegt es zu glauben, daß sie an diesen Fall nicht gedacht, oder aber, daß sie die Unterscheidung, ob „noch oder nicht mehr“, als irrelevant übergegangen haben. — Aus dem Satze: „für den Fall a gilt x“ folgt keineswegs der Satz: „nur für den Fall a (und für keinen anderen) gilt x“

³⁴⁾ So auch Stubenrauch 1. Aufl. II S. 464 N. **; 2. Aufl. I S. 864 N. 3. Auch Arndts, sonst gewohnt in Fragen des österr. Erbrechtes einfach auf Unger zu verweisen, zeigt (S. 245 f.) deutlich genug, daß er ihm dieses Mal nicht zustimmen könne.

^{34a)} Für die Fortdauer der Ungültigkeit: Zeiller, Scheidlein, Winigwartner, Stubenrauch u. A.

³⁵⁾ Nach beiden Richtungen stimmen wir mit Unger überein (f. Erbrecht §. 67 Anm. 15 und 16). Die Auslegung des zweiten Satzes kann als herrschende Ansicht bezeichnet werden. Bezüglich des dritten Satzes behauptet Rippel IV S. 309 f., daß im Falle freiwilliger entgeltlicher Veräußerung von Seite des Erblassers das Vermächtniß aufgehoben sei (§. 724); anders bei einer unfreiwilligen Veräußerung, z. B. wenn der Legatar anlässlich einer Execution die Sache gekauft hätte. Gegen erstere Behauptung wendet sich Scheidlein (Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1826, II, S. 159 f.), dem Unger beistimmt. — S. auch N. 38.

^{35a)} Vgl. Scheidlein a. a. D. S. 160; Unger §. 67 Anm. 15 a. E.

folll der Legatar im Falle aß gerade den „ordentlichen Werth“ erhalten? richtiger wäre es doch, ihm den Preis zu ersetzen, welcher in solchen Fällen meist sehr niedrig gestellt worden sein wird. Dann bekommt er also dennoch — gegen Zeiller's oben citirtes Princip — aus dem Vermögen des Erblassers mehr als die Sache (bez. deren ordentlichen Werth). 3) Wenn der Legatar die Sache von einem Dritten unentgeltlich bekommen hat, so sollte verständiger Weise das Vermächtniß entfallen. Gewiß hätte der Erblasser — davon unterrichtet, daß sein Wunsch, die Sache dem Legatar zu verschaffen, durch ein nachfolgendes Ereigniß überholt (gegenstandslos geworden) sei — nicht dem Erben ein so unmotivirtes Geldopfer zugemuthet. 4) Wenn im erwähnten Falle zwar nicht unentgeltlich, aber wohlfeil erworben wurde, so sollte auch hier der Ersatz des Preises genügen.³⁶⁾

VII. Aus den Protokollen erhellt, daß man in erster Lesung nur darum die Worte des §. 452 Westgal. G. B. „der dafür ausgelegte Beitrag“ beanstandete, weil der Legatar zu theuer kaufen könnte; der „ordentliche Werth“ war also als Maximalgrenze gemeint.³⁷⁾ Daraus aber würde folgen, daß der Legatar im Falle unentgeltlichen Erwerbes niemals etwas ansprechen könnte; dann erscheint aber der dritte Satz unbegreiflich; dieser Satz ist aber freilich damals gar nicht vorhanden gewesen, sondern erst in der dritten (stüchtigen) Lesung auf Haan's Antrag hinzugekommen. Damit erst wurde der §. 661 unheilbar verwirrt. — Die Angaben über Zeiller's Verhalten sind von auffallender Unklarheit. Erst vertritt er die sehr verständige Ansicht, daß die beiden, jetzt im zweiten und dritten Satze des §. 661 behandelten, Fälle gar nicht her gehören; denn im zweiten handle es sich um ein *legatum rei alienae* (s. §. 662), im dritten um eine unter §. 724 fallende Frage. Deshalb solle man sich mit dem ersten Satze des §. 661 begnügen. Später (bei der Revision) beantragt er (angeblich) — im Widerspruch zu seinen sonstigen Äußerungen — den Zusatz „entgeltlich oder unentgeltlich“, der später wieder verschwindet; im Commentar (S. 601) dagegen steht Zeiller ganz auf dem Standpunkte des *concursum duarum causarum lucratarum*. All' dieses erweckt starken Verdacht gegen die Wichtigkeit und Vollständigkeit der protokollarischen Mittheilungen.

Resultat: §. 661 hatte Anfangs diesen Sinn: Das Legat der ohnehin dem Legatar gehörigen Sache ist und bleibt ungültig. Das Legat einer fremden, später vom Legatar erworbenen Sache verwandelt sich in ein Geldlegat, wobei das Maß der wirklichen Aufopferung, jedoch nie mehr als der ordentliche Werth zu leisten ist. Dieser verständige Inhalt wurde durch einen Zusatz in dritter Lesung verballhornt; Zeiller sucht den ursprünglichen Sinn im Commentar zur Geltung zu bringen; wir aber können (legislative ihm zustimmend) als Interpreten ihm nicht folgen, weil der Wortlaut des §. 661 entgegensteht. — Der Inhalt des ersten Satzes von §. 661 ist erweislich und verständig; der Sinn, den die beiden anderen Sätze in ihrem jetzigen Zusammenhang haben, läßt sich mit Gewißheit gar nicht feststellen; für welche Auslegung aber man sich auch entscheiden mag, Widersprüche und Verkehrtheiten sind un-

³⁶⁾ Wir brauchen uns dabei gar nicht auf die Frage einzulassen, ob die Erlöschung eines Anspruches durch *concursum causarum lucratarum* etwas in sich Begründetes oder aber etwas specifisch Römisches sei. Denn wir gründen auch (s. N. 32) obige Postulate auf psychologische Erwägungen, auf den wahrcheinlichen Willen des Erblassers.

³⁷⁾ Damit stimmt auch Zeiller's Bemerkung im Commentar S. 601 f. 3. 2. Hat „der Legatar die Sache . . . auf eine entgeltliche Art erhalten . . . , dann wird ihm der ordentliche . . . Werth zur Zeit des Anfallstages (§. 684) bezahlt. Hätte er also nur einen Theil derselben entgeltlich erhalten, so würde ihm auch nur dessen Werth bezahlt“. Gemeint ist wahrscheinlich, daß die Sache ihm theils entgeltlich, theils unentgeltlich überlassen wurde, und dieses unpassend so ausgedrückt, als ob ein Theil oneros, das Uebrige lucrativ wäre erworben worden, was allerdings auch ein denkbarer Fall ist. Hier handelt es sich dann um Antheile an der Sache, dort um einen gemischten Titel (*negotium mixtum cum donatione*), um einen „aus einem entgeltlichen und unentgeltlichen vermischten Vertrag“ (§. 935).

vermeidlich. Dies erklärt sich aus dem stückweisen Zustandekommen des §. 661, von dem nur der erste Satz in allen Lesungen unangetastet blieb.³⁸⁾

VIII. Während ein leg. speciei durch nachfolgende Schenkung von Seiten des Erblassers aufgehoben wird, gilt dieses bei einem leg. generis nicht durchgreifend,³⁹⁾ bei einem Summenlegate vollends nicht (arg. §. 660).⁴⁰⁾ Wenn der Erblasser einer Person eine Summe vermacht, und später eine gleiche Summe schenkt, so wird nicht vermuthet, daß er das Vermächtniß mit der Schenkung habe aufheben wollen.⁴¹⁾

IX. Zeiller (II S. 602) behauptet: es könne „ein Legatar, dem die nämliche fremde Sache von zwei Erblassern vermacht worden wäre, nichts mehr fordern, wenn er aus einer dieser Anordnungen, weil der Eigenthümer die Sache nicht verkaufen wollte, deren Werth bereits empfangen hätte“ (§. 662). Offenbar müßte (nach Zeiller) das gleiche gelten, wenn er aus dem einen Vermächtnisse die Sache in natura erhalten hat; ob sie nun dem erstverstorbenen Testator, oder dessen Erben oder einem Dritten gehörte, ist gleichgültig, ebenso, ob für das andere Vermächtniß schon dies cessit oder noch nicht.^{41a)} Aber für alle diese Fälle behauptet M. Schuster⁴²⁾ das Gegentheil, und de lege lata (§§. 661, 662) ist ihm zuzustimmen, so sehr auch die andere Ansicht de lege ferenda erwoget zu werden verdient.⁴³⁾

³⁸⁾ Ueber die Ansichten Anderer, soweit sie nicht schon zur Sprache gekommen sind, mögen diese Notizen genügen: Der kleine Aufsatz von Scheidlein (Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1826, II S. 158—160) gibt durchweg dieselben Resultate hinsichtlich des quid juris?, wie unsere obigen Ausführungen (nur in Motivirung und Kritik stimmen wir nicht ganz überein). M. Schuster (in derselben Ztschft. 1831, II S. 124 f.) lehrt: Wenn der Legatar die Sache vom Erblasser entgeltlich erhalten hat, so ist das Vermächtniß nicht aufgehoben, sondern der Legatar kann den Werth fordern. Wenn der Erblasser ihm die Hälfte (z. B. des vermachten Hauses) verkauft hätte, so kann der Legatar den ordentlichen Werth dieser Hälfte und dazu die andere Hälfte (unentgeltlich) verlangen. S. ferner N. 39, 40, 42. Winwartter folgt durchweg den Aufsätzen von Scheidlein und Schuster. — Ellinger: wird von einem Dritten erworben, so ist es gleichviel, ob entgeltlich oder unentgeltlich. „Nur muß vorausgesetzt werden, daß (der Dritte) die Sache, wenn sie früher im Besitze des Erblassers war, auf eine vom §. 724 verschiedene Art erworben (habe), weil sonst das Legat für widerrufen anzusehen ist.“ Verhältnis zwischen §. 661 i. f. und §. 724: dieser spricht nur von Veräußerung an einen Dritten; entgeltliche Veräußerung an den Legatar ist keine Aufhebung. — Mit den unsern im Wesentlichen übereinstimmende Ansichten trägt Stubenrauch vor, der (in der I. Aufl.) viele römische Entscheidungen vergleichend anführt. Zu billigen ist auch seine Ansicht (Z. 6), daß ein Alternativ-Vermächtniß durch Schenkung einer der Sachen nicht aufgehoben werde; vielmehr könne der Legatar die andere Sache aus dem Vermächtnisse fordern.

³⁹⁾ Vgl. Schuster S. 127 ff. Nur drückt er sich zu absolut aus; z. B. S. 128 a. E.: „so wird doch der Erbe nie zu beweisen vermögen, daß die empfangenen Gaben eben dieselben sind, die ihm der Erblasser zugedacht hat“. Unter Umständen wird die Absicht des Erblassers, mit der Schenkung (z. B. eines Reitpferdes) die im Vermächtnisse in Aussicht genomene Gabe mit warmer Hand zu geben (die Honorirung zu anticipiren), unzweifelhaft sein.

⁴⁰⁾ Eine gut erdachte Ausnahme bei Schuster S. 129 a. E.: „Wenn der A 1000 fl. unter dem Auftrage vermacht werden, dieselben in eine bestimmte Wittwengesellschaft als die statutenmäßige Einlage zu erlegen, und der Erblasser hätte diese Einlage noch bei seinen Lebzeiten besorgt.“

⁴¹⁾ Es ist dies ein Seitenstück zu §. 667: „Wenn der Erblasser einer Person eine Summe schuldig ist, und ihr eine gleiche Summe vermacht; so wird nicht vermuthet, daß er die Schuld mit dem Vermächtnisse habe tilgen wollen.“

^{41a)} Vgl. Arndts Vermächtnisse I S. 277 ff.

⁴²⁾ Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1831, II S. 130—133; ihm folgen Winwartter und Stubenrauch.

⁴³⁾ Vgl. Arndts Vermächtnisse I S. 258 ff. Die im gemeinen Rechte (zum Theile schon in den Quellen) beliebten Unterscheidungen können wir legislativ nicht billigen. Ob man sich nun für einmalige oder mehrfache Bereicherung des Legatars entscheidet, man thue es consequent; nicht bald so, bald anders. Manches Detail ist übrigens unter den Romanisten bestritten, und war es vielleicht schon bei den Römern.

X. Zu §. 662. Das Legat einer fremden Sache ist nach österr. Recht ungültig, ohne daß eine Untersuchung über Irrthum oder Nicht-Irrthum des Testators zugelassen würde (s. Abs. II, bes. Text zwischen N. 18 und N. 20); nur wo das Nicht-Irrren aus dem Wortlaute des Vermächtnisses erhellt, ist dieses gültig (s. §. 662 i. f. „ausdrücklich verordnet“). Eine „fremde Sache“ heißt aber hier (§. 662 pr.) nur die, welche weder dem Testator, noch dem Dnerirten gehört. Das Vermächtniß einer Sache des Dnerirten ist (was legislativ freilich recht bedenklich bleibt) selbst dann gültig, wenn der Erblasser sie für sein eigen gehalten hat (s. oben S. 397 Abs. II 2). Ja das Vermächtniß gilt selbst dann, wenn die Sache nur einem der sämmtlichen belasteten Miterben gehört, obgleich sie dann für die anderen eine res tertii ist (s. oben S. 398 Abs. III). So ist durch §. 649 stillschweigend eine Ausnahme von §. 662 statuiert. — Von den Fällen, wo die Sache zur Zeit der Anordnung einem Dritten, am Anfallstag aber dem Legatar gehörte, handelt der zweite Satz des §. 661, was ein (schon von Anderen bemerkt)⁴⁴⁾ systematischer Fehlgriff war. Haben wir uns nun auch diese Fälle als Ausnahmen von §. 662⁴⁵⁾ zu denken oder nicht? Wir sind der verneinenden Meinung, und glauben, daß der zweite Satz des §. 661 nur dann zur Anwendung gelangt, wenn „das Vermächtniß überhaupt nach §. 662 gültig war“.⁴⁶⁾

XI. Auch in §. 662 handelt es sich um den „ordentlichen Werth“, wie in §. 661 (besser sagt §. 305: „ordentlichen Preis“); denn „Schätzungspreis“ (§. 662 i. f.) ist damit gleichbedeutend, wie aus §. 306 (vgl. mit §§. 304, 305) erhellt. Es ist dies eine wesentliche Verbesserung gegenüber dem Westgal. G. B., welches (§. 453) den außerordentlichen Werth zahlen ließ (s. oben Abs. I und II). — Wenn der Testator oder der Dnerirte an der vermachten Sache einen Antheil oder ein Recht hat, oder wenigstens einen Anspruch auf sie,⁴⁷⁾ „so ist das Vermächtniß nur von diesem Antheil oder Anspruch zu verstehen“ (§. 662). Wie dieser Satz in der Mitte des §. 662 steht, so steht auch der Fall in der Mitte zwischen dem ersten, wo der Legatar nichts, und dem dritten, wo er die Sache oder deren Werth bekommt.

XII. „Ist die vermachte Sache belastet oder verpfändet, so übernimmt der Empfänger (Legatar) auch die darauf haftenden Lasten“ (§. 662). Diese Vorschrift muß ganz allgemein verstanden werden, keineswegs bloß von der Sache eines Dritten, sondern auch von der Sache des Testators und der des Dnerirten (s. oben vor §. 660 N. 3).⁴⁸⁾ „Der Legatar übernimmt die Sache in dem rechtlichen Zustande, in dem

44) Vgl. Unger §. 67 Anm. 15 gegen das Ende; seine Bemerkung unterscheidet sich aber von der unferen, was sich aus Anm. 10 ebd. erklärt.

45) Oder auch: „keine Ausnahme, sondern gar nicht im Gebiete des §. 662 liegend“. Man könnte nämlich etwa so sagen wollen: Der Mittelsatz von §. 661 beziehe sich auf Fälle, wo die Sache erst dem Dritten, dann dem Legatar gehörte; §. 662 dagegen auf Fälle, wo sie dem Dritten gehörte und noch gehört.

46) So Stubenrauch bei §. 661 Z. 4 i. f.; vgl. ebd. Z. 3. Um so lieber schließen wir uns dieser Ansicht an, als jede Einschränkung der Anwendung jener so unbefriedigenden Entscheidungen (s. Abs. VI) nur erwünscht sein kann. — Andererseits vgl. aber auch Unger §. 67 N. 10: „In Ansehung der Frage, ob das Vermächtniß ein leg. rei propriae, rei heredis oder rei alienae sei, kommt es auf die Sachlage zur Todeszeit des Erblassers an.“

47) Vgl. Zeiller S. 604 Z. 3.

48) Die Richtigkeit dieser Behauptung ist außer Frage, und bliebe es selbst, wenn im dritten Satze des §. 662 nur an eine „fremde Sache“ (Marg. N.) gedacht wäre. Der Satz ist aber (und dies scheint auch von Allen angenommen zu werden) ganz allgemein gedacht. Seine Einreihung in §. 662 erklärt sich aus folgendem Schema: 1) die Sache ist ganz fremd (erster Satz des §. 662); 2) sie ist zwar fremd, aber der Testator oder Dnerirte haben Rechte daran (zweiter Satz); 3) sie ist zwar nicht fremd, aber Dritte haben Rechte daran. Das Gemeinschaftliche der zweiten und dritten Entscheidung ist dieses: Der Legatar erhält nicht mehr Recht, als bisher der Testator (bez. Dnerirte) hatte.

• sie sich zur Zeit des Todes des Erblassers befindet, und kann insbesondere, wenn dem Vermächtnißträger oder Dritten dingliche Rechte welcher Art immer an ihr zustehen, nicht verlangen, daß der Beschwerte (Dnerirte) dieselben nicht mehr geltend mache, resp. die vermachte Sache von jenen Lasten befreie, es müßte denn der Erblasser dies ausdrücklich angeordnet haben.“⁴⁹⁾ Ist die Sache verpfändet, so „übernimmt der Legatar die (dingliche) Pfandlast, nicht die (persönliche) Pfandschuld“. Einerseits kann er nicht fordern, daß der Erbe die Sache pfandfrei mache, andererseits kann Dieser von ihm nicht verlangen, daß er die persönliche Schuld des Erblassers zahle; von ausdrücklicher gegentheiliger Anordnung des Testators selbstverständlich abgesehen. Ebenso versteht es sich von selbst, daß der Legatar die Execution durch Befriedigung des Gläubigers abwenden und dann gegen den Schuldner (hier den Erben) Regress nehmen kann (§. 1358) (Sammlung IX Nr. 4205); das gilt aber von jedem Eigentümer einer Pfandsache, der nicht zugleich Schuldner ist.⁵⁰⁾ — War die Sache zu Gunsten des Legatars belastet, so erlöschen die Lasten durch confusio; mit dem Pfandrechte erlischt aber nicht auch die Forderung (vgl. §. 467 und §. 666 zweiter Satz).⁵¹⁾

XIII. Unter sinngemäßer Abänderung des in Abf. IV gegebenen Schemas fragen wir: 1) Wie verhält es sich, wenn die Sache zur Zeit der Errichtung eines res tertii war, jetzt aber nicht mehr ist? a) Sie ist jetzt Nachlasssache oder Sache des Dnerirten; dann halten wir das Vermächtniß für convalidirt. Vielleicht hat der Erblasser gerade zu diesem Zwecke die Sache erworben; bez. im anderen Falle: mag auch die Anordnung auf Irrthum beruht haben, seitdem sie dem Dnerirten gehört, widerspricht sie nicht mehr dem wahren Willen des Testators.⁵²⁾ b) Sie gehört jetzt dem Legatar; darüber s. oben Abf. VI lit. b, und Abf. X (bei N. 44—46). — 2) Sie war damals nicht res tertii, ist es aber jetzt. a) Sie gehörte dem Erblasser, kam aber später mit oder ohne seinen Willen aus seinem Eigenthum; davon handeln die §§. 724, 725.⁵³⁾ Wie aber, wenn er nach der Veräußerung sie vermacht (so daß sie zur Zeit der Anordnung doch schon res tertii war)?⁵⁴⁾ Kann

⁴⁹⁾ Unger §. 67 Z. 1.

⁵⁰⁾ Vgl. die vortrefflichen Ausführungen Unger's in der Anm. 1 zu §. 67. [Nur mit der — eine andere Frage betreffenden — Schlußbemerkung sind wir nicht einverstanden. Eine solche Handlungsweise des Legatars wäre gegen die bona fides und den Willen des Erblassers. Gegen Diesen würde der Legatar pietätlos, gegen den Erben und die anderen Interessenten dolos handeln; er kann es thun, aber er wird eventuell dem Erben gegenüber ersatzpflichtig.] Was die verpfändete Sache betrifft, so ist auch Zeiller trotz seiner (verschiedene Fälle ungeschickt zusammenfassenden) Schlußbemerkung zu §. 662 nicht anderer Meinung als wir. Großentheils verfehlt sind die Behauptungen Winivarter's (S. 186 f.), namentlich die, daß der Legatar die Schuld zu bezahlen habe, was Rippel (IV S. 311 f.) dahin abmildert: „soweit . . . die Sache dazu hinreicht“. Beide stellen der richtigen Ansicht den Einwand entgegen, daß sonst der fragliche Satz des §. 662 nur Selbstverständliches, schon aus dem Wesen des dinglichen Rechtes Folgendes besagen würde. Dabei denken sie nur an das Verhältniß zwischen dem Legatar und dem dritten Berechtigten, nicht an das zwischen dem Legatar und dem Dnerirten. Sie haben eben nicht vor Augen die abweichenden römischen Entscheidungen, welche unsere Redactoren mit jenem Satze mit klarem Bewußtsein und gutem Grunde (vgl. auch Unger a. a. O.) abgelehnt haben. S. Arndts Pandekten §. 569 Z. 1 und Vermächtnisse I S. 125 ff., besonders S. 135 ff. Ganz richtig erkärt jenen Satz Studenrauch (bei §. 662 Z. 5) und entkräftet Rippel's und Winivarter's Einwand durch Anführung der abweichenden römischen Vorschriften — ein beachtenswerthes Beispiel, welchen Werth die Kenntniß des römischen Rechtes für das Verständnis des österreichischen selbst dort haben kann, wo dieses von jenem absichtlich sich entfernt!

⁵¹⁾ Vgl. Unger §. 67 Anm. 2.

⁵²⁾ Vgl. Unger §. 67 Anm. 10.

⁵³⁾ Auch wenn hiernach das Vermächtniß ungültig ist, so darf man doch nicht den §. 662 citiren. Denn die Ungültigkeit nach §. 662 hat ihren Grund in dem Irrthum des Testators, die nach §. 724 in der Aenderung seines Willens.

⁵⁴⁾ Widerpiel zu §. 724! Dort: erst Veräußerung, dann Vermächtniß; hier (in §. 724): erst Vermächtniß, dann Veräußerung.

man hier auch von einem Irrthum sprechen und §. 662 anwenden? U. G. ja! Wenn nicht ausdrücklich die Rückanschaffung der Sache befohlen ist, gilt das Legat nicht. Der Testator kann die Veräußerung vergessen haben; oder er hatte vielleicht keine richtige Vorstellung von den Rechtsfolgen seines damaligen Verhaltens, glaubte z. B. daß Schenkungen an die eigenen Kinder beliebig widerrufen werden können.⁵⁵⁾ — b) Sie gehörte dem Dnerirten. a) Hat er sie nach dem dies cedens veräußert, so ist er im Falle eines Verschuldens zur Leistung des Interesse, im Falle der Schuldllosigkeit zur Ausfolgung des empfangenen Aequivalentes verpflichtet. Hätte er sie aber verschenkt, so könnte der Legatar den gemeinen Werth der Sache verlangen; wäre die Sache ihm ohne seinen Willen, ohne seine Schuld und ohne Ersatz verloren gegangen (gestohlen, verbrannt u. dgl.), so erlischt die Legatsforderung wegen Unmöglichkeit der Erfüllung.⁵⁶⁾ β) Viel schwieriger ist aber die Entscheidung, wenn der Dnerirte bei Lebzeiten des Testators in Unkenntniß seiner Anordnung die Sache an einen Dritten verschenkt hat. Soll er dem Legatar den Schätzwerth leisten? dann erscheint er hart behandelt. Oder nichts? dann entsteht die Gefahr, daß Unkenntniß vorgeschlägt werde. Wie wenn er verkauft hat? soll er den Erlös leisten? oder den „ordentlichen Werth“? oder die kleinere der beiden Summen? oder die gegenwärtige Bereicherung? — Auf alle diese Fragen gibt unser Gesetz keine Antwort;⁵⁷⁾ und selbst die allgemeinen Auslegungsregeln widersprechen da einander (einerseits: im Zweifel gilt die geringere Last; arg. §§. 656, 906, 915; andererseits: §. 655 i. f.). Wir stimmen im Zweifel für die geringere Belastung, bez. für Erlöschung des Vermächtnisses. Immer aber ist unter Ermägung aller Umstände zu fragen: „was würde der Testator in voller Kenntniß der Ereignisse jetzt wollen?“ — c) Sie gehörte dem Legatar, der sie später an einen Dritten veräußert hat; dann ist das Vermächtniß ungültig, wie schon in Abs. V gezeigt wurde.

d) einer Forderung;

§. 663.

Das Vermächtniß einer Forderung, die der Erblasser an den Legatar zu machen hat, verpflichtet den Erben, den Schuldschein zurückzustellen; oder, dem Legatar die Befreyung von der Schuld und den rückständigen Zinsen auszufertigen.

§. 664.

Vermacht der Erblasser jemanden eine Forderung, die er an einen Dritten zu stellen hat; so muß der Erbe die Forderung sammt den rückständigen und weiter laufenden Zinsen dem Legatar überlassen.

⁵⁵⁾ Vgl. Sammlung XV Nr. 6343. Eine Frau wirkte nach dem Tode ihres Mannes selbst dazu mit, daß ein von ihr eingebrachtes dotales Grundstück als zum Nachlasse ihres Mannes gehörig behandelt und dem ältesten Sohne eingeweiht wurde. Später vermachte sie dasselbe Grundstück codicillariß ihrer Tochter. Die Klage der Tochter wurde von allen drei Instanzen unter Berufung auf §. 662 abgewiesen. Soweit es sich um die im Texte berührte Frage handelt, gewiß mit Recht. Zweifelhaft bleibt nur, ob das Verhalten der (wahrscheinlich absolut rechtsunkundigen) Frau bei der Einantwortung wirklich so conclusant war, daß man darin einen definitiven Verzicht auf alle Rechte hinsichtlich des fundus dotalis erkennen konnte. Doch dies könnte nur auf Grund einer umständlichen Geschichts-Erzählung beurtheilt werden, und ist jedenfalls hier nicht von Interesse.

⁵⁶⁾ Für alle diese Entscheidungen können wir uns freilich nur auf allgemeine Rechtswahrheiten berufen.

⁵⁷⁾ Unger §. 67 Anm. 9 scheint sich in allen Fällen für Leistung des Werthes zu entscheiden; er denkt aber in Wahrheit nur an Veräußerungen nach dem Tode des Testators, wie denn die meisten der dort citirten römischen Stellen nur auf diese Zeit gehen, während einige es unbestimmt lassen, von welcher Zeit sie sprechen. Wenn der Erbe bei Lebzeiten des Testators (wo man noch gar nicht sagen kann: sive sciens, sive ignorans se debere) die Sache bona fide veräußert hat, so ist das Legat erloschen. So sind offenbar Unger's Andeutungen in Anm. 10 zu verstehen; es erhält Anm. 9 durch Anm. 10 ihre Begrängung und Verdeutlichung.

§. 665.

Das Vermächtniß der Schuld, die der Erblasser dem Legatar zu entrichten hat, hat die Wirkung, daß der Erbe die von dem Erblasser bestimmt ausgedrückte, oder von dem Legatar ausgewiesene Schuld anerkennen, und sie, ohne Rücksicht auf die in der Schuldverschreibung enthaltenen Bedingungen oder Fristen, längstens in der zur Abführung der übrigen Legate bestimmten Zeitfrist berichtigen muß. Den gefährdeten Gläubigern des Erblassers aber kann dessen Anerkennung nicht zum Nachtheile gereichen.

§. 666.

Die Erlassung der Schuld ist nur von den gegenwärtigen, nicht auch von den erst nach dem errichteten Vermächtnisse entstandenen Schulden zu verstehen.*) Wird durch ein Vermächtniß das Pfandrecht, oder die Bürgschaft erlassen; so folgt daraus nicht, daß auch die Schuld erlassen worden sey. Werden die Zahlungsfristen verlängert;**) so müssen doch die Zinsen fort bezahlt werden.

§. 667.

Wenn der Erblasser einer Person eine Summe schuldig ist, und ihr eine gleiche Summe vermachet; so wird nicht vermuthet, daß er die Schuld mit dem Vermächtnisse habe tilgen wollen. Der Erbe bezahlt in diesem Falle die Summe doppelt; ein Mal als Schuld, und dann als Vermächtniß.

§. 668.

Unter dem Vermächtnisse aller ausstehenden Forderungen sind doch weder die Forderungen aus öffentlichen Credits-Papieren, noch auch die auf einem unbeweglichen Gute haftenden Capitalien, oder die aus einem dinglichen Rechte entstehenden Forderungen begriffen.

I. Allgemeine Vorbemerkungen. Man ist seit lange gewöhnt, die *legata nominis, liberationis und debiti* als drei Arten von Forderungs-Vermächtnissen zusammenzustellen. Dies ist nun allerdings ungenau. In Bezug auf Schuldforderungen lassen sich überhaupt nur Legate denken, wodurch das Recht Jemandem zugewendet oder die Last ihm abgenommen wird. An sich wäre noch denkbar, daß der Inhalt des Vermächtnisses in der Schaffung eines Forderungsrechtes für den Legatar bestünde. In einem Rechte jedoch, in welchem, wie im Justinianischen, jedes Vermächtniß einen (bez. auch einen) solchen Anspruch schafft; vollends aber in einem Rechte, in welchem, wie im österreichischen, aus jedem Vermächtniß ein (und zwar nur ein) obligatorischer Anspruch entspringt — wäre es unlogisch, diese Kategorie aufzustellen. Ein Geld-Legat gibt einen obligatorischen Anspruch auf Zahlung einer Summe, ein Sach-Legat einen solchen auf Eigenthums-Verschaffung, ein Servituten-Legat schafft ein obligatorisches Recht auf Bestellung (bez. Aufhebung) der Servitut u. s. w. Welches Object nun sollte für jene Kategorie übrig bleiben? Was allgemeine Wirkung in allen Fällen ist, kann nicht Inhalt oder Object für besondere Fälle sein.¹⁾ — Noch unrichtiger ist es, neben das *leg. nominis* und das *l. liberationis* als gleichartig das *leg. debiti* zu stellen. Es ist Windscheid's Verdienst, entschieden die begriffliche Kluft zwischen beiden gezeigt zu haben.²⁾ Mit Recht lehrt er: „Das³⁾ Schuld-Vermächtniß ist unter keinen Umständen das Vermächtniß einer Obligation,^{3a)} sondern immer das Vermächtniß des verschuldeten⁴⁾ Gegen-

*) Erste Ausgabe: „verstehn“.

***) Die *J. G. S.* hat an Stelle des Strichpunktes einen Beistrich.

1) Doch wohl derselben Ansicht ist Windscheid §. 657 pr. Aber die Numerirung erzeugt den Schein einer Coordinirung, die nicht logisch wäre. — Es ist ein ähnliches Verhältniß, wie zwischen Inhalt der *dos* und *dotis promissio*.

2) Pandekten III §. 658 pr.

3) Wir möchten hier einschalten: „sogenannte“.

3a) Unrichtig Rosshirt II S. 289.

4) Wir würden sagen: „des wirklich oder angeblich geschuldeten“. Vgl. Arndts Civil. Schftu. II S. 550 i. f.; das *leg. deb.* besteht darin, „daß die Schuld, oder richtiger, daß etwas als angeblicher Schuldgegenstand vermachet wird“.

standes.“ Daß dies nicht bloß eine theoretische Wahrheit ist, werden wir in Abf. VIII (bei §. 665) sehen. Gleichwohl empfiehlt es sich, auch in systematischen Darstellungen das leg. debiti dicht neben jene anderen zu stellen,⁵⁾ schon deshalb, um die Unterschiede zwischen dem l. liberationis und dem l. debiti deutlich hervortreten zu lassen. Am wenigsten wird aber Jemand unseren Redactoren daraus einen Vorwurf machen dürfen, daß sie alle drei Fälle unter eine gemeinsame Rubrik⁶⁾ zusammengefaßt haben.⁷⁾

Unser Gesetz behandelt sie in sechs §§., indem es auf drei positive drei negative Bestimmungen folgen läßt. Es wird nämlich zuerst gesagt, worin das leg. nominis u. s. w. bestehe, und dann, was nicht dazu gehöre. Dabei ist nicht die gleiche Reihenfolge eingehalten (erst: liberatio, nomen, debitum; dann: liberatio, debitum, nomen). Von der liberatio handeln die §§. 663 und 666, vom nomen die §§. 664 und 668, von debitum die §§. 665 und 667. Dieser Umstand, daß je zwei getrennte §§. zusammengehören, macht es unthunlich, schon äußerlich die drei Fälle zu sondern; wir mußten die 6 §§. als eine Gruppe stehen lassen, wie sie im Gesetze stehen. Dafür gewinnen wir die Möglichkeit, in den Abschnitten dieser Darstellung jedes der obigen Paragraphen-Paare zusammenzufassen. Was aber

II. die Redactions-geschichte betrifft, so empfiehlt es sich, zunächst nur die der §§. 663—665, welche aus einem §. (dem §. 454) des Westgal. G. B. entstanden sind, hier voranzuschicken, die der anderen aber der Erklärung derselben einzuverleihen.⁸⁾⁹⁾

Der §. 454 faßte noch alle Fälle so zusammen:

Auch eine Forderung, die der Testator an den Legatar oder an einen Andern, oder die der Legatar an den Testator zu machen hat, kann der Gegenstand eines Vermächtnisses werden. Der Erbe wird dadurch verpflichtet, im ersten Falle die Schuldbeschreibung zurückzustellen, oder die Befreiung von der Schuld auszufertigen; im zweiten Falle ihm das Recht gegen den Schuldner abzutreten; im dritten Falle endlich die vom Testator eingestandene Schuld anzuerkennen, und längstens in der zur Ausführung der übrigen Legaten (sic) bestimmten Zeitfrist zu berichtigen.

Das innerösterreich. A. G. wollte beifügen: „Legirt der Erblasser seine Forderung nur dem Einen aus zwei oder mehreren Gesamtschuldnern, so nützt das Vermächtniß als Befreiung von der Schuld nur diesem, nicht den übrigen.“ Zeiller beseitigte (E. v. 9. April 1804) dies Monitum, indem er seinen Inhalt als einen selbstverständlichen bezeichnete. Die Wiener Facultät fragte, was Rechtens sein solle, wenn der Testator Jemandem 100 fl. vermacht, die er ihm angeblich, aber nicht wirklich schulde? ob „falsa demonstratio non vitiat legatum?“ Auch hier fand Zeiller alles selbstverständlich. Es komme zu keiner Beweisfrage, weil die Schuld für „eingestanden“ zu gelten habe. Schon hier darf gesagt werden, daß jene Frage wissenschaftlich höher steht als diese Antwort. Zeiller wollte im ersten Falle die rückständigen Zinsen, im dritten die bedingten Schulden erwähnt sehen, und proponirte

⁵⁾ Das thut auch Windscheid, der das l. debiti zwar in einen eigenen §. (658), aber unmittelbar hinter den die beiden anderen Legate behandelnden §. (657) stellt.

⁶⁾ Freilich sollte diese besser lauten „Vermächtniß einer Schuldforderung“, während die wirkliche Ueberschrift („Vermächtniß einer Forderung“) nur für das leg. nominis paßt. Es war eben hier mit dem Worte „Forderung“ das ganze Obligations-Verhältniß gemeint. (Zeiller S. 605: „Die Forderung ist entweder eine Activ- oder (eine) Passiv-Forderung, und jene kann wider den Legatar selbst, oder wider einen Dritten Statt finden.“) Doch würde sich auch ohnedies jene Ueberschrift aus §. 454 pr. Westgal. G. B. (s. weiter im Texte) erklären.

⁷⁾ Vgl. oben bei §. 655 Note 32.

⁸⁾ Denn einerseits läßt sie sich ohne Schaden so zerlegen, andererseits ist es mindestens unbequem, wenn z. B. der Leser bei der Erklärung des §. 668 auf eine Erzählung zurückgehen muß, die vor der Interpretation des §. 663 steht.

⁹⁾ Hier nur vorläufig folgende Uebersicht: §§. 663—665 correspondiren dem §. 454 Westgal. G. B., §. 666 dem §. 455, §. 667 dem §. 457, §. 668 dem §. 456. Von §. 458 wurde die vordere Hälfte gestrichen, die andere in den §. 665 (i. f.) hineingearbeitet.

einen Text, der sich von §. 454 lediglich durch diese Ergänzungen unterschied,¹⁰⁾ und der einstimmig angenommen wurde. Der jetzige Text der §§. 663—665 wurde erst bei der Revision (S. v. 3. Septbr. 1807) festgestellt. Bei der Verathung wurde von Zeiller (unter Billigung der Uebrigen) ausgesprochen, daß man beim leg. nominis nicht glauben dürfe, „daß der Erbe als ein Cedent für die Nichtigkeit und Einbringlichkeit der Forderung haften müsse“. Diese ungeschickte Formulirung, die vielleicht auf Rechnung des Protokollisten zu setzen ist, bedeutet nicht etwa: „man dürfe nicht glauben, daß der Erbe ein Cedent sei und somit . . . haften müsse“ — sondern: „man dürfe nicht glauben, daß der Erbe, weil er Cedent ist, deshalb auch . . . haften müsse“. ¹¹⁾ In §. 665 wurde die Einschaltung der Worte „oder vom Legatar ausgewiesene“ über Zeiller's Antrag mit Majorität beschloffen. Nur Pratobevera wollte ein solches Legat, wobei die Summe vom Testator nicht angegeben ist, als zu unbestimmt nicht gelten lassen und deshalb §. 367 des Entwurfes beibehalten. Dieser §. ist (arg. N. 10 i. f.) identisch mit §. 458 des Westgal. G. B. II. Er lautete:

Vermacht der Erblasser, ohne eine Summe oder ein Erbstück zu bestimmen, Jemanden nur überhaupt das, was er diesem schuldig ist, so fällt das Legat weg. Ist zugleich eine Summe bestimmt worden; so muß auch der Erbe die Schuld anerkennen: allein die übrigen gefährdeten Gläubiger können den Beweis der Schuld fordern.

In erster Lesung vertheidigte Zeiller (S. v. 9. April 1804) diesen §. gegen Verbesserungsvorschläge der Facultät Freyburg, und er wurde un verändert beibehalten. In zweiter Lesung (3. Septbr. 1807) brachte er ihn selbst zu Fall. Denn die obige unscheinbare Einschaltung („oder vom Legatar ausgewiesene“) besagt gerade das Gegentheil von der in §. 458 pr. enthaltenen Bestimmung. Damit war aber der folgende Satz („Ist zugleich . . . anerkennen“) hinfällig geworden, da er nur durch den Gegensatz Bedeutung hatte. Demnach blieb nur noch der Endsatz, und dieser wurde, besser stylisirt, dem §. 665 angefügt.

III. Vermächtniß des Schuldverlasses (liberatio legata).¹²⁾ §. 663. Zunächst müssen wir zwei theoretische Fragen erörtern. 1) Unserem §. liegt die weit verbreitete Ansicht¹³⁾ zu Grunde, die Forderung an den Schuldner werde

¹⁰⁾ Er stimmt also wörtlich mit §. 454; nur folgen in der Mitte nach „von der Schuld“ noch die Worte „und den davon rückständigen Zinsen“; dann wurde a. G. vor „längstens“ (nach „anzuerkennen, und“) eingeschaltet: „ne ohne Rücksicht auf die in der Schuldverschreibung enthaltenen Bedingungen oder Fristen“ . . . In dem der Revision zu Grunde liegenden Manuscript trug der §. die Zahl 363.

¹¹⁾ Schon an sich dürfte man jene Vertheidigung Zeiller's nicht zumuthen; überdies schüzen ihn dagegen seine Bemerkungen im Commentar II §. 664.

¹²⁾ F. R. Prockner Ueber den letztwillig angeordneten Schuldverlaß (Ztschft. für österr. Rechtsgel. 1836 II S. 30—75). Wie war es dem Verfasser möglich, 46 Seiten anzufüllen, ohne auf das röm. Recht oder auf Rechtsvergleichung sich einzulassen? Dadurch, daß er die allgemeinen Erfordernisse der Legate, theilweise sogar die letztwilliger Erklärungen überhaupt zur Sprache bringt; daß er den zur Bedingung oder zum modus gemachten Schuldverlaß bespricht (aber wie! man lese etwa als Probe S. 48 ff.) und sich in einer scholastisch-ersonnenen Casuistik gefällt. Das Vermächtniß des Schuldverlasses wird auf S. 61—75 behandelt, in gleicher Art wie das Uebrige. 3. B. werden mehr als vier Seiten dem Fall gewidmet, wo Jemand seinen Schuldner zum Alleinerben einsetzt. Erstaunt der Leser, in einem solchen Falle von einem legatum liberationis zu lesen, so steigert sich diese Empfindung bei der Casuistik: 1) Es sind gar keine anderen Legate vorhanden; 2) es sind welche da; a) „der Schuldverlaß ist unmittelbar gegen den Erben ausgedrückt“, b) die Schuldbefreiung ist einem Legatar als Sublegat auferlegt! u. s. w. — Es ist hart, aber wahr, wenn wir sagen, daß der weitläufige Aufsatz fast nur Selbstverständliches, Falsches und Lappisches enthält.

¹³⁾ Arndts in seiner Diss. §. 2 (f. Civil. Schftn. II S. 524 unten): „Liberatio legata quid aliud est, nisi nomen ipsi debitori legatum?“ Vgl. Civil. Schftn. II S. 480: „der Legatar, dem die Forderung gegen sich selbst vermacht ist“; Pandekten §. 576 §. 2: „Der Erblasser kann seine Forderung auch dem Schuldner selbst, und somit diesem die Befreiung von der Schuld vermachen, liberatio legata“; ihm folgt Unger §. 72 §. 2; vgl. Windscheid §. 657 §. 3: „Vermächtniß einer bestehenden Forderung an den Schuldner selbst, Vermächtniß der Schuldbefreiung.“

im leg. lib. diesem selbst vermacht.¹⁴⁾ Betrachtet man das Verhältniß von der wirtschaftlichen Seite, so ist jene Vorstellung richtig,¹⁵⁾ nimmt man es von der juristischen, so ist sie eben so falsch, als wenn Jemand einen Erlassvertrag unter den Gesichtspunkt der Cession bringen wollte.¹⁶⁾ 2) Erfolgt die Befreiung direkt durch das Legat oder erst durch eine Handlung des Dnerirten?¹⁷⁾ Es ist consequent, für das österr. Recht Letzteres zu behaupten;¹⁸⁾ aber da weder der Dnerirte, noch ein etwaiger Cessionar die Forderung eintreiben können (es steht ihnen die exceptio aus dem Vermächtniß entgegen), so ist das praktische Ergebnis das Gleiche wie bei der anderen Ansicht.¹⁹⁾ Diese subtilen Fragen aber beschäftigten die Redactoren nicht; das Gesetz sagt nur — getreu seiner populären Tendenz — was zu geschehen habe: der Erbe müsse den Schuldschein zurückstellen u. s. w.²⁰⁾ Umgekehrt muß man in dem letztwilligen Befehle, dies zu thun, ein legatum liberationis erkennen;²¹⁾ ebenso in der in §. 677 beschriebenen Zurückstellung des Schuldscheines. Der Legatar kann

14) §. 663: „Das Vermächtniß einer Forderung, die der Erblasser an den Legatar zu machen hat . . .“; vgl. §. 664: „Vermacht der Erblasser Jemanden eine Forderung, die er an einen Dritten zu stellen hat . . .“ — Vgl. §. 454 Westgal. G. B. „Auch eine Forderung, die der Testator an den Legatar oder an einen Andern . . . zu machen hat . . .“; ferner das Monitum des innerösterr. A. G. (oben Abs. II); endlich Zeiller S. 605: „Das Vermächtniß einer Forderung (und zwar einer) Activ-Forderung wider den Legatar selbst . . .“

15) Der Werth dieser Forderung ist allerdings dem Liberirten zugewendet; a — (— b) = a + b. Nun bezeichnet nomen vorwiegend die wirtschaftliche Seite der Forderung; es bedeutet diese als Vermögenstheil und in diesem Sinne kann man dem in N. 13 cit. Ausspruch von Arndts zustimmen.

16) In beiden Fällen müßte man die Befreiung als durch confusio erfolgt sich denken — eine Consequenz, die sich nirgends ausgesprochen findet. Um so auffallender ist jene Vorstellung, als sich unter den zahlreichen Formen, in die der liberirende letzte Wille bei den Römern sich kleidete, gerade diese (Ich vermache dem N meine Forderung gegen ihn) sich u. W. nicht findet. Vielmehr heißt es: Titium libero, T. o liberationem lego; heres damnas esto, Titium liberare oder (die geschuldete Leistung) non petere, acceptum ferre, Titium liberatum esse volo, molestari nolo u. s. w. Selbst die Formel: Titio, quod mihi debet, lego entspricht nicht jener Vorstellung.

17) Im röm. Rechte war letzteres aus formellen Gründen der Fall (s. Windscheid §. 657 N. 9); im gemeinen Recht darf man nach Analogie der Sach-Legate die stärkere Wirkung annehmen (vgl. Unger System II §. 124 N. 20, S. 483); doch selbstverständlich nur, wo es sich um eine Forderung des Erblassers handelt.

18) Weil es nach österr. Recht (arg. §. 684) überhaupt nur obligatorische Vermächtnisse gibt. Wie das Sachlegat nur einen Eigenthums-Titel, so gibt das Liberations-Legat nur einen Anspruch auf Befreiung, nicht diese selbst. Vgl. Mommsen §. 424.

19) Nur aus diesem Gesichtspunkt können wir es gelten lassen, wenn Zeiller S. 605 sagt, dies Vermächtniß habe „die nämliche Wirkung, als (wie) die geleistete Zahlung (§§. 1426—1428 und §. 1444)“. Der letztere S. deutet allerdings darauf, das Recht sei direkt wie durch Verzicht erloschen; wahrscheinlicher ist, daß nur der materielle Gedanke dieses S. dem Vf. vorluchte; die §§. 1426—1428 betreffen nicht die Hauptwirkung, sondern nur die Nebenwirkungen der Zahlung (Pflicht zur Ausstellung einer Quittung, zur Rückgabe des Schuldscheines); sie berühren also unsere Frage nicht. — Unger §. 72 Z. 2 behauptet: der Legatar werde „dadurch“ (d. h. durch das Legat) frei.

20) Es ist charakteristisch, daß in Mommsen's Entw. S. 424 gerade umgekehrt nur die juristische Wirkung hervorgehoben wird, und in den Motiven (S. 418) hinzugefügt wird: „Daß der Beschwerte zugleich zur Rückgabe des Schuldscheines und der bestellten Faustpfänder, sowie zur Löschung der etwaigen Hypotheken verpflichtet ist, versteht sich von selbst und braucht nicht besonders hervorgehoben zu werden.“

21) Zeiller a. a. O., der auf §. 1428 hinweist, womit wohl gemeint ist: Wie nach getilgter Schuld der Schuldner Rückgabe seines Scheines verlangen kann, und hinwieder die Thatfache, daß er ihn zurück erhalten hat, die Vermuthung der Tilgung begründet — so verpflichtet das leg. lib. zur Rückgabe, und läßt umgekehrt die aufgetragene Rückgabe den Liberirungs-Willen erkennen. — Cf. I. 3 §. 1. 2 D. h. t. 34. 3. Die gleiche Auslegung muß Platz greifen, wenn der Testator die Eintreibung der Schuld verbietet (I. 15, l. 22 D. h. t.); f. ferner die Redewendungen in N. 16.

in obigen Fällen auch eine Quittung verlangen.²²⁾ Außer dem Schuldschein kann auch das etwaige Faustpfand zurückgefordert werden (§. 1369); ist für die Schuld eine Hypothek bestellt, so muß der Erbe zur Löschung derselben mitwirken.²³⁾ Das Legat ist wirkungslos, wenn die Schuld nicht besteht;²⁴⁾ es erlischt mit ihrer Tilgung, namentlich mit der Zahlung an den Testator, mag sie nun von Diesem verlangt, oder auch nur angenommen worden sein;²⁵⁾ wurde dagegen an den Erben irrtümlich gezahlt, so kann das Gezahlte condicirt werden.²⁶⁾

Es war bisher von einer Forderung des Testators die Rede. Steht die Forderung, von welcher der Erblasser befreien will, dem Dnerirten zu, so ist dessen Klageanspruch durch eine Einrede entkräftet.²⁷⁾ Es kann aber dem Erben auch aufgetragen werden, Jemanden von einer Schuld an einen Dritten zu befreien;²⁸⁾ dann muß der Dnerirte die fremde Schuld dem Dritten zahlen, und dieser die Zahlung annehmen (§. 1422).²⁹⁾

IV. *Liberatio legata* (Fortsetzung. §. 666).^{29a)} 1) *Redaction*. Dieser §. ist aus §. 455 Westgal. G. B. entstanden, indem dessen letzter Satz in verbesserter Fassung zum ersten gemacht wurde. Er lautete früher: „Nur Schulden, die vor Errichtung des letzten Willens gemacht worden sind, können durch ein Vermächtniß erlassen werden.“ Mit Recht fragte der Ref. (S. v. 9. April 1804): Warum könnte nicht der Erblasser auch künftige Schulden erlassen? Freilich sei solches nie anzunehmen, wenn es nicht bestimmt ausgedrückt sei.³⁰⁾ Darauf proponirte er den jetzigen Text, in welchem

²²⁾ Es ist dies nach der in N. 19 cit. Stelle aus Zeiller und nach §. 1428 pr. nicht zu bezweifeln, obgleich darin eine meist unnöthige Befestigung des Erben liegt. Ueber die Frage, wer den Stempel zu zahlen hat, wird bei §. 1426 gesprochen werden. — Man könnte das „oder“ (im §. 663) einwenden; und allerdings ist die nächstliegende Auslegung der zweiten Hälfte des §. 663 diese: Ist ein Schuldschein vorhanden, so ist er zurückzugeben; ist keiner vorhanden, so ist eine Quittung auszufertigen. Eine andere mögliche Auslegung wäre diese: Auch wo ein Schuldschein vorhanden ist, genügt die Quittung; der Erbe hat die Wahl, dies oder jenes zu thun. Gleichwohl müssen wir, was immer der Wortsinn von §. 663 i. f. sein mag, obigen Rechtsatz behaupten. — Bei theilweisem Schuldverlaß wäre auf dem Schuldschein eine „Abstreifung“ vorzunehmen; ebenso wenn die Vermächtnisse eine Redaction erleiden (§. 692). Daß §§. 692, 693 auch auf das leg. liberationis Anwendung finden (Nippel zu §. 663 Z. 2) versteht sich von selbst; dennoch behauptet Prochner S. 71 f. (Z. 3, 4) das Gegenteil!

²³⁾ N. a. W. eine „löschungsfähige“ Quittung ausstellen. Vgl. Winwartner S. 188 f.

²⁴⁾ Selbst dann, wenn als Gegenstand des Vermächtnisses nicht die Schuldbefreiung, sondern die geschuldete Sache oder Summe bezeichnet worden ist. Mit der scheinbar entgegenstehenden I. 25 D. h. t. beschäftigt sich die Inaugural-Diss. von Arndts, die nun auch in den Civil. Schftn. II. Bd. S. 519 ff. abgedruckt ist. Vgl. Unger §. 72 Z. 2, Windscheid III §. 657 bei und in N. 11.

²⁵⁾ Ersteres ist schon gar selbstverständlich; Winwartner III S. 272, Unger §. 72 Anm. 6 (gegen Stubenrauch I. Aufl. II S. 570 N. ***; in der 2. Aufl. hat Stubenrauch seine frühere abweichende Ansicht aufgegeben, I. Bd. S. 928 N. 1); Windscheid a. a. D. N. 12. Aber auch die Annahme der freiwilligen Zahlung verträgt sich nicht mit dem fortdauernden Honorirungswillen. Wenn er dagegen von der Zahlung nichts erfahren hat, so könnte der Legatar nach seinem Tode condiciren.

²⁶⁾ S. §. 1431, 1432. Zahlung in Kenntniß des Legates bedeutet dessen Ausschlagung; Basevi Z. 2. Ueber bedingte Liberation von einer unbedingten Schuld f. l. 5 pr. D. de doli except. 44. 4, l. 7 i. f. D. de lib. leg. 34. 3; Basevi Z. 1.

²⁷⁾ Das in N. 18 Gesagte gilt hier umso mehr. Cf. I. 24 D. h. t.

²⁸⁾ In diesen beiden Fällen spricht Prochner von einem „Vermächtniß des fremden Schuldverlasses“ —!

²⁹⁾ Stubenrauch Z. 2; Unger §. 72 N. 4; unrichtig Nippel S. 314 Z. 3, der dies Vermächtniß für wirkungslos hält. Cf. I. 8 pr., l. 3 §. 5, l. 4 D. h. t. — Juristisch, aber nicht auch dem Thatbestande nach, gleichartig ist der Fall, wo die Tilgung einer Erbschaftsschuld einem der Miterben allein aufgetragen wird. Der Unterschied ist der, daß jenes Vermächtniß ihn von seiner eigenen Schuld befreit, dieses von einer Schuld, die er erst als Erbe und Repräsentant des Verstorbenen überkommt. S. über diesen Fall l. 69 §. 2 D. de leg. I; l. 7 §. 3 D. h. t. 34. 3.

^{29a)} Vgl. Mommsen S. 426.

³⁰⁾ Sollte richtiger heißen: „ist im Zweifel nie anzunehmen“. (Vgl. die Motive

der übrige Inhalt des §. unverändert blieb; der §. wurde ohne Debatte einstimmig angenommen. — 2) Der erste Satz des §. 666 stimmt mit dem römischen Recht überein: l. 31 §. 4. 5; cf. l. 28 §. 1. 2 D. h. t.; über seine Tragweite s. Note 30. — 3) Mit dem Hauptrecht fällt das Nebenrecht (§. 469), aber nicht umgekehrt (§. 467), und deshalb darf aus dem Verzicht auf dieses nicht der Schuldverlaß gefolgert werden. Diese Erwägung liegt dem zweiten Satze des §. 666 zu Grunde (cf. l. 1 §. 1 D. h. t.).³¹⁾ — 4) Bei letztwillig gewährter Stundung (l. 8 §. 1 D. h. t.) müssen die Zinsen für die Zwischenzeit dennoch, sofern nicht insbesondere das Gegentheil bestimmt wurde,^{31a)} fortbezahlt werden (§. 666 i. f.), im Unterschiede vom röm. Recht (l. 8 §. 2 cit.).³²⁾ — 5) Wenn der Schuldverlaß den Gläubigern des Erblassers zum Nachtheil gereicht, so findet §. 953 analoge Anwendung.³³⁾

V. Nomen legatum. §. 664. Der Legatar erwirbt nicht schon durch das Vermächtniß, sondern durch Cession von Seite des Erben (die jener aber erzwingen kann) das nomen. Dies harmonirt mit §. 684 und ist wortdeutlich in §. 664 gesagt.³⁴⁾ Mit der Forderung sind auch alle Nebenrechte und Rechtsbehelfe vermacht.³⁵⁾ Der Erbe muß also diese und die Pfänder ausfolgen, bei verbücherten Forderungen die Umschreibung ermöglichen.³⁶⁾ Obwohl der Erbe Cedent ist, haftet er weder für die Richtigkeit, noch für die Einbringlichkeit der vermachten Forderung,³⁷⁾ theils weil die Cession eine unentgeltliche (§. 1397), noch mehr aber, weil sie eine

I. Instanz in dem unten cit. Falle.) Denn nach §. 683 i. f. weicht diese Auslegungsregel nicht bloß dem klaren gegentheiligen Wortlaut (z. B.: „Ich erlasse dem A Alles, was er mir zur Zeit meines Todes schuldig sein wird“, Zeiller S. 609; vgl. l. 16 D. h. t.: quidquid eum mihi dare facere oportet oportebitve) der letzten Anordnung, sondern jedem Nachweis des gegentheiligen Willens, ja selbst „stärkeren Vermuthungsgründen“. — In einem Testamente hieß es: „Alle sich vorfindenden Schuldforderungen (erkläre ich) für erloschen.“ (Sammlung III Nr. 1317.) Mit Recht erkannten die beiden unteren Instanzen, daß dieser Ausdruck („sich vorfindenden“) auf die Zeit des Todes hindeute. Die III. Instanz erklärte es für zweifelhaft, ob diese Auslegung richtig oder aber §. 666 pr. anzuwenden gewesen wäre. Da es aber eben zweifelhaft sei, so liege keine „offenbare Ungerechtigkeit“ vor, weshalb die a. o. Revisionsbeschwerde verworfen wurde.

31) Das Gegenstück dazu enthält l. 85 D. de leg. II; der Schuldner vermacht die Pfandsache dem Pfandgläubiger; das Pfandrecht erlischt durch Confusion, die Forderung aber bleibt im Zweifel bestehen (vgl. dazu Arndts Pand. §. 569 N. 2). Hier also honorirt der Schuldner den Gläubiger, dort ist es umgekehrt; dennoch kommen beide Fälle darin überein, daß trotz letztwillig besetzten Pfandrechts die Forderung bestehen bleibt; und damit rechtfertigt es sich, daß Stubenrauch (l. Aufl. II S. 470 N. 7) beide Stellen neben einander citirt. — Vgl. indeß auch Mommsen's Bemerkung zu seinem §. 425 (S. 419).

31a) S. den Rechtsfall in der Oesterr. Adv. Zeitung 1878 Nr. 17.

32) Selbstverständlich verfällt aber inzwischen nicht die für verspätete Zahlung bedungene Strafe (l. 8 §. 2 cit.), Unger §. 72 N. 5.

33) Für diese Ausdehnung des §. 953 spricht nicht nur Bedürfniß und Billigkeit, sondern die (zur Zeit der Redactoren sogar überschätzte) Verwandtschaft zwischen Legat und Schenkung, und Zeiller's Autorität (S. 609; ihm folgt Ellinger zu §. 666).

34) Vgl. oben N. 18; dann Mommsen §. 422 Abs. 3; Unger §. 72 Z. 1 („Der Erbe ist verpflichtet, die Forderung abzutreten“); schillernd ist die Aeußerung Zeiller's (Z. 1): „Das Vermächtniß einer Forderung . . . ist eine Art der unentgeltlichen Cession, die von dem Erben . . . in das Werk gesetzt werden muß.“ Falsch Kirchstetter S. 331 (2. Aufl.), der nicht bedenkt, daß man hier Sätze des Justin. Rechts nicht so in's österr. Recht herüber nehmen darf. (Vgl. einerseits §. 684, andererseits Arndts §. 560 N. 1, Civil. Ebstn. II S. 546, Windscheid §. 646; dieser Unterschied hinsichtlich der Sachlegate darf auch bei den übrigen Legaten nicht vergessen werden.)

35) Zinsen, Pfandrechte, Rechte aus einer Bürgschaft, Schuldscheine u. s. w., l. 34 pr. D. de leg. III; Stubenrauch Z. 3. Dann s. die bei Arndts §. 576 N. c cit. Stellen.

36) Direkte Umschreibung vom Erblasser auf den Legatar, arg. §. 23 des Grundbuchgesetzes.

37) S. oben Text vor N. 11; dann Zeiller S. 606 Z. 2.

unfreiwillige ist.³⁸⁾ Das Legat ist mithin wirkungslos, wenn die Forderung nicht besteht, und zwar im Zweifel selbst dann, wenn als Gegenstand des Vermächtnisses nicht die Forderung, sondern das angeblich Geschuldete genannt ist.^{38a)} Die Anordnung: „Ich vermache dem A, was B mir schuldet“ erstreckt sich nicht auf Schulden des B, die erst nach derselben entstanden sind.³⁹⁾ — Wie mit dem nomen der Schuldschein, so ist auch mit diesem jenes vermacht.⁴⁰⁾ „Dem Erben kann auch auferlegt werden, eine ihm zustehende Forderung gegen einen Dritten dem Legatar abzutreten; es kann dem Legatar aber auch die einem Dritten zustehende Forderung vermacht werden, in welchem Falle der Erbe verpflichtet ist, dem Legatar diese Forderung zu verschaffen (arg. §. 662).“⁴¹⁾ — Ueber Aufhebung des leg. nominis s. §§. 724, 725. — Verschieden von diesem Vermächtniß ist ein Geld-Legat mit Angabe einer Forderung, durch welche die Summe beschafft werden soll;⁴²⁾ ferner ein Geld-Legat, wobei dem Erben Zahlung durch Ueberlassung von nomina, ohne specielle Angabe derselben, gestattet ist. Hier haftet der Dnerirte allerdings für die Güte der an Zahlungsstatt überlassenen Forderungen. Erweisen sich diese als uneinbringlich, so ist die Summe nicht verschafft und der Ausfall muß anderweitig gedeckt werden.^{42a)}

VI. Nomen legatum (Fortsetzung). §. 668. Redaction. §. 456 Westgal. G. B. II lautete:

Unter dem Vermächtnisse aller ausstehenden Forderungen ist weder eine vermietete oder zum Gebrauch ausgeleiene Sache, noch der Ersatz begriffen, welchen ein Dritter wegen geführter Verwaltung in die Masse schuldig ist.

Die Wiener Facultät meinte: die res commodata vel locata gehöre freilich nicht her; ob aber nicht rückständige Miethgelber? und weshalb nicht der oben bezeichnete Ersatz?

Der Referent stellte (S. v. 9. April 1804) als leitenden Gedanken hin:

³⁸⁾ Alle unsere Commentatoren (Zeiller andeutungsweise, die Anderen meist ausdrücklich) leiten die Nichthaftung einzig aus dem ersten Grunde ab. Und doch paßt der Gedanke des §. 1397 (vb. „ohne Entgelt abtritt, also verschenkt“) eigentlich nur auf das Verhältniß zwischen Erblasser und Legatar. Von einer Haftung des Ersteren kann aber keine Rede sein; die wirksam gewordenen Legate schaffen neue Verhältnisse, wo der Repräsentations-Gedanke nicht Statt hat (s. oben S. 41 Abs. V i. f.). Aber wie sollte der Erbe haften, der nicht aus freien Stücken cedirt! Und jedenfalls wollte der Erblasser ihm nur das nomen entziehen, nicht eine Haftung aufbürden (cf. l. 75 §. 2, l. 105 D. de leg. I). Uns scheinen diese Gründe ausreichend. Vgl. auch §. 1422 i. f., wo nur dieser Grund der maßgebende sein kann. Nehrlich ist der Gedanke Jos. Helfert's (Zischf. f. österr. Rechtsgel. 1825 I S. 123), daß für eine bestimmt bezeichnete Forderung der Dnerirte so wenig haftet, als für die physischen und juristischen Mängel einer species legata. Er hat alles gethan, sobald er das vom Erblasser genau bezeichnete Object dem Legatar überlassen hat. Aus jenem anderen Grunde (Unentgeltlichkeit) darf man jedenfalls nicht solche Konsequenzen ziehen, wie Rippel (Z. 2) unter Zustimmung Ellinger's thut. Die Nichthaftung gehe nur soweit als die Unentgeltlichkeit; im Falle eines Sublegates bekomme der Legatar das nomen nicht unentgeltlich, mithin müsse ihm der Erbe haften, „doch freilich nie für mehr, als das dem Legatar aufgebürdete weitere Vermächtniß beträgt (§. 1397)“! Die Entrichtung des Sub-Legates ist demnach (dies ist offenbar Rippel's Gedanke) das, was der Erbe „von dem Uebernehmer erhalten hat“ (§. 1397 i. f.), die Cessionssvaluta! In Wahrheit unterliegt dieser Fall den Regeln des §. 650.

^{38a)} Vgl. oben N. 24; Windscheid S. 657 in und bei N. 4.

³⁹⁾ Dies meint offenbar Zeiller S. 606 Z. 2, dem Stubenrauch Z. 31 f. folgt; hiefür spricht die Analogie von §. 666 pr., vgl. N. 45 i. f. — Unger §. 72 A. 1 dagegen behauptet, ohne einen Grund anzugeben, daß ein solches Vermächtniß „im Zweifel alle zur Zeit des Todes vorhandenen Forderungen begreift“.

⁴⁰⁾ L. 44 §. 5 D. de leg. I, l. 59 D. de leg. III; Unger §. 72 A. 1, Mommsen §. 423.

⁴¹⁾ Unger A. 1 i. f. Vgl. Mommsen §. 422.

⁴²⁾ S. Stubenrauch I. Aufl. II S. 473 pr., 2. Aufl. I S. 869 Z. 3.

^{42a)} S. Arndts Vermächtnisse I S. 222 f. Nehrlich wäre es, wenn der Legatar „Forderungen aus dem Nachlaß im Werthe von 4000 fl.“ bekommen sollte. Auch hier wäre zu haften. Vgl. auch noch Helfert a. a. D. (s. N. 38) S. 122 f.

Man müsse solche Vermächtnisse sehr einschränkend auslegen, sonst werde man den Willen des Erblassers meist verfehlen, der ja oft gar nicht alle seine obligatorischen Ansprüche kenne. Er würde textiren:

Unter dem Vermächtnisse aller Forderungen sind ohne nähere Erklärung⁴³⁾ nur diejenigen begriffen, die dem Erblasser zur Zeit des Vermächtnisses aus Privat-Darlehen zustanden.

In der hierüber sich entspinrenden Debatte einigten sich Freiherr v. Haan, Sonnenfels, Schmidfeld und Tyro in dem Gedanken, man solle sich auf eine negative Festsetzung beschränken, und nur die Ausnahmen angeben, welche in einem solchen Legate nicht mit begriffen sein sollen. Diese von ihnen namhaft gemachten Ausnahmen sind die jetzt in §. 668 aufgezählten. Nöthen, den Genannten im übrigen „sich fügend“, wollte keinen Unterschied zwischen verhypothecirten und anderen Forderungen gelten lassen. Pitreich und der Präsident wollten noch die weitere Ausnahme: „daß, wenn der Legatar dem Erblasser schuldig ist, die Schuld auch vorgemerkt ist, dieser ihm alle Forderungen vermachet, auch diese unter dem Vermächtnisse nicht begriffen sein soll.“⁴⁴⁾ Zuletzt wurde mit Stimmenmehrheit folgender Text beschloffen:

Unter sind aber nicht die an öffentliche Klassen mittelst Fondsobligationen, die an Privatpersonen aber hypothecirten, und die aus einem dinglichen Rechte entstehenden Forderungen begriffen.

Wann dieses stylistische Monstrum durch den jetzigen Text ersetzt wurde, ist nicht ersichtlich.

VII. §. 668 (Fortsetzung). 1) Ob man bei dem Vermächtniß aller Forderungen nur die schon zur Zeit der Anordnung, oder alle beim Tode des Erblassers existirenden Forderungen als legirt zu betrachten habe, hängt von dem Wortlaute der Anordnung und anderen Umständen ab. Will man überhaupt eine allgemeine Regel aufstellen, so muß man im Zweifel den Thatbestand zur Zeit des Todes entscheiden lassen. Die Frage ist übrigens sehr bestritten.⁴⁵⁾ — 2) Was bedeuten die Worte „die aus einem dinglichen Rechte entstehenden Forderungen“? Offenbar zunächst:

⁴³⁾ Im Verlaufe der Debatte äußerte Zeiller: Wer mehr einbegreifen wolle, brauche ja nur diesen Willen deutlich zu erklären. Also abermals der im I. Bd. S. 154 N. 134 hervorgehobene naive Gedanke; s. unten bei §. 681 ff. Abf. I.

⁴⁴⁾ Wir lehnen jede Verantwortung für diese in den Protokollen enthaltene Mittheilung ab. Vielleicht ist der Sinn des Antrages dieser: Verbücherte Forderungen sollen selbst dann nicht inbegriffen sein, wenn sie gegen den Legatar selbst gehen. Leider! ist nicht gesagt, ob dieser Antrag abgelehnt wurde, weil man seinen Inhalt für selbstverständlich, oder aber, weil man ihn für unrichtig, oder endlich, weil man es für bedenklich hielt, eine abstracte Entscheidung des Falles zu geben.

⁴⁵⁾ Der gleichen Ansicht sind: Nippel S. 320 f. unter Verweisung auf die §§. 656—658; Winwartner S. 193 f., der darauf hinweist, daß ja die Forderungen zur Zeit der Errichtung sehr oft zur Zeit des Todes nicht mehr ausstehen, und solche Legate gewöhnlich von Leuten gemacht werden (Wirthen, Kaufleuten), welche immer Forderungen (aber wechselnde) zu haben pflegen (ein weiteres Argument s. unten); Ellinger (zu §. 668) ohne Begründung; Basevi (bei §. 668 n. 2, der die Argumente Nippel's und Winwartner's zusammenfaßt und hinzufügt: es sei *regola generale, che la disposizione di ultima volontà prende vigore ed effetto soltanto alla morte del disponente* und deshalb abhängig sei dallo stato delle cose al punto in cui si apre la successione (doch gibt er in n. 3 seine eigene Ansicht großentheils wieder preis!); endlich Unger §. 72 A. 3, der sich ebenso auf die „allgemeine Regel beruft“, wonach „der Gegenstand des Vermächtnisses im Zweifel nach der Zeit des Todes zu bestimmen ist“. Die entgegengesetzte Ansicht vertreten Zeiller (S. 612 B. 3) und Stubenrauch (B. 4) unter Berufung auf die Analogie des §. 666. [Zeiller citirt §. 664; dies hält Stubenrauch ohne zwingenden Grund für einen Druckfehler; Zeiller meint seine Erläuterung des §. 664, B. 2, wo er hinwieder auf diese Stelle einfach mit „§. 668“ verweist; dort aber beruft er sich auf §. 666]. Ihnen folgt Fügler II S. 148, 150 ff. — Es scheint inconsequent, ist es aber nicht, daß wir hier mit Unger gegen Zeiller, oben (N. 39) mit Zeiller gegen Unger stimmen. Treffend enträufelt Winwartner S. 194 den Hinweis der Gegner auf §. 666 damit, daß bei der lib. leg. der Testator „einen bestimmten

dingliche Ansprüche⁴⁶⁾; also rei vindicatio, a. confessoria und negatoria,⁴⁷⁾ die hereditatis petitio, von denen allen unter Umständen gesagt werden kann „habent praestationes quasdam personales“ (l. 25 §. 18 D. 5. 3) (womit jedoch dieser Gedanke nicht den Redactoren unterschoben werden soll). Aber die Redactoren wollten noch viel mehr unter jenen Ausdruck befassen. Ganz gewiß alle Eigenthums-, Servituts-, Pfandrechts-Titel, obwohl dies nicht Forderungen sind, welche aus dinglichen Rechten, sondern umgekehrt, aus denen dingliche Rechte entstehen (nämlich im Sinne der Redactoren, welche der falschen Theorie vom titulus und modus anhängen). Umso mehr natürlich Lösungs-Titel! — Ferner wollten sie wohl alle Ansprüche auf Restitution ausschließen, obgleich diese Ansprüche nicht aus dem Eigenthum fließen, das ja z. B. dem Deponenten und Commobanten fehlen kann.⁴⁸⁾ Und gewiß müssen wir alle diese obligatorischen Ansprüche von dem Vermächtniß der „Forderungen“ ausnehmen, wie Jedem die Beobachtung des täglichen Sprachgebrauchs sagt. Wir brauchen uns hierin durch den verfehlten Ausdruck des §. 668 nicht beirren zu lassen, einmal wegen §. 683 i. f.,⁴⁹⁾ dann weil wir aus den Protokollen wissen, daß wir im Sinne der Redactoren handeln. Sie sahen ein, daß solche Legate sehr einschränkend zu interpretiren sind. Es ist bedenklich, über Geldforderungen hinauszugehen, selbst bei sog. Quantitäts-Sachen würde dies kaum je dem Willen des Testators entsprechen. Aber selbst innerhalb der Geldforderungen ist es bedenklich z. B. Ersatzansprüche mitzurechnen. Andererseits wäre es viel zu eng, wollte man nur Darlehnsforderungen unter einem solchen Legat verstehen; ein Antrag Zeiller's, der diese Einengung bezweckte, wurde abgelehnt (s. Abs. VI). — 3) Man muß unterscheiden „die sog. laufenden Forderungen, die man nach der Verschleißung zum weiteren Verkehre einzutreiben pflegt, sowohl von den in öffentlichen Credits-Cassen liegenden (als von den) auf einem unbeweglichen Gute haftenden Capitalien, wovon man gewöhnlich nur die Zinsen zum Gebrauche oder Verkehre zu verwenden pflegt.“⁵⁰⁾ Nur die ersteren sollen nach §. 668 in dem Legate der Forderungen begriffen sein. Den Redactoren schwebte der Unterschied von ausstehenden und angelegten Geldern vor.⁵¹⁾ Dieser ist aber durch das Gesetz nur ungenau bezeichnet. Aus dem „Einkommen“ bildet sich ein fester Niederschlag, den ein bonus pater familias ohne ernste Gründe nicht berührt — es ist sein „Vermögen“ im eng. Sinne des Wortes. Ein anderer Theil ist noch in fluctuirendem Zustande; es soll sich erst entscheiden, wie viel von ihm verbraucht, wie viel zur Vermehrung jenes Vermögens verwendet werden soll. Jenes feste Vermögen besteht oft größtentheils in Forderungen, die als Capitals-Anlage dauernd (soweit dies Wort hier überhaupt Sinn hat) gedacht sind. Der Gläubiger wünscht ihnen Dauer, den Ausständen dagegen ein baldiges Ende.⁵²⁾ Weder der Unterschied von verzinslich und unverzinslich, noch der von hypothekarisch sichergestellt und nicht sichergestellt, fällt mit jener Eintheilung genau zusammen; und der Richter

Schuldner, daher auch wahrscheinlich nur die schon bestehenden Schulden vor Augen hat“. Und gerade weil daselbe in dem in N. 39 vorausgesetzten Falle zutrifft, haben wir dort so entschieden.

⁴⁶⁾ Zeiller zu §. 668, Z. 1. — Ueber „Forderung“ = „Anspruch“ s. Hofmann in Grünhut's Ztschft. I S. 284 f. Vgl. Unger System I §. 61 (S. 520 ff.) und II §. 108 (besonders N. 2).

⁴⁷⁾ Die Pfandrechte dagegen gehen allerdings mit den Forderungen über. Zeiller a. a. D.

⁴⁸⁾ Dennoch haben die Redactoren wahrscheinlich mit jener Formel diese Forderungen treffen wollen (s. §. 456 Westgal. G. B. oben in Abs. VI). Vgl. auch Unger §. 72 Anm. 3.

⁴⁹⁾ Daß Zeiller selbst die Unzulänglichkeit des §. 668 erkannte, zeigt der Satz mit welchem er die Erläuterung desselben einleitet (S. 611).

⁵⁰⁾ Zeiller S. 612 Z. 2.

⁵¹⁾ Vgl. Unger a. a. D.

⁵²⁾ Vgl. auch Winwartter S. 193 Z. 2.

wird auch hier zuweilen von dem Wortlaut des §. 668 abgehen müssen (§. 683 a. E.).⁵³⁾ — 4) Mit dem eben Gesagten hängt zusammen, daß Forderungen aus Staats- (städtischen oder Landes-) Anlehen, und überhaupt alle Rechte aus Inhaber-Papieren auszuschließen sind. Dazu kommt, daß man diese Papiere „mehr als Nutzen bringende Sachen zu betrachten pflegt“. ⁵⁴⁾ — 5) Nach der Tendenz, die dem §. 668 zu Grunde liegt, muß man endlich auch Gelder, die in Sparcassen, Giro- und Depositen-Cassen liegen, hier ausschließen, zumal der Laie gewohnt ist, in solchem Falle nicht sowohl eine Forderung, als vielmehr das Geld als „sein“ anzusehen. Um so gewisser wäre es, wenn jemandem Andern „das Geld“ oder „meine Gelder“ oder „die Baarschaft“ u. dgl. vermacht wäre; denn dann gehören auch solche Ansprüche zu diesem letzteren Legate (s. bei §. 680). — 6) Ueber das Vermächtniß „der (oder: meiner) Capitalien“ s. theils hier Z. 3, theils bei §. 680 Abf. VI.

VIII. Legatum debiti. §. 665.⁵⁵⁾ Object ist nicht die Schuld, sondern das als geschuldet vom Testator Angegebene (s. Abf. I.).⁵⁶⁾ Deshalb schadet es nicht, wenn der Testator in Wahrheit weniger oder nichts schuldig war, so wenig es schadet, wenn er eine vergoldete Dose als goldene bezeichnet; falsa demonstratio non nocet. Nun ist aber allerdings der Zusatz „die ich schuldig bin“ nicht bloß die Beilegung einer Eigenschaft; es könnte darin zugleich das Motiv des Legates angedeutet sein („weil ich sie schuldig bin“); dies ändert jedoch nichts, weil auch „falsa causa non nocet“. ⁵⁷⁾ Also: das leg. debiti gilt, trotzdem das angebliche debitum ein indebitum sein mag,⁵⁸⁾ und zwar selbst dann, wenn nicht das Geschuldete, sondern die Schuld als Gegenstand des Vermächtnisses bezeichnet ist. Die liberatio leg^a. dagegen ist, sobald es sich um ein indebitum handelt, wirkungslos, selbst wenn als Gegenstand des Legates nicht die Schuld, sondern das Geschuldete bezeichnet ist (s. N. 24); und ebenso verhält es sich beim leg. nominis- (s. oben bei N. 38^a) Dies erklärt sich eben daraus, daß im ersten Falle (l. debiti) das obligatorische Verhältniß niemals, in den beiden anderen Fällen immer das wahre Object des Legates ist, selbst wenn der Wortlaut der Anordnung das Gegentheil besagt (vgl. nochmals Abf. I.). Dennoch ginge es zu weit, wenn Jemand behaupten wollte: es liege hier ein gewöhnliches Summen- oder Sach-Legat vor. Die Besonderheit des leg. debiti liegt darin, daß mit seiner Entrichtung die bezeichnete Schuld, wenn sie bestanden hat, getilgt ist.

2) Wenn die Schuld im angegebenen Betrage als eine unbedingte und unbetagte besteht und auch leicht zu erweisen ist, so gewährt das Vermächtniß keinen Vortheil, ist aber nicht ungültig.⁵⁹⁾ Meistens aber gewährt es Vortheile (sei es durch größeren Betrag, sei es durch Erlassung von condicio oder dies), und muß im

⁵³⁾ Wie wenn die verbücherte Forderung gegen den Legatar selbst geht? Es wird auf die Größe und Beschaffenheit und andere concrete Umstände ankommen. Vgl. auch §. 677 und hier N. 44.

⁵⁴⁾ Winivarter Z. 1.

⁵⁵⁾ Ueber seine Entstehung s. Abf. II.

⁵⁶⁾ §. 665 pr. ist also ungenau stylisirt („Vermächtniß der Schuld“); die gleiche Ungenauigkeit ist indeß auch bei den besten heutigen Schriftstellern ganz gewöhnlich.

⁵⁷⁾ Vgl. das Monium der Wiener Facultät in Abf. II. — S. oben S. 117 ff. und unten bei §. 669 f. N. 19. — Vgl. die zahlreichen bei Windscheid §. 658 N. 3 citirten röm. Geschäften; dann Arndts Civil. Schftn. II S. 540 (in und bei N. 8). Zeiller S. 608: „Erblasser legiren manchmal geflissentlich unter dem Scheine einer Schuldabtragung, damit der Legatar dem Neide der Erben oder anderer, nicht bedachter Personen entgehen soll (§§. 570—572)“; ebenso sagt er bei §. 572 (S. 446): „daß der Erblasser oft, um dem Neide, oder einem hämischen Verdachte der Verwandten zu begegnen, wissentlich einen falschen Beweggrund beisetze“.

⁵⁸⁾ Die zweite Ungenauigkeit (s. N. 56) in der Textirung des §. 665 liegt in den Worten „zu entrichten hat“. Es sollte heißen: „Das Vermächtniß dessen, was der Erblasser dem Legatar schuldig zu sein angibt“; s. Arndts Civil. Schftn. II S. 542.

⁵⁹⁾ Es ist in jenem, nicht in diesem Sinne ein legatum inutile. Wie es sich im röm. Recht verhielt, ist bestritten; s. darüber Hartmann Begriff und Natur der Vermächtnisse §. 3; aber auch Windscheid §. 658 N. 2.

Zweifel so ausgelegt werden, daß es Vortheile gewähre (§. 655 i. f.).⁶⁰⁾ Das Gesetz weist uns ausdrücklich darauf hin; ist die Schuld eine bedingte oder betagte, so muß schon bloßes Schweigen hierüber als Beseitigung dieser Hemmnisse verstanden werden; „der Erbe muß . . . dem Legatar die Schuld . . . ohne Rücksicht auf die in der Schuldbeschreibung⁶¹⁾ enthaltenen Bedingungen oder Fristen . . . berichtigen“ (§. 665). Er kann theilweise oder gänzliche Unwahrheit der Angabe nicht mit Erfolg einwenden, ob nun der Erblasser geirrt hat oder nicht.⁶²⁾

3) „Der Erbe muß die Schuld . . . ohne Rücksicht auf die in der Schuldbeschreibung enthaltenen Bedingungen oder Fristen längstens in der zur Abführung der übrigen Legate bestimmten Zeitfrist berichtigen“ (§. 665). Wir werden bei §. 685 sehen, daß manche Legate „sogleich“ nach des Erblassers Tode, andere (namentlich Geld-) Vermächtnisse erst ein Jahr später eingefordert werden können; jenes „sogleich“ ist indeß sehr cum grano salis zu nehmen; außerdem gibt es Legate, die in wiederkehrenden Fristen entrichtet werden (§. 687, §. 691 vgl. mit §. 1418); überall aber hat es bei dem ausgedrückten oder doch erkennbaren Willen des Testators sein Bewenden. Wenn es nun in §. 665 hieße „längstens binnen Jahresfrist“, so könnte man das „längstens“ so verstehen „binnen Jahresfrist, wenn es nicht eines der früher zu entrichtenden Legate ist“; denn das angebliche debitum muß ja keineswegs eine Summe sein. Als ob man diesen Irrpsd hätte absperren wollen, ist nun in §. 665 nicht die Jahresfrist, sondern obige allgemeine Formel aufgenommen. Darnach kann wohl keinem Unbefangenen zweifelhaft sein, daß die Stelle bedeutet: „Mag auch die Forderung bedingt oder befristet, und die Bedingung oder die Frist noch nicht eingetreten sein — das Vermächtniß muß entrichtet werden, sobald (jene Nebenbestimmungen weggedacht) dies legati venit.“ Die Worte „ohne Rücksicht auf die Fristen“ können dann nur den Sinn haben: „Möchte der dies nominis auch noch so spät eintreten, er darf die Entrichtung des Vermächtnisses (den dies legati) nicht verzögern“; das Wort „längstens“ fügt die Beschränkung hinzu: „Tritt er aber früher ein, so ist damit auch das Legat fällig.“⁶³⁾ Und so ist denn §. 665 früher auch immer verstanden worden.⁶⁴⁾

Erst fast ein halbes Jahrhundert nach Publication des Gesetzes wurde die Behauptung aufgestellt, daß der Legatar sich den Aufschub des §. 685 müßte gefallen lassen, auch wenn die Forderung gleich beim Tode des Erblassers oder etwa bald darauf fällig wäre. Wollte er sich den Aufschub nicht gefallen lassen, dann dürfe er nicht als Legatar, sondern müsse als Gläubiger des Erblassers klagen. Das „längstens“ suchte man damit wegzudeuten, daß es auf die Möglichkeit gehe, aus dem alten Titel

⁶⁰⁾ Stubenrauch §. 5.

⁶¹⁾ Die dritte Ungenauigkeit in der Textirung des §. 665 (f. Nr. 56 und 58). „Kein verständiger Interpret wird zweifeln, daß die fragliche Bestimmung auch dann Anwendung finde, wenn die Bedingung oder Befristung der Schuldforderung anderswie, als durch Schuldbeschreibung constatirt ist.“ (Arndts a. a. O. Nr. 11.)

⁶²⁾ Es könnte auf den ersten Blick scheinen, als ob Arndts S. 540 (i. f.) anderer Ansicht wäre; es ist aber nicht der Fall (f. S. 548 f.). Er sagt an ersterer Stelle nur, daß der Erbe frei wird, wenn er beweist, daß der Erblasser lediglich (f. §. 572) in jener irrtümlichen Voraussetzung die Verfügung getroffen habe. Wir denken, daß ein solcher Beweis kaum je gelingen wird, sobald man das „lediglich“ im Auge behält. Vgl. auch Sammlung V Nr. 2461 a. E. (Auch an den zwei Stellen S. 541 und 548 i. f. sagt Arndts das Gleiche: dem Erben würde der Beweis obliegen, „daß der Erblasser nur aus Irrthum“ . . . u. f. w. Windscheid § 658 A. 3 hat Arndts mißverstanden, wahrscheinlich das „nur“ und die andere Stelle übersehend.)

⁶³⁾ Allerdings ist die Wendung „ohne Rücksicht auf die Fristen“ keine genaue; es sollte heißen „spätere Fristen“; aber nach den drei Ungenauigkeiten, die wir in den Noten 56, 58, 61 kennen gelernt haben, kann uns diese nicht heirren.

⁶⁴⁾ Zeiller S. 607, Rippel S. 316 (der aber die richtige Interpretation mit einer theoretisch unklaren Vorstellung verbindet, da er Legats- und Contractsklage nicht auseinandersetzt); Stubenrauch §. 5.

die fällige Forderung früher einzulagen.⁶⁵) Diese Auslegung ist eine unmögliche. Denn a) findet sie schon an den Regeln der grammatischen Auslegung ein unüberwindliches Hinderniß. „Das Vermächtniß . . . hat die Wirkung, daß der Erbe . . . längstens in der zur Abführung der übrigen Legate bestimmten Zeitfrist berichtigten muß.“ Deutlicher kann nicht gesagt sein, daß das „längstens“ auf die Legatsklage, und nicht etwa auf die Darlehns- (oder anderweitige) Klage (den alten Titel) geht. „Längstens“ d. h. solche Vermächtnisse können früher, aber nicht später als andere fällig werden⁶⁶) (wobei, wie überall, von ausdrücklicher gegentheiliger Anordnung des Testators abgesehen wird). b) Das legatum debiti ist günstig auszu legen, auf daß es Vortheile (und nicht etwa gar Nachtheile!) für den honorirten Gläubiger in sich schließe (s. oben). c) Allerdings gehen Legats-Klage und die Klage aus dem alten Titel geschiedene Wege (dies ist das einzige Argument der Gegner); aber jener Aufschub eines Jahres, von dem §. 685 spricht, hat gar manche Ausnahme, von der §. 685 keine Erwähnung thut, z. B. das Legat des Pflichttheils (§. 774), der Alimente (§. 691); hier (§. 665) ist nun abermals eine solche Ausnahme; man braucht sich nicht erst auf den vermuthlichen Willen des Testators und die dispositiven (nachgiebige) Natur des §. 685 zu berufen;⁶⁷) die Ausnahme steht ja im Gesetze selbst (eben in dem „längstens“ des §. 665). d) Endlich haben wir für unsere sich wohl Jedem von selbst zunächst aufdrängende Auslegung das historische Zeugniß Zeiller's (s. N. 64). — Freilich aber muß der Kläger, der die Frist des §. 685 nicht abwarten will, die frühere Fälligkeit der Forderung beweisen.⁶⁸) Man wende nicht ein, daß er ja dann seinen Anspruch auf den alten Titel und nicht auf das Legat stütze. Denn α) läßt sich ein Beweis der Frist (z. B. durch Vorweisung des Schuldscheines) denken, ohne daß der Rechtsbestand der Forderung außer Zweifel gesetzt wäre; β) wird der Beweis der Fälligkeit der als gültig angenommenen Forderung nicht geführt, um den dies veniens z. B. der Darlehnsklage um seiner selbst willen zu erweisen, sondern um den Beweis des früheren dies veniens legati zu erbringen.

4) Es ist ebenso gewöhnlich als unrichtig, die Vortheile des leg. debiti aus dem Gesichtspunkt des Geständnisses erklären zu wollen.⁶⁹) Der Gläubiger sei durch des Schuldners Geständniß, das sein Repräsentant auch gegen sich müsse gelten lassen, des Beweises überhoben.⁷⁰) In der That aber hat die letztwillige Erklärung,

⁶⁵) In einem Aufsatze in der österr. G. Jtg. 1858 (Nr. 10—12), der keinen Geringeren zum Verfasser hat als — Arndts (abgedruckt in seinen Civil. Schftn. II S. 539—554; die fragliche Stelle steht S. 544 f.); und dem kein Geringerer sich angeschlossen hat als Unger (§. 72 Anm. 7). (Daß diesem Kirchstetter nachgeschriebene hat, kommt daneben kaum in Betracht.)

⁶⁶) Nach der gegnerischen Ansicht hätte der Gesetzgeber den Gedanken: „Das leg. deb. kann nie früher als nach Ablauf der in §. 685 angegebenen Frist geltend gemacht werden“ so ausgedrückt: „Es ist längstens binnen der Frist des §. 685 zu entrichten“!

⁶⁷) Ein Einwand, den Arndts sich selbst macht.

⁶⁸) Dies scheint der Kläger im Falle der Sammlung I Nr. 369 nicht gethan zu haben. Dann wäre die von Arndts in Schutz genommene Entscheidung der I. Instanz richtig gewesen, aber eben aus einem anderen Grunde, als dem von ihm betonten.

⁶⁹) S. Zeiller's Aeußerung in der Debatte (oben Abs. II); dann in seinem Commentar II S. 607: „Nur, ein Schuld-Vermächtniß ist ein vollen Beweis machendes Anerkenntniß oder Geständniß einer Schuld, als einer unbedingten, längstens in einer Jahresfrist zahlbaren Schuld.“ Dann: „Das Vermächtniß oder Geständniß einer . . . Schuld.“ Auf S. 608 schimmert der richtige Gedanke durch. Der Erbe müsse ohne jeden weiteren Beweis zahlen, „indem der Erblasser dem Erben die Auszahlung des Betrags an den Legatar auftragen kann, ob er ihm gleich gar nichts schuldig ist“. Vgl. Rippel S. 317 Z. 3, Ellinger (bei §. 665).

⁷⁰) Daß er ohne Beweis zu seinem Gelde kommt, ist wahr, aber secundär, so zu sagen etwas Thatächliches. Dies zeigt sich sofort, wenn er statt der Legats-Klage die andere wählt; nun ist er nicht beweisfrei.

und mag sie auch in einem vor Gericht gemachten Testamente enthalten sein, weder die Eigenschaft eines gerichtlichen, noch eines außergerichtlichen Geständnisses, noch eines Schuldcheines.⁷¹⁾ Der Erbe muß die Summe (oder Sache u. s. w.) leisten, als ob sie schlechtweg legirt wäre. Nicht als Erbe des Schuldners, als Dnerirter wird er mit der Legats-Klage belangt.⁷²⁾ Die Erwähnung des debitum hat die doppelte Bedeutung: a) der demonstratio, b) des modus; der Legatar muß, sobald er das Vermachte⁷³⁾ erhalten hat, seine etwaige Forderung als getilgt betrachten. Daß die römischen Juristen diese Analyse nicht vollständig vollzogen haben, beweist nicht ihre Unrichtigkeit; sie ist die Consequenz der Erkenntniß der tiefen Verschiedenheit zwischen dem leg. debiti einerseits und dem leg. liberationis und l. nominis andererseits, der Einsicht, daß bei dem sog. Schulb-Vermächtniß nicht die Schuld, sondern die (angeblich geschuldete) Summe oder Sache vermacht ist. Diese muß der Dnerirte leisten, nicht weil der Testator gestanden, sondern weil er befohlen hat.⁷⁴⁾ Aus dem falschen Gesichtspunkt des Geständnisses erklären sich die unnöthigen Scrupel, ob zur Wirksamkeit des leg. debiti Angabe der causa debendi erforderlich sei,⁷⁵⁾ ob die Notherben das Geständniß gegen sich müssen gelten lassen,⁷⁶⁾ ob unter Um-

71) Daß Freudenreich dies erkannt und gezeigt hat, ist das Verdienstliche an seinem (sonst manches Unrichtige enthaltenden) Aufsätze im „Jurist“ X (1843) S. 139 bis 143 (insbes. S. 141, 142). Bestimmend Arndts Civil. Schftn. II S. 542–544.

72) S. unten §. 5.

73) Nicht die Annahme des Vermächtnisses, erst der Empfang des Vermachten entkräftet seine Forderung; denn der Testator macht ihm zur Pflicht, das Legirte als Aequivalent für seinen etwaigen Anspruch anzunehmen. Klagt er dennoch, so steht ihm exceptio doli entgegen.

74) S. unten bei §. 669 f. N. 21.

75) Selbstverständlich: nein! Dennoch wurde der Nachweis des Rechtstitels der Schuld für erforderlich erklärt von der ersten Instanz im Falle der Sammlung V Nr. 2461. Richtig entschieden die beiden anderen Gerichte. Die II. Instanz bemerkte: „Die Angabe des Titels erscheint nach dem Gesetze als kein wesentliches Erforderniß zu der im §. 665 verlangten ‚bestimmten‘ Bezeichnung der Schuld . . . Ueber den Willen des Erblassers kann kein Zweifel bestehen, wenn er selbst ausspricht, wie viel und an wen etwas als Schuld gezahlt werden soll. Der Titel ist für die Erben gleichgültig, da sie ihn doch nicht bestreiten dürfen. Es ist möglich, daß der Erblasser ein Legat unter der Bezeichnung einer Schuld vermacht, wovon der Titel nur ihm bekannt ist, wovon er den Titel nicht bezeichnen will, wovon der Titel längst verjährt ist, wovon der Titel nie ein Klagerrecht gewährte; einer Schuld, zu welcher er sich gar nicht nach dem Gesetze, sondern nur nach seiner Ehre oder seinem Gewissen verpflichtet hält.“ So verständlich und überzeugend dies Alles ist — das durchschlagende Argument ist dieses: Der Kläger klagt aus dem Titel des Legats; einen anderen Titel kann diese seine Klage gar nicht haben. Jenes „bestimmt ausgedrückte“ in §. 665 bedeutet nur, daß das Object der Leistung hinreichend bestimmt, und, wenn zwischen Testator und Legatar mehrere debita bestünden, erkennbar sein muß, welches Jener gemeint hat. — Im Falle der Sammlung IX Nr. 4322 entschied hinwieder die I. Instanz richtig, die II. Instanz falsch. Sie wies den klagenden Legatar ab, „weil, da im Testamente die causa debendi nicht angegeben wurde, aus der bloßen Erklärung des letzten Willens, wegen Mangels der Anführung des rechtlichen Grundes derselben, das Vorhandensein einer Verbindlichkeit als erwiesen nicht angenommen werden konnte; weil auch in Gemäßheit des §. 665, sobald der Erblasser das Vermächtniß der Schuld nicht bestimmt ausdrückt, diese, um von den Erben anerkannt zu werden, vom Legatar ausgewiesen werden muß“. Der Fall ist instructiv, weil er zeigt, bis zu welchen Mißverständnissen der oben bekämpfte Gesichtspunkt verleitet. Richtig erkannte der oberste O. S.: Die Anordnung, dem A die Schuld im Betrage von 100 fl. zu bezahlen, sei bestimmt ausgedrückt. „Eine weitere Bestimmung, insbesondere dem Titel nach, zu verlangen, liegt weder im Wortlaute, noch im Geiste des Gesetzes, da der Erblasser dem Gläubiger eine bestimmte Summe auch ohne Erwähnung einer Schuld zuwenden kann, somit wohl auch im Falle dieser Erwähnung die Bestimmung der Summe genügen muß.“

76) Was hinsichtlich der Gläubiger in §. 665 i. f. selbst gesagt ist, gilt ebenso auch hinsichtlich der Pflichttheils-Berechtigten. Dies ist aber auch ganz selbstverständlich, sobald man jenen falschen Gesichtspunkt aufgibt. Ein leg. debiti ist eben ein Legat wie jedes andere; und daß man weder seine Gläubiger, noch seine Notherben durch Vermächtnisse beeinträchtigen könne, gehört zu den elementaren Wahrheiten unserer Wissenschaft. — Vgl. unten bei §. 669 f. N. 21; dann Rippel S. 317 Z. 2 und S. 323 (bei §. 669 a. C.).

ständen Schätzungseid zulässig sei,⁷⁷⁾ ob eine unklagbare Schuld als Basis genüge.⁷⁸⁾ Auch der in neuerer Zeit dafür substituirte Begriff der Anerkennung⁷⁹⁾ ist untauglich, das Verhältniß zu erklären.⁸⁰⁾

5) Der honorirte Gläubiger kann als Gläubiger oder als Honorirter fordern, bez. klagen. Klagt er als Gläubiger des Erblassers, also aus dem alten Titel (Darlehn, Verkauf, Ausgleich u. s. w.; agere ex pristina obligatione: l. 11 D. de lib. leg. 34. 3), so muß er seinen Anspruch beweisen, wozu die letztwillige Anerkennung ganz untauglich ist (s. Z. 4, insbes. N. 70); wäre der Anspruch ein bedingter, so muß er auch die Erfüllung der Bedingung darthun. Klagt er als Legatar, so hat er nichts zu beweisen, als was jeder Honorirte zu beweisen hat;⁸¹⁾ wenn er auf Grund früherer Fälligkeit der pristina obligatio⁸²⁾ vor dem gewöhnlichen Termin auf Leistung dringt, muß er dieses Recht darthun (s. oben Z. 3 a. E.). — In welchem Stadium schließt aber der eine Anspruch den anderen aus? Die beiden selbstverständlichen Grenzpunkte der Betrachtung sind, daß das Legat (d. h. Anfall und ipso iure Erwerb desselben) die pristina obligatio nicht aufhebt, da der Gläubiger es ablehnen oder auch einfach ignoriren kann; und andererseits, daß wer hinsichtlich des einen Anspruchs befriedigt ist, beider verlustig wird. Wäre z. B. das Legat im Betrage von 500 fl. bezahlt, und die obligatio wäre auf 600 fl. gerichtet gewesen, so kann der Legatar, der den (etwa dubiosen) Anspruch auf 600 fl. vorerst bei Seite ließ, nun nicht berechtigt sein, den Versuch zu machen, die restlichen 100 fl. mit der a. venditi etc. hereinzubringen.⁸³⁾ Andererseits verzichtet er mit der Annahme des Legates nicht auf seinen alten Anspruch; er muß sich nur dann als befriedigt erachten, wenn er das Vermächte als solches wirklich und wirksam behält. Selbst wenn er die Legats-Klage durchgeführt hätte und es stellt sich heraus, daß die Vermächtnisse Abzüge erleiden (§. 692), kann er noch auf die andere Klage greifen; ja sogar, wenn er schon das Vermächte erhalten hätte (s. §. 693). Aber er kann nicht die Vortheile beider Klagen combiniren, und nachdem er z. B. 80 % mit der bequemen Legats-Klage hereingebracht, die übrigen 20 % mit der anderen nachfordern;⁸⁴⁾ sondern er muß „zur Vermeidung des Beitrages“ (§. 693) oder Abzuges den Legatsanspruch ganz fallen lassen, bez. das Vermächte ganz zurückstellen, und nun sein Glück auf dem anderen Wege versuchen; will er letzteres nicht, so muß er sich den Abzug gefallen lassen.⁸⁵⁾ — Es kann demnach in der Anstellung der Legats-Klage kein Ver-

77) S. über diesen Gedanken Rippel's unten bei §. 669 f. N. 20. — S. auch unten N. 91.

78) Natürlich: ja, oder vielmehr: es bedarf gar keiner solchen Basis. Richtig die II. Instanz im Falle Nr. 2461 (s. oben in N. 75 die im Druck hervorgehobenen Worte); Rippel S. 317 (i. f.), der aber aus dieser richtigen Einsicht keine Konsequenzen zieht.

79) Vöhr Anerkennung S. 103 f., 202 f., (2. Aufl. S. 111 f., 220 f.); Arndt's Civil. Schftn. II S. 541: „Man kann das (leg. deb.) auffassen gleichsam als ein Vermächtniß des Zugeständnisses der Schuld oder deren nothwendiger Anerkennung von Seiten der Erben“. Darauf, daß schon §. 665 selbst den Erben verpflichtet, die Schuld „anzuerkennen“, ist kaum viel Gewicht zu legen. Für die ältere Doctrin war der Begriff der Anerkennung noch kein technischer.

80) Weil er selbst mehrdeutig und noch problematisch ist.

81) S. oben S. 209 und die dort citirten anderen Stellen.

82) Die aber hier (wir betonen es nochmals) nicht als solche, sondern lediglich als ein Thatumstand in Betracht kommt, wovon, gemäß §. 665, der dies veniens legati abhängt.

83) S. oben Z. 4. Wir haben es darum vermieden, den Inhalt des modus etwa so zu formuliren: „der Gläubiger solle sich das Vermächte auf seine Forderung einrechnen“.

84) Damit entfällt die Frage, ob er $l-x$ oder $f-x$ nachfordern könne. (Dabei bedeutet x , was er erhalten hat z. B. 400 fl., l das Vermächte z. B. obige 500 fl., f die pristina obligatio z. B. 600 fl.)

85) Vielleicht möchte Jemand (etwa unter Hinweisung auf l. 28 §. 1 D. de leg. I, l. 81 §. 1 D. ad leg. Falcid. 35. 2) einwenden: er könne das Vermächte als solches

zucht auf den anderen Anspruch liegen. Aber auch die Anstellung der anderen Klage schließt nicht nothwendig eine Ablehnung des Legates in sich;⁸⁶⁾ doch kann eine solche sich darin ausdrücken.⁸⁷⁾ Die Formlosigkeit unserer heutigen Klagen läßt auch eine Verbindung beider Klagansprüche in der Art zu, daß man für den Fall, daß der vollständigen Realisirung des Vermächtnisses etwas entgegen stehen sollte, Beweise für die *pristina obligatio* anbietet.⁸⁸⁾

6) Wenn der Gegenstand des „*debitum legatum*“ ungenau oder gar nicht angegeben ist, so ist das Legat, wenn das angebliche *debitum* in Wahrheit ein *indebitum* ist, unwirksam. *J. B.* es heißt: „Ich vermache dem A, was ich ihm schulde.“ Schuldet der Erblasser ihm nichts, so fehlt es dem Legat an einem Object.⁸⁹⁾ Ist dagegen ein wahres *debitum* vorhanden, so schadet die Unbestimmtheit nicht, wenn sie nur durch Geständniß der Erben oder aber Beweis von Seite des Gläubigers behoben wird. §. 665 sagt ausdrücklich: „die vom Erblasser bestimmt ausgedrückte,⁹⁰⁾ oder von dem Legatar ausgewiesene Schuld.“⁹¹⁾ Freilich entfällt damit ein Hauptvortheil des *leg. debiti*, es kann aber noch immerhin durch Abkürzung einer Frist oder Beseitigung einer Bedingung nützlich sein.⁹²⁾ Ja, wenn kein Zweifel über das vom Testator gemeinte *debitum* bestehen kann,⁹³⁾ so kann sich auch in einem solchen Legate der Wille manifestiren, daß der Erbe das vielleicht etwas dubiose Rechtsverhältniß nicht bestreiten solle.

ohne Abzug ansprechen, weil und soferne ihm aus dem *leg. debiti* keine Bereicherung erwachse. Aber was wäre damit gewonnen? es müßte ja die Nicht-Bereicherung, also doch wieder Rechtsbestand und Umfang der *pristina obligatio* bewiesen werden! Vgl. auch Unger §. 72 Anm. 7.

⁸⁶⁾ Gewiß dann nicht, wenn der Klagende von dem Legate nichts wußte.

⁸⁷⁾ Dies ist eine oft schwierige *quaestio facti*. Man könnte meinen, die Klage schließe eine Verletzung des Willens des Testators in sich, der sie gewiß verhindern wollte. Dies wäre in dem Falle richtig und der Kläger als *repudiierend* zu betrachten, wenn er nicht einmal den Versuch gemacht hat, das Vermächte in gültlichem Wege zu bekommen. Wenn aber der Erbe es auf die Klage ankommen läßt, so enthält diese keine *Impietät* gegen den Verstorbenen; und wenn Petent mit der einen Klage durchfällt, so kann er immerhin (wenn nicht andere Aeußerungen oder Handlungen eine Ablehnung des Vermächtnisses enthielten) auf die *a. legati* zurückgreifen. Andererseits ist die *l. 28 §. 13, §. 14 D. de lib. leg. 34. 3* für das österr. Recht beweisend. Der römische Jurist argumentirt so: Bestand die Forderung zu Recht, *nullum est fideicommissum* (s. oben *N. 59*), wurde sie aber im Proceß nicht anerkannt, *potest ex causa fideicommissi peti, quod apparuisse non fuisse ex alia causa debitum*. Sobald man in der Gültigkeit der *pristina obligatio* ein Hinderniß der *Fideicommissi*-Klage sieht, kann natürlich die Anstellung der einen Klage nicht einen Verzicht auf die andere bedeuten; wer die Vermächtniß-Klage nicht anstellt in der Meinung, sie nicht anstellen zu können, bekundet damit nicht, daß er sie nicht anstellen wolle. Der Verlust des einen Processes erscheint dann vielmehr als Beseitigung eines Hindernisses der *persecutio fideicommissi*. Mit dem Vorderatz entfällt aber für unser Recht auch die Folgerung; kurz, die Stelle muß für uns ganz außer Betracht bleiben.

⁸⁸⁾ Obwohl unsere Praxis den §. 4 a. G. D. nicht lax zu interpretiren pflegt, läßt sie doch alternative Klagenhäufungen zu. *S. z. B. Sammlung V Nr. 2371* (Verbindung der Klage auf Ungültigkeit des Testaments mit der Klage auf Ergänzung des Pflichttheils). Vgl. auch Unger *Erbr. §. 50 Anm. 12 i. f., Canste in Lehrb. II S. 43 f., 123 ff. und Sammlung IX Nr. 4234*.

⁸⁹⁾ Nur aus diesem Grunde hat das Legat keine Kraft; nicht etwa wegen Annahme eines *Irthums* oder dgl. Es widerspricht also diese Entscheidung nicht dem Satze: *falsa demonstratio non nocet*. Vgl. *Arnolds a. a. D. S. 540; Zeiller S. 609*.

⁹⁰⁾ S. über diese Worte oben *N. 75*.

⁹¹⁾ Vgl. *Zeiller S. 607 i. f.*: „Ausweisung des Legatars über den Betrag mittelst Urkunden oder Zeugen.“

⁹²⁾ Deshalb ging das *Westgal. G. B. II §. 458* zu weit, wenn es solche Legate schlechtweg verwarf (s. *Abf. II*).

⁹³⁾ *J. B.* zwischen dem Verstorbenen und Legatar wurde wegen eines zweifelhaften Anspruchs verhandelt und Jener äußerte sich endlich geneigt, ihn anzuerkennen. Ein anderer (zweifelhafter oder unzweifelhafter) Anspruch hätte aber zwischen ihnen nicht bestanden.

7) Ueber den Schlußsatz des §. 665 f. oben Note 76.⁹⁴⁾ Cf. I. 28 pr. D. ad SC. Vellei. 16. 1.

8) „Das Schuld-Vermächtniß kann auch in der Gestalt vorkommen, daß der Erblasser dem Gläubiger eines Dritten dasjenige vermacht, was dieser jenem schuldet: hierin kann zugleich oder hauptsächlich ein Vermächtniß der Schuldbefreiung für den Dritten liegen. L. 3 §. 5, l. 4 D. de lib. leg. 34. 3; l. 11 §. 22 D. de leg. III; l. 49 §. 6 D. de leg. I.“⁹⁵⁾

IX. Legatum debiti (Fortsetzung). Als Ergänzung der bisherigen Erörterungen dienen negative Regeln, d. h. solche, welche sagen, wann ein leg. debiti nicht anzunehmen sei.

1) Wenn der Erblasser seine Erben darauf aufmerksam macht, daß er Diesem oder Jenem etwas schuldig sei, so liegt darin noch kein debitum legatum; so insbesondere dann nicht, wenn der Erblasser in das Testament ein Verzeichniß seines Vermögens, also auch der Passiven, aufgenommen hat.⁹⁶⁾ Eine solche Benachrichtigung der Erben hat nur eine factische Bedeutung; sie disponirt und befiehlt nicht, sie beweist aber auch nicht, weil die Erfordernisse eines Geständnisses oder Schuldscheines fehlen;^{96a)} ja selbst bei einem Proceße mit freier Beweismürdigung wäre nicht zu vergessen, daß sich der Sachverhalt seit Abfassung des Verzeichnisses geändert haben kann. — Viel wichtiger aber als diese Einsicht ist die Warnung vor einer verkehrten Verwendung derselben. Es wird nämlich oft behauptet, vom leg. debiti müsse man das letztwillige Schuldbekentniß unterscheiden, bald um ihm eine andere Wirkung zuzuschreiben,⁹⁷⁾ bald um ihm alle Wirkung abzuspochen.⁹⁸⁾ Dabei wird verkannt, daß der Ausdruck über die Existenz eines Legates nicht entscheidet.⁹⁹⁾ Ob es heißt: „Ich vermache oder hinterlasse dem N 100 fl., die ich ihm schuldig bin“, oder „Ich verpflichte meine Erben, dem N 100 fl. zu zahlen, welche ich ihm schulde“, oder: „Ich erkläre (bekenne, bestätige) hiermit, dem N 100 fl. schuldig zu sein“ oder dgl. ist ganz gleichgültig;¹⁰⁰⁾ Alles kommt nur auf den animus legandi an, und dieser ist immer anzunehmen, wo nicht das Gegentheil evident ist; denn Testamente und

⁹⁴⁾ Zeiller S. 608: Wenn der Nachlaß passiv ist, so brauchen die Gläubiger das Anerkenntniß des Erblassers nicht gelten zu lassen, „weil ein solches Anerkenntniß den begründeten Verdacht einer Schenkung“ [= Liberalität] „erregt, und der Erblasser zwar aus seinem Vermögen, aber nicht auf Kosten seiner Gläubiger Wohlthaten auswendig spenden kann (S. 953)“.

⁹⁵⁾ Unger §. 72 Anm. 7 a. E.

⁹⁶⁾ Arndts S. 549.

^{96a)} S. oben bei N. 71.

⁹⁷⁾ So die II. Instanz im Falle der Sammlung I. Nr. 369 (f. N. 68); vgl. über den Fall Stubenrauch 2. Aufl. S. 870 N. 3 und den Aufsatz von Arndts, dem wir aber nicht durchwegs beipflichten.

⁹⁸⁾ So Freudenreich (f. N. 71) (bestimmend Stubenrauch 3. 5, Ellinger zu §. 665). Ihn motivirt die Sorge um die Notherben (f. S. 139 und besonders S. 142 f.) — ohne Grund; denn wie immer man das leg. debiti auffaßt, die Notherben werden dadurch nie gefährdet; nicht, wenn man es als einfaches Vermächtniß nimmt (f. N. 76), nicht, wenn man darin eine disponirende Anerkennung erblickt, weil diese nicht einmal inter vivos die Pflichten-Rechte frustriren könnte (S. 951), ja selbst nicht, wenn man darin (verkehrter Weise) ein Geständniß erblicken wollte; weil dieses nur inter partes und deren Repräsentanten wirkt. (Arndts S. 554 lobt diese Seite [vgl. N. 71] des Aufsatzes; wie uns scheint, mit Unrecht. Allerdings hat Freudenreich die richtige Einsicht, daß die Notherben durch letztwillige Schuldbekentnisse nicht leiden dürfen; aber er verkennt, daß diese Gefahr bei keinem jener Standpunkte vorhanden ist.)

⁹⁹⁾ Arndts S. 550, 553, 554.

¹⁰⁰⁾ Im Falle Nr. 369 (f. N. 68) hieß es: „Da mein Gatte mir 400 fl. dargeliehen hat, verpflichte ich jedes meiner vier Kinder, ihm 100 fl. zurückzuzahlen.“ Im Falle Nr. 2461 (f. N. 75): „Ich setze fest, daß ich dem A die Summe von 1000 fl. . . schulde.“ S. auch die römischen Stellen bei Arndts S. 547. Ähnliches gilt von der liberatio legata; f. die römischen Stellen bei Arndts S. 549.

Codicille haben die Bestimmung, über das Vermögen zu disponiren.¹⁰¹⁾ Und gerade die Erkenntniß, daß jene bloßen Informationen juristisch bedeutungslos sind, sollte davor warnen, ohne Noth eine solche wirkungslose Erklärung zu supponiren.¹⁰²⁾ Die Redactoren selbst hatten die richtige Einsicht.¹⁰³⁾¹⁰⁴⁾

2) §. 667. a) Redaction. §. 457 Westgal. G. B. lautet fast wörtlich so wie unser §., nur hieß es „Summe z. B. 100 fl. schuldig ist, und ihr diese Summe bestimmt¹⁰⁵⁾ vermach“ und statt „tilgen“ stand „ausgleichen“. Die aus dem jetzigen Text ersichtlichen unbedeutenden Aenderungen wurden auf ein Monitum der Prager Facultät hin (S. v. 9. April 1804) einstimmig beschlossen. b) Der Umstand, daß die Summe eines Geld-Legates mit der Summe einer Schuld des Testators an den Legatar übereinstimmt, beweist nicht entfernt, daß gerade die geschuldete Summe legirt sei (die gleiche Summe ist noch nicht dieselbe Summe); ja dies ist um so weniger anzunehmen, als das leg. debiti immer etwas Sonderbares an sich hat.¹⁰⁶⁾ Vermacht hingegen der Testator Jemandem eine ihm gebührende species, so kann dieser nicht nebst der Sache noch ihren Werth fordern (vgl. §. 660).¹⁰⁷⁾ — c) Auch die Regel des §. 667 unterliegt der Einschränkung, welche §. 683 a. E. ausspricht. Wenn z. B. A dem B 2347 fl. schuldet und ihm 2347 fl. vermach, so ist der Gedanke kaum abzulehnen, daß die identische Summe gemeint ist. Oder N übergibt dem A eine Summe mit der Bitte, die Erträgnisse derselben einem bestimmten Zwecke zuzuführen. A verpflichtet in seinem Testamente seine Erben, die Zinsen einer gleichen Summe diesem Zwecke zuzuwenden. Wenn nun die Erben des N erfahren, daß A das Geld von ihm erhalten habe, so dürfen sie nicht verlangen, daß die Erben des A zweimal das Gleiche für jenen Zweck verwenden, einmal, weil ihr Erblasser dazu verpflichtet war (als seine Erben), dann aus dem Legate (als Dnerirte). Es ist offensichtlich, daß A mit dem Vermächtniß nur einer Verpflichtung nachkommen wollte.¹⁰⁸⁾

e) des Heirathsgutes;

§. 669.

Das Heirathsgut kann vermachet werden, entweder um den Gatten von der Zurückzahlung desselben zu befreien; oder, um den Erben zu verpflichten, daß er der Gattinn

101) Arndts S. 548; Unger §. 72 N. 7: „es kommt darauf an, ob . . . das Schuldbekennniß informativ oder dispositiv gemeint ist: im Zweifel ist letzteres anzunehmen, da die Erklärung eine letztwillige ist“.

102) Wie Arndts S. 554 treffend gegen Freudenreich bemerkt.

103) Wie weit Zeiller von Freudenreich's Ansicht entfernt war, zeigt der wiederholt bei §. 665 vorkommende Ausdruck „Vermächtniß oder Anerkennniß“ . . . Auch hätten die Redactoren sonst gelegentlich des negativen §. 667 auch jene andere negative Regel ausgesprochen.

104) Nicht hierher gehört das von Ellinger zu §. 665 cit. Urtheil, welches ausspricht, daß die auf einem in der Verlassenschaft vorgefundenen Umschlage vorkommende, eigenhändig geschriebene und unterschriebene, als echt anerkannte Bestätigung des Erblassers, daß der Inhalt des Umschlages einer dritten Person gehöre, einen vollständigen Beweis bilde. Die Frage ist eine processualische. Daß die Bezeichnung eines depositum (z. B. „Eigenthum meines Freundes N. N.“) keine letztwillige Anordnung sei, ist klar; so oft es auch vorkommt, daß hinter solcher Maske sich (der Erbschaftsteuer wegen) eine letztwillige Zuwendung verbirgt. Es wird dann eben simulirt, daß der Inhalt dem Anderen schon gehört habe. (So offenbar im Falle der Sammlung I Nr. 263.) Wieder eine andere Frage ist es, ob man in ähnlicher Weise ohne Simulation zuwenden könne; s. oben S. 148 N. 57 a. E. und auch die seeben citirte Nr. 263.

105) Mit diesem Worte wollte das Westgal. G. B. den Fall ausschließen, wo es heißt: „Ich vermach ihm die Summe, die ich ihm schuldig bin.“ S. oben Abf. VIII Z. 6.

106) Vgl. zu §. 667 die l. 4 D. de dot. collat. 37. 7; cf. l. un. §. 3 Cod. de rei uxor. a. 5. 13 (Xinden §. 667). Vgl. Arndts S. 547.

107) Unger §. 72 Anm. 8.

108) Vgl. den interessanten Fall in der Sammlung I Nr. 493, wo der oberste G. h. ausdrücklich aussprach, daß auch §. 667 der Einschränkung des §. 683 i. f. unterliege.

die als Heirathsgut eingebrachte Summe oder Sache ohne Beweis, und ohne Abzug der darauf verwendeten Kosten abführe. Hier gelten die für andere vermachte Forderungen gegebenen Vorschriften.

§. 670.

Vermacht der Erblasser einer dritten Person ein unbestimmtes Heirathsgut; so versteht man darunter, ohne Rücksicht auf ihr eigenes Vermögen, ein solches Heirathsgut, als der Vater dieser Person bey mittelmäßigem Vermögen nach seinem Stande abzureichen schuldig wäre.

I. Redaction.¹⁾ §. 459 Westgal. G. B. II stimmt wörtlich mit §. 669, bis auf die Variante „Summe, oder Stücke ohne Schwierigkeit und ohne Abzug abführe“. Die Wiener Facultät wollte die Worte „ohne Schwierigkeit“, welche keinen juristischen Sinn haben, streichen. Zeiller aber bemerkte (S. v. 9. April 1804): damit sei gemeint „ohne Beweis und Abzug der darauf verwendeten Kosten“, womit Alle einverstanden waren. Man textirte: „Summen und Stücke, ohne Beweis und Abzug“.²⁾

Die beiden im Westgal. G. B. folgenden §§. wurden umgestellt (d. h. §. 460 entspricht §. 671, §. 461 dem §. 670; s. unten bei §. 672 f. Abf. I, II pr. und ebd. N. 2^a). §. 461 stimmt bis auf die Variante „eine solche Ausstattung und ein solches Heirathsgut“ (sic) und einige andere ganz gleichgültige Abweichungen mit §. 670 genau überein. Die Wiener Facultät wollte „Ausstattung“ streichen; Zeiller, der sich in der Sitzung vom 9. April 1804 dagegen aussprach, nahm bei der Revision (S. v. 3. Septbr. 1807) den Antrag selbst wieder auf und brachte ihn durch. Der abenteuerliche Antrag des ostgaliz. N. G. als fixen Maßstab eines solchen legatum dotis $\frac{1}{20}$ des Nachlasses, jedoch nie mehr als 4000 fl., anzunehmen, wurde mit Recht verworfen und der Text des Westgal. G. B. (mit einer kleinen, nur stylistischen Aenderung) beibehalten. — Während §. 461 von Heirathsgut nebst Ausstattung handelte, war in §. 462 von dem bloßen Legat der Ausstattung die Rede. Es wurde aber beschlossen, dieses Legat in unserm §. mit zu berücksichtigen, den übrigen Inhalt zu dem nachfolgenden §. (jetzt §. 672) zu ziehen und §. 462 wegzulassen.³⁾ Bei der Revision wurde aber (wie bemerkt) die Erwähnung der Ausstattung ganz beseitigt. Bei der Superrevision⁴⁾ (4. Decbr. 1809) regte Pratobevera die Frage an, ob das Heirathsgut der Legatarin auch dann verbleibe, wenn sie gar nicht heirate, oder aber wenn die Ehe aufgelöst werde. Die übrigen Botanten fanden die Antwort hierauf in dem damaligen §. 697 (d. h. dem jetzigen §. 711) schon gegeben.

II. Man muß unterscheiden, ob sich die Anordnung auf ein bereits bestelltes Heirathsgut bezieht oder nicht; im zweiten Falle wieder, ob damit das Heirathsgut bestellt werden oder bloß die Möglichkeit der Bestellung geboten werden soll; und in diesem Unterfalle wieder, ob die Verwendung des Zugewendeten zu dem obigen Zwecke freigestellt, oder zur Pflicht gemacht ist. Um dies zu verstehen, muß man (was gewöhnlich nicht gehörig geschieht) zwischen Dotirung und Dosbestellung unterscheiden.⁵⁾ Ascendenten genügen ihrer Dotationspflicht, auch wenn sie keine

1) Die §§. 669—671 bilden eine Gruppe und sollten demnach auch zusammen dargestellt werden (s. übrigens auch N. 8^a). Nun machte aber die besondere Schwierigkeit, die §. 671 dem Interpreten bereitet, einen eigenen Aufsatz (in den *Excursen*) über ihn nöthig, in welchem auch die verwickelte Entstehungsgeschichte dieses §. erzählt und verwerthet wird. Es wäre weitläufig und nur verwirrend, sie an dieser Stelle zusammen mit der der beiden anderen §§. vorzubringen. Dies machte weiter nothwendig, den §. 671 äußerlich abzutrennen, so kurz er auch im Commentar behandelt wird.

2) Die jetzige Lesart muß also von späterer Hand sein.

3) S. auch unten bei §. 672 f. Abf. I.

4) Unser §. trug damals die Zahl 656.

5) Wir werden im Dotalrecht (§. 1218 ff.) sehen, daß diese Unterscheidung keine müßige Spielerei ist.

Das bestellen, sobald sie die Tochter dotirt haben. Wenn bei einer minderjährigen Tochter es anders scheint, so hat dies keinen Grund in der Verbindung vormundtschaftlicher Vorsorge mit jenem „officium“; wo dieses rein für sich zur Erscheinung kommt, kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Tochter nichts weiter zu fordern hat, sobald die Eltern ihr ein entsprechendes Capital eingehändig haben, mag es auch nie zur Dos geworden sein. Dotiren kann man nur eine weibliche Person, die Dos bestellen kann man nur einem Manne. Die Dos bestellen kann auch die Frau selbst; ungereimt wäre es zu sagen, sie habe sich selbst dotirt⁶⁾ (außer man wollte damit den Sinn verbinden: sie habe sich zur uxor dotata gemacht). Die Dotationspflicht ist eine Pflicht gegen die Frau, darum ist es wieder ungereimt, von einer Dotationspflicht der Frau zu sprechen. Eine kaum vermeidliche Ungenauigkeit der Sprache spricht von einem „Heiratsgut“, noch bevor es bestellt ist, und meint damit ein Capital, bei dem die Verwendung in dotem in nähere oder fernere, in mehr oder minder bestimmte Aussicht genommen ist. Schon diese wenigen Andeutungen genügen, um verschiedene Irrthümer und unnöthige Bedenken, die in der Literatur unserer §§. 7) vorkommen, zu beseitigen.⁸⁾

III. Zu §. 669. A) Das Heiratsgut ist schon bestellt. Von diesem Falle handelt §. 669, während die §§. 670, 671 sich auf die vermächtnißweise Dotirung beziehen.^{9a)} Bei jenem Hauptfalle ergeben sich von selbst drei Unterfälle durch Anwendung der Kategorien: legatum nominis, l. liberationis, l. debiti auf die Restitutions-Obligation.⁹⁾ a) Unser §. erwähnt den ersten Fall, wo der Berechtigte diesen Anspruch einem Dritten legirt (nomen legatum), gar nicht, weil er weniger praktisch ist, als die beiden anderen. b) Wenn von dem Restitutions-Berechtigten¹⁰⁾ die Dos dem Manne (oder dessen Erben)¹¹⁾ vermacht wird, so ist dies eine liberatio legata (§§. 663, 666). Der Besteller — mag es sich um eine dos voluntaria oder necessaria handeln¹²⁾ — kann die Lage der Frau nicht hinterdrein ver-

⁶⁾ Hier ist eine Dosbestellung ohne Dotirung. Sieht man aber von diesem einen Falle ab, so kann man sagen: Jede Dosbestellung enthält eine Dotirung, aber nicht jede Dotirung eine Dosbestellung. In Unger's epigrammatisch feiner Antithese (§. 75 pr.) fehlt der Fall der letztwilligen Dotirung ohne Dosbestellung.

⁷⁾ Aus dieser setzen, zunächst ohne jede Beziehung auf obigen Satz, nur des kürzeren Citirens wegen, hervorgehoben: M. Schuster in der Rtschft. f. österr. Rtschsgel. 1831, II S. 145 ff.; M. Damianitsch im „Jurist“ X. Bd. (1843) S. 112 ff.; Th. Pachmann in Haimers Magaz. für Rechts- und Staatswissenschaft XVI (1857) S. 1 ff.; Unger Erbrecht §. 75. S. jetzt auch Dgonowski Destrerr. Ehegüterrecht (1880) I S. 244 ff.

⁸⁾ S. z. B. gehen Viele beim Vermächtniß eines Heiratsgutes von der Definition des §. 1218 aus, theils (z. B. Schuster S. 146, Pachmann S. 2, 4) um falsche Schlüsse daraus zu ziehen, theils um richtige Entscheidungen mit jener Begriffsbestimmung irgendwie in Einklang zu setzen. — Andere fragen: ob denn das Heiratsgut etwas anderes sei, wenn es einer Frau, als wenn es einem Manne zugesichert werde (so Pachmann S. 3; dagegen Dgonowski S. 249 N. 2), und mißverstehen den §. 1225, indem sie den obligatorischen Anspruch des Mannes aus der promissio dotis und den familienrechtlichen Anspruch der Tochter auf Dotirung nicht aus einander halten (so ebenfalls Pachmann).

^{8a)} Aber sie handeln nur von zwei einzelnen nicht zusammenhängenden Fragen, so daß der §§.-Gruppe kein logisches Schema zu Grunde liegt. Das obige Schema wäre nur dann durchgeführt, wenn in §§. 670, 671 von der Natur der vermächtnißweisen Dotirung die Rede wäre, was nicht der Fall ist (s. Abf. V a. G.). Aber auch das Verhältniß der beiden letzteren §§. läßt sich nicht auf eine einfache logische Formel zurückführen (s. Abf. VI).

⁹⁾ Wir bedienen uns dieser hergebrachten Vorstellung der Vereinfachung wegen, wohl wissend, daß sie hinsichtlich des l. debiti theoretisch schief ist (s. oben 438 f.).

¹⁰⁾ Sei dies nun die Frau oder deren Erbe oder der Besteller der dos recepticia.

¹¹⁾ Es ist z. B. die Frau beim Tode des Mannes schon alt und krank und hält sich die Möglichkeit ihres Todes vor durchgeführter Restitution vor Augen.

¹²⁾ Vor und bei der Bestellung hat der freiwillige Besteller freiere Hand als der Dotationspflichtige, nach der Bestellung nicht mehr. Das verkennen manche unserer

schlechtern, also auch nicht den Mann legatwillig von der Restitutionspflicht befreien, höchstens (was aber nie vorkommen wird) dem Erben auftragen, statt des Mannes die Dotalschuld zu bezahlen.¹³⁾ Im Zweifel ist anzunehmen, daß ein solches legatum liberationis auf einem Rechts-Irrthum des Bestellers beruht,¹⁴⁾ also ungültig ist.¹⁵⁾ c) Wenn der Mann (oder sein Erbe) dem Restitutions-Berechtigten¹⁶⁾ das Heiratsgut vermachet, so ist dies ein legatum debiti. Wenn der Restitutions-Pflichtige einem Anderen als dem Berechtigten die Dos legirt, so ist das Legat im Zweifel als auf Irrthum beruhend, also ungültig, anzusehen.¹⁷⁾ Auf jenen Fall dagegen sind die allgemeinen Grundsätze vom leg. debiti (§§. 665, 667) anzuwenden. Ist nur unbestimmt z. B. „das eingebrachte Heiratsgut“ vermachet und es wurde keines eingebracht, so ist das Legat unwirksam;¹⁸⁾ ebenso wenn die dos in zwischen restituirt worden wäre. Ist dagegen eine Summe oder ein anderes Object hinreichend genau angegeben, so schadet die falsche Bezeichnung als Heiratsgut nicht, d. h. er bekommt das so Legirte, wenn er es auch als Dos nicht zu fordern hat.¹⁹⁾ Darnach sind die übrigen Fälle leicht zu entscheiden z. B. der, wo weniger eingebracht wurde, als der Testator angegeben hat. Stimmt seine Angabe vollkommen mit der Wirklichkeit, so bietet das Legat noch immer den Vortheil, den Bedachten des Beweises der Illation zu überheben (§. 669: „ohne Beweis“) und ihn gegen den Abzug der auf die Dotalsachen verwendeten Kosten zu sichern (§. 669). Ist die Größe der Dos nicht angegeben, so muß natürlich der Legatar dieselbe beweisen.²⁰⁾ — Da durch ein Legat weder ein Notherbe, noch viel weniger ein Gläubiger des Verstorbenen um

Juristen, wenn sie in obigem Zusammenhange zwischen dos voluntaria und necessaria unterscheiden wollen. Der Unterschied ist vielmehr: restitutionsberechtigter und nicht-restitutionsberechtigter Testator.

¹³⁾ Dies ist nur dort möglich, wo Geld zu restituiren ist. Wo dagegen ein Haus, eine Wirthschaft, eine Fabrik zu restituiren ist, kann gar nicht ein Dritter die Dotalschuld erfüllen. Höchstens könnte dem Erben aufgetragen sein, dem Restitutions-Pflichtigen die Einbuße, die er durch die Restitution erleidet, in Geld auszugleichen.

¹⁴⁾ Ein solcher Irrthum ist durchaus nicht unwahrscheinlich. Wir wissen aus Erfahrung, daß unvergleichlich gröbere Mißverständnisse bei Laien vorkommen; z. B. daß sie bei Schenkungen (namentlich in der engeren Familie) glauben, der Schenker könne, wenn er den Beschenkten überlebt habe, über das Geschenke disponiren. Wie viel näher liegt der Irrthum, daß der Vater, der den Dotalvertrag abgeschlossen, seinem Patriscenten (dem Schwiegerohne) hinterdrein die Restitution an die Tochter erlassen könne.

¹⁵⁾ Dieses Richtige schwebte Stubenrauch bei seiner Note 1 (zu §. 669 ff.) vor; dennoch ist sie verfehlt; aber nicht wegen dessen, was Unger Anm. 2 einwendet, sondern wegen des hier in N. 12 Gesagten. Unger's Bemerkung verschiebt das praktische Verhältniß und ist gegenüber der richtigeren Aeußerung über einen analogen Fall (in Anm. 1 Mitte) inconsequent.

¹⁶⁾ Sei dies nun die Frau oder deren Erbe oder Derjenige, dem die dos recepticia gebührt.

¹⁷⁾ Vgl. Unger Anm. 1 (Mitte).

¹⁸⁾ Cf. §. 15 Inst. de leg. II 20; Windscheid §. 658 Text zu N. 5.

¹⁹⁾ Windscheid §. 658 i. f. Vgl. diesen Commentar II S. 117 (Bb), S. 118 (Abf. VI); dann bei §. 663 ff. Abf. VIII bei und in N. 57. Richtig bemerkt Unger Anm. 1: es sollte in unserem §. 669 statt „die als Heiratsgut eingebrachte Summe oder Sache“ heißen: die als eingebrachtes Heiratsgut angegebene Summe oder Sache. — Sachlich richtig, sprachlich ein monstrum ist Rippel's Satz (S. 322): „Ist aber die als Heiratsgut eingebracht sein worden sollende Sache bestimmt . . .“

²⁰⁾ Rippel S. 322 will hier den („uneigentlichen“, Rippel Erl. d. allg. G. D. I S. 564) Schätzungseid (sog. Quantitätseid) zulassen, weil die Existenz der Forderung eingeräumt und nur die Höhe ungewiß sei (G. D. §§. 217, 218). Dagegen von jeher die herrschende Lehre arg. §. 665, der nicht nur verlangt, daß der Legatar den Betrag der Schuld, sondern daß er die „Schuld“ ausweise. S. Zeiller S. 607 Z. 2, der nur an einen Beweis durch Urkunden oder Zeugen denkt, Stubenrauch II S. 475, 477. Cf. L. 3 pr. C. de falsa causa 6, 44: „... necessaria probatio est numeratae pecuniae“. Windscheid §. 658 a. E. Anders aber wäre zu entscheiden, wenn die Illation der Dos anderweitig bewiesen oder von dem Erben zugestanden wäre.

ihre Rechte gebracht werden können, so ist auch das hier besprochene Vermächtniß ihnen gegenüber bedeutungslos (§. 665).²¹⁾

IV. Ein Seitenstück zur sog. Dotalschuld ist die aus der *promissio dotis* entspringende Obligation. Und auch darauf lassen sich die obigen Kategorien anwenden.²²⁾ a) Die *dos* ist promittirt, aber noch nicht gezahlt (*inferirt*) worden. Der Mann vermacht seinen Vertrags-Anspruch einem Dritten (*nomen legatum*). α) Hatte der Mann die *dos* zu lucriren,²³⁾ so gibt es keine Bedenken. β) Hätte er sie zu restituiren gehabt und er vermacht dem Berechtigten (also in der Regel der Witwe) jene Forderung, so ist es ein *legatum debiti*, da die Restitution einer nicht *inferirten Dos* in der Regel in der Ueberlassung des Anspruchs gegen den Besteller (Promittenten) besteht. γ) Hätte er im vorigen Falle das *nomen* einem Dritten (der nicht restitutionsberechtigt ist) vermacht, so ist αα) das *Legat* wegen Irrthums ungültig, oder ββ) Testator war nicht im Irrthum, dann muß der Erbe sowohl den Legatar als den Restitutions-Berechtigten befriedigen (den Einen durch Ueberlassung des *nomen*, den Anderen durch Geldabfindung). Aus nahe liegenden psychologischen Betrachtungen und nach Analogie zweier im Abs. III gegebener Entscheidungen ist im Zweifel der Fall αα) anzunehmen. — b) *Legatum liberationis*. Der Mann erläßt dem Besteller (Promittenten) die Schuld. α) Er hatte die *Dos* zu lucriren (s. N. 23); dann gibt es keinen Anlaß zu Zweifeln. β) Sonst aber ist αα) ein Zweifel wohl möglich und dann Irrthum und folgerweise Ungültigkeit anzunehmen, und nur ββ) wo der Irrthum ausgeschlossen ist, wäre der Promittent liberirt und dem Restitutions-Berechtigten aus dem Nachlaß Ersatz zu leisten. c) *Legatum debiti*. Z. B. „Nachdem ich meinem Schwiegerohne ohnehin ein Heiratsgut bindend versprochen, aber noch nicht gegeben habe, sollen ihm meine Erben 1/2 Jahr nach meinem Tode 10 000 fl. bezahlen.“ Es ist nicht zu untersuchen, ob das Versprechen bindend war, ob nicht weniger, ob nicht für einen späteren Zeitpunkt versprochen war (s. N. 21 a. E.).

V. B) Dotirung und zwar 1) durch *Dos*bestellung. a) Einem verheirateten Manne wird eine bestimmte *Dos* vermacht, so ist sie damit auch schon bestellt, noch bevor das *Legat* entrichtet ist; gleichwie schon die *promissio dotis* Bestellung ist.²⁴⁾ In unserem Falle ist auch die Frau als honorirt anzusehen.²⁵⁾ b) Dasselbe gilt, wenn einem unverheirateten Manne, aber mit Rücksicht auf eine bestimmte in Aussicht genommene Heirat, eine *Dos* vermacht ist. Ob ein solches Vermächtniß ein bedingtes oder ein modales sei, und wann darin zugleich ein einfaches Vermächtniß der Dotirung (s. unten 2 c) enthalten sei, wird in einem eigenen Excursu untersucht.

2) Ohne (direkte) *Dos*bestellung. a) Wird einer verheirateten Frau ein Heiratsgut vermacht, so ist sie verpflichtet, das Empfangene ihrem Manne in dotem

21) Vgl. Rippel S. 323. — Ist die Angabe des Testators unwahr, so schafft sie dem Legatar Jenen gegenüber kein Recht; ist sie wahr, so überhebt sie nicht des Beweises. Dieses wird unter einen falschen Gesichtspunkt gebracht, wenn man sagt: die letztwillige Anerkennung der Dotalschuld beweise gegen den onerirten Erben, aber nicht gegen die Erbschaftsgläubiger und Mitherben. Das *legatum debiti* beweist überhaupt nichts. Der Erbe muß zahlen, nicht weil der Testator gestanden, sondern weil er befohlen hat.

22) Diese Gruppe von Verhältnissen (bez. Vermächtnissen) wird allgemein — und zwar nicht bloß von den österr. Juristen — übersehen.

23) Z. B. Es ist in den Ehepacten dem Mann für den Fall, daß er die Frau überlebt, die *Dos* zugesichert. Bald nach Eingehung der Ehe stirbt sie in einer Epidemie und der auch schon franke Mann ordnet obiges *Legat* an.

24) Rosshirt II S. 310 f. nimmt die Bestellung bald „als in der *Legats*-Vollziehung liegend“ an, bald findet er sie (was doch nicht dasselbe ist!) in der „Geltendmachung des *Legats*“.

25) Vgl. über diese Seite des Verhältnisses Unger §. 75 (N. g und h und den Text dazu).

zu geben. b) Wird einer Unverheirateten, aber mit Rücksicht auf eine bestimmte Heirat, ein solches Legat zugewendet, so ist es in der Regel ebenfalls ein modales. Doch können Ausnahmen nach entgegengesetzten Richtungen vorkommen: das Legat kann bedingt oder aber ein ganz einfaches sein (s. Excurs; daselbst auch über den Fall in Sammlung II Nr. 879). c) Wird ohne Rücksicht auf eine bestimmte Ehe einem Mädchen (oder einer Witwe) ein Heiratsgut legirt, so ist es in der Regel weder bedingt, noch modal, wie schon die Redactoren durch Hinweis auf §. 711 ausgesprochen haben.²⁶⁾ Man könnte dies das einfache Vermächtniß der Dotirung nennen, weil eben nur das Interesse der honorirten Frauensperson und gar nicht (nicht einmal indirekt) das eines Dritten bezweckt ist. Während in den Fällen unter 3. 1 die Dotirung durch die Dosbestellung erfolgt, während in den Fällen 2 a, b die Dotirung die conversio in dotem zur Pflicht macht, ist hier die Dotirung von der Dosbestellung ganz losgetrennt. In der ersten Gruppe ist die constitutio dotis primär, in der zweiten secundär, in der dritten gar nicht vorhanden.²⁷⁾

Wir haben hier (Abs. V) den regelmäßigen Fall vor Augen gehabt, daß ein bestimmtes Heiratsgut (genauer ein bestimmtes Object, eine Geldsumme, ein Haus u. s. f. als Heiratsgut oder zum Heiratsgut) vermacht ist. Unter den seltenen Fällen, wo unbestimmt „ein Heiratsgut“ legirt ist, ist wieder der Fall 2 c gewiß der allerseisten (wer wird z. B. einem 5jährigen²⁸⁾ Mädchen kurzweg „ein Heiratsgut“ vermachen!) und deshalb nicht leicht anzunehmen.²⁹⁾

Von den auf ein bestehendes Heiratsgut sich beziehenden Vermächtnissen (Abs. III, IV) behandelt unser Gesetzbuch nur 2 Fälle (in §. 669); von der vermächtnißweisen Dosbestellung handelt es allerdings auch, nämlich in §. 670, aber nicht um deren rechtliche Natur darzulegen, sondern nur um für die Bemessung eines unbestimmt vermachten Heiratsgutes einen Maßstab zu geben. Und deshalb gehen die Ansichten unserer Schriftsteller über die in Abs. V besprochenen Legate so weit auseinander.³⁰⁾

²⁶⁾ Vgl. Zeiller S. 614: „ein Vermächtniß zur ausgedrückten Absicht (§. 711)“. Nur ist bei ihm noch nicht einmal der geringste Versuch gemacht, die verschiedenen (in Abs. V erwähnten) Fälle zu unterscheiden. Doch scharf er hinsichtlich des in §. 670 behandelten Falles nochmals ein (S. 615 Z. 2), daß das Legat, „wosfern die Verehelichung nicht ausdrücklich zur Bedingung oder Pflicht gemacht worden ist (§. 711), (der Legatarin) in der zur Entrichtung der Vermächtnisse überhaupt bestimmten Frist (§. 685) ausgezahlt werden muß; es hat im Falle der Nichtverehelichung weder gegen sie selbst, noch gegen ihre Erben eine Zurückforderung Statt“. Das Wort „Heiratsgut“ ist im vorausgesetzten Falle in dem oben Abs. II gegen E.) angegebenen vulgären Sinne gebraucht.

²⁷⁾ Ueber den dritten Fall äußert sich Winivarter III S. 195 f. (im Wesentlichen treffend) so: „Wird das Heiratsgut einem Manne versprochen, so ist es immer als ein bedingtes Versprechen anzusehen . . .“ [Unsere älteren Juristen befassen unter „Bedingung“ auch den modus, gerade wie die römischen unter „condicio“.] „Denn der Ausdruck ‚Heiratsgut‘ hat in Beziehung auf den Mann gar keinen Sinn, wenn man nicht eine Ehe voraussetzt; aber rücksichtlich der Frauenspersonen ist es gar nichts Ungewöhnliches, daß ihnen ein Heiratsgut ausgesetzt, geschenkt oder vermacht werde, wenn es auch noch ganz ungewiß ist, ob sie je eine Ehe eingehen werden.“ Ein solches Vermächtniß läßt es der Legatarin frei, es zu der zwar ausgedrückten, aber nicht zur Pflicht gemachten Absicht zu verwenden oder nicht (§. 711). Weder der nur den Mann betreffende §. 1225, noch der eine bestimmte Ehe voraussetzende §. 1247 siehe entgegen; während es andererseits gut damit harmonirt, daß im §. 670 auf den Stand des Bräutigams nicht verwiesen wird.

²⁸⁾ Sonst ist nämlich der Fall 2c gerade bei einem Kinde am sichersten anzunehmen.

²⁹⁾ So viel muß man Paschmann (S. 5 Mitte) zugeben.

³⁰⁾ Wie Zeiller sie ganz allgemein (s. R. 26) für weder bedingte, noch modale hält, so schon die Redactoren (s. Abs. I a. E.). Freilich waren sie weit entfernt von einem Ueberblick über die reiche Casuistik. Aber sie haben diese Ansicht gerade anlässlich des §. 670, also eines unbestimmt vermachten Heiratsgutes, ausgesprochen, wo sie gerade, wie wir gezeigt, am bedenklichsten ist. Um so gewisser würden sie in jenen Fällen zugestimmt haben, wo auch wir ein „einfaches Dotations-Legat“ annehmen. Andererseits ist nicht zu übersehen, daß §. 670 eine Frauensperson als (und zwar direkt) Honorirte vor-

VI. Zu §. 670. Das Verhältniß der §§. 670 und 671 läßt sich nicht auf eine einfache logische Formel zurückführen. Unrichtig wäre es zu sagen, §. 670 handle von freiwilligen, §. 671 von dotationspflichtigen Bestellern, oder: jener von fremden Testatoren, dieser von Eltern. Der §. 670 setzt nur voraus, daß der Testator nicht der Vater sei; auf andere Ascendenten ist er keineswegs unanwendbar (s. unten). §. 671 geht auf alle Ascendenten (selbstverständlich, soweit sie und ihr Verhältniß für das Recht überhaupt und für die gesetzliche Erbfolge insbesondere anerkannt ist). Allerdings handelt §. 670 vom „unbestimmten Heiratsgut“, während §. 671 ein bestimmtes voraussetzt; dennoch ergibt dies kein Schema; denn es wird nicht dieselbe Frage hier für diesen, dort für jenen Fall untersucht, sondern die §§. betreffen ganz heterogene und nicht zusammenhängende Fragen.

„Vermacht der Erblasser einer dritten Person . . .“, diese Worte sind zunächst im Gegensatz zu §. 669 gemeint, wo ein Gatte den anderen honorirt. „Ein unbestimmtes Heiratsgut“, richtiger: „unbestimmt ‘ein Heiratsgut‘“. Man hätte immerhin ein solches Vermächtniß wegen mangelnder Bestimmtheit für ungültig erklären können;³¹⁾ man hat es aber durch Aufstellung dieses Maßstabes zu einem bestimmbaren gemacht. Das Gesetz nimmt dabei nicht Rücksicht auf Stand und Vermögen des künftigen Mannes,³²⁾ weil die Redaktoren das Vermächtniß als ein zur gewöhnlichen Frist

aussetzt. Dies selbst mußte den ersten Anstoß geben, zwischen den Fällen B 1 und B 2 zu unterscheiden, sobald man ((systematisch unrichtig) die Frage bei §. 670 (und nur bei ihm) zur Sprache brachte. Zeiller's flüchtige allgemeine Bemerkung steht noch bei §. 669 und wird bei §. 670 in Anwendung auf diesen speciellen Fall wiederholt und deutlicher ausgeführt; Rippel's bestimmende Aeußerung steht bei §. 670, ohne daß ihn dies zu tieferem Nachdenken veranlaßt hätte. Bei Ellinger, der ebenfalls Zeiller's Bemerkung zu §. 670 zieht, findet sich wenigstens schon die Hervorhebung, daß dieser §. honorirte Frauenspersonen voraussetze; ein entschiedener Fortschritt zur richtigen Unterscheidung findet sich bei Winivarter (s. N. 27), dem Stubenrauch (3. 3) folgt. — Gegen Zeiller behauptete M. Schuster (s. N. 7) (ebenfalls ohne zu unterscheiden), das Dotations-Vermächtniß sei ein aufschiebend bedingtes. Seine schwachen Argumente (S. 145—150) hat schon Winivarter (s. N. 27) widerlegt. Dennoch hat Pachmann (s. N. 7) versucht, Schuster's Ansicht als die richtige darzustellen. Seine Argumentation beruht größtentheils auf Verkennung der hier in Abf. II dargelegten Unterschiede. So wenn er Schuster's Argument aus §. 1218 und das ganz verkehrte aus §. 1225 wiederholt (s. oben N. 8), so wenn er (S. 4) behauptet: „So viel steht wohl fest, daß, wer einer Frauensperson ein Heiratsgut vermachet, auch dann, wenn er eine bestimmte Summe oder Sache nennt, haben will, es solle durch die Entrichtung des Vermächtnisses ein Heiratsgut entstehen“ — eine selbst für die Fälle B 2 a, b (geschweige denn c) falsche Behauptung. Neu, aber gleichfalls irrig, sind folgende Argumente: §. 670 verweise auf die Dotationspflicht der Eltern; nun trete aber diese Pflicht nur bei der Berechtigung ein (S. 7). Aber jene Verweisung betrifft nicht das an et quando, sondern nur das quantum der Donation (vgl. oben Text vor N. 36). Dann glaubt Pachmann (S. 9 f.), die Redaktoren hätten, wie überhaupt die Mehrzahl der damaligen Civilisten, „das Vermächtniß des Heiratsgutes“ nach röm. Recht für ein bedingtes angesehen, und daran habe man „einen weiteren, wenn gleich nur äußeren Grund“, Schuster's Ansicht für richtig zu halten; aber diese Annahme wird durch die Protokolle direkt widerlegt (Abf. I a. E.). Besser sind die Bemerkungen auf S. 5, 6; diesen haben wir theils schon Rechnung getragen (N. 29), theils geschieht es im Exkurs, wo auch seine Interpretation der l. 71 §. 3 D. 35. 1 (S. 7—9) besprochen wird.

³¹⁾ Eine ungebührliche Ausdehnung auf Fälle, wo die Willenserklärung unvollständig oder doch nicht vollständig erweislich ist, versucht dem §. 670 zu geben Damianitsch (s. N. 7) S. 113; s. dagegen Unger Anm. 6. — Das röm. Recht kennt keine dem §. 670 correspondirende Bestimmung. Wenn freilich Pachmann sagt, es wisse von dem Vermächtniß eines unbestimmten Heiratsgutes nichts, so geht er zu weit und wurde von Unger (Anm. 6) durch Hinweis auf l. 43 D. de leg. III widerlegt; unsere Behauptung dagegen trifft dies nicht, da l. 43 cit. voraussetzt, daß ein Vater seiner Tochter dotem arbitratu tutorum oder boni viri arbitratu legirt, wo dann das „quantum dotem“ ex dignitate, ex facultatibus, ex numero liberorum testamentum facientis beurtheilt werden soll.

³²⁾ Unrichtig Pachmann S. 13.

(§. 685) realisirbares, unbedingtes dachten (s. Abf. V und R. 27 a. E.); nicht auf das Vermögen des Testators, was nach der einen Richtung hin beinahe selbstverständlich,³³⁾ nach einer anderen aber nicht schlechthin durchführbar ist,^{33a)} nicht auf das der Legatarin („ohne Rücksicht auf ihr eigenes Vermögen“ §. 670) und ihres Vaters, weil gerade die Dürftigkeit dieser Personen in den meisten Fällen mit ein Motiv eines solchen Vermächtnisses sein wird. Der Maßstab ist überhaupt ein ideeller oder so zu sagen: hypothetischer. Allerdings wird auf den wirklichen Stand des Vaters der Legatarin verwiesen — womit in unserer Zeit der staatsbürgerlichen Gleichheit nur die gesammte sociale Stellung gemeint sein kann³⁴⁾ — aber nicht auf sein wirkliches Vermögen und folgeweise auch nicht auf seine wirkliche Dotationspflicht: „ein solches Heiratsgut, als der Vater dieser Person bei mittelmäßigem Vermögen nach seinem Stande abzureichen schuldig wäre“. Gemeint ist: ein für seinen Stand mittelmäßiges Vermögen.³⁵⁾ Sehr oft nämlich überwiegt das Vermögen die sociale Stellung, noch öfter vielleicht diese jenes, insbesondere bei hochgestellten Beamten, Officieren u. s. w., deren sociale Stellung gerade ihnen oft unmöglich macht, ein Vermögen sich zu ersparen. Es ist also nicht „Wohlhabenheit“ überhaupt, sondern eine Harmonie zwischen ökonomischer und socialer Stellung gemeint. Das Heiratsgut soll in dem Betrage von dem Dnerirten geleistet werden, welchen die Tochter in dem bloß gedachten Falle von ihrem Vater verlangen könnte (s. §. 1219 ff.), wenn sie kein Vermögen hätte, wohl aber er eines von der angegebenen Beschaffenheit, und wenn sie zur Zeit der Vermächtnißforderung heiraten würde.^{36) 37)}

Wenn die Legatarin ein uneheliches Kind ist, so muß man statt des Vaters in obiger Darlegung die Mutter einsetzen (s. §. 1220 a. E.). Man hat unnöthige Schwierigkeiten sich mit dem Bedenken bereitet, daß das uneheliche Kind nicht den Stand der Mutter theile. Dies ist aber nur insoweit wahr, als es nicht an deren Adel Theil hat (§. 165). Bei unserer obigen Erklärung von „Stand“ zerfällt dies Bedenken von selbst. Ganz sinnlos ist es, bloß auf das Vermögen der Mutter hin-

³³⁾ Man denke, daß z. B. ein sehr reicher und vornehmer Mann der Tochter eines seiner Diener ein Heiratsgut vermachet, so muß doch der Maßstab zunächst auf Seite der Honorirten gesucht werden, und der Reichthum des Testators kann nur den Einfluß haben, daß man bei der Ausmessung nicht ängstlich verfährt. L. 43 cit. widerspricht dem obigen „selbstverständlich“ nicht, weil hier und dort ganz verschiedene Thatbestände vorausgesetzt sind (s. R. 31).

^{33a)} Ist es ja, wenn auch kaum praktisch, so doch denkbar, daß das nach §. 670 berechnete Heiratsgut größer wäre als der ganze Nachlaß! Und so kann es auch sonst geboten sein, den nach §. 670 ermittelten Betrag mit Rücksicht auf den Werth des Nachlasses zu ermäßigen. — Hinwieder ginge die Behauptung zu weit, daß jenes hypothetische Vermögen des Vaters nie größer angenommen werden dürfe, als das wirkliche Vermögen des Testators. Dieser kann ja (etwa ein kinderloser naher Verwandter der Legatarin) eine größere Quote des Vermögens zu diesem Zweck verwenden können als der Vater, der vielleicht mehrere Kinder hat, bei gleichem Vermögen zu thun verpflichtet gewesen wäre. Es kommt also auf alle Verhältnisse an: Größe des Nachlasses, ob der Testator Kinder hat (bez. wie viele), in welchem Verhältniß er zur Legatarin stand, u. s. w. Kurz: auch in dieser Hinsicht (s. R. 35) muß der Richter „individualisiren“.

³⁴⁾ Vgl. Pachmann S. 10—14, der Scrupel über den Fall erhebt, daß Einer mehreren Ständen angehört; für unsere Auffassung existirt diese Schwierigkeit nicht, die indeß auch Pachmann praktisch befriedigend löst.

³⁵⁾ Man muß ferner auf das Domicil Rücksicht nehmen; denn ein anderer Maßstab gilt in einer Großstadt, ein anderer in einer kleineren Stadt oder endlich auf dem Dorfe. Ueberhaupt muß man „individualisiren“.

³⁶⁾ Vgl. Zeiller zu §. 670 Z. 1. — Alle diese „wenn“ rechtfertigen die Bezeichnung „hypothetischer Maßstab“. Von allem anderen zu schweigen, kann ja der Vater schon längst gestorben sein!

³⁷⁾ Wir müssen übrigens auf den §. 670 noch im Ehegüterrecht zurück kommen; denn er allein löst die (bisher nicht gehörig beachteten) Widersprüche, in welche uns die irrationale Formel des §. 1220 hineinführt.

zuweisen. Denn, wie schon angedeutet, ist die Unvermögenheit der Mutter zur Dotation, womit auch ihre Pflicht dazu entfällt (§. 1221), meist der Anlaß zu einem solchen Legate. Wollte man also ihr wirkliches Vermögen, ihre Dotations-Verbindlichkeit zum Maßstab nehmen, so würde sich der Werth des Legates oft auf Null reduciren!³⁸⁾

Wie aber, wenn eines der Eltern ein „unbestimmtes Heiratsgut“ vermachet? Man hätte erwarten können, die Redactoren würden hierauf in §. 671 die Antwort geben; es ist nicht geschehen; über einer ganz heterogenen Frage wurde diese übersehen. Daß nun §. 670 auf den ehelichen Vater unanwendbar ist, versteht sich von selbst. Bei ihm kann doch nicht ein hypothetisches, sondern nur sein wirkliches Vermögen den Maßstab abgeben; es muß hinsichtlich seiner auch für uns bei der l. 43 cit. (f. N. 31) sein Bewenden haben. Und Gleiches muß wohl auch gelten, wenn der Testator ein anderer in concreto dotationspflichtiger Ascendent ist. Dagegen findet auf andere Ascendenten §. 670 allerdings Anwendung, mögen sie auch in abstracto dotationspflichtig sein (denn das sind ja alle ehelichen Ascendenten).³⁹⁾

§. 671.

Vermachen Aeltern den Töchtern ein Heiratsgut; so wird dasselbe, sofern es nicht ausdrücklich als ein Vorausvermächtniß erklärt worden, in den gesetzlichen oder letztwilligen Erbtheil eingerechnet.

I. Was dieser §. soll, ist ohne Kenntniß der Redactionsgeschichte¹⁾ kaum zu errathen. Es ist also kein Tadel, wenn wir sagen, daß sämmtliche bisher über ihn geäußerte Meinungen irrig sind.

II. Sein wahrer Sinn ist oben bei §. 648 in Abs. VI mitgetheilt (§. 396).

III. Der Beweis, daß dies sein wahrer Sinn ist, würde hier einen unverhältnißmäßig großen Raum einnehmen, und ist in den Excursen (zu §. 671), wo ihm ein eigener Aufsatz gewidmet ist, nachzulesen. — An dieser Stelle sind nur noch einige Detailpunkte zu berühren.

IV. Unter „Eltern“ sind auch die Großeltern, unter „Töchter“ auch die Enkelinnen gemeint (arg. §. 42).²⁾ Der ausdrücklich auch die letzteren erwähnende Antrag Prato bevera's wurde meritorisch durchaus gebilligt, nur hielt man die Textirung des westgal. G. B. (§. 460) für genügend.³⁾ Deshalb muß man jene Worte im weiteren Sinne nehmen, so sehr es sich sonst empfiehlt, verfehlte Gesetzesbestimmungen stricte auszulegen.

V. Dagegen bezieht sich der §. 671 auf andere Gaben des §. 788 gewiß nicht.⁴⁾

³⁸⁾ Falsch Rippel S. 324: Weil das uneheliche Kind die Ständerechte der Mutter nicht genieße, müsse auf die Erziehung des Kindes allein Rücksicht genommen werden. (Dies ist nur dort richtig, wo auch die Mutter unbekannt ist.) Ihm folgt Stubenrauch (Z. 4 a. E.). Noch viel verkehrter Winwartner S. 196: das Vermögen der Mutter gebe den Maßstab ab (!); richtig (andeutungsweise) Zeiller (zu §. 670 Z. 1) und (ausführlich) Damianitsch S. 114 f.

³⁹⁾ Das Verhältniß zwischen Dotations-Pflichtigkeit in abstracto und in concreto kann erst bei §. 1220 dargelegt werden.

¹⁾ Sie steht in den Excursen; daselbst auch (Abs. III) der Wortlaut des correspondirenden §. 460 Westgal. G. B. II.

²⁾ Basevi p. 276. — Selbstverständlich (Basevi glaubt es gegenüber l. 6 D. 37, 6 besonders hervorheben zu müssen) ist §. 671 nicht anwendbar, wenn die Tochter ihren Vater beerbt, das Heiratsgut aber ihr vom Vater des Vaters letztwillig zugewendet wurde. — Dieser Autor erinnert auch noch daran, daß die „dos praelegata“ im Sinne des tit. D. 33, 4 nicht correspondirt dem „vorausvermachten Heiratsgut“ im Sinne des §. 671.

³⁾ S. die Excurse zu diesem §., Abs. III.

⁴⁾ Vgl. M. Schuster Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1831, II S. 116, wo aber der Zusatz „weil (die Eltern) gewöhnlich geneigter sind, ihren Söhnen, als ihren Töchtern einen Vorzug einzuräumen“ besser weggeblieben wäre.

f) des Unterhaltes; der Erziehung; oder Kost;

§. 672.

Das Vermächtniß des Unterhaltes begreift Nahrung, Kleidung, Wohnung und die übrigen Bedürfnisse, und zwar auf lebenslang, wie auch den nöthigen Unterricht in sich. Alles dieses wird auch unter Erziehung verstanden. Die Erziehung endigt sich mit der Volljährigkeit. Unter Kost wird Speise und Trant auf lebenslang begriffen.

§. 673.

Das Maß der im vorstehenden §. angeführten Vermächtnisse, wenn es weder aus dem ausdrücklichen, noch aus dem stillschweigenden, durch die bisherige Unterstützung erklärten, Willen des Erblassers erhellet, muß nach dem Stande bestimmt werden, welcher dem Legatar eigen ist, oder, wozu er durch die genossene Verpflegung vorbereitet worden ist.

I. Redaction. Im Westgal. G. B. stehen die einschlägigen Bestimmungen noch in einem engeren Zusammenhang mit den voranstehenden als jetzt. Dem §. 670 correspondirt dort nämlich der §. 461 (die Anordnungen des §. 670 und §. 671 stehen dort in umgekehrter Folge) und daran schließt sich unmittelbar §. 462, der so lautet:

Der nämliche Maßstab wird beobachtet, wenn einer Person die Ausstattung allein, wenn ihr Unterhalt, Erziehung, Kost, Wohnung, oder Einrichtung und dergleichen vermachet wird.

Zeiller wendete (S. v. 16. April 1804) dagegen ein: Wer einem Kinde unterster Klasse eine Erziehung angedeihen lasse, gebe schon dadurch zu erkennen, daß es zu einem besseren Stande, als ihm seine Geburt anweist, vorbereitet und daher besser gehalten werden solle. Die übrigen Botanten waren einverstanden; nur der Präsident (Gf. Kottenhan) warf ein: Auch Zeiller's Bemerkung treffe nicht alle Fälle; denn es könne Jemand ein Kind für einen besseren Stand ausbilden lassen wollen, ohne ihm bisher eine Erziehung gegeben zu haben. Man beschloß deshalb, die Ausstattung in den §. 461 aufzunehmen, die übrigen Legate zu §. 463 zu ziehen, und den §. 462 ganz wegzulassen. (Vgl. oben bei §. 669 f. Abs. I.)

§. 463 Westgal. G. B. II lautet:

Der Unterhalt begreift Nahrung, Kleidung, Wohnung, Unterricht, mit einem Worte alle standesmäßigen Bedürfnisse und zwar auf Zeit Lebens in sich. Alles dieses wird auch unter Erziehung verstanden. Die Erziehung endigt sich mit der Volljährigkeit. Unter Kost wird in der Regel lebenslängliche Speise und Trant begriffen.

Unberücksichtigt blieb der Vorschlag des innerösterreich. A. G., zuzusetzen:

Genießt der Legatar den Unterhalt oder die Kost an einem dritten Ort, allenfalls auch unentgeltlich, oder sind einige Raten in Rückstand geblieben, so gebührt ihm doch dafür von dem Erben allezeit die Vergütung.

Die Frage der Freyburger Facultät, ob der einer Frauensperson vermachte Unterhalt nicht mit ihrer Verheirathung endige, blieb unbeantwortet. Eine nicht genannte Commission wollte den Unterricht nicht unter dem Legat des Unterhaltes begriffen wissen, außer wenn das Vermächtniß von den Eltern ausgeht — eine Erinnerung an's römische Recht.¹⁾ Dieselbe Commission tadelte den Ausdruck „standesmäßige Bedürfnisse“ als zu unbestimmt; das Legat könnte darnach so ausgelegt werden, daß es den größten Theil der Verlassenschaft erschöpfen würde.

Zeiller rieth, alle Monita unbeachtet zu lassen.²⁾ Die anderen Botanten erinnerten an die bei §. 462 gemachten Bemerkungen. Es wurde hierauf beschloffen, über den Maßstab einen eigenen Paragraphen hinzuzufügen. Der einzige erwähnens-

1) S. Linden zu § 672, und die Stellen daselbst in N. 3 und 4.

2) Dieses allzu summarische Verfahren ahmte der Protokollist nach, der uns nur die Beschlüsse, ohne die Debatte oder auch nur die Art der Abstimmung, mittheilt. Proben seiner Flüchtigkeit: „eine andere Commission“, „die anderen Botanten“!

werthe Unterschied zwischen der in dieser Sitzung (16. April 1804) vereinbarten Textirung und der jetzigen (§§. 672, 673) besteht darin, daß der „Unterricht“ vor den „übrigen Bedürfnissen“ eingereiht war — ein später corrigirtes handgreifliches Versehen, da die Worte „und zwar auf lebenslang“ keine Anwendung auf den Unterricht haben können.

II. Zu §. 672. Der gemeinschaftliche Charakter der hier behandelten Vermächtnisse ist der einer mehr oder minder weitreichenden Verpflegung.^{2a)} Im engern Sinne freilich muß dieses Wort als gleichbedeutend mit „Unterhalt“ genommen werden. a) „Unterhalt“ und „Erziehung“ unterscheiden sich bei gleichem Inhalt durch die Dauer, „Unterhalt“ und „Kost“ bei gleicher Dauer durch den Inhalt. Das Vermächtniß des Unterhaltes reicht theilweise weiter, als das römische Alimenten-Legat (s. Redaction).³⁾ „Die übrigen Bedürfnisse“, z. B. Heizung, Beleuchtung und insbesondere auch Krankheitskosten,⁴⁾ bez. bei Geisteskranken die Kosten der Unterbringung in eine Heilanstalt. „Auf lebenslang“, wenn nicht das Gegentheil gesagt oder sonst ein anderer Wille des Testators erkennbar ist (§. 683 i. f.).⁵⁾ b) Die „Erziehung“ umfaßt nicht nur die Kosten der intellectuellen und moralischen, sondern auch der physischen Pflege und Ausbildung, kurz: „Aufziehens“. Sie endet mit der erreichten Volljährigkeit, d. h. dem vollendeten 24. Jahre (§. 251 pr., §. 21). Daß die Bevormundung ausnahmsweise länger (§. 251) oder kürzer (§. 252) dauert, ist, wosfern nicht eine andere Intention des Verfügenden nachgewiesen wird, ohne Einfluß auf die Dauer des Vermächtnisses.⁶⁾ c) „Kost“ vgl. l. 21 D. de alim. v. cib. leg. 34. 1. — Keines dieser Legate gibt einen Anspruch auf Dos oder Ausstattung.⁷⁾ — Es ist im Gesetze zwar nirgends ausgesprochen, dennoch aber seit jeher unter den Österr. Juristen feststehende Ansicht,⁸⁾ daß es dem Belasteten freisteht, ob er die Verpflegung in natura leisten oder durch eine Rente rekuriren wolle, auf welche dann sowohl §. 687, als §. 1418 Anwendung finden. E. ferner §. 691.⁹⁾

^{2a)} Gemeinschaftlich allen in den §§. 670—673 behandelten Legaten ist der Charakter theilweiser „Versorgung“. Und dies ist der Grund, warum (was an sich auffallend wäre) die beiden Fälle des §. 669 den Fällen von §. 670 f. vorangestellt sind. §§. 669 bis 671 bilden eine Gruppe (Heiratsgut), die sich durch §. 669 an die liberatio legata und das debitum legatum und damit überhaupt an die Gruppe der §§. 663—668, durch §§. 670, 671 an die §§. 672, 673 anschließt. Dies ist das (im Westgal. G. B. noch deutlicher erkennbare) geistige Band, das diese scheinbar zufällig neben einander stehenden 3 Gruppen zusammenhält.

³⁾ Vgl. Note 1; dann Stubenrauch 1. Aufl. II S. 482 N. *; Unger §. 74 Anm. 4 und die dort Citirten.

⁴⁾ Zeiller S. 617.

⁵⁾ Es ist also quaestio voluntatis, bei der man aber, solange man keine Gewißheit über den Willen des Testators hat, an der Lebenslänglichkeit festhalten muß. Vgl. die bei Linden N. 2 (oder auch bei Arndts §. 573 N. c) cit. Stellen. Dies zugleich die Antwort auf die von der Freyburger Facultät aufgeworfene Frage (s. Abf. I). Ueberhaupt ist der Fortbezug des legitimen Unterhaltes im Zweifel unabhängig davon, ob der Legatar in Dürftigkeit, arbeitsunfähig u. dgl. ist. Vgl. auch Stubenrauch 3. 1. — E. hierzu Unger §. 74 Al. 5. — Mit Recht erkannte der oberste G. H. (Sammlung XIII Nr. 5883), daß in der dem Erben auferlegten Pflicht, „die kleinen Kinder zu erhalten“ keine lebenslängliche Alimentation gegeben sei, sondern daß der Anspruch erlischt, sobald die Kinder sich selbst erhalten können. Nur wurde die Altersgrenze in concreto gar zu tief gegriffen (12 jähr. Dorfmadchen!).

⁶⁾ Zugleich unrichtig und inconsequent Rippel IV S. 328. Richtig Stubenrauch 3. 2, Basevi 3. 5; Unger System. I §. 37 N. 20, 21.

⁷⁾ Vgl. Zeiller S. 617 3. 2.

⁸⁾ So schon Zeiller S. 617 f. und alle Folgenden, sofern sie überhaupt darauf eingehen. — Die ausweichende Art, wie Zeiller des Vergleiches über legitime Alimente (wegen des röm. Rechts s. Arndts §. 269 Al. 4) gedenkt, bestätigt unsere Behauptung (s. Bd. I S. 61) über die Zeit der Abfassung von Zeiller's Commentar.

⁹⁾ Es wird immer dieser §. (und ebenso §. 1418) nur auf das Vermächtniß unter a) bezogen, während u. E. das Gleiche von Allen drei Arten des Alimenten-Legates (im

III. Zu §. 673. Was das Maß der Verpflegung (a—c) betrifft, so bietet im Familienrecht der sog. anständige (standesgemäße) Unterhalt, im Unterschied vom sog. nothwendigen (nothdürftigen) (vgl. z. B. §. 795 und §. 796), ein Analogon.¹⁰⁾ Doch zeigt schon das in Abs. I Erzählte, daß dies nur zur ersten Orientirung, und nicht als durchgreifende Regel dienen kann. Weitere Anhaltspunkte geben die bisher vom Verstorbener gewährte Verpflegung, die Nähe ihrer Beziehungen, die Größe des Nachlasses u. dgl.¹¹⁾ — Wenn Geld geleistet wird, so ist der Betrag (§. 1418) mit den Preisen der Lebensmittel, Wohnungen u. s. w. veränderlich.¹²⁾ — Ueber den Anfang dieses Rentenanspruchs s. bei §. 691 und vorläufig Unger §. 74 N. 2 und 6.

IV. Den Charakter einer theilweisen Versorgung (s. R. 2^a) trägt auch das Vermächtniß der Dienstbelassung an sich.¹³⁾ Meist den erbenden Kindern zu Gunsten der Dienstleute des Testators aufgelegt, kann es auch anderen Erben (überhaupt Dnerirten) zu Gunsten anderer Dienstpersonen aufgetragen werden. Damit sind Dierien¹⁴⁾ die ökonomischen Vortheile zugewendet, welche dem Diener im Augenblicke des Todes des Erblassers aus dem Dienstvertrage zustanden. Wenn der Dienstgeber später (und zwar nachdem ihm diese Anordnung bekannt geworden) den Lohn erhöht, so betrifft die Frage, ob auch diese Mehrung dauernd vom Legatar beansprucht werden kann, den Inhalt des die Erhöhung betreffenden Vertrages und nicht¹⁵⁾ den Inhalt des Vermächtnisses. — Das Vermächtniß ist bedingt¹⁶⁾ und betagt; der Anspruch dauert nur so lange, als der Legatar diejenigen Dienste, welche in dieser Stellung billiger Weise von ihm verlangt werden können, leistet oder doch zu leisten bereit ist. Er verliert den Anspruch, wenn er selbst den Dienstposten aufgibt, oder Dienste, die mit Fug von ihm verlangt werden, beharrlich verweigert oder sonst (durch Unfolgsamkeit, Trunkenheit, unanständiges Benehmen) dem Dienstgeber einen genügenden Grund gibt, ihn zu entlassen;¹⁷⁾ denn der Sinn des Vermächtnisses kann nicht der sein, daß der Diener gar nicht, sondern nur der, daß er nicht willkürlich soll entlassen werden. Andererseits liegt in der obigen Regel, daß der Anspruch nicht verloren geht, wenn der Dnerirte die Dienste nicht annehmen will. Wie aber, wenn ohne ein Verschulden von dieser oder jener Seite die Dienste a) nicht mehr geleistet oder b) nicht mehr angenommen werden können? Zu a) Ob der durch andauernde Krankheit, äußere Verletzungen, hohes Alter dienstunfähige dennoch seinen Anspruch auf äquivalente Versorgung behält, ist quaestio voluntatis.¹⁸⁾ Einerseits besteht ein favor aller Versorgungs-Legate, andererseits gilt die Auslegungsregel, daß man im Zweifel sich für die geringere Belastung entscheiden soll — Erwägungen, welche

weit. S.) gilt. Auch im röm. Recht genoß es verschiedene Begünstigungen; s. Windscheid §. 660 i. f.

¹⁰⁾ Vgl. Westfal. G. B. II §. 463 (s. oben); Zeiller S. 618: „... nicht bloß die allgemeinen, dringenden, sondern auch jene Bedürfnisse, die, mit Rücksicht auf Anstand und gewohnte Lebensart, der gegenwärtige oder doch vorbereitete Stand des Legatars mit sich bringt“.

¹¹⁾ Vgl. Linden zu §. 673, Stubenrauch §. 4, Unger §. 74 Text zu R. o und p, Windscheid §. 660 B. 2.

¹²⁾ Zeiller S. 619.

¹³⁾ Unsere Commentatoren pflegen es, unpassender Weise, bei §. 653 zu erwähnen. Ein eigener Aufsatz über dies Legat ist von Wildner im Jurist XIV S. 413 ff. — Verschieden davon ist die vermächtnißweise Belassung des Dienstgehaltes; s. Zeiller S. 641.

¹⁴⁾ Verkehrt ist Wildner's Behauptung, daß darin zugleich ein Legat für den Dienstgeber liege (S. 413 f.); falsch daher auch die Folgerung, daß der Dienende, wenn er das Vermächtniß angenommen hat, verbunden sei, im Dienste des Dnerirten zu bleiben (S. 414 lit. b a. E.).

¹⁵⁾ Wie Wildner meint.

¹⁶⁾ Vgl. Stubenrauch 1. Aufl. II. S. 455 R. ***, 2. Aufl. I. S. 860 R. 1.

¹⁷⁾ Uebrigens kann der Erblasser auch darüber, welche Gründe genügend sind, welche nicht, eine Anordnung treffen; s. Wildner S. 418.

¹⁸⁾ Zu allgemein spricht sich für die Bejahung Wildner S. 417 aus.

in diesem Falle die sonst daraus fließenden Consequenzen aufheben; sie paralysiren sich gegenseitig. Im Zweifel ist daran festzuhalten, daß der Anspruch durch die entsprechenden Dienste bedingt ist (s. oben), d. h. durch ihr Ausbleiben beendet wird. Es kann aber daran für die Zeit der unverschuldeten Dienstunfähigkeit, namentlich des Alters, ein Unterhalts-Legat entweder ausdrücklich (Aussetzung einer sog. Pension) oder stillschweigend geknüpft sein, z. B. wenn der Honorirte schon zur Zeit der Anordnung kränklich oder alt und dies vielleicht gerade das Motiv derselben war. — Zu b) Auch hier ist im Zweifel daran festzuhalten, daß „der Zufall denjenigen trifft, in dessen Person er sich ereignet“ (§. 1311). Der auswandernde Erbe z. B., der dem Diener nicht mitnehmen kann, wird seiner Verpflichtung nicht ledig. Er muß dem Diener eine Geldentschädigung zahlen (vgl. §. 1155), wobei auf die Verschaffung eines anderen entsprechenden Dienstes, solange diese Versorgung dauert, billige Rücksicht zu nehmen ist. — Andererseits ist der Dnerirte niemals verpflichtet, dem Legat der „Dienstbelassung“ wörtlich nachzukommen, d. h. den Honorirten in Dienst und Haushaltung bei sich zu haben; immer steht es ihm frei, auf die Dienste zu verzichten, wenn er nur den Lohn weiter zahlt und die anderen Vortheile (Wohnung, Kost, Beheizung, Licht . . .) relucirt. Hiefür sprechen ebenso starke Gründe, wie für die analoge in Abf. II a. C. gegebene Entscheidung.¹⁹⁾ — Welchen Einfluß verschlechterte Vermögens-Verhältnisse des Dnerirten üben, muß billigem richterlichen Ermessen anheimgestellt bleiben.

Vorbemerkungen zu §§. 674—680.

I. Schon bei früherer Gelegenheit, nämlich am Schluß des ersten Hauptstücks des II. Theils des Westgal. G. B. (S. v. 28. März 1803) hatte Zeiller bemerkt: Im preuß. G. B. und im französischen Entwürfe würden gleich in dem Hauptstücke von Sachen überhaupt die Begriffe Möbel, bares Vermögen, Gold und Silber, Putz, Edelsteine, Juwelen, Garderobe, Equipage u. dgl. bestimmt. Das Westgal. G. B. dagegen erkläre diese Begriffe erst in dem Hauptstück von den Vermächtnissen, während doch wohl der erstere Platz zukünftlicher sei, weil diese Gegenstände auch Objecte von Verträgen werden können. Damals wurde diese systematische Frage offen gelassen. Mag nun die Unterlassung einer diesbezüglichen Aenderung aus Vergeßlichkeit oder aus einem späteren Beschlusse zu erklären sein, sie ist nicht zu bedauern. Gewiß gehören derartige Regeln nicht in das erwähnte Capitel, auch nicht in's Sachenrecht. Gewiß werden Verträge über so allgemein bezeichnete Objecte viel seltener vorkommen

¹⁹⁾ Der Eingriff in die Freiheit des Dnerirten wäre sonst zu groß. Auch muß man immer genau untersuchen, ob überhaupt ein Legat, ob nicht vielmehr bloß ein Rath oder Wunsch vorliegt. In dem von Wildner S. 417 f. erzählten Falle war nur die zweite Hälfte des Codicills wirklich ein Vermächtniß; das Uebrige war nur ein Wunsch, eine Ermahnung; und damit zerfallen die abgeschmackten Ausführungen Wildner's, wonach die Anordnung des Testators nicht nur dessen eigene Dienerschaft, sondern auch die übrige des Dnerirten betroffen haben sollte. — Mit Recht dagegen wurde vom obersten G. H. (s. Ger. Ztg. v. 1877 Nr. 95, in der Sammlung XV Nr. 6558) erkannt, daß ein Pensions-Legat (es war einem Verwalter eine Pension, wenn er eine gewisse Zeit hindurch treu gedient hat, zugesichert) durch willkürliche Dienstentlassung nicht vereitelt werden könne. Doch wurde dieser Anspruch als durch den Ablauf jener Zeit betagt erklärt; damit scheint also die Frage, ob nicht in dem Pensions-Legat für die Zwischenzeit ein Legat der Dienstbelassung enthalten sei, verneint zu sein. Allein genauere Betrachtung zeigt, daß man dieses nicht beabsichtigte, sondern nur den Pensions-Anspruch als hinausgeschoben bezeichnen wollte. Daneben aber bemerkte die II. Instanz, deren Urtheil die dritte bestätigte, daß durch die vorzeitige Dienstentlassung immerhin Entschädigungsansprüche begründet worden sein können; ja die III. Instanz erklärte ausdrücklich den Sinn der Anordnung dahin, es solle der Verwalter, so lange er diensttauglich ist, im activen Dienste belassen werden.

als Vermächtnisse dieses Inhaltes; und endlich hindert ja in solchen seltenen Fällen nichts, auf die Analogie dieser Vorschriften sich zu berufen.¹⁾

II. Ueber den Charakter dieser Regeln s. oben bei §. 655 Abs. VII.

III. In jedem der in diesen §§. vorausgesetzten Fälle, mag es sich nun um eine wahre Sachgesamtheit, oder bloß um eine Gesamt-Bezeichnung handeln, liegt ein einheitliches Vermächtniß vor, dessen Umfang sich in der Regel nach dem Stand der Dinge zur Zeit des Todes des Testators, nicht zur Zeit der Anordnung richtet.²⁾

g) der Mobilien; des Hausrathes;

§. 674.

Unter Mobilien (Meublen) werden nur die zum anständigen Gebrauche der Wohnung; unter Hausrath oder Einrichtung zugleich die zu Führung der Haushaltung erforderlichen Geräthschaften verstanden. Die Werkzeuge zum Betriebe des Gewerbes sind, ohne eine deutlichere Erklärung, darunter nicht begriffen.

I. Redaction. §. 464 Westgal. G. B. II. lautet:

Die Einrichtung schließt alle Geräte und Werkzeuge in sich ein, die zum anständigen Gebrauche der Wohnung, zur Führung der Haushaltung, und zum Betrieb des Gewerbes erforderlich sind.

Die Wiener Facultät tadelte die Schlußworte, die Prager wünschte das Wort „Möbel“ hier erklärt. Beiden Anregungen Rechnung tragend proponirte Zeiller (S. v. 16. April 1804) den jetzigen Text,¹⁾ der von der Mehrheit angenommen wurde. Schmidfeld und Tyro wünschten „die Möbeln“ mit „Zimmer-Einrichtung“ umschrieben; Nischen und Vicepr. v. Haan vertheidigten die die Gewerbs-Geräthschaften betreffenden Schlußworte des §. 464.

II. „Möbel.“ Mit Recht geht hier das Gesetz nicht auf die ethymologische oder juristische Bedeutung von „Mobilien“ zurück, sondern hält sich an den vulgären Sprachgebrauch. In diesem aber muß man wieder eine engere und eine weitere Bedeutung unterscheiden; jene wird durch die Hinweisung auf „Möbel-Handlung“, diese durch die Erinnerung an „möblirte Wohnung“ am schnellsten verdeutlicht. Klaviere, Wanduhren, Billards pflegt man nicht in Möbelhandlungen zu kaufen, zu den Möbeln im weit. Sinne dürfen sie gezählt werden. Da es sich hier eben um einen vulgären Sprachgebrauch handelt, so wird eine begriffliche Begrenzung nicht gelingen. Wollte man etwa für den Begriff eines Möbelstücks die Tischlerarbeit als wesentlich erklären, so würde dies durch den Hinweis auf eiserne Betten u. dgl. widerlegt. Wollte man die oben genannten Objecte ausschließen, weil sie keine so directe Beziehung auf das Wohnen haben, wie Bettgestelle, Tische, Sessel, sondern jedes seine besondere Zweckbestimmung, so würde man der Einwendung begegnen, daß jene Objecte einen Doppelcharakter haben. Dasjenige, wodurch sich ein Klavier von einer Violine, eine Wanduhr von einer Taschenuhr, ein Billard von einem Schachbrett unterscheidet, macht die oben genannten Instrumente zu „Möbeln“. Wer dies leugnet, müßte consequent auch Spieltische, Büffets, Blumenständer, Büchergestelle u. dgl. ausschließen. Schwerer schon entschließt man sich, Teppiche, Vorhänge, Kronleuchter, Hängelampen, Vasen u. dgl. als „Möbel“ gelten zu lassen. Und gewiß wird man einen solchen Gegenstand, wo er als einzelner in Betracht kommt, nicht leicht als „Möbel“ (= Möbelstück) bezeichnen; anders, wo er nur als Theil der „Möbel“ in toto d. h. des Zimmergeräthes (ameublement) betrachtet wird. Daß die Redactoren die weitere Bedeutung im Sinne hatten, zeigt Zeiller's Commentar, der auch der Verzierung der Wohnzimmern gedenkt (S. 619) und Lustres, Wanduhren, Spiegel,

1) Auch Rippel IV S. 297 Z. 1 und S. 339 erkennt dies ausdrücklich an.

2) Vgl. hierüber Unger §. 69. — Vgl. I. 2 und I. 6 D. de leg. II.

1) Nur lautete der Anfang: „Unter Möbel (Mobilien) . . .“

ja sogar Tapeten unter die Möbel zählt (S. 620) und auf die so Vieles umfassende Erklärung der Worte „meubles meublans“ im Code civ. a. 534 sich beruft (ebd. Note). Bilder können, soferne sie Kunstwerke von namhaftem Werthe oder gar Bestandtheile einer Sammlung sind, nicht unter §. 674 pr. befaßt werden; wohl aber soweit sie gewöhnliche Wandverzierungen sind;²⁾ mögen sie übrigens Photographien, Aquarelle, Delldrucke, Stahl- und Kupferstiche u. s. w. sein. Schon Zeiller erwähnt, daß die Art der Befestigung (man verwechselte dies damals mit Pertinenz-Qualität, §. 297) eine Ausnahme begründen könne (eingemauerte Spiegel, ohne Schädigung nicht abtrennbare Tapeten . . .); und andererseits kann die Zugehörigkeit zu einem Möbelstück im entgegengesetzten Sinne wirken (z. B. ein Sopha ist geziert mit einem gestickten Kissen). Mit den Bettstellen sind auch die Matragen, Polster u. s. w. vermacht, ohne welche ja jene nicht benutzt werden können (S. 294).

Es ist unmöglich, etwas Erschöpfendes über diese Frage zu sagen. Aber der unbefriedigende Eindruck vorstehender Ausführungen wird vielleicht durch folgende Ermägungen abgeschwächt: a) durch die allgemeinen bei §. 655 Abs. VII vorgetragenen. b) Die Beantwortung, was zu den Möbeln zu zählen sei, wird in concreto meistens sehr erleichtert durch die übrigen Verfügungen des Testamentes. Ist der fragliche Gegenstand in einem anderen Legate inbegriffen, so ist er selbstverständlich hier auszuschließen.^{2a)} Umgekehrt kann der Umstand, daß von den fraglichen Sachen sonst nirgends die Rede ist, für die Subsumtion unter die Möbel sprechen u. s. w.³⁾ c) Man braucht mit der Subsumtion nicht ängstlich zu sein. Es ist etwas ganz anderes, ob es sich um Anschaffung eines Ameublement (s. Abs. VI), oder aber um Vertheilung vorhandener Sachen handelt. Dort möchte man ein Billard (außer bei sehr reichen Leuten) unbedingt ausschließen, während, wenn es vorhanden ist, es wohl zu den Möbeln gehört.

Wenn man nach der kürzesten Bezeichnung für alles bisher Gesagte sucht, so drängt sich Einem das Wort „Zimmer-Einrichtung“ auf (s. folg. Abs.); es ist zu bedauern, daß das Protokoll uns verschweigt, warum der diesbezügliche Vorschlag von Schmidfeld und Lyro (s. Abs. I) von der Majorität abgelehnt wurde.

III. „Einrichtung“ und „Hausrath“ werden einander gleichgestellt und umfassen außer der Einrichtung der Wohnräume auch die von Küche, Keller, Speisekammer, Boden; also auch die Koch-, Eß- und Trink-Geschirre,⁴⁾ Tafelzeug. Die obigen Bemerkungen über §§. 294 und 297 gelten auch hier. Der Schlußsatz des §. 674 schließt Handwerkzeug (z. B. Hobelbänke, Webstühle, Amboße, Pressen, Maschinen u. s. w.),⁵⁾ aber auch diejenigen Möbelstücke aus, welche zum Betriebe eines Gast- oder Einkehrhauses gehören.⁶⁾ Es kommt also alles auf die Zweckbestimmung an, nicht auf inhärente Eigenschaften; Tische z. B. können zu den „Möbeln“ oder zwar nicht zu diesen, aber doch zur „Einrichtung“ gehören (Küchentische) oder endlich

2) Nippel erwähnt (S. 330) unter den Möbeln kurzweg „Gemälde“.

2a) Vgl. was Zeiller S. 627 zu §§. 678, 679 bemerkt.

3) Die Frage, ob die gesammte Bettwäsche zu den Möbeln gehöre, oder nur soviel, als zur einmaligen Ausstattung der Betten (oder zu einmaligem „Wechseln“) nöthig ist, läßt sich in concreto meist unschwer entscheiden.

4) Nippel S. 330 fügt die Einschränkung hinzu „sofern sie nicht aus Silber oder anderem kostbaren Metall bestehen (S. 679)“. Basevi dagegen meint (unter Berufung auf l. 1, l. 3 D. de suppellect. leg. 33. 10), es komme in solchem Falle nur darauf an, ob sie bloß zum Schmuck und Prunze dienen oder wirklich im Haushalte verwendet werden. — Auch hier kommt alles auf die concreten Verhältnisse und auf den übrigen Inhalt des Testamentes an; z. B. darauf, ob jemandem Anderen „das Silber“ (oder „Silberzeug“) vermacht ist (S. 679).

5) Vgl. Stubenrauch zu §. 674 Z. 1.

6) Vgl. Zeiller S. 621.

nicht einmal zu dieser (Gasthausstische).⁷⁾ — Von selbst ergibt sich aus dem Vorstehenden, was darunter zu begreifen sei, wenn Jemandem die „Zimmer-Einrichtung“ oder die „Küchen-Einrichtung“ zugewendet wäre. Ein häßlicher und lächerlicher moderner Sprachgebrauch sagt „Salon“, „Speisezimmer“, „Schlafzimmer“ u. s. w. für die darin enthaltene, bez. dafür bestimmte Einrichtung.⁸⁾ Auch bei Legaten kann dergleichen vorkommen.

IV. Das vieldeutige Fremdwort „Effecten“ ist schlecht geeignet für eine deutliche Willenserklärung. Man spricht von „Reise-Effecten“; der Kaufmann versteht unter „Effecten“ Werthpapiere, die der Sprachgebrauch der Börse den „Valuten“ entgegensetzt. Der vulgäre Sprachgebrauch versteht darunter nicht selten die in einer Wohnung befindlichen beweglichen Sachen, also nicht bloß die Einrichtung, sondern auch Kleider, Wäsche, Bücher u. s. w. Als ein Cavalier, der einer Dame seine „in Wien befindlichen Effecten“ vermacht hatte, starb,⁹⁾ beanspruchte die Legatarin den ganzen in Wien befindlichen Nachlaß, unter Citirung des franzöf. G. B. und französischer Wörterbücher (*meubles meublans, meubles kurzweg, effets mobiliers*); während zwei Instanzen mit Recht im Sinne des Gegners erkannten, daß es bei diesem längst eingebürgerten Worte nicht auf den französischen, sondern auf den deutschen, und nach dem Stande des Erblassers nicht auf den kaufmännischen, sondern auf den Sprachgebrauch der Umgangssprache ankomme, der unter „Effecten“ Einrichtung, Kleidung, Wäsche und die diesen Rubriken im weiteren Sinne zuzuzählenden Gegenstände z. B. Spiegel, Uhren, Lampen . . . verstehe.¹⁰⁾

V. Eine Testatorin verordnete, nachdem sie eine Reihe von Legaten (betreffend Realitäten, die Wäsche und andere Theile des beweglichen Vermögens) gemacht, Folgendes: „Tutto il resto del mobiliare“, der sich bei ihrem Tode in ihrem Wohnhause befinden werde, solle A bekommen, nur mit Ausnahme des baaren Geldes und der Werthpapiere (Sammlung I Nr. 162). Mit Recht erkannten die beiden oberen Instanzen, daß „Mobilier“ hier nicht im Sinne von §. 674 pr. zu verstehen sei, daß eher §. 677 einen Anhaltspunkt darbiete. Der Schmuck gehöre in diesem Falle zu jenem „resto del mobiliare“.¹¹⁾

VI. Möbel und Einrichtung können auch als erst anzuschaffende vermacht werden; z. B. ein Testator trägt dem älteren Sohne und Haupterben auf, dem jüngeren eine Wohnung, einen Landsitz, ein Schloß zu möbliren oder einzurichten. Ein solches Legat verhält sich zu dem des §. 674 wie *genus* zu *species*. Der Unterschied von „möbliren“ und „einrichten“ ergibt sich aus §. 674; das Maß in concreto ist, im Falle keine Verständigung erfolgt, vom Gerichte mit Rücksicht auf Stand und Bedürfnisse des Legatars und den Werth des dem Dnerirten Zugewendeten zu bestimmen. Die Unbestimmtheit kommt auch hier in der Regel dem Dnerirten zu Statten, doch könnte auf die Wahl des Legatars oder eines Dritten hingewiesen sein, wo dann auch die §§. 656—659 Anhaltspunkte bieten.

7) Vgl. Winwarter S. 200.

8) „Ein vollständiger Salon zu verkaufen!“ — Vgl. übrigens bei §. 675 ff. Abf. III.

9) S. über diesen Rechtsfall Dierl im „Jurist“ II (1839) S. 343—348.

10) Der Vertreter der geflagten Intestat-Erben berief sich auf das (zur Erläuterung des §. 307 A. G. D., §. 12 der Taxordnung v. 1. Nov. 1781, F. G. S. Nr. 28, und des Hfd. v. 21. Juli 1763 Nr. 16 erlassene, von „Mobilier und Effecten“ sprechende) Hfd. v. 27. Mai 1789, F. G. S. Nr. 835 und das Hfd. v. 13. Jänner 1792 Nr. 239.

11) Der Proceß drehte sich freilich um einen uns hier weniger interessirenden Punkt. Die Erblasserin starb (was sie gewiß nicht vorhergesehen) auswärts während eines Besuches, so daß sich der Schmuck bei ihrem Tode nicht in ihrem Wohnhause befand. Daß dem A, entgegen dem Wortlaute der Anordnung, dennoch der Schmuck zugesprochen wurde, ist eine *benigna interpretatio*, die sich immerhin verteidigen läßt, nicht aber die Redewendung, mit der dies motivirt wurde (s. a. a. D. i. f.).

b) eines Behältnisses;

§. 675.

Ist jemanden ein Behältniß vermacht worden, welches nicht für sich selbst besteht,*) sondern nur ein Theil eines Ganzen ist; so wird in der Regel vermuthet, daß nur diejenigen Stücke zugebacht worden sind, welche sich bey dem Ableben des Erblassers darin vorfinden, und zu deren Aufbewahrung das Behältniß seiner Natur nach bestimmt, oder von dem Erblasser gewöhnlich verwendet worden ist.

§. 676.

Ist hingegen das Behältniß beweglich, oder doch eine für sich bestehende Sache; so hat der Legatar nur auf das Behältniß, nicht auch auf die darin befindlichen Sachen Anspruch.

§. 677.

Wird ein Schrank, ein Kasten oder eine Lade mit allen darin befindlichen Sachen vermacht; so rechnet man dazu auch Gold und Silber, Schmuck und bares Geld, selbst die vom Legatar dem Erblasser ausgestellten Schuldscheine. Andere Schuldscheine oder Urkunden, worauf sich Forderungen und Rechte des Erblassers gründen, werden nur dann dazu gerechnet, wenn sich außer denselben nichts in dem Behältnisse befindet. Zu einem Vermächtnisse flüssiger Sachen gehören auch die zu ihrer Verführung bestimmten Gefäße.

I. Die Redactionsgeschichte ist, weil zu weitläufig, in die Excurse gestellt.

II. Das Schema des Gedankenganges der Redaction ist dieses: 1. Ein Behältniß ist vermacht, und nicht gesagt, ob der Inhalt vermacht sei (§§. 675, 676); 2. es ist ein Behältniß „mit allen darin befindlichen Sachen“ oder kürzer „sammt seinem Inhalt“ legirt (§. 677). Im Falle 1 wieder ist a) das Behältniß eine selbständige Sache, dann ist nur diese und nicht der Inhalt vermacht (§. 676), oder aber b) das Behältniß ist nur Theil einer Sache, dann ist es gar nicht, sondern nur der Inhalt legirt. Im Falle 2 kann darüber kein Zweifel sein, daß der Inhalt vermacht ist; aber auch hinsichtlich des Behältnisses selbst, bedarf es keiner Anordnung, da hier dasselbe gilt wie im Falle 1;¹⁾ wohl aber bedarf es sowohl im Falle 1 b, als im Falle 2 einer Einschränkung des Inhaltes, der als vermacht zu betrachten ist. — Der Schlußsatz von §. 677 gehört aber gar nicht her, ist auch erst später hinzugezogen worden. Die äußerliche Verknüpfung ist durch die Antithese gegeben: Zuweilen ist mit einem Behältniß der Inhalt, zuweilen aber auch mit dem Inhalt ein Behältniß mitvermacht.

III. Zu §. 675. Die bloß grammatische Auslegung würde ergeben, daß das Behältniß und ein gewisser (nicht jeder) Inhalt desselben vermacht sei; das (zweite) „nur“ scheint bloß eine Einschränkung der enthaltenen „Stücke“ zu sein. Die Redactionsgeschichte²⁾ aber lehrt, daß mit dem „nur“ auch das Behältniß selbst ausgeschlossen ist (s. Abs. II). Auch gibt dies allein ein verständiges Resultat. Die Redactoren gingen mit Recht davon aus, daß es unwahrscheinlich sei, der Testator habe den Theil von der (gleichviel ob beweglichen oder unbeweglichen) Hauptsache trennen wollen,³⁾ weit eher könne man annehmen, er habe figurlich gesprochen und das continens pro contento genannt.⁴⁾ Das „und“ vor den Worten „zu deren“ ist nicht disjunctiv, sondern conjunctiv d. h. die Erfordernisse häufend und damit den Kreis der Objecte verengend. M. a. W.: Es genügt nicht, daß die Sachen sich beim Ab-

*) J. G. S.: besteht.

1) So daß §. 677 aus den beiden vorhergehenden zu ergänzen ist. Vgl. Stubenrauch §. 4 i. f. Es findet aber auch das umgekehrte Verhältniß Statt; s. Text zu N. 9.

2) Vgl. auch Zeiller's Comm. II S. 622 Z. 2.

3) Oft wäre dies geradezu rechtlich unmöglich, z. B. der Keller eines Hauses ist vermacht.

4) Zeiller a. a. D. — Vgl. oben bei §. 674 Abs. III i. f.

leben des Erblassers in dem Behältnisse vorfinden,⁵⁾ und es genügt auch nicht, daß dieses zu ihrer Aufbewahrung bestimmt war⁶⁾ oder doch gewöhnlich⁷⁾ verwendet wurde. Nur diejenigen Sachen sind vermacht, bei denen beide Momente zusammen-treffen. Dies ist mit aller Bestimmtheit von Zeiller ausgesprochen,⁸⁾ ebenso auch, daß noch eine weitere Einschränkung aus §. 677 sich ergeben kann, der also auch zu §. 675 zu ziehen ist.⁹⁾ Auch lehrt die Redactions-geschichte, daß die Tendenz der §§. 675—677 auf Einschränkung des Legates gerichtet ist.¹⁰⁾ Die Uebertreibung, von denen die Mehrzahl der Redactoren hier (vgl. N. 10) und noch mehr bei §. 677 nicht freizusprechen sind, werden übrigens für die Praxis durch §. 683 i. f. unschädlich gemacht.¹¹⁾ Auch hat sich diese nie irre machen lassen.¹²⁾ — Es harmonirt mit dem oben S. 467 Abf. III Gesagten, daß es auch hier darauf ankommt, welche Sachen sich zur Zeit des Todes des Erblassers in dem Behältniß befanden, nicht etwa zur Zeit der Anordnung.¹³⁾

IV. Zu §. 676. Schon die alten Commentatoren haben erkannt, daß bei der Textirung dieses Paragraphen ein Redactionsfehler unterlaufen ist.¹⁴⁾ Ob die

5) Z. B. sind Gurken, Erdäpfel u. s. w. im Weinkeller, wenn sie nicht gewöhnlich dort untergebracht wurden, nicht mitvermacht.

6) Z. B. die Weinfässer, die sich zu dieser Zeit nicht im Weinkeller befanden, sind ausgeschlossen.

7) Selbst wenn die Gegenstände sich dort finden und der Erblasser wiederholt die Kammer zu ihrer Aufbewahrung benutzte, sind sie nicht einzubeziehen, wenn er sie gewöhnlich nicht dort (sondern etwa im Keller) aufbewahrte und nur zur Zeit der Ueberschwemmungs-Gefahr hinaufschaffen ließ. Ein anderes Beispiel bei Zeiller Z. 46. — Daß das Behältniß, obgleich nicht an sich zur Aufbewahrung solcher Sachen bestimmt, doch vom Erblasser gewöhnlich dazu verwendet wurde, hätte der Legatar zu beweisen. Zeiller S. 623 Z. 3, Nippel S. 332 Z. 4.

8) S. 622 f., Z. 3 und 4.

9) Vgl. N. 1.

10) Dies wird bei §. 677 noch deutlicher werden. Der Hauptvertreter dieser Richtung war Zeiller, der auch im Commentar ihr entschiedenen Ausdruck gibt. Selbst wenn bewiesen würde, daß die fraglichen Gegenstände sonst immer in jenem Behältnisse sich befanden, aber doch zur Zeit des Todes nicht (was ja doch eine vorübergehende Ursache haben kann), so sind sie nicht als legirt anzusehen; sogar „in dem Falle nicht, daß (in dem Behältniß) gar nichts vorgefunden . . . und das Vermächtniß ganz wirkungslos sein würde“. Zeiller versteht sich also, jener Tendenz folgend, in direkten Widerspruch mit §. 655 i. f., und sucht dies mit einem Hinweis auf §. 724 zu rechtfertigen; man müsse „vielmehr vermuthen, daß der Erblasser durch Hinwegräumung der darin vormalig aufbewahrten Stücke das Vermächtniß widerrufen habe“. — Liegt darin nicht zugleich auch ein Widerspruch mit §. 677? Nippel S. 333 Z. 5 sagt: nein, weil §. 677 hinter dem Wortlaut des Vermächtnisses zurückbleibe, §. 675 über ihn hinausgehe, m. a. W. jener eine beschränkende, dieser eine ausdehnende Auslegung enthalte. Dies ist nicht ganz richtig; denn §. 675 gibt nicht zu dem Behältnisse, sondern statt desselben den Inhalt.

11) Auch Zeiller (S. 623 lit. d) beruft sich auf diesen Vorbehalt; aber, wie es scheint (vgl. Z. 2 i. f.) in entgegenge-setzter Absicht, nämlich um noch größere Restriktionen an die Hand zu geben. Dagegen beruft sich Stubenrauch Z. 2 auf §. 683 in unserem Sinne und erwähnt beispielsweise den Fall, wo die Sachen nur ausnahmsweise, etwa wegen Ueberschwemmungs-gefahr — vielleicht sogar ohne Wissen des Erblassers — weggebracht worden sind.

12) In ihr herrscht eher die entgegenge-setzte, dem Legatar günstige Tendenz vor; s. Abf. VII.

13) „Wenn also auch nachgewiesen werden könnte, welche Stücke zur Zeit der letzten Anordnung in diesem Behältniß sich befunden haben, so könnte (doch) dieses weder dem Erben noch dem Legatar zum Vortheil gereichen.“ Nippel S. 232 Z. 3.

14) Ueber diesen Redactions-verstoß und seine Erklärung spricht sich ausführlich und richtig Nippel S. 333—335 aus; ganz ähnlich Winwartter S. 200 f. (Hier, wie bei so vielen anderen Fällen gerabegu anstößiger Uebereinstimmung, ist übrigens die Frage, welcher von Beiden den Anderen geplündert hat, aus der Vergleichung der Druckjahre allein nicht mit Sicherheit zu erlebig; es könnte Nippel ein Collegienheft Winwartter's benutzt haben. Jedenfalls aber hätte Stubenrauch Note zu Z. 3 Weide oder doch einen von ihnen citiren sollen.) — Verfehlt ist die Bemerkung Basevi's, daß durch Streichung des „hingegen“ zu helfen wäre.

Sache beweglich oder unbeweglich ist, macht keinen Unterschied;¹⁵⁾ nur darauf kommt es an, ob das Behältniß eine selbständige Sache oder nur Theil einer anderen ist. Ist es selbständig, so nimmt das Gesetz an, daß das Legat wörtlich zu verstehen, also wirklich das Behältniß und nur dieses vermacht sei, „da solche Behältnisse“ — wie Zeiller (S. 624) sagt — „für sich besessen werden können und ihren eigenen Werth haben“. Diese Bemerkung führt auf eine andere Unterscheidung, nämlich zwischen Behältnissen, deren Inhalt zu wechseln pflegt, und die deshalb auch für sich einen selbständigen Werth haben (Vörfen, Fässer, Schränke . . .), und andere, welche für einen individuell bestimmten Inhalt geformt sind (Silberschatullen mit ihren den einzelnen Stücken genau entsprechenden Vertiefungen, ein Juwelentäschchen . . .), und die ohne Inhalt nur ein legatum derisorium abgeben könnten.¹⁶⁾ Wenn ein solches Behältniß vermacht wird, so muß man (s. S. 683 i. f.), wo die Worte des Testators überhaupt einem Zweifel Raum lassen, entgegen dem §. 676 annehmen, daß mit dem Behältniß auch der zugehörige Inhalt vermacht sei, sogar wenn er momentan theilweise außerhalb jenes sich befinden sollte.¹⁷⁾ Ein Gegenstück hierzu s. unten.

V. Zu §. 677. Hier tritt die oben erwähnte einschränkende Tendenz am grellsten hervor. Nicht nur wenn es heißt „samt Inhalt“ oder „mit den darin befindlichen Sachen“, sondern sogar wenn gesagt ist „mit allen darin befindlichen Sachen“ (und gerade dieser extreme Fall ist absichtlich in §. 677 hervorgehoben), so ist doch nicht selten ein Theil des Inhaltes von dem Vermächtnisse ausgenommen. Der Nachdruck liegt auf dem zweiten Satze („Andere . . .“). Erst diese willkürliche negative Bestimmung ließ den vorhergehenden Satz nöthig erscheinen, aus dem aber ja kein arg. a contr. gezogen werden darf, wie schon das „auch“ zeigt. „Man fand nur nothwendig, von solchen Gegenständen, die gewöhnlich von höherem Werthe sind, ausdrücklich zu erwähnen, daß sie auch dazu gerechnet werden sollen“;¹⁸⁾ von den anderen ist es selbstverständlich; man wollte nur der extremen Ansicht entgegenreten, die hie und da laut wurde,¹⁹⁾ daß in einem solchen Legate nur Sachen geringen Werthes besetzt sein sollten. „Die Schuldscheine des Legatars hat man insbesondere eingeschlossen, weil ein edelmüthiger Gläubiger ein solches Vermächtniß oft benutzt, um von der Schulderlassung keine Erwähnung machen zu dürfen.“²⁰⁾ Die Anordnung im zweiten Satze, für die man schon die wunderbarsten Gründe angegeben hat,²¹⁾

¹⁵⁾ Führt ja doch Zeiller selbst zu §. 675 neben dem Weinkeller im Hause auch eine Tischlade, und andererseits zu §. 676 neben dem Schrank einen selbständigen Keller oder Getreidekasten an. (Unter „Getreidekasten“ oder „Schüttkasten“ verstanden unsere älteren Oekonomieen nämlich nicht etwa hölzerne tragbare Behältnisse, sondern eigene Gebäude; daher auch „Kastner“ als Titel gewisser Oekonomie-Beamten.)

¹⁶⁾ Während oben von physischer Unselbständigkeit die Rede war, handelt es sich hier um wirtschaftliche Unselbständigkeit. Anlässlich eines concreten, unten zu erzählenden Falles wurde diese Eintheilung der Behältnisse in überzeugender Weise verworther von Freudenreich in der Ztschft. „Jurist“ XII S. 292. Ihm stimmt Stubenrauch bei, S. 486 N. ** (2. Aufl. S. 877 N. 4).

¹⁷⁾ Treffend bemerkt Stubenrauch Z. 3: „Eine Ausnahme von §. 676 dürfte (§. 683) dann Platz greifen, wenn das Behältniß von der Art ist, daß es für sich gar keinen Nutzen gewährt . . ., so daß es scheint, das Gesetz habe im §. 676 vorzüglich jene Behältnisse . . . vor Augen gehabt, deren Inhalt zu wechseln pflegt.“ Unschicklich sind die Einwendungen Unger's §. 69 N. 3. Man kann ihm höchstens zugeben, daß das Beispiel mit dem Futteral für Schmuck (zwar gut die Eintheilung der Behältnisse, aber) schlecht derartige Vermächtnisse verdeutlicht; man setze also dafür etwa „mein Juwelen-Kästchen“. Ein verschiedene Deutungen zulassender Ausdruck wird ja (was Unger dabei übersteht) bei allen diesen §§. vorausgesetzt.

¹⁸⁾ Zeiller S. 625 Z. 1.

¹⁹⁾ S. die Redaktionsgeschichte in den Excursen.

²⁰⁾ Zeiller S. 625 Z. 1.

²¹⁾ Urkunden seien nicht Träger des Rechtes, sondern bloß Beweismittel für die Rechte; diese aber, weil unkörperlich, könnten nicht in einem Raume (in dem Behältnisse) eingeschlossen, also auch nicht in dem Legate enthalten sein! Dieser scholastische

erklärt sich lediglich aus der mehrerwähnten Tendenz d. h. aus dem Wunsche, solchen Legaten keinen zu großen Umfang einzuräumen.²²⁾ Die Streitfrage, ob Inhaberpapiere unter den ersten oder den zweiten Satz zu subsumiren, d. h. als ein- oder ausgeschlossen zu betrachten seien, ist mit voller Gewißheit im Sinne der zweiten Alternative zu entscheiden; m. a. W. sie sind im Zweifel nicht mit vermacht.²³⁾ Nur dann sind sie, aber nicht nur sie, sondern überhaupt „Urkunden, worauf sich Rechte des Erblassers gründen“, legirt, „wenn sich außer denselben nichts in dem Verhältnisse befindet“ (§. 677), so daß das Vermächtniß sonst — trotz der deutlichen Worte des Erblassers („mit allen darin befindlichen Sachen“ od. dgl.) — ohne Wirkung wäre (§. 655 i. f.). Handelt es sich um einen Privatschuldschein, so kann der Testator selbstverständlich nur ein *legatum nominis* damit beabsichtigt haben. — Auf das im §. 675 i. f. bezeichnete Verhältniß zwischen dem Inhalt und dem Verhältnisse kommt es im Falle des §. 677 nicht an.²⁴⁾ — §. 677 betrifft nur den Inhalt; ob das Verhältniß legirt sei oder nicht, ergibt sich aus §§. 675, 676; vgl. oben Abs. II.

VI. Zu §. 677 a. E. Im Zweifel ist anzunehmen, daß mit der Hauptsache die Pertinenzien mit vermacht sind;²⁵⁾ so mit dem Gewehr der Ladstoch, mit dem Säbel die Scheide, mit dem Schmucke das Futteral, mit dem Silberzeug die Schatulle u. s. w.²⁶⁾ Hinsichtlich vermachter Flüssigkeiten wurde positiv bestimmt, daß, wenn der Testator nicht das Gegentheil angeordnet hat, „die zu ihrer Verführung bestimmten Gefäße“ mit vermacht sind. Die großen, zu langwährender Aufbewahrung an einem Orte bestimmten Gefäße (z. B. Stückfässer) sind damit nicht gemeint.²⁷⁾

Gedanke Winwarter's (§. 201 f.) illustriert unser im I. Bde. S. 62 über sein Werk gefälltes Urtheil. Noch deutlicher, d. h. plumper, als bei ihm selbst, steht jenes Argument bei dem ihm folgenden Stubenrauch §. 3, während Basevi den weniger abstrusen Gedanken substituirt: „daß ja das geschuldete Geld nicht in der Cassa vorhanden sei“, wofür l. 86 D. de leg. II angerufen wird, die aber nur eine scheinbare Stütze für Basevi's Gedankengang abgibt.

²²⁾ Dies wird durch die Redaktionsgeschichte außer Zweifel gesetzt, aus der auch ein Licht auf Reiller's sonderbare Bemerkung: „Urkunden, worin meistens 1) der größte Theil des Vermögens besteht“ (§. 625 Z. 2) fällt.

²³⁾ Wäre der Unterschied: „Träger des Rechtes“ und „bloßes Beweismittel“, oder: „an sich werthlos“, „an sich werthvoll“, maßgebend, dann freilich müßte man umgekehrt entscheiden, wie Rippel S. 336 Z. 2 und 3 auch wirklich thut. Da aber 1) lediglich die einschränkende Tendenz der Grund des zweiten Satzes ist, so ist obige Entscheidung nicht zu bezweifeln. Dazu kommt 2), daß der Wortlaut des §. 677 für sie spricht, der bei SchuldscHEINEN und Urkunden zwischen privaten und öffentlichen nicht unterscheidet (Winwarter S. 202, Stubenrauch Note zu Z. 5, der aber auch hier wieder den in R. 21 erwähnten Gedanken einmengt); 3) dies wird verstärkt dadurch, daß im ersten Satze „baares Geld“ erwähnt wird, was durch §. 680 genauer erklärt wird (s. auch Ellinger). Vollkommen unabweislich aber wird dieses Argument dadurch, daß, wie wir aus den Protokollen erfahren (s. Excursus), die §§. 677 und 680, die früher neben einander standen, in Einem (zusammengefaßt) berathen wurden. Die Redactoren waren sich also ganz klar darüber, daß Credit-Papiere, welche nicht „im ordentlichen Umlaufe die Stelle des baaren Geldes vertreten“, im zweiten Satze mitbegriffen sind.

²⁴⁾ Vgl. Stubenrauch Z. 4.

²⁵⁾ Vgl. Winwarter S. 202.

²⁶⁾ Ein Gegenstück zu dem in Abs. IV besprochenen Falle. Hier macht sich die Pertinenzqualität direct geltend: *accessorium sequitur principale*; dort nur indirect; denn keineswegs war unsere Meinung: die Hauptsache folge der Pertinenz (etwa dem Ladstoch das Gewehr!), sondern wir glauben nicht, daß er in jenen Fällen nur die Pertinenz gemeint habe. Dennoch besteht ein wirklicher Zusammenhang zwischen beiden Entscheidungen: In den Fällen des Abs. IV können wir nicht glauben, daß der Testator dem Legatar bloß die für sich fast werthlose Sache legiren wollte, weil derartige Honorirungen nicht leicht anzunehmen sind. In den Fällen des Abs. VI glauben wir nicht, daß der Testator die Pertinenzien dem Erben vorbehalten wollte, für welchen sie beinahe keinen Werth haben, während der Legatar sie gut brauchen kann.

²⁷⁾ Vgl. Winwarter S. 202, Basevi Z. 2, Stubenrauch Z. 7. — Es ist

VII. Aus der Praxis. Eine Anordnung lautete²⁸⁾: „Dem A legire ich meine Silberschatulle sammt den dazu gehörigen sechs gleichen silbernen Kaffeelöffeln.“ Von einer Seite wurde behauptet: Nur das Behältniß und die sechs Kaffeelöffel seien vermacht, nicht der übrige Inhalt; warum wären jene sonst erwähnt, und nicht kurzweg gesagt „sammt Inhalt“? auch sei ja die Schatulle eine für sich bestehende Sache. Von anderer Seite²⁹⁾ wurde dagegen treffend bemerkt: Der gesammte Inhalt ist mitvermacht, und jene Löffelchen seien nur deshalb namentlich erwähnt, weil sie in täglichem Gebrauche waren und der Erblasser deshalb dachte, sie würden bei seinem Tode sich vielleicht nicht in der Schatulle befinden; er habe also gerade hinsichtlich dieser Objecte allfällige Zweifel ausschließen wollen. Damit erklärt sich auch der Zusatz „gleich“, da auch noch andere Kaffeelöffel im Haushalte verwendet wurden. Auch verstehe man gewöhnlich unter „Silberschatulle“ diese sammt ihrem Inhalt; dazu komme die besondere (oben bei und in N. 16 besprochene) Beschaffenheit dieses Behältnisses; „es ist nicht wohl denkbar, daß der Erblasser dem A ein ganz unnützes Futteral vermache, und seinen Erben das darin enthaltene Silber ohne das Futteral habe hinterlassen wollen.“³⁰⁾ — Der Fall (Nr. 162), den wir bei §. 674 Abs. V a. E. besprochen haben, ist auch in diesem Zusammenhange zu beachten. Die Entscheidung steht hinsichtlich der bei §. 674 N. 11 erwähnten Frage mit der Tendenz der §§. 675—677 in Widerspruch, ist aber deshalb nicht zu tabeln (§. 683 i. f.) s. §. 471 N. 12; im Uebrigen harmonirt sie mit §. 677. — Ähnlich ist³¹⁾ der Fall in Sammlung III Nr. 1341. Die Testatorin hatte einer ihr durch lange Lebensgemeinschaft sehr nahestehenden Nichte ihr Wohnhaus (das zugleich Mädchenschule war) „mit Allem, was darin ist“ hinterlassen. Die Ausdehnung auf die darin befindlichen Pretiosen und das Geld wurde von den Intestat-Erben bestritten und von der II. Instanz verneint, a) weil Geld, Pretiosen, Leibwäsche, Kleider u. s. w. keinen Bezug auf das Wohnen und Unterrichten haben — ein Grund, der durch die Bemerkung im Texte vor N. 24 entkräftet wird; b) weil der Werth jener Objecte den des Hauses weit übersteige — ein ähnlicher Grund, als wenn Jemand sich daran stoßen wollte, daß der Inhalt eines Behältnisses den Werth des letzteren weit übersteige! Bei dem klaren Wortlaute der Verfügung „mit Allem, was darin ist“, bei der handgreiflichen Analogie des ebenfalls klaren §. 677, endlich bei den die richtige Auslegung unterstützenden Umständen des concreten Falles, war es nur natürlich, daß die erste und dritte Instanz die streitigen Objecte der Legatarin zuerkannten. — Eine Frau hatte ihren Mann zum Universalerben eingesetzt, ihrer unehelichen Tochter aber drei Kästen „sammt Inhalt“ vermacht (Sammlung VII Nr. 3266). Diese behauptete, der Erbe habe einen Theil des Inhaltes, namentlich

kaum zweifelhaft, daß die Redactoren hier es bei den Bestimmungen des römischen Rechtes belassen wollten, weshalb wir auf l. 3 §. 1., l. 6, l. 14, l. 15 D. de tritico vino v. oleo leg. 33. 6, l. 4 pr. D. de penu leg. 33. 9 nicht bloß zum Zwecke der Rechtsvergleichung, sondern der Commentirung von §. 677 i. f. verweisen. Wenn Ellinger (S. 314) sagt, daß die „unverhältnißmäßig großen Gefäße, die aus dem Keller gar nicht gebracht werden könnten, . . . Pertinenzstücke des Kellers“ sind und deshalb dem Legatar nicht gebühren, — so schwebt ihm ein Theil der l. 3 §. 1 cit. vor, er übersieht aber das „maxime, si . . .“ und verkennt die ratio legis, die sich in den anderen Stellen und in §. 677 i. f. deutlich genug ausspricht. Seine Entscheidung ist richtig, aber auch selbstverständlich; sie legt aber das Mißverständnis nahe, als ob es eines Hindernisses bedürfte, damit die Gefäße nicht mitlegirt seien, während es einer positiven Eigenschaft bedarf, damit sie es seien.

²⁸⁾ Der Fall ist erzählt von Ignaz Freudenreich im „Jurist“ XII (1844) S. 289—293; ganz kurz auch in Peitler's Sammlung 1. Aufl. S. 328 (Nr. 420), 2. Aufl. S. 466.

²⁹⁾ Nämlich von Freudenreich selbst.

³⁰⁾ Und so wurde denn auch entschieden.

³¹⁾ Wenn wir von jener Frage (§. 674 N. 11) absehen.

Geld, beseitigt. Dieser läugnete es, behauptete aber zugleich (was jenes Läugnen unglaubwürdig macht), das Legat erstrecke sich nicht auf das in den Kästen vorgefundene Geld. Er wollte durch zwei einfache Thatzeugen³²⁾ erweisen, daß die Verstorbene das Geld ihm zuwenden wollte, während keiner der drei Testamentszeugen sich auf eine derartige, von jenen Zeugen der Testatorin in den Mund gelegte Aeußerung erinnern konnte — was also auch die zweite Hälfte der Aussage des Erben unglaubhaft erscheinen läßt. Mit Recht erkannten über Antrag der Legatarin beide höhere Instanzen auf den Manifestationseid,³³⁾ ohne voreerst über die Frage nach der Auslegung (d. h. dem Umfang) des Legates zu entscheiden.³⁴⁾

i) der Juwelen, des Schmuckes und Putzes;

§. 678.

Unter Juwelen werden in der Regel nur Edelsteine und gute Perlen; unter Schmuck auch die unechten Steine, und das aus Gold oder Silber gefertigte oder damit überzogene Geschmeide, welches zur Zierde der Person dient; und unter Putz dasjenige verstanden, was außer Schmuck, Geschmeide und Kleidungsstücken zur Verzierung der Person gebraucht wird.

I. Redaction. Der Paragraph wurde von Zeiller (S. v. 23. April 1804) vorgeschlagen und unverändert angenommen. Kein Monitum ging dem Antrage voran, keine Debatte folgte nach. Der correspondirende §. 468 Westgal G. B. II lautete erheblich anders.¹⁾

II. Ausgeschlossen sind natürlich diejenigen Sachen, die entweder ausdrücklich und speciell einem Anderen vermacht, oder in dem Legate eines Behältnisses (§. 677) eingeschlossen sind.²⁾ — Ob die Halbedelsteine unter den „Edelsteinen“ oder den „unechten Steinen“ mitbeseßt gedacht sind, ist unsicher,³⁾ aber bei der Natur dieses Para-

³²⁾ Unrichtig ist das Excerpt bei Niehl (1. Aufl.) S. 425.

³³⁾ Die Protokolle zeigen (s. Excursus), daß sich die Redactoren klar darüber waren, wie sehr dergleichen Legate, wenn sie nicht oft illusorisch sein sollen, die Möglichkeit, auf den Manifestationseid zu dringen, voraussetzen. Aber sie hielten es mit Recht — gegenüber den Anordnungen der Ger. Odg. — für überflüssig, davon im a. b. G. B. Erwähnung zu thun.

³⁴⁾ Die Erblasserin scheint die Gepflogenheit gehabt zu haben, ihr Geld in einem der legirten Kästen aufzubewahren. Aber da unser Fall nicht nach §. 675, sondern nach §. 677 zu beurtheilen ist, so kommt es darauf gar nicht an.

1) Nämlich so: „Durch die Worte: Schmuck, Juwelen, werden zwar in der Regel nur Edelsteine und gute Perlen bezeichnet; vermacht aber ein Erblasser, der dergleichen nicht besitzt, seinen Schmuck; so wird vermuthet, daß er seine Granaten, Korallen und anderes zum Putz bestimmtes Geschmeide vermacht habe.“ Zeiller äußert: Was hier „von der entgegenstehenden Vermuthung“ gesagt werde, liege schon in dem letzten Satze von §. 467 (= jetzt §. 655 i. f.).

2) Zeiller S. 627.

3) Stubenrauch Z. 2 nimmt ersteres an. Bedenkt man, daß z. B. Brillantenschmuck mit Bergkrystall nachgemacht wird, so möchte man anderer Ansicht sein, zudem die Redactoren besonders werthvolle Objecte im Anfang des §. 678 im Sinne hatten (arg. vb. „gute Perlen“); auch entspricht es nicht dem gewöhnlichen Sprachgebrauch, Granaten u. dgl. „Juwelen“ zu nennen (s. N. 5). Andererseits paßt das Wort „unechte Steine“ nicht auf wirkliche Steine (eher der Ausdruck „unechter Schmuck“); jenes Wort paßt besser auf Kunstprodukte, welche jedenfalls darunter (wenigstens mit-) verstanden sind. Solche falsche Steine sind meistens „Amausen“ d. h. Glasflüsse (mit verschiedenen Chemitallen verfezter „Straß“). Aber nicht alle „künstlichen Steine“ darf man „falsche“ oder „unechte“ nennen. Die in ihren chemischen Bestandtheilen den wirklichen gleichstehenden Kunstprodukte sind von hohem Werthe. Ueber diese technischen Fragen gibt jedes Conversationslexikon (s. z. B. Meyer's Conv. Lex. 3. Aufl. V. Bd. vb. Edelstein) Auskunft; dann das Buch der Erfindungen Bd. III S. 119 ff., bes. S. 121). Von eigenen einschlägigen Schriften ist zu erwähnen: A. Schrauf Handbuch der Edelsteinkunde (Wien 1869). — Ueber die römische Unterscheidung von gemmae und lapilli s. l. 19 §. 17 D. de auro argento 34. 2.

graphen wenig wichtig;⁴⁾ wahrscheinlich ist letzteres der Fall.⁵⁾ Steine und Perlen, welche in Armbänder, Vasen, Dosen, Kleidungsstücke, Möbel (im engeren Sinne), Uhren, Spiegel, Bilderrahmen u. s. w. eingefügt sind, theilen natürlich das Schicksal der Hauptsache, welche sie zieren.⁶⁾ Sind die Steine oder Juwelen gefaßt, so braucht damit ihre Selbständigkeit nicht aufgehoben zu sein; selbst dann nicht, wenn die Fassung die Form eines ohne Juwelen denkbaren Gegenstandes hat (Hemdknöpfe, Ohrgehänge, Busenmadeln, Fingerringe . . .).⁷⁾ Auch diese Fragen sind in concreto meistens viel leichter zu erledigen als in abstracto.⁸⁾

III. Schmuck, als der weitere Begriff, umfaßt auch die Juwelen, wenn diese nicht besonders vermacht sind. Er umfaßt aber außer echten und falschen Steinen und Perlen auch goldenes und silbernes, vergoldetes und versilbertes Geschmeide,⁹⁾ wofern es zur Zierde der Person dient; also: Armbänder, Ohrgehänge, Ringe u. dgl. Hat der Erblasser Handel mit derartigen Sachen getrieben, so sind die zum Waarenlager gehörigen Gegenstände im Zweifel nicht eingeschlossen.¹⁰⁾ Nicht zum „Schmuck“ gehören Gold- und Silbersachen, die entweder zugleich (d. h. neben dem Brunt) einen praktischen Zweck haben: Silberservice (s. S. 679), vergoldete Tabakdose u. dgl., oder die zwar nur zur Zierde, aber nicht der Person, sondern der Wohnung dienen (Vasen, Nippfachen . . .).

IV. Putz bedeutet diejenigen zur Verzierung der Person dienenden Sachen, welche einerseits nicht unter die Ausdrücke „Juwelen“, „Geschmeide“, „Schmuck“ fallen, andererseits nicht unter die „Kleidungsstücke“ gehören. Spitzen, obwohl sie einen Bestandtheil der weiblichen Kleidung ausmachen, werden in §. 679 ausdrücklich zum Putze gerechnet. Ebendahin gehören die oft werthvollen „Goldhauben“, welche die Bäuerinnen mancher Gegenden bei feierlichen Anlässen tragen. Dagegen sind die in früheren Jahrzehnten so beliebten „echten Shawls“, mögen sie auch noch so werthvoll sein, zur Kleidung zu zählen; ebenso Zobel- oder Hermelin-Pelze u. dgl.¹¹⁾

⁴⁾ Vgl. bei §. 655 Note 34.

⁵⁾ S. den Text des §. 468 Westf. G. B. in Note 1. Daß wir trotzdem nur sagen „wahrscheinlich“, nicht „gewiß“, hat seinen Grund in Zeiller's selbständigem Verhalten gegenüber dem §. 468.

⁶⁾ Cf. l. 19 §. 13 cit. . . . illud spectamus, quod cuius rei ornandae causa adhibetur, ut accessio cedat principali. Vgl. Rippel S. 338.

⁷⁾ Cf. l. 19 §§. 15, 16 cit. — Kaum bezweifelt wird Obiges werden bei den Brillantenbouts der Frauen, bei Hemdknöpfen u. dgl. Bei Ringen muß man unterscheiden, ob der Stein zur Verzierung des Ringes dienen soll, oder der Ring, um den Stein „zur Geltung zu bringen“. Z. B. der Ring ist ohne den Stein 20 fl., dieser allein 500 fl. werth; der Ring folgt hier dem Steine. Die praktische Verwendung in den obigen Beispielen ist gleichsam nur der Vorwand, den Stein sehen zu lassen. Vgl. den zweiten Satz in l. 26 D. l. c. 34. 2.

⁸⁾ Wenn es z. B. heißt: „Alle meine Ringe vermach' ich der A, meine Juwelen der B“, so findet das in der vorigen Note Gesagte keine Anwendung; wohl aber, wenn von Ringen keine Erwähnung geschieht, sondern es heißt: „Die A soll meine Goldsachen, die B meine Juwelen bekommen.“

⁹⁾ Auch gehentelte Münzen (Rippel S. 338 Z. 2).

¹⁰⁾ Nämlich wenn es heißt „mein Schmuck“ u. dgl. Die Sachen im Verkaufsladen oder Magazin haben keine so nahe Beziehung zu der Person des Eigenthümers, der sie gar nicht behalten will; dies Zugehören ist nur ein Durchgangsstadium; sie sind nicht in jenem intimen Sinne „sein“. — Vgl. Rippel a. a. D. — Indes kommt natürlich alles auf die Worte und Umstände des concreten Falles an. S. l. 32 §. 4 D. h. t. 34. 2.

¹¹⁾ Es gilt auch für uns, was Paulus in l. 26 D. h. t. 34. 2 sagt: Quamvis quaedam ex veste magis ornatus gratia, quam quo corpus tegant, comparentur, tamen quod eo nomine sint reperta, potius habenda esse vestis numero quam ornamentorum. Similiter ornamentorum esse constat, quibus uti mulieres venustatis et ornatus causa cooperunt, neque referre, si quaedam eorum alium quoque usum praebent, sicuti mitrae et anademata: quamvis enim corpus tegant, tamen ornamentorum, non vestis esse. Und diese Bemerkung ist genauer als die Ulpian's in

k) des Goldes oder Silbers; der Wäsche; Equipage;

§. 679.

Das Vermächtniß des Goldes oder Silbers begreift das verarbeitete und unarbeitete, doch nicht das gemünzte, noch auch dasjenige in sich, was nur ein*) Theil oder eine Verzierung eines anderen Verlassenschaftsstückes, z. B. einer Uhr oder Dose, ausmacht. Die Wäsche wird nicht zur Kleidung, und Spitzen werden nicht zur Wäsche, sondern zum Putze gerechnet. Unter Equipage werden die zur Bequemlichkeit des Erblassers bestimmten Zugpferde und Wagen sammt dem dazu gehörigen Geschirre; nicht auch Reitpferde und Reitzug verstanden.

I. Redaction n. Der §. 469 Westgal. G. B. II lautet:

Wird Jemanden des Erblassers Silber vermacht; so versteht man darunter weder das gemünzte, noch dasjenige Silber, welches ein Theil eines andern Ganzen ist, z. B. eine Uhr. Auch werden Dent- und antike Münzen nicht zum Gelde, die Wäsche nicht zur Kleidung, unangenehme Spitzen nicht zur Wäsche, Mehl nicht zum Getreide, Most nicht zum Weine gerechnet.

Monita: 1) Commission in Steiermark: Wenn mit „Most“ nicht Obstmost gemeint sei, so sollte eine Zeitgrenze zwischen Most und Wein angegeben werden. 2) Facultät Freyburg: Ungefelterte (ungepresste) Trauben gehören nicht zum Wein. 3) Facultät Prag: Dent- und antike Münzen werden weder zum Silber, noch zum Gelde gerechnet. 4) Facultät Wien stellt die Frage: ob ein Goldring mit einem werthvollen Stein auch zum „Golde“ gerechnet werden müsse.

Zeiller beantragte (S. v. 23. April 1804): a) das unnöthige Beispiel von der Uhr wegzulassen; b) ebenso das Ende („Mehl . . .“), weil selbstverständlich (arg. §. 655); c) der Umstand, ob die Spitzen angenäht seien oder nicht, sei doch zufällig und gleichgültig, lieber solle man sagen, daß die Spitzen nicht zur Wäsche, sondern zum Putze gerechnet werden; d) die Beantwortung der Frage der Wiener Facultät werde sich aus dem sogleich vorzuschlagenden Text von selbst ergeben; 1) e) ein Zusatz über „Equipage“ wäre wünschenswerth (wörtlich, wie jetzt §. 679 i. f.), was der Vicepräsident leugnete, weil damit nur Selbstverständliches gesagt sei. Die Majorität stimmte in allem Zeiller bei, nur war sie, auf Anregung des Vicepräsidenten, für Beibehaltung des Beispiels. Der sohin beschlossene Text ist der gegenwärtige §. 679.

II. „Eßwerkzeuge von Silber“ (cf. I. 32 §. 3 D. h. t. 34. 2) „können in

I. 25 §. 10 D. I. c. . . . quae ad aliam rem nullam parantur, nisi corporis ornandi causa . . . ; . . . aliam nullam in se utilitatem habent. — So müssen denn auch wir sagen: Umhängtücher und Pelze sind zum Schutze gegen die Witterung, erst secundär etwa zur Zierde der Person bestimmt. Mag Eitelkeit und Brunnsucht das Verhältniß auch oft umkehren, so ändert das an der generischen Bestimmung nichts, sonst müßte man auch theuere Kleider zum Putz und nicht zur Kleidung rechnen (vgl. auch I. 37 eod.). Umgekehrt gibt es Sachen, die von Haus aus nur als Zierde dienen, und woran der Schein einer praktischen Verwendung nichts zu ändern vermag. — Ein kostbarer ausländischer Schawl gab Anlaß zu einem Rechtsstreite, über den Dierl im „Jurist“ XV (1846) S. 299—301 berichtet. Die I. Instanz zählte ihn zum „Putz“, die II. (und zugleich letzte) zur Kleidung. Was zur Begründung der richtigen Ansicht in jenem Aufsatze angeführt wird, ist theils richtig, theils ungenau, theils falsch (nämlich die Berufung auf den Satz „exceptio firmat etc.“ gegenüber den in §. 679 erwähnten „Spitzen“). Nicht bestimmen können wir, wenn Stubenrauch Schawl und Pelzwerk bald zum Putze, bald zur Kleidung zählen will (Note zu Z. 4). Auch das im Texte (Z. 4) Gesagte ist nicht zutreffend; der Werth und die Bedürfnisse entscheiden nicht. Damit wollen wir aber natürlich nicht leugnen, daß in Folge des eigenthümlichen Inhalts der ganzen Anordnung oder eines individuellen Sprachgebrauchs des Testators (§. 655) jene Objecte zuweilen dahin zu stellen sind, wohin sie an sich nicht gehören (§. 683 a. G.).

*) So ließt sowohl die erste Ausgabe als die F. G. S.

1) Das hieß aber doch nur der nicht leichten Beantwortung der Frage ausweichen; f. über diese oben bei §. 678 N. 7.

dem vermachten Hausrathe (§. 674) eingeschlossen sein“,²⁾ und sind dann natürlich hier ausgeschlossen. Ausgeschlossen ist das gemünzte Metall³⁾ auch dann, wenn es im Inlande keinen Cours hat;⁴⁾ ferner dasjenige Gold und Silber, das unter §. 678 fällt. „Verarbeitet oder unverarbeitet“ vgl. l. 19 pr. cit. (N. 3), l. 78 §. 4 D. de leg. III; vgl. auch l. 27 §§. 3—6 eod. — Zur „Equipage“ gehören weder Wirthschafts-Pferde, noch zum Betriebe eines Gewerbes dienende Pferde und Wagen.⁵⁾ — Immer muß man im Auge behalten, daß jedes Vermächtniß im Zusammenhang mit den übrigen Anordnungen zu erklären ist, da sie einander oft einschränken und erläutern (cf. l. 1 pr. D. h. t.). Deshalb läßt sich auch nicht allgemein sagen, ob unter „Wäsche“ auch die Bett- und Tischwäsche begriffen sei; im Zweifel ist dies in dessen allerdings zu bejahen.

1) der Barschaft;

§. 680.

Zur Barschaft gehören auch jene öffentlichen Credits-Papiere, welche im ordentlichen Umlaufe die Stelle des baren Geldes vertreten.

I. Redaction. S. Excursus zu §. 675 ff. Abs. II. Hier ist auch zu vergleichen die Redactionsgeschichte des §. 984.

II. „Baares Geld“ bedeutet im engeren Sinne das Metallgeld im Gegensatz gegen Zeichengeld, also bei uns Papiergeld; im weitern (und gewöhnlicheren) Sinne schließt es auch dieses ein. Dieselben Bedeutungen hat das Wort „Baarschaft“; im Munde von Laien aber auch eine noch weitere,¹⁾ welche die Werthpapiere einschließt (doch sagt man da lieber: „baares Vermögen“). Dies erklärt sich daraus, daß sie einerseits keinen natürlichen Werth haben (wie Holz, Wein, Mehl . . .), sondern nur einen conventionellen (juristischen) wie Papiergeld, andererseits sich ihre Umsetzung in Geld in der Regel leichter und sicherer vollzieht als bei Privatforderungen, indem sie weniger abhängig ist von gutem Willen Dritter oder dem Ausgang eines Processes — ein Verhältniß, das freilich in Zeiten wirtschaftlichen Verfalles sehr alterirt werden kann. Endlich sind sie nicht, wie die Privatschuldscheine, bloß Beweismittel, sondern gleichsam die Träger der Rechte und Werthe.

III. Dem §. 680 liegt die mittlere Bedeutung zu Grunde. „Baarschaft“ bedeutet sonach „nur das Geld, theils das gemünzte,²⁾ theils das in- und ausländische³⁾ Papiergeld; aber weder andere öffentliche Credit-Papiere, . . . noch ausständige, obgleich auf baares Geld gerichtete Forderungen oder Privat-Schuldscheine“;⁴⁾ auch Wechsel nicht.⁵⁾

IV. Gerade hier ist der Vorbehalt des §. 683 a. E. und des §. 655 von größter Wichtigkeit. Nicht selten wird sich zeigen lassen, daß der Testator eine weitere Bedeutung mit dem Worte „Baarschaft“ verbunden hat; z. B. wenn ein reicher Mann verfügt: „Meine 3 Söhne sollen mein Vermögen so theilen, daß A die Fabriken, B die Güter, C das Stadthaus und die Baarschaft bekommt . . .“, wo man doch wohl auch die Werthpapiere darunter verstehen muß.⁶⁾

2) Zeiller S. 627. — Vgl. auch l. 19 §. 8 D. h. t. 34. 2.

3) Vgl. l. 19 pr. und l. 27 §. 1 D. h. t. 34. 2.

4) S. Ger. Btg. 1855 Nr. 130, S. 533 (Z. 19); ausgenommen in Peitler's Sammlung 1. Aufl. S. 328 (Nr. 422), 2. Aufl. S. 467.

5) Ueber die Bedeutung von „Feldequipage“ s. Ellinger zu §. 679.

1) Ein juristischer Sprachgebrauch ist dieses freilich nicht; s. Unger System I S. 379 f.

2) Selbstverständlich gehören antiquarische oder Schaumünzen nicht her (Zeiller S. 627); vollends gehenkelte nicht (Rippel S. 338 Z. 2.).

3) Umso mehr ausländisches Metallgeld. Vgl. die Entscheidung bei Peitler S. 467.

4) Zeiller S. 627.

5) S. die Redactionsgeschichte in den Excursen.

6) Eine Deutung, welche die Mitte hält zwischen dieser und der in §. 680, gibt dem fraglichen Worte Arnolds Vermächtnisse I S. 207 f. Vgl. auch Mommsen S. 408.

V. Ueber das vieldeutige Wort „Effecten“ s. oben bei §. 674 Abf. IV; über „Capitalien“, „Geld“ s. hier Abf. VI.

VI. Aus der Praxis. Unter dem Legate „aller Capitalien“ (Sammlung VI Nr. 3116) verstand die II. Instanz nur Darlehnsforderungen, die I. (und ebenso die III.) dagegen alle Geldforderungen.⁷⁾ (Vgl. §. 668.)⁸⁾ — M hatte das „Geld“, welches für ihn im Depositenamte X liegt, dem A vermacht (Sammlung IX Nr. 4364). Dasselbst aber erlagen 9200 fl. Grundentlastungs-Obligationen sammt Coupons und eine unbedeutende Baarschaft. Gestritten wurde darüber, ob das Legat auch die Obligationen umfasse, was von der I. Instanz verneint, von den beiden höheren bejaht wurde. Dies ist wegen der concreten Umstände richtig gewesen, bedenklich aber ist die abstract gehaltene Behauptung des obersten G. H.: die gewöhnliche Bedeutung von „Geld“ sei eine viel weitere als die von „Baarschaft“, da jenes Wort auch das fruchtbar angelegte Geld in sich schliesse, also auch die öffentlichen Creditpapiere (s. auch §. 985); noch bedenklicher ist es, die Gleichstellung von „Geld“ und „Baarschaft“ für so ungewöhnlich zu erklären, daß darin ein besonderer, von dem Behauptenden zu erweisender Sprachgebrauch des Testators (§. 655) erblickt werden müßte. Ebenso entschied der oberste G. H. in dem überraschend ähnlichen Falle der Sammlung X Nr. 4639, doch diesmal mit sehr befriedigender Motivirung, nämlich einer gründlichen Erörterung der concreten Umstände.

m) über die Benennung: Kinder;

§. 681.

Unter dem Worte: Kinder, werden, wenn der Erblasser die Kinder eines Andern bedenkt, nur die Söhne und Töchter; wenn er aber seine eigenen Kinder bedenkt, auch die an deren Stelle tretenden Nachkömmlinge begriffen, welche bey dem Ableben des Erblassers schon erzeugt waren.

n) Verwandte;

§. 682.

Ein ohne nähere Bestimmung für die Verwandten ausgesetztes Vermächtniß wird denjenigen, welche nach der gesetzlichen Erbfolge die nächsten sind, zugewendet, und die oben in dem §. 559 über die Vertheilung einer Erbschaft unter solchen Personen, welche für Eine Person angesehen werden, aufgestellte Regel ist auch auf Vermächtnisse anzuwenden.

o) Dienstpersonen.

§. 683.

Hat der Erblasser seinen Dienstpersonen ein Vermächtniß hinterlassen, und sie bloß durch das Dienstverhältniß bezeichnet; so wird vermuthet, daß es diejenigen erhalten sollen, welche zur Zeit seines Ablebens in dem Dienstverhältnisse stehen. Doch kann in diesem, so wie in den übrigen Fällen, die Vermuthung durch entgegengesetzte*) stärkere Vermuthungsgründe aufgehoben werden.

I. Redaction. Die §§. 681—683 haben kein Vorbild im Westgal. G. B. — Zeiller bemerkte (S. v. 23. April 1804) „daß nicht nur rücksichtlich der Sachen, welche vermacht zu werden pflegen, sondern auch in Rücksicht gewisser nur durch ihre Eigenschaften bezeichneter Personen, welchen vermacht wird, in Testamenten zweifelhafte Ausdrücke vorkommen, welche man zur Verminderung der Streitigkeiten im

⁷⁾ N legirte dem M 42 fl.; bevor sie gezahlt wurden, starb auch M. Der in T wohnende Erbe des N (B) wurde vom Erben des M (A) auf Bezahlung der 42 fl. geklagt. B wendete ein, daß M ihm alle seine Capitalien, insoferne sich die Schuldner im Bezirke T aufhalten, folglich auch seinen Legatanspruch auf die 42 fl. legirt habe, und so sei er per confusionem liberirt. Dies wurde auch vom obersten G. H. angenommen.

⁸⁾ Eine allgemeine Deutungsregel läßt sich für dieses Wort gar nicht geben; es kommt auf die concreten Umstände an. Vgl. indes auch oben S. 446 f.

*) Die J. G. S. hat den Druckfehler: „entgegengesetzte“.

Gesetze genauer bestimmen müsse. Wer das Gesetz weiß, soll, wenn er mit einem solchen Ausdrucke einen anderen Sinn verbinden will, seinen Willen deutlicher erklären“.¹⁾ Er ging dabei von dem (auch sonst nachweisbaren, s. z. B. bei §. 660, §. 663 ff. N. 43) naiven Gedanken aus, es sei bei derartigen Regeln von geringerer Wichtigkeit, was man anordne, als daß man überhaupt etwas anordne (s. unseren Comm. I S. 154 N. 134), und darin stimmten ihm auch die Andern bei (§. 2!), nur fügten Einige hinzu, man solle dennoch nur solche Regeln aufstellen, welche geeignet seien, den Willen des Erblassers dem natürlichsten Sinne gemäß zu erklären. Zeiller beantragte drei §§.:

§. a.

Unter dem Worte: Kinder, der Erblasser mag seine eigenen, oder die Kinder eines Andern bedenken, werden nicht nur die Söhne und Töchter, sondern auch die an deren Stelle (u. s. w. = §. 681 i. f.).

§. b.

= §. 682 pr. (bis „zugewendet“).

§. c.

(genau = §. 683).

1) Freiherr v. Haan, Schmidfeld und Tyro waren mit Zeiller ganz einverstanden. 2) Sonnenfels, Lichen, Ehrenberg, Pitreich, Orlandini und Präf. Gf. Rottenhan wollten bei §. a unterscheiden: a) „Bei der Wohlthat, die er seinen eigenen Kindern verschaffen wollte, könne man . . . annehmen, daß er . . . den ganzen Stamm seines Kindes im Augenmerk behielt. Er betrachtet die Enkel als Erben ihrer Eltern, weiß, daß das diesen hinterlassene Legat an ihre Kinder fällt, und unterläßt wahrscheinlich aus diesem Grunde seinen (sic) Descendenten besonders zu bedenken. b) Diese Vermuthungen treten aber bei Kindern eines Andern nicht ein. Dort müsse man bloß auf die persönliche Zuneigung, auf besondere Rücksichten und Verhältnisse zwischen dem Erblasser und Legatar schließen, welche mit dem früheren Tode des Legatars sich geendigt haben.“

„Nehmen an dem Legate Mehrere Theil“, so falle natürlich „der erledigte Theil den übrigen Mitlegataren, in Hinsicht deren der Erblasser seine Gesinnung kundgemacht hat, zu und diese schließen die Descendenz des verstorbenen Legatars, welche dem Erblasser vielleicht ganz unbekannt war, aus.“

Der Vicepräsident wollte unterscheiden: mit Namen benannte Kinder (dann sei das Legat auf ihre Person zu beschränken), und nicht mit Namen benannte Kinder (dann sei das Vermächtniß für ihren ganzen Stamm gegeben). Diese Bemerkung ist auffallend unüberlegt, da es sich nur um die Erklärung des mehrdeutigen Wortes „Kinder“ handelt. Ebenso gedankenlos war es, die gleiche Unterscheidung bei Dienstpersonen in dem Sinne machen zu wollen, daß nur bei nicht namentlich Genannten es darauf ankommen sollte, ob sie zur Zeit des Todes des Erblassers in dessen Diensten gestanden. Hat doch Zeiller Eingang ausdrücklich von „nur durch ihre Eigenschaft bezeichneten Personen“ gesprochen.

Das Protokoll theilt uns weiter nur noch mit, daß mit Majorität, „welche sich aber nur über den ersten der vom Referenten vorgeschlagenen §§. ergab“, der jetzige §. 681 beschlossen wurde.^{1a)}

1) Der gleiche Gedanke (und zwar gerade hinsichtlich des §. 681) findet sich in einer appellationsgerichtlichen Entscheidung (Ztschft. f. österr. RechtsgeL. 1829 II S. 309): „Diese gesetzlichen Vorschriften mußte der Erblasser als österreichischer Staatsbürger wissen (!); wenn er also . . . (etwas anderes wollte), so hätte er solches ausdrücklich erklären müssen.“ Und ganz ähnlich noch ein oberstergerichtliches Erkenntniß von 1862! (Sammlung IV Nr. 1498.)

^{1a)} Auch hier liegt wieder ein Beispiel unverkennbarer Flüchtigkeit und Lüdenhaftigkeit der Protokollführung vor. Es ist nicht direkt gesagt, aber nicht zu bezweifeln,

Bei der Revision (S. v. 3. Sept. 1807) sprach sich Zeiller gegen die (offenbar vor allem der Anregung von Sonnenfels zuzuschreibende) Unterscheidung zwischen eigenen und fremden Kindern aus, und wollte den §. unter Hinweisung auf §. 42 streichen,²⁾ drang aber nicht durch.³⁾

Wann die zwei anderen §§. aufgenommen wurden, und wieso §. 682 seine jetzige erweiterte Gestalt erhielt, erfahren wir überhaupt nicht. Die Reinschrift der Beschlüsse II. Lesung zeigt die in N. 1^a angeführten §§. unverändert. Die zweite Hälfte des §. 682 fehlte sogar noch in der Reinschrift des Gesetzbuchs (der „Druckabschrift“ s. oben I S. 110 N. 132).

II. Zu §. 681. „Kinder“ bedeutet im gewöhnlichen Sprachgebrauche die Descendenten ersten Grades, bei Juristen oft und in unserem bgl. G. B. in der Regel (§. 42) Descendenten überhaupt. Aus §. 42 folgt aber nichts für die Auslegung einer letztwilligen Anordnung, wo vielmehr an sich von der gewöhnlichen Bedeutung auszugehen wäre (§. 655 pr.).⁴⁾ Unser §. hält sich an diese, wo Jemand Kinder eines Anderen bedenkt (s. etwa auch Sammlung X Nr. 4681), gibt aber dem Worte eine etwas weitere Ausdehnung, wenn Jemand seine eigenen „Kinder“ honorirt. Manches läßt sich für diese Unterscheidung sagen (s. Abf. I); aber dennoch ist der §. verfehlt. Wo sein zweiter Satz zu einer richtigen Entscheidung führt, ist diese nicht aus der Wortbedeutung abzuleiten (§. 681 ist ja auch weit davon entfernt, „Kinder“ mit Descendenten überhaupt zu übersetzen); vielmehr wäre zu sagen gewesen, daß bei allen Honorirungen von Kindern des Testators das Gesetz eine Vulgar-Substitution der Kindesfinder supplire.⁵⁾ Hiergegen könnte man nun einwenden, daß die hier vorgeschlagene Bestimmung nicht treffen würde Fälle, wo das Kind schon zur Zeit der Testamentserrichtung todt war. Aber in diesen Fällen ist auch §. 681 gar nicht unbedenklich,⁶⁾ wenn auch, wie das Gesetz nun einmal lautet, nicht schlechterdings abzulehnen. In der That scheinen die Redactoren nur an die anderen Fälle gedacht zu haben, wo das Kind erst nach der Errichtung des Testaments gestorben ist.⁷⁾ — Daß die Kinder lebender Kinder nicht mitzuzählen seien, glaubte man durch die an sich sinnlosen Worte „die an deren Stelle tretenden“ klar genug ausgedrückt, und gewiß wird jeder Jurist sogleich an die sog. Repräsentanten aus der Lehre von der gesetzlichen Erbfolge denken,⁸⁾ und sich aus dieser das Uebrige ergänzen; auch das, daß die Kinder eines Kindes zusammen nur eine Portion bekommen;⁹⁾ dieses ist

daß die beiden anderen §§. nicht aufgenommen wurden. Auffallender Weise finden wir gleichwohl in einer Textreinschrift (Beschlüsse der I. Lesung) die §§. b und c (dort §§. 381, 382) genau wie sie Zeiller proponirt hatte, und einen dem §. 681 entsprechenden §. 380.

²⁾ Zeiller hatte selbst den §. in Vorschlag gebracht; als er aber so wesentlich umgeändert worden war, wünschte er eine Streichung, offenbar weil er in §. 42 seinen Gedanken schon genügend anerkannt glaubte.

³⁾ Sonnenfels setzte sich entgegen; jedes Legat sei eine Last für den Erben; „odiosa“ (!) aber seien einzuschränken.

⁴⁾ Unrichtig ist daher Zeiller's in N. 2 erwähnter Gedanke, und Stubenrauch's Bemerkung, daß §. 681 eine Ausnahme von §. 42 enthalte; §. 42 betrifft nur die Auslegung des a. b. G. B. — L. 220 D. de V. S. spricht auch von testamentarischen Anordnungen; es handelt sich aber dort eben um römischen Sprachgebrauch.

⁵⁾ Dieser Gedanke findet in §. 779 keinen entsprechenden Ausdruck. Denn dieser §. bezieht sich nur auf Erbeinsetzungen, nicht auf Vermächtnisse; und hinsichtlich jener ist er nur nebenbei darin eingeschlossen, während der primäre Inhalt des §. 779 ein anderer ist. S. bei §. 779.

⁶⁾ In solchen Fällen wird der Testator der Enkel, wenn er sie mit honoriren will, Erwähnung thun.

⁷⁾ In dem Beispiel bei Zeiller S. 629 bleibt es unklar, wie er sich das „vorverstorben“ gedacht hat.

⁸⁾ Gedacht ist natürlich an die §§. 733, 734, wo indes, wie (wunderlicher Weise) im ganzen 13. Hauptstücke, jene Redewendung nicht vorkommt; dagegen findet sie sich in §. 779 und §. 790.

⁹⁾ Vgl. Das Beispiel bei Zeiller S. 629.

überdies im zweiten Satz des §. 682 enthalten, der auch zu §. 681 gehört (s. unten Abs. IV). — Zunächst ist bei diesem §. an Collectiv-Legats gedacht; er geht aber auch auf solche Anordnungen: „Jedem meiner Kinder vermache ich“ Soll freilich hier das Ergebniß nicht unerträglich sein, so muß §. 559 auch hier analog zur Anwendung kommen, selbst dann, wenn der Zwischenparent schon zur Zeit der Anordnung todt war.¹⁰⁾ — Der §. 681 ist auch auf Erbeinsetzungen analog anzuwenden.¹¹⁾

III. Zu §. 681. (Fortsetzung.) Die Einschränkung in §. 681 i. f. hat ihren Grund darin, daß mit einem Erbtheil (§. 545) oder Legat (§. 647) nur derjenige direct honorirt werden konnte, der beim Tode des Erblassers schon existirt (§. 22).¹²⁾ Durch das Hfd. v. 29. Mai 1845 wurde allerdings die Möglichkeit gegeben, über diese Schranke hinauszugehen.¹³⁾ Deshalb ist auch bei §. 681 der Vorbehalt des §. 683 i. f. nicht zu vergessen; und namentlich wenn der Testator seine „Enkel“ (überhaupt oder aus bestimmten Kindern) bedacht hat, ist es quaestio facti, ob die erwähnte Einschränkung Platz greife.¹⁴⁾ Es wird sich nicht selten in solchen Fällen, und ebenso, wenn Jemand die Kinder seines Neffen u. dgl. honorirt hat, zeigen lassen, daß die Absicht des Erblassers nicht auf die Lebenden eingeschränkt war, daß ihn die Honorirten gar nicht persönlich (individuell), sondern nur um ihrer gemeinschaftlichen Eigenschaft, Kinder des N zu sein, interessirten.¹⁵⁾ Gewiß sind mit der Honorirung Nachgeborener (in diesem Sinne) manche Unbequemlichkeiten verbunden,¹⁶⁾ aber keine unlösbaren juristischen Schwierigkeiten.¹⁷⁾ — Ein wunderlicher Streit betrifft die letzte Zeile des §. 681, indem zuweilen behauptet wurde,¹⁸⁾ sie beziehe sich nicht auf Kinder eines Andern. Allerdings ist die grammatische Verbindung eine solche, daß dieser Relativsatz nur zu „Nachkömmlinge“ gehört. Es ist eben wieder ein Redactionsverstoß. Alle Gründe dieser Einschränkung (s. oben) sprechen für sie auch in dem anderen Falle,¹⁹⁾ ja gerade nur bei ihm hat sie eine praktische Bedeutung. Hinsichtlich des zweiten Satzes ist sie überflüssig, da Niemand nach seinem Tode Kinder erzeugen und auch nicht aus einem vorverstorbenen Kinde Enkel bekommen kann!²⁰⁾ Ein Zweifel also kann erst in Fällen entstehen, wo Jemand die

¹⁰⁾ Auch dies bestätigt unsere obige Behauptung. Wo die Entscheidung befriedigend ist, folgt sie aus dem Substitutions-Gedanken; wo dieser nicht ausreicht, beginnen auch die Bedenken.

¹¹⁾ Vgl. oben S. 77, und dann bei §. 651 Abs. II und bei §. 655 Abs. I und Abs. IV a. E.

¹²⁾ S. oben S. 31 Abs. VI.

¹³⁾ S. oben S. 241 Abs. V und Excurse (II. Bd.) zu §. 612.

¹⁴⁾ Dieser Fall ist übrigens gar nicht unter §. 681 direct zu subsumiren; es versteht sich von selbst, daß auch Enkel, deren Parent noch lebt (die also keine Repräsentanten sind), so honorirt werden können.

¹⁵⁾ Die zwischen der Anordnung und seinem Tode Geborenen hat er ja auch nicht gekannt, als er sie honorirte! — Daß im Fall der exhereditatio bona mente facta (§. 773) die nachgeborenen Enkel keinen Anspruch haben, darf nicht irre machen. Es handelt sich eben einmal um einen gesetzlichen Anspruch, das andere Mal um die Frage, was der Testator gewollt hat.

¹⁶⁾ Vgl. Staudinger in der Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1829 II S. 313 f.

¹⁷⁾ S. das Hfd. v. 29. Mai 1845 und dessen Erläuterung in den Excursen II S. 149 ff.

¹⁸⁾ S. a. a. D. (Nr. 16) S. 307 (Motive der I. Instanz).

¹⁹⁾ Es ist immer die herrschende Ansicht gewesen, daß die Einschränkung auch für den ersten Satz gelte; so Rippel S. 340 ff., der aber doch wohl zu weit geht, wenn er dafür selbst die grammatische Auslegung anruft; Winivarter S. 204 f. (der aber die richtige Ansicht in ganz verkehrter Art zu begründen sucht); Staudinger a. a. D. S. 312 (der wieder die grammatische Auslegung betont); Stubenrauch (der Staudinger wörtlich ausschreibt); so die obergerichtliche Entscheidung in Sammlung IV Nr. 1498, welche gute und schwache Gründe verbindet und den Einfluß des Aufsatzes von Staudinger nicht verkennen läßt; endlich Ellinger zu §. 681, und Unger §. 57 A. 6, welche Beide aber auf die Frage nicht näher eingehen.

²⁰⁾ Es ist auffallend, daß kein einziger Bearbeiter dieses §. sich den Thatbestand

Kinder des (lebenden) Sohnes A oder der Tochter B, oder seine „Enkel“ bedacht hat, während der zweite Satz des §. 681 die Erklärung der Worte „meine Kinder“ geben will.²¹⁾ Ueber legitimirte und uneheliche Kinder s. oben S. 82.

IV. Zu §. 682. Während die drei uns hier beschäftigenden §§. dadurch zusammenhängen, daß sie Auslegungsregeln geben für Fälle, wo die honorirten Subjecte zweifelhaft bezeichnet sind (während die vorausgehenden §§. die Objecte betreffen),²²⁾ besteht zwischen §. 681 und §. 682 ein noch näherer Zusammenhang.²³⁾ Wie der Schluß von § 681 trotz ungeschickter grammatischer Verbindung auf seine beiden Fälle geht, so der zweite Satz des §. 682 sowohl auf den zweiten Satz des §. 681 als auf den ersten Satz des §. 682. Seine Anwendung kann auch dort geboten sein. Ursprünglich endigte §. 682 mit dem Worte „zugewendet“; über die Hinzufügung der zweiten Hälfte wissen wir leider nichts (s. Abf. I a. E.). Die Verbindung mit einem „und“ ist keine glückliche. Man setze nach „zugewendet“ einen Schlüsselpunkt und streiche das „und“ — sofort wird einleuchten, daß nicht nur obige Behauptung richtig ist, sondern daß der zweite Satz noch eine viel weiter reichende, eine selbständige Bedeutung hat. Es heißt ja auch nicht „auf solche (oder: diese) Vermächtnisse,“ sondern ganz allgemein: was in § 559 von Erbschaften gesagt ist, gilt auch für Vermächtnisse. Also es gilt nicht bloß bei Legaten zu Gunsten der „Verwandten“ (Sammlung IV Nr. 1830) oder „der nächsten Verwandten“ oder „der übrigen Verwandten“ (Sammlung II Nr. 741) oder „der Kinder“; sondern auch, wenn „Enkel“ bedacht sind; oder wenn es heißt: „Mein Stadthaus hinterlasse ich meinen Geschwistern und Neffen und Nichten“ u. s. w.²⁴⁾

Was den übrigen Inhalt dieses §. betrifft, so kann er nur zusammengehalten einerseits mit §. 559, andererseits mit §. 651 gründlich erklärt werden. Darum haben wir von ihm bereits bei jenen beiden §§. ausführlich gesprochen (s. oben S. 77, 78, 82, 83, 401 ff., insbes. über uneheliche Verwandte s. S. 82 f. und Sammlung V Nr. 2164, wo eine kinderlose uneheliche Geborene ihre „Blutsfreunde“ eingesetzt hatte) und haben hier nur wenig nachzutragen.

Richtig bemerkt Zeilker (S. 629): „Solche Vermächtnisse kommen häufig auf dem flachen Lande vor, wo ein kinderloser Erblasser den Gatten zum Erben, doch mit dem Auftrage benennt, seinen Verwandten eine bestimmte Summe hinauszuzahlen. Nun ist nicht zu vermuthen, daß der Erblasser das Vermächtniß durch eine Vertheilung unter alle . . . Verwandten, deren Zahl oft sehr groß sein kann, ganz zersplittern . . . wolle.“ Deshalb jene Einschränkung im §. 682. Doch kann auch

gehörig überlegt hat — ein Vorwurf, der in erster Linie gleich die Redactoren trifft. Da von „an die Stelle tretenden“ Nachkömmlingen die Rede ist, so ist vorausgesetzt, daß der vermittelnde Parens nicht mehr am Leben ist (§. 732). Wie könnte dann aber der Enkel nach dem Ableben des Erblassers erzeugt sein? Vielleicht wendet Jemand ein: „Der Fall ist so möglich, daß der Zwischenparens nach des Erblassers Tode das Kind erzeugt hat und hernach, ohne angetreten zu haben, gestorben ist.“ Aber handelst es sich um ein Vermächtniß, so ist dieses, sobald dies cessit, ipso iure erworben (§. 684); wenn um einen Erbtheil, so tritt Transmission ein (§. 537). — Wie verkehrt ist also Winivarter's Bemerkung (S. 205): „Der obige Beifatz ist also nur bei dem zweiten Satze, (1) wo von den an die Stelle der Kinder tretenden Nachkömmlingen die Rede ist, nothwendig, (1) und hätte seine Wirkung, wenn Einer der nächsten Descendenten zur Zeit des Anfalles des Legates nicht mehr am Leben wäre.“! (Was er über Auswanderung und Desertion beifügt, ist falsch.)

²¹⁾ Es kann nicht genug betont werden, daß §. 681 nicht eine allgemeine Bestimmung für den Fall honorirter Descendenten, sondern nur eine Erklärung des Wortes „Kinder“ geben will.

²²⁾ Vgl. Abf. I und Zeilker S. 628.

²³⁾ Kinder — Verwandte; dann: „die an deren Stelle tretenden“ — „welche nach der gesetzlichen Erbfolge die nächsten sind“.

²⁴⁾ Dies ist bisher übersehen worden. Nippel z. B. (S. 343 Z. 3) gibt §. 682 i. f. so wieder: Der §. 559 habe „bei diesem Vermächtnisse“ Anwendung.

diese Regel Ausnahmen erfahren (§. 683 i. f.). Wenn z. B. Jemand seine Witwe und seine Kinder zu Erben einsetzt, und für seine „Verwandten“ ein Legat bestimmt, so ist klar, daß er das Wort in einem anderen Sinne nahm; meist wird dies geschehen, wenn er keine Ascendenten hatte, so daß er dabei an die Seiten-Verwandten dachte. Dann bekommen es Diejenigen, welche, wenn die erste Linie nicht da wäre, geerbt haben würden.²⁵⁾ Ein schon anderweitig (mit einem Erbtheile oder einem Vermächtnisse) honorirter Verwandter hat keinen Antheil an einem solchen Collectiv-Legat.²⁶⁾ Ein Vermächtniß zu Gunsten der eigenen „Familie“ wäre wohl im Zweifel für gleichbedeutend zu nehmen mit dem in §. 682 behandelten Vermächtnisse.²⁷⁾

V. Zu §. 683. Während in §. 681 erst von den Kindern eines Andern, dann von eigenen geredet wird, während in §. 682 jedes Wort vermieden ist, das eine Einschränkung auf die Verwandten des Testators rechtfertigen würde,²⁸⁾ handelt §. 683 nur von Dienstleuten des Erblassers. Eine Ausdehnung auf fremde Dienstpersonen ist nicht ohne weiteres, sondern nur unter besonderen Umständen zulässig; z. B. wenn Jemand bei einer befreundeten Familie lebte, oder doch sehr oft Gast daselbst war u. dgl.²⁹⁾ Die §§. 681—683 handeln von Collectiv-Bezeichnungen, mit denen aber nicht immer auch Collectiv-Vermächtnisse gesetzt sind; z. B. nicht, wenn es heißt: „Jedem meiner Kinder vermache ich . . .“ oder „Jedem meiner nächsten Verwandten“ oder „Jedem meiner Dienstleute“. Darin läge also noch kein Unterschied zwischen diesem und den anderen Paragraphen. Wohl aber liegt ein solcher darin, daß §. 683 auch Anwendung findet, wenn es heißt „meinen Gesellen“ oder „meinen Kammerdienern“ oder endlich „meinem Kammerdiener, meinem Leibjäger, meinem Kutscher“ . . ., so daß entweder nur ein Theil der Dienstleute oder gar nur eine einzelne, bloß gattungsmäßig (nämlich bloß durch das Dienstverhältniß) bezeichnete Person honorirt ist.³⁰⁾ Und darum ist auch die Marginalnote nicht genau („über die Benennung: Dienstpersonen“). — Es kommt also auch hier auf die Sachlage zur Zeit des Todes und nicht der Anordnung an, wofür angeführt zu werden pflegt, „daß dergleichen Personen durch den Tod des Erblassers ihren Dienst verlieren, nicht sobald wieder einen ähnlichen finden, folglich einer Art von Vergütung würdig seien“.³¹⁾ In vielen Fällen trifft dies zu, in vielen anderen nicht; dann greift oft die Erwägung Platz, daß diese Leute den Erblasser in der

²⁵⁾ Vgl. auch Zeiller S. 630; Winivarter S. 208.

²⁶⁾ L. 16 §. 2; l. 20 pr. D. de alim. leg. 34. 1; Zeiller S. 630 i. f., Scheidlein in der Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1825 II S. 161 §. 11, Unger §. 57 Anm. 7 a. E. (Obiges hat sünngemäße Anwendung auch auf §. 683). Wenn dagegen „die Verwandten“ zu Erben eingesetzt wären, und Einem von ihnen würde etwas legirt sein, so würde man ihn nicht ohne weiteres von der Einsetzung anschließen dürfen, da er gar wohl Prälegatar sein könnte. Doch kommt es auf die Größe des Legates und die anderen concreten Umstände an. Vgl. auch Stieger im „Jurist“ XVIII S. 249.

²⁷⁾ Handelt es sich um eine fremde Familie, so kommt alles auf den Wortlaut und die concreten Umstände an. Unzulässig scheint es uns, hier so mit römischen Auslegungsregeln zu operiren, wie Basevi (bei §. 655 Z. 1) thut.

²⁸⁾ Es ist nicht einmal gesagt, zu wem „die nächsten“; wenn Ellinger ergänzt „d. i. zum Erblasser“, so ist dies für die Mehrzahl der Fälle richtig, aber nicht allgemein. Silbersecherei ist, was Winivarter S. 206 (dem Stubenrauch Z. 1 folgt) hiegegen einwendet.

²⁹⁾ Oder die in Wien wiederholt vorgekommenen Legate, welche „Stammgäste“ eines Gast- oder Caffeehauses dem Dienstpersonale ausgesetzt haben. Wenn die Honorirten nur durch ihre Dienststellung bezeichnet sind, so kann (muß freilich nicht, s. Schlußsatz) der §. 683 Anwendung finden. — Scheidlein §. 25 will in den im Texte bezeichneten Fällen das Legat Denjenigen zusprechen, die in dem befreundeten Hause zur Zeit der Testaments-Errichtung gebient haben.

³⁰⁾ Dies erhellt aus Zeiller's Commentar und aus der Redactionsgeschichte (s. Abf. I vb. „nur durch ihre Eigenschaft bezeichneter Personen“). Nach dieser Richtung bedarf also Unger's Bemerkung in §. 57 Anm. 7 einer Ergänzung.

³¹⁾ Zeiller S. 631 Z. 1, Scheidlein in der Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1825 II S. 163.

letzten Krankheit gepflegt oder doch bedient haben,³²⁾ und es nahe liegt, gerade Denen sterbend ein Geschenk (im weit. S.) zu machen, die Einem in der letzten Zeit irgendwie nahestanden. Dazu kommt, daß durch das Verlassen des Dienstes in der Mehrzahl der Fälle die persönliche Beziehung zwischen Dienstgeber und Diener gelöst wird.³³⁾ Selbstverständlich ist §. 683 nicht anwendbar, wo zu der gattungsmäßigen noch eine individuelle Beziehung hinzutritt. Zweifel dagegen können bei einer Combination zweier gattungsmäßiger Beziehungen entstehen.³⁴⁾ Ferner wird im §. 683 selbst eingeschränkt, daß schließlich alles *quæstio voluntatis* ist. Ist z. B. „dem Kammerdiener“ ein beträchtliches (relativ großes) Legat hinterlassen, und der zur Zeit der Anordnung diese Stelle Versehende hatte sich besondere Verdienste erworben oder besaß in hohem Maße die Gunst seines Dienstgebers, und hat später wegen Alter oder Krankheit den Dienst verlassen, so ist das Legat nicht als ein *tacite ademptum* zu betrachten.³⁵⁾ Und jedenfalls könnte der jetzige Kammerdiener (selbst wenn wegen §. 540 oder aus anderen Gründen Jener keinen Anspruch hätte) das Vermächtniß nicht fordern.³⁶⁾ — Ist das unter §. 683 fallende Vermächtniß ein *Collectiv-Legat* und über die Vertheilung nichts gesagt, so haben alle *Collegatäre* gleiche Antheile zu bekommen.³⁷⁾ — S. ferner N. 26; dann über das Legat der Dienstbelassung und der Pension die Erläuterungen zu §. 672 f., Abs. IV. — Ueber das Verhältniß zwischen §. 683 und §. 651 s. die Erklärung dieses §. übhpt. und Abs. II insbesondere.

VI. Zum Schlußsatz des §. 683. Zur Anordnung des §. 683 ist ein abschwächender Vorbehalt gemacht worden, den wir durch ein Beispiel oben (Abs. V) illustriert haben. Es heißt aber zugleich „in diesem, sowie in den übrigen Fällen“ und damit ist der Satz zu einer *clausula generalis* von weittragender Bedeutung erhoben. Es ist klar, daß damit auf die ganze Reihe der dem allgemeinen §. 655 folgenden Regeln zurückgegriffen ist (also §. 656—683) und in glücklicherer Weise hätte diese §§.-Reihe nicht abgeschlossen werden können. Je bedenklicher manche der obigen Regeln sind, um so dankbarer müssen wir Zeiller'n für diese kluge Vorsicht sein.³⁸⁾ Es ist damit dieser Abschnitt des Gesetzes nicht nur als nachgiebiges³⁹⁾, sondern als nachgiebigstes Recht erkennbar gemacht. Jene Sätze weichen nicht bloß dem ausgesprochenen oder anderweitig zwingend bewiesenen Willen des Testators, auch nicht etwa bloß wahren Rechtsvermuthungen, sondern schon gewöhnlichen Wahrscheinlichkeitsgründen;⁴⁰⁾ — es sind eben nichts weiter als Auslegungsregeln, die dem Richter Anhaltspunkte bezeichnen sollen, wenn er keine festeren findet. Beispiele

³²⁾ Vgl. Winiwarter S. 207.

³³⁾ Diese Rehrseite des Verhältnisses wird meist übersehen. Für sich allein würde diese Motivirung freilich nicht genügen. Sie erklärte, warum Derjenige, der tempore testamenti im Dienste war, leer ausgeht, wenn er tempore mortis nicht mehr diente; aber nicht, warum auch Derjenige etwas bekommt, der erst nach jenem Zeitpunkte in den Dienst trat. — Andererseits berechtigt obige Erwägung keineswegs, in das einem (etwa namentlich bezeichneten) Dienenden hinterlassene Vermächtniß die Bedingung, daß er im Dienste bis zu des Testators Tod geblieben sein müsse, hineinzutragen. S. auch Scheidlein a. a. O. §§. 18, 19. Wäre freilich das Dienstverhältniß wegen einer strafbaren Handlung gelöst worden, so würde meistens §. 540 zur Anwendung kommen (Scheidlein §. 20).

³⁴⁾ Vgl. den von Rippel S. 3 erzählten Rechtsfall, der nur unter Berücksichtigung aller concreten Verhältnisse sich entscheiden ließe.

³⁵⁾ Vgl. Zeiller Z. 2, Winiwarter S. 208, Scheidlein S. 164.

³⁶⁾ Auch sind bloß zeitweilig (zur Aushilfe) aufgenommene Personen im Zweifel nicht als bedacht anzusehen. S. den von Stubenrauch in der Note zu §. 683 erzählten Fall (auch bei Peitler 1. Aufl. Nr. 425, 2. Aufl. Nr. 473).

³⁷⁾ So mit Recht Stubenrauch Z. 4.

³⁸⁾ Von ihm rührt ja der §. 683 her, s. Abs. I.

³⁹⁾ Das sind ja auch die eigentlichen Dispositionsnormen.

⁴⁰⁾ Vgl. Rippel Z. 4.

zur Verdeutlichung dieser Clausel und zum Beweise ihrer Wichtigkeit anzuführen, ist unnöthig; haben wir doch immer und immer wieder in der vorhergehenden Darstellung des besonderen Theils der Vermächtnißlehre auf sie uns berufen. Und auch die Praxis hat oft genug bewußt,⁴¹⁾ öfter noch unbewußt⁴²⁾ von ihr Gebrauch gemacht.

Anfallstag bey den Vermächtnissen.

§. 684.

Der Legatar erwirbt in der Regel (§. 699) gleich nach dem Tode des Erblassers für sich und seine Nachfolger ein Recht auf das Vermächtniß. Das Eigenthumsrecht auf die vermachte Sache aber kann nur nach den für die Erwerbung des Eigenthumes*) in dem fünften Hauptstücke aufgestellten Vorschriften erlangt werden.

I. Die römischen Juristen unterscheiden beim Erwerbe der Vermächtnisse den dies cedens und den (in der Regel später, zuweilen gleichzeitig, niemals früher eintretenden) dies veniens.¹⁾ Jener tritt in der Regel mit dem Tode des Erblassers, dieser mit dem Antritte der Erbschaft (adita hereditate) ein;²⁾ durch eine noch schwebende, später in Erfüllung gehende Bedingung werden beide, durch eine reine Befristung wird nur der dies veniens hinausgeschoben.³⁾ Der Grund dieser Scheidung von d. cedens und d. veniens ist dieser: Einerseits wollte man den Erfolg einer Vermächtniß-Anordnung nicht ganz und gar auf den zufälligen, dem Belieben des Instituirten anheimgegebenen Zeitpunkt des Erbantrittes abstellen;⁴⁾ andererseits konnte — wegen der Möglichkeit, daß das Testament ein t. desertum wird, und wegen der Abhängigkeit der Vermächtnisse von der Verwirklichung der testamentarischen Erbfolge — der Vermächtniß-Erwerb vor dem Erbantritt nicht vollendet sein. Diese Betrachtung erklärt sowohl den Zeitpunkt als die Wirkung von dies cedens und dies veniens. Mit dem dies cedens wird die Anwartschaft des Honorirten, bis dahin eine bloße Hoffnung, zu einem ius quaesitum, das bei seinem Tode nicht unter-, sondern auf seine Erben übergeht; mit dem dies veniens wird der Vermächtniß-Anspruch (der dingliche, wie der persönliche)⁵⁾ perfect, wird actio nata, d. h. er kann hinfort geltend gemacht werden. — Die deutschen Juristen nennen den dies cedens „Anfall“, den dies veniens „Erwerb des Vermächtnisses“; Manche bedienen sich daneben des Ausdruckes: Mit dem dies cedens werde das „Vermächtnißrecht“, mit dem dies veniens das „vermachte Recht“ „erworben“.⁶⁾

41) Ein interessantes Beispiel bietet Sammlung I Nr. 493 (s. über diesen Fall oben bei §. 667).

42) So z. B. hätte man bei den (richtigen) Entscheidungen, die oben bei §. 680 in Abs. VI erzählt sind, nicht die Subjunktion des Wortes „Geld“ unter §. 680 im Allgemeinen leugnen, sondern wegen der Beschaffenheit des besonderen Falles sich auf §. 683 a. E. berufen sollen.

*) F. G. S. Eigenthums.

1) Ausführlich behandelt diese Lehre Arndts in der zweiten Abtheilung des III. Bandes seines Werkes über die Vermächtnisse (= Glük's Commentar 48. Bd. 2 Heft) (erschienen nach des Vf. Tode, 1878.)

2) Arndts a. a. O. S. 259 ff. — Wie, wenn mehrere Erben da sind? S. darüber Crafft v. Craillsheim im Arch. f. civil. Praxis 47. Bd. (1864) S. 399 ff.

3) S. etwa Arndts Pandekten S. 554, Windscheid §. 642.

4) Bei einem kranken oder hochbejahrten Legatar könnte sonst durch Aufschub des Erbantrittes das Vermächtniß sogar absichtlich vereitelt werden.

5) Beim persönlichen versteht es sich schon darum von selbst, daß der Anspruch vorher nicht realisirbar ist, weil es vorher keinen Schuldner giebt. Beim dinglichen Ansprüche wäre ein sofort die cedente eintretender (durch die aditio hereditatis resolutiv bedingter) Erwerb denkbar, aber wegen der Möglichkeit der nachträglichen Vernichtung desselben testamento destituto, wegen der Unerlaubtheit der Selbsthilfe und aus anderen Gründen unangemessen und zweckwidrig.

6) Diese rein terminologische Differenz ist nicht zu verwechseln mit der meritorischen zwischen Köppen und der herrschenden Lehre. Ueber den letzteren Streit handelt das in

II. Eine wesentlich andere Bedeutung haben der dies cedens und der dies veniens im österreichischen Rechte. Ein testamentum desertum im römischen Sinne giebt es nicht; die Vermächtnisse fallen (wenigstens in großer Regel)⁷⁾ nicht mit den Erbeinsetzungen: §. 726. Damit hat sich von selbst die Bedeutung des dies cedens und noch mehr die des dies veniens geändert. Da die Vermächtnisse entrichtet werden müssen, wer immer und wie immer er Erbe werden mag, so ist die Perfection des Legatserwerbs von der Antretung des Eingesezten unabhängig. Damit verliert der dies cedens die Bedeutung einer Sicherung gegen Zwischenfälle vor dem Erbantritte, gewinnt aber nach anderer Richtung eine um so größere Bedeutung, da sich nun der ganze Erwerb des Vermächtnisses im dies cedens concentrirt. Die Frage aber: quando cedit d. leg.? ist genau so zu beantworten, wie nach römischem Rechte. Also: „in der Regel gleich nach dem Tode des Erblassers“ (§. 684 pr.); wenn aber bei einem bedingten Vermächtnisse die Bedingung später in Erfüllung geht, in diesem späteren Zeitpunkte (§. 699, §. 703, §. 684 pr.). Von einer Befristung gilt gleiches nur, wenn sie eben eine Bedingung in sich schließt (§. 704); eine reine Befristung (dies certus, §. 705) schiebt nicht den dies cedens, sondern nur den dies veniens hinaus.^{7 a)} Vgl. bei §. 685 vor und in N. 8 u. 9. — Am dies veniens wird nach österreich. Rechte gar nichts erworben, sondern es wird bloß die Vermächtniß-Forderung fällig. Und zwar ist die Abweichung vom römischen Rechte eine doppelte: a) der dies veniens hat eine andere Bedeutung (Wirkung) und b) er ist anders angesetzt, als im röm. R. Anders gesagt: a) der dies veniens ist in der Regel von der Zeit der Erbantrretung verschieden (§. 685); b) sowohl dieser als jener Zeitpunkt sind für den Legatserwerb meistens ohne Belang (Ausnahmen s. in Abs. VI). — Um dieses klarer zu machen, müssen wir zunächst einige andere Rechtsätze mittheilen.

III. Nach römischem Rechte vollzieht sich der Erwerb sowohl am dies cedens als am dies veniens von selbst, ipso iure; d. h. an jenem wird die Anwartschaft, an diesem der persönliche oder dingliche Anspruch von selbst erworben (s. Abs. I). Ipso iure heißt hier jedoch nicht „mit rechtlicher Nothwendigkeit“ (der Legatar kann ausschlagen und dann wird der Erwerb als gar nicht geschehen betrachtet), sondern es bedeutet „von selbst, auch ohne Willenserklärung“, ja selbst ohne Wissen und Willen; kurz: ohne, aber nicht gegen den Willen des Honorirten. Ist eine Nachlaß-Sache vermacht und die stärkere (dingliche) Wirkung beabsichtigt (was nach neuestem Rechte im Zweifel stets anzunehmen ist), so wird am dies veniens auch das Eigenthum von selbst erworben, ohne daß es einer Uebergabe oder Besitzergreifung von Seiten des Legatars, oder einer Annahme-Erklärung, ja auch nur des Wissens seinerseits bedürfte.⁸⁾

Note 1 cit. Heft in seiner zweiten Hälfte (bes. S. 275 ff.); über die terminologische Frage s. einerseits Windscheid §. 642 N. 4, andererseits Arndts a. a. D. S. 247–254 (und die Herausgeber seiner Pandekten in der 11. Aufl. bei §. 554, Anm. 1a). Festzuhalten ist, daß diejenigen Juristen, welche die cedente von einem „Erwerbe des Vermächtnisses“ sprechen, den Ausdruck „Anfall“ nicht geradezu verwerfen (s. bes. Arndts a. a. D. S. 253). Deshalb darf man bei dem Streite der österreich. Juristen, ob sich der Vermächtniß-Erwerb ipso iure vollziehe oder nicht, kein Gewicht legen auf die Marg. Note zu §. 684: „Anfallstag bei den Vermächtnissen“.

7) Ausnahmen: wenn das Gegentheil ausdrücklich angeordnet; bei manchem Legate auf facere; wenn eine Sache des Erben vermacht ist.

7a) Vgl. Stubenrauch bei §. 684 Z. 1, 2 mit Arndts Pand. §. 554. — S. Sammlung IV. Nr. 2049, welcher Fall nochmals bei §. 704 f. zur Sprache kommt. — Unrichtig Winiwarter's (bei §. 685 cit.) Aufsatz, S. 183, dem auch hier Stubenrauch (bei §§. 685, 686 Z. 10) nachschreibt, ohne den Widerspruch zu bemerken, in welchen er mit seiner eigenen (richtigen) Behauptung bei §. 684 geräth, auf welche er noch dazu durch ein Allegat verweist!

8) So nach der Lehre der Sabinianer, während die Proculianer eine Annahmeerklärung verlangten. Jene Ansicht ist im Justinianischen Rechte anerkannt, was freilich

Wie verhält es sich nun nach österreichischem Recht? Ob hier das Legat ipso iure oder aber erst durch eine Annahme-Erklärung erworben werde, ist eine Frage, welche erst in neuerer Zeit präcis gestellt und beantwortet wurde, und zwar von Unger⁹⁾ im Sinne der Nothwendigkeit einer Annahme, von Randa¹⁰⁾ und Strohal¹¹⁾ im Sinne des ipso-iure-Erwerbes. Daß letztere Ansicht die richtige ist, wird in einem eigenen Excurse (zu §. 684, unter lit. B) gezeigt. Die Frage ist indef von geringer praktischer Bedeutung, weil hinsichtlich des Uebergangs des Legates auf die Erben des Honorirten^{11 a)}, sobald dieser nur den d. cedens erlebt hat, kein Streit besteht und keiner bestehen kann (§. 684 „für sich und seine Nachfolger“). — Jenes „ipso iure“ nun bezieht sich auf den dies cedens;¹²⁾ denn da der dies veniens für den Vermächtniß-Erwerb ohne Bedeutung ist, so kann selbstverständlich die Frage nach dem Wie? des Erwerbes hier gar nicht gestellt werden. — Nothwendig also ist die Erklärung der Annahme nicht, aber auch nicht irrelevant. Die nach des Erblassers Tode¹³⁾ abgegebene Erklärung der Annahme, so wie die der Ausschlagung kann nicht mehr widerrufen werden (arg. §. 806), wenn ein Interesse¹⁴⁾ den Erklärenden „beim Worte nimmt“.¹⁵⁾ Daraus folgt aber keine Vertragsnatur dieser Erklärung.¹⁶⁾ — Von mehreren Legaten kann man eines annehmen, das andere ausschlagen, wo dies nicht gegen den ausgedrückten oder doch erkennbaren Willen des Testators ist.^{16 a)} Man kann aber nicht ein und dasselbe Vermächtniß theils annehmen, theils ausschlagen.^{16 b)} Wann man sagen könne, eine Anordnung enthalte ein Legat, wann, sie enthalte mehrere Legate, wird an anderem Orte untersucht.^{16 c)}

u. a. Köppen bestreitet; über und gegen seine Meinung s. Arndts Vermächtnisse III S. 274 ff.

⁹⁾ Erbrecht §. 62 Anm. 2. Schon früher waren wohl derselben Ansicht Stubenrauch (§. 684 Z. 2) und Ellinger; wie weit aber St. und die meisten älteren Juristen von irgend welcher klaren Meinung entfernt waren, haben wir schon auf S. 405 f. (Note 9) gesehen.

¹⁰⁾ Erwerb der Erbschaft S. 37 Note.

¹¹⁾ Transmissio pendente condicione S. 1 ff.

^{11 a)} Selbstverständliche Ausnahme: wenn das Recht (z. B. Fruchtgenuß) auf die Person des Legatars eingeschränkt ist. Stubenrauch Z. 2 a. E. — Die Römer sagen daß hier der dies ante aditam hereditatem non cedit (l. 2. D. quando dies 36, 2); er falle mit dem dies veniens zusammen; anders gesagt: dem Erwerbe gehe hier kein Anfall voran. Mommsen §. 373 und S. 383 f. zieht vor zu sagen: Der Anfall sei nicht hinausgeschoben, gleichwohl gehe aber das Vermächtniß auf die Erben nicht über. Praktisch ist das hier gleichgiltig: „nam cum ad heredem non transferatur (ususfructus), frustra est, si ante quis diem eius cedere dixerit“ (Ulpian l. 3 D. 36, 2).

¹²⁾ Damit entfällt auch die gemeinrechtliche Streitfrage, ob die Ablehnung erst postquam dies legati venit wirksam abgegeben werden könne, wie l. 45 §. 1 D. de leg. II. vorschreibt, und wie demgemäß die herrschende Ansicht (s. z. B. Arndts Pand. §. 555) auch noch fürs gemeine Recht behauptet; s. dagegen Windscheid §. 643 Note 4.

¹³⁾ Selbst condicione nondum impleta; s. Unger §. 62 Anm. 6; vgl. ebd. §. 36 Anm. 9 und §. 37 Anm. 2.

¹⁴⁾ D. h. Jemand, der ein rechtliches Interesse an der Geltung jener Erklärung hat.

¹⁵⁾ Dieses wird natürlich bei der Ausschlagung öfter gesehen, als bei der Annahme; ist aber auch hier nicht denkbar, s. §. 650 a. b. G. Vgl. Note 32.

¹⁶⁾ Sie ist gerade so, wie die aditio oder repudiatio hereditatis, ein einseitiger Rechtsact, braucht nicht einem Interessenten gegenüber abgegeben und von diesem angenommen worden zu sein. Aber freilich wird eine unbekannt gebliebene oder doch unerwünschte Erklärung praktisch ohne Belang sein, sowie andererseits die spätere Erklärung eines geänderten Willens Erfolg hat, wenn kein Interessent widerspricht.

^{16 a)} L. 5. D. de leg. II, cf l. 22 pr. D. de fideicom. libert. 40. 5.

^{16 b)} L. 38 pr. D. de leg. I, l. 4 und l. 6 D. de leg. II. Nach römischem Rechte (L. 58. D. de leg. II.) liegt in der Annahme eines Theiles die Annahme des ganzen Vermächtnisses, und dieses nimmt Unger (§. 62 N. e) auch für unser Recht an. Wir glauben, daß durch eine solche uncorrecte Erklärung nihil actum est; der Erklärende könnte also — über die Unzulässigkeit theilweiser Annahme aufgeklärt — noch immer ablehnen. Die Frage wird übrigens kaum jemals praktisch werden.

^{16 c)} In dem Excurse über Alternativ-Vermächtnisse (zu Commentar S. 421 f.).

IV. Nach älterem römischem Rechte hatten die Vermächtnisse verschiedene Wirkungen, je nach ihren Formen; nach Justinianischem Rechte (ganz unabhängig von der Form) stets eine persönliche und daneben oft auch eine dingliche Wirkung. Directer ipso jure am dies veniens sich vollziehender Eigentumsenerwerb gilt auch noch heute im gemeinen Rechte. So verhielt es sich auch noch im Westgalizischen Gesetzbuch (II §§. 442—444, 472). Unsere Redactoren haben aber das sog. Vindications-Legat ganz beseitigt, weil man im Interesse der Sicherheit des Verkehres nicht abgehen dürfte von der allgemeinen Regel, daß zu jedem Erwerb eines dinglichen Rechtes „Uebergabe“ (d. h. bei beweglichen Sachen Tradition, bei unbeweglichen Intabulation) erforderlich sei. Wenn also auch der Testator das Eigenthum seiner Sache vermacht und noch so deutlich die Absicht ausspricht, dieses Eigenthum dem Legatar direct zuzuwenden, so hat dieser sein Wille keinen Erfolg. Der Legatar erwirbt immer nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Dnerirten (bez. den Nachlaß), und erst durch die Uebergabe von Seiten desselben (bez. des Nachlaß-Curators) wird er Eigenthümer. S. §§. 684, 688, 424, 437 a. b. Ob. Sein auctor domini ist nicht der Erblasser, sondern der Dnerirte (s. oben S. 422, 427, 438). So lange dieser ihm das dingliche Recht nicht übertragen (bez. bestellt) hat, kann der Legatar nicht gegen Dritte auf Herausgabe der Sache klagen, die ihm (bez. an der ihm ein ususfructus u. dgl.) vermacht ist. Vgl. Sammlung XII Nr. 5469. — Die Frage nach dem legislativen Werthe des Vindications-Legates beschäftigte die Redactoren so sehr, daß sie darüber andere und feinere Fragen, welche den Vermächtniß-Erwerb betreffen, übersehen haben. Der Grund, der sie zur Verwerfung des Vindications-Legates bestimmte, war ein recht äußerlicher, der veralteten Lehre vom titulus und modus entnommener, wie dies alles aus der Redactions-Geschichte erhellt. Diese behalten wir einem eigenen Excurse vor, ebenso die Prüfung des legislativen Werthes der Vindications-Vermächtnisse.¹⁷⁾

V. Gegen unsere Behauptung, daß dies veniens und hereditas adita für den Vermächtniß-Erwerb ohne Belang seien, könnte Verschiedenes eingewendet werden. 1) Vor der „Uebergabe“ sei die vermachte Sache nicht erworben; auf die Uebergabe könne aber vor dem dies veniens nicht gedrungen werden. Dagegen ist zu erwidern: a) Der Erwerb des Vermächtnisses ist perfect, wenn nicht bloß die Anwartschaft, sondern der V.-Anspruch erworben ist; beides geschieht bei uns die cedente. Da es keinen dinglichen V.-Anspruch giebt, so gehört der Eigentumsenerwerb nicht mehr zum Legatserwerb, sondern zur Erfüllung der Obligation des Dnerirten.¹⁸⁾ b) Jedenfalls würde jener Einwand nicht beweisen, was er beweisen sollte. Der Erwerb des dinglichen Rechtes wird erst durch die Uebergabe vollendet, welche ja meistens nicht gerade am dies veniens geschieht, sondern nur von jetzt ab gefordert werden kann (s. oben S. 429 Nr. 22 a, S. 430 Nr. 24). Der dies veniens an sich wäre auch hiernach zur Vollendung des Erwerbes weder genügend, noch unerläßlich.¹⁹⁾ 2) Mit viel mehr Schein ließe sich Folgendes einwenden: Gerade weil nach österreichischem Rechte aus jedem wirksamen Vermächtnisse nur eine Forderung entsteht und eine

¹⁷⁾ In den Exkursen zu §. 684 erzählen wir unter A) die Redactions-Geschichte, suchen unter B) den Nachweis für den ipso-jure Erwerb zu führen, und prüfen unter C) das Vindications-Legat auf Nützlichkeit und juristische Consequenz hin.

¹⁸⁾ Diese Obligation wird durch den Legatserwerb perfect, durch die Uebergabe erfüllt. Das Eigenthum beruht also nur indirect auf dem Legate, direct auf der Uebertragung von Seiten des Dnerirten. Die Redactoren haben sich freilich die Beziehung des Eigenthums zu dem Vermächtnisse als eine nähere gedacht (Legat + Tradition (bez. Intabulation) = perfecter Eigentumsenerwerb), was mit ihrer Vorstellung von der Tradition als einem bloß äußerlichen Hergange, welcher den durch den Titel eingeleiteten Erwerb vollende, zusammenhängt. Darüber ist einerseits die Redactions-Geschichte, andererseits Hofmann Die l. v. titulus und modus (passim) nachzusehen.

¹⁹⁾ Die Tradition kann ja z. B. bei einem betagten Vermächtnisse freiwillig auch vor dem dies veniens geschehen.

solche doch einen Schuldner voraussetzt, onerirt aber in sehr großer Regel, der Erbe ist, so sollte die *aditio hereditatis* Voraussetzung für den Erwerb des Vermächtnis-Anspruches sein. Dieses hat *de lege ferenda* manches für sich. Unsere Gesetzgebung aber begünstigt hierin die Legatäre, welche unter Umständen auch gegen den Verlassenschafts-Curator ihre Ansprüche geltend machen können. Denn dieser hat (nach §. 129 des Pat. v. 1854) „sobald es mit Sicherheit geschehen kann,²⁰⁾ die Vermächtnisnehmer zu befriedigen“. Man ist in Oesterreich seit lange gewöhnt, die Vermächtnisschuld als eine Erbschaftsschuld (minderen Ranges)²¹⁾ zu behandeln.²²⁾ Dies hängt — von anderem abgesehen²³⁾ — mit der älteren Gestalt der Nachlasspflege zusammen, mit der größtentheils aber nicht vollständig überwundenen Vorstellung, daß dem Erben nur der reine Nachlaß gebühre,²⁴⁾ nur dieser vom Gerichte ihm ausgefolgt werden solle.²⁵⁾ Es hängt ferner mit dem Mangel einer vom Erbrechte präcludirenden Deliberationsfrist^{26 a)} und damit zusammen, daß die Person des Erben in der Regel für den Bestand des Legates gleichgiltig ist (§. 726), so daß wirklich nichts darauf ankommt, ob der Curator bei jener Handlung irgend einen bestimmter Verpflichteten im Sinne hat oder nicht.²⁶⁾ Jedensfalls entgehen wir damit den Unzukömmlichkeiten, welche nach gemeinem Rechte bei einer Mehrheit von Erben sich einstellen können.^{26 a)}

VI. Nur wo dieses nicht zutrifft, ist auch nach unserem Rechte die Erbantrittung Voraussetzung für den definitiven Legatserwerb; also überall dort, wo es darauf ankommt, daß gerade der *N. N.* Erbe werde. So wenn der Testator die Dnerirung ausdrücklich auf eine bestimmte Person eingeschränkt hat, oder wo sich dieses daraus ergibt, daß die Sache des Eingesezten vermacht ist²⁷⁾ oder daß eine persönliche Leistung dem Dnerirten zugemuthet ist, bei der es auf eine ihm eigene Fertigkeit oder ein persönliches Verhältniß zum Honorirten ankommt. — Nun könnte das Bedenken angeregt werden, ob es sich dabei nicht um bedingte Vermächtnisse, also um Hinausschiebung des *dies cedens* handle. Aber es sind dies uneigentliche Bedingungen (*condiciones iuris*), welche nicht die Kraft haben, den Anfall hinauszurücken.²⁸⁾ — Jene Fälle nun sind Ausnahmen von beiden am Ende des Abs. II aufgestellten Sätzen: a) hier tritt der *dies veniens* niemals vor dem Erbantritte, meistens eben mit ihm ein; b) der Erbantritt ist hier von entscheidender Bedeutung für die Verwirklichung des Vermächtnisses. — Nicht das letztere, wohl aber das erstere gilt von Wahl-Vermächtnissen, wenn dem Erben die Wahl freisteht (s. bei §. 685 N. 19).

VII. Bei Sublegaten ist der *dies cedens* nicht aufgeschoben. Daß der onerirte Legatar wirklich erwerbe, ist nicht einmal *condicio iuris* für das Sublegat (s. §. 650). Wohl aber setzt der *dies veniens* Erwerb oder Ausschlagung von Seiten des Hauptlegatars voraus. Der Sublegatar kann von ihm nichts fordern, solange

²⁰⁾ D. h. sobald über an und quantum des Legatanspruches keine Zweifel obwalten; s. auch §. 692 a. b. G. B. Wo aber solche Zweifel obwalten, kann Auszahlung (bez. Execution) nicht begehrt werden; s. Sammlung XIII Nr. 5681.

²¹⁾ Die Erbschaftsschulden im weitern Sinne rangiren so: a) Erbschaftsschulden im eng. Sinne (*hereditas non intelligitur nisi deducto aere alieno*), b) Pfllichttheile, c) Vermächtnisse.

²²⁾ Vgl. Unger Erbrecht §. 64 Anm. 2.

²³⁾ Z. B. von der Gleichstellung der in N. 21 aufgezählten Ansprüche hinsichtlich der *separatio honorum*, s. §. 812 a. b. G. B.

²⁴⁾ S. z. Zeißler Comment. II. S. 852, vgl. Pat. v. 1854, §. 131.

²⁵⁾ S. darüber Unger Verlassenschaftsabhandlung, passim bes. S. 4, 81, 99, 135.

^{25a)} Vgl. Unger §. 36 Min. 5 und Anm. 14 und 16.

²⁶⁾ „Nach österr. Recht ist nämlich überhaupt als onerirt zu betrachten *quisquis heres erit und quoquo modo heres erit*“. Unger Erbrecht §. 55 Anm. 7.

^{26a)} Vgl. Crafft v. Craillsheim a. a. D. (s. N. 2).

²⁷⁾ Vgl. Unger §. 64 Anm. 2 a. G. — Ueber den Fall, wo ein Sublegat zum Gegenstande hat eine Sache des recusirenden Legatars s. bei §. 689.

²⁸⁾ S. 1. 22 §. 1 D. quando dies leg. v. fid. cedat 36. 2. Vgl. Windscheid I. §. 87 N. 7 und N. 8.

nicht der Hauptlegatar selbst erworben hat. Daß der Onerirte das ihm zugedachte schon wirklich bekommen habe, ist — von einer besonderen Anordnung des Testators abgesehen, Sammlung IV Nr. 1942 — keine Voraussetzung für die Geltendmachung des Sublegates, falls jener nur in der Lage ist, seinen Anspruch gerichtlich zu verfolgen (vgl. oben S. 400 f.) Wäre zu besorgen, daß das Hauptlegat gar nicht oder nicht ganz sich werde realisiren lassen, so käme §. 692 i. f. analog anzuwenden. Lehnt der Legatar ab, so tritt der Sublegatar in directe Beziehung zu dem (oder den) exonerirten Erben, früher nicht.^{28 a)} Eine Annahme-Erklärung des Hauptlegatars ist wegen des ipso-jure-Erwerbes entbehrlich (und auch das ist ein unterstützender Grund für die Angemessenheit dieses Erwerbes); zu einer Ausschlagung wird aber der Legatar gerade durch die Forderung des Sublegatars, die ja auch gerichtlich gestellt werden könnte, vermocht werden. Sobald der onerirte Legatar ausgeschlagen hat (und dies kann auch *pendente condicione* geschehen), kann (in der Regel) der Anspruch sofort (bez. sobald das Jahr des §. 685 abgelaufen ist) gegen den Erben gestellt werden, so daß (im Falle eines bedingten Hauptlegates) der *dies veniens* des Sublegates durch die Ausschlagung des onerirten Legatars beschleunigt werden kann. Hätte aber der Erbe noch nicht angetreten, so kann der Sublegatar nicht ohne weiteres gegen die Masse seine Forderung stellen, wegen der dem Erben im §. 650 eingeräumten *facultas alternativa*.

Ein Sublegat ist im Grunde auch das Nach-Vermächtniß, d. h. die *fideicommissarische* Substitution in ein Vermächtniß. Der Legatar ist mit der Herausgabe des ihm Zugewendeten onerirt; der Nachlegatar hat gegen ihn (bez. seine Erben) einen persönlichen Anspruch, auch dort, wo es sich um bestimmte Sachen handelt (denn an einen directen Eigenthums-Übergang ist nicht zu denken; arg. §. 684 i. f.). Das Nachvermächtniß ist (in der Regel) ein betagtes, unbedingtes Vermächtniß; daher ist nicht der *dies cedens*, sondern nur der *dies veniens* aufgeschoben. Da aber die *fideicommissarische* Substitution in der Regel die gemeine in sich schließt (§. 608), so kann der Nachlegatar zum ersten Legatar werden, und man könnte daraus die Bedingtheit der ganzen Anordnung ableiten wollen. Dieses Bedenken aber zerfällt, wenn man erwägt, daß ja das Gleiche bei jedem Sublegat eintreten kann (§. 650). Daß der Nachlegatar das ihm Zugedachte zu fordern habe, ist nicht ungewiß; unentschieden kann einige Zeit nur die Frage sein, von wem er es zu fordern habe (ob von dem vorhergerufenen Legatar oder von dem Erben). Die in §. 650 statuirte *facultas alternativa* hat hier selbstverständlich keine Anwendung, weil Hauptlegat und Sublegat identisch sind. Wo freilich dieses nicht der Fall, d. h. der Nachlegatar nur auf einen Theil des Legates *fideicommissarisch* substituirt wäre, da ist der Sublegatar für den Rest bedingter Hauptlegatar und muß die Erfüllung der Bedingung erleben.

VIII. Der Grund der Vermächtniß-Obligation. Zeiller (S. 633) sagt: „Von diesem Augenblicke (dem des Todes des Erblassers) erwirbt der Legatar zunächst aus der Vorschrift des Gesetzes (§§. 649 und 650) ein persönliches Recht, von dem Erben oder belasteten Vermächtnißnehmer das Legat zu fordern.“ Kaum gehen obige Worte auf den ipso-jure-Erwerb, wahrscheinlich wollte Zeiller damit die Verpflichtung des Onerirten als eine sogenannte gesetzliche bezeichnen (ähnlich einer Alimentationsverpflichtung u. dgl.) Aber wenn man sich auch über die logische Ungenauigkeit in der Statuirung von „unmittelbar aus dem Gesetze“ entspringenden Rechten und Pflichten hinwegsetzen will, so könnte man doch jene Subsumirung nicht billigen. Das Legat beruht auf einer „*lex privata*“, auf dem letzten Willen. Daß, was, wem geleistet werden soll, ist doch auf den speciellen Befehl des Testators zurückzuführen, von welchem es auch abhängt, wer es zu leisten

^{28 a)} Dieses gegen die Entscheidung in Sammlung I. Nr. 269; s. auch S. 400 Note 12; und bei §. 685 Nr. 37.

schuldig sein soll. Selbst wo eine Erklärung über diese Frage fehlt, will das Gesetz (z. B. in §§. 649 und 650) nur diese suppliren und den wahrscheinlichen Willen des Verstorbenen zur Geltung bringen. Der Anspruch des Legatars ist also eine obligatio (actio) ex testamento²⁹⁾, letzteres Wort im weit. S. (als letztwillige Verfügung) verstanden. In den römischen Quellen wird bekanntlich die Verpflichtung des Onerirten gegenüber dem Legatar eine obligatio quasi ex contractu genannt. Gaius in l. 5 §. 2 D. de O. et A. 44. 7 (vgl. §. 5 Inst. de obl. quasi ex contr. III. 27) betont nur das Negative, daß nichts einem maleficium Ähnliches, andererseits aber auch kein Contract vorliege: nam neque cum defuncto neque cum herede contraxisse quicquam legatarius intelligitur. Richtiger betont Ulpianus in l. 3 §. 3 D. quibus ex causis 42. 4 das positive Moment: Si pupillus heres extiterit alicui exque ea causa legata debeat, videtur impubes contrahere, cum adiit hereditatem.

Daß die Kategorie „obl. quasi ex contractu“ nichts erklärt, ist freilich zuzugeben, aber als Vergleichung verdient sie nicht die Geringschätzung, mit der sie heutzutage behandelt zu werden pflegt. Indem der Erbe die Erbschaft antritt, erklärt er sich stillschweigend bereit, die mit der Erbschaft verbundenen Lasten zu tragen und deshalb erfordert die Erbschaftserklärung Verpflichtungsfähigkeit.³⁰⁾ Waren die Lasten schon bei Lebzeiten des Erblassers vorhanden, so tritt er als Repräsentant ein und der alte Schuldtitel bleibt unverändert;³¹⁾ bei Legaten aber entsteht das Schuldverhältniß eben erst durch die Erbantretung. Die obligatio zwischen dem Erben (und nur von diesem Normalfalle sprechen hier die Quellen³²⁾) beruht also einerseits auf dem Befehle des Testators, andererseits auf Unterwerfung des Erben unter denselben, die in der Antretung mitenthalten ist.³³⁾ Die Obligation beruht somit auf zwei rechtsgeschäftlichen Willen, (daher quasi ex contractu), welche sich darum nicht zu einem Vertrage zusammenschließen können, weil sie als bindende nicht gleichzeitig vorhanden sind (daher nur quasi ex contractu). Zur Zeit, als das Legat eine lex mancipii und der familiae emptor der künftige Erbe war, entsprang die Verpflichtung der Leistung des Legates geradezu aus einem Vertrage.³⁴⁾ Das Eigenthümliche aber war und blieb immer, daß mit dem Gläubiger (Legatar) nicht contrahirt wurde, sondern (erst wirklich, dann gleichsam) mit dem Testator; und diese Ähnlichkeit der Legate mit Verträgen zu Gunsten Dritter ist schon von Anderen bemerkt worden.³⁵⁾

²⁹⁾ Vgl. Gaius II. 213, IV. 55. Die jetzt lebhaft verhandelte Frage, ob die a. ex testamento eine condictio (s. l. 9 §. 1 D. de reb. cred. 12, 1; l. 6 D. de in lit. iur. 12, 3) gewesen sei oder nicht (letzteres behauptet gegen die herrschende Ansicht Baron Condecisionen S. 130 ff., dem sich Pfersche Verreicherungsklagen S. 7 ff. anschließt), bietet hier darum kein Interesse, weil in der Bezeichnung einer Klage als condictio sich keine Ansicht über den Entstehungsgrund ausspricht.

³⁰⁾ Arndts Pandekten §. 506, Unger s. 36 Anm. 2.

³¹⁾ Daß das Verhältniß zwischen den Gläubigern des Verstorbenen und den Erben nicht auf den Quasicontract zurückgeführt, sondern hier immer nur die alte causa debendi angegeben wird, beweist die Richtigkeit des Grundgedankens der Repräsentations-Theorie. Vgl. oben S. 6, 7, 41.

³²⁾ Wäre der Fall, wo ein Legatar selbst wieder onerirt worden ist, häufig, so würden die Römer nicht den Rechtsjah aufgestellt haben, daß Legate ipso iure erworben werden. Immerhin äußert sich indeß auch in dem Nichtzurückweisen des Legates die Bereitwilligkeit, das Sublegat zu entrichten; s. §. 650. Die daselbst (a. G.) normirte facultas alternativa sieht dem Legatar selbst nicht zu; s. darüber bei §. 689 Abf. V.

³³⁾ Durch den Hinweis auf die röm. heredes necessarii läßt sich diese Auffassung nicht widerlegen; bei diesen versteht sich der Gehorsam gegen den letzten Willen ihres bisherigen Gebieters von selbst. Die heredes voluntarii unterwerfen sich freiwillig dem Befehle des Testators, die h. necessarii müssen sich ihm unterwerfen.

³⁴⁾ Vgl. Arndts Vermächtnisse I. S. 11 f.

³⁵⁾ Unger nimmt sie geradezu zum Ausgangspunkte seiner Theorie über die Verträge zu Gunsten Dritter (im X. Bande der Dogm. Jahrb.).

IX. Inhalt der Vermächtniß-Obligation. Wie mannigfach dieser sein kann, haben wir schon bei §. 653 gesehen (oben S. 408 f.); ihn betrifft ein großer Theil des XI. Hauptstückes, insbesondere der größte Theil der §§. 656—680. — Ist ein dingliches Recht vermacht, so gibt das Vermächtniß nur einen (Eigenthums-, Servituts-, Pfandrechts-) Titel, d. h. der Dnerirte ist verpflichtet, das dingliche Recht zu constituiren, bez. zu übertragen (vgl. etwa auch Sammlung II Nr. 682, XII Nr. 5469). Ueber die stungemäße Anwendung dieses Principis auf das *legatum nominis* s. §. 443, auf das *legatum liberationis* s. §. 441. — Bei einem Sachvermächtniß hat er demnach das ihm zustehende (bez. durch die Erbschaft zugekommene) Eigenthum zu übertragen. Da aber bei publicianischem Besitze von einer Haftung wegen Eviction nicht die Rede sein kann (s. Abf. X), andererseits hier (nach unserem Rechte) nie das Bewußtsein des Nicht-Eigenthums vorhanden ist, so können wir sagen: Der Erbe hat die auf Eigenthums-Übertragung abzielenden Rechtsacte (Tradition, Intabulation) vorzunehmen, unbekümmert darum, ob der Legatar damit das Eigenthum oder nur die *conditio usucapiendi* (s. §§. 1461, 1493) erwerbe. Weigert sich der Dnerirte, so kann seine Willenserklärung durch gerichtlichen Befehl ersetzt werden, ja bei der Intabulation, (sofern es sich um Nachlaß-Immobilien handelt) tritt seine Mitwirkung zurück gegenüber der officiosen Thätigkeit der Verlassenschafts-Instanz.³⁶ — Wie der Erbe mit jenen Acten seiner Pflicht genügt, auch wenn er (ohne seine Schuld) damit das Eigenthum nicht überträgt, so kann von ihm andererseits dort, wo ihm ohne seine Schuld die Tradition durch Vorenthaltung der Sache seitens eines Dritten erschwert wird, nicht mehr verlangt werden, als Cession seines Anspruchs (der *rei vindicatio resp. actio Publiciana*).³⁷ Ist dagegen durch sein Verschulden die Sache abhanden gekommen (in Folge mangelnder Aufsicht; oder durch Verleihen u. dgl.) oder hat er sie gar veräußert,³⁸ so haftet er dem Legatar für Schadloshaltung, bez. volle Genugthuung (§. 1323 f.).³⁹

X. Gewährleistung.⁴⁰ Daß bei einer *species legata*, die Sache mag bisher wem immer gehört haben, der Dnerirte für physische Mängel nicht einsticht,

³⁶ Pat. §. 178: „Denjenigen, welchen in die öffentlichen Bücher eingetragene unbewegliche Güter oder auf denselben haftende Forderungen aus einer Verlassenschaft nicht als Erben, sondern als Vermächtnißnehmer, oder durch eine während der Abhandlung an sie erfolgte Veräußerung zufallen, ist von der Abhandlungs-Behörde auf ihr Ansuchen die Bestätigung zu ertheilen, daß sie in den öffentlichen Büchern als Eigenthümer eingetragen werden können.“ Es findet hier auch eine Ausnahme von dem sog. Erforderniß des bürgerlichen Vormannes statt (arg. Grundb.-Ges. §. 23). Man darf sich aber weder durch jenen officiosen Hergang, noch durch diese Abkürzung des Verfahrens irre machen lassen an der richtigen theoretischen Auffassung des Verhältnisses, wonach der Erbe *auctor domini* für den Legatar ist. Mehr im Sachenrecht. — Das hier Gesagte läßt sich mit dem unter V 2 Gesagten so zusammenfassen: Praktisch betrachtet bedarf nach österr. R. der Legatar nicht immer der Vermittelung des Erben, um das Vermachte zu bekommen. Vgl. auch Sammlung VIII Nr. 3966. — Zwischen Erben und Legataren findet hinsichtlich der Einverleibung dieser Unterschied statt: Die Erben müssen ihr Gesuch bei der Abhandlungsbehörde vorbringen, auch dann, wenn sie nicht zugleich das Grundbuchsgericht ist (§. 177). Die Legatäre lassen sich von dem Abhandlungsgericht die erwähnte Bestätigung geben, und bringen dann ihr Intabulations-Gesuch direct beim Grundbuchsgerichte an (§. 178).

³⁷ Vgl. Rippel IV S. 348, Stubenrauch bei §. 684 Z. 4.

³⁸ Auch dies ist ohne dolus denkbar, es wird dann aber meistens „auffallende Sorglosigkeit“ (§. 1324) vorliegen. Auf die Fälle, wo *negot. gestio* vorliegt, brauchen wir hier nicht einzugehen.

³⁹ Stubenrauch a. a. O.

⁴⁰ Wir gebrauchen hier dieses Wort in der sehr weiten Bedeutung, in der es in den §§. 922—933 verstanden ist. — Vgl. zu Abf. X den Aufsatz von Jos. Helfert über die Verbindlichkeit zur Gewährleistung bei Schenkungen und Vermächtnissen, in der Ztschr. f. österr. Rechtsgel. 1825 I S. 111—127 (bes. S. 120—127).

aufser wenn er dolos handelt,⁴¹⁾ versteht sich von selbst; er hat ja die Sache weder gewählt, noch veräußert er sie freiwillig. Deshalb haftet er auch nicht für Eviction (s. Abs. IX)⁴²⁾ und dingliche Belastungen (s. §. 662, 2. u. 3. Satz; §. 686). [Ganz Aehnliches, wie vom leg. speciei gilt auch vom leg. nominis; vgl. S. 443 f.] Dabei ist natürlich vorausgesetzt, daß der physische und rechtliche Zustand der Sache nicht durch Schuld des Erben verschlechtert worden ist; denn für solches Verschulden würde er nach allgemeinen Grundsätzen haften. Daß der Erbe nicht für Eviction, also nicht dafür haftet, wenn die Sache als nicht dem Erblasser oder ihm gehörig sich herausstellt, folgt überdies auch schon daraus, daß nach §. 662 pr. das Vermächtniß in solchem Falle wirkungslos ist. Wurde hingegen (nach §. 662 i. f.) dem Befehle des Erblassers gemäß eine bestimmte Sache einem Dritten abgekauft, und es stellt sich hinterdrein heraus, daß sie diesem nicht gehörte und sie wird dem Legatar evincirt, so hat der Dnerirte (Käufer) dem Legatar seinen Evictions-Anspruch zu cediren.⁴³⁾ — Wenn bei einem leg. generis ohne Beschränkung auf den Nachlaß Eviction stattfindet, so erweist sich die Verbindlichkeit als noch gar nicht erfüllt, und es muß eine andere Sache dieser Gattung beschafft werden (s. oben S. 417).⁴⁴⁾ Für irgend welche bestimmte physische Eigenschaften haftet der Dnerirte hier nicht, sondern nur für Brauchbarkeit in dem relativen Sinne des §. 658 (Mitte). Aehnlich im Falle des §. 656; wird hier evincirt, so ist eine andere Sache aus dem Nachlasse zu wählen. Die Haftung wegen Unbrauchbarkeit und wegen Eviction kann unter Umständen durch §. 657 ausgeschlossen sein.⁴⁵⁾ — Ueber periculum et commodum wird bei §. 686 f., über die Fälligkeit des Vermächtniß-Anspruchs bei §. 685, über seine Sicherstellung bei §. 688 gehandelt werden. — Wenn eine verpfändete Sache vermacht ist, und der Legatar, um sie nicht zu verlieren, die Schuld bezahlt hat, so hat er allerdings nach §. 1358 Regreß; er übernimmt nämlich (nach §. 662 und §. 686) zwar die Pfandlast, nicht aber die Pfandschuld; Personalschuldner bleibt der Erbe. Sammlung IX Nr. 4205.⁴⁶⁾ Vgl. oben bei §. 662 (S. 436).

XI. Mit dem dies cedens wird der Vermächtniß-Anspruch ipso iure erworben. Dieser kann, wie eine andere Obligation, vererbt und veräußert werden. Die Gründe, welche der Veräußerung des „Erbrechtes“ (im S. der §§. 536, 537) entgegenstehen (s. S. 18 Abs. IV), haben hier keine Anwendung. Was verkauft, verschenkt, verpfändet werden kann, kann natürlich auch gepfändet und zwangsweise veräußert werden. Mithin ist das Vermächtnißrecht sogleich nach dem dies cedens

⁴¹⁾ Z. B. wenn er auf eine gefährliche Eigenschaft der Sache, eine Krankheit des legirten Thieres u. dgl. absichtlich nicht aufmerksam macht.

⁴²⁾ Der Legatar muß sich begnügen mit der Uebernahme der Sache in dem physischen und rechtlichen Zustande, in dem sie sich eben befindet. Vgl. Helfert a. a. O., S. 123; Unger §. 67 (Text vor Note f).

⁴³⁾ Helfert (S. 124) behauptet mit Unrecht, der Dnerirte sei evictionspflichtig und habe nur den Regreß an den vermeintlichen Eigenthümer. — Wenn aber nicht die Sache, sondern der Werth entrichtet wurde, und es stellt sich hinterher heraus, daß sie nicht, wie der Testator meinte, dem extraneus D, sondern dem extraneus E gehörte, so ändert dieses nichts; ein solcher Irrthum ist gleichgültig. Richtig Helfert S. 126 f.

⁴⁴⁾ Eine Evictionshaftung im technischen Sinne ist dies nicht. — Ob der Dnerirte überdies irgend einen Schaden zu ersetzen habe, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab.

⁴⁵⁾ Vgl. Helfert S. 121, 123. — Helfert macht (S. 127) aufmerksam auf einen Fall, der ihm ein Gegenstück gegen die Haftung des Dnerirten zu sein scheint. Dem Legatar wurde unter Bezugnahme auf §. 654 „der ordentliche Werth vergütet“, und später kommt heraus, daß die legirte Sache eine fremde und das Vermächtniß ungültig war §. 662 pr.). Helfert meint, daß hier in umgekehrter Richtung eine „Schadloshaltung und in diesem Verstande Gewährleistung“ (!) stattfinde. In Wahrheit handelt es sich einfach um eine *condictio indebiti* (§. 1431).

⁴⁶⁾ Alle drei Instanzen haben richtig und ganz im Sinne von Unger's Ausföhrung in §. 67 Anm. 1 entschieden.

Gegenstand der Execution. Sammlung IV. Nr. 1820 und VIII. Nr. 3966.⁴⁷⁾ Der Unterschied zwischen der Execution und einer Verfügung des Legatars ist nur dieser: In einer freiwilligen Veräußerung oder Verpfändung liegt eine bindende Erklärung, das Legat behalten zu wollen, während das in Execution gezogene Legat noch immer ausgeschlagen werden kann, was zu thun aber der Legatar (von Collusion mit dem Dnerirten oder Nachberufenen abgesehen) kaum ein Interesse haben kann.⁴⁸⁾

XII. Zwar ist unsere Nachlaß-Abhandlung so eingerichtet, daß die Realisirung der Vermächtnisse von der Mitwirkung der Erben weniger abhängig ist, als im gemeinen Recht (s. Note 36 a. E.); aber dies geht nicht soweit, daß die Vermächtnisse gegen den Widerspruch des Erben im officiosen Verfahren erfüllt werden könnten. Mag der Widerspruch auch kein totaler sein, mag er auch nur einen Nebenpunkt betreffen, die Abhandlungs-Justanz darf sich über ihn nicht hinwegsetzen. In einem Falle (Sammlung XIV Nr. 5997) verlangte der Vertreter einer Legatarin Übertragung vermachter Loospapiere in die Depositencasse der Pupillar-Justanz der Legatarin. Die Erbin willigte ein, jedoch nur unter einer Beschränkung, für welche sie sich auf das Testament berief. Diese Beschränkung wurde von der anderen Seite bestritten. Die Untergerichte bewilligten die Depositirung ohne, der oberste Ger. S. nur mit jener Beschränkung, wobei er mit Recht die Überschreitung der Grenzen des officiosen Verfahrens tadelte, darauf hinweisend, daß der Legatar nach §. 684 nur einen Anspruch gegen den Erben (Dnerirten) habe, welcher nöthigenfalls im ordentlichen Rechtswege geltend zu machen ist. Aehnlich verhält es sich im Falle der Sammlung XIII Nr. 5846.

Zahlungstag.*)

§. 685.

Das Vermächtniß einzelner Verlassenschaftsstücke und darauf sich beziehender Rechte, kleine Besohnungen des Dienstgutes, und fromme Vermächtnisse können sogleich;**) andere aber erst nach einem Jahre, von dem Tode des Erblassers, gefordert werden.

I. Redaction. Grundlagen sind die „zur Erläuterung des bishero dunkel gewesenen iuris consuetudinarii“¹⁾ erlassene Vdg. v. 12. April 1737 (Codex Austr. IV. p. 920—922), deren Wortlaut in den Exkursen mitgetheilt wird, und §. 472 Westgal. Ob. II, welcher lautet:

Das Eigenthum des Legates geht gleich nach dem Tode des Erblassers an den Legatar über. Ist es ein bestimmtes einzelnes Erbstück; so kann er es sogleich fordern. Außerdem werden die Legate, wenn der Erblasser nichts anders verordnet hat, ein Jahr nach desselben Sterbetage entrichtet.

Die meisten Monita sind mit Befeitigung des Vindications-Legates und der §§. 443—445 Westgal. Ob. II gegenstandslos geworden.²⁾ — Das oberöstr. App.

47) Vgl. Randa, Erwerb der Erbschaft S. 37 f., Strohal, Transmissio S. 3.

48) Denn die Bezahlung der Schuld ist ja immerhin auch ein Vortheil für ihn. Kurz: Er hat nicht leicht ein anständiges Interesse an der Ablehnung. Gleichwohl steht ihm diese, solange er nicht im Concurse ist, frei. Strohal a. a. D. (Note). Nicht einmal durch eine Deliberationsfrist ist für seine Gläubiger gesorgt. Randa a. a. D.

*) Diese Materie behandelt ex professo ein Aufsatz von Winiwarter in der Zeitschr. f. öherr. Rechtsgel. 1830, I S. 171—188.

**) Statt des Strichpunktes hat die J. G. S. richtiger einen Weistrich.

1) Vgl. Suttinger Consuetudines p. 439.

2) Man rügte den Widerspruch zwischen §. 443 (und §. 445) einerseits und §. 472, der allerdings sehr unvorsichtig textirt war, andererseits; wobei das nied. öherr. App. Ger. betonte, daß §. 472 bei unbeweglichen Sachen (wegen des Erfordernisses der Einverleibung) nicht zutrefte, während das inneröherr. App. Ger. und die Wiener Facultät richtiger hervorhoben, daß ein sofortiger Eigenthums-Erwerb nur bei species (s. §. 445) und auch da nur bei Nachlaßstücken (§. 443) eintrete. Vgl. übrigens die Redactionsgesch. des §. 684 in den Exkursen.

Ger. wollte den Zusatz „fromme B. . . sollen sogleich entrichtet werden“; die Wiener Facultät stellte nur die Frage: „ob denn von der hier aufgestellten Regel die *legata modica, pia* und *alimentorum* nicht ausgenommen werden“.

Zeiller äußerte sich kurz dahin: *Zufolge des „Pat. v. 12. April 1737, welches auch in praxi beobachtet wird“*^{2a)} und des bei §§. 443—445 Gesagten³⁾ sei der §. 472 so abzuändern:

Das B. einzelner Verlassenschaftsstücke und darauf sich beziehender Servituten oder anderen Rechte, keine Belohnungen des Dienstgefindes, und fromme Vermächtnisse können sogleich, andere erst in einem Jahre nach dem Tode des Erblassers gefordert werden.

Der Schluß des §. lautete auch in der That in einer noch vorhandenen Reinschrift der Beschlüsse zweiter Lesung so, wie er soeben angegeben wurde. Die spätere Lesart „erst nach einem Jahre von dem Tode des Erblassers“ (sie steht als spätere Correctur von Zeiller's Hand auch in der erwähnten Reinschrift) scheint mit der verlängerten Zählung (s. unten) und mit der Text-Änderung in §. 686 (wegen der Zinsen) zusammenzuhängen.

Die Stylisirung des §. 685 leidet an vielen Unebenheiten. Das Vermachte wird erst im Genitiv dem abstracten Singular „das Vermächtniß“ beigelegt, dann ohne diese Verbindung genannt, endlich selbst mit „Vermächtniß“ bezeichnet; dazu kommt, daß man doch nur das Vermachte, nicht die Anordnung „fordern“ kann, während dieses Wort in §. 685 auf alle Satzglieder sich bezieht. Es zeigt sich hier abermals, wie schillernd das Wort „Vermächtniß“ gebraucht ist, sodaß der Wechsel des Ausdrucks in §. 684 („Recht auf das Vermächtniß“ und „Eigentumsrecht auf die vermachte Sache“) keinen Schluß erlaubt. (S. auch bei §. 686 *Abf. I. a. G.*) „Sogleich“ offenbar nicht nach der Errichtung, sondern nach dem Tode des Erblassers; — „erst nach einem Jahre, von dem Tode des Erblassers“, ist unhüblich und elliptisch statt: „von dem T. d. G. an (ab) gerechnet“; früher hieß es: „in einem J. nach d. T. d. G.“ Dieses „in“ war allerdings zweideutig; aber es hätte sich ja so einfach sagen lassen: (jene B.) „können sogleich, andere erst ein Jahr nach dem Tode d. G. gefordert werden“, wobei die Worte „nach d. T. d. G.“ ungezwungen auch auf das „sogleich“ zu beziehen gewesen wären. Man verdarb den Text, weil man aus sachlichen Gründen glaubte „nach einem Jahre“ sagen zu sollen, wo das zweite „nach“ als übellautend vermieden wurde. Immerhin sind die Worte „von dem T. d. G. (an)“ auch zu „sogleich“ zu ziehen, und daher der Strichpunkt in der officiellen Ausgabe unrichtig (vgl. Note *)^{3a)}. Die Weglassung des Beiwortes „bestimmt“ vor „einzelnen“ war auch keine Besserung, und veranlaßte unnötige Zweifel (s. unten *Abf. IV. 2.*)

II. Die größte Masse aller concreten Vermächtnisse ist gerichtet auf Geld oder Nachlasssachen. Ersteres zu beschaffen fällt dem Erben oft schwer, weil er es zur Bezahlung der Krankheits- und Begräbnis-Kosten, der Erbschaftssteuern und anderer Abgaben (§. 694), der Abhandlungskosten u. dgl. benötigt. Es kostet den Erben oft sehr viel Geld, um sich nur den factischen Besitz des ihm gebührenden Nachlasses zu verschaffen. Ueberdies ist in diesem meistens keine genügende Barschaft vorhanden (dies gilt auch von reichen Nachlässen), und der Erbe nur ausnahmsweise in der Lage, durch Veräußerung von Werthpapieren, die sich im Nachlasse befinden, Geld

2a) Vgl. Winimarter's Aufsatz S. 172 bei und in Note c.

3) In den Protokollen, deren Ziffern und Daten überhaupt nicht verlässlich sind, heißt es „13. April“ . . . „§§. 444—446“, sowie auch bei der in der vorigen Note erwähnten Frage einmal statt §. 443 „§. 440“ steht.

3a) Wirklich hat Brodner (*Jurist III S. 366 ff.*) unter Berufung auf den Strichpunkt jenen grammatischen Zusammenhang bestritten, obgleich ihm die officiële italienische Uebersetzung bekannt war, welche unsere obige (obnehin fast selbstverständliche) Bemerkung bestätigt! —

„flüssig zu machen“⁴⁾ Darum ist es eine billige und verständige Vorschrift, daß Geldlegate erst ein Jahr nach des Erblassers Tode fällig werden.^{4 a)} Dahingegen brauchen Nachlaß-Sachen und -Rechte nicht erst beschafft zu werden, und sind darauf gerichtete Legate sogleich nach dem Tode des Erblassers fällig. Nicht anders verhält es sich mit Legaten, welche auf Bestellung eines dinglichen Rechtes am Nachlasse oder einer Nachlaß-Sache gerichtet sind. — Handelt es sich um Quantitäten vertretbarer Sachen (Getreide, Heu, Wein . . .), so wird hier oft eine Anschaffung (also Geldauslage) nothwendig sein und sind insofern diese Legate den Geldlegaten gleichzustellen.⁵⁾ Da es aber zu umständlich gewesen wäre, alle selteneren Fälle auf ihre Ähnlichkeit mit den beiden Normalfällen zu prüfen und die Ergebnisse im Gesetze aufzuzählen, so begnügten sich die Redactoren mit der Doppelregel: a) Legate einzelner Verlassenschaftsstücke und darauf sich beziehender Rechte sind sogleich, b) andere ein Jahr nach des Erblassers Tode fällig. Beide Regeln weichen einer gegentheiligen Anordnung des Testators; von der zweiten gibt es eine Reihe im Gesetze angegebener Ausnahmen.⁶⁾ Auch jene Anordnung wird oft unter den Ausnahmen angeführt⁷⁾, aber mit Unrecht; denn die Ausnahme beschränkt die Rechtsregel, der Vorbehalt gegentheiliger Verfügung des Testators besagt, daß sie keine imp. rative, sondern nur eine dispositive Kraft habe. — Der vom Testator beigefügte dies a quo kann sein ein incertus und enthält dann eine den Anfall hinauschiebende Bedingung; ist er aber ein certus, so kann er — in der Regel⁸⁾ — nicht den dies cedens, sondern nur den dies veniens (nicht den Anfalls-, sondern nur den Zahlungstag) hinauschieben. Er kann diesen aber auch vorrücken, wenn er nämlich z. B. bei einem Summen-Legat innerhalb des ersten Jahres liegt.⁹⁾ Vgl. bei §. 684 Abs. II. — Wir werden erst von der Regel, dann von den Ausnahmen sprechen.

III. Zur Verdeutlichung der obigen Doppelregel muß der Sinn der Worte: „einzelne Verlassenschaftsstücke“, „sogleich“, „ein Jahr nach des Erblassers Tode“ festgestellt werden.

„Einzelne Verlassenschaftsstücke“ sind zunächst körperliche, gleichviel ob bewegliche oder unbewegliche (Sammlung XV. Nr. 6412) Sachen des Erblassers. Das Wort „einzelne“ schließt nicht aus, daß mehrere Sachen (species) (etwa collectiv bezeichnete, s. §§. 678, 679) Gegenstand des Vermächtnisses sind^{9 a)}, und die Grenzbestimmung zwischen Einheit und Mehrheit der Legate¹⁰⁾ braucht uns bei dieser

4) In der Regel darf und kann er dieses gar nicht.

4 a) Dies galt schon nach dem Gesetze von 1737; s. auch Suttinger l. c. Nethlich, wie wir, erklärt diese Bestimmung auch Zeiller S. 636, während Winiwarter (Aufsatz S. 171 f.), dem Stubenrauch (§. 685 Z. 1) folgt, theils nebensächliche, theils unzutreffende Gründe angibt (die auch bei der anderen Gruppe von Legaten angeführt werden könnten).

5) Vergleiche den alten römischen Satz über die Restitution des Heiratsgutes: Dos si pondera numero mensura contineatur, annua, bima, trima die redditur; . . . reliquae dotes statim redduntur. (Ulpian VI, 8).

6) Die dichotomische Fassung, wobei das erste Glied positiv, das andere negativ bestimmt ist, bringt es mit sich, daß die Ausnahmen von der zweiten Regel als Erweiterungen zur ersten gegogen sind. Dadurch entsteht der Schein, als ob die erste Regel auch nur eine Ausnahme von der zweiten wäre, m. a. W. als wenn es nur eine Regel gäbe. Vermächtnisse sind erst nach einem Jahre fällig.

7) S. z. B. Winiwarter's Aufs. S. 188, Stubenrauch am Ende seiner Bemerkungen zu §§. 685 f.

8) Außer der Testator hätte das Erleben des dies als Bedingung gewollt, ^{nur für} die Zeit, die er gelebt hat, ^{als} die Setzung eines dies certus a quo haben, ^{als} daß von ihm angefangen solle gefordert werden können? Aber auch bei einem dies incertus wird es kaum anders sein; denn wäre nur der Ausschub des dies cedens ^{gewollt} so würde die Bedingung nicht in den Ausdruck einer Befristung gekleidet werden sein. Theilweise anders Winiwarter Aufs. S. 188.

9 a) Vgl. Taglioni V. Nr. 542.

10) Wir werden diese Unterscheidung im Excurse über die Alternativen Vermächtnisse (zu §§. 656—659) prüfen. Vorkäufig s. L. 2, 5, 6 D. de leg. II. 162⁽¹⁾

Frage nicht zu beschäftigen.¹¹⁾ Aber nicht bloß Sachen im vulgären S. des Wortes sind species, welcher Begriff auch viel weiter ist, als der des Sachindividuum.¹²⁾ Ein Werthpapier, das (mit Serie, Nummer, Litera, Emission, Betrag, Procentsatz) so genau bezeichnet ist, daß die Beschreibung auf kein anderes Exemplar paßt^{12a)} fällt unter beide Begriffe. Aber auch ein geschlossenes, genau bezeichnetes Packet von Werthpapieren ist eine species. Wenn es also z. B. heißt: „Ich vermaße dem N. die zehn Nordbahn-Actien, welche in dem mit seinem Namen überschriebenen Couvert eingeschlossen sind“, so ist dieses ein legatum speciei, welches unter die Regeln von §. 685 und §. 686 pr. fällt. Aber es braucht die Art der Werthpapiere, ja überhaupt der Inhalt gar nicht angegeben zu sein¹³⁾, wenn nur die Identität des Packetes außer Zweifel gestellt ist. Selbst Münzen und Geldzeichen können durch solche Absonderung zur species gemacht werden (s. S. 418 Note 22). — Zu den „Verlassenschaftsstücken“ gehören aber auch im Nachlasse befindliche Rechte, insbesondere Forderungen, gleichviel ob sie übertragen (l. nominis) oder erlassen (l. liberationis) werden sollen; denn in allen diesen Fällen soll etwas im Nachlasse Vorhandenes weg- oder aufgegeben werden. — Diesen Vermächtnissen sind im §. 685 ausdrücklich gleichgestellt solche, welche Einräumung von Rechten, die sich auf Verlassenschaftsstücke beziehen, anordnen (Servituten, Pfandrechte an Nachlasssachen . . .). Diesen dürfen wir anreihen Legate, wodurch der Erblasser auf Servituten oder Pfandrechte zu Gunsten des Honorirten verzichtet. — Alles bisher Ausgeführte läßt sich kurz so zusammenfassen: Sogleich zu entrichten sind diejenigen Legate, bei denen nach gemeinem Rechte die dingliche oder (allgemeiner gesagt) die stärkere Wirkung eintritt (directe Verschaffung des Eigenthums, des dinglichen Rechtes, des nomen, der Schul- oder Servituten-Befreiung). Offenbar wollte man, als man das Vindicationslegat aus scholastischen Gründen aufhob, den davon betroffenen Legataren eine im übrigen möglichst günstige Stellung gewähren (vgl. §. 685 pr. mit §. 686 pr.).

IV. (Fortsetzung.) Wir haben gesehen, daß der Kreis der unter §. 685 pr. zu subsumirenden Vermächtnisse ein weiter ist. Dennoch umfaßt er nicht alle species, nämlich nicht diejenigen, welche nicht dem Erblasser gehören; und hinwieder auch nicht alle Nachlassstücke, sondern nur „einzelne“ d. h. speciell bestimmte Nachlassstücke. M. a. W.: auszuschließen sind species, welche keine Nachlassstücke, und Nachlassstücke, welche keine species sind. Also 1) nicht „sogleich“, sondern erst nach einem Jahre ist ein leg. speciei fällig, wenn die species dem Legatar selbst oder einem Dritten gehört. Mit gutem Grund. Werden doch solche Vermächtnisse, soweit sie überhaupt gültig sind, durch Geldleistungen erfüllt; sei es, daß der Belastete das Geld dem Dritten zahlen muß (Anschaffung der Sache¹⁴⁾ sei es, daß er es dem Legatar entrichtet (Leistung

11) Es ist ja für unsere Frage gleichgültig, ob Jemand in der Anordnung: „Ich vermaße dem N meine Reitpferde Doris, Oberon, Pretiosa“ oder: „Ich vermaße dem Z meine fünf Franz-Josephs-Bahn-Prioritäten, Emission 1867, Nr. 136, 412 bis 414, 416“ je ein oder mehrere Legate sieht. Wo die Frage für den dies cedens und den d. veniens von Interesse ist, da handelt es sich nicht um species oder doch nicht um sie allein; s. den in der vorigen Note erwähnten Excurs.

12) Dieses muß betont werden, weil unrichtige Vorstellungen hierüber nicht selten sind, was — schon wegen §. 686 — gar nicht gleichgültig ist. — Vgl. mit unseren Ausführungen etwa auch die von Taglioni V, p. 81 sg. (Nr. 542) und mit diesen Windscheid §. 655 Z. 1.

12a) Weil in dem Falle der Sammlung VIII Nr. 5788 es an einer solchen Bezeichnung (und an der weiter im Texte erwähnten Aussonderung) fehlte, lag dort ein leg. generis vor, das erst ein Jahr nach des Erblassers Tode fällig war.

13) Im obigen Beispiele könnte es statt „die zehn Nordbahn-Actien“ auch heißen: „diejenigen Werthpapiere . . .“ — oder auch: „das in dem obersten linken Schubfache meines Schreibtisches aufbewahrte, mit meinem Siegelringe fünfmal gesiegelte, mit dem Namen des Legatars bezeichnete Packet“.

14) Vgl. Pat. v. 1737 (unter „nono“; in Winwartner's Auff. S. 176).

des „ordentlichen Werthes“ oder „Schätzungspreises“; f. §§. 661, 662. Nicht passend scheint auf den ersten Blick die gleiche Entscheidung bei einer Sache des Onerirten. Denn die ratio legis, daß die Entrichtung des Vermächtnisses keinen Geldaufwand, keine Vorbereitungen erheischt, daß nur Vorhandenes hergegeben werden soll, trifft auch hier zu. Gleichwohl zweifelt Niemand, daß jene Entscheidung richtig ist;¹⁵⁾ denn Sachen des Onerirten sind eben keine „Verlassenschaftsstücke“. Sie läßt sich aber auch wohl rechtfertigen. An eine Entrichtung durch den Nachlaß-Curator ist hier nicht zu denken; das Legat wird hinfällig, wenn der Onerirte die Erbschaft ausschlägt (f. bei §. 684 Abs. VI, von N. 27).¹⁶⁾ Und jene andere (am Schlusse von Abs. III erwähnte) ratio (gleichsam Entschädigung für den Entfall der gemeinrechtlichen stärkeren Wirkung) trifft hier gar nicht zu.¹⁷⁾ — 2) Nicht sogleich, sondern erst nach einem Jahre sind Gattungs-Vermächtnisse auch dann zu erfüllen, wenn die Sache dem Nachlasse entnommen wird oder sogar entnommen werden muß (vgl. §§. 656—658). Sind dagegen speciell bestimmte Nachlaßstücke disjunctiv vermacht, so findet allerdings §. 685 pr. Anwendung; keineswegs aber gilt dieses für alle Alternativ-Vermächtnisse. Es steht nämlich historisch fest, daß mit dem Worte „einzelne“ speciell bestimmte Sachen gemeint sind. Das Pat. v. 1737, welches stets (Punkt 1, 8, 9) den Ausdruck „res specifica“ gebraucht, das Westgal. Ob. (II §. 472) welches von einem „bestimmten einzelnen Erbstück“ spricht, die Redactionsgeschichte, welche lehrt, daß hierin keine Aenderung beabsichtigt war — beweisen es und Zeiller's Commentar (II S. 634) bestätigt es ausdrücklich mit den Worten: „einzelne (völlig bestimmte §. 660) Verlassenschaftsstücke“. — Nur diese historischen Gründe (und die Vergleichung mit §. 686 pr.) rechtfertigen unsere Entscheidung; aber sie nöthigen auch dazu, obwohl die sachliche Unangemessenheit nicht zu verkennen ist. Denn es bedarf hier keiner Anschaffung, und die stärkere Wirkung tritt nach gemeinem Rechte auch in solchen Fällen ein.¹⁸⁾ Deshalb ist es nicht auffallend, daß wiederholt die Ansicht vertreten worden ist, jene Vermächtnisse seien sogleich zu entrichten.¹⁹⁾ Aber de lege lata kann dieses für generisch bestimmte Sachen nicht zugegeben werden.²⁰⁾

V. a) „Sogleich“. Dies ist gar sehr cum grano salis zu nehmen, wie denn auch allgemein anerkannt ist,^{20a)} daß es, wie in §. 904, nur besagen will: „die Erfüllung . . . kann sogleich, nämlich ohne unnöthigen Aufschub, gefordert werden“. Allerdings ist die Antretung der Erben in der Regel keine juristische Voraussetzung der Fälligkeit (f. bei §. 684 Abs. II a. G., V, VI); aber einen, oft recht langen, Aufschub muß sich der Legatar aus verschiedenen Gründen gefallen lassen. So bei Wahlvermächtnissen aus dem in Note 19 angegebenen Grunde; bei unbeweglichen Sachen aus Gründen des Tabularverfahrens; in anderen Fällen, weil das Ergebniß der Inventur und Schätzung abgewartet werden muß (f. §. 692).²¹⁾ Verkehrt dagegen wäre die Behauptung, der Erbe könne vor der Einantwortung der

¹⁵⁾ Zeiller bei §. 685 Z. 2, Stubenrauch bei §. 685 Z. 2.

¹⁶⁾ Von dem seltenen Falle, wo jemand Anderer, als ein Erbe, onerirt ist, sehen wir hier ab. S. etwa bei §. 689.

¹⁷⁾ S. Arndts Vermächtnisse III S. 255 f.

¹⁸⁾ S. Arndts Pandekten §. 579, bes. Anm. 2, Windscheid §. 655. — Die historische Erklärung dieses auffallenden gemeinrechtlichen Rechtsfactes (directer Eigenthums-Erwerb bei einem leg. generis) gehört nicht hierher.

¹⁹⁾ Scheidlein Handbuch (bei §. 685), Winiwarter (Aufsatz S. 186 f., Comm. III, S. 210), Unger §. 64 Anm. 3. Letzterer bemerkt richtig: „Nur leidet ein solches Legat den in der Sache selbst liegenden Aufschub, daß der Antritt des Erben abgewartet werden muß, weil und wenn der Regel gemäß (§. 656) dem Erben das Wahlrecht zusteht.“

²⁰⁾ Vgl. Rippel IV S. 349 f., 352 f., Stubenrauch bei §. 685 Z. 2.

^{20a)} Vereinzelt blieb der Widerspruch Prockner's (Jurist III S. 369 ff.)

²¹⁾ Vgl. Winiwarter's Aufsatz S. 177 f., Unger §. 64 Anm. 3, 4, 8.

Erbschaft das Eigenthumsrecht an einzelnen Verlassenschaftsgegenständen nicht rechtsgiltig auf Dritte, also auch nicht auf den Legatar übertragen.^{21a)}

b) „Ein Jahr nach des Erblassers Tode.“ Dabei wird der Sterbetag selbst nicht gezählt (sog. verlängernde Rechnungsweise),²²⁾ was auch allgemein anerkannt ist.²³⁾ Dieses war ganz ausdrücklich im Pat. v. 1737 ausgesprochen²⁴⁾ und mit Rücksicht darauf wurde im §. 685 textirt, „erst nach einem Jahre“ (s. Abf. I in der Mitte und am Ende). Eines weiteren Beweises bedarf obiger Satz nicht; doch finden sich noch mehrere andere Gründe bei unseren Commentatoren²⁵⁾ angegeben.²⁶⁾ — Frühere Leistung kann der Gläubiger nicht fordern, sie kann ihm aber auch nicht aufgenöthigt werden (§. 1413); allerdings wird Letzteres sehr selten Anlaß zu Streit geben; denkbar ist es aber immerhin, ja sogar, daß frühere Leistung zur Schädigung des Gläubigers ihm angeboten würde.²⁷⁾

VI. Nachdem wir die Doppelregel (s. oben S. 497) erläutert, wenden wir uns den Ausnahmen zu, nämlich Vermächtnissen, welche gegen die Regel b nicht erst nach einem Jahre, sondern „sogleich oder doch früher als nach einem Jahre“ zu erfüllen sind.

1) „Kleine Belohnungen des Dienstgesindes“ (§. 685). Ob Legate dieser Art „klein“ genannt werden können, hat der Richter mit Rücksicht auf die Größe des Nachlasses zu entscheiden, wie es schon im Pat. v. 1737 (Punkt 5) seinem „vernünftigen Ermessen . . . überlassen“ war.²⁸⁾

2) „Fromme Vermächtnisse“ (§. 685), wie schon in dem Ges. v. 1737 die gleiche Begünstigung den „legata pia“ gewährt (bez. bestätigt) war. Schon dieser Ausdruck zeigt, daß es sich einfach um den gemeinrechtlichen Begriff, und nicht um irgend einen ganz besonderen, durch weitausholende Argumentationen zu gewinnenden handelt. Es gehören hieher „Vermächtnisse an die Kirche (insbesondere auf Messen und zur Ruhe der Seele) . . ., an die Armen (vgl. Hfd. v. 22. Dec. 1788, J. G. S. Nr. 938, und Anh. Nr. 56 verb. „für Arme oder sonst zu frommen Zwecken“) und an alle Wohlthätigkeitsanstalten, wie an Armenhäuser, Waisenhäuser und Krankenhäuser, nicht aber auch Vermächtnisse an Schulen und Universitäten sowie an andere gemeinnützige Anstalten“ (vgl. §. 778).²⁹⁾

21a) Gleichwohl ist es von der II. Instanz im Falle der Sammlung III Nr. 1253 behauptet worden! Richtig entschied der oberste Gerichtshof.

22) S. Unger §. 64 Anm. 5.

23) Winiwarter's Aufsatz S. 172—174 und Commentar S. 210, Rippel IV. S. 354 Z. 9, Stubenrauch Z. 1, Ellinger (bei §. 685 i. f.).

24) Den Wortlaut s. vorläufig bei Unger a. a. O. oder in Winiwarter's Aufsatz S. 173.

25) S. Winiwarter und Rippel (s. Nr. 23).

26) Sie behandeln diese so untergeordnete Frage ausführlich, während sie über wichtigere weggehen. — Ueber die Berechnung in den Fällen der §§. 687 und 691 siehe Winiwarter's Aufsatz S. 174.

27) Z. B. vermacht wären „100000 fl. zahlbar in ungarischer Goldrente“. Je höher der Cours, desto weniger Stücke, je niedriger der Cours, desto mehr Stücke; bez. wenn die Differenz der Course nicht groß ist, wird bei gleicher Stückzahl der bar auszuzahlende Rest das eine Mal kleiner, das andere Mal größer sein (vgl. S. 419). Wenn der Dnerirte im Besitze solcher Papiere wäre und, eiren Coursrückgang voraussehend, dem Legatar frühere Erfüllung anbieten wollte, so hat dieser Grund, sie zurückzuweisen; er kann dies aber auch sonst und ohne Motivirung thuu. Hingegen ist es ganz loyal, wenn der Dnerirte, einen hohen Cours am dies veniens voraus vermuthend, sich schon früher bevorräthigt, wo er jene Papiere noch wohlfeiler erwerben kann. Wenn er dann am dies veniens leistet und seine Vermuthung sich bewahrheitet, so hat er einen durchaus erlaubten Gewinn gemacht.

28) Vgl. Zeiller S. 635, Winiwarter's Aufsatz S. 177, Unger §. 64 Anm. 7.

29) So Unger §. 64 Anm. 6, dem wir uns anschließen. Winiwarter (Aufs. S. 179 f.) behauptet: „Fromme Vermächtnisse im Sinne des §. 685 werden also nur

3) ³⁰⁾ Das Legat des Unterhaltes, wovon bei §. 691 (vgl. §. 1418) zu handeln sein wird. ³¹⁾

4) Das Vermächtniß einer Rente, wenn die wiederkehrende Frist kürzer angesetzt ist, als ein Jahr (Semester, Quartal, Monat). „Die erste Frist fängt mit dem Sterbetage des Erblassers zu laufen an“ (hier gilt also nicht die verlängemde Rechnungsweise) und kann die erste Rente „mit Ablauf der Frist gefordert werden“

diesigen sein, welche im Verhältnisse der Verlassenschaftsmasse nicht beträchtlich und für die Armen zur Vertheilung, oder zu religiösen, sogleich zu realisirenden Zwecken, z. B. Messen zu lesen, od. gewisse Gebete zu verrichten, oder endlich zu solchen, zur Versorgung hilfsbedürftiger Personen bestimmten Instituten hinterlassen werden, zu welchem keine gesetzlichen Beiträge bestehen.“ Die letzte Einschränkung begründet er so: Die zuweilen auch sogenannten frommen Vermächtnisse des §. 694 sind eine Staatsaufgabe, welche nicht sogleich, sondern wann immer vor der Einantwortung zu entrichten ist (§. 818). Der Erbe soll aber nicht härter behandelt werden, wenn der Erblasser den in §. 694 erwähnten Anstalten mehr als das Pflichtmäßige hinterlassen hat. Die andere Einschränkung („im Verhältnisse der Verlassenschaftsmasse nicht beträchtlich“) leitet er daraus ab, daß nur solche Vermächtnisse sogleich zu entrichten seien, bei denen dies ohne große Beschwerde geschehen könne. Ob hierin Unger derselben Ansicht ist, vermögen wir nicht zu sagen. Für die Verneinung spricht Anm. 6, für die Bejahung Anm. 7 und der Text: „außer wenn das Vermächtniß zu frommen Zwecken oder zur Belohnung des Dienstgutes in mäßigem Umfang angeordnet ist (§. 685)“. Wenn die Worte „in mäßigem Umfang“ auch auf die leg. pia gehen, dann können wir in merito nicht zustimmen; im gegentheiligen Falle ist die Textirung vergriffen; mindestens wäre ein Beistrich hinter „Zwecken“ unerläßlich, und die Umkehrung der Aufzählung keine glückliche Abweichung vom Texte des §. 685. Beide willkürlichen Einschränkungen Winivarter's sind gut widerlegt von Prockner (Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1837, II. S. 49 f.). Winivarter schließt auch solche fromme Vermächtnisse von der Vorschrift des §. 685 aus, welche eine Stiftung begründen (Aufs. S. 180—184). Treffend bemerkt dagegen Stubenrauch (zu §. 685 Z. 7): „Es ist zwar richtig, daß eine Stiftung nicht sogleich nach dem Tode des Erblassers vollzogen werden kann, wenn man diesen Ausdruck buchstäblich nimmt, weil vorerst über die Annehmbarkeit derselben, sowie über die Anlegung und Verwaltung des Stiftungsfondes von der administrativen Behörde, bei geistlichen Stiftungen einverständlich mit dem Ordinariate entschieden, und die Cassé angewiesen werden muß, an welche das Vermächtniß abzuführen kömmt; allein wir haben schon . . . bemerkt, daß der Ausdruck „sogleich“ nur so viel, als: „ohne unnöthigen Aufschub“ bedeute; und in diesem Sinne müssen auch Stiftungsvermächtnisse sogleich (nicht etwa erst nach Jahresfrist), wenn die nöthigen Vorbereitungen getroffen sind, abgeführt werden.“ Prockner will aus verschiedenen alten Gesetzen (insbesondere Erbsteuerpatenten) folgende Definition ableiten: „Fromme Legate sind diejenigen, welche vermöge der Bestimmung des Erblassers, oder des Gesetzes zunächst zu gottesdienstlichen Functionen; für die zur Uebung der Andacht gewidmeten Orte; für die Geistlichkeit; auf Gegenstände des Cultus und der allgemeinen Verehrung; zur Befestigung und Ausbreitung der Religion; zur Unterstützung der hilflosen und leidenden Menschheit, zur Bildung der Jugend, mittelbar oder unmittelbar“ (folgt ein antiquarier Fall), „angeordnet werden.“ — Nachweisungen anderer Ansichten bei Prockner S. 33—36 und bei Stubenrauch (zu §. 685 Z. 7, wofelbst auch dessen eigene Ansicht, die mit der unsren nicht ganz congruirt). — Daß zwischen frommen und gemeinnützigen Legaten unterschieden werden müsse (s. Pat. v. 1854 §. 159), heben auch Prockner (S. 47) und Stubenrauch (a. a. D.) hervor. — Vgl. übrigens auch noch oben S. 403 f. Abs. V und Note 13.

³⁰⁾ Die in §. 685 nicht enthaltenen Ausnahmen hat zusammengestellt Scheidlein in seinem Handbuch (bei §. 685). Mitgetheilt und mit (vielsach unzutreffenden) kritischen Bemerkungen versehen in Winivarter's Aufsatz §. 5 (S. 184—188). Nicht zustimmen können wir Scheidlein hinsichtlich der oben bei Note 19 erwähnten Ausnahme (Winivarter S. 186, Scheidlein in merito zustimmend, behauptet mit Unrecht, daß dies „keine besondere Ausnahme“ wäre; richtig dagegen ist die gleiche Bemerkung S. 187 f. hinsichtlich des leg. nominis.) Was Scheidlein über den dies a quo sagt, ist sachlich richtig (unbegründet sind Winivarter's Einschränkungen, S. 188), gehört aber nicht unter die „Ausnahmen“, s. oben Abs. II, bei N. 6 und 7.

³¹⁾ Diese Ausnahme ist unzweifelhaft und unbezweifelt. Zeiller S. 635, S. 648; Winivarter's Aufs. S. 186, Commentar S. 224 f., Stubenrauch bei §. 691 ff. Z. 3, Unger §. 64 (vor N. d.)

(§. 687).³²⁾ Oft wird ein solches Vermächtniß zugleich unter Z. 2 oder 3 fallen.³³⁾

5) Das legatum debiti (§. 665), wovon S. 448 f. schon ausführlich gehandelt wurde.

6) Das Vermächtniß des Pflichttheils, dem vorigen verwandt. Mag es nun heißen: „Ich vermache dem N seinen Pflichttheil“ oder „10 000 fl. als seinen Pflichttheil“ oder kurzweg „10 000 fl.“, welche eben nicht mehr als den Pflichttheil ausmachen, — in keinem Falle braucht sich der Notherbe den Ausschub des einen Jahres unter Berufung auf §. 685 gefallen zu lassen (§. 774 und Pat. v. 1737 unter 6).³⁴⁾ Doch kann immerhin, wenn der Umfang des Pflichttheils bestritten wird, dessen Ermittlung einen beträchtlichen Ausschub, selbst einen die Jahresfrist übersteigenden, veranlassen.³⁵⁾

7) Bei Vermächtnissen, welche dem Erben keine positive Leistung, sondern nur ein Unterlassen (omittere) auferlegen, kann selbstverständlich von keinem Ausschub die Rede sein. Bei der liberatio legata führen zwei Erwägungen zu dem gleichen Ergebnisse: diese, und die oben (Text nach Note 13) ausgesprochene, daß beim Schuldverlaß nur etwas im Nachlasse Vorhandenes weg-, bez. aufgegeben wird.³⁶⁾

VII. So lange dies legati nondum venit, kann auch das Sublegat nicht eingefordert werden, außer der Sublegatar käme durch Ausschlagung des zunächst Dnerirten in ein directes Verhältniß zum Erben. Daß der Hauptlegatar das ihm Gebührende schon wirklich erhalten habe, ist nicht Voraussetzung für die Fälligkeit des Sublegates, falls nur das Hauptlegat schon eingeklagt werden kann.³⁷⁾ S. bei §. 684 Abf. VII.

§. 686.

Bei dem Vermächtnisse eines einzelnen Verlassenschaftstückes kommen dem Legatar auch die seit dem Tode des Erblassers laufenden Zinsen, entstandenen Nutzungen, und jeder andere Zuwachs zu Statten. Er trägt hingegen auch alle auf dem Legate haftende Lasten und selbst den Verlust, wenn es ohne Verschulden eines Andern vermindert wird, oder gänzlich zu Grunde geht.

I. Redaction. Der entsprechende Paragraph des Westgal. Gb. (§. 473) lautet in seiner zweiten Hälfte ganz übereinstimmend. Der Eingang dagegen lautet:

³²⁾ Das Gesetz (§. 687) spricht unzweideutig; dazu kommt das ausdrückliche Zeugniß Zeiller's S. 640 f. (Z. 2).

³³⁾ Da dies aber nicht Voraussetzung der Begünstigung ist, so ist dies allerdings ein selbständiger Fall, und was Winiwarter (Auff. S. 185) gegen Scheidlein vorbringt, grundlos. Gerabezu falsch ist Winiwarter's „Auslegung, daß ein solches Vermächtniß in der bestimmten Frist, z. B. monatlich, entrichtet werden müsse, aber erst von der Zeit an, als der Zahlungstag der Vermächtnisse überhaupt schon vorhanden ist. . .“ Ihm folgt Stubenrauch bei §. 687 Z. 2 und zweifelnd („scheint richtiger“) Rippel S. 361. Die richtige Ansicht vertreten (außer Zeiller und Scheidlein) auch Ellinger (bei §. 687) und Unger §. 74 Anm. 2.

³⁴⁾ Scheidlein a. a. D., Zeiller S. 635 und S. 786, Unger §. 64 Anm. 8.

³⁵⁾ Winiwarter (Auff. S. 187) bestreitet diese Ausnahme, a) mit dem Hinweis auf den eben erwähnten Ausschub (dagegen treffend Unger a. a. D.), b) mit der Bemerkung: der Notherbe habe die Wahl zwischen der nach §. 685 zu beurtheilenden Legatsklage und der jener zeitlichen Beschränkung nicht unterliegenden Pflichttheilsklage unter unpassender Berufung auf §. 808, die auf Erbeinsetzungen und nicht auf Legate sich bezieht. Winiwarter hat sich angeschlossen. Stubenrauch Z. 9.) Es ist auffallend, daß Unger, welcher sich mit Recht gegen Winiwarter ausspricht, beim leg. debiti eine analoge (u. E. unrichtige) Behauptung aufstellt (§. 72, A. 7).

³⁶⁾ Gleichwohl behauptet Proßner (Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1836 II, S. 42, S. 66 zu I, S. 71 Z. 2), daß auch hier erst nach 1 Jahre dies legati venit, also auch nach Ablauf eines Jahres nach dem Tode des Erblassers der Legatar die Zurückstellung des Schuldtheiles verlangen dürfe!

³⁷⁾ Im Falle der Sammlung I. Nr. 269 waren beide Vermächtnisse gleich nach dem Tode des Erblassers fällig: das Legat, weil es Nachlassfachen betraf, das Sublegat, weil es ein Renten- und Alimenten-Vermächtniß war (§§. 687 und 691). S. über diesen Fall auch bei §. 684 Note 28^a und S. 400 N. 12.

Dem Legatar kommen die in der Zwischenzeit entstandenen Nutzungen, die verfallenen Zinsen, und jeder

Das inneröst. App. G. schlug u. a. folgende Zusätze vor: Mit einem fundus sei mitgelegt eine Servitut an einem anderen liegenden Gute des Erblassers, wenn ohne sie jener nicht benutzt werden kann.¹⁾ „Ist aus zwei, dem Erblasser gehörigen, anstoßenden Häusern das eine legirt worden, so ist die Mittelmauer gemeinschaftlich zwischen dem Erben und dem Legatar.“

Viel wichtiger war das Monitum der Wiener Facultät: §. 473 „beziehe sich unstreitig auf die“ (einzelne Erbstücke nicht betreffende) „letzte Periode des §. 472, und doch hätten die hier gemachten Anordnungen größtentheils nur auf ein legatum speciei, nicht auch auf ein legatum generis vel quantitatis Anwendung.“

Zeiller (S. v. 23. April 1804) lehnte die Zusätze des inneröst. A. G. als entbehrlich ab unter Hinweis auf §. 13 (?) Westgal. G. II²⁾ und §. 668 ebd.³⁾ — Ueber das Monitum der Wiener Facultät bemerkte er: Sowohl §. 473 als 472 handeln theils von specifischen, theils von generischen Legaten, also bestehe keine Disharmonie. Uebrigens gebührten nach dem Patent von 1737 „in der Regel die Zinsen erst nach einem Jahre“. Dieses sei um so billiger, als selbst der Erbe nicht sogleich zum Besitze und Genuß der Erbschaft gelangt. Der gegenwärtige Paragraph müsse auf die specifischen Vermächtnisse eingeschränkt⁴⁾ und daher so textirt werden:

Bei dem entstandenen Nutzungen, die verfallenen Zinsen und jeder andere Zuwachs⁵⁾

Zeillers Antrag wurde angenommen.

Bei der Superrevision (4. Decbr. 1809) wurde der jetzige Text festgestellt; man zog es vor zu sagen: „die seit dem Tode des Erblassers laufenden Zinsen, entstandenen Nutzungen und jeder“; damit man nämlich nicht glaube, daß dem Legatar auch die zur Zeit des Todes verfallen gewesenen Zinsen zu Statten kommen.

Es muß gleich hier constatirt werden, daß Zeiller bei diesem §. die ihm sonst eigene Klarheit vermissen läßt, und seinem Commentar hier nicht die Autorität zukommt, wie sonst. Zunächst bemerkt er (S. 637 Z. 1) über die Zinsen: dem Legatar „gebühren seit dem Tode des Erblassers die von einem bestimmten vermachten Capitale laufenden Zinsen“. ⁶⁾ Er denkt also an ein bestimmtes im Nachlasse vorhandenes nomen, an ein leg. nominis, das einem leg. speciei vergleichbar ist (s. bei §. 685 Abs. III), an Zinsen, welche gleichsam Früchte der vermachten species sind. Was diese Behauptung affirmirt, ist ganz richtig; sie enthält aber — zusammengehalten mit der Bemerkung bei der Superrevision — auch eine Negation (nämlich hinsichtlich der beim Tode des Erblassers verfallenen Zinsen) und diese steht in directem Widerspruche mit §. 664; und in diesem befanden sich schon die Redactoren mit ihrer oben angeführten Bemerkung.⁷⁾ — Viel schlimmer ist es, daß Zeiller (S. 638)

¹⁾ Ein solcher Fall steht in der Sammlung IV Nr. 2071 und wurde von allen drei Instanzen richtig und ganz im Sinne dieses Monitum entschieden.

²⁾ Vielleicht §. 15, wonach die Servitut als zum ordentlichen Wirthschaftsbetriebe erforderliche Pertinenz gedacht wäre. Der im gewissen Sinne gleichfalls passende §. 657 ebd. ist nicht citirt.

³⁾ Entspricht dem jetzigen §. 854.

⁴⁾ Ist diese Mittheilung richtig, so hat Zeiller sich gegen die Bemerkung der Wiener Facultät scheinbar ablehnend verhalten, während er in Wahrheit sich dieselbe vollkommen aneignete. Wie nun diese seine Aeußerungen in sich selbst widersprechend sind, so stehen auch die im Commentar in Widerspruch mit denen in der Sitzung.

⁵⁾ Uebrigens ganz so, wie jetzt §. 686.

⁶⁾ Soll selbstverständlich heißen: „die seit dem Tode laufenden Zinsen“.

⁷⁾ Winivarter (III S. 215) sucht den auch schon von ihm bemerkten Widerspruch dadurch zu beseitigen, daß er (unter Anerkennung der sprachlichen Unebenheit) „die Zinsen“ als Mieth-, Pach- und Grundzinse erklärt. Die Frage ist ohne praktisches Interesse; über das quid iuris kann kein Zweifel sein.

die in §. 686 enthaltene Begünstigung auf alle sogleich zu entrichtenden Vermächtnisse ausdehnt, was nicht nur sachlich unangemessen ist (wovon später), sondern in Widerprüche mit der Geschichte des §. 686, ja mit seinen eigenen Aeußerungen steht. Daß im §. 473 Westgal. Ob. keine Einschränkung steht, ist schon darum kein Argument für jene Ausdehnung, weil im §. 472 die Belohnungen des Dienstgesindes und die frommen Vermächtnisse nicht erwähnt waren. Zudem hat Zeiller selbst in der S. v. 23. April 1804 gesagt, der §. 473 müsse „auf die specifischen Vermächtnisse eingeschränkt werden“. — Wir haben dieses gleich im Zusammenhange der Redactionsgeschichte aufgezeigt, weil durch Zeiller's Autorität ernste Irrthümer in Umlauf gesetzt worden sind (i. unten).

Was die Stylisirung des §. 686 betrifft, so fällt hier, wie bei §. 685, der innerhalb eines §. störende Bedeutungswechsel des Wortes „Vermächtniß“ auf. „Auf dem Legate haftende Lasten“ könnte an sich noch immerhin von Auflagen (modi), Sublegaten u. dgl., die in der Vermächtniß-Anordnung enthalten sind, verstanden werden; in diesem Zusammenhange aber bedeutet es an der vermachten Sache haftende (dingliche) Lasten. Denn nur das Object des Legates kann gemeint sein mit den Worten: „wenn es (das Legat) . . . zu Grunde geht“. Ebenso sicher dagegen ist im Anfange des §. das „Vermächtniß“ nicht synonym mit „das Vermachte.“⁸⁾

II. Der Grundgedanke des §. 686 ist dieser: Zwar ist einem theoretischen Schema zu Liebe das Vindications-Legat beseitigt, dieses soll aber praktisch thunlichst ausgeglichen werden (vgl. bei §. 685 Abs. III a. E.). Obgleich also das Eigenthum dem Legatar nicht direct und sogleich erworben wird, soll das Nachlaßstück doch in Bezug auf Vor- und Nachtheile (Nuzen und Lasten, Gedeih und Verderb, commodum et periculum) sogleich nach dem Tode des Erblassers als dem Legatar gehörig behandelt werden. Damit ist auch schon die Frage beantwortet, auf welche Vermächtnisse §. 686 anzuwenden sei? Auf die bei §. 685 in Abs. III angeführten, m. a. W. die unter die erste Hälfte der (dort in Abs. II aufgestellten) Doppelregel fallenden Legate. Für andere Vermächtnisse gilt sie nicht, namentlich nicht für die Belohnungen des Dienstgesindes und die frommen Vermächtnisse.

Zeiller freilich behauptet (S. 638): „Was von den Zinsen und Nuzungen eines bestimmten Nachlaßstückes gesagt worden ist, muß aus dem nämlichen Grunde auch auf andere, sogleich nach dem Tode des Erblassers zu entrichtende Vermächtnisse (§. 685) angewendet werden.“ Dieses widerspricht aber der grammatischen, historischen und logischen Auslegung. Der grammatischen; denn §. 685 sagt: sogleich fällig sind die Vermächtnisse a, b, c; §. 686: bei den Vermächtnissen a gilt x. Damit ist doch deutlich genug gesagt, daß x für b und c nicht gilt. Der historischen; denn Zeiller's Behauptung wird durch die Redactionsgeschichte direct widerlegt. Der logischen Interpretation; wenn der Erbe 100 fl. unter die Dienstleute vertheilen, 300 fl. an die Kirche N. bezahlen soll, wie kann dabei von commodum und periculum die Rede sein?! Und so fügt denn Zeiller dem obigen Satze sofort den Verlegenheitsatz an: „Die Gefahr, d. i. die Verschlimmerung, Verminderung oder der gänzliche Untergang kann aber selbe (die Vermächtnisse!) nur dann treffen, wenn sie in bestimmten Sachen — nicht wenn sie in einer Summe, oder einer Gattung, die nie zu Grunde geht — bestehen (§. 1447).“ Damit ist ja die Verkehrtheit jener Behauptung eingestanden; denn die in §. 685 gemeinten Belohnungen des Dienstgesindes und frommen Vermächtnisse bestehen zwar nicht immer und nothwendig in Geld, aber niemals in einzelnen Verlassenschaftsstücken; sonst wäre die Aufzählung in §. 685 selbst sinnlos. .⁹⁾ Ferner: Zeiller will eine analoge Anwendung. Sind

⁸⁾ Warum es von Interesse ist, diesen schwankenden Sprachgebrauch zu constatiren, ist oben bei §. 685 Abs. I und im Excurse B zu §. 684 gesagt.

⁹⁾ Man mißverstehe uns nicht! Allerdings kann der Fruchtgenuß an einem Felde, das Wohnungsrecht an einer Hütte einem alten Diener als Belohnung vermacht, können

aber die Fälle irgendwie analog? Er beruft sich allerdings auf den nämlichen Grund; das „sogleich“ sei nicht genau ausführbar, einiger Aufschub unvermeidlich. „Indessen ist es doch gerecht, daß den Legatar . . . von der festgesetzten Zeit der Uebergabe der Nutzen und Schaden treffe“ (§. 637). Das hat einen guten Sinn auf dem Gebiete des ehemaligen Vindications-Legates, keinen außerhalb desselben. Wenn ich am 1. Mai 100 fl. zahlen soll, und zahle sie am 15. Mai, wo sind dann die Früchte, laufenden Zinsen, entstandenen Nutzungen? Fene 100 fl. sind ja vorerst nur etwas Gedachtes, nicht etwas gesondert und concret Existirendes; es ist ja nicht ein bestimmtes, irgendwo anliegendes Capital. Wenn der Erbe zur Zahlung von Zinsen verhalten würde, so wäre das nicht die Herausgabe eingemommener Nutzungen, sondern es wären Verzugszinsen! Und so allegirt dann Ellinger zu jenem von ihm angenommenen Satze Zeiller's den §. 1334, durch welchen er ihn zu rechtfertigen glaubt, während er damit widerlegt ist. Denn die Vorschrift des §. 686 wird nicht auf eine fingirte mora, sondern auf ein Zurückbeziehen des „Gehörens“ gegründet.¹⁰⁾ Das Dbst, die Ernte, die Pachtischillinge, der Mietzins, die vom Schuldner gezahlten Zinsen (beim nomen legatum) sind eine wirklich vorhandene Mehrung, durch deren Herausgabe der Erbe keinen Schaden erleidet. Wenn er aber statt 100 fl. mehr bezahlen soll, verhält es sich anders. Der Unterschied zwischen einem bestimmten, fruchtbringend angelegten Capital, und einer Geldsumme, von der der Erbe vielleicht noch nicht weiß, wie er sie beschaffen wird, ist ja doch ein handgreiflicher.

Diese breite Ausführung so einfacher Wahrheiten hat ihren Grund darin, daß die hier widerlegte Meinung außer Zeiller's Autorität auch den Schein authentischer Bestätigung für sich hat. In dem Hfdr. v. 27. Juni 1822 (J. G. S. Nr. 1880) wurde nämlich ausgesprochen, daß bei frommen Vermächtnissen „die von dem Todestage des Stifters zu berechnenden Interessen“ nach seinem Willen und nach §. 685 zu zahlen seien. Von Zeiller's Ansicht unterscheidet sich diese Behauptung sehr erheblich darin, daß eine Analogie zwischen den legata pia und den legata specierum ex hereditate nicht behauptet, daß die Entscheidung nicht auf §. 686, sondern auf §. 685 (nämlich auf einen falschen Schluß aus dem „sogleich“ auf eine mora) gegründet wird. Und als ob der Verfasser des Hfdr. diesem Argumente selbst nicht recht getraut hätte, beruht er sich daneben auf den anzunehmenden Willen des Erblassers, was er in verfehlter Weise zu begründen sucht. Daß diesem inhaltlich verfehlten, nicht in erster Linie und ex professo juristische Fragen betreffenden, von einer Verwaltungs-Behörde erlassenen Decrete weder äußere, noch innere Autorität zukomme, ist schon von Anderen so ausführlich nachgewiesen worden, daß wir auf diese Arbeiten verweisen können.¹¹⁾ Ohnehin ist die richtige Ansicht unter den

Nachlassachen einer Kirche zugewendet werden u. dgl. Aber für diese Fälle bedarf es keiner ausnahmsweisen Begünstigung; da genügt die Regel. In unserem obigen Satze ist zu betonen: „Die in §. 685 gemeinten Belohnungen . . .“

¹⁰⁾ Der Eifer unserer Widerlegung ist nicht so zu verstehen, als ob der bekämpfte Rechtsatz an sich etwas Ungereimtes wäre. Wenn ein Gesetz ihn ausdrücklich sanctioniren und Berechnung von Verzugszinsen seit des Erblassers Tode verordnen würde, so wäre dieses eine jener singulären Begünstigungen der legata pia, wie sie seit alten Zeiten nicht selten sich finden. Nach Justinianischem Recht werden Verzugszinsen von der Todeszeit an berechnet, wenn die legata pia nicht in 6 Monaten nach der Bekanntmachung des letzten Willens entrichtet sind (Arn dts Pand. §. 558 Note i); im Pat. v. 1737 (Punkt 4) waren die von leg. pia „fallenden Nutzungen“ dem Legatar zugesprochen und es mag dahingestellt bleiben, wie dies gemeint war. Jedensfalls ist kein ähnlicher Satz in das a. b. G. B. aufgenommen und kann ein so singulärer Rechtsatz nicht vom Interpreten hineingetragen werden. Was wir also eifrig bestreiten, ist die Geltung jenes Satzes und noch mehr die Ableitung desselben aus einer angeblichen Analogie mit den in §. 686 normirten Fällen.

¹¹⁾ Winwartner in dem bei §. 685 cit. Aufsatz S. 182—184; Prodner im Jurist III, S. 361 ff., 372; Stubentrauch (1. Aufl. II. S. 507 Note); zustimmend Unger S. 64 Anm. 7.

Theoretikern längst die herrschende. Leider! nicht auch in der Praxis, die hier einen Rückschritt aufweist. In einem, in den dreißiger Jahren durchgeführten Prozesse¹²⁾ hatten die I. und die III. Instanz richtig entschieden und die verbindende Kraft der einschlägigen Stelle des Hfd. v. 27. Juni 1822 ausdrücklich verneint. Gleiches that 1860 das Bezirksgericht der inneren Stadt Wien in einem vortrefflich begründeten Urtheile. Aber in diesem letzteren Prozesse hat der oberste Gerichtshof die unrichtige Ansicht zur Geltung gebracht, und zwar mit einer Motivirung, welche die Hoffnung auf Umkehr in die Ferne rückt (s. Sammlung III Nr. 1090, 1091). Nicht mehr die falsche Analogie von §. 686 wird angerufen; nicht ein historisches Argument aus der Vdg. v. 1737 angeführt;¹³⁾ nicht eine singuläre Begünstigung der leg. pia behauptet, nicht gesagt: „das Hfd. v. 1822 schneide die Frage ab; wie bedenklich auch sein Inhalt sein möge, lex ita scripta“ — sondern in neuer Weise wird der alte Irrthum gestützt: er wird als regelrechte Consequenz aus einer allgemeinen Theorie über Verzug abgeleitet.¹⁴⁾ Der Todestag des Erblassers sei der Zahlungstag für legata pia und nach §. 1334 falle dem Schuldner eine Verzögerung zur Last, wenn er den durch Gesetz oder Vertrag bestimmten Zahlungstag nicht zuhülf. Und dadurch hängt diese Entscheidung mit den sogleich zu referirenden aufs engste zusammen.

III. Geldlegate (Summen-Vermächtnisse) sind in der Regel ein Jahr nach dem Tode des Erblassers fällig, d. h. sie können von da an gefordert werden. Nun ist in der Marg. Note zu §. 685 ff. der dies veniens mit „Zahlungstag“ übersetzt. Durch eine Combinirung mit §. 1334 ergibt dieses nun allerdings den Satz, daß von diesem Zeitpunkt an der Dnerirte sich in mora befindet und die Verzugszinsen von da an zu berechnen seien; dies interpellat pro homine. Und dieser Satz wird in der Praxis des obersten Gerichtshofes wirklich constant angewendet, auch wo der Legatar die Forderung nicht gestellt, ja sich überhaupt ganz unthätig verhalten hat. S. Sammlung V Nr. 2357 und Nr. 2704; IX Nr. 4230; X Nr. 4748 und Nr. 4766. Ja, es wurde dieser Satz zufolge Beschluß v. 24. Oct. 1872 (s. die cit. Nr. 4748) in das Spruchrepertorium (als Nr. 28) eingetragen. Davon ist dann freilich nur eine Consequenz die am Ende von Abs. II besprochene Entscheidung; denn wie für andere Legate das abgelaufene Jahr, so wird für die begünstigten Vermächtnisse der Sterbetag des Erblassers als „Zahlungstag“ bezeichnet. Gerade dieses aber hätte die Vertreter der anderen Ansicht nachdenklich machen sollen. Kann denn überhaupt an diesem Tage geleistet werden? Jeder sieht ein, daß es nicht bloß unanständig wäre, sondern in der Regel ganz unmöglich ist, weil die Publication des letzten Willens später erfolgt. Aber hievon auch ganz abgesehen, wird die Entrichtung der Vermächtnisse einige Zeit hindurch meistens unthunlich sein. Handgreiflich ist dieses namentlich, wo durch das fromme Vermächtniß eine Stiftung begründet werden soll.¹⁵⁾ Und soll man in allen solchen Fällen zur sofortigen gerichtlichen Deponirung (§. 1425) schreiten?! In dem zuletzt erwähnten Falle ist es geradezu untersagt worden!¹⁶⁾ — Ferner: haben denn jene Fälle irgend eine Ähnlichkeit mit solchen, wo der Schuldner erklärt hat: „am 10. Septbr. zahle ich

¹²⁾ Mitgetheilt von Prockner im „Jurist“ III S. 350 ff.

¹³⁾ Punkt 4 (s. Note 10) und Punkt 2, über welchen Unger §. 64 Anm. 5 zu vergleichen ist.

¹⁴⁾ Nebenbei wird freilich auch „die Absicht des Gesetzgebers, fromme Vermächtnisse vor anderen zu begünstigen“ und die positive Entscheidung des Hfd. v. 12. Juli (Hfd. v. 27. Juni) 1822 angerufen; das Hauptargument aber ist §. 1334 (wie bei Ellinger). Eine Häufung von Argumenten ist nicht selten das Zeichen einer schwachen Behauptung; wozu die Begünstigung anrufen, wenn es sich um einfache Anwendung eines allgemeinen Rechtsatzes handelt?

¹⁵⁾ S. Winivarter's Aufsatz §. 4 (S. 180 ff.).

¹⁶⁾ S. ebenda S. 183 f.

1000 fl.“ oder wo der Miether oder Pächter sich verpflichtet, pünktlich zu Georgi und zu Michaeli zu zahlen? Und wenn man darauf hinweist, daß in §. 1334 nicht bloß vom vertragsmäßigen, sondern auch vom gesetzlichen Zahlungstage die Rede sei, so vergleiche man nur unsere Fälle mit den gesetzlichen Miethterminen. Daß man gerade an dem Zinstage zahlt, ist bei zahlungsfähigen Miethern Regel; daß die Vermächtnisse gerade an dem in §. 685 genannten Zahlungstage entrichtet würden, geschieht niemals. Es ist klar, daß in §. 685 nicht ein Zahlungstag im Sinne des §. 1334, sondern nur der Zeitpunkt angegeben ist, von welchem angefangen der Vermächtniß-Anspruch geltend gemacht werden kann. Im Falle des §. 687 dagegen läßt sich der Vergleich mit Miethterminen wohl machen, also der Satz „dies interpellat pro homine“ anwenden.^{16a)} — Dann: ist es nicht mehr als unbillig, Verzugszinsen laufen zu lassen zu einer Zeit, wo die Leistung unthunlich war? kann man da überhaupt von „Verzug“ reden?! Und wenn man dem Erben einen Vorwurf aus seinem Zuwarten macht, trifft nicht mindestens ein gleicher den sich nicht meldenden Legatar? — Endlich: Zeiller's Ansicht¹⁷⁾ und die des obersten Gerichtshofes scheinen sich zu unterstützen, während sie einander aufheben; denn Zeiller's Argumentation paßt auf Sach- und nicht auf Geld-Legate, die des obersten Gerichtshofes es paßt auf Geld- und nicht auf Sach-Legate, bei denen nicht von Verzugszinsen die Rede sein kann.¹⁸⁾ — Die von uns vertretene Ansicht, sowohl hinsichtlich der „sogleich“ als der nach einem Jahre fälligen Legate, wird (in kurzer aber treffender Weise) auch vertheidigt von Unger.¹⁹⁾

IV. „Mit der (vermachten) Sache sind ihre Erweiterungen, Zuwachs und Zubehör, sowie die natürlichen und bürgerlichen Früchte vom Todestag des Erblassers an den Legatar herauszugeben, welcher von dieser Zeit an Gefahr, Lasten und Abgaben der Sache zu tragen hat.“²⁰⁾ — Ueber verpfändete Sachen s. bei §. 662 Abf. XII (S. 435 f.) und bei §. 684 Abf. X. — Bei Werthpapieren kommen die Zinsen- bez. Dividenden-Coupons in Betracht. Man darf aber nicht den einzelnen Coupon als untheilbare Einheit nach Analogie physischer Früchte behandeln, und die Frage so stellen: „welcher Coupon gehört noch dem Erben, welcher dem Legatar?“, sondern es hat eine Vertheilung des Werthes pro rata temporis stattzufinden.²¹⁾ Und zwar beginnt der Coupons-Genuß für den Legatar bei speciell vermachten Papieren mit dem ersten Tage nach dem Tode des Erblassers, bei generisch vermachten mit dem ersten Tage nach Ablauf des einen Jahres (§. 685). Deshalb ist es von Wichtigkeit, sich

16a) Dieser Punkt wird von den Commentatoren bei Erläuterung des §. 687 mit Stillschweigen übergangen.

17) Ueber die „sogleich“ zu entrichtenden Legate s. Z. 2 bei §. 686 (oben mitgetheilt), über die anderen Z. 3. Zeiller sagt daselbst: dem Legatar gebühren nur die seit der vollendeten Jahresfrist „laufenden Zinsen und abfallenden Nutzungen; bis zu diesem Zeitpunkte genießt sie der Erbe“ (also denkt Zeiller offenbar nicht an Verzugszinsen). Die Gefahr freilich könne den Legatar nur bei einer (nicht dem Testator gehörigen) species treffen, oder „wenn alle dem Erblasser gehörigen Sachen von der Gattung, woraus der Legatar ein Stück erhalten soll, zu Grunde gegangen wären (§. 656).“ Vgl. §. 657.

18) S. Unger's System II §. 128 Nr. 42.

19) N. a. D. Note 44 und Erbrecht §. 64 Num. 5 und 7.

20) So wird der Inhalt des §. 686 klar und präcis von Unger (§. 67 Z. 1) wiedergegeben. Dazu (ebd. Nr. b, c, d, e) eine Fülle vertheidigender Stellen aus dem corpus iuris. Vgl. damit etwa die breitere Ausführung Stubenrauch's bei §. 685 f. Z. 3 und 4 (in der 1. Aufl. S. 502 f.).

21) Unrichtig ist die Entscheidung des obersten Gerichtshofes in der Sammlung XIII Nr. 5788: „Da die im Jänner 1873 fälligen Coupons am 30. Decbr. 1872 noch ein Zugehör der Nordbahnactien waren, so konnte die Legatarin wohl die letzteren, nicht aber auch jene Coupons ansprechen, welche schon fällig waren, bevor sie die Actien zu fordern berechtigt war.“

die Grenzen zwischen dem leg. speciei und dem leg. generis klar zu machen. Wir erinnern an das bei §. 685 Abf. III hierüber Gesagte.²²⁾

V. Der §. 686 spricht vom „Vermächtnisse eines einzelnen Verlassenschaftsstückes“; wir dürfen nach der Natur der Sache aus §. 685 pr. ergänzen: „und darauf sich beziehender Rechte“ (vgl. bei §. 685 Abf. III). Wäre also die Fruchtziehung an einer Nachlasssache (z. B. einem Garten) vermacht, „so würden, wenn der Legatar vor der Uebernahme stirbt, doch die abgefallenen Nutzungen auf seine Nachfolger, obgleich ihnen kein Anspruch auf das höchst persönliche Recht gebührt, übergehen“ (§. 519).²³⁾

§. 687.

Wird jemanden ein in wiederkehrenden Fristen, als: alle Jahre, Monate und dergleichen zu leistender Betrag vermacht; so erhält der Legatar ein Recht auf den ganzen Betrag dieser Frist, wenn er auch nur den Anfang der Frist erlebt hat. Doch kann der Betrag erst mit Ablauf der Frist gefordert werden. Die erste Frist fängt mit dem Sterbetage des Erblassers zu laufen an.

I. Redaction. Der §. 475 Westgal. Ob. II lautet:

Jährliche Renten werden als mehrere, von Jahr zu Jahr wiederholte Vermächtnisse angesehen, und auch nur zu Ende eines jeden Jahres entrichtet. Stirbt der Legatar, nachdem ein neues Jahr schon angefangen ist (sic); so fällt der Betrag des vergangenen Jahres auf seine Erben.

Die zahlreichen Monita sind ohne Interesse; eine Meinungsverschiedenheit der Commissionen bestand darüber, ob die letzte Rate den Erben des Legatars ganz, theilweise oder gar nicht gebühre. Für das erste war die Wiener Facultät, „da der Anfallstag zu Anfang eines jeden Jahres, welches der Legatar erlebt, schon vorhanden ist“; für das letzte die Fac. Innsbruck; für die media sententia das nied.öst. A. G.¹⁾ — Zeiller tadelte an §. 475 den Ausdruck „jährliche R.“ als zu eng, den Ausdruck „Jahr“ als zweideutig (bewegliches Jahr, vom Sterbetag des Erblassers an gerechnet, oder Sonnenjahr?) wünschte Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte, während nach §. 475 das Legat gegen den Willen des Testators ganz wirkungslos sei, wenn der Legatar vor Ablauf des ersten Jahres stirbt.²⁾ Die anderen Botanten stimmten zu und es wurde schon in erster Lesung (30. April 1804) ein dem §. 687 entsprechender Text beschlossen, der bei der Revision (3. Sept. 1807) durch eine geringe Aenderung die jetzige Gestalt erhielt. — S. übrigens noch unten Abf. IV.

II. Wenn eine Summe oder Quantität als Gegenstand einer in gewissen Fristen wiederkehrenden Leistung vermacht ist (Rentenvermächtniß³⁾), so löst sich diese Honorirung in so viele einzelne Vermächtnisse auf, als sich Leistungstermine ergeben. Jedes derselben hat seinen eigenen dies cedens. Das erste fällt (von besonderen letztwilligen Bestimmungen abgesehen) sogleich nach dem Tode des Erblassers

²²⁾ In dieser Hinsicht war die eben cit. Entscheidung des obersten O. G. richtig, die der Untergerichte verfehlt; vgl. bei §. 685 Note 12a.

²³⁾ Zeiller S. 637; vgl. Stubenrauch zu §. 685 f. 3. 5.

¹⁾ Wenn nämlich der vom nied.-österr. A. G. postulirte Satz; „Der bis zum Sterbetag des Legatars rückständige Betrag fällt auf dessen Erben“ von einer Berechnung pro rata temporis zu verstehen ist. Aehnlich äußerten sich das ober-österr. und das ostgaliz. A. G.

²⁾ U. E. ist dies ein Mißverständnis Zeiller's, und der Sinn von §. 475 i. f. vielmehr dieser: Die letzte Rate gebührt dem Erben des Legatars, doch nicht gleich bei dessen Tode, sondern erst nach Ablauf des Jahres (nachdem das Jahr „vergangen“ ist). Der Satz ist durch Streben nach Kürze dunkel geworden. Uebrigens ist es gleichgültig, ob Zeiller oder wir hierin Recht haben.

³⁾ Vgl. darüber Arndts §. 572, Windscheid §. 660, Unger §. 74, bei denen sich die römischen Parallel-Stellen finden. Eine klare und mit Ausnahme eines Punktes (f. bei §. 685 Note 33) richtige Darstellung gibt auch Stubenrauch.

an, jedes folgende mit Anfang der betreffenden Frist.⁴⁾ Der dies veniens aber tritt erst mit ihrem Ende ein, d. h. erst dann ist der Anspruch auf die einzelne Rente fällig. Er verfährt von da an in 3 Jahren, während das Rentenrecht in toto erst in 30 Jahren verfährt (§. 1480).⁵⁾ Vorausbezahlung kann nur, wenn ausdrücklich angeordnet, gefordert werden, oder wenn das Legat erweislich als Alimenten-Vermächtniß gemeint ist (§. 691 und §. 1418). Ueber das erste Jahr s. oben bei §. 685 Abf. VI B. 4; über die Bedeutung des Zahlungstages im §. 687 für die mora s. bei §. 686 Abf. III (bei Note 16^a). Selbstverständlich kann auch eine Rente bedingt vermacht werden, wo es dann quaestio voluntatis ist, ob die Erfüllung der Bedingung bei Lebzeiten des Testators genügt (vgl. §. 701) oder umgekehrt unerlässlich ist, so daß spätere Erfüllung nichts nützen würde;⁶⁾ und ob bei (statthafter) späterer Erfüllung die bis dahin sich ergebenden Renten nachgezahlt werden oder nicht;⁷⁾ immer aber muß der Legatar die Erfüllung der Bedingung erleben (§§. 684 pr., 699, 703). Bei einem unbedingten Vermächtniß erhalten nach dem Tode des Legatars seine Erben im nächsten Termine noch eine Rente ausgezahlt; die erste z. B. gebührt ihnen selbst dann, wenn der Legatar eine Stunde nach dem Testator (dagegen nicht, wenn er eine Stunde vor ihm) gestorben wäre (§. 687).⁸⁾

III. Der Rentenbezug endigt im Zweifel mit dem Leben des Legatars (mit der eben angegebenen Correctur); er kann aber auch auf eine kürzere Zeit oder durch eine Resolutivbedingung (z. B. Wiederverheiratung) eingeschränkt, oder umgekehrt auf die nächsten Erben ausgedehnt sein, oder gar als immerwährende Rente für eine juristische Person oder für einen Menschen und dessen Erben und Erbeserben vermacht sein.⁹⁾ Ebenso hängt die Bestimmung der Fristen (Jahr, Quartal, Monat, Woche) vom Belieben des Testators ab; hat er darüber nichts bestimmt, und hat die Rente den Charakter eines Unterhaltes, so kommt §. 1418 zur Anwendung; sonst erfolgt die Auszahlung in Jahrestermen.¹⁰⁾ Ueber das Maß der wiederkehrenden Leistung entscheidet ebenfalls der ausgedrückte oder doch erkennbare Wille des Testators; vgl. §. 673.¹¹⁾

IV. Wenn der Testator angegeben hat, daß die Rente aus den Einkünften eines gewissen Grundstückes zu nehmen sei, so braucht darin keine Einschränkung zu liegen; vgl. oben S. 418 f. Wo aber diese sicher steht, fragt es sich weiter, ob eine Real-last oder ein persönlicher Rentenanspruch vermacht sei, wovon der Uebergang der Ver-

4) Es wird also das erste Vermächtniß als ein unbedingtes, jedes folgende als ein durch das Erleben des Fristanfanges bedingtes betrachtet. Zeiller S. 640 B. 1 und B. 2.

5) Vgl. Zeiller S. 640 Note, Unger §. 74 Anm. 3 und System II S. 418. — Sammlung I Nr. 142.

6) Oft wird schon der Inhalt der Bedingung hierüber Aufschluß geben.

7) Eine solche Nachzahlung ist wenigstens nicht principieell ausgeschlossen; cf. L. 64 D. de V. O. 45. 1. (Von der stipulatio auf das legatum zu schließen, ist u. G. zulässig.)

8) Vgl. Unger System II S. 302 Note 30.

9) Stubenrauch B. 3, Unger Erbrecht §. 74, vor und in Anm. 1. Auch kann der Uebergang des Rentenbezugsrechtes auf andere Personen von einer Verfügung des Legatars abhängig gemacht sein, s. Sammlung I Nr. 113.

10) Daß keine längere Frist angenommen werden kann, versteht sich von selbst, da die Größe der Rente durch einen Jahresbetrag angegeben wird, mag es nun heißen: „eine Rente von jährlichen 300 fl.“ oder kurzweg „eine Rente von 300 fl.“ Aber auch nicht eine kürzere; denn wollte der Legatar das Ende des Jahres nicht abwarten, so müßte er einen früheren dies veniens erweisen, was im vorausgesetzten Falle nicht möglich ist. Vgl. L. 17 pr. D. de ann. leg. 33. 1.

11) Vgl. Zeiller II S. 641. — Ueber den Einfluß neuer Finanzgesetze vgl. vorläufig etwa Sammlung XIII Nr. 5592.

pflichtung auf diese oder jene Personen abhängt. Ob dies oder jenes vom Testator beabsichtigt sei, kann nur in concreto entschieden werden.¹²⁾

Zeiller schlug vor (30. April 1804), über solche Legate einen eigenen §. dieses Inhaltes in das Gesetzbuch aufzunehmen:

Ist der jährliche Betrag auf die Einkünfte aus einem bestimmten Gute beschränkt, und sie reichen nicht zu, so kann der Legatar, insofern sich in den nächsten drei Jahren ein Ueberschuß ergibt, daraus die Ergänzung fordern.

Dieser Vorschlag wurde abgelehnt. Die anderen Botanten (oder doch die Majorität¹³⁾) waren der Ansicht, daß der Legatar keinen solchen Anspruch haben solle; denn das Legat sei in der Voraussetzung gemacht, das Grundstück werde soviel tragen. Doch sei es nicht nöthig, hierüber eine Vorschrift in das Gesetz aufzunehmen.

Und es ist gut, daß dieses unterblieb! Denn die Ansicht der Majorität war eine unrichtige; sie ist unbillig, widerspricht dem wahrscheinlichen Willen des Testators und dem §. 655 i. f. Für die Auffassung Zeiller's können wir auch Pabro's Autorität anführen. L. 17 §. 1 D. de ann. leg. 33. 1: „Vini Falerni, quod domi nasceretur, quotannis in annos singulos binos culeos heres meus Attio dato.“ Etiam pro eo anno, quo nihil vini natum est, deberi duos culeos, si modo ex vindemia ceterorum annorum dari possit. — Die von Zeiller vorgeschlagene Einschränkung auf die nächsten drei Jahre hätte sich an ähnliche Vorschriften angelehnt, wäre aber doch lebendig positiv (und nicht etwa eine Anwendung des §. 1480) gewesen. In Ermanglung gesetzlicher Sanction gilt sie selbstverständlich nicht, und wir haben den Fall noch günstiger zu beurtheilen, als wenn Zeiller's Antrag Gesetz geworden wäre.¹⁴⁾ Denn da sich die Redactoren jeder gesetzlichen Entscheidung enthielten, kommt ihren Äußerungen keinerlei äußere Autorität zu. Und so trägt denn Zeiller selbst im Commentar (II S. 641) seine Entscheidung ohne alle Einschränkung vor.

V. Verschieden von dem Renten-V. ist das Raten-Vermächtniß. Bei diesem hat der Testator eine Summe vermacht, und nur zur Erleichterung des Dnerirten ratenweise (stückweise) Bezahlung derselben angeordnet (L. 12 §. 4, L. 20. D. quando dies 36. 2). Es ist also ein einheitliches Vermächtniß; wird also solches gleich nach dem Tode des Erblassers erworben (§. 684 pr.), und es kommt nicht darauf an, wie viele Raten der Legatar erlebt hat; seine Erben können jedenfalls alle rückständigen einfordern (L. 20 cit.) Der §. 1480 hat auf Raten keine Anwendung.¹⁵⁾

Recht des Legatars zur Sicherstellung.

§. 688.

In allen Fällen, in welchen ein Gläubiger von einem Schuldner Sicherstellung zu fordern berechtigt* ist; kann auch ein Legatar die Sicherstellung seines Legates verlangen. Wie die Einverleibung eines Vermächtnisses, zur Begründung eines dinglichen Rechtes, geschehen müsse, ist oben §. 437 vorgeschrieben worden.

I. Redaction. §. 476 Westg. Ob. II stimmt fast wörtlich¹⁾ mit dem ersten Satze von §. 688 überein. §. 477 aber lautet ganz anders, als der an seine Stelle gesetzte zweite Satz des §. 688, nämlich so:

¹²⁾ Vgl. Unger §. 74 Anm. 1.

¹³⁾ Es fehlen nähere Mittheilungen über die Debatte, und ob die Ablehnung einstimmig oder mit Stimmenmehrheit geschah.

¹⁴⁾ In Zeiller's Antrag war nicht das dem Legatar Günstige, sondern das ihm Ungünstige singulären Inhaltes; und die Ablehnung hatte nicht die Folge, welche die Majorität voraussetzte, sondern gerade die umgekehrte.

¹⁵⁾ Vgl. Stubenrauch B. 4; Unger §. 74 (Text nach A. 3).

* Die F. G. S. hat: berechtigt.

¹⁾ Nur hieß es a. E. „auf die S. . . dringen“, jetzt heißt es: „die S. . . verlangen“ (über Antrag von Sonnensfeld).

Dadurch, daß ein Testament oder Codicill in die öffentlichen Bücher eingetragen wird, erhält der Legatar noch kein Pfandreht. Um dieses zu erwerben, muß er das Legat auf seinen Namen als eine Last besonders eintragen lassen.

Dieser §. erklärt sich aus dem bunten Inhalte der alten Landtafeln und Grundbücher, in welche oft Testamente und andere Urkunden (vgl. §§. 437, 1236, 1252) in extenso abgeschrieben wurden. Die am Ende des vorigen Jahrhunderts verfügte Scheidung von Hauptbuch und Urkunden-Buch (bez. U.-Sammlung) bedurfte zu ihrer Durchführung geraume Zeit. Dieser Uebergangs-Zustand erklärt die wiederholte Einschärfung, daß die Urkunden-Abschrift zur Begründung eines dinglichen Rechtes nicht genüge, sondern daß dieses eigens (nämlich im Hauptbuche) eingetragen werden müsse. Daraus erklärt sich auch der §. 437 a. b. G. B. — Im übrigen ist der Sinn des §. 477 Westg. Ob. dieser: Ein gesetzliches Pfandreht hat der Legatar nicht; aber auch, wenn ihm eines letztwillig eingeräumt oder er nach §. 476 Sicherstellung zu fordern berechtigt wäre, genügt zum Erwerbe nicht die Eintragung der Urkunde, worin sein Legat enthalten ist, sondern es bedarf einer speciellen Intabulation des Pfandrehtes.²⁾

In erster Lesung (30. April 1804) ließ man die §§. 476, 477 (abgesehen von der gleichgültigen Variante in N. 1) unverändert; über die zweite wissen wir nichts, als daß beide §§. (damals §. 674, 675 beziffert) sich in unveränderter Fassung in der oben erwähnten Reinschrift finden; erst bei der Superrevision (4. Decbr. 1809) wird eine Debatte erwähnt. Pratobervera wollte ausdrücklich sagen, daß der Legatar nur „bei besorglicher Gefahr“ Sicherstellung verlangen könne; wogegen Aichen der Ansicht war, daß auch ohne Bescheinigung einer Gefahr Sicherstellung solle gefordert werden können. Die übrigen Botanten (Zeiller, Pfleger, Haan) entschieden für unveränderte Beibehaltung des Textes.³⁾

II. In übermäßiger Weise ist im Justinianischen Rechte für die Sicherheit der Legatäre gesorgt.⁴⁾ Auf eine andere, doch ebenfalls übermäßige und noch weniger zu billigende Art sorgte das ältere österreich. Recht (im Zuge der Nachlaß-Abhandlung) für die Vermächtnisnehmer.⁵⁾ Einen erfreulichen Fortschritt zeigt unser jetziges Recht; ⁶⁾ namentlich erscheint sowohl das gemeinrechtliche gesetzliche Pfandreht, als die altösterreich. officiose Fürsorge für die Legatäre beseitigt. Der Erbe braucht sich bei dem Abhandlungsgerichte nur darüber auszuweisen, daß er die Legatäre von ihrer Honorirung in Kenntniß gesetzt habe (a. b. G. B. §. 817, Pat. §. 161 pr.); im übrigen mögen sie sich selbst vorsehen, sei es durch separatio bonorum (wovon bei §. 812), sei es, daß sie Sicherstellung verlangen. Dieses können sie: a) in allen Fällen, in welchen überhaupt ein ~~Schuldner~~ dazu berechtigt ist (§. 688 pr.); b) überall, wo es sich α) um „fortlaufende jährliche Zahlungen“, oder β) (wie wir durch Analogieschluß annehmen dürfen) um fortdauernde Gewährungen, Duldungen, Unterlassungen handelt, wenn hier die Sicherheit nicht durch Intabulation einer Servitut

²⁾ Da also das Negative betont ist, was zum Erwerbe des dinglichen Rechtes nicht genüge, da (anders gesagt) §. 477 ganz ähnlichen Inhaltes ist, wie der jetzige §. 437 (nur daß jener vom Pfandrehte, dieser vom Eigenthum spricht), so kann man aus §. 477 kein Argument für die herrschende Auslegung des §. 453 a. b. G. B. ziehen.

³⁾ Das Protokoll ist sehr mangelhaft; über die Entstehung des zweiten Satzes von §. 688 (bez. die Umänderung des §. 477) erfahren wir gar nichts. Fast unglaublich scheint uns die Mittheilung, daß Zeiller und Pfleger geäußert hätten: „Der Erbe sei in der Zeit vor Verichtigung der Verlassenschaft als usufructuar anzusehen.“ (!) Zeiller's Aeußerungen im Commentar bei §. 810 und §. 819 (Z. 2), so unbefriedigend sie sind, lauten doch ganz anders.

⁴⁾ S. darüber Arndts §. 559, Windscheid §. 648.

⁵⁾ Vgl. die interessanten historischen Mittheilungen in Unger's Verlassenschafts-Abhandlung Nr. X, XI, bei. S. 80 ff., 90 f., dann S. 135 (kurzes Resumé im Erbrecht §. 65 Anm. 1).

⁶⁾ Vgl. Unger a. a. O. S. 135 ff.

ohnehin schon gegeben ist (vgl. Sammlung VIII Nr. 3917); endlich γ) bei „Vermächtnissen, deren Bezahlung entweder wegen noch nicht verstrichener gesetzlicher Frist (§. 685 des a. b. G. B.), oder wegen einer in dem letzten Willen beigefügten Zeitbestimmung oder Bedingung noch nicht gefordert werden kann“ (Pat. §. 161 All. 2); kurz: wenn die Entrichtung des Vermächtnisses aus welchem Grunde immer γ) nicht sogleich gefordert werden kann, δ) oder eine einmomentige Erfüllung gar nicht möglich ist (b β). Im Falle a) kann die Sicherstellung nur im ordentlichen Rechtswege, im Falle b) schon im Verfahren außer Streitfachen erlangt werden. Sammlung II Nr. 879.

III. Nach einer abusiven, alten, allgemein verbreiteten Praxis konnte sich bis 1871 jeder Gläubiger ganz willkürlich — ohne irgend einen Pfandrechts-Titel und ohne die allgemeinen Voraussetzungen einer Sicherstellung — eine Hypothek verschaffen, wenn er im Besitze einer Urkunde über seine Forderung und der Gegner im Besitze eines Tabularobjectes war. Es geschah dieses im Wege einer Pränotation, bei welcher man statt der Rechtfertigung den bloßen Beweis der Forderung für genügend erklärte, im diametralen Widerspruche mit dem §. 449 pr., mit den elementarsten Rechtsbegriffen und mit dem System unseres Sachenrechtes.⁹⁾ Natürlich wurde hievon auch bei den Legaten, über welche ja in der großen Mehrzahl aller Fälle eine Urkunde vorliegt, Gebrauch gemacht. Sobald also im Nachlaß oder im Vermögen des Onerirten ein Haus, Feld, ein Weinberg, ein Saßposten oder was immer für ein Tabularobject vorhanden war, konnte sich der Legatar eine Hypothek verschaffen, ohne daß irgend welche Umstände vorlagen, welche ihm ein „Recht zur Sicherstellung“ (s. die Marg. N. bei §. 688) gegeben hätten.¹⁰⁾ — Diejem Pränotations-Unfug wollte das Grundbuch-Gesetz v. 25. Juli 1871 ein Ende machen, indem es zur Erlangung der Pränotation die Vorseinigung, zur Rechtfertigung den Beweis eines Pfandrechts-Titels erfordert (§§. 36 und 42). Aber ein Uebel, das in vielen Decennien so tiefe Wurzeln geschlagen hat, ist nicht so leicht gänzlich ausgerottet. Nur zu oft wirken noch in der Praxis jene Vorstellungen (von denen bei §. 453 zu sprechen ist) nach, und wird der Forderungstitel mit dem Pfandtitel verwechselt, z. B. in unserem Falle das Legat selbst für den Pfandtitel ausgegeben.^{10a)} Wo aber die Begriffsverwirrung nicht soweit geht, zeigt sich die Nachwirkung der alten Gewöhnung darin, daß man es mit den Voraussetzungen des Sicherstellungsrechtes (§. 688 und Pat. §. 161) nicht genau nimmt.¹¹⁾ Begünstigt wird dieses

7) S. Unger Erbrecht §. 65 Anm. 4.

8) Der §. 161 des Pat. geht mit Recht über §. 688 hinaus; s. Unger Berl. Abhandlung S. 136 Note, Erbrecht §. 65 Anm. 4; vgl. Sammlung II. Nr. 879. Wenn Zeiller (II S. 642) fragt: warum der Legatar besser behandelt werden sollte, als ein anderer Gläubiger des Erben? — so ist zu antworten: 1) Dieser hat creditirt, Jener nicht; 2) der Testator legt dem Erben in dem Legate eine Last auf, hinterläßt ihm aber andererseits ein Vermögen. — Selbstverständlich kann der Testator die Sicherstellung erlassen (Sammlung II. Nr. 569) oder irgendwie einschränken. Daß letzteres beabsichtigt gewesen sei, nahm (wie uns scheint, mit Unrecht) der oberste G. H. an im Falle der Sammlung X Nr. 4622. Der Testator gab an, wie das Geld zu verschaffen sei (durch Verkauf des Gutes x); über die einstweilige Sicherstellung hat er damit gar nichts verfügt, weder in positiver, noch in negativer Weise. Mit Recht erkannten daher die beiden Untergerichte, daß die Sicherstellung nicht auf das Gut x beschränkt sei. Vgl. auch oben S. 418, 419 (bes. bei Nr. 26, 27) und Unger §. 70 Anm. 2.

9) S. darüber Hofmann in Grünhut's Ztschft. I S. 208 ff., 608 ff.

10) Leider! ist hier auch der von uns verehrte Zeiller nicht freizusprechen. S. dessen Commentar II S. 642.

10a) Mit Recht schärft es Stubenrauch bei §. 688 ein, daß bei uns das Legat kein Pfandrecht gebe, ja „nicht einmal einen Titel zum Pfandrechte“.

11) Und weil dieses ohne genaue Kenntniß des Thatbestandes sich nicht beurtheilen läßt, enthalten wir uns jeder Meinung darüber, ob unsere obigen Bemerkungen auch die in der Sammlung XII Nr. 5376 und XV Nr. 6066 mitgetheilten Entscheidungen treffen oder nicht.

dadurch, daß der §. 688 diese Voraussetzungen nicht aufzählt, sondern als bekannt voraussetzt.¹²⁾ — Vgl. übrigens auch §. 822. Mit Recht bemerken Rippel und Stubenrauch (bei §. 688), daß selbst das erwirkte Pfandrecht dem Legatar keinen Vorzug vor den Erbschaftsgläubigern, ja nicht einmal vor den übrigen Legataren gewähre, indem es den in §. 692 vorgeschriebenen Abzug nicht abzuwenden vermöge.

IV. Eine erhöhte Fürsorge für die Entrichtung der Legate (vgl. Abs. II) hat das Abhandlungsgericht in folgenden Fällen von Amtswegen zu tragen: 1) bei frommen Vermächtnissen und solchen zu gemeinnützigen Zwecken (vgl. bei §. 685 Abs. 6 Z. 2 und R. 29); vor ausgemiesener Bezahlung oder Sicherstellung derselben darf die Einantwortung der Verlassenschaft nicht erfolgen. (Pat. §. 159).¹³⁾ 2) Wenn der Legatar a) unter väterlicher Gewalt, Vormundschaft oder Curatel steht,¹⁴⁾ oder b) seine Person noch ungewiß ist,¹⁵⁾ oder c) sein Aufenthalt unbekannt ist. In allen diesen Fällen ist das Legat entweder gerichtlich zu erlegen oder gehörig zu versichern und im Falle c dem Legatar die erfolgte Deponirung oder Sicherstellung durch Edict bekannt zu machen. (Pat. §. 160).¹⁶⁾ 17)

V. Der zweite Satz des §. 688 scheint auf den ersten Blick eine Wiederholung des zweiten Satzes von §. 684 zu sein; doch verhält es sich anders. Der §. 684 i. f. hebt das Vindications-Legat auf, der zweite Satz von §. 688 trat an die Stelle des §. 477 Westgal. Gb. II, der zur Zeit der Vindications-Legate galt, m. a. W.: §. 688 i. f. würde nicht anders lauten, auch wenn es Vindications-Legate bei uns noch gäbe. In §. 684 ist auch an bewegliche, in §. 688 nur an unbewegliche Sachen gedacht. In §. 684 ist nur vom Eigenthum die Rede, in §. 688 von dinglichen Rechten überhaupt, wobei besonders an das Pfandrecht gedacht ist. In §. 684 ist hinsichtlich unbeweglicher Sachen (implicite) gesagt, daß einverleibt werden müsse; in §. 688, wie es geschehen müsse; denn davon handelte der §. 477 Westgal. Gb. und davon handelt jetzt §. 437 a. b. G. B. (vgl. oben Abs. I). Vgl. übrigens auch Pat. §. 178.¹⁸⁾

Wenn ein erlebtes Vermächtniß zufalle.

§. 689.

Ein Vermächtniß, welches der Legatar nicht annehmen kann oder will, fällt auf den Nachberufenen (§. 652). Ist kein Nachberufener vorhanden, und ist das ganze Vermächtniß mehreren Personen ungetheilt oder ausdrücklich zu gleichen Theilen zugedacht; so wächst der Antheil, den einer von ihnen nicht erhält, den übrigen eben so, wie den Miterben die Erbschaft, zu. Außer den gedachten zwey Fällen bleibt das erlebte Vermächtniß in der Erbschafts-Masse.

¹²⁾ Damit soll aber kein Tadel gegen den §. 688 ausgesprochen sein.

¹³⁾ Vgl. auch F. M. Erlaß v. 22. Decbr. 1857 (mitgetheilt z. B. in der Manzsche Ausgabe bei §. 159, dann bei Schuster). Zu §. 159 vgl. Ferd. Schuster's Commentar z. Ges. üb. d. Verfahren außer Streitsachen (2. Aufl. 1878) S. 212 f. — Von solchen Vermächtnissen ist auch der Statthalter in Kenntniß zu setzen; s. Pat. §. 84.

¹⁴⁾ §. 160 sagt: „Ist der Legatar minderjährig oder pflegebefohlen“, was Unger Verl. Abhdlg. S. 142 N. 8^a „recht sonderbar“ findet, weil auch der Minderjährige ein „Pflegebefohlener“ ist. Im engeren Sinne bedeutet aber „Pfleger“ die Curatel im Unterschied von der Vormundschaft, und daraus dürfte sich obiger Text erklären. Möglich ist es aber auch, daß bei dem Worte „minderjährig“ an solche Minorenne gedacht ist, „denen die Sorge eines Vaters zu Statten kommt“ (vgl. §. 187 a. b. G. B.).

¹⁵⁾ Ungewiß: a) weil sie erst durch ein späteres Ereigniß bekannt werden wird, z. B. wer zu einer bestimmten Zeit Bürgermeister oder Rector sein wird, wer die A. heirathen wird u. dgl.; b) weil der Legatar noch ungeboren, oder c) gar noch nicht erzeugt ist. (Vgl. über den Fall c oben S. 241 Abs. V und Sammlung IV Nr. 1498).

¹⁶⁾ Vgl. zu §. 160 Ferd. Schuster a. a. D. S. 213 f.

¹⁷⁾ Als übermäßig tadelt die in §. 159 und §. 160 vorgeschriebenen Cautelen Unger Verl. Abhdlg. S. 137, S. 142 f.

¹⁸⁾ S. darüber oben bei §. 684 Note 36; dann F. Schuster S. 241 f.

I. Redaction. Der §. 478 Westgal. G. B. II. lautet:

Ein B., welches der Legatar nicht annehmen kann oder will, bleibt der Regel nach in der Erbschaftsmasse. Betrifft es aber mehrere Legatarien (sic), die eine einzige Person vorstellen, oder ist das ganze Vermächtniß mehreren Personen zugleich und ungetheilt zugedacht; so wächst der Antheil, den Einer (sic) von ihnen nicht annimmt, den Uebrigen in dem Verhältnisse zu, wie den Miterben die Erbschaft zuwächst.

An diesen schlecht stylisirten §. knüpfen wir vorerst einige Bemerkungen. „Annehmen“ steht hier für „erwerben“ (zweimal); da nun im Westgal. Gb. der ipso iure-Erwerb der Legate unzweifelhaft anerkannt war, so ist es erwiesen, daß man aus §. 689 pr. kein Argument gegen die heutige Geltung dieses Erwerbes ableiten darf.¹⁾ Daß der erste Satz auch sachlich ungenau ist, davon später (s. §. 689 i. f.). Was mit den „mehreren Legatarien“ gemeint ist, „die eine einzige Person vorstellen“, war bestritten; Zeiller verstand darunter juristische Personen, und hat deshalb diesen Passus als ganz selbstverständlich gestrichen; die Wiener Fac. bezog jene Worte auf eine Collectiv-Bezeichnung und wünschte die deutlichere Textirung: „Die unter einer allgemeinen Bezeichnung vorkommen und daher als eine Person“ u. s. w. Letztere Erklärung ist die richtigere, da bei juristischen Personen Niemand an Accrescenz denken wird, wenn ein Mitglied ausfällt.²⁾ Jedenfalls involvirt jene Streichung keine meritorische Aenderung.

Die Prager Fac. stellte den verkehrten Antrag: Wenn ein Legatar vor dem Erblasser stirbt, und Kinder hinterläßt, so solle das Legat diesen zufallen — was Zeiller mit der Bemerkung zurückwies: es verstehe sich von selbst, daß der Legatar gleich dem eingesezten Erben den Erblasser überleben müsse, wenn die Honorirung wirksam werden soll.³⁾ — Er selbst tadelte als Referent den Schlußsatz des §. 478; die Worte „in dem Verhältnisse, wie“ erwecken die Vorstellung, als ob verschiedene Antheile am Zuwachs möglich wären, was für unser Recht nicht zutrefte; „sobald ungleiche Theile ausgemessen sind, habe ja kein Anfallsrecht⁴⁾ statt.“⁵⁾ Er möchte sagen: „ebenso, wie den Miterben“,⁶⁾ um hiemit anzudeuten, daß auch die etwaigen Lasten übergehen. Das Tarnower Landrecht bemerkte: „Sind aber mehrere Vermächtnißnehmer, und zwar jeder für einen bestimmten und besonderen Theil, oder auch nicht bloß stillschweigend, sondern ausdrücklich mit den Worten „in gleiche Theile“ ernannt worden, so fällt der Theil, der einem derselben nicht zu Statten kommt, der Erbschaftsmasse zu.“ Dies fand Zeiller „dem gemäß (?), was man oben in Rücksicht der Miterben beschloffen habe. Sonach (!) würde es heißen . . .“ (folgt der Mittelsatz von §. 689). Angeblich also billigte Zeiller dieses Monitum und schlug in einem Athem hinsichtlich des Falles „ausdrücklich zu gleichen Theilen“ das Entgegengesetzte vor. Doch nicht genug der Widersprüche! Weiter wird berichtet:

Alle waren mit Zeiller einverstanden. Nur der Vicepräsident (H a a n) war in einem Punkte abweichender Ansicht: Wenn die Theile ausdrücklich genannt seien (z. B. „dem A, B, C, jedem zu $\frac{1}{3}$ “), so solle keine Accrescenz eintreten, weil die Absicht des Erblassers unverkennbar sei, jedem den Theil und nicht mehr zu hinterlassen.

1) Vgl. Excurs B zu §. 684.

2) Ähnliche Redewendungen kommen in verschiedenem Sinne vor; nicht herzuführen ist natürlich §. 547. — S. insbes. §. 559, wo die gleiche Redewendung einmal für eine (meist collectiv bezeichnete) stirps, das andere Mal für eine juristische Person gebraucht wird; vgl. §. 682; sonst s. noch §. 550 (vgl. §. 820); §. 828.

3) Der Prager Antrag lief auf eine gesetzlich suppletive Vulgar-Substitution hinaus; diese aber hätte einen Sinn nur bei einem besonderen Verhältnisse zwischen Legatar und Erblasser; s. §. 779.

4) Wegen dieses Ausdrucks s. oben S. 84 Note 2.

5) Die Bemerkung ist in der Hauptsache zutreffend (s. §. 560 und §. 562), aber zu kategorisch (s. oben S. 90 f.).

6) Hiezu wollte er die §§. 560 ff. allegiren; im Protokolle steht statt der damals noch nicht festgestellten Ziffern eine Lücke.

Alle Anderen stimmten gegen ihn, weil der Testator die vermachte Sache den Erben entzogen und aus der Erbschaft ausgeschieden habe. Diese Nachricht ist überraschend. Jeder Unbefangene wird die Worte „ungetheilt oder ausdrücklich zu gleichen Theilen“ in §. 689 für gleichbedeutend nehmen mit den Worten des §. 560: „ohne Bestimmung der Theile, oder in dem allgemeinen Ausdruck einer gleichen Theilung“; ja, wir müssen dies thun. „Ich vermache mein Haus dem A, B, C, jedem zu $\frac{1}{3}$ “ oder eine ähnliche Redewendung konnten die Redactoren nicht für einen „allgemeinen Ausdruck“ gleicher Theilung ansehen. Wenn schon alles dies die Aufzeichnung im Protokolle bedenklich macht, so vermehrt Zeiller's Commentar noch die Widersprüche. In dem Beispiel, „es soll F, G, H, jeder ein Drittelheil von meinem Acker haben“ schließt Zeiller das Zuwachtrecht aus und sagt dieses sogar zweimal (bei §. 689 Z. 2 und Z. 3), stimmt also mit der angeblichen Ansicht Haan's überein. Nur wenn man Haan's angebliche Worte seinen Gegnern in den Mund legt und umgekehrt, verschwindet dieser Widerspruch.

Der Referent schlug (30. April 1804) folgenden Text vor, welcher auch angenommen wurde: 1. Satz = §. 478 pr. 2. Satz: Ist aber das ganze Vermächtniß . . . (übrigens wörtlich wie der mittlere Satz von §. 689). — Die Abänderung des ersten Satzes v. §. 478 und die Anfügung des aus ihm genommenen letzten Satzes in §. 689 ist erst später (bei der Revision) — die erwähnte Reinschrift enthält diese Veränderung bereits — vollzogen worden.

II. Wird ein Legat aus irgend welchem Grunde unwirksam, so hat dieses in der Regel die selbstverständliche Folge, daß der Belastete entlastet, der Dnerirte exonerirt wird. Das Gesetz (§. 689 i. f.) drückt dieses ungenau so aus: „Das erledigte Vermächtniß bleibe in der Erbschafts-Masse.“^{6a)} Dieses trifft in den gewöhnlichen, aber keineswegs in allen Fällen zu. Nicht: 1) wenn der Dnerirte nicht Erbe (sondern z. B. selbst Legatar) ist; 2) wenn von mehreren Erben das Vermächtniß nur einem oder einigen, oder 3) wenn es zwar allen Erben, aber nach einem gewillkürten Verhältniß (nicht pro partibus hereditariis, §. 649) aufgelegt ist; 4) wenn die vermachte Sache dem Dnerirten oder einem Dritten gehört; 5) was bleibt in der Masse, wenn das Legat auf ein facere gerichtet war? selbst bei Geldlegaten kann man den Ausdruck nur als bildlichen gelten lassen. Also nicht einmal in den einfachsten Fällen, wo der einzige Erbe onerirt ist, trifft die Formel des §. 689 i. f. immer zu.⁷⁾ — Gleichwohl kann nicht der mindeste Zweifel sein, daß sie nur ein verfehlter Ausdruck für den einfachen Ausdruck der Entlastung ist, und selbst ein Laie wird dadurch nicht zu der absurden Annahme verleitet werden, daß etwa der onerirte Legatar das hinfällige Sublegat an die Erbmasse entrichten solle, was ebensosehr dem Sinne, als selbst dem Wortlaute des §. 689 widerspräche („bleibt in der Erbschafts-Masse“).^{7a)}

^{6a)} Vgl. Sammlung VII Nr. 3240, wo die Entscheidung der II. Instanz die richtige war; s. über diesen Fall den Excurs zu §. 655.

⁷⁾ Nithin ist selbst Unger's (richtige) Bemerkung in §. 63 Anm. 1 nicht ganz genau formulirt.

^{7a)} M. hinterließ in einem Testat-Codicill seinem Neffen ein sehr werthvolles Landgut und belastete ihn mit mehreren namhaften Sublegaten, von denen eines durch den vorzeitigen Tod des Sublegatars hinfällig wurde. Die Testataterben (nicht etwa des Sublegatars, sondern) des M. hatten die Söhne, von dem Dnerirten (seinem Neffen) die Auszahlung des Sublegates zu fordern, und wurden selbstverständlich abgewiesen. Es ist ungeheuerlich, aber wahr, daß ein Appellationsgericht (im J. 1837) den Legatar wirklich verurtheilte, an die gesetzlichen Erben des Testators (letzteres Wort im weitern Sinne) das erledigte Sublegat zu bezahlen [ein Urtheil, das der oberste Gerichtshof, wie sich von selbst versteht, wieder aufhob und durch ein richtiges ersetzte.] Stutenrauch hätte einer solchen Verkehrtheit wirklich nicht die Ehre anthun sollen, sie mit einem Aufsatze von 13 Seiten zu widerlegen (Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1840, II S. 325 ff.).

III. Jene Regel hat aber Ausnahmen:⁸⁾ 1) Wenn dem zunächst Honorirten ein Anderer substituirt ist (§. 652), wobei nicht zu vergessen ist, daß die fideicommissarische Substitution die gemeine in sich schließt (§. 608 a. E.). Der Substitut muß (in der Regel) auch die dem Legatar aufgelegten Lasten übernehmen (§. 606). 2) Fällt einer von mehreren Collegataren aus, so wächst sein Theil den übrigen zu.⁹⁾ Collegatare sind aber keineswegs sämtliche Legatare eines Erblassers, auch nicht die in demselben Testamente oder Codicille honorirten, auch nicht die an denselben Dnerirten gemiesenen; ja nicht einmal diejenigen, denen dieselbe Sache zugewendet ist, brauchen Collegatare zu sein. Wenn dem A $\frac{1}{3}$ des Hauses x, dem B $\frac{2}{3}$ desselben Hauses legirt sind, so sind sie (in der Regel) nicht Collegatare. Während man bei Miterben unterscheidet *re coniuncti* und *verbis coniuncti*, liegt die Realconjunction schon im Begriffe der Collegatare, und da die Accrescenz aus der Realconjunction fließt (weil wenn idem aliquid Mehreren zugewendet ist, *partes concursu fiunt*), so kann nicht gefragt werden, ob ein Collegatar accrescenzberechtigt sei (die Verneinung wäre eine *contradictio in adiecto*), sondern die Frage ist, ob ein Legatar wirklich Collegatar sei. Sagt man „Collegatare haben kein Zuwachsrecht, wenn sie auf bestimmte Theile derselben Sache berufen sind“, so ist das doch nur ein schiefer Ausdruck dafür, daß hier kein „idem aliquid“ zugewendet sei, sondern die Theile als selbständige (diverse) Objecte gedacht werden sollen, daß demnach diese Vermächtnißnehmer in Wahrheit keine Collegatare seien. Und dieses ist bei uns vorgeschrieben, vgl. §. 689 mit §. 560, §. 562. Es darf dies aber nicht als durchgreifender Satz, sondern nur als Regel verstanden werden (*arg. §. 683 i. f.*), der wir im Zweifel zu folgen haben. Sehr wohl aber kann die Absicht des Testators auf eine relative (nicht absolute) Größenbestimmung, auf Fixirung der Proportion gehen, nach welcher sie theilen sollen, so daß durch die Theilangabe der Satz „*partes concursu fiunt*“ nicht ausgeschlossen zu werden braucht (vgl. oben S. 90 f.)¹⁰⁾ — Ist dagegen das-

⁸⁾ Nicht hierher stellen dürfen wir die Transmission, wenn der Legatar stirbt, ohne sich über die Annahme erklärt zu haben (§. 684), da wir ja das Vermächtniß als ein *ipso iure* bereits erworbenes betrachten. Auch §. 689 gedenkt der Transmission nicht.

⁹⁾ Sehr complicirt (schon wegen der verschiedenen Vermächtnißarten) ist diese Lehre im römischen Rechte. Andere Rechtsjäger gelten da vor der *lex Julia* et *Papia Poppaea*, andere während ihrer Geltung, wieder andere nach ihrer Abschaffung (l. un. *Cod. de caduc. toll.* 6. 51). Dadurch wird es begreiflich, wie ein tüchtiger belgischer Jurist (v. Wetter) ein großes Buch über die Accrescenz (wohlgemerkt: nur die bei Vermächtnissen!) schreiben konnte. Selbst der auf Vereinfachung haltende *Justinian* macht hier Unterscheidungen, über deren legislativen Werth die Ansichten sehr verschieden sind; s. einerseits *Unger §. 63 Anm. 4*: („macht in feiner Weise einen Unterschied“), andererseits *Windscheid §. 644 Anm. 14* („ich kann darin nur eine Verkennung des Wesens des Anwachsungsrechtes erblicken“); hinwieder *Arndts, Vermächtnisse III S. 13* („meines Trachtens ist dieser Tadel unbegründet“). Für uns ist die einschlägige weitgeschüttigte Literatur (s. *Arndts Bandelken §. 556 Anm. 1*, *Windscheid §. 644 Nr. **) ohne directes Interesse.

¹⁰⁾ Z. B. „Ich vermachte mein Haus den Kindern meines Bruders zu ungetheiltem Besiß; den Antheil des Josef setze ich mit $\frac{1}{6}$, den des Heinrich mit $\frac{2}{6}$, den des Gustav mit $\frac{3}{6}$ an.“ Oder: „Von den Erträgen soll Josef $\frac{1}{6}$, Heinrich $\frac{2}{6}$, Gustav $\frac{3}{6}$ beziehen.“ Schon die Anordnung: „Den Garten vermachte ich A und B zusammen; A zu $\frac{1}{3}$, B zu $\frac{2}{3}$ “ unterscheidet sich in beachtenswerther Weise von dieser: „Dem A vermachte ich $\frac{1}{3}$ meines Gartens, dem B die anderen $\frac{2}{3}$.“ Für sich allein wäre zwar jener Ausdruck noch nicht genügend, Accrescenz zu begründen (weil wir uns eben im Zweifel an jene Regel halten müssen), wohl aber bei Hinzutritt unterstützender Umstände. Ein juristisch correcter Ausdruck ist natürlich auch hier nicht erforderlich, sondern es kommt alles auf den erkennbaren Willen des Testators an. Vgl. *Unger §. 63 Anm. 5*. In einem Falle, wo ein Legat etwa so lautete: „Den 5 Kindern meines verstorbenen Bruders (A, B, C, D, E) vermachte ich 2000 fl. . . . Diese sind auf 5 gleiche Theile zu vertheilen“ — erkannte der oberste Gerichtshof mit Recht auf Accrescenz; es sei erst ein Gesamtlegat ausgesprochen, dann der Theilungsmodus angegeben; man könne darin nicht 5 besondere Legate erblicken. *Sammlung III. Nr. 1283*. Ist die Sache x dem A vermachet und an späterer Stelle heißt es „auch dem B vermachte ich die Sache x“, so sind

selbe Object mehreren ohne Theilangabe oder unter dem allgemeinen Ausdruck gleicher Theilung vermacht, so sind sie Collegatare, also anwachsberechtigt.¹¹⁾ Auch hier (s. §. 87) erfolgt die Accrescenz von selbst und unabweislich und wird durch Substitution ausgeschlossen (vgl. §. 88 Abs. II). Auch hier kann eine mehr oder weniger enge Verbindung zwischen den Collegataren ein mehr oder weniger nahe Anwachsungsrecht geben.¹²⁾ Die Accrescenz erfolgt (im Unterschiede vom Justinianischen Rechte) immer *cum onere*,¹³⁾ wo dieses nicht auf die Person des Ausfallenden beschränkt ist.¹⁴⁾ Endlich versteht es sich von selbst, daß es auf den Grund der Erledigung nicht ankommt. In manchen Fällen läßt sich über die Anwendbarkeit des Ausdrucks „Accrescenz“ streiten, praktisch ist dieses aber irrelevant (vgl. §. 88 Abs. III).^{14a)}

IV. Wenn keine dieser beiden Ausnahmen vorhanden ist, so erwirbt zwar der Onerirte nicht das Legat, erscheint aber gleichwohl um seinen Werth bereichert: dieser „bleibt“ ihm (s. §. 689 a. E.). Daraus erklärt es sich, daß auch er die onera übernehmen muß, wenn er nicht von dem in §. 650 ihm eingeräumten Recht Gebrauch machen will. Vergleichen wir die Reihe derer, an die ein Erbtheil, und derer, an die ein Legat fallen kann. Dort: Honorirter (institutus), Substitut, Erbes-Erben (Transmissare), Accrescenz-Berechtigte, gesetzliche Erben, Legatare (§. 726), Fiscus (§. 760).¹⁵⁾ Hier: Honorirter (Legatar), dessen Erben, Substitut, Accrescenz-Berechtigte, Exonerirter, Sublegatar (§. 650). Dabei fällt auf, daß in beiden Aufzählungen die Erben des Honorirten und sein Substitut verschieden eingereiht sind, was schon wiederholt erklärt und gerechtfertigt wurde.¹⁶⁾ Doch entscheidet auch darüber der Wille des Testators, und ist namentlich zu beachten, wie die Bedingung des eventuellen Vermächtnisses für den Substituten lautet.^{16a)}

V. Wird ein oneriertes Legat erledigt, so hat der entlastete Erbe das Sublegat zu leisten, wenn er nicht vorzieht, dem Sublegatar das Hauptlegat zu überlassen (s. §. 400 Abs. III). Diese facultas alternativa hat nicht nur der Erbe, sondern jeder Exonerirte. Wenn also dem Sublegatar ein Sub-Sublegat auferlegt wäre (ein sehr seltener, aber möglicher Fall), und das Sublegat würde z. B. ausgeschlagen, so könnte der Legatar dem Sub-Sublegatar gegenüber jenes Wahlrecht ausüben.

Aber noch andere und schwierigere Fragen ergeben sich, wenn man die §§. 650 und 689 vergleichend durchdenkt, was die Redactoren, leider! nicht gethan haben; bei §. 650 war an §. 689 nicht gedacht und bei Verathung des letzteren jener vergessen.¹⁷⁾ Daß dieses schlimme Folgen gehabt hat, wird die weitere Ausführung zeigen.

Hat auch der primär onerirte Legatar selbst das in §. 650 erwähnte Wahlrecht? Nein! Erscheint ihm das Sublegat zu drückend, so kann er sein ipso iure erworbenes Legat mit der Wirkung ausschlagen, als ob es nie erworben gewesen wäre. Hat er aber — die Onerirung kennend — sein Legat ausdrücklich oder durch concludente Handlungen angenommen, so hat er damit die Bereitwilligkeit zu der ihm auferlegten

sie Collegatare, und kann nicht etwa Einer die Sache, der Andere ihren Werth verlangen (Unger §. 67 Z. 1 i. f.). — Vgl. auch noch Basevi bei §. 655 Z. 2.

¹¹⁾ Vgl. Unger §. 63 Anm. 3.

¹²⁾ Alle Collegatare sind (re) coniuncti, aber es können einige unter einander in noch engerer Verbindung stehen. Es ist dies *quaestio voluntatis*.

¹³⁾ Vgl. Unger §. 63 Anm. 4.

¹⁴⁾ Wenn bei uns ein onus nicht übergeht, so hat dieses seinen Grund in der Beschaffenheit des onus, während nach Justinianischem Recht gleiche onera bald übergehen, bald nicht, je nach der Form der Conjunction.

^{14a)} S. Sammlung II Nr. 796, wo die II. Instanz unrichtig, die I. und III. Instanz richtig entschieden haben.

¹⁵⁾ Vgl. oben S. 89 Note 26.

¹⁶⁾ Oben S. 405 und Excurs B zu §. 684.

^{16a)} Vgl. Arnolds Vermächtnisse III S. 231–246, bes. S. 244, 245.

¹⁷⁾ Selbst als man von den onera sprach, erwähnte Niemand den §. 650.

Leistung erklärt,^{17a)} und kann dem Sublegatar nicht statt des Sublegates das Legat aufdrängen. Daß er anders behandelt werden soll, als der Erbe, zeigt der Wortlaut des §. 650, die Redactionsgeschichte (S. 399) und Zeiller's Commentar (S. 585). Auch läßt sich für solche Verschiedenheit ein plausible Grund wohl angeben. Der Legatar hat die Wahl, ob er das Legat behalten oder ausschlagen will; dagegen hängt es von dem Erben gar nicht ab, ob er exonerirt wird oder nicht. In das Verhältniß zum Sublegatar tritt jener freiwillig, dieser geräth unwillkürlich hinein; und darum erscheint es billig, nach anderer Richtung seinem Willen freien Raum zu geben — eben durch die facultas alternativa des §. 650. Dazu kommt unterstützend eine andere Erwägung. Wenn der Legatar das Sublegat nicht entrichten, und sein Legat nur dazu annehmen will, um es weiter zu geben, dann hat er kein rechtliches Interesse an der Annahme, und soll nicht der Entschließung Anderer vorgreifen, welche vielleicht das Sublegat gerne entrichten wollen, wenn sie das Legat (bez. dessen Werth) lucriren.¹⁸⁾

Das Resultat, das wir bisher gefunden, ist dieses: die im zweiten Satze des §. 650 normirte facultas alternativa steht dem im ersten Satze erwähnten Legatar nicht zu. Steht sie aber bloß demjenigen zu, der durch den Richterwerb des Legates exonerirt wird, oder jedem, dem das erlebte Legat zufällt? Das Gesetz entscheidet sich für letzteres. Wäre nicht dieses die Absicht der Redactoren gewesen, so würde es im Schlusssatz kürzer heißen: „der Erbe“, während die allgemeinere Formel gewählt ist: „derjenige, dem es (das Legat) zufällt“, Worte, zu denen Zeiller (Com. II. S. 585 a. E.) hinzufügt: „(§. 689)“, wodurch jeder Zweifel ausgeschlossen ist (s. oben S. 400 Abf. III).¹⁹⁾ Aber billigen läßt sich diese Gleichstellung nicht.

Der Substitut (§. 689 pr.) ist ein bedingt bedachter Legatar. Es ist inconsequent, ihn anders und günstiger zu behandeln, als den erstberufenen Legatar. Auch er kann ablehnen, warum soll seine Annahme-Erklärung nicht die gleiche verbindende Wirkung haben, wie die eines anderen Legatars? — Der Legatar und der Substitut erwerben das Vermächtniß zwar von selbst, aber abweislich. Exonerirung dagegen und Accrescenz erfolgen von selbst und unabweislich. Demnach scheint es, daß wenigstens die Gleichstellung der Collegatare und des entlasteten Erben vollkommen gerechtfertigt wäre. Aber auch dieses ist nur Schein. Sich der accrescirenden Portion zu Gunsten des Sublegatars entschlagen, hat etwas dem Wesen der Accrescenz Widerstrebendes.²⁰⁾ Dazu kommt aber noch etwas Anderes: Die Last liegt ja in der Regel auf dem gesammten Legat, und wenn sie den Collegatar nicht abgehalten hat, den einen Theil des Vermächtnisses anzunehmen, warum sollte sie ihm, soweit sie den accrescirenden Theil betrifft, drückend erscheinen? — De lege ferenda können wir die facultas alternativa nur hinsichtlich desjenigen billigen, dem das erlebte Vermächtniß auferlegt ist. Geht man aber weiter, dann sollte man auch dem Legatar, der bereits angenommen hat, noch freistellen, ob er dem Sublegatar das Sublegat entrichten oder sein eigenes Legat überlassen wolle.

VI. Der Inhalt eines Sublegates kann darin bestehen, daß dem Legatar etwa zugemuthet wird, dem Dritten seine (des Legatars) eigene Sache oder ein Recht zu überlassen. Wenn er nun ausschlägt, so soll diese Last auf die Personen übergehen,

17a) Vgl. Unger §. 55 Anm. 5.

18) Trivial gesprochen: ihm gefällt die Anordnung des Testators nicht; dann soll er ganz bei Seite treten, vielleicht gefällt sie Anderen.

19) Bei §. 689 aber erwähnt Zeiller den §. 650 nicht, sondern sagt einfach: „Der Antheil wächst den Collegataren, sowie den Miterben, folglich mit der Verbindlichkeit, die Lasten des wegfallenden Legatars zu übernehmen (§. 563) zu“ — wodurch das bei Note 17 Gesagte bestätigt wird. Die Späteren (s. z. B. Nippel und Winigarter) sind Zeiller fast wörtlich gefolgt, und die Commentatoren haben so wenig als die Redactoren es versucht, die §. 650 und §. 689 in eins zu denken.

20) Allerdings sind ähnliche Anomalien auch dem römischen Rechte nicht fremd; s. Windscheid §. 603 Note 9.

denen die Lucrirung zu Gute kommt. Hier entstehen nun ernste Zweifel aus §. 662 pr. Für diese anderen Personen ist ja die Sache eine fremde. Andererseits wäre die vollständige Exonerirung vielleicht nicht im Sinne des Testators, und hat sowohl den §. 650, als den §. 689 gegen sich. Daß aber §. 662 nicht absolut durchgeführt worden, beweist §. 649 pr. am besten (s. oben S. 397 f.); der daselbst und der von uns vorausgesetzte Fall haben einige Ähnlichkeit. Die Härte, die in dem Uebergange einer solchen Belastung zu liegen scheint, wird durch den freieren Spielraum, der den jetzt Onerirten eingeräumt ist, erheblich gemildert. Der annehmende Legatar hätte gerade diese Sache leisten müssen. Der an seine Stelle Tretende kann statt ihrer den gemeinen Werth (§. 662 i. f.) zahlen, oder statt des Sublegates das Legat leisten.²¹⁾

VII. Anwachsung bei vermachter Fruchtnießung. Das römische Recht hat hierüber eine Reihe eigenthümlicher Vorschriften²²⁾ Während sonst der Grundsatz gilt: was einmal erworben war, accrescit nicht²³⁾ — gilt hier sein Gegenteil.²⁴⁾ Während sonst „portio portioni adcreseit, non homini (s. S. 88 Abs. II), so daß des Accrescenz-Berechtigten früherer Tod die Erweiterung seines Antheils nicht hindert, gilt hier das Widerspiel „ususfructus non portioni, sed homini adcreseit“²⁵⁾ so daß der frühere Tod des Accrescenz-Berechtigten allerdings hinderlich ist, nicht aber der Umstand, daß dieser seinen eigenen Antheil verloren hat.²⁶⁾ Erklärt wurden diese und andere Eigenthümlichkeiten von den römischen Juristen mit dem paradoxen Satze, es werde der Fruchtgenuß in jedem Momente neu erzeugt, vermacht und erworben.²⁷⁾ So befremdend nun diese Sätze klingen, bei näherer Betrachtung erscheinen sie als gar nicht so singular, sondern als dem Wesen des Nießbrauches und dem wahrscheinlichen Willen des Testators entsprechend.²⁸⁾ Im österr. R. fehlt es gänzlich an Vorschriften über diese Materie. Jene Sätze sind folglich für den österr. Juristen nicht bindend, aber auch nicht geradezu unbrauchbar.²⁹⁾ Er hat im gegebenen Falle zu prüfen, ob sie zu einem Ergebnisse führen, welches dem Willen des Testators entspricht,³⁰⁾ da ja die Accrescenz überhaupt im österr. R. unzweifelhaft auf diesen Willen zurückzuführen ist (s. oben S. 85 f. Abs. II pr.).³¹⁾ Namentlich wird der

21) Auch diese Frage (Abs. VI) scheint bisher übersehen worden zu sein.

22) Mit monographischer Ausführlichkeit behandelt diesen Gegenstand Arndts im 48. Bande von Glück's Commentar (= Vermächtnisse III. Bb.) S. 101—198. Weitere Literaturangaben daselbst S. 102 und bei Windscheid §. 645 R. 1. — Nach älterem römischem Recht fand keine Accrescenz statt, wenn der usufructus durch ein obligatorisches Vermächtniß (legatum per damnationem oder fideicommissum), sondern nur, wenn er durch ein vindications-Legat zugewendet war. Die diesbezüglichen Grundsätze des letzteren wurden im neuesten Recht auf alle Vermächtnisse ausgedehnt. Arndts S. 102—106.

23) Windscheid §. 603 Z. 2. Ausnahmen ebd. Note 9.

24) L. 1 §. 3 D. de usufr. adcresc. 7. 2: Sed in usufructu hoc plus est, quia (quod) et constituitur et postea amissus nihilominus ius adcrescendi admittit; omnes enim auctores apud Plautium de hoc consenserunt Dazu Arndts S. 107 ff.

25) C. L. 33 §. 1 D. de usufr. 7. 1 (Papinian unter Berufung auf Julian); l. 14 §. 1 D. de exc. rei ind. 44. 2 (Paulus; hier steht die Schulparomie wörtlich in der heute üblichen Fassung); l. 10 i. f. D. de usufr. adcresc. 7. 2 (Ulpian).

26) L. 10 D. h. t. 7. 2. Dazu Arndts S. 131 ff. Dieser Satz gilt aber nicht, wo der Verlust durch ein Ereigniß herbeigeführt wurde, durch welches das Recht gänzlich wäre zerstört worden, wenn es dem Verlierenden allein gebührt hätte (Tod, cap. deminutio . . .); s. Arndts S. 135 ff.

27) L. 1 §. 3 D. h. t. 7. 2: . . . „ut Celsus et Julianus eleganter aiunt, ususfructus cottidie constituitur et legatur Cum primum itaque non inveniet alter eum, qui sibi concurrat, solus utetur in totum“

28) S. vornehmlich Arndts S. 111.

29) Dieses verkennet Stubenrauch (bei §. 689, Note zu Z. 2).

30) Noch weiter geht Unger §. 71 Anm. 5.

31) Bei Vermächtnissen ist dieses schon für das römische Recht unzweifelhaft, s. Windscheid §. 644 vor und in Note 6.

Satz, daß beim Tode eines Collegatars der ganze Nießbrauch den überlebenden Collegataren gebühre und nicht etwa der Theil des Verstorbenen an den Proprietar falle, meistens dem Willen des Testators gemäß sein. Und so hat denn der oberste G. H. diesen Satz wiederholt in Anwendung gebracht.³²⁾

Recht des Erben, wenn die Lasten die Masse erschöpfen;

§. 690.

Wenn die ganze Erbschaft durch Vermächtnisse erschöpft ist; so hat der Erbe nichts weiter, als die Vergütung seiner zum Besten der Masse gemachten Auslagen und eine seinen Bemühungen angemessene Belohnung zu fordern. Will er den Nachlaß nicht selbst verwalten; so muß er um die Aufstellung eines Curators anlangen.

I. Redaction. Der erste Satz ist eine wörtliche Wiedergabe des §. 479 Westgal. Gb. II, der folgende eine Abänderung des §. 480, welcher lautete: „Will ; so kann er auf die A. e. C. antragen, und sich unterdessen bedenken, ob und wie er die ihm zugefallene Erbschaft annehmen oder ihr entsagen wolle.“ Die §§. 479, 480 sind nachgebildet den §§. 352—359 preuß. R. N. I. 12.

Eine Stimme des nied. öst. A. G. wünschte Beibehaltung der quarta Falcidia; der Erbe solle ja doch kein bloßer Testaments-Executor sein. Eine Stimme der Commission im Lande ob der Enns wünschte $\frac{1}{8}$ statt $\frac{1}{4}$, Lyro $\frac{1}{10}$ (also wie es jetzt im Zürcher Gb. §. 2092 fixirt ist).¹⁾

Zeiller beantragte dagegen als Referent (in der S. v. 8. Mai 1804) die Abschaffung der q. Falcidia und motivirte dieses so:²⁾ „Der Abzug der Falcidischen Quart³⁾ sei bei den Römern eine Folge der Maxime, daß es eine Schande sei, ohne einen testamentarischen Erben zu sterben.“ (?) „Diese Maxime habe man in Deutschland nie angenommen; es sei also ganz consequent, jenen Abzug abzuschaffen, welcher nur verwickelte, für die Advocaten einträgliche Berechnungen und Rechtsstreitigkeiten nach sich zog. Es sei auch billiger, die Ausmessung der Belohnung nach der Bemühung dem gerechten Ermessen des Richters zu überlassen, als eine Quote zu bestimmen.“ Darum möge man den §. 479 unverändert beibehalten, was denn auch geschah.⁴⁾

Zu §. 480 bemerkte die Wiener Fac.: „wie er antreten wolle“, klinge zu allgemein, da ja Bedingungen der Erbanretung nicht beigefügt werden können; es sei nur gemeint „mit oder ohne Inventar“. Die Commission im Lande ob der Enns beantragte eine halbjährige Bedenzzeit. — Zeiller meinte: Diese Fragen (Inventar und Ueberlegungsfrist) gehören in das Capitel von der Verlassenschafts-Abhandlung. Man solle deshalb die vorgeschlagenen Beisätze, sowie die Worte „und sich unterdessen . . .“ (in §. 480) hier weglassen, und unten⁵⁾ nach §. 617 sagen: „daß auch der Erbe, welcher zur Berichtigung der Legate um Bestellung eines Curators ange sucht

³²⁾ In einem Falle, von dem in der Ger. Ztg. 1852 Nr. 134 berichtet wird, und im Falle der Sammlung X Nr. 4681.

¹⁾ Nach dem Prot. hat Lyro angeblich gesagt: die „Quart“ sei auf $\frac{1}{10}$ der Erbschaft „zu bestimmen“; das wäre freilich anstößig (es sollte heißen „herabzusetzen“), aber doch nicht viel anstößiger, als wenn man im gemeinen Rechte von der „Quart der armen Witwe“ redet!

²⁾ Das Folgende ist wörtlich dem Protokoll entnommen, das aber die Ausführungen nicht wörtlich, sondern nur im Auszuge wiedergibt.

³⁾ Man sagt auch heute ganz allgemein, aber dennoch unlogisch: „die quarta abziehen“, während doch nicht $\frac{1}{4}$, sondern je nach Umständen $\frac{1}{2}$, $\frac{1}{3}$, $\frac{3}{7}$, $\frac{12}{37}$, $\frac{1}{100}$. . . kurz in jedem Falle ein anderer Bruchtheil von den Legaten abgezogen wird. Man sollte sagen „für“ oder „auf die Quart abziehen“, d. h. soviel abziehen, daß diese Quart (gleichsam wie ein Hohlmaß) voll werde. Am besten sagt man: „den Falcidischen Abzug machen.“

⁴⁾ Lyro war der einzige Dissident.

⁵⁾ Die §§. 610—612 Westgal. G. B. II handeln von der Ueberlegungsfrist, die §§. 613—617 von dem Inventar.

hat, innerhalb der bestimmten Frist überlegen könne, ob er die Erbschaft mit oder ohne Inventar antreten wolle“. Die erste Hälfte des §. 480 sei zum vorigen §. zu ziehen. Die anderen Botanten waren zwar hiemit einverstanden, beschloffen aber auf Antrag des Vicepräsidenten (gegen den Zeiller's) statt „kann“ zu sagen „muß“ (es sei dies seine Pflicht) und so zu stylisiren: „Er muß auch, dafern um die Aufstellung eines C. anlangen.“

II. Kritische Bemerkungen. Wir lassen diese erst jetzt nachfolgen, da wir die Erzählung nicht durch sie zerstückeln wollten.

a) Die Abschaffung der quarta Falcidia ist gewiß zu billigen, die Motivirung Zeiller's aber eine schwache. Die an ähnliche Uebertreibungen Lassalle's⁶⁾ erinnernde Behauptung über die Schande des „intestatus mori“ lassen wir ungeprüft; gewiß stand die lex Falcidia damit in gar keinem Zusammenhange. Im Commentar gesteht es Zeiller halb und halb selber, ohne Richtigeres an die Stelle zu setzen. Durch die q. Falc. (sagt er S. 645) „suchte (man . . .) der verabschiedeten Intestat-Erbfolge vorzubeugen. Doch der letztere Grund war nicht der entscheidende; denn man dehnte die Wohlthat dieses Abzugs auch auf die Intestat-Erben aus und berechtigte sogar den Erblasser, den Abzug zu verbieten. Um so minder verdiente dieser Grund die Aufmerksamkeit der neueren Gesetzgeber.“ Welcher Grund war also der entscheidende? „Die Vermuthung, daß der Erblasser den Erben nicht wolle leer ausgehen lassen, sowie auch der Billigkeitsgrund, daß dem Erben die Berufung zur Erbschaft wenigstens nicht nachtheilig und lästig sein soll.“ Dies alles ist historisch unrichtig. Die lex Falcidia (aus dem J. 40 v. Chr. G.) sollte die Ausschlagung seitens der eingesetzten Erben verhindern, durch welche verschiedene Interessen, am meisten aber die der Legatäre geschädigt worden wären. Wurde das testamentum zu einem t. desertum, so wurden ja die Legatäre hinfällig, so daß demnach die zu große Bedenkung der Legatäre gerade für sie am gefährlichsten war. Die q. Falc. ist also im beiderseitigen Interesse, dem der Erben und der Legatäre, eingeführt worden.⁷⁾ Die Ausdehnung auf die Intestat-Codicille geschah erst unter K. Antoninus Pius (L. 18 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2.) Daß der Testator den Abzug verbieten könne, ist ein ganz un-römischer Gedanke, den erst Justinian und zwar erst nach Vollendung der großen Codification durch Nov. 1 (v. J. 535, also fast sechs Jahrhunderte nach der l. Falc.!) in die Gesetzgebung eingeführt hat.⁸⁾ Damit war aber der alte Standpunkt aufgegeben und ein neuer unhaltbarer⁹⁾ eingenommen, so daß die Abschaffung des Abzugs durch die moderne Gesetzgebung nur die weitere historische Consequenz war. Schon die Nürnberger Reformation und andere ältere Gesetzbücher,¹⁰⁾ dann insbes. das preussische R. R. (I 12 §. 333) beseitigten die Falcidische Quart; das französische Gesetzbuch that es stillschweigend, das Westgal. Gb. ausdrücklich, ebenso wie unser §. 690,¹¹⁾ und auch die neueren deutschen Gesetzbücher und Entwürfe sind diesen

⁶⁾ Das Wesen des Röm. und German. Erbrechts S. 244 ff. Es ist schwer zu sagen, was absurd ist: die Beweisführung aus einem Plautinischen Scherz (in welchem nicht von „intestatus mori“ sondern von „intestatus vivere“ die Rede ist; s. L. 26 D. qui testam. fac. 28. 1) oder die aus dem Digestentitel 29, 4!

⁷⁾ Es geht nicht an, uns hier mit Lassalle's Speculationen auseinanderzusetzen (S. 72 ff.), die zum Theile abgeschmackt und auch geschmacklos vorgebracht sind (z. B. S. 99: „Für den Legatär ist der entscheidende Schlag, den der Erbe durch die l. Falc. dem Erblasser versetzt, die Erlösung von der Pein, den dröhnenden Resonanzboden zu bilden, auf dem Erbe und Erblasser ihre Trampolinsprünge gegeneinander aufführen“).

⁸⁾ Wie kann man also, nach den Motiven jenes altrömischen Gesetzes forschend, die byzantinische Neuerung einmengen?!

⁹⁾ Diese Unhaltbarkeit zeigen die bei Windscheid §. 651 Note 1 dargelegten Zweifel und Streitfragen, die in dem innern Widerspruche der Justin. Vorschrift ihren Grund haben.

¹⁰⁾ S. Gruchot Preuss. Erbrecht I S. 602.

¹¹⁾ Da das Westgal. G. B. nur in Galizien galt, so galt in den deutsch-österreich. Ländern die Falcidia bis Ende 1811. Um in der ersten Zeit auftauchende Zweifel zu

Beispielen gefolgt.¹²⁾ Wir müssen dieses um so mehr billigen, als die Grundsätze über das testamentum desertum den neueren Gesetzen fremd sind; f. §. 726 a. b. G. B.¹³⁾ ¹⁴⁾

b) Es ist von Interesse, daß bei Verathung des §. 690 noch eine Deliberationsfrist mit präklusiver Wirkung von allen Seiten vorausgesetzt wurde. Ja noch im Commentar thut dieses Zeiller. So Bd. II S. 647 und wieder S. 848. Wir kommen darauf im 15. Hauptstücke zurück.

c) Die Redactoren setzten voraus, daß der (fälschlich sog.) Erbe zuerst um Aufstellung eines Curators anzusuchen, dann zu delibereiren, und dann sich über Annahme oder Ausschlagung zu erklären habe. Dies hat Unger (S. 66 Anm. 9) vermuthet und die Protokolle zeigen direct, daß er das Richtige getroffen hat. — Da ist es nun geradezu unbegreiflich, wie Jemand, der eben noch nicht Erbe ist, die Pflicht haben solle, sich um Aufstellung eines Curators zu bemühen. Gleichwohl war dieses die Auffassung der Redactoren, nur die Zeiller's nicht. Da sie aber im Gesetze nicht so deutlich ausgesprochen ist, daß sie irgend Jemand bisher daraus errathen hätte,¹⁵⁾ da sie in keiner Weise sanctionirt ist,¹⁶⁾ ja dem sonstigen Inhalte des Gesetzes widerspricht,¹⁷⁾ so dürfen und müssen wir sie unberücksichtigt lassen. Es ist Sache der anderen Interessenten, wenn ihnen daran liegt, um Aufstellung eines Curators zu bitten, und das Gesetz gestattet ihnen dieses nicht bloß, wenn es sich um einen curator litis, sondern auch wenn es sich um einen curator bonorum handelt (f. a. b. Gb. §. 811, §. 812, Pat. v. 1854 §. 129, vgl. §. 131 und §. 79; vgl. auch oben S. 38 f.)

d) Wie bei den §§. 650 und 689 die gänzlich gesonderte Verathung schlimme Folgen hatte, so ist es auch hier (bei §. 690 bis §. 693), wo freilich kein Vergessen vorlag, vom Uebel, daß die Redactoren es geradezu ablehnten, schon hier die Unterschiede zwischen bedingter und unbedingter Antretung zu berücksichtigen. Der §. 690 ist theoretisch („an sich“) wahr, praktisch in solcher Allgemeinheit unwahr. „Die unbedingte Erbserkärung hat zur Folge, daß der Erbe allen Legataren für ihre Vermächtnisse haften muß, wenn gleich die Verlassenschaft nicht hinreicht“ (§. 801); wie viel weniger, als einen Abzug, könnte der Erbe (gleichsam) eine Gegenleistung verlangen! Also ist §. 690, wie auch ganz allgemein anerkannt wird,¹⁸⁾ nur für den

beseitigen, verordnete das Hofd. v. 16. November 1814 Nr. 1111 F. G. S.: Sollte der Fall der Ueberlastung noch bei einer vor dem Jahre 1812 errichteten letzten Willenserklärung vorkommen, so kann der Erbe das nach den früheren Gesetzen bestandene f. g. falcidische Viertel abziehen.

¹²⁾ Sächsisches G. B. §. 2443, heftischer Entwurf III Art. 294, Mommsen's Entwurf §. 391 (und S. 393). Daß das Züricher G. B. eine Ausnahme macht, wurde schon erwähnt.

¹³⁾ Vgl. §. 279 preuß. P. R. I. 12, und die bei Gruchot I S. 540 f. gesammelten Allegate.

¹⁴⁾ Für die Notherben ist auf andere Weise vorgesorgt: durch den Pflichttheil, der historisch allerdings mit der quarta Falcidia zusammenhängt (f. l. 31 Cod. de inoff. test. 3. 28; Schröder Notherbenrecht S. 275). Anderen Personen ist aber der Testator nicht verpflichtet, etwas zuzuwenden. Dazu kommt, daß die Erbantretung stets eine freiwillige ist (heredes necessarij gibt es bei uns nicht), und überdies mit dem beneficium inventarii dem Delaten ein gefahrloser Mittelweg zwischen Ja und Nein eröffnet ist.

¹⁵⁾ Auch Unger (f. oben) hat hier nie an eine „Pflicht“ gedacht, bez. nie daran gedacht, daß Jemand daran denken könnte; f. den Text zu der cit. Anm. 9 (vbs. „kann“).

¹⁶⁾ Denn welche Folgen sollen sich an die Unterlassung knüpfen?!

¹⁷⁾ Vgl. das im Texte folgende, und §. 810. Selbst wer wirklich schon Erbe geworden, kann nicht immer die Verwaltung des Nachlasses führen, und Jemand, der noch gar nicht Erbe ist, sollte eine Pflicht haben, direct oder indirect für den Nachlaß zu sorgen!

¹⁸⁾ So allgemein, daß wir uns jedes Citates enthalten. — Bei dieser ganzen Paragraphen-Gruppe (690—693) ist ein Inventar vorausgesetzt.

Beneficiar-Erben praktisch wahr, während doch ein „beneficium“ auf ein Abgehen von der Regel deutet. Der Widerspruch wurzelt in der doppelten Function des Inventars, das im Verhältniß zu den Gläubigern ein beneficium, im Verhältniß zu den Legataren das Widerspiel einer Rechtswohlthat ist.¹⁹⁾

III. In §. 690 ist vorausgesetzt: 1) daß der Ueberschuß der Activen über die Passiven (der Reinnachlaß) zwar zur Deckung aller Vermächtnisse ausreicht, daß aber darnach für den oder die Erben kein Vortheil übrig bleibt, 2) daß der Erbe cum beneficio angetreten hat und daß gehörig inventarisiert wurde (Abs. II.); denn sonst kann der unter 1) erwähnte Thatbestand gar nicht geltend gemacht werden; ein noch so glaubhafter Beweis würde nichts nützen, ja nicht einmal ein vertrauenswürdiges Inventar, wenn der Erbe unbedingt angetreten hätte.²⁰⁾ — Für diesen Fall nun ordnet §. 690 an: 1) das Negative, daß der Erbe keinen Anspruch auf eine Quote des Reinnachlasses habe (vbs. „nichts weiter, als . . .“), und dieses Negative (die Abschaffung der Falcidia) ist der Hauptinhalt des §. 690;²¹⁾ 2) das Positive, daß der Erbe gewisse Gegenansprüche habe; aber gegen wen? und wofür? Das Gesetz beantwortet nur die zweite, nicht auch die erste Frage; aber aus der Beantwortung jener läßt sich unter Zuhilfenahme anderer Rechtsätze die Antwort auf diese wohl ableiten. Wofür? für gewisse Auslagen und als Belohnung für gewisse Bemühungen. Gegen wen? unzweifelhaft zunächst gegen die Legatäre. Diese könnten (singen wir) den §. 690 unbillig finden und dem Erben einwenden: „Wir haben dich ja nicht gebeten (beauftragt), die Erbschaft anzutreten. Uns geschah damit kein Gefallen; deine Ablehnung, ja selbst die der gesetzlichen Erben, hätte uns ja nicht geschadet“ und könnten dabei auf §. 726 hinweisen. Und daran ist auch viel Wahres. Man müßte ihnen antworten: „Auch im Falle von §. 726 i. f. würdet ihr Unkosten gehabt haben, und der Erbe erhält Entschädigung nur für Auslagen und Bemühungen, die auch in euerm Interesse geschahen.“ Ganz außer Frage bleiben die (oft sehr bedeutenden) Inventurskosten; denn diese gehen auf Rechnung der Masse (§. 802). Ähnlich verhält es sich mit den Begräbniskosten (§. 549). Was aber andere Ausgaben betrifft (namentlich impensae in res hereditarias), so sind sie nach Analogie der Grundsätze über negotiorum gestio zu beurtheilen und zwar nach §. 1036 und §. 1037, d. h. in allen Fällen muß ein „utiliter gestum“ (im römischen S.) vorliegen, aber nicht immer braucht der Erfolg ein nachhaltiger zu sein (so nicht, wenn die Auslage zur Rettung einer Sache unvermeidlich schien, die aber dann doch zu Grunde ging). Will der Erbe weitergehende Ansprüche sich sichern, so soll er sich von den Legataren zur Ansetzung ein Mandat geben lassen und im Einvernehmen mit ihnen vorgehen (vgl. etwa l. 32 D. mand. 17. 1). Darum spricht §. 690 von „Vergütung seiner zum Besten der Masse gemachten Auslagen“. Wir sagten „Analogie der neg. gestio“; denn keineswegs liegt eine solche wirklich vor; die Absicht, fremde Interessen wahrzunehmen, ist dem antretenden Erben ganz fremd, oder steht doch nur im Hintergrunde.²²⁾ Auch ist die Besorgung der Erbschaft kein „fremdes Geschäft“. Endlich hat ein neg. gestor keinen Anspruch auf Belohnung. Die Ansprüche des Erben sind also singulärer Natur und gründen sich auf die positive Gesetzesvorschrift (§. 690). Sie gelten

¹⁹⁾ Wir können die verschiedenen hieraus sich ergebenden, durch Justinian's Nov. 1 verschuldeten Widersprüche erst im XV. Hauptstücke näher darlegen. Vorläufig s. §. 441 Westgal. G. B. II und die treffenden Worte Unger's Verh. Abhandl. S. 167 Note 28.

²⁰⁾ Es wäre demnach theoretisch schief, wenn man die ganze Frage auf den Boden des Beweisrechtes verlegen wollte; etwa so: nur durch Inventar könne die Erschöpfung (bez. in §. 692 Ueberbürdung) des Nachlasses erwiesen werden, andere Beweismittel seien unzulässig.

²¹⁾ Vgl. §. 609 (Abschaffung der substitutio pupillaris und quasi p.).

²²⁾ Bei seiner Gebahrung mögen ihn Rücksichten auf fremde Interessen leiten; aber er hat nicht zu dem Zwecke angetreten, um fremde Interessen zu wahren.

auch dort, wo der Erbe zwar einigen, aber keinen genügenden Vortheil behält; nur muß er sich diesen in Abrechnung bringen.

Man hat gefragt, ob der Erbe solche Ansprüche auch gegen die Erbschafts-Gläubiger (im eng. S.) habe, und diese Frage wurde von Einigen bejaht, von Anderen verneint.²³⁾ U. E. muß man unterscheiden: in erster Linie sind nur die Legatäre verpflichtet; denn die Gläubiger gehen ihnen schlechterdings vor (vgl. S. 481 Westgal. Ob. II); erst wenn nach vollständiger Befriedigung der Gläubiger etwas erübrigt, haben die Legatäre einen Anspruch (hereditas non intelligitur, nisi deducto aere alieno, und: legatum est delibatio hereditatis). Die Rangordnung ist: 1) Erbschafts-Schulden, 2) Pflichttheile, 3) Vermächtnisse. Ist der Nachlaß nicht einmal zur vollständigen Befriedigung der Gläubiger hinreichend, so kommt es entweder zur Concurs-Eröffnung (wo dann die §§. 28, 29 der Conc. Vdg. anzuwenden sind), oder zum Liquidations-Verfahren nach §. 813 ff., wo der Erbe allerdings solche Ansprüche stellen kann.²⁴⁾ Denn, was „zum Besten der Masse“ (§. 690) geschah, geschah auch zum Besten der Gläubiger; und die Belohnung ist dadurch gerechtfertigt, daß der Erbe hier eig. die Rolle eines Verwalters und Vertheilers des Nachlasses (administrator et dispensator) übernimmt.²⁵⁾

IV. Zu dem Schlußsatz des §. 690 f. oben Abs. II lit. c; dann Sammlung V Nr. 2274, welcher Fall übrigens ex professo zu §. 816 gehört. — Ueber das Verhältniß von §. 690 zu §. 783 f. bei letzterem.²⁶⁾

oder gar übersteigen.)*

§. 691.

Können nicht alle Legatäre aus der Verlassenschafts-Masse befriedigt werden; so wird das Legat des Unterhaltens vor allen andern entrichtet, und dem Legatar gebührt der Unterhalt von dem Tage des Erbanfalles.

I. Redaction. Der §. 474 Westgal. Ob. II lautet:

Wenn die Verlassenschaftsmasse nicht ganz erschöpft ist; so wird das Legat des Unterhaltens vor allen anderen entrichtet. Und ein solcher Legatar genießt seine Nahrung vom Tage des Erbanfalles an.

Dieser §. war dort noch anders eingereiht, nämlich zwischen §§., welche den jetzigen §§. 686 und 687 entsprechen. Die Wiener Fac. schlug einen dem jetzigen

²³⁾ Verneint von Nippel IV. S. 366 f. Z. 3; bejaht von Winiwarter III. S. 222 f., Stubenrauch (bei §. 690 Z. 3), Ellinger (bei §. 690), Unger §. 66 Anm. 10 (vbs. „auch im Interesse der Erbschaftsgläubiger und Legatäre verwaltet“).

²⁴⁾ Ganz correct formulirt Nippel die Frage, die er freilich unrichtig beantwortet. Auch Winiwarter macht die obige Unterscheidung. Die übrigen in Note 23 Genannten machen sie nicht, was aber nur eine unvorsichtige Ausdrucksweise, nicht eine abweichende Meinung sein dürfte. Ginge die Meinung (z. B. Ellinger's) dahin, daß Legatäre und Gläubiger neben einander (in gleicher Weise) zur Befriedigung der in §. 690 genannten Ansprüche des Erben beizutragen hätten, so müßten wir widersprechen.

²⁵⁾ Vgl. Zeiller II. S. 850 Z. 3, Gruchot Preuß. Erbrecht I. S. 610; Unger §. 66 Anm. 10.

²⁶⁾ Davon handelt ein kurzer, guter Aufsatz von Jos. Hoffbauer im „Jurist“ VI S. 410 ff., auf den wir bei §. 783 zu sprechen kommen.

*) Hierher gehört diese in der amtlichen Ausgabe beim folgenden §. stehende Marginalnote. Dieser Verstoß ist kein Druckfehler, sondern ein Redactionsversehen. Unbegreiflich ist es, daß die Commentatoren diesen Fehler nicht nur ungerügt gelassen, sondern sich desselben mitschuldig gemacht haben (Nippel ausgenommen, S. 372). Zeiller sagt S. 645: „Daher die Vorschriften für den Fall, daß die Lasten die Erbschaftsmasse erschöpfen (§. 690 und §. 691), oder wohl gar übersteigen (§. 692 und §. 693).“ Daß die Späteren die Note stehen ließen, wo sie sie fanden, ist weniger auffallend, als daß Winiwarter (III. S. 225) nach §. 691, also bei §. 692 die Ueberschrift anbringt: „Was Rechtens sei, wenn die Vermächtnisse die Verlassenschaft übersteigen.“ Dieses ist darum hervorzuheben, weil ja Winiwarter gerade durch selbstgewählte Ueberschriften über seinen §§. (die mit denen des Gesetzes nicht zusammenfallen) seinem Commentar den

ähnlichen Text vor; auch solle Vorauszahlung der Raten geboten werden. Letzteres fand Zeiller (in der S. 30. April 1804) zu hart, „weil der Unterhalt mit dem Tode des Testators erlischt“. ¹⁾ Man beschloß den §. 474 unverändert beizubehalten. An der lächerlichen Redewendung „genießt seine Nahrung . . .“ nahm Niemand Anstoß. Bei der Revision (S. v. 3. Septbr. 1807) ersetzte man das Wort „Nahrung“ durch den mehr befassenden Ausdruck „Unterhalt“. Bei der Superrevision (4. Decbr. 1809) wurde der Eingang so stylisirt: „Wenn die Verlassenschaft zur Entrichtung aller Vermächtnisse nicht zureicht, so wird . . .“ Der jetzige Text ist noch in dritter Lesung nicht festgestellt gewesen, sondern gehört zu den „Finalabänderungen“, von denen wir im I. Bde. S. 32 Note 174 Erwähnung gethan haben. Auch die Versetzung des §. 691 an seine jetzige Stelle ist erst in dritter Lesung nachträglich erfolgt. In erster Lesung wurde über §. 691 früher berathen (30. April 1804), als über §. 690 (8. Mai 1804). Nach den Beschlüssen der ersten wie der zweiten Lesung stand der dem §. 691 entsprechende §. (386 bez. 672) unmittelbar nach dem dem jetzigen §. 686 parallel laufenden. Daraus, daß er später seine Stellung ändern mußte, erklärt sich auch ganz ungezwungen die falsche Stellung der Marginalnote (s. Note *), welche letztere vor der oben erwähnten Versetzung unseres §. an durchaus passender Stelle stand.

II. Unter dem „B. des Unterhaltes“ sind hier sämmtliche in §§. 672, 673 normirte Legate gemeint, nicht etwa nur das dort zuerst genannte ²⁾. Die Alimenten-Legate sind sowohl hinsichtlich des dies veniens (s. bei §. 685 Abs. VI Z. 3) als hinsichtlich der Verkürzung begünstigt. ³⁾ Aber man muß sich hüten, bei anderen Vermächtnissen aus jener Begünstigung auf diese zu schließen. ⁴⁾ „Erbfall“ ist wahrscheinlich ein schlechter Ausdruck für „Anfall des B.“; mit dem „Tage des Erbfalls“ ist der dies cedens gemeint. ⁵⁾ Wegen bedingter Alimenten-Legate vgl. das bei §. 687 in Abs. II Gesagte. — Außer den hier besprochenen Vermächtnissen erleiden nur diejenigen keinen Abzug, „deren vollständige Entrichtung vor allen anderen der Erblasser angeordnet oder in Ansehung deren er den Abzug verboten hat, es müßte denn der Nachlaß nicht einmal hiezu ausreichen“. ⁶⁾ Die Frage kommt aber gar nicht zur Sprache, wo kein Inventar errichtet wird (vgl. bei §. 690 R. 18).

III. Der Unterhalt kann entweder in natura geleistet werden (Verpflegung) oder in Geld, bez. Quantitäten vertretbarer Sachen. Im ersteren Falle wird eine

Schein einer systematischen Darstellung zu geben versucht hat (s. in unserem Commentar Bd. I S. 62). (Jener Schein hat P. v. Roth irreführt; er hält Winwartter's und Essinger's Commentare für systematische Darstellungen; s. System d. deutschen Privatrechts I S. 332).

1) Hieraus ist ja nicht auf das heute geltende Recht zu schließen! Vgl. bei R. 8.

2) Dieses bestätigt Zeiller S. 648.

3) Zeiller (a. a. O.): „Der Legatar kann vom Anfallstage (§. 684), ohne Rücksicht, ob die Erbschaft schon angetreten und in das Reine gesetzt worden ist oder nicht, den Unterhalt aus der Masse fordern, und er darf, obgleich die übrigen Legatäre (andere verhält es sich mit den Gläubigern) ihre Vermächtnisse nicht vollständig erhalten, keinen Abbruch leiden. Zu dem Ende wird aus der Masse ein, den zum Unterhalte zu verwendenden Zinsen angemessenes Capital in Sicherheit gebracht, das aber nach Erlöschung des Vermächtnisses den übrigen Legatären, insofern sie unbefriedigt geblieben, zufällt“. Dieses „Zufallen“ ist nicht wörtlich zu verstehen; sie können darauf eventuell Execution führen.

4) Zeiller S. 648 f. Z. 2: „Alle übrigen Vermächtnisse, selbst die Vermächtnisse einzelner Verlassenschaftstücke, oder fromme Vermächtnisse, leiden . . . einen . . . Abzug.“ Diesem „unterliegen auch die einem Miterben oder Legatäre aufgetragenen Vermächtnisse“ (§. 649), so wie auch das Vorausvermächtniß (§. 648). Auch das leg. liberationis ist nicht ausgenommen; s. S. 442 Note 22.

5) Vgl. Zeiller, hier in Note 3. Das am dies cedens dem Legatar erwachsende Recht wird im Vestgal. G. B. „Erbrecht“ genannt (s. II. §. 442, §. 445). Anders verstehen die letzten Worte des §. 691 Unger §. 74 Anm. 6 und Taglioni V. p. 89.

6) Unger §. 66 Anm. 5.

fortdauernde Leistung dem Dnerirten zur Pflicht gemacht, und wir können mit den römischen Juristen (die dies vom leg. ususfr. sagten) behaupten, das Vermächtniß werde immerfort erneuert, falle beständig an und werde täglich erworben (s. bei §. 689 Abs. VII, bes. N. 27). Selbstverständlich endigt dieser Anspruch sogleich mit dem Tode des Honorirten.⁷⁾ — Viel häufiger jedoch erhält der Legatar von Zeit zu Zeit einen Geldebtrag oder eine Quantität von vertretbaren Sachen. Dann liegt ein Renten-Vermächtniß vor, für welches (namentlich auch hinsichtlich der Endigung) §. 687 maßgebend ist. Weil es sich aber um Alimente handelt, kommt auch §. 1418 zur Anwendung: „Alimente werden wenigstens auf einen Monat vorausbezahlt.“⁸⁾ Stirbt der Verpflegte während dieser Zeit, so sind dessen Erben nicht schuldig, etwas von der Vorausbezahlung zurückzugeben.“⁹⁾ Sowohl in diesem Falle als in dem der Natural-Verpflegung kann der Legatar Sicherstellung verlangen (s. bei §. 688 Abs. II b).

IV. Von dem Falle, wo auch Alimenten-Vermächtnisse einen Abzug erleiden, wird bei §. 692 gehandelt.

§. 692.*)

Reicht die Verlassenschaft zur Bezahlung der Schulden, anderer pflichtmäßigen Auslagen, und zur Berichtigung aller Vermächtnisse nicht zu; so leiden die Legatäre einen verhältnißmäßigen Abzug. Daher ist der Erbe, so lange eine solche Gefahr obwaltet, die Vermächtnisse ohne Sicherstellung zu berichtigen nicht schuldig.

I. Redaction. Der §. 481 Westgal. G. B. II. lautet:

Ist die Verlassenschaft über ihre Kräfte so sehr belastet, daß nach Berichtigung der Vermächtnisse die Schulden nicht bezahlt, oder andere pflichtmäßige Auslagen nicht bestritten werden könnten; so leiden die Legatären (sic) einen verhältnißmäßigen Abzug, und die Gläubiger werden vor allen aus der Masse befriedigt.

Die Freiburger Fac. wollte das legatum debiti, Vicepräf. v. Haan das leg. speciee ausdrücklich vom Abzuge ausnehmen (nur Quantitäten, Summen sollten nach §. vermindert werden.) Gegen letzteres erklärten sich alle übrigen Botanten, als gegen eine dem wahrscheinlichen Willen des Erblassers nicht entsprechende Begünstigung. Jenes Monitum wurde auf Zeiller's Bemerkung hin verworfen, daß, soweit das debitum erwiesen sei, ein solcher Legatar „nur als ein Gläubiger betrachtet werden könne.“ So weit es aber nicht erwiesen ist (müssen wir ergänzen) sei kein Grund zu einer Begünstigung.¹⁾ S. oben S. 451.

Die Wiener Fac. fragte: Wer kann auf die Schulden belangt werden, wenn a) die ganze Erbschaft durch Vermächtnisse erschöpft wird, oder b) wenn der Erbe die Erbschaft ausschlägt. Viele Gläubiger erführen den Tod ihres Schuldners erst, nachdem die Masse an die vielen Legatäre vertheilt sei. „Wie schwer wäre es aber den Gläubigern, jeden Legatar um den verhältnißmäßigen Antheil oder Abzug zu belangen.“

Die Antwort für den Fall b ist durch §. 726 gegeben. Die letzte Bemerkung der Fac. spricht aber offenbar ebenso gegen die Theilhaftung der Erben, deren der Testator beliebig viele berufen kann; sie spräche für Solidarthaftung der Erben, worauf wir bei §§. 820, 821 zurückkommen (vgl. I. 27 §. 8 D. de pecul. 15. 1: est iniquum, in plures adversarios distringi eum, qui cum uno contraxerit).

Im Falle a muß man wieder unterscheiden: α) Der Erbe hat unbedingt

⁷⁾ Aber ebenso selbstverständlich sind hiermit Ersatz-Ansprüche wegen verweigerter Verpflegung nicht abgeschnitten (s. §. 1042).

⁸⁾ Außer der Erblasser hätte andere Termine angesetzt.

⁹⁾ Zeiller's Aeußerung in der S. v. 30. April 1804 widerspricht also in beiden Punkten (Vorausbezahlung, Endigung) dem heutigen Rechte. Vgl. N. 1.

^{*)} Wegen der Marginalnote s. bei §. 691, Note * und ebenda im Text Abs. I a. C.

¹⁾ Vgl. Gruchot I S. 607.

angetreten, dann gibt §. 801 die Antwort, β) der Beneficiar-Erbe darf aber gar nicht Legatäre vor den Gläubigern befriedigen, sonst schützt ihn das Inventar nicht gegen persönliche Haftung (s. §§. 813—815). Ist der Erbe zahlungsunfähig, so können ihn die Gläubiger zur Cession seiner Rückforderungs-Ansprüche gegen die Legatäre verhalten. Stehen ihm solche Ansprüche nicht zu, weil er, trotz Kenntniß der Anzulänglichlichkeit der Masse, gezahlt hat, so erscheinen die Legatäre von ihm beschenkt, und findet §. 953 Anwendung.

Anders, und u. E. ungenügend, antwortete Zeiller (in der S. v. 8. Mai 1804) auf die Anfrage der Wiener Facultät. In jenen Fällen „seien die Legatäre als Besitzer der Verlassenschaft anzusehen und von den Gläubigern zu belangen“. Diese könnten die Aufstellung eines gemeinschaftlichen Curators aller Legatäre verlangen.

Zu §. 481 bemerkt Zeiller: Der §. (und überhaupt das Westgal. G. B.) berühre nicht den Fall, wo zwar alle Schulden, aber nicht alle Legate voll entrichtet werden können. Auch hier solle proportioneller Abzug stattfinden. Die Art des Abzugs sei näher zu bestimmen. Deshalb proponirte er einen dem jetzigen nahezu wörtlich gleichen Text, der auch einstimmig angenommen wurde.²⁾ — Vgl. §. 334 preuß. L. R. I. 12.

II. Die Legatäre erleiden — Antretung c. benef. invent. immer vorausgesetzt — einen Abzug: a) wenn der Reinnachlaß der Summe der Vermächtnisse gleich ist, und der Erbe Auslagen und Bemühungen gehabt hat, welche vergütet zu werden verdienen; b) ebenso, wenn der dem Erben verbleibende Nachlaßrest kleiner ist, als sein Ersatzanspruch (zu a und b s. §. 690); c) wenn der reine Nachlaß kleiner ist, als die Summe der Legate; dann werden erst die begünstigten Legate (s. bei §. 691 Abf. II) voll entrichtet, und darnach der Rest, bez. wo keine begünstigten vorhanden sind, der ganze Reinnachlaß unter die (anderen) Legatäre proportionell vertheilt. Und von diesem Falle handelt §. 692. Die in §. 690 dem Erben zugesprochenen Vergütungsansprüche müssen gleichmäßig auch hier gelten.

Unter den „Schulden“ sind die des Erblassers und des Nachlasses gemeint, wozu auch die familienrechtlichen (§§. 171, 795, 796, 1243) gehören. Zu den „anderen pflichtmäßigen Auslagen“ gehören die Begräbniskosten (§. 549), die Inventurskosten (§. 802 und Pat. §. 111 Al. 1; Ausnahme ebd. Al. 2), die Steuern (§. 818) und die „gesetzlichen Beiträge“ des §. 694. Wie jene privatrechtlichen Ansprüche unter einander rangiren, kann den Legatären gleichgültig sein, da die Frage nur dann praktisch wird, wenn sie gar keinen Anspruch haben.³⁾ Auf das complicirtere Verhältniß zwischen Legaten und Staatsabgaben kann hier nicht eingegangen werden.⁴⁾ Pflichttheile stehen zwischen den Schulden und den Vermächtnissen in der Mitte, aber jenen näher als diesen, weil sie nicht auf das Wohlwollen des Erblassers sich gründen und von seinem

²⁾ Nur beharrte Haan bei seinem Antrag (s. oben), fand jedoch keine Unterstützung. — Die Abweichung des jetzigen Textes von dem damals beschlossenen ist nicht nennenswerth.

³⁾ Anders ausgedrückt: die Legatäre stehen ihnen gewiß nach (§. 692); ob nun vor ihnen die Posten $a + b + c$ oder $b + a + c$ oder $c + b + a$ stehen, ändert für die Legatäre gar nichts. Wenn nicht einmal alle Passiven gedeckt sind, fallen die Legatäre gänzlich durch. Der Rang jener anderen Ansprüche richtet sich aber sowohl im Concourse als im Convocations- (Liquidations-) Verfahren (§§. 813—815) nach denselben (in der Concurrs-Ordg. enthaltenen) Grundsätzen.

⁴⁾ Weder kann man sagen: erst müßten die Steuern abgezogen werden, noch: bei der Gebührenbemessung müßten die Legate vorabgezogen werden. Die Vertheilung und Berechnung dieser Lasten ist eine recht complicirte, da sich die Höhe der Gebühren theils nach dem persönlichen Verhältnisse des Erwerbers zu dem Erblasser, theils nach der Natur des erworbenen Rechtes, theils nach der Beschaffenheit der Sachen verschieden stellt. Für die auf ein Legat entfallende Gebühr haftet mit dem Legatar der Erbe solidarisch. Vgl. Ferd. Schuster (s. bei §. 694 Note 12) S. 310 ff.

Belieben unabhängig sind.^{4 a)} Daß die Ansprüche aus §. 690 zunächst nur gegen die Legatare zu richten sind, wurde oben dargethan (s. bei §. 690 Abs. III gegen C.).

III. Berechnung. Erst müssen Activen und Passiven, wie in jedem Falle der Inventarisirung, verzeichnet und geschätzt werden (worüber Näheres im 15. Hauptstück), insbes. auch die im Abs. II erwähnten, den Legataren vorgehenden Ansprüche. Durch Subtraction ergibt sich der Schätzungswerth des reinen Nachlasses. Dieser muß dann proportionell auf die einzelnen Legate verrechnet werden. Dieses setzt aber hinsichtlich aller Legate, welche nicht einfache Summenlegatare sind, wieder deren Abschätzung voraus, welche in vielen Fällen erste Schwierigkeiten macht. So namentlich bei lebenslänglichen Nutzungs- oder Rentenbezugsrechten (leg. usufructus, leg. alimentorum etc.), ferner bei bedingten Legaten. Hinsichtlich jener verweist Zeiller selbst (S. 649 Note) auf das preuß. L. R. I 12. §§. 346—351, weshalb wir deren Wortlaut in der Note folgen lassen.⁵⁾ Daran reihen wir andere ähnliche Normen.⁶⁾ Die Frage ist unter den österreich. Juristen bestritten.⁷⁾ Daß überhaupt Renten-

^{4 a)} Vgl. über den Rang der verschiedenen Ansprüche Hofmann in Grünhuts Jtztschft. I. S. 557.

⁵⁾ L. R. I. 12 §. 346: Legatarii . . . , denen nur ein Nießbrauch oder gewisse . . . zu gewissen Zeiten fällige Hebungen beschieden sind, tragen zu diesen Lasten nur insoweit mit bei, als nach dem Verhältnisse, wie der Hauptstuhl, aus dem sie diese Hebungen zu erwarten haben, durch den davon zu entrichtenden Beitrag geschwächt wird, auch ihr Genuß oder ihre Hebung einen Abfall erleiden müssen. §. 347. Damit bestimmt werden könne, um wieviel die jährlichen Hebungen solcher Legatarien sich vermindern, müssen dieselben zuvörderst zu Capital angeschlagen werden. §. 348. Mit wieviel Procent sie zu Capital zu rechnen sind, muß nach dem Alter und der wahrscheinlichen Lebensdauer der Legatarii, mit Rücksicht auf die bei der nächsten inländischen Witwenversorgungs-, Leibrenten- oder Tontinen-Anstalt angenommenen Grundsätze bestimmt werden. §. 349. Nach dem Verhältnisse nun, wieviel von einem solchen angenommenen Capitale zur Uebertragung der Erbschaftslasten abgegeben werden müßte, nach eben diesem Verhältnisse mindert sich die jährliche Hebung des Legatarii. §. 350. Wenn also z. B. von einem jährlich 40 Thaler betragenden Legate das Capital nach den Regeln des §. 348 fünfhundert Thaler ausmachen würde, und von den Legaten zu den übrigen Erbschaftslasten 50% beigetragen werden müssen, so muß dieser Legatarius mit 20 Thalern jährlicher Hebung sich begnügen. §. 351. In dem Verhältnisse, wie der Vortheil des Hauptlegatarii durch den Beitrag zu den Erbschaftslasten geschmälert wird, vermindert sich auch der Vortheil desjenigen, welchem dieser, nach dem Willen des Erblassers, ein Vermächtniß zu entrichten schuldig ist.

⁶⁾ Sächs. G. B. §. 2448: Das Vermächtniß einer immerwährenden Rente ist einer Summe gleich zu achten, deren jährlicher Zinsbetrag zu 4 vom Hundert dem jährlichen Betrag der Rente gleichkommt. §. 2449. Bei Vermächtnissen lebenslänglicher Renten oder des lebenslänglichen Nießbrauchs ist der jährliche Betrag der Rente oder des Nießbrauchs so viele Male in Ansatz zu bringen, als der Vermächtnißnehmer nach den Vorschriften über die mutmaßliche Lebensdauer (eine Tabelle darüber in §. 35) Jahre noch zu leben hat. In demselben Verhältnisse, in welchem die dadurch erlangte Gesamtsumme wegen der anderen Vermächtnisse verhältnißmäßig zu mindern ist, erleidet der jährliche Betrag der Rente oder des Nießbrauchs eine Minderung. — Hess. Entw. III. Art. 295 Abs. 2—4: Die Größe eines Vermächtnisses immerwährender Renten ist der Größe eines Capitals gleich zu achten, dessen jährlicher Zinsvertrag zu vier vom Hundert dem jährlichen Betrage der zu leistenden Rente gleichkommt. Zur Ermittlung der Größe eines Vermächtnisses lebenslänglicher Renten oder des lebenslänglichen Nießbrauchs ist der jährliche Betrag der Rente oder der jährliche Durchschnittsertrag des Nießbrauchs soviel mal in Ansatz zu bringen, als der Bedachte nach den Regeln über Berechnung der wahrscheinlichen Lebensdauer noch Jahre zu leben hat. In demselben Verhältnisse, in welchem die Größe des ermittelten Capitals vermindert werden müßte, erleidet der jährliche Betrag der Rente oder des Nießbrauchs eine Herabsetzung.

⁷⁾ Rippel IV S. 374 ff. will das nach Abzug aller anderen Vermächtnisse noch übrig bleibende Capital, wenn es zur Leistung des in gewissen Fristen zu entrichtenden Vermächtnisses nicht hinreicht, im Wege der öffentlichen Versteigerung gegen Leibrentenentrichtung ausbieten lassen. Dagegen Winwarter III S. 227 Note 1, der seinerseits (S. 226 f.) den Werth des Fuchsigenußes (ohne Rücksicht auf die wahrscheinliche Lebensdauer des Legatars) nach den landesüblichen Zinsen capitalisiren, und dann dem ent-

bezugs-Vermächtnisse einer Minderung unterliegen können, ist gewiß, denn einmal müssen sie nicht immer die Begünstigung des §. 691 genießen, und dann kann es sich treffen, daß (trotz dieser Begünstigung) der Nachlaß schon für sie unzureichend ist. — Bei suspensiv-bedingten Vermächtnissen hat einerseits der so Honorirte Anspruch auf Sicherstellung (Pat. §. 161 Nr. 2), andererseits ist eine Berechnung der Abzüge ohne Cautionen schwer ausführbar.⁹⁾ Dabei bieten sich wieder zwei Möglichkeiten dar: man rechnet so, als ob die Bedingung erfüllt, oder aber so, als ob sie vereitelt wäre. Im ersten Falle sichert der Erbe den mit *legatis puris* Bedachten eine Nachzahlung zu, wenn das fragliche Legat (*deficiente condicione*) entfallen sollte; im zweiten Falle läßt er sich von den Legataren eine proportionelle Rückzahlung zusichern, wenn er das bedingte Vermächtniß doch entrichten müßte. Welcher Vorgang zu wählen ist, entscheidet das Gericht, je nachdem die Erfüllung bald⁹⁾ und wahrscheinlich zu erwarten, oder aber unwahrscheinlich ist oder doch in weiter Ferne steht.¹⁰⁾ Bei resolutiv-bedingten Legaten ist den anderen Legataren dafür zu caviren, daß sie beim Eintritte der Resolutiv-Bedingung Nachzahlungen erhalten werden.

Ein anderer Anlaß zu Cautionen ist vorhanden, wenn es überhaupt noch zweifelhaft erscheint¹¹⁾, ob die Legate in vollem Betrage oder nur geschmälert zur Auszahlung kommen sollen. Dieser Fall kann eintreten, „wenn ein Schuldenstand wahrscheinlich (ist) und der unbekanntem Gläubiger wegen noch nicht erhoben werden konnte (§. 813 fg.), oder wenn einem Theile des Vermögens Gefahr drohet“¹²⁾; endlich im Falle namhafter bedingter Vermächtnisse.¹³⁾ In diesen Fällen muß ein Legatar, dessen Anspruch schon fällig ist, dennoch warten, oder wenn er dieses nicht will, dem Erben Sicherstellung bieten für eine eventuelle Rückzahlung (s. §. 692 a. E. und §. 693). Vgl. L. 1 pr. D. si cui plus. 35. 3.

IV. Sublegate. In dem Verhältnisse wie der Vortheil des Hauptlegatars durch Abzug oder Beitragsleistung geschmälert wird, vermindert sich auch der Vortheil desjenigen, welcher als Sublegatar an ihn gewiesen ist.¹⁴⁾ Vgl. bei §. 693 Abf. V.

V. Es ist eine ebenso bestrittene, als praktisch wichtige Frage, ob den Legataren das Recht zustehe, auf Veräußerung des Nachlasses zu dringen, wenn auf

sprechend den Jahresbetrag herabmindern, die vollständige Ausgleichung aber erst nach dem Tode des Legatars eintreten lassen will. Im Ganzen zustimmend Stubenrauch II S. 522. Unger §. 66 Anm. 7 ist für die Anwendung des im Hess. Entw. (Note 6) aufgestellten Rechtsfalles. Taglioni V p. 91 sq. meint, daß wir in Ermangelung einer gesetzlichen Vorschrift die „regola dei Romani“, nämlich die in L. 68 pr. D. ad leg. Falcid. 35. 2 referirte Tabelle des Aem. Macer, adoptiren sollen.

⁹⁾ Ein anderer, von Proculus vorgeschlagener Ausweg (s. l. 45 §. 1 D. ad leg. Falc. 35. 2) fand schon bei den Römern keinen Beifall.

⁹⁾ Ist die Entscheidung sehr bald zu erwarten, so wird man einfach die ganze Berechnung aufschieben.

¹⁰⁾ Die römischen Juristen sprechen immer nur von Cautionleistung der Legatäre wegen eventueller Rückzahlung.

¹¹⁾ Eine bloße frivole Behauptung des Erben genügt nicht; L. 1 pr. D. si cui plus 35. 3: „Si . . . dubitari iuste possit . . .“ Vgl. Sammlung III Nr. 1211, bef. aber VI Nr. 3120 (über beide Fälle s. hier Abf. VI).

¹²⁾ Zeiller S. 649 f.

¹³⁾ Man unterscheide drei Fälle: a) auch, wenn alle bedingten Legate zur Auszahlung kämen, gäbe dies keinen Grund zu einem Abzuge (dieser Fall interessiert uns nicht); b) daß ein Abzug erfolgt, ist schon gewiß; nur seine Höhe hängt davon ab, ob die Bedingungen eintreten oder ausfallen (davon sprachen wir in dem früheren Alinea); c) wenn die bedingten Legate entfallen, erleiden die anderen gar keinen Abzug, wohl aber im entgegengesetzten Falle (und daran (c) ist oben im Texte gedacht).

¹⁴⁾ C. §. 351 preuß. R. II 12; cf. l. 32 §. 4 D. ad leg. Falc. 35. 2. Vgl. oben bei §. 691 Nr. 4 das Citat aus Zeiller; dann Unger §. 66 Anm. 5 a. E. — Wir haben den Ausdruck „Vortheil“ aus §. 351 cit. beibehalten, weil er auf alle Fälle des §. 692 und des §. 693 paßt.

Grund der Inventarisirung und Schätzung ihnen die ungeschmälerte Entrichtung der Vermächtnisse verweigert wird. Dieses Recht wird ihnen von Manchen zugesprochen¹⁵⁾, von andern abgesprochen.¹⁶⁾ Wir werden in einem eigenen Excursse diese Streitfrage erörtern und nachzuweisen versuchen, daß den Legataren dieses Recht allerdings zusteht. Hier beschränken wir uns auf einige Bemerkungen.

Der regelmäßige Fall, wo durch die Vererbung *confusio bonorum* herbeigeführt wird, bleibt außer Betracht, weil hier der Erbe unbeschränkt haftet (§. 801). Haben die Legatate um *separatio bonorum* nachgesucht, so begeben sie sich ihres persönlichen Anspruchs gegen den Erben, aber sie können sich an den Nachlaß halten, der bis zu ihrer Befriedigung der Jngrenz des Erben entzogen ist (§. 812). Hat der Erbe *cum beneficio inventarii* angetreten, so lehnt er die persönliche Haftung ab, muß aber dafür jeder willkürlichen Verfügung über den Nachlaß sich enthalten, da dieser den Erbschaftsgläubigern (im weitern Sinne) verfangen ist (§§. 813—815). „Ein solcher Erbe wird den Gläubigern und Legataten nur soweit verbunden, als die Verlassenschaft für ihre . . . Forderungen hinreicht“ (§. 802). Kurz: die Legatate können sich entweder schlechthin an den Erben oder nur an den Nachlaß halten, mögen letzteres sie selbst, oder mag es der Erbe beantragt haben. Entweder persönliche (unbeschränkte) Haftung des Erben, oder sachliche (pfandähnliche) Haftung des Nachlasses. Im ersten Falle haben die Legatate jenes Recht nicht, im zweiten ja.

Daß die Legatate zwar den Gläubigern nachstehen, aber den Erben vorgehen (§. 690), kann keinem Zweifel unterliegen. Wenn die Legatate Abzug erleiden sollen, so darf den Erben (welche keine Notherben sind) nichts übrig bleiben. Selbst die Vergütungen des §. 690 sind keine eigentliche Ausnahme, hier bleibt nicht etwas im Nachlasse, sondern der Erbe hat einen neuen Anspruch gegen die Legatate. Wenn also der Erbe erklärt, diese nur theilweise befriedigen zu können, so erklärt er damit zugleich, daß für ihn nichts übrig bleibe. Welches Interesse kann er dann noch haben, sich der von den Legataten beantragten Veräußerung zu widersetzen? Ein loyales offenbar nicht, ein illoyales um so leichter! — Jeder Erfahrene weiß, daß die Schätzungen in den meisten Fällen zu niedrig, oft viel zu niedrig gegriffen sind. Die Folge der gegnerischen Ansicht ist demnach die, daß die Legatate von den Erben übervorthelt werden.

§. 690 sagt: „Reicht die Verlassenschaft zur Bezahlung . . . aller Vermächtnisse nicht zu . . .“ und §. 802: „ . . . soweit, als die Verlassenschaft . . . hinreicht“; §. 814: „wenn sie (die Verlassenschaft) durch die Bezahlung erschöpft ist“; §. 815: „wenn die Verlassenschaft nach der gesetzlichen Ordnung zur Befriedigung der Gläubiger verwendet worden wäre“. Hier ist überall von der realen Verlassenschaft, und nicht von einer ziffermäßigen Grenze (von einer berechneten, oft genau fingirten, Größe) die Rede. Ob der Nachlaß hinreiche, zeigt am besten die Veräußerung; und sie ist um so zweckmäßiger, als sie gleichzeitig zwei Zwecken dient: der Werthermittelung und der Execution. Wie sehr dieses im Geiste unseres Gesetzes ist, zeigen z. B. die §§. 637, 840, 843, wo es sich um keine Execution handelt, und dennoch öffentliche Versteigerung vorgeschrieben ist, um zweifelhafte Werthermittlungen abzuschneiden. Man hat eingewendet: bei Versteigerungen gingen die Sachen oft unter ihrem wahren Werthe ab; somit sei dies keine zuverlässige Werthermittlung. Sonderbarer Einwand! Das wäre ja doch nur ein Schaden der Legatate, und nicht des Erben (der umgekehrt den Vortheil hätte, billig kaufen zu können). Noch schwächer ist der andere Einwand: Unsere Ansicht enthalte einen falschen Circel: nur

¹⁵⁾ So namentlich von Würth im „Jurist“ III S. 453 ff., Wildner ebd. IV S. 182 ff., Winimarter III S. 228, Ellinger bei S. 692.

¹⁶⁾ So J. A. Menzel im „Jurist“ VIII S. 143 ff., Stubenrauch bei §§. 691 bis 693 B. 4, Unger S. 66 Anm. 3.

wenn der Nachlaß ungenügend sei, dürften die Legatäre veräußern; ob er jenes sei, zeige aber erst die Veräußerung. Es sind ja doch nur zwei Fälle möglich: entweder genügt der Erlös nicht zur Bedeckung der Legate; dann wäre jene Voraussetzung erwiesen; oder der Erlös gibt einen Ueberschuß; dann ist dargethan, wie gut es war, der Schätzung nicht zu trauen! Aber in Wahrheit formuliren wir die Voraussetzung des Rechtes zur Veräußerung ganz anders. Nicht: „wenn der Nachlaß unzureichend ist“, sondern: „wenn der Erbe die volle Entrichtung der Legate verweigert“. — Genauerer folgt im Excurse.

VI. Aus der Praxis. 1) Sammlung III Nr. 1211: Erben waren Stiftungen, welche durch die Finanzprocurator vertreten wurden. Der Fruchtgenuß des Vermögens war des Testators Witwe vorbehalten, welche ein Haus der Verlassenschaft administrierte. Die Finanzprocuratur verlangte, daß die Administration jemandem Anderen anvertraut werde, weil bedeutende Legate und zahlreiche Passiven vorhanden seien, und der Fruchtgenuß des reinen Nachlasses hinter dem des Hauses zurückbleiben werde. Man könne deshalb nach §. 692 die Realität der Witwe nicht ohne Sicherstellung in Händen lassen. Dieses Verlangen wurde mit Recht von allen drei Instanzen zurückgewiesen. Es sei keine Gefahr für die Substanz des Hauses da; es sei nicht bescheinigt, daß die Legate den Reinnachlaß übersteigen; aber auch wenn dieses sich herausstellen sollte, wäre keine Gefahr vorhanden, weil der Witwe nicht schlechtthin der Fruchtgenuß der Realität, sondern die mittlerweileige Administration eingeräumt wurde, mit dem Auftrage der Rechnungslegung, aus welcher eventuell der an die Masse zu ersetzende Theil der Nutzungen ermittelt werden könne.¹⁷⁾ 2) Sammlung IV Nr. 1639 gehört zu §. 1243, nur nebenbei und insofern auch hierher, als die II. Instanz unter Berufung auf §. 692 behauptete, auch der Anspruch aus §. 1243 müßte, gleich Legaten und Pflichttheilen den eigentlichen Gläubigern nachstehen. Der oberste G. H. war anderer Ansicht. — 3) Sammlung VI Nr. 3120. Der Erbe erklärte, er besorge (trotz gegentheiligter Ergebnisse der Schätzung) Unzulänglichkeit des Nachlasses, und weigerte sich, die Legate ohne Sicherstellung auszuführen. Von allen drei Instanzen wurde mit Recht diese Einwendung zurückgewiesen (s. Note 11). — 4) Ebd. XIII Nr. 5681: Es wurde die executiv Einverleibung der durch Vergleich festgestellten Legatsforderung auf einem Nachlaß grundstücke begehrt; und von der I. und III. Instanz bewilligt; während die II. das Bedenken hatte, daß die Abhandlung noch nicht beendet und noch nicht festgestellt sei, ob der Nachlaß im Sinne von §. 692 zureichend sei. Der oberste G. H. dagegen wies auf §. 611 pr. und darauf hin, daß diese Frage nicht im Recurswege entschieden werden könne.¹⁸⁾ — 5) Die Fälle XI Nr. 4999 und XV Nr. 6433 gehören ex professo zu §. 822, nur nebenbei auch hierher. Im ersteren Falle erkannte der oberste G. H., daß die Sicherstellung, die der Legatar für sein betagtes Vermächtniß durch Pränotation auf eine Nachlaß-Realität verlangte, ihm als Gläubiger des Erben auch nur mit dem Vorbehalte des §. 822 gewährt werden könne, weil die Ansprüche der Legatäre im Sinne des §. 692 beschränkt sind. Im anderen Falle wurde Sicherstellung nach §. 822 verlangt, und die dagegen eingemendete Unzulänglichkeit des Nachlasses vom obersten G. H. als Hinderniß nicht anerkannt. Sie stände der Sicherstellung schon darum nicht entgegen, „weil sich bis zum Zeitpunkte, wo die wirkliche Befriedigung verlangt werden wird, der Stand der Masse ändern kann“. Ueberdies sei die Unzulänglichkeit: bloß behauptet (s. hier N. 11), und die belangten Erben, die sich mit dem Hinweise auf sie von ihren Obliegenheiten theilweise befreien wollen, müßten sie beweisen, was nicht geschehen sei. 6) Im nichtstreitigen Verfahren kann über die Höhe der Abzüge, Beiträge, Rückzahlungen nicht endgültig entschieden werden. Sammlung XVII

17) Im Uebrigen gehört der Fall zu §. 810 a. b. G. B.

18) Ein anderes Bedenken ergab sich aus der sep. honor., worüber bei §. 812.

Nr. 7352, woselbst auch gesagt ist: Die während der Abhandlung aufgenommene Berechnung (das Vertheilungs-Operat) sei für den Erben erst dann bindend, wenn von ihm freiwillig, oder vom Gericht durch Urtheil anerkannt.

§. 693.

Im Falle aber, daß die Legatäre die Vermächtnisse bereits empfangen haben, wird der Abzug nach dem Werthe, den das Vermächtniß zur Zeit des Empfanges hatte, und den daraus gezogenen Nutzungen bestimmt. Doch steht dem Legatar auch nach empfangenem Vermächtnisse noch immer frey, zur Vermeidung des Beitrages, das Vermächtniß, oder den oben erwähnten Werth und die bezogenen Nutzungen in die Masse zurückzustellen; in Rücksicht der Verbesserungen und Verschlimmerungen wird er als ein redlicher Besitzer behandelt.

I. Redaction. Dieser §. fehlt im Westgal. G. B. Er wurde in der S. v. 8. Mai 1804 von Zeiller vorgeschlagen und sofort einstimmig angenommen. Als Vorbild diente dabei das preussische L. R. (I 12. §. 336 bis §. 344). Der Text von 1804 lautete genau wörtlich wie §. 693, ausgenommen eine unscheinbare und doch sehr wichtige Variante; statt „den oben erwähnten Werth“ hieß es damals „den dafür gelösten Werth“. Ebenso lautete auch noch der bei der Revision beschlossene Text. Erst bei der Super-Revision (4. Decbr. 1809) wurde diese unglückliche Aenderung vorgenommen, „weil es nicht auf die Veräußerung, nur auf die Abschätzung ankommt“. Wer dies verschuldet hat, sagt das Protokoll nicht. Zeiller gewiß nicht.

II. Wenn die Legate noch nicht entrichtet sind, zahlt der Erbe sie nur im verminderten Betrage aus, bez. folgt die vermachten Sachen (oder Rechte) nur gegen Beitragsleistung aus (§. 692). Hat er aber Legate entrichtet, bevor die Unzulänglichkeit des Nachlasses constatirt war, so kann er gleichwohl die Empfänger belangen. Auf was? und mit welcher Klage? Hat er den Fall vorhergesehen, dann hat er sich auch von den Legatären ein diesbezügliches Versprechen machen lassen (vgl. §. 692 a. E.), aus welchem er nun klagt. Hat er den Fall nicht vorhergesehen, dann war er in einem Irrthum befangen und hat die *condictio indebiti* (§. 1431).¹⁾ Aber auch, wo weder für diese *Condictio*, noch für eine Vertragsklage die Voraussetzungen vorhanden sind, fehlt es (wenn nicht *animus donandi* vorhanden war) nicht an einer Rückforderungsklage, da diese ja direct durch §. 693 gegeben ist.²⁾ Alle diese Klagen haben das gleiche Petit, sie gehen auf Beitragsleistung. Ueber die Größe der Beiträge gilt das bei §. 692 Gesagte. Der Legatar ist also zu einer Geldleistung verbunden. Es ist ihm jedoch die *facultas alternativa* eingeräumt, sich zur Vermeidung dieser Zahlung des Legates zu entschlagen, obwohl sonst die Annahme unwiderruflich ist.³⁾ Die Rückstellung des Empfangenen erscheint als die größere Leistung; dennoch ist es wohl denkbar, daß der Legatar sie vorzieht. Es ist z. B. Jemandem ein werthvoller, aber schwer verkäuflicher Gegenstand (etwa ein Gemälde) vermacht, den für Geld zu erwerben ihm bei seiner Vermögenslage niemals eingefallen wäre, selbst dann nicht, wenn er ihn für die Hälfte des Schätzwertes oder noch billiger hätte erwerben können. Wenn nun an ihn die Geldforderung herantritt, kann es leicht geschehen, daß er lieber den Gegenstand zurückgibt. Es ist aber möglich, daß er ihn (ohne dolose Absicht) veräußert hat. Dann zahlt er eben den Beitrag; sollte er jedoch weniger als diesen gelöst haben, den gelösten Preis. Dies war im Text von 1804 ausdrücklich gesagt und ist erst bei der eifertigen Super-Revision dahin geändert worden, der Legatar dürfe „zur Vermeidung des Beitrages“ den ganzen Geldwerth, „den das Vermächtniß zur Zeit des Empfanges hatte“, an die

¹⁾ Vgl. Unger §. 66 Anm. 11.

²⁾ Also eine sog. *condictio ex lege*.

³⁾ Vgl. oben bei §. 684 Abs. III (bei den R. 13–16); dann bei §. 689 Abs. V Anm. 3.

Masse bezahlen! Wenn es also Jemandem schwer fällt z. B. $\frac{1}{3} \times$ zu zahlen, so wird ihm erlaubt $\frac{2}{3} \times$ zu zahlen!⁴⁾

Darf nun der Interpret den so verballhornten §. zurückcorrigiren? Diese Frage zerfällt wieder in zwei Fragen: a) Dürfen wir die anstößigen Worte des §. 693 tilgen? Das ist unnöthig; sie geben ja nur eine Erlaubniß, von der eben Niemand Gebrauch machen wird! b) Dürfen wir die bei der Super-Revision getilgten Worte des Textes von 1804 wieder zu Ehren bringen? Zeiller thut es im Commentar (II S. 651 a. E.) und schärft (in stiller Polemik gegen die Urheber jener Aenderung) dem Leser ein: „Nie aber kann der Legatar angehalten werden, aus seinem eigenen Vermögen zur Bedeckung eines fremden Vermögens beizutragen.“ Dieses „nie“ ist doch zu kategorisch. Wir dürfen jene getilgten Worte nicht als im §. 693 enthalten ansehen, und können nur dort in ihrem Sinne entscheiden, wo wir ohne sie (von ihnen absehend) aus allgemeinen Ermägungen zu gleichem Resultat gelangen. Und da müssen wir sagen: Die arglose Veräußerung des Empfangenen darf dem Legatar nicht zum Nachtheile gereichen.⁵⁾ Hat er aber dolos oder doch leichtfertig gehandelt, so hat er jedenfalls den vollen Beitrag zu bezahlen.⁶⁾

III. „Ist der empfangene Gegenstand ohne Dolus des Legatars zu Grunde gegangen oder verschlechtert worden, so hat der Legatar dafür nicht zu haften (§. 693 i. f.), und wird im ersten Falle von aller Beitrags- oder Rückerstattungspflicht frei.“⁷⁾ Nur muß er die etwa bezogenen Nutzungen zurückstellen; und dieses auch immer, so oft er, um den Beitrag zu vermeiden, die empfangene Sache oder das Recht zurückgibt (bez. auf das ihm bestellte Recht verzichtet). Andererseits kann er Ansprüche wegen Zinsen haben; sowohl in dieser Hinsicht, als in der der Verschlimmerungen wird er als redlicher Besitzer behandelt (§. 693 a. E.). Wenn er aber die Eventualität der Rückstellung vor Augen haben mußte, ist er zwar noch immer redlicher, aber nicht mehr unbefangener Besitzer, also strenger zu beurtheilen.⁸⁾

IV. Für die Werthbestimmung, die der Berechnung des Beitrages zu Grunde gelegt werden soll, können an sich drei Zeitpunkte als maßgebend gedacht werden: der des Todes des Erblassers, der des Empfanges, und der gegenwärtige (d. h. der der Beitragsberechnung). Am leichtesten zu ermitteln ist der letzte; auch würde dieses mit dem Schluffatz von §. 693 harmoniren.⁹⁾ Das Gesetz jedoch entscheidet sich für den mittleren, und bezieht sich der Satz über zufällige Verschlimmerungen nur auf den Fall, wo das Empfangene in natura zurückgestellt wird.^{9a)} Ferner verordnet §. 693, daß zu dem Werthe die inzwischen gezogenen Nutzungen hinzugerechnet werden sollen. — S. übrigens Sammlung XVII Nr. 7352 (oben bei §. 692 Abf. VI Z. 6).

V. Ueber die Rückstellung beim legatum debiti s. oben S. 451. — Ueber die Schmälerung der Sublegate ist das bei §. 692 Abf. IV Gesagte zu wiederholen, m. a. W.: jenes Abzugsrecht hat der Hauptlegatar im Falle des §. 693 ebenso, wie im Falle des §. 692. Hat auch schon der Sublegatar das Vermächte empfangen, so findet auf ihn §. 693 sinngemäße Anwendung.

⁴⁾ Vgl. Unger §. 66 Anm. 12.

⁵⁾ Vgl. Unger (a. a. D.), dessen übereinstimmende Ansicht um so mehr in's Gewicht fällt, als er unbefangener der Frage gegenüber stand (ohne Kenntniß des Textes von 1804 und der Meinungsverschiedenheit unter den Superrevisoren).

⁶⁾ Sagt doch Zeiller (a. a. D.) selbst: Wäre der Legatar „auf die Gefahr der Zurückstellung aufmerksam gemacht worden“, so sei er „bis nach erloschener Gefahr einem Fruchtnießer gleich zu stellen.“

⁷⁾ Unger a. a. D.

⁸⁾ Aehnlich, wie der bona fide possessor nach der Klagezustellung. Vgl. auch N. 6.

⁹⁾ Daß Unger (§. 66 A. 6) so entschieden de lege ferenda für den ersten Zeitpunkt eintritt, hängt mit seiner ganzen (aus §. 66 pr. und Anm. 1, 3, 6 sich ergebenden) Auffassung zusammen, über die wir im Excurse zu §. 692 berichten.

^{9a)} Vgl. über das preuß. Recht Gruchot I. S. 608—610.

Von den gesetzlichen Beiträgen zu öffentlichen Anstalten.

§. 694.

Die Beiträge, welche ein Erblasser nach den politischen Vorschriften zur Unterstützung der Armen-, Invaliden- und Krankenhäuser und des öffentlichen Unterrichtes in dem Testamente ausgesetzt hat, sind nicht als Vermächtnisse anzusehen; sie sind eine Staatsauslage, müssen selbst von den gesetzlichen Erben entrichtet, und können nicht nach den Grundsätzen des Privat-Rechts, sondern nur nach den politischen Verordnungen beurtheilt werden.

I. Redaction. Der §. 694 ist eine fast wörtliche Wiedergabe des §. 482 Westgal. (S. B. II.) Die Fac. Freiburg wollte gegen's Ende einschalten „insoweit sie nicht die vorschriftmäßige Summe übersteigen“ . . ., welches gute Monitum unberücksichtigt blieb, aber nicht weil die Redactoren seinen Inhalt mißbilligten, sondern weil sie ihn (mit Zeiller) für selbstverständlich hielten, was wohl zu merken ist. Am Schlusse des §. wollte dieselbe Facultät beifügen: Wenn Jemand einer solchen Anstalt eine geringere als jene Summe legire, so seien beide zu entrichten: die eine als gesetzliche Auflage, die andere als Legat. Die Ablehnung dieses zweiten Monitum geschah aus meritorischen Gründen. Zeiller erklärte, es widerspräche dies ebenso dem Willen des Erblassers, als den bestehenden Vorschriften.²⁾ Es wurde (S. v. 8. Mai 1804) beschloffen, an §. 482 nichts zu ändern.^{2a)}

II. Man nennt diese Beiträge auch „fromme“ Vermächtnisse“ oder „gesetzliche fr. V.“³⁾ „Insoweit“ die testamentarisch ausgesetzten Beiträge „das gesetzliche Maß übersteigen, sind sie auch wahre (freiwillige) Vermächtnisse, und nach dem Privat-Rechte zu beurtheilen.“⁴⁾ Daher unterliegt auch dieses Uebermaß dem Abzuge zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Vermächtnisnehmer (S. 692); der gesetzliche Beitrag hingegen geht als eine auf der reinen Erbschaftsmasse haftende Staatslast allen Legaten vor, und muß nur den Forderungen der Erbschaftsgläubiger nachstehen.“ (Zeiller.⁵⁾ Wenn solche Beiträge ausdrücklich vermacht sind, gehören sie zu den wahren legata pia und genießen alle Vortheile, welche nach dem Gesetze und der etwaigen Vorschrift des Testators diesen zukommen. In dieser Hinsicht ist aber nicht das gesetzliche Maß und das Uebermaß zu unterscheiden, sondern es genießt das ganze fromme Vermächtniß jene Begünstigungen (namentlich die des §. 685).⁶⁾

1) Varianten: „nach den bestimmten gesetzlichen Vorschriften“ (so noch Beschluß der ersten Lesung); „der Armen, Invaliden- und Krankenhäuser“ (so noch in der Reinschrift der Beschlüsse erster Lesung; die der zweiten hat bereits die den Sinn des Satzes wesentlich ändernden Verbindungsstriche); die jetzige Lesart ist die schlechtere, denn z. B. der Beitrag zum steierischen Hauptarmenfonde ist zwar für die Armen, aber nicht für ein Armenhaus bestimmt. Eine noch entschiedenere Verschlechterung war die Einschaltung des „nur“ am Ende, über welche das Protokoll keine Auskunft gibt, die sich aber schon in der Reinschrift der Beschlüsse erster Lesung findet.

2) S. Schuster (unten Note 12) S. 335 unter lit. G.

2a) Vgl. die Note 1.

3) Kein glücklicher Sprachgebrauch, da der erstere Ausdruck zu einer Vermengung mit den wahren „frommen V.“ (leg. ad pias causas) verleiten kann. Vgl. Winwarter in der Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1830, I S. 178. (S. jedoch auch unten Text zu Note 6.) „Gesetzliches V.“ ist zweideutig; es kann gemeint sein ein V., das der Testator, einem Gesetze zu genügen, aussetzt; es kann aber auch eine durch das Gesetz bewirkte Zuwendung, ein gesetzlicher Anspruch gemeint sein, was dann eine contradictio in adiecto ist, vgl. oben S. 391 Note 30. Zeiller S. 652 glaubt, daß der Ausdruck „Vermächtnisse“ daher rührt, weil diese Beiträge häufig von den Erblassern ausdrücklich, und zwar in einem höheren Betrage, als der zur Pflicht gemacht ist, ausgesetzt werden.“^(?)

4) Demnach scheint Zeiller an der ungeschickten Einschaltung des „nur“ im letzten Satztheile unschuldig zu sein. Denn sein obiger Ausspruch widerlegt geradezu den Endsatz von §. 694. Vgl. das erste Freiburger Monitum (in Abs. I.).

5) Commentar II S. 652 f.

6) Gut hierüber Brochner Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1837 II S. 49 f. (gegen Winwarter).

III. „Sie sind eine Staatsanfrage, müssen selbst von den gesetzlichen Erben entrichtet . . . werden“ (§. 694). Obwohl diese Worte richtig sind, beruht ihre Belassung doch auf einem Redactionsversehen. Denn sie entsprangen dem falschen Gedanken und erwecken ihn, als ob darin ein Unterschied zwischen diesen Beiträgen und wahren Vermächtnissen ausgesprochen wäre, was aber nach §. 726 a. b. G. B. (und ebenso schon nach §. 512 Westgal. G. B. II) offenbar unrichtig ist. Entweder sind diese Worte aus einem alten, noch die römischen Grundsätze über das test. desertum voraussetzenden Entwurfe stehen geblieben, oder es ging die Meinung dahin: „auch wo keine letztwillige Anordnung (nicht einmal ein Testament-Codicill) vorliegt, müssen diese Beiträge doch geleistet werden.“⁷⁾ — „Superflua non nocent“ gilt aber bei Gesetzestexten nicht, und wirklich haben die gerügten Worte schon Anlaß zu Mißverständnissen gegeben.⁸⁾

IV. Die einschlägigen Vorschriften sind nach den Kronländern verschieden;⁹⁾ manche beziehen sich nur auf einzelne Städte.¹⁰⁾ Die Darstellung derselben gehört nicht in das Privatrecht, wie denn auch §. 694 dies besagt und sich auf eine ganz allgemein gehaltene Verweisung beschränkt. Darum können auch wir auf diese „politischen Verordnungen“ so wenig, als auf die über die Erbschaftssteuern eingehen.¹¹⁾ Um so berufugter können wir dieses unterlassen, als wir in der Lage sind, auf eine erschöpfende und gediegene Behandlung dieser Materie verweisen zu können.¹²⁾

Zwölftes Hauptstück.

Von Einschränkung und Aufhebung des letzten Willens.

Wie das zehnte (s. S. 210), so behandelt auch das zwölfte Hauptstück zwei verschiedene Materien und wäre besser in zwei Hauptstücke zerlegt worden. In seiner

⁷⁾ Beide Erklärungen lassen sich auch combiniren; es kann die Belassung der Worte auf diesem Gedanken beruhen.

⁸⁾ So leitete in einem Falle (Sammlung XVII Nr. 7501) die II. Instanz daraus ein Argument ab gegen die proportionale Vertheilung dieser gesetzlichen Lasten auf Erben und Legatäre.

⁹⁾ Anders z. B. ist der „Schulbeitrag“ in Böhmen, anders in Dalmatien. Der „Normalschulfonds-Beitrag“ besteht nur noch in einigen Ländern. In Steiermark besteht ein Beitrag zu einem steiermärkischen Schullehrer-Pensionsfond u. s. w.

¹⁰⁾ Z. B. Beitrag zum allgemeinen Krankenhause in Wien, ähnliches in Prag, Brünn, Lemberg u. s. w.

¹¹⁾ Unter den Commentatoren gehen nur Nippel (kurz und veraltet) und Ellinger (Kaleffa) darauf ein; bei letzterem sind fünf Seiten dieser Materie gewidmet. Dasselbst sind auch die wenigen einschlägigen Aufsätze und vornehmlich die Entscheidungen nachgewiesen. — Aus der Sammlung heben wir hervor: VI Nr. 3077 (Abrechnung der auf einem gebührenfreien Nachlassgute versicherten Passiven); XII Nr. 5489 (diese Beiträge sind auch von dem gebührenfreien beweglichen Nachlass eines im Inlande verstorbenen Ausländers zu entrichten); XII Nr. 5212. Der oberste G. H. entschied daselbst, die Legatäre hätten nicht beizutragen, bez. der Erbe könne nicht von ihnen proportionalen Ersatz (§. 1042) verlangen. Genau entgegengesetzt und wohl richtiger entschied später derselbe Gerichtshof, XVII Nr. 7501.

¹²⁾ Der Leser findet alles in wohlgeordneter Darstellung vereinigt bei Ferd. Schuster, Commentar z. Gef. über das Verfahren außer Streitfachen. 2. neu bearbeitete (und zwar gänzlich umgearbeitete) Auflage (Wien 1878). Anhang IV: „Von den von Verlassenschaft zu entrichtenden gesetzlichen Gebühren und der Einflußnahme des Gerichtes auf deren Bemessung.“ Unter 1) werden die unmittelbaren Gebühren (die eigentlichen Staatsgebühren) behandelt (§. 283—322); unter 2) die anderweitigen Beiträge (die sog. frommen Vermächtnisse) (§. 322—336); unter 3) wird vom Abfahrtsgebe und von den Freizügigkeitsverträgen gehandelt (§. 336—342). In engster Beziehung zu §. 694 steht die mittlere Abtheilung (§. 322—336).

ersten Hälfte (§§. 695—712) handelt es nämlich von der „Einschränkung“, in der zweiten (§§. 713—726) von der „Aufhebung des letzten Willens“. Mit jenem Worte sind die in der Theorie sog. (zum großen Theile fälschlich sogenannten) „Nebenbestimmungen“ (s. bei §. 695 N. 1) (condicio, dies, modus) gemeint; dieses Wort findet sich in unserem Gesetzbuch in dem Hauptstück von Verträgen, in der Marginalnote zu §. 897 ff., umfaßt aber dort „Bedingungen, Bewegungsgrund, Zeit, Ort, Art der Erfüllung, Angeld, Reugeld, Nebengebühren“;¹⁾ in unserem Hauptstücke findet sich das Wort nicht. — Die erste Materie des 12. Hauptstückes ist von der zweiten noch tiefer geschieden, die Zusammenfassung der beiden eine noch mehr äußerliche, als solches im zehnten Hauptstücke der Fall ist. Dennoch fehlt es nicht ganz an verbindenden Gedankenfäden, nur sind es die losen Fäden spielender Vergleichung und Verknüpfung. Zwischen jenen Nebenbestimmungen und dem Widerruf besteht die Ähnlichkeit, daß es der Wille des Testators ist, der seiner Anordnung dort eine Schranke, hier ein Ende setzt. Auch das Ende (kann man den Vergleich weiter spinnen) sei eine Schranke, und jene Beschränkungen hinweg könnten der Wirksamkeit der Anordnung ein Ende setzen. Beim Eintritte der Resolutiv-Bedingung oder des Endtermins oder bei Nichtbefolgung des Auftrages finde die Honorirung ihr Ende. Solcher Vergleich ist nun freilich schief, weil hier die Anordnung in Kraft trat und nur ihrer Wirkung ein Ziel gesetzt ist, während die widerrufenen Anordnung im Keime erstickt ist, nie zur Wirksamkeit gelangt; das eine Mal verliert der Honorirte das schon Empfangene, das andere Mal hat er überhaupt noch nichts empfangen.^{1a)} Zutreffender schon wäre der Vergleich des Widerrufes mit der Defizienz der aufschiebenden Bedingung; denn auch im letzteren Falle hat die Anordnung eine effective Honorirung niemals bewirkt: die Erbeinsetzung oder das Vermächtniß ist hier wie dort vereitelt. Beidesmal hebe der Wille seine eigene Anordnung wieder auf. Die Bedingung enthalte einen Widerruf für einen bestimmten Fall. Erst tiefere Untersuchung zeigt den Unterschied: das eine Mal (Widerruf) die Aufhebung (Entkräftung) einer *lex privata*, das andere Mal (Bedingung) eine in Geltung verbleibende *lex privata* mit doppeltem (positivem und negativem) Inhalte. Der in der widerrufenen Anordnung Bedachte geht leer aus, weil diese nicht gilt; bei vereitelter Suspensiv- oder eintretender Resolutiv-Bedingung zerfällt die Honorirung kraft der Anordnung. Die Redactoren scheinen aber wirklich auch hier an einen Widerruf gedacht zu haben; es finden sich Anklänge in den Protokollen an diese Vorstellung,^{1b)} ohne daß die Redactoren näher darauf eingegangen wären; wie es denn überhaupt nicht ihre Sache war, mit rein theoretischen Fragen sich eingehend zu beschäftigen. Auf jenen Gedanken beruht die falsche Einreihung des §. 720. Er behandelt einen Modus, dessen Nichtbefolgung (s. §. 709) als Resolutiv-Bedingung wirkt. Der §. 720 ist aber unter die Rubrik „ausdrücklicher Widerruf“ eingereiht^{1c)} und Zeiller sagt (S. 699) bei §. 720: „Eine solche Androhung kann man als eine auflösende Bedingung (§. 696), als einen Auftrag (§. 709), oder auch als einen vorläufigen Widerruf betrachten.“ —

Läßt sich nun die Zusammenstellung so verschiedenartiger Fragen kaum billigen, so verdient doch die Terminologie „Einschränkung“ unseren Beifall. Sie paßt wirklich ebensowohl auf die Bedingung, welche die Honorirung auf gewisse Fälle, als auf die Befristung, welche sie in der Dauer beschränkt, sie paßt auch auf den modus sowohl wegen seiner meist werthmindernden Wirkung, als (und noch mehr) wegen

1) Vgl. Helm's unten citirten Aufsatz §. 4: Mit den „zufälligen Bestimmungen“ meint er die *accidentalialia negotii*.

1a) Ebenso Czupharz Zur Lehre v. d. Resolutiv-Bedingung S. 83 N. 11.

1b) Vgl. Bucher Recht d. Fordgn. (1. Aufl.) S. 62, der bei bedingten Verträgen in der nicht eingetretenen Bedingung einen stillschweigenden Dissens findet.

1c) In der Reinschrift der Beschlüsse erster wie zweiter Lesung war er der vorletzte §. des Hauptstückes und stand unter der Rubrik „vermutheter Widerruf“.

seiner Ähnlichkeit mit der Resolutiv-Bedingung. Und so denn auch auf die Voraussetzung (im engeren Sinne). Wollte Jemand einwenden: auch das Vermächtniß könnte eine Einschränkung der Honorirung genannt werden, so ist zu antworten, daß die werthmindernde Bedeutung des modus nebenfächlich, unwesentlich sei und wir das zweite Moment betont haben,²⁾ welches beim Vermächtnisse fehlt; daß wir übrigens gegen jene Bezeichnung, wenn sie nicht als technische gemeint ist, umsoweniger einzuwenden haben, als u. E. Vermächtniß und Modus (theoretisch, wie praktisch betrachtet) allerdings verwandte Institute sind. Doch davon ist erst bei §. 709 ff. zu sprechen.

Mit der Ueberschrift „Aufhebung des letzten Willens“ ist zunächst die Aufhebung durch den Willen des Testators gemeint; nur §. 726 geht auf andere Fälle der Unwirksamkeit. Man beabsichtigte nicht, hier eine vollständige Normirung der nachträglichen Ungültigkeit und Unwirksamkeit zu geben,³⁾ wie es z. B. das französische Gesetzbuch im III. Buche II. Titel V. Capitel VIII. Abschnitt (a. 1035 ff.) thun wollte (aber freilich nur recht mangelhaft gethan hat). Die in den Lehrbüchern neben dem Widerruf behandelte, vom Willen des Testators unabhängige Entkräftung letztwilliger Verfügungen⁴⁾ ist in unserem Gesetzbuche nirgends ex professo behandelt, sondern es finden sich die einschlägigen Bestimmungen an verschiedenen Orten zerstreut.⁵⁾ S. übrigens bei §. 726. —

Ueberschrift und Gliederung dieses Hauptstückes sind aus dem Westgal. G. B. (II 14) beibehalten. Zeiller gab in der S. v. 8. Mai 1804 über den Inhalt des 14. Hauptst. des Westgal. G. B. folgende Uebersicht: „I. Eingeschränkt kann der letzte Wille werden: a) durch Bedingungen (§§. 483—491), b) durch Bestimmung einer Zeit, wann das Recht anfangen soll (§§. 492—495), c) durch Bestimmung eines von der bedachten Person zu erfüllenden Zweckes (§§. 496—499). II. Aufgehoben wird der letzte Wille: a) durch einen stillschweigend, mittelst Handlungen erklärten Widerruf (§§. 500—504), b) durch ausdrücklichen (§§. 505—507) oder c) durch einen gesetzlich vermutheten Widerruf (§§. 508—512).“⁶⁾ Ein Blick auf die Marginalien unseres Hauptstückes⁷⁾ zeigt, daß man sich an die Reihenfolge der Vorlage hier mehr als sonst gehalten hat. —

Die Anordnungen dieses Hauptstückes betreffen, wo nicht das Gegentheil gesagt ist (s. §§. 713, 714, 724—726) gleichmäßig Testament und Codicille, Erbseinzetzungen und Vermächtnisse, was von Zeiller sowohl in der Commission (s. bei §. 695 Abf. I), als im Commentar (II. S. 656 pr.) gesagt wurde. Vgl. auch §§. 695, 700, 701, 702, 707, 708. Darum wurde z. B. in §. 696 statt „das Erbrecht“ „das zuge dachte Recht“ gesetzt; ebenso steht in §. 703 „zuge dachter Nachlaß“ als allgemeiner, Erbtheil und Vermächtniß umfassender Ausdruck. —

Im corpus iuris ist der Hauptsitz der Lehre von den Bedingungen im Erbrechte: Dig. de condic. instit. 28. 7, de condic. et demonstrat. 35. 1, Cod. de instit. v. subst. s. restit. sub condicione factis 6. 25, de condic. insertis tam legatis q. fide. 6. 46; in den Titeln de legatis (Dig. XXX, XXXI, XXXII) und quando dies (Dig. 36. 2 und Cod. 6. 53) wird auch von Bedingungen und Befristungen gehandelt; erst darnach sind zu nennen die Titel de O. et A. Dig. 44. 7 und de V. O. Dig. 45. 1 und andere obligationenrechtliche Titel. Der Modus

²⁾ Vgl. Brinz Pandekten 1. Aufl. S. 1534.

³⁾ Bei der Verschiedenartigkeit der einschlägigen Fälle läßt sich dies rechtfertigen; an das System eines Gesetzbuches darf man nicht dieselben Anforderungen stellen, wie an das eines Lehrbuchs.

⁴⁾ S. z. B. Arndts §§. 501—503: „Aufhebung des Testaments: a) durch den Willen des Testators, b) aus anderen Gründen.“ Vgl. Windscheid §. 563.

⁵⁾ Vgl. das oben S. 394 Nr. 8 über die Ungültigkeit der Vermächtnisse Gesagte.

⁶⁾ Die Uebersicht genügt ihrem Zwecke; doch ist sie nicht genau (s. §§. 495, 512).

⁷⁾ Nichts als eine Zusammenstellung derselben ist die in Zeiller's Comment. II S. 654 f. gegebene Uebersicht.

ist ebenfalls im Erbrecht (Dig. 35. 1, Cod. 6. 45) und bei der Schenkung (Cod. 8. 54 (55) behandelt.

Diesem Muster, und dem einiger älterer Lehrbücher, sind unsere Redactoren gefolgt, indem sie die Lehre von den Nebenbestimmungen im Erbrechte (§. 695 bis §. 712) und gleichsam nur ergänzend im Hauptstücke von den Verträgen (§. 897 ff.) behandelt haben. Da ein Gesetzbuch kein systematisches Lehrbuch ist, läßt sich diese Einreihung wohl billigen; spielen doch nirgends im Rechtsleben die Bedingungen eine so große Rolle, als in letztwilligen Anordnungen. Im preuß. L. R. wird diese Materie mehr zerstückelt vorgetragen: im Titel von Willenserklärungen (I, 4), von Verträgen (I, 5), von den Verordnungen von Todes wegen (I, 12) und an anderen Orten. Im franzöf. G. B. ist der Hauptsitz der Lehre das Obligationenrecht, und zwar III. Buch III. Tit. des contrats, IV. Cap. des diverses espèces d'obligations, sect. I: des oblig. conditionelles (a. 1168—1184), sect. II: des obl. à terme (a. 1185—1188), wogegen die Behandlung im Erbrechte eine ganz dürftige ist (s. bef. a. 900, 1040, 1041).

Die, hier allerdings besonders mangelhaften, Aufzeichnungen der Protokolle zeigen auffallende theoretische Blößen der Redactoren. Und dennoch (Dank dem praktischen Sinne und legislativen Tacte dieser Männer) ist diese Materie im Ganzen befriedigend normirt, viel besser als im gemeinen Recht. Denn, obgleich die römischen Juristen auch hier ihren Scharfsinn nicht verleugnet haben, und viele seiner Details dem Richter noch heute nützliche Winke sind, im Großen und Ganzen wird sich jede moderne Gesetzgebung von der römischen Lehre hier emancipiren müssen. Diese ist nämlich so vielfach durch die Eigenthümlichkeiten des römischen Erbrechtes und der römischen Geschäftsformen eingeengt gewesen, daß sie nicht zu einer vollen und befriedigenden Entfaltung gelangen konnte. Nationale Eigenthümlichkeiten haben hier eine große Rolle gespielt, und selbst der Vorwurf der Sophistik und Scholastik kann den römischen Juristen nicht ganz erspart werden.⁸⁾ Es können nicht schon an dieser Stelle die tiefgreifenden und läßlichen Abweichungen unseres Rechtes vom römischen Rechte dargelegt werden. Nur andeuten können wir, daß manche Probleme des römischen Rechtes für uns entfallen, dafür aber neue entstanden sind, an die bisher — weil sie eben dort sich nicht finden — wenig gedacht worden ist. Dahin zählen wir z. B. die bei §§. 707, 708 behandelten Streitfragen, den bedingten Erbverzicht und Erbvertrag, das negative Testament, den bedingten Widerruf und (was freilich nicht hierher, sondern zur zweiten Hälfte des Hauptstückes gehört) den Widerruf des Widerrufs.

Das österr. Recht läßt auch negative Testamente zu, d. h. letztwillige Anordnungen, durch welche Jemand direct von der gesetzlichen Erbfolge ganz oder theilweise ausgeschlossen wird. „N soll nicht mein Erbe sein“, oder auch „N soll nur $\frac{1}{8}$ bekommen“ (während er etwa sonst $\frac{1}{4}$ erhalten hätte). Für die Zulässigkeit solcher in gehöriger Form errichteter Anordnungen spricht durchschlagend die bei den Redactoren so beliebte Zurückführung der gesetzlichen Erbfolge auf den wahrscheinlichen Willen des Erblassers. Eine solche Anordnung kann auch bedingt sein; z. B. „wenn mein Nefse Heinrich die A heiratet, soll er von der gesetzlichen Erbfolge in mein Vermögen ausgeschlossen sein“. Offenbar ist dieser Fall nahe verwandt der Einsetzung unter der negativen Bedingung, „wenn er die A nicht heiratet“. Ebenso ist die Einsetzung

⁸⁾ Wir sind also ganz anderer Meinung, als die Redactoren des sächsischen Gesetzbuchs. In den Motiven (s. Siebenhaar's Commentar III bei §. 2117) heißt es: „Wenn irgendwo, so beruht das römische Recht gerade in der L. v. d. Bedingungen der Testamente auf einer praktischen Basis und auf einem tiefen Blicke („auf einem Blicke beruhen“) in das Innere des Menschen. Von dieser Ueberzeugung durchdrungen, hat man in das G. B. die gemeinrechtlichen Grundsätze über die Bed. bei Test. im Wesentlichen aufgenommen.“ — So wenig als diesen Worten können wir bestimmen einem Veruche Scheurl's, einige besonders anstößige, aber historisch begriffliche Sätze der römischen Bedingungslehre wegzudeuten. (Scheurl Nebenbestimmungen §. 76.)

dieses Neffen unter der Bedingung, „wenn er die A heiratet“, verwandt mit der Ausschließung desselben von der Intestat-Erbfolge unter der Bedingung, „wenn er die A nicht heiratet“. Von hier aus fällt ein helles Licht auf den oft mißverstandenen §. 808 a. b. G. B., der es dem eingesetzten Verwandten unmöglich macht, die Erfüllung der Bedingung dadurch zu umgehen, daß er sich ab intestato erbserklärt. Denn, indem der Testator einen gesetzlich zur Erbfolge berufenen N unter der Bedingung x einsetzt, erklärt er, daß N nur im Falle x den Nachlaß bekommen solle, sonst nicht; mithin ist er unter der umgekehrten Bedingung von der Intestaterbfolge ausgeschlossen, oder im vulgären Sinne „enterbt“. Die Bedingung „wenn er x thut“ für die Einsetzung — enthält die Bedingung „wenn er x nicht thut“ für die Enterbung.

Fremd war dem römischen Recht auch manche Frage, die mit der Zulassung der betagten Einsetzung, der Resolutiv-Bedingung bei letztwilligen Honorirungen (s. bei §. 695) zusammenhängt. Z. B. kann in den römischen Quellen der Fall nicht berücksichtigt sein, wo die Resolutiv-Bedingung schon bei Lebzeiten des Erblassers eingetreten ist. Daß hier die Honorirung erloschen ist, kann nicht zweifelhaft sein; die Redactoren würden das auf einen Widerruf zurückgeführt haben; wir berufen uns auf die Aehnlichkeit zwischen Eintritt der Resolutiv- und Ausfall der Suspensiv-Bedingung; der Resolutiv-Bedingung „wenn x geschieht“ ist in der Regel gleichwerthig die Suspensiv-Bedingung, „wenn x nicht geschieht“, (§. 708 pr.); s. übrigens auch §. 698 (vbs. „ob schon die Erfüllung . . .“).

Recht des Erblassers zur Einschränkung oder Aenderung seines letzten Willens.

§. 695.*)

Der Erblasser kann seine Anordnung auf eine Bedingung; auf einen Zeitpunkt; durch einen Auftrag; oder,**) eine erklärte Absicht einschränken. Er kann auch sein Testament oder Codicill abändern, oder es ganz aufheben.

I. Redaction. Der erste Satz von §. 483 Westgal. G. B. II. lautete: „Der Testator kann Jemanden unter besonderen Bedingungen, oder auf eine gewisse Zeit, oder zu einem bestimmten Zwecke zum Erben einsetzen.“

Zeiller änderte (S. v. 8. Mai 1804) den Text dahin, daß er mit dem jetzigen großentheils wörtlich übereinstimmt, nur hieß es in der Mitte: „auf eine gewisse Zeit, oder einen bestimmten Zweck einschränken“. Er begründete diese Aenderung damit, daß sich ja dieses Hauptstück nicht bloß auf Erbeinsetzungen, sondern auch auf Vermächnisse und Fideicommissie beziehe. Dies bedachte man nicht, als man später (bei Berathung der jetzigen §§. 709 ff.) den Text dahin änderte: „ . . . Zeit, oder mit einem Auftrage oder unter einer gewissen ausgedrückten Absicht zum Erben einsetzen“, da man eben nur an die Ersetzung von „Zweck“ durch „Auftrag“ und „Absicht“ dachte. Wann dies Versehen berichtigt und der jetzige Text festgestellt wurde, ist weder ersichtlich,¹⁾ noch von Interesse, da es sich dabei um eine rein äußerliche redactionelle Berichtigung handelt. Interessant dagegen ist der zweite Satz jenes §. 483: „Er kann auch, wenn kein Vertrag entgegensteht, sein Testament, oder Codicill abändern, er kann es ganz aufheben.“ Hier wird also der Erbvertrag, wie es scheint, nach Art der Hartmann'schen Auffassung in ein Testament und einen Vertrag zerlegt, und die Möglichkeit eines Vermächniß-Vertrages statuirt. Zeiller hat den Zwischensatz „wenn kein Vertrag entgegensteht“ gestrichen, mit der Bemerkung: daß ein Vertrag nicht einseitig aufgehoben werden könne, sei schon andermwärts bemerkt.

*) Zu §. 695—703 gehört Jos. Helm Abhandlung über den Begriff und die Eintheilung der Bedingungen nach dem österr. a. b. G. B., Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1825 I S. 204—238.

***) In der Z. G. S. fehlt dieser Beistrich.

1) Schon in der Reinschrift der Beschlüsse erster Lesung stimmt der §. (395) von Anfang bis zu Ende mit dem jetzigen Texte wörtlich überein.

Im Commentar (S. 655) verweist er einfach auf seine Bemerkungen zu §. 552 Nr. 3 (S. 415 f.). An den §. 483 knüpften sich weder Monita noch eine Debatte, und da auch Zeiller ihn so oberflächlich behandelte, so vermiffen wir hier z. B. die so wünschenswerthe Aufklärung über die Frage nach dem Vermächtnißvertrag (f. §. 1255 ff.), und §. 695 wird für uns ganz bedeutungslos. — Die in anderen Sitzungen vorgekommenen, den Vermächtniß-Vertrag betreffenden Andeutungen werden wir an späteren Stellen (bei §. 956 und bei den Erberträgen) besprechen.

II. §. 695 ist nichts, als eine mißige Inhaltsübersicht des Hauptstückes, an dessen Spitze er steht, ähnlich wie der §. 1217; vgl. auch §. 1342, §. 1375. Daraus erklärt sich auch die Erwähnung der „Absicht“, welche nur der Vollständigkeit wegen geschah, aber insofern unpassend ist, als §. 711 gerade die negative Bestimmung enthält, daß mit der „erklärten Absicht“ in der Regel keine Einschränkung gesetzt sei. Näheres s. bei §. 709 ff. Abs. VI, vgl. auch Abs. II i. f. In alten Werken findet man unter den Nebenbestimmungen^{1a)} noch demonstratio und causa aufgeführt; ^{1b)} auch darüber ist a. a. D. die Rede. — Die bloß doctrinäre Natur der §§. 695, 696 ist übrigens in den Marginalien des Gesetzes selbst damit anerkannt, daß erst die §§. 697 ff. als „Vorschriften“ bezeichnet werden.

III. Bedingung²⁾ ist die Einschränkung der Disposition (hier der Honorirung) auf einen (vom Testator angegebenen) Fall, welcher selbst auch „Bedingung“ genannt

^{1a)} Wir glauben, daß dieser Ausdruck etwa für dies und modus, aber gar nicht für condicio und causa paßt. Unwillkürlich erzeugt er die Vorstellung von etwas Neben-sächlichem, minder Wichtigem, oder doch die einer bloßen Modification, und doch ist der Unterschied von bedingt und unbedingt oft nicht geringer als der von Ja und Nein. Vollends unpassend ist die Anwendung auf das Causalmoment der Geschäfte unter Lebenden. — Viele Irthümer sind auf diesen unpassenden Sprachgebrauch zurückzuführen (s. bei §. 697 Abs. II); es ist daher diese terminologische Frage nicht so gleichgültig, wie Unger §. 16 Anm. 3 a. E. meint, der doch selbst früher sich im gleichen Sinne, wie wir geäußert hat; s. Unger System II §. 82 N. 3 und §. 83 N. 3. — Scheurl setzte den Ausdruck sogar auf den Titel seiner Monographie, gibt übrigens zu, daß er „falsche Vorstellungen erregen kann“ (S. 2). S. freilich auch Windscheid §. 86 N. 3.

^{1b)} S. Höpfner §. 575 f., Mackeldey §. 653 und §. 711.

²⁾ Ähnlich wie „condicio“ hat auch „Bedingung“ verschiedene untechnische Bedeutungen. Es bedeutet zuweilen den Vertrag, und zwar vom Standpunkte des Promissars aus betrachtet, wie „bedingen“ durch Vertrag festsetzen bedeutet (ähnlich condicio von con-dicere; vgl. „Ausgedinge“; „sich bedingen, sich ausbedingen“ = sich versprechen lassen, vgl. stipulari). So in §. 105: „Bedingungen in Absicht auf Vermögen und Unterhalt“; §. 995 „Zinsen, welche ohne ausdrückliche Bedingung aus dem Gesetze gebühren“; vgl. §. 1001, §. 1502: es kann nicht „eine längere Verjährungsfrist . . . bedungen werden.“ Dester noch geht es auf den Vertrags-Inhalt (§§. 983, 1086, 1103, 1115, 1122, 1167, 1210, 1287, 1370) oder einzelne Theile („Punkte“) desselben, z. B. die Gegenleistung, die Erfüllungszeit, die dicta et promissa (f. §. 273: „unter gefährlichen Bedingungen geschlossene Borgverträge; §. 922, §. 1153, §. 1154); so sagt man: „unter günstigen Bedingungen verkaufen“; vgl. meliorem conditionem facere (l. 1 D. de in diem add. 18. 2); „unannehmbare Bedingungen einer Offerte“. Daher auch „Bedingung“ = Nebenvertrag: §§. 1071, 1072 „Bedingung des Wiederverkaufes oder Wiederkaufes“ (im §. 1083 geht diese Bedeutung in die technische über); §. 1371 mit der Randnote „unerkaufte Bedingungen“ spricht von ungültigen „Bedingungen und Nebenverträgen“ des Pfandvertrages. — Zuweilen ist „Bedingung“ soviel, als „nähere Maßgabe“, so in §. 842. In §. 1347 erklärt sich „die den Bürgen zu Statten kommende Bedingung“ aus §. 1355 („erst dann belangt werden, wenn der Hauptschuldner nicht . . . erfüllt hat“). — Oft werden die gesetzlichen Erfordernisse oder Voraussetzungen eines Erwerbes, einer Verfügung u. f. w. „Bedingungen“ genannt; vgl. z. B. §. 18, 29, 775 und die Marginalnote zu §. 797. [Nur in diesem Sinne kann der Mangel eines gültigen Testamentes als „Bedingung“ der gesetzlichen Erbfolge bezeichnet werden; während manche österreichische Schriftsteller an eine Bedingung im techn. S. denken und damit zu ganz unhaltbaren Resultaten, namentlich über die Bemeislast, gelangen; s. darüber und dagegen Ferd. Schuster Comm. z. Ges. über das Verfahren außer Streitsachen. 2. Aufl. S. 169 Note.] Zuweilen bedeutet „Bedingung“ soviel als „Vorbehalt“; „bedingte Erbserklärung“ ist die Ansetzung mit Vorbehalt des Inventars (cum beneficio inventarii); in §. 1071 und §. 1072 werden gewisse pacta adiecta im Texte „Bedingung“, in den Marginalien „Vor-

wird. Jenes kann man die subjective, dieses die objective Bedeutung nennen. Diese liegt sowohl dem ersten Satze (nicht auch den folgenden) des §. 696 („Bedingung heißt eine Ereignung“), als dem §. 695 zu Grunde: „auf eine Bedingung einschränken“ (= auf einen gewissen Fall einschränken), während in dem analogen §. 61 preuß. L. R. I 12 es heißt: „durch Beifügung einer Bedingung“ (also im subject. Sinne), wie es in unserem §. weiter heißt „durch einen Auftrag“. Jene Bedeutung wird vollends außer Zweifel gestellt durch die Parallele mit den Worten „auf einen Zeitpunkt“; denn „Zeitpunkt“ hat immer die objective, wie „Zeitbestimmung“, „Verstimmung“, „Betagung“ die subjective Bedeutung (vgl. übrigens bei §. 704 ff. Note 25). — Ueber das Wesen der Bedingungen wird bei §. 696, über ihr Verhältniß zur Betagung und zur Auflage ebendasselbst, über die Eintheilungen der Bedingungen bei den §§. 696—699 die Rede sein. — Vom „Auftrage“ ist in §§. 709 ff., von der „erklärten Absicht“ in §. 711 die Rede.

IV. Daß der Testator in der Freiheit, von welcher der erste Satz des §. 695 spricht, durch das Pflichttheilsrecht beschränkt wird, wird bei §. 774 gezeigt werden.³⁾ Zu dem Schlusssatz des §. 695 verweisen wir auf unsere Bemerkungen über die Widerruflichkeit (§. 552) oben S. 60 f.; über das Verhältniß der Begriffe „legtmäßige Verfügung“ und „B. auf den Todesfall“ s. ebd. S. 61 ff. — „Der Testator ist, ungeachtet des festesten Vorsatzes oder der feierlichsten Versicherung, daß es unabänderlich bei seiner Erklärung verbleiben soll, noch immer berechtigt, seine Erklärung abzuändern.“⁴⁾ Derogatorische Clauseln sind zwar nicht, wie nach gemeinem Recht nichtig, aber sie „verhindern den Erblasser nicht, seinen letzten Willen zu verändern“ (§. 716).⁵⁾ Erbverträge können nicht einseitig, sondern nur mit Willen beider Paciscenten abgeändert oder aufgehoben werden (s. §. 602 und §. 1249 ff.). Dagegen sind gemeinschaftliche Testamente, selbst wenn sie correspectiv sind, jederzeit einseitig widerruflich (s. bei §. 583 Abs. IV, S. 167 f.). Schenkungen auf den Todesfall sind bald einseitig widerruflich, bald nicht (s. §. 603 und §. 956).

Arten der Einschränkung des letzten Willens:

1. Bedingung.

§. 696.

d. M.

Eine Bedingung heißt eine Ereignung, wovon ein Recht abhängig gemacht wird. Die Bedingung ist bejahend oder verneinend, je nachdem sie sich auf den Erfolg, oder Nichterfolg der Ereignung bezieht. Sie ist aufschiebend, wenn das zugedachte Recht erst nach ihrer Erfüllung zu seiner Kraft gelangt; sie ist auflösend, wenn das zugedachte Recht bey ihrem Eintritte verloren geht.

I. Redaction. Der §. 484 Westgal. G. B. II. stimmt mit der zweiten Hälfte unseres §. überein, nur hieß es beidesmal „das Erbrecht“, wo jetzt auf Zeiller's Antrag (S. v. 8. Mai 1804) der allgemeynere Ausdruck „das zugedachte Recht“ steht. Die erste Hälfte wurde nachträglich (S. v. 14. Mai) hinzugefügt, anläßlich der Berathung über den §. 491 Westgal. G. B. II, welcher so beginnt:

behalt“ genannt; vgl. §. 1083. — „Voraussetzung“ und „Bedingung“ sind zum großen Theile synonym. Das erstere Wort wird bekanntlich seit Windscheid in einer engeren Bedeutung als ein technisches gebraucht. Die älteren Juristen sprachen auch in den Fällen, an welche dabei gedacht ist, von „Bedingung“. Auch wird dieses Wort gebraucht, um condicio und Voraussetzung zusammenzufassen. Vgl. Helm a. a. O. §. 1 und §. 4.

³⁾ Die der Hinterlassung des Pflichttheils hinzugefügte Bedingung wird gestrichen. Der Unterschied zwischen diesem Falle und etwa den von §. 697, §. 698 i. f. liegt darin: in diesen Fällen hat die Streichung ihren Grund in der Beschaffenheit der Bedingung, dort (in §. 774) in der Beschaffenheit der (pflichtmäßigen und nicht zu schmälernenden) Hinterlassung.

⁴⁾ Zeiller S. 695 (bei §. 716), Z. 1.

⁵⁾ Näheres darüber unten bei §. 716; insbes. über den Fall, wo ein Testament sich selbst als „unwiderruflich“ bezeichnet s. dort Abs. VI Z. 6.

„Durch verneinende Bedingungen, durch solche nämlich, die sich auf den Nichterfolg einer Ereignung gründen . . .“¹⁾ — Aus diesem stückweisen Zustandekommen macht sich auch der schillernde Sprachgebrauch erklären; denn im ersten Satze steht das Wort *Bedingung* im objectivem Sinne (das bedingende Ereigniß), im zweiten ist die subjective Bedeutung die wahrscheinlichere (arg. vbs. „sich auf . . . bezieht“, während es sonst wohl hieße „darin besteht“ oder dergl.); im dritten Satze und in der Marginalnote ist die subjective Bedeutung unzweifelhaft, d. h. „*Bedingung*“ bedeutet hier den bedingenden Theil der Anordnung (vgl. bei §. 695 Abs. III). — Während §. 695 die Gliederung des ganzen Hauptstückes andeutet, enthalten die §§. 696—699 die Eintheilung der Bedingungen.

II. Die weitläufige romanistische Literatur²⁾ der Lehre von den Bedingungen ist nicht von dem gleichen unmittelbaren Interesse für das Verständniß des österreichischen Rechts, wie man es bei einer so allgemeinen Materie erwarten möchte. Denn das römische Recht hat hier keineswegs seine Entscheidungen aus der Natur der Bedingung geschöpft, sondern vielmehr aus der Natur der verschiedenen bedingten Rechtsgeschäfte und deren Formen. Die Lehre von den Bedingungen konnte sich nicht frei entfalten, sondern war durch historisch gegebene Eigenthümlichkeiten behindert; die allgemeinen Gedanken mußten sich einem spröden positiven Stoff anbequemen.³⁾ Dazu kommt, daß das Verdienstliche jener Literatur mehr in dem Erforschen des Einzelnen, in der Zusammenfassung unzähliger im ganzen corpus iuris und den übrigen Rechtsquellen zerstreuter Entscheidungen unter allgemeinere Gesichtspunkte, in der Nachweisung historischer Zusammenhänge besteht, als in der Begründung derjenigen principielle Gedanken, welche über das römische Recht hinaus Geltung haben, so viel Beachtenswerthes auch hierüber gesagt worden ist. Am wenigsten befriedigend ist die Analyse des Begriffes. In den Ansichten über das Wesen der Bedingung herrscht eine Zerfahrenheit, die theils in mangelhafter psychologischer Beobachtung, theils in der Mehrdeutigkeit des sprachlichen Ausdrucks ihre Gründe hat; manche anscheinend principielle Differenz ist kaum mehr als ein Wortstreit. Die Bedingung wird als eine Willensbeschränkung definiert (s. auch die Marginalnote zu unserem §.) und dann darüber gestritten, was eigentlich beschränkt und was in's Ungewisse gestellt, unentschieden gelassen werde, wobei namentlich die Vieldeutigkeit des Wortes „der Wille“ Verwirrung anrichtet. „Wille“ bedeutet 1) eine Potenz des Ich, wie Gedächtniß, Urtheils-

¹⁾ Das (offenbar erst geraume Zeit nach der Sitzung verfaßte) Protokoll sagt bei §. 696 (484): „Zudeffen wurde dieser §. zufolge der in der S. v. 14. Mai bei dem §. 491 gepflogenen Berathung auf die in dem dortigen Protokolle enthaltene Art textiert.“ In diesem letzteren steht der jetzige Text des §. 696 mit folgender Notiz: der Vicepräsident v. Haan habe auf die Nothwendigkeit hingewiesen, eine Erklärung von „verneinenden Bedingungen“ zu geben. „Zufolge dieser Bemerkung und einer bei §. 496 nachfolgenden Erinnerung wird folgende Definition aufgestellt, aber auf Zeiller's Antrag dem §. 484 einverleibt.“ Vgl. unten bei §. 707 f. Note 5.

²⁾ Alte Literatur bei Glück IV S. 472 N. 29, dazu Donellus VIII 30—34, XV 8—12; dann bei Mühlensbruch XLI S. 45 f. N. 78. Die neuere Literatur ist verzeichnet bei Arndts §. 66 Anm. 1, N. 2 a. C., §. 67 Anm. 1 und 2, §. 71 N. 1, §. 72 N. 1; dann bei Windscheid I §. 86 in den Noten, §. 88 N. *, §. 89 N. *, §. 90 N. 1, §. 91 N. 1, 3, §. 93 N. 1, §. 94 N. *. Daß wir hier von dem Abdruck eines Verzeichnisses der Titel der überaus zahlreichen Schriften und Aufsätze absehen, die in diesen so verbreiteten Lehrbüchern angegeben sind, erscheint durch diesen Umstand und das Verhältniß dieser Literatur zur österr. Gesetzgebung gerechtfertigt. — Oesterreichische Literatur: die Aufsätze von Helm (s. bei §. 695) und Harum (s. bei §. 698); Unger System II §. 82, Erbrecht §. 16; Dworzak in Haimel's österr. Vjchsft. XV S. 235 ff.; Schiffner Lehrbuch §. 127; endlich in dem soeben erschienenen II. Theil. von Burckhard System des österr. Privatrechts §. 88, woselbst auch eine umfassende Literaturnachweisung.

³⁾ Wir müssen uns hier auf so vage Andeutungen beschränken. Wem sie nicht genügen, braucht z. B. nur die Schrift von Enneccerus über Suspensiv-Bedingung und Anfangstermin (1871) zu durchblättern, um eine concrete Vorstellung davon zu bekommen, was wir meinen.

kraft, 2) den psychologischen Hergang des actualen Willens, 3) den einzelnen Willensbeschuß a) als innerlichen, b) als erklärten, 4) seinen Inhalt, das Gewollte.⁴⁾

Die Bedingung betrifft nicht das Moment der Erklärung; die „bedingte Willenserklärung“ ist nicht die bedingte Erklärung eines Willens, sondern die Erklärung eines bedingten Willens.⁵⁾ Ebenso wenig liegt das Besondere des bedingten Rechtsgeschäftes in dem Verhalten des objectiven Rechtes; dieses bringt den (nicht vitiosen) bedingten Willen ebenso zur Geltung, als den unbedingten.⁶⁾ Die Bedingung ist auch keine Modalität des Willens (des Willens im subjectiven Sinne), sondern eine nähere Bestimmung des Gewollten (des Willens im objectiven Sinne). Der bedingte und der unbedingte Wille sind unterschieden nur in ihrem Inhalte.⁷⁾ Auch darf man bei der bedingten Willenserklärung keineswegs an einen doppelten Willen denken; der Willensact, der Beschluß ist auch hier einheitlich. Eher kann man von einem doppelten Inhalte desselben sprechen. Doch ist auch dies vorsichtig zu verstehen; es handelt sich nur um die Analyse und Verdeutlichung des Willens-Inhaltes. Also nicht etwa so: Der Testator will, daß A im Falle x sein Erbe werde; und dann will er, daß A im Falle nicht-x sein Erbe nicht werde. Dieses ist nicht neben jenem, sondern in und mit jenem gewollt. Es ist daselbe, als ob es hieße: „nur im Falle x soll A mein Erbe sein“. In jeder beschränkten und näher bestimmten (z. B. durch eine Zahl bestimmten) Erklärung liegt ein negatives und ein positives Moment, die sich von einander so wenig trennen lassen, als die concave und die concave Seite einer Kreislinie. Wer dem Kaufmann sagt: „Ich will von diesem Tuch 3 Meter haben“, negirt damit zugleich, daß er mehr davon haben wolle.⁸⁾ Stärker tritt das negative Moment bei einer bedingten Willenserklärung hervor, weil die unbedingte die Regel ist; hier muß dem Erklärenden das in seiner Anordnung enthaltene „nur“ zum Bewußtsein kommen. Wenn er hinterdrein sagen würde, er habe für den Fall nicht-x überhaupt nichts gewollt, so träte buchstäblich der Vorwurf zu: „er weiß nicht, was er will“. ⁹⁾

4) Z. B. „dein Wille ist geschehen.“

5) Unger System II S. 57. Vgl. Burdhard II S. 320 f.

6) Es kann zu Mißverständnissen führen, wenn man mit Windscheid §. 86 N. 3a sagt: Des bedingten Willens „besondere Eigenschaft besteht in der Abschwächung seiner Intensität, seiner Kraft. Er schafft nicht allein, sondern nur in Verbindung mit einem gewissen Umstande.“ Letzteres ist z. B. bei der puren Erbeinsetzung auch der Fall; der Erbe muß den Testator überlebet haben u. s. w.

6a) Wegen die Formel: „Der Wille beschränkt sich selbst“ s. jetzt auch Burdhard S. 323 (vgl. S. 321).

7) Vgl. darüber Hofmann Titulus und Modus (1873) S. 102 N. 99. Ungenau ist die Wiedergabe dieser Ansicht bei Windscheid a. a. O. a) Nicht ein doppelter, sondern ein einheitlicher Wille wird für die (Suspensiv-) Bedingung angenommen (s. oben im Texte); b) es geht diese Ansicht nicht dahin, „daß für den Fall des Ausfalls der Bedingung nicht gewollt sei“. Zwischen „er will nicht“ und „er will, daß nicht“, zwischen Nichtexistenz eines Willens und Existenz eines Willens mit negativem Inhalte liegt ein erheblicher, bei Aufstellung jener Wesensbestimmung nicht übersehener Unterschied. Vgl. Note 9.

8) Nur, daß bald diese, bald jene Seite deutlicher in's Bewußtsein tritt; die negative z. B. wenn jener Satz die Antwort auf die Frage des Kaufmanns ist, ob er Einem den „ganzen Rest“ (der etwa 6 M. hat) geben dürfe.

9) Damit zerfallen die Einstreuungen, welche Burdhard S. 360 gegen obige Auffassung gemacht hat. Ueber den Unterschied „des conträren und des contradictorischen Gegensatzes“ waren wir nicht im Unklaren (s. N. 7). Sophistisch ist das Beispiel mit dem Legate. Das Gesetz nimmt eben (S. 660) im Zweifel an, daß es sich um zwei verschiedene Legate handle; die an zweiter Stelle erwähnten 1000 fl. sind nicht dieselben, wie die erstgenannten. In der bedingten Zuerbenbung von 1000 fl. liegt allerdings die Erklärung, daß A diese 1000 fl. nur im Falle x haben solle, sonst nicht. Bezüglich der bedingten Erbeinsetzung behauptet B.: „Es ist unrichtig, daß der Testator nothwendig will, daß Z nicht sein Erbe werde, wenn x nicht geschieht. Er will in diesem Falle nur nicht, daß Z in Folge seiner vorliegenden Erklärung Erbe werde...“ Dies ist nicht nur psycho-

Auch die bedingte Willenserklärung ist Ausfluß eines perfecten Willensbescchlusses. Weder das Wollen, noch die Wirksamkeit desselben ist aufgeschoben; es ist nicht anders, sondern Anderes gewollt, als bei der puren Anordnung. Das Nichterben z. B. ist auch eine Wirkung des Willens. Wohl aber ist die Honorirung in's Ungewisse gestellt. Sehen wir uns darauf hin die bedingte und die unbedingte Erbssetzung an. Auch bei dieser ist es zur Zeit der Anordnung ungewiß, ob der Eingesezte die Erbschaft erlangen werde. Er erwirbt sie nicht, wenn er früher stirbt als der Erblasser; ebenso nicht, wenn er erbunfähig wird, wenn er ausschlägt. Ueberall aber ist hier das Nichterwerben keine Folge des letzten Willens. Im Falle der Defizienz der Bedingung dagegen bekommt der Eingesezte gemäß dem Willen des Testators nichts. Er geht leer aus, weil der Erblasser es so gewollt hat. Das Gesetz respectirt in der Ausschließung des Eingesezten hier den letzten Willen ebenso sehr, als wenn es impleta condicione den Eingesezten als Erben anerkennt. In jenen Fällen wie in diesen wird der Eingesezte nicht Erbe; dieses stellt sich aber dort als Vereitelung, hier als Erfüllung der letztwilligen Anordnung dar.^{9a}) — Unrichtig ist ferner die Meinung, daß durch die (Suspensiv-) Bedingung die Existenz des Rechtsgeschäftes hinausgeschoben oder unsicher gemacht sei; dieses besteht nicht nur factisch, sondern hat auch rechtliche Wirkungen,¹⁰) nur andere, als das unbedingte, weil eben hier und dort Verschiedenes gewollt ist; von diesen rechtlichen Wirkungen einer bedingten Honorirung pendente condicione handelt §. 707 a. b. G. B.

III. „Eine Bedingung heißt eine Ereignung, wovon ein Recht abhängig gemacht wird“ (§. 696 pr.). Hier wird der bedingende Umstand definirt, die Bedingung im objectiven Sinne¹¹), also nicht die Bedingung als Moment des Willens und auch nicht als Theil der Erklärung, der Anordnung. „Ereignung“ (veraltet für „Ereigniß“) paßt nicht gut auf negative Thatsachen. „Abhängig gemacht wird“ deutet an, daß dies durch Privatbelieben geschieht, also die Abhängigkeit nicht schon im objectiven Rechte begründet sei. Insofern ist diese Definition besser, als die ähnliche in Höpfner's Institut. §. 490: „Bedingung heißt . . . ein äußerlicher Umstand, von welchem ein gewisses Recht abhängt.“

Die in der modernern Wissenschaft herrschende Definition lautet: „Bedingung (conditio) heißt der Zusatz einer Willenserklärung, welcher das Dasein eines Rechtsverhältnisses von einem künftigen, ungewissen Ereigniß auf willkürliche Weise abhängig macht.“¹²) Es sollen damit als Scheinbedingungen ausgeschlossen werden die cond. in praesens v. praeteritum relatae (conceptae), die nothwendigen, unmöglichen Bedingungen, und solche, welche ohnehin schon nothwendige Voraussetzungen des Rechtsverhältnisses sind.¹³) Gegen diese Lehre hat Fitting in einem klar geschriebenen

logisch unrichtig, sondern würde auch zu falschen Entscheidungen führen. Wer einen Verwandten, der ab intestato sein Erbe wäre, unter der Bedingung x einsetzt, will, daß dieser im Falle nicht-x sein Erbe nicht werde. Es würde dem Eingesezten (selbst wenn er der einzige wäre) nichts nützen, wenn er, um sich der Erfüllung der Bedingung zu entziehen, die Erbschaft ausschlagen würde; f. §. 808. Vgl. oben S. 539.

^{9a}) Dies wird auch von Scheurl verkannt; so sagt er z. B. S. 74: „Die Bed. einer Willenserklärung verknüpft . . . die Wirksamkeit oder Geltung des erklärten Willens unzertrennlich mit der Verwirklichung einer thatsächlichen Möglichkeit . . .“ S. 75 §. 20: „Was durch die bedingte Willenserklärung eigentlich zu einem Bedingten gemacht werden soll, ist die Geltung des Willens . . .“ S. 93 §. 25: „Bed. ist die Nebenbestimmung einer rechtlichen Willenserklärung, wodurch die Verwirklichung des Willens an die Verwirklichung einer bestimmten thatsächlichen Möglichkeit gebunden wird.“

¹⁰) Nichtig Windscheid §. 86 Note 3a a. E.

¹¹) Burckhard nennt im Inhalts-B. (S. XXIII) die B. im subj. S. „Bedingnis“.

¹²) Die Worte sind von Savigny (System III S. 121), die Gedanken Gemeinut; f. die Nachweisungen bei Fitting in civil. Arch. 39. Bd. (1856) S. 309 und bei Enneccerus S. 85 f. Die Mitte zwischen dieser und der früher angegebenen alten Definition hält die bei Fitting S. 310 angeführte.

¹³) Vgl. Savigny §. 116, Arndts §. 66.

und anregenden Aussätze¹⁴⁾ theils wohlbegründete, theils unbegründete Einwendungen erhoben. Er hat bewiesen, daß die Unstatthaftigkeit der Zusage von Bedingungen bei gewissen römischen Rechtsgeschäften (L. 77 D. de R. J. 50. 17) sich auch auf die sog. uneigentlichen Bedingungen bezog.¹⁵⁾ Auch darin ist ihm zuzustimmen, daß man das bedingende Ereigniß nicht den gesetzlichen objectiven Erfordernissen des Rechtsgeschäftes coordiniren, sondern darin „nur eine besondere Gestaltung der Willensbestimmung erblicken dürfe“ (S. 329). Aber er geht wohl andererseits zu weit, wenn er nur die subjective Seite betrachtet, die eigentliche Bedingung definiert als „Abhängigmachung des Willens von der Wahrheit eines äußeren, als objectiv ungewiß gedachten Umstandes“ (S. 349). Er nennt jede auf die Zukunft gestellte Bedingung eine eigentliche, nur die cond. in praesens oder in praeteritum collatae seien uneigentliche. Noch weiter geht der ihm übrigens beistimmende Unger¹⁶⁾, indem er auch die zuletzt genannten als eigentliche Bedingungen ansieht. Die Mehrzahl der Schriftsteller aber hat sich gegen diese, mit den römischen Quellen nicht übereinstimmende, Ansicht und für die herrschende Lehre erklärt.¹⁷⁾

¹⁴⁾ Ueber den Begriff der Bedingung“ a. a. O. S. 305—350.

¹⁵⁾ S. 311, 316 f., 339—341 und passim; hierin zustimmend Arndts §. 68 Anm. 1. — Fitting (Nr. 30 ff.) untersucht die Gründe, welche bei den einzelnen Geschäften das Verbot der Bed. erklären. An ihn schließt sich an, die Untersuchung in's Einzelne weiter führend, Enneccerus (f. Nr. 3) S. 5—84, so sehr er von ihm hinsichtlich der begrifflichen Fragen abweicht (s. unten). Fitting und Enneccerus (S. 3) verworfen eine allgemeine Erklärung der L. 77 cit. aus dem rigor iuris und dem Formalismus des römischen ius civile, ohne damit auf die Erklärung aus den einzelnen Formen zu verzichten, welche dieses oder jenes Geschäft — wenn auch nicht im Justinianischen, so doch im früheren Recht hatte (s. z. B. Fitting S. 341, 343; Enneccerus §. 5).

¹⁶⁾ System II S. 58 ff., bef. Nr. 5 und 15; Erbrecht §. 16 Anm. 6. Offenbar verwirft Unger die ganze Unterscheidung von wahrer und uneigentlicher Bedingung darum vollständig (und auch von Fitting möchte man es erwarten und ist überrascht, daß er gegen Ende des Aussatzes einlenkt) — weil 1) in rerum natura überhaupt nichts ungewiß sei (Fitting S. 320); 2) weil dem Einzelnen auch ein Anderen bekanntes Ereigniß unbekannt, ja 3) eine gegenwärtige Thatsache Allen unbekannt sein könne, z. B. welchen Geschlechtes ein nasciturus sei (Fitting Nr. 17).

¹⁷⁾ Dworzak in Haimers's Bisth. XV. Bd. (1865) S. 235 ff. Gegen Fitting: Arndts, Wangerow, Windscheid, gegen Weide (F. und Unger) sehr entschieden und ausführlich, in der Hauptsache überzeugend Enneccerus S. 88 ff., bef. 96 ff., 113 ff. Mit Rücksicht auf die in Nr. 16 angedeuteten Einwendungen will er den Ausdruck „objectiv Ungewißheit“ vermeiden (S. 98 ff.), andererseits genüge nicht subjective Ungewißheit, sondern „es muß die zur Bedingung gesetzte Thatsache durch ihre Natur (zur Zeit des Setzens der Bedingung) dem menschlichen Erkenntnisvermögen entzogen“ (S. 100), also „allgemein ungewiß“ (S. 88) sein (vgl. §. 6 J. de V. O. 3. 15 mit L. 38 D. de R. C. 12. 1), andererseits darf sie nicht für immer unerforschlich sein (S. 107 f.). Eigentliche Bedingungen seien „die nicht nur für die beteiligten Personen, sondern allgemein ungewisse Bedingungen, welche eine (nicht schon kraft Rechtsatzes eintretende) Penz des Rechtsgeschäftes bewirken“ (S. 88 und S. 140). Ueber die Fälle allgemein ungewisser gegenwärtiger Thatsachen f. S. 100 ff. Sie sind eigentliche; darum ist das Moment „zukünftig“ nicht zu urgiren. Uneigentliche dagegen seien wirklich alle von der bisherigen Lehre so bezeichneten vier Arten (s. z. B. Arndts §. 66), namentlich auch ganz allgemein die *condicio iuris expressa* (S. 125 ff.), selbst dann, wenn die Hinzufügung in der Meinung und Absicht geschehen ist, dadurch eine eigentliche Bedingung zu setzen (S. 132). Es hänge also keineswegs von Belieben der Parteien ab, eine cond. iuris als wahre Bedingung zu setzen. E. stimmt hier mit Arndts überein, welcher treffend bemerkt, daß die scheinbaren Ausnahmen sich auf Fälle reduciren, wo eine „sonst nicht eintretende Beschränkung gesetzt sein konnte und gesetzt sein wollte“ (§. 66 Z. 4 und Anm. 10). Vgl. Windscheid §. 87 Nr. 8 und jetzt auch Unger selbst (Erbrecht §. 16 Nr. 6). — Die cond. iuris nennt man „stillschweigende Bedingungen“, cond. tacitae (L. 68 D. de iure dot. 23. 3, l. 99 D. de cond. et dem. 35. 1) (vgl. über den römischen Sprachgebrauch Enneccerus §. 17). Absurd aber ist es (so häufig es geschieht), jenen Namen auch den c. iur. expressae zu geben, wo Selbstverständliches übersüßiger Weise ausdrücklich gesagt ist, also der conträre Gegensatz des „Stillschweigens“ vorliegt! (Nichtiger sagt L. 22 §. 1 D. quando dies leg. 36. 2: „condiciones supervacuae“). Jenes Wort paßt hinwieder

Betrachten wir die ganze Frage rein begrifflich, also von positiven Sätzen absehend, so kann eine gewisse Berechtigung beider Standpunkte, des subjectiven wie des objectiven, nicht zweifelhaft sein; kann man doch die Erscheinungen sehr wohl nach verschiedenen Eintheilungsgründen betrachten. Vom subjectiven Standpunkt wird man dann nur auf das Bewußtsein des Verfügenden sehen; befindet er sich in keiner Ungewißheit, so hat er in Wahrheit gar nicht oder unbedingt gewollt. Zukunft, Gegenwart, Vergangenheit der bedingenden Thatsache sind dann an sich gleichgültig^{17a)}; ebenso kommt aber auch nichts darauf an, ob eine Pendency bewirkt werde oder nicht. Vom objectiven Standpunkt aus kann nur diese, als eine eigenthümliche Wirkung bedingter Rechtsgeschäfte, in Betracht kommen; dann aber (und dieses wird meistens übersehen) käme es bei letztwilligen Verfügungen nicht auf die Zeit derselben, sondern auf die des Todes des Erblassers an, da vivo testatore letztwillige Anordnungen keinerlei Rechte oder Verbindlichkeiten hervorbringen, also vorerst auch noch von keiner Pendency die Rede sein kann. Will man dieses vermeiden, so muß man sagen: Eigentliche Bedingungen sind solche, welche eine Pendency bewirken können, gleichviel ob diese Wirkung in concreto eintritt oder nicht. — Gegen jeden dieser Gesichtspunkte drängen sich aber sofort ernste Bedenken auf; gegen den letzteren, weil er zu einem idem per idem führt (eigentliche Bedingungen haben die Wirkung x; Bedingungen, welche die Wirkung x haben, sind eigentliche), ein Bedenken, welches freilich verschwindet, sobald man sich gesteht, daß es sich lediglich um eine terminologische Frage handle.¹⁸⁾ Wäre freilich eine andere Wirkung (y) mit den sogenannten eigentlichen Bedingungen verbunden, und nur mit ihnen, so könnte man sagen: „Bedingungen, welche an sich die Wirkung x hätten, haben die Wirkung y“. Seit man aber sich überzeugt hat, daß die L. 77 D. de R. J. 50. 17 keineswegs auf die sogenannten eigentlichen Bedingungen beschränkt ist, hat der ganze Streit auch für die Romanisten an Interesse verloren. Gegen den subjectiven Standpunkt ist einzuwenden, daß man nicht immer in der Seele eines Dritten lesen¹⁹⁾, noch weniger das Erkannte beweisen kann, vollends wo der Dritte todt ist. Deshalb sah sich Fitting, der Hauptvertreter des subjectiven Standpunktes, gedrängt, auf die Wortfassung als ein leicht erkennbares äußerliches Merkmal (S. 328) alles Gewicht zu legen, mehr als den Quellen und der Natur der Sache entspricht.²⁰⁾ Er täuscht sich, wenn er dabei wesentlich anders vorzugehen meint, als die von ihm bekämpfte Lehre, die gar nicht so entschieden den objectiven Standpunkt einnimmt, als Fitting glaubt. Die objective Beschaffenheit der bedingenden Thatsachen kommt ja für sie doch auch, ja vor allem deshalb in Betracht, um von diesem äußerlichen Merkmal auf die Beschaffenheit des Willens zu schließen (ob dieser nämlich in Wahrheit oder nur zum Scheine bedingt sei). Und in der That ist dieses doch ein zuverlässigeres Merkmal, als die oft so zufällige Wortfassung. In Wahrheit besteht unter Juristen und Gesetzgebungen kein so schroffer Gegensatz, sondern es wird von objectiven Momenten auf subjective geschlossen, die Wirkung aber dem Willen — soweit dies mit

auf die c. tacite adiectae, wo die Bedingung vom Testator indirect erklärt ist (L. 6 pr. D. l. c., l. 107 D. de cond. et dem. 35. 1), und etwa auch auf Fälle, wo der Testator sie gar nicht ausgedrückt, vielleicht nicht einmal bedacht hat, das Gesetz sie aber, in Harmonie mit den wahrscheinlichen Absichten des Erblassers, in die Anordnung hineinlegt (z. B. §§. 616, 617). Beide Arten zusammen setzt den stillschweigenden Bedingungen im obigen Sinne entgegen Wächter Württemb. Pr. R. II §. 92 R. 12, während Unger auch die beiden letzteren Arten mit Recht scheidet (II §. 82 R. 6). Bei der c. iur. expressa ist in der Regel figura, non vis condicionis, hier dagegen umgekehrt. Vgl. Gruchot I S. 413. Gleiche Wirksamkeit der ausgesprochenen und der nicht ausgesprochenen condicio iuris vertheidigt Eisele im civil. Archiv 54. Bd. S. 109 ff.

^{17a)} Vgl. auch Burdhard II. S. 325.

¹⁸⁾ Vgl. Arndts S. 66 Anm. 11.

¹⁹⁾ Vgl. Fitting selbst S. 328 f.

²⁰⁾ Vgl. Enneccerus S. 105 f., 115 ff.

der Rechtsordnung vereinbar ist — angepaßt (L. 19 pr. D. de cond. et demonstr. 35. 1²¹), und darin liegt die harmonische Verbindung der subjectiven und objectiven Betrachtung. Der Unterschied kann nur darin liegen, daß der Untersuchung des concreten Falles (der quaestio voluntatis) bald mehr, bald weniger Spielraum zugewiesen wird. Sowohl die exclusiv objective, als die rein subjective Behandlung der Bedingungen sind legislativ unbrauchbar; und hat man sich einmal überzeugt, daß ja auch bei den sogenannten eigentlichen (wahren) Bedingungen zwischen dem bedingten und dem unbedingten Willen kein qualitativer (den Willensact betreffender), sondern nur ein inhaltlicher (das Gewollte betreffender) Unterschied vorhanden ist, so verliert der ganze Streit an Interesse.^{21a)}

Bekanntlich gehören zu den uneigentlichen Bedingungen unter andern die nothwendigen und die unmöglichen. Nun spricht man auch von relativ unmöglichen, z. B. wenn A die B heiratet, die B ist aber bereits todt. Ebenso kann man von relativ nothwendigen Bedingungen sprechen, z. B. wenn A die B nicht heiratet, und sie ist todt. Es leuchtet Jedem sofort ein, daß die relativ nothwendigen Bedingungen den erfüllten, die relativ unmöglichen Bedingungen den vereitelten Bedingungen sehr ähnlich sind. Wenn wir nun von singulären und meistens gar nicht zu rechtfertigenden Sägungen hinsichtlich unmöglicher Bedingungen, wie sie das römische Recht hatte, und hinsichtlich mancher nothwendigen Bedingungen, wie wir eine bei §. 698 i. f. kennen lernen werden, absehen — so ist die ganze Unterscheidung zwischen erfüllten und relativ-nothwendigen, zwischen vereitelten und relativ-unmöglichen Bedingungen irrelevant, womit auch die Zweifelsfrage entfiel, welcher Zeitpunkt bei letztwilligen Bedingungen über ihre Beschaffenheit entscheiden solle (s. bei §. 698). Damit entfiel aber auch das Bedürfniß, die unmöglichen und nothwendigen Bedingungen von den übrigen abzugrenzen. Daß damit die ohnehin mit der Gegensetzung von ungewissen und gewissen Thatsachen sind nicht deckende Eintheilung in cond. in futurum, in praesens, in praeteritum collatae belanglos würde, versteht sich von selbst.

Wir fassen jetzt zusammen: Man kann zwischen eigentlichen und uneigentlichen Bedingungen insoferne unterscheiden, als diese niemals eine (gewillkürte) Pendency herbeizuführen vermögen. Es entspricht der römischen Anschauung, einen solchen Unterschied zu machen. Bei einer von unnützen Singularitäten gereinigten Gesetzgebung wird diese Unterscheidung praktisch belanglos sein, und sie ist es für das österreichische Recht schon jetzt.²²⁾ Ueberhaupt liegt der legislative und wissen-

²¹⁾ Beiläufig gesagt, ein Gedanke, der gewiß viel später durchgedrungen ist, als die Streichung der unmöglichen Bedingung.

^{21a)} Zwischen dem subjectiven und objectiven Standpunkt vermittelt auch die Ansicht von Burckhard S. 325 ff., die er S. 331 ff. so resumirt: „Im Allgemeinen ist im Falle einer Divergenz zwischen der subjectiven Gewißheit und der objectiven Gewißheit (vgl. S. 326 f.), sowohl dann, wenn der Eintritt oder Nichttritt eines Ereignisses zwar dem Handelnden als gewiß erschien, aber von der allgemeinen Meinung als ein damals noch nicht Gewisses erkannt wird, als auch dann, wenn derselbe dem Handelnden als ungewiß erschien, objectiv aber schon gewiß war, die Willenserklärung als bedingte anzusehen. Nur wenn im ersteren Falle ein Irrthum im Motive (vgl. S. 330) überhaupt von Relevanz zu werden vermag, ist die Erklärung einer unbedingten Erklärung (aber nicht nothwendig desselben formalen Inhaltes) gleich zu achten. — Hierdurch ist aber nicht ausgeschlossen, daß wenn bei einem Rechtsgeschäfte die Befestigung einer Bedingung unterlagt ist, die Rechtsordnung auch den nur formalen Bedingungen, welche zwar nicht ihrem Inhalte nach, wohl aber der grammatischen Form nach Bedingungen sind, vernichtende Wirkung beilegen kann. . . . Für das österreichische Recht besteht nur ein solcher Fall: ein bedingter Wechsel ist ungültig, auch wenn die Bedingung nur eine scheinbare wäre. . . .“

²²⁾ Es gibt keine Rechtsätze, die zugleich allen uneigentlichen Bedingungen gemeinschaftlich und andererseits eigenthümlich wären; a) über die c. in praeter. v. praesens coll. f. weiter unten; b) für die nothwendigen (vgl. Helm S. 16, Harum S. 158, Unger II S. 78 f.) brauchen wir im Allgemeinen keinen Rechtsatz; c) was für die eigentlichen unmöglichen Bedingungen gilt, ergibt sich aus der einfachsten logischen Betrachtung (nur darf man die unerlaubten nicht zu den unmöglichen zählen, worüber bei

schaftliche Fortschritt in dieser Materie nicht in der Verfeinerung, sondern in der Vereinfachung.²³⁾ Unsere Redactoren haben nur die unmöglichen Bedingungen hervorgehoben (§. 698),²⁴⁾ übrigens aber der fraglichen Eintheilung gelegentlich Rechnung getragen, aber ihr nicht allzubiel Gewicht beigelegt. Ersteres in der Marginalnote zu §. 703 „Wirkung einer möglichen aufschiebenden Bedingung“, womit gesagt ist, daß weder die unmögliche, noch die nothwendige Bedingung die Delation hinauszuverschieben vermöge; dort gilt die Anordnung gar nicht, hier pure. Letzteres erhellt aus Zeiller's Worten S. 657 (Z. 2): „Die Bedingungen haben gewöhnlich künftige, ungewisse Ereignisse, mit deren Erfolge oder Nichterfolge erst künftigt ein Recht entstehen oder erlöschen soll, nicht aber vergangene oder bereits gegenwärtige zum Gegenstande. Indessen hat doch ein solcher Beisatz des Erblassers (z. B. A soll mein Erbe sein, wenn er zur Zeit dieser meiner Anordnung bereits die katholische Religion angenommen hat; oder: B soll ein Vermächtniß von 1000 fl. haben, wenn er bei meinem Ableben Doctor der Rechte ist²⁵⁾) die Wirkung, daß zur Erlangung des Nachlasses die beigelegte Thatsache bewiesen werden muß.“ Und in der That! Was liegt daran, ob man die Bedingung vergangen, gegenwärtig, erfüllt, nothwendig, bereitelt, unmöglich nennt? Ueberall bekommt er die Erbschaft dann, aber auch nur dann, wenn der Fall, für den sie ihm zugewendet wurde, da ist.

IV. *Suspensiv- und Resolutiv-Bedingungen.* Für den unbefangenen Laien gibt es nur eine Bedingung, die von den Juristen sogenannte *suspensive* Bedingung, welche diesen Namen trägt, weil sie etwas aufschieben kann, ohne daß dieses in jedem einzelnen Falle geschehen müßte (z. B. dann nicht, wenn sie bei Lebzeiten des Testators sich entscheidet). Diese psychologische Wahrheit zeigt sich darin, daß selbst die größten Juristen (unabsichtlich und ohne es zu merken) in den natürlichen Sprachgebrauch verfallen, dem die *Suspensiv-Bedingung* die „Bedingung“ schlechweg ist, und dieses sogar dort, wo sie *ex professo* die Theorie der Bedingungen behandelte. Auch unsere Redactoren haben bei „Bedingung“ vorwiegend an die *Suspensiv-Bedingung* gedacht.^{25a)} Und wirklich ist die *Resolutiv-Bedingung*, soweit unsere Einsicht reicht, eine Erfindung der modernen Theorie; gegen sie Einsprache gethan zu haben, scheint uns eine klärende That Thibaut's.²⁶⁾ Zwischen den sogen. *Resolutiv-* und den *Suspensiv-Bedingungen* besteht kein Unterschied; dieser

§. 698); d) bei den *cond. iuris expressae* ist im Zweifel anzunehmen, daß der Testator damit nur Ueberflüssiges gesagt hat (vgl. Zeiller bei §. 696 Z. 1, Helm §. 5); ausnahmsweise kann er anderer Wille, eine darin verdeckte *c. facti*, nachgewiesen werden; für diese Willensforschung kann es keine Rechtsregeln geben. Singuläres gilt in Oesterreich nur für ein ganz enges Gebiet, nämlich die als „unmögliche Bedingungen“ aufgefaßten, in Wahrheit nothwendigen *Resolutiv-Bedingungen*, durch welche dem Honorirten Unmögliches zugemuthet wird. Darüber bei §. 698.

^{22a)} Vgl. auch Burckhard S. 337.

²³⁾ Die reich ausgebildete, weitläufige Lehre von den Bedingungen beruht einerseits auf historischen Zufälligkeiten, andererseits auf Scholastik. Römer und Moderne haben viel Scharfsinn, aber noch mehr Spitzfindigkeit in sie hineingetragen. Bei eingehender nüchternen Prüfung erstaunt man, wie wenig an sich Wahres und Gehaltvolles dahinter steckt.

²⁴⁾ Und auch dies wird in einer künftigen Gesetzgebung unnöthig sein. Denn daß eine unmögliche *Suspensiv-Bedingung* die Honorirung bereitelt, eine unmögliche *Resolutiv-Bedingung* sie unberührt läßt, ist für jeden Unbefangenen selbstverständlich. Die am Ende der Nr. 22 angebeutete Singulartät betrifft nothwendige Bedingungen.

²⁵⁾ Es könnte scheinen, als ob in dem einen Beispiele die Zeit der Errichtung, im anderen die des Todes als Grenze zwischen eigentlichen und uneigentlichen Bedingungen angenommen wäre. In Wahrheit aber soll das erste Beispiel eine *cond. in praeteritum concepta*, das andere eine *cond. in praesens collata* vorstellen.

^{25a)} §. 701 paßt offenbar nur auf *Suspensiv-Bedingungen* (wie §. 705 nur auf den dies a quo). Wir werden bei §§. 699–702 überall zu prüfen haben, ob der §. auch auf die *Resolutiv-Bedingung* anwendbar sei.

²⁶⁾ „Gleichheit der aufschiebenden und auflösenden Bedingungen“, in den „Civiltistischen Abhandlungen“ (1814) S. 359 ff.

liegt in dem Bedingten, nicht in dem Bedingenden, z. B. das einermal ist der Erwerb, das anderemal der Verlust eines Legates bedingt. Daraus erklärt es sich, daß dieselbe Bedingung gleichzeitig suspensiv und resolutiv sein kann, wenn das Ende der Begünstigung des A zugleich Anfang der Honorirung des B ist. — Zunächst ist es unzweifelhaft, daß nach römischer Ansicht das mit einer sog. Resolutiv-Bedingung behaftete Geschäft ein unbedingtes (*purum*) ist, welches „*sub condicione resolvitur*“.²⁷⁾ Nach der u. E. richtigen und jetzt auch schon vorherrschenden Ansicht²⁸⁾ ist „die sog. auflösende Bedingung . . . eine auf Wiederaufhebung der Wirkungen der Hauptwillenserklärung gerichtete aufschiebend bedingte Nebenwillenserklärung“.²⁹⁾ 30)

„Dieser Auffassung steht eine andere gegenüber, nach welcher auch die auflösende Bedingung der Willenserklärung, welcher sie hinzugefügt wird, inhärrt, wie die aufschiebende, und mit ihr eine Einheit bildet.“³¹⁾ Uns scheint die erstere Vorstellung die richtigere zu sein: 1) Bei manchen Romanisten erscheint die letzte Auffassung als Folge ihres Glaubens an eine dingliche Rückwirkung der eingetretenen Resolutiv-Bedingung; eine solche erscheint uns einfach denkmöglich; *facta insecuta fieri nequeunt*. Die Unmöglichkeit solcher Rückwirkung war für die römischen Juristen doch wohl auch ein Grund, wenn auch keineswegs der einzige Grund (s. unten), die Resolutiv-Bedingung bei Erbeinsetzungen für unstatthaft zu erklären. Soll jene dingliche Rückwirkung überhaupt denkbar gemacht werden, so muß man schon für die Zeit vor Eintritt der Resolutiv-Bedingung einen Zustand annehmen, der nur die Folge einer Suspensiv-Bedingung sein könnte, und ist es dann unwahr, daß das Ende des Rechtsverhältnisses in *suspensio* sei; denn, ist schon der dermalige Zustand ein zweifelhafter, so ist eben die Entstehung in Frage.³²⁾ Beachtenswerth aber ist es, daß auch diese der unseren so entgegengesetzte Anschauung consequent zur Negirung der Resolutiv-Bedingung führt. 2) Andere denken sich die Erzeugung des Rechtes bei einer resolutiv-bedingten Erklärung gleichsam als alterirt; dieses werde (im Wilde zu bleiben) als ein kränkliches, kurzlebiges erzeugt. Die organische Erzeugung ist aber ein zu complicirter und geheimnißvoller Vorgang, als daß ein solcher Vergleich uns fördern könnte. Der elementarste Vorgang ist der Natur ist der bewegende Stoß. Dieser nun wirkt immer in die Ewigkeit, mag er auch ein noch so schwacher sein. Ein Ende

27) Windscheid I §. 86 N. 6.

28) Windscheid, früher ihr Gegner, hat sich zu ihr bekehrt; für sie haben sich ferner auch die Verfasser zweier neuer Monographien über Resolutiv-Bedingungen entschieden: Czylarz (1871) (s. jedoch auch N. 33) und Schulz (1875). Auch Scheurl und Adickes (1876), deren Arbeiten sich freilich nicht auf Resolutiv-Bedingungen beschränken, aber doch *ex professo* hergehören, haben sich in der Hauptsache zustimmend erklärt. Scheurl (S. 114) tadelt die obige Formel, weil darin der „Aufschub“ auf die Auflösung des Geschäftes bezogen werde, „als wenn diese ohne die Resolutiv-Bedingung eher eintreten würde“. Das heißt aber an Worten nörgeln. Jeder Jurist versteht es, daß „aufschiebend bedingte Erklärung“ genau dasselbe bedeutet, wie „suspensiv bedingte Erklärung“. Die Resolutiv-Bedingung stellt die Aufhebung in's Ungewisse und unterscheidet sich darin vom Endtermin, der sie in ganz sichere Aussicht stellt.

29) Windscheid §. 86 a. E.

30) Wegen des Näheren verweisen wir auf die tüchtigen Ausführungen von Czylarz §§. 3–5.

31) Windscheid §. 86 Note 6. Diese Ansicht wird namentlich von Unger II S. 65 f., bes. N. 30a, Brinz I. Aufl. §. 330 vertheidigt; sehr ausführlich in der fleißig, aber unklar geschriebenen Dissertation von P. Th. Missir: Die Resolutiv-Bedingung und ihre Wirkung (Berlin 1879). — Vermittelnd, aber doch viel näher der Thibaut'schen Lehre, Burckhard S. 351 ff. Das Wesen resolutiv-bedingter Rechtsgeschäfte, „so gewiß es eine Combinirung zweier Rechtsgeschäfte involvirt, . . . beruht doch ebensosehr in der Einheit beider Rechtsgeschäfte“ (S. 352).

32) Das suspensiv und das resolutiv-bedingte Eigenthum, Erbrecht u. s. w. würden sich darnach so zu einander verhalten: hier wie dort weiß man vor Eintritt der Bedingung nicht, wer Eigenthümer, Erbe . . . ist. In dem einem Falle (Suspensiv-Bedingung) gibt man inzwischen dem A, im andern (Resolutiv-Bedingung) dem B den Besitz.

der durch ihn gesetzten Bewegung wird nur durch Compensation mit gegenwirkenden Kräften herbeigeführt, wobei natürlich das Maß der Kräfte entscheidet. Da nun gegenwirkende Kräfte (Hindernisse) überall vorhanden sind, so entsteht die Täuschung, als ob der Stoß an sich selbst eine zeitlich begrenzte Wirkung setzen würde: der stärkere eine länger dauernde, der schwächere eine früher erlöschende. In Wahrheit aber wird das Ende immer durch andere Kräfte gesetzt, als der Anfang. Gleiches nun gilt in der Welt des Willens. Es ist also die Vorstellung, als ob der erzeugende Wille auch schon der zielsetzende wäre, eine unrichtige. 3) Freilich scheint dieses zu viel zu beweisen; denn daraus folgt, daß auch der Endtermin nicht inhärierendes Moment des erzeugenden Willens sein könne. Wir erschrecken auch gar nicht vor dieser Consequenz.³³⁾ Wer sagt: „A soll 3 Jahre lang mein Erbe sein“ will in Wahrheit: 1) A soll mein Erbe sein, 2) A soll nach 3 Jahren die Erbschaft verlieren. Wenn der Testator überhaupt zurechnungsfähig ist, so muß er sich auch fragen, was dann mit dem Nachlaß nach den 3 Jahren geschehen solle? Entweder denkt er sich dann ein bestimmtes Subject als Erwerber des vacant gewordenen Vermögens, oder er hat eine generisch gefaßte Antwort bereit; z. B. „die Miterben“ oder „meine gesetzlichen Erben sollen es bekommen“.³⁴⁾ — Es ist nur ein gradueller Unterschied zwischen dies certus ad quem, dies incertus und Resolutiv-Bedingung.³⁵⁾ Beim dies certus wird es schwer sein, dem Laien die Doppelheit des Willensinhaltes zu demonstrieren, bei der Resolutiv-Bedingung wird er sofort an sie glauben, weil es ja gar nicht möglich ist, eine resolutiv-bedingte Anordnung in einen sprachlich einheitlichen Ausdruck zu bringen; entweder muß die Resolutiv-Bedingung dann als dies ad quem ausgedrückt werden, „bis zu seiner Verehelichung, bis zu seiner strafweisen Entlassung aus dem Dienste“ u. dgl., oder man muß zwei selbständige Sätze machen: 1) A soll mein Erbe sein (bez. 1000 fl. bekommen), 2) er soll die Erbschaft (bez. die 1000 fl.) verlieren, wenn . . .³⁶⁾

Die Römer haben die Resolutiv-Bedingung weder bei Erbeinsetzungen, noch bei Vermächtnissen gestattet, sondern dieselbe einfach gestrichen.³⁷⁾ Der Grund liegt

³³⁾ Darin unterscheiden wir uns von Czychlarz, der hinsichtlich der Resolutiv-Bedingung mit uns übereinstimmt, hinsichtlich des Endtermins (und zwar auch des „ungewissen Endtermins“) für gewisse („zeitliche“) Rechtsverhältnisse die gleiche Anschauung, für andere die entgegengesetzte vertritt; und zwar glaubt er, daß diese Anschauung — d. h. die Annahme eines einheitlichen untheilbaren Willens und die von uns unter 3. 2 bekämpfte Vorstellung von dem als kurzlebig erzeugten Rechtsverhältnisse — das beim Endtermin normale Verhältniß treffe (S. 6—13), während in den anderen Fällen nicht mehr „die volle, sondern nur eine schwächere Wirkung des ungewissen Endtermins“ vorliege (S. 10 pr., S. 13 ff.). — Czychlarz unterscheidet nämlich den „ungewissen Endtermin“ und die „Resolutiv-Bedingung“ so: jener mache das Rechtsverhältniß absterben, die Resolutiv-Bedingung ergreife das Geschäft und mache es rückgängig. Die Rückwirkung sei schon im Wesen der Resolutiv-Bedingung gegründet, während beim ungewissen Endtermin von jener gar keine Rede sein könne (S. 4 f., S. 23). Nach diesem Sprachgebrauch gäbe es auch nach österreichischem Recht (von ausdrücklicher Anordnung des Testators abgesehen) bei letztem Willen keine Resolutiv-Bedingung, sondern was wir so nennen, wäre Endtermin.

³⁴⁾ Man wende nicht ein: „Dann müßte der Testator sich auch um die Schicksale des Vermögens nach dem Tode des Erben kümmern“. Nein! Diese Endigung der Herrschaft des Erben ist keine Folge seines Willens, jene aber wohl. Wer dieses Ende will und befehlt, muß auch weiter denken und wollen; gibt er sich von der Consequenz seiner Anordnung überhaupt keine Rechenschaft, dann ist er nicht juristisch zurechnungsfähig.

³⁵⁾ Daß der dies incertus ad quem einerseits dies, andererseits condicio ist, scheint uns so sicher, daß wir deshalb der in Note 33 referirten Unterscheidung nicht zustimmen können.

³⁶⁾ Dieses verschiedene Verhalten der Sprache zum Endtermin und zur Resolutiv-Bedingung ließe sich allerdings als Argument für die Theorie von Czychlarz geltend machen.

³⁷⁾ Durch Annahme einer fideicommissarischen Substitution zu helfen (Windscheid u. A.) ist gewiß verständig, aber nicht römisch. — Vermächtnisse ad diem und daher

nicht allein in dem „semel heres s. h.“, da dieser bei den Vermächtnissen nicht zutrifft. Der Grund war folgender: Der Todte kann jetzt nichts mehr befehlen; der Lebende konnte die Verwirklichung der Honorirung hindern, aber über die verwirklichte nicht in vorhinein verfügen; der bloße Widerruf hatte in Bezug auf Testamente und Erbeinsetzungen Anfangs keine Kraft, und auch später gelangte derselbe nicht zu voller und allgemeiner Geltung (dabon in der zweiten Hälfte dieses Hauptstückes.) Einen eventuellen Widerruf ließ man überhaupt nicht zu.³⁸⁾ Unsere Redactoren dachten sich die Resolutiv-Bedingung als einen solchen eventuellen Widerruf. Dieses wäre selbst dann eine ungenaue Vorstellung, wenn bei uns Rückwirkung gelten würde; selbst dann noch wäre Entkräftung einer Anordnung und Verlust kraft einer gültigen Anordnung gedankemäßig verschieden. Da aber bei uns die Resolutiv-Bedingung ex nunc wirkt, so ist diese Vorstellung geradezu falsch. Nicht widerrufen wird die Zuwendung (Anordnung), sondern weggenommen das Zugewendete. Da das österreichische Recht die letztwilligen Anordnungen viel freier behandelt, als das römische, und da es namentlich eine wahre Nacherbeinsetzung kennt, so unterliegt die Zulassung der Resolutiv-Bedingung und ihre Zurückführung auf einen Ademtionswillen, der neben der Honorirung steht, keinen Bedenken. Und in der That lautet ja die Anordnung gewöhnlich so: „A soll x haben, aber wieder verlieren, wenn . . .“ Liegt denn nicht auch darin, daß A nach 3 Jahren die Erbschaft mit B theilen oder diesem ein Legat geben solle, ein Wegnehmen? Ist nicht der Anfang der rechtlichen Herrschaft (des Habens) des B das Ende derselben beim A? Ist nicht ebenso die Suspensiv-Bedingung der Einsetzung des B eine Resolutiv-Bedingung für A? (darüber Genaueres bei §. 712). Daß aber das Gesetz die Willenserklärung ergänzt, wenn nicht gesagt ist, wer nachher (resp. vorher) x haben solle (§§. 707, 708), das ist nichts Auffallendes; es liegen ähnliche Ergänzungen im Geiste unseres Gesetzbuches (vgl. z. B. §§. 554, 556, 558 a. E., 562, 608 a. E., 616, 617, 727, 728, 779).

Der §. 696 definirt so: „Sie (die Bedingung) ist aufschiebend, wenn das zuge dachte Recht erst nach ihrer Erfüllung zu seiner Kraft gelangt; sie ist auflösend, wenn das zuge dachte Recht bei ihrem Eintritte verloren geht.“ Gegen diese Definition ist bemerkt worden,³⁹⁾ daß sie „statt des Wesens die Wirkung angibt“. Dies ist richtig; andererseits kann man mehr als eine Worterklärung (Nomenclatur) hier nicht verlangen. Sehr naheliegend und doch unhaltbar ist folgende Einwendung: „Wenn das Gesetz an die Bedingungen a die Wirkung x, an die Bedingungen b die Wirkung y knüpft, so muß der Richter, um auf die Wirkung x oder y zu erkennen, zuvor wissen, ob die concrete Bedingung unter die Kategorie a oder b fällt; das muß er also offenbar an etwas Anderem, als dieser Wirkung, erkennen.“ Dieses „Anderere“ könnte nur die Wortfassung sein. Diese ist aber ein zwar wichtiges, jedoch nicht das einzige Moment, das über die quaestio voluntatis entscheidet; und auf diese kommt es an. Der Ausdruck ist oft undeutlich, verfehlt, also keineswegs immer zuverlässig. Will der Testator, daß der bedingt Honorirte das ihm Zugedachte nur im Falle a bekommen solle, so ist a (bez. der betreffende Bedingungsatz) eine Suspensiv-Bedingung, will er, daß im Falle a das Zugedachte verloren gehen solle, so ist a eine Resolutiv-Bedingung. Je nachdem der Wille des Testators den Erwerb oder aber den Verlust des Zugedachten von a abhängig macht, heißt a eine aufschiebende, resp. eine auflösende Bedingung. Man spricht von einer resolutiv-bedingten Honorirung dort, wo der unbedingten Honorirung eine bedingte Anordnung des Verlustes derselben beigelegt ist. Daß hier der Verlust, wie bei der Suspensiv-Bedingung

wohl auch ad condicionem, sind erst seit der L. 26 Cod. de legat. 6. 37 (v. §. 532) zulässig. Czjchlarz S. 83, Windscheid §. 635 N. 4.

³⁸⁾ Zu all diesem vgl. Czjchlarz S. 13.

³⁹⁾ Unger Erbrecht §. 16 Num. 2.

der Erwerb, bedingt ist, bringt die gesetzliche Definition deutlich genug zum Ausdruck. Vgl. hiemit auch die zweite Hälfte von §. 709.

V. „Die Bedingung ist bejahend oder verneinend, je nachdem sie sich auf den Erfolg oder Nichterfolg der Ereignung bezieht.“ Es ist gemeint „das Erfolgen“ d. h. das Eintreten (bez. Nichteintreten) eines Ereignisses — nicht zu verwechseln (der unpassende bestimmte Artikel „der Ereignung“ statt „einer Ereignung“ könnte hiezu verleiten) mit der Erfüllung oder Nichterfüllung der Bedingung.⁴⁰⁾ Für die Mehrzahl der Fälle kann man sagen: Die affirmative (positive) Bedingung geht darauf, daß in dem jetzigen Zustande eine Aenderung eintrete, die negative, daß sie nicht eintrete. Aber es gilt dieses nicht allgemein;⁴¹⁾ wenn es z. B. am Sterbetage des Testators regnet, so kann dies eine Aenderung oder auch die unveränderte Fortdauer eines Zustandes sein; man muß zu der etwas willkürlichen Unterstellung eines Normalzustandes seine Zuflucht nehmen, um mit jener Definition durchzukommen; ist denn z. B. der ledige Stand wirklich der normale? — Die ganze Eintheilung ist scholastisch, werthlos, verwirrend. Heute definiert man etwa: Je nachdem der (thatsächliche oder rechtliche) Umstand, auf welchen die Bedingung gestellt ist, ein positiver oder negativer ist, heißt auch die Bedingung so. Aber was ist ein negativer Umstand? „Ein Nichtsein oder Nichtgeschehen“.⁴²⁾ Aber was nicht ist, nicht geschieht, ist eben ein Nichts. Richtiger ist es schon zu sagen „Eintreten oder Nichteintreten eines Umstandes“.⁴³⁾ Daß die Wortfassung nicht entscheidet, daß die negative Bedingung in eine grammatisch-affirmative Form eingekleidet werden kann, und umgekehrt, ist gewiß.⁴⁴⁾ Man kann sagen, daß die negative Bedingung unbestimmter, also weiter ist, als die positive; wenn es nicht regnet, muß nicht gerade die Sonne scheinen, und wenn diese nicht scheint, muß es noch nicht regnen u. dgl., aber es gibt Fälle, wo zwei positive Thatbestände den Kreis der Möglichkeit erschöpfen (z. B. männlich — weiblich). Nun soll die Möglichkeit einer Abgrenzung der positiven und negativen Bedingung nicht geeignet werden; aber sie ist einerseits schwierig,⁴⁵⁾ andererseits unnütz. Für das gegebene österreichische Recht scheint dies damit widerlegt zu sein, daß wir für negative Suspensiv-Bedingungen in §. 708 eine besondere Vorschrift haben. Aber diese beruht gerade auf der Unmöglichkeit, zwischen diesen und den positiven Resolutiv-Bedingungen die Grenze zu finden. Noch besser wäre es gewesen, alles auch hier der Auslegung des concreten Willens zu überlassen. Es ist nämlich allerdings in der Mehrzahl der Fälle richtig, daß der Testator eine Resolutiv-Bedingung im Sinne hat, wo seine Worte die Fassung einer negativen Suspensiv-Bedingung haben, und insofern ist §. 708 pr. löblich. Aber immer gilt dieses nicht, namentlich nicht, wo eine Zeitbestimmung mit der negativen Bedingung verbunden ist⁴⁶⁾ (z. B. wenn er innerhalb eines Monates nach meinem Tode x nicht thut). Und in solchen Fällen führt auch die allgemeine Durchführung jener Verwandlung zu ungerechten Resultaten.⁴⁷⁾ Es ist also gar kein Bedürfnis nach einer Unterscheidung von positiven und negativen Bedingungen vorhanden. Die Frage ist einfach: Wollte der Testator den Erwerb oder den Verlust von der Bedingung abhängig machen? Im übrigen ist es dann gleichgültig, wie man die Bedingung nennt.

40) Helm §. 3, Unger Erbrecht §. 16 A. 5.

41) Das übersieht Helm in seinen sonst guten Bemerkungen in §§. 14, 15.

42) Windscheid §. 87.

43) Arndts §. 67, Unger II S. 62.

44) Helm gibt (S. 218) folgende Beispiele: „wenn er ledig bleibt“, verneinende Bedingung; „wenn das erste Kind des B nicht ein Mädchen ist“ bejahende Bedingung. Vgl. auch Burckhard S. 333 f.

45) Kommt es doch vor, daß civilistische Autoritäten darüber uneinig sind, ob eine Bedingung positiv oder negativ sei. S. einerseits Bangerow II §. 435 (S. 426 der 7. Aufl.), andererseits Unger Erbrecht §. 16 Ann. 25.

46) Vgl. Helm S. 219.

47) Genaueres unten bei §. 708.

VI. Verhältniß der Bedingung zu den andern sogen. Nebenbestimmungen. Das Wesen der *condicio* wird durch ihre Vergleichung mit *dies* und *modus* noch mehr verdeutlicht: 1) *Condicio* und *dies*. Die Ansichten über die Natur dieser Bestandtheile von Anordnungen gehen noch immer sehr weit auseinander. Zwischen der Annahme gänzlicher Verschiedenheit und hinwieder Wesensgleichheit liegen hier gar verschiedene Meinungen. Ein geistvoller, indeß mehr auf anderen Gebieten als dem des Privatrechtes genannter Jurist,⁴⁸⁾ läßt sich darüber ungefähr so vernehmen: „Die Begriffe ‚Bedingung‘ und ‚Zeitpunkt‘ reichen sehr nahe zusammen, und . . . (in) ihrem weiteren Sinne . . . laufen sie gar in einander“ — nämlich, wenn man unter Bedingung jedes Ereigniß versteht, wovon ein Recht abhängig gemacht wird, unter Zeitpunkt jeden Moment der Zeit, welcher die Wirksamkeit eines Rechtes bestimmt. Die Zeit, das Verhältniß des Nacheinander, kommt nur durch Ereignisse uns zum Bewußtsein; selbst bei der (absolut oder relativ) nach Jahren, Monaten, Tagen gemachten Zeitbestimmung ist dieses nicht anders (astronomische Ereignisse).⁴⁹⁾ Andererseits muß jedes als Bedingung gesetzte Ereigniß in der Zeit erscheinen, also einen Zeitpunkt markiren. Soweit seien Bedingung und Zeitpunkt gleich. Sie scheiden sich sachlich erst, sobald man bei „Bedingung“ an ein ungewisses, bei „Zeitpunkt“ an ein nothwendig kommendes Ereigniß denkt; dort ist das „Ob“, hier höchstens das „Wann“ ungewiß. Demnach ist die Wirkung der Bedingung die, daß „die Existenz der davon abhängig gemachten Rechte selbst (in ihrem Entstehen oder wenigstens in ihrer Fortdauer), bei Zeitbestimmungen dagegen nur allein die Zeit des Anfanges oder Endes der Wirksamkeit der . . . Rechte . . . in Frage gestellt, und höchstens diese Zeit (aber auch sie nicht nothwendig) ungewiß ist.“⁵⁰⁾

In grellem Widerspruch zu dieser vom objectiven Standpunkt angestellten Betrachtung steht die das subjective Moment betonende von Fitting⁵¹⁾: „Bedingung und Zeitbestimmung haben durchaus nichts mit einander gemein. Beiden liegt eine ganz und gar verschiedene Absicht zu Grunde. Bei der Zeitbestimmung geht die Absicht auf ein Aufschieben, ein Vertagen eines gewissen Erfolgs, bei der Bedingung dagegen als solcher waltet durchaus keine Absicht des Aufschiebens ob, sondern bei ihr wird ein Erfolg oder vielmehr der Wille selbst von der Gestaltung eines Ereignisses abhängig gemacht . . . Dem entsprechend sind auch die Wirkungen. Die Zeitbestimmung rückt lediglich einen Erfolg in die Zukunft hinaus, die Bedingung aber begründet kein Aufschieben . . . , sondern sie stellt das Dasein des Willens und damit des ganzen Rechtsgeschäftes in's Ungewisse.“ Unrichtig sei demnach die Formel: ‚der dies incertus ist eine Bedingung‘, richtig: ‚er enthält neben dem dies eine Bedingung‘. „Umgekehrt enthält aber auch die Bedingung regelmäßig eine Zeitbestimmung . . . Es wirken daher bei bedingten Rechtsgeschäften regelmäßig Bedingung und Zeitbestimmung neben einander.“ Bei der reinen Bedingung sei die Rückziehung der Erfüllung begriffsnothwendig. Das bedingt Gewollte erscheine dann „als im

⁴⁸⁾ Megerle v. Mühlfeld in der Ztschft. „Jurist“ II. Bd. (1839) S. 390 f. (Note).

⁴⁹⁾ Vgl. mit dieser Bemerkung Mühlfeld's etwa den Anfang der geistvollen Rectoratsrede von Brinz: Die Zeit im Recht (München 1882).

⁵⁰⁾ Dies ist vorsichtiger gesagt, als die Bemerkung auf S. 389 (Note): der dies incertus ar sei eine Bedingung und kein eigentlicher dies; andererseits sei die auf ein sicher eintretendes Ereigniß gestellte Bedingung keine wahre Bedingung, sondern könne „nur als ein Zeitpunkt angesehen werden“. Dies könnte zu dem Mißverständnisse führen, als ob jede *cond. necessaria* einen dies setze, was M. wohl nicht gemeint hat; er wollte sagen „höchstens“ ein dies könne damit beabsichtigt sein; in der Regel ist aber die nothwendige Bedingung als ein müßiger Zusatz zu ignoriren. Bei einer nothwendigen *Resolutio*-Bedingung kann man zweifeln, ob bis zu ihrem Eintritte „die Honorirung“ gelten solle; es ist *quaestio voluntatis*; vgl. Unger II §. 82 vor und in N. 81.

⁵¹⁾ Im Archiv f. civil. Praxis 39. Bd. (1856) S. 332 ff.

Augenblicke der Willenserklärung (nicht erst beim Eintritte des bedingenden Umstandes) vorhanden“.⁵²⁾

Zwischen beiden Anschauungen vermittelt Scheurl,⁵³⁾ der sich so äußert: „Indem die echte, reine Befristung nur das Zeitmaß der Rechtswirkung betrifft, . . . ohne . . . ihr Dasein oder ihren Bestand in Frage zu stellen, während dagegen die echte, reine Bedingung gerade das Dasein dieser Rechtswirkung selbst oder doch ihren Bestand zweifelhaft macht, im Falle der Verwirklichung aber . . . nicht nothwendig . . . das Zeitmaß derselben beschränkt, scheint die Verschiedenheit dieser beiden Arten von Nebenbestimmung viel einleuchtender zu sein, als ihre Verwandtschaft mit einander“ (S. 6). Soweit sehr ähnlich wie Fitting. Sofort aber lenkt Scheurl so ein: „Gleichwohl sind sie wirklich so nahe mit einander verwandt, daß zuweilen dieselbe Nebenbestimmung, je nachdem sie gemeint ist, ebensowohl die Bedeutung einer Befristung, als einer Bedingung haben kann . . .“ „Diese Verwandtschaft besteht darin, daß durch beide der Wille die Geltung des bestimmten Wollens . . . in unzertrennliche Verbindung mit einer äußeren Thatsache setzt.“ Dann folgen ähnliche Aeußerungen, wie die oben citirte von Mühlfeld (S. 7). Dann aber, von den Wirkungen sprechend, stimmt Scheurl mit Fitting überein. Die reine Bedingung betreffe nur das Ob der Rechtswirkung, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des Eintritts. Beim dies ist das Auseinanderfallen der Erklärung des Willens und seiner Wirksamkeit nothwendig, bei der Bedingung zufällig. Die Folgen dieses Zufalles müssen, soweit es möglich ist, nachträglich wieder aufgehoben werden. „Der Wollende würde (seinen Willen) nicht nur dann unbedingt erklärt haben, wenn die Bedingung schon eingetreten, sondern auch, wenn nur schon ihr künftiger . . . Eintritt gewiß gewesen wäre; der nachmalige Eintritt beweist aber die Grundlosigkeit des damaligen Zweifels hierüber. Darum muß es nun so gehalten werden, als wenn der Wille zu seiner Zeit unbedingt erklärt worden wäre“ (S. 17). Ebenso hebt die eintretende Resolutiv-Bedingung das Geschäft nach rückwärts auf, macht seinen Erfolg rückgängig. — Da also nach Scheurl die bedingte Anordnung das fragliche Rechtsverhältniß vorerst als eine bloße Möglichkeit, die befristete Erklärung dagegen es als künftige Nothwendigkeit setzt, so ist eine Verschmelzung der Wirkungen beider Nebenbestimmungen unmöglich, wenn man nur die Zeit bis zur Erfüllung in Betracht zieht (S. 15). Hingegen ist eine Verschmelzung für die Gesamtwirkung so denkbar, daß die Nebenbestimmung „vor der Erfüllung als reine Bedingung, nach derselben als reine Zeitbestimmung wirkt“ (S. 16).

Unsere Ansicht hierüber ist diese: 1) Vor allem müssen wir wiederholen, daß in der bedingten Erklärung der Wille nicht das Wollen suspendire, nicht seine eigene Geltung in Frage stelle, oder von einem äußeren Umstande abhängig mache. Das Nichteintreten der Wirkung x ist ganz ebenso Folge der geltenden Anordnung, wie bei anderer Sachlage ihr Eintritt. Zwischen der bedingten und der unbedingten Willenserklärung besteht hinsichtlich der Art des Wollens kein Unterschied. 2) Bedingung und Befristung sind Modificationen des Willens-Inhaltes; beide sind Beschränkungen. Dies ihre Verwandtschaft; ihre Verschiedenheit liegt darin, daß es sich einmal um das Zeitmaß (in diesem Sinne ein Mehr oder Weniger) der Rechtswirkung handelt, während das andere Mal das Ja oder Nein in Frage steht. 3) Es ist wichtig, sich darüber klar zu werden, daß der von Fitting und Scheurl irdigte Begriff der reinen Bedingung eine Abstraction ist, daß es sich ferner dabei lediglich um Terminologie und um Consequenzen aus selbstgeschaffenen Begriffen handelt. Wenn man annimmt: die Bedingung betrifft nur das „ob?“, die Befristung nur das „von wann?“ bez. „bis wann?“ — dann muß man freilich sagen: wo keine Rückwirkung, da concurrirt mit der *condicio* ein *dies*. Man zerlegt damit in

⁵²⁾ N. a. D. S. 336, 337 N. 56.

⁵³⁾ Z. Lehre v. d. Nebenbestimmungen (1871) S. 6—19.

Gedanken, was empirisch eine einheitliche Erscheinung ist. Und dieses führt uns 4) zu der Bemerkung, daß sich überhaupt die meisten Juristen bei der Besprechung dieser Fragen einer wunderlichen Selbsttäuschung hingeben: sie glauben um Principien zu streiten, während sie es nur um Worte thun; sie glauben in das Wesen objectiver Erscheinungen einzudringen, während sie mit selbsterfundnen Begriffen spielen; sie glauben jene zu analysiren, während sie dort nur das Spiegelbild der eigenen Gedanken sehen; sie glauben aus den Thatfachen das herauszulesen, was sie hineinlegen. So z. B. sagen viele Juristen (mit Recht): ob eine Bedingung nur in suspenso hält oder definitiv aufschiebt, ob eine Resolutiv-Bedingung ein Verhältniß nur auflöst oder auch rückgängig macht, hängt von dem fraglichen Verhältnisse, und meistens von der Beantwortung der quaestio voluntatis ab. Andere sagen: Keineswegs! Die Rückziehung oder Rückwirkung ist begriffsnothwendig; wo sie nicht eintritt, ist keine wahre Bedingung vorhanden. Manche (z. B. Fitting) nehmen dann eine Concurrenz von dies und condicio an, andere (z. B. Scheurl) eine gemischte Nebenbestimmung; wieder Andere (namentlich Czychlarz) unterscheiden — weil eine Verbindung von Resolutiv-Bedingung und Endtermin begrifflich unmöglich sei⁵⁴⁾ — den ungewissen Endtermin und die Resolutiv-Bedingung als wesentlich verschiedene Nebenbestimmungen⁵⁵⁾ u. s. w. Czychlarz tadelt diejenigen, welche über die Rückwirkung die Intention der Parteien entscheiden lassen, während sie doch bei der Resolutiv-Bedingung nothwendig, beim ungewissen Endtermin unmöglich sei (vgl. oben N. 33). Ganz ähnlich äußerte sich schon früher Unger.⁵⁶⁾ — So bestechend das alles klingt, so nützlich ein so festgestellter Sprachgebrauch sein mag, es handelt sich doch um terminologische Fragen, nicht um die Ergründung der Natur objectiver Vorgänge. Man sollte sich einmal des Circels klar bewußt werden. Ist doch der Kern dieser Erörterungen dieser: „Jede Bedingung muß begriffsnothwendig (also ohne Rücksicht auf den Parteiwillen) rückwirkende Kraft haben, weil — nun weil wir dort, wo diese fehlt, nicht von Bedingung sprechen.“ Oder: „Was die Wirkung x hat, nennen wir a, was die Wirkung y hat, b; — a hat immer die Wirkung x, b immer die Wirkung y; wo die Wirkungen x + y eintreten, liegt a + b vor.“ Ist damit denn wirklich unsere Einsicht gefördert? Nein, höchstens die schnellere Verständigung, sobald einmal ein gleichmäßiger Sprachgebrauch erreicht wäre. — Sachliches würde der Satz besagen, daß wer eine bedingte Willenserklärung abgebe, damit niemals über die Zeitdauer der Wirkung etwas aussagen wolle. Ein solcher Satz wäre freilich nicht mehr terminologisch, er wäre psychologisch — aber in dieser Allgemeinheit auch falsch. Und so wird er denn auch von Fitting und Scheurl selbst deutlich genug verworfen.^{56a)}

⁵⁴⁾ Unger System II §. 83 Note 16.

⁵⁵⁾ Vgl. Arndts §. 67 Anm. 2: „Verschieden von einer eigentlichen Resolutiv-Bedingung ist die Festschließung, nach welcher im Falle eines künftigen Ereignisses nur ein Recht oder Rechtsverhältniß für die Zukunft aufhören soll, die man jedoch im uneigentlichen Sinne auch Resolutiv-Bedingung zu nennen pflegt.“

⁵⁶⁾ System II §. 82 Note 76: „Es ist nicht der vermuthete Wille der Parteien, der die Rückziehung bewirkt, sondern die Natur der Bedingung selbst; die Parteien können daher auch durch ihren Willen die Rückziehung nicht ausschließen; durch eine solche Verabredung würde vielmehr die Resolutiv-Bedingung selbst gänzlich beseitigt und entweder ein Endtermin oder ein unter einer Suspensiv-Bedingung geschlossener Nebenvertrag auf Wiederherstellung des vorigen Zustandes vorliegen.“

^{56a)} S. bes. Fitting a. a. O., Nr. 24 (S. 332 f.) (die Stelle ist oben abgedruckt). Vgl. Windscheid §. 91 Note 1 (S. 258): „(Jene) Schriftsteller machen geltend, daß die Bedingung als solche kein Zeitmoment in sich trage, was ja eben die Frage ist: erklärt nicht derjenige, welcher die Wirkung seiner Willenserklärung von einer erst der Zukunft angehörigen Thatsache abhängig macht, eben damit, daß diese Wirkung erst in der Zukunft eintreten soll?“ Jene Schriftsteller werden Windscheid den vorsichtigen Zusatz „als solche“ entgegenhalten; aber damit ist der Boden sachlicher Untersuchung verlassen und der des Wortstreites betreten.

VII. (Fortsetzung.) Und hiemit stehen wir vor der vielbesprochenen Frage nach der Rückwirkung oder Rückbeziehung der erfüllten Bedingung. Vielen ist sie vornehmlich quaestio voluntatis, Anderen nothwendiger Ausfluß der Natur der Bedingung. Aber damit ist wieder nur eine andere Formel substituirt, denn für diese letzteren Juristen ist es dann eben quaestio voluntatis, ob reine Bedingung oder aber Bedingung und Befristung vorliege, bez. ob Resolutiv-Bedingung oder aber ungewisser Endtermin.

Für das österreichische Erbrecht ist die Frage im verneinenden Sinne entschieden. Schon der Wortlaut des letzten Satzes von §. 696, vollends aber die §§. 707 u. 708 lassen keinen Zweifel darüber aufkommen, daß eine Wirkung ex tunc nicht Platz greift, weder bei der Suspensiv-, noch bei der Resolutiv-Bedingung. Wie hier während schwebender und nach erfüllter Bedingung das Verhältniß positiv normirt ist, wird bei den citirten §§. gezeigt werden. Selbstverständlich aber ist es dem Testator nicht benommen, ausdrücklich eine Rückwirkung anzuordnen. Es wird dann der interimistisch Berechtigte zur Restitution der Erträge obligatorisch verpflichtet sein. Selbst eine sogen. „ipso-iure-Wirkung“ oder „dingliche Wirkung“ könnte in der Art angeordnet werden, daß die Entscheidung darüber, wer sofort nach des Erblassers Tode Erbe sei, von einem späteren Ereignisse abhängig gemacht würde. Ist aber Jemand schon Erbe geworden und ihm der Verlust angedroht (der Fall der sogen. Resolutiv-Bedingung), so kann eine dingliche Wirkung ex tunc selbst kraft ausdrücklicher Anordnung niemals eintreten, weil Geschehenes nicht ungeschehen gemacht werden kann. Der von vielen gemeinrechtlichen Juristen angenommene Begriff der Resolutiv-Bedingung mit wahrer dinglicher Rückwirkung erscheint uns, wie gesagt, als ein geradezu denkwidriger.⁵⁷⁾

Sehen wir aber von den gewiß äußerst seltenen testamentarischen Anordnungen über die Art der Wirkung der eingetretenen Bedingung ab, und bleiben wir bei der Anordnung des Gesetzes stehen, so ist die Wirkung ex nunc außer Frage. Nach dem anderen Sprachgebrauche muß dieses so ausgedrückt werden: Im österreichischen Erbrechte enthält die Suspensiv-Bedingung immer zugleich — wenn sie beim Tode des Erblassers noch unentschieden ist — einen dies a quo und heißt deshalb „aufschiebende Bedingung“ (wie der dies incertus an immer dies und condicio ist); eine eigentliche Resolutiv-Bedingung aber gibt es hier gar nicht; die sogen. „auflösende Bedingung“ ist hier ein ungewisser Endtermin.⁵⁸⁾ — Ueber die Grenzen des Erbrechtes können wir der Frage nach der Rückwirkung von dieser Stelle aus nicht folgen.⁵⁹⁾

Welches nun die Wirkung der noch nicht eingetretenen Bedingung und Befristung

⁵⁷⁾ Es wird dabei dem Rechte oder gar dem Willen des Privaten die Macht angedichtet, etwas zu bewirken, was (wie das Sprichwort sagt) „selbst kein Gott vermag“. Sagt man aber: es ist inzwischen ungewiß, ob A oder B das Recht x habe — so handelt es sich in Wahrheit nicht mehr um eine Resolutiv-, sondern um eine Suspensiv-Bedingung.

⁵⁸⁾ Vgl. Unger II §. 83 R. 16: „Die Gesetzgebungen, welche der Resolutiv-Bedingung die rückwirkende Kraft absprechen, verhandeln (sic) hiemit in einen Endtermin.“ — Verschieden von dem hier besprochenen Zusammenhang von Bedingung und Befristung sind die Fälle einer zufälligen äußerlichen Verbindung. Es lohnt nicht auf die verschiedenen möglichen Combinationen einzugehen. Beispiele: „A soll mein Erbe sein, wenn er binnen 3 Jahren nach meinem Tode das Werk x zu Stande bringt“ — oder: „wenn er sich durch 2 Jahre des Rauchens enthält“. Hier ist die Zeitfrist ein unselbständiges Moment im Inhalt der Bedingung. Dagegen ist eine äußerliche Verbindung von dies und condicio etwa diese: „Wenn A Doctor der Rechte wird, soll er x bekommen, aber erst nach 5 Jahren (oder: bei seiner Großjährigkeit)“ u. dgl. — Vgl. Helm §. 9 und Rippel IV S. 409.

⁵⁹⁾ Ueber die „Rückwirkung“ und „Rückziehung“ gibt es im gemeinen Recht eine reiche Literatur, ohne daß — trotz allen aufgewendeten Scharffinnes und Fleißes — eine Einigung darüber erzielt wäre, ob, wann, wie eine so benannte Wirkung eintrete. S. darüber Windscheid §. 91. Für das österreichische Erbrecht ist die Frage, wie gezeigt, nahezu belanglos. Eine allgemeine Entscheidung aber ist im Gesetze nicht gegeben, kann aber auch von der Theorie gerade im Erbrecht nicht erwartet werden. S. über diese Materie

ist, ist hinsichtlich der Vermächtnisse bei §. 684 gezeigt worden (s. auch den Excurs dazu). Was aber die Erbeinsetzung betrifft, so ist *condicio pendente* die Delation aufgeschoben (§. 703), durch den dies nicht. Aber was hier sogleich erworben werden kann, ist doch nicht das Erbrecht, sondern nur eine feste, vererbliche Anwartschaft, weil *uni duo pro solido heredes esse non possunt* (L. 141 §. 1 D. de R. J.; cf. *duorum in solidum dominium esse non potest*, L. 5 §. 15 D. *commodati* 13. 6); Vor- und Nacherbe können nicht gleichzeitig Erben sein.⁶⁰ Eigenthum und Erbrecht stimmen auch hier überein. Fassen wir nun die Frage in ihrer principellen Allgemeinheit. Wenn durch letzten Willen oder auch durch Vertrag Jemandem Eigenthum *suspensiv* bedingt zugewendet ist (wobei wir jetzt Rückbeziehung annehmen wollen), so hat ein Anderer eine entgegengesetzt bedingte Anwartschaft. Man soll aber nicht sagen: Beide haben ein bedingtes Eigenthum (*dom. plur. etc.*), sondern man weiß *pendente condicione* nicht, wer Eigenthümer ist. Und dies ist u. E. die zu generalisirende Antwort auf die gemeinrechtliche Streitfrage, ob *pendente condicione* kein Recht oder ein „bedingtes Recht“ vorhanden sei.⁶¹ Gewiß ist ein Recht vorhanden, nur wissen wir noch nicht, wem es zusteht. Ist aber das Recht so beschaffen, daß es entweder dem A oder Niemandem zusteht (*bedingte obligatio*), so muß man sagen: vorerst weiß man noch nicht, ob das Recht besteht, aber schon die bloße Möglichkeit muß respectirt werden. Wo aber die *condicio existens* nur *ex nunc* wirkt, entfallen (jedenfalls für dingliche Verhältnisse) solche Scrupel; hier kann nicht inzwischen der bedingt Honorirte Eigenthümer oder Erbe sein. — Bei einem dies *a quo* galt es früher als „ausgemacht, daß er . . . nicht die sofortige Entstehung des zu begründenden Rechts, sondern nur seine Ausübung aufschibe . . . Neuerlich ist die gerade entgegengesetzte Lehre aufgestellt worden: es werde immer nicht bloß die Ausübung, sondern auch der Erwerb eines Rechts durch einen Anfangstermin aufgeschoben; der Erwerber erlange nur sofort ein festes Recht auf den Erwerb. . .“⁶² Man muß nach den verschiedenen Rechtsverhältnissen unterscheiden. Gewiß ist es „höchst unnatürlich, dem Darlehnsgeber, welchem Rückerstattung in 10 Jahren versprochen wird, ein gegenwärtiges wirkliches Vermögensrecht abzuspochen und ihm nur ein festes Recht auf den Erwerb eines künftigen Rechtes beizulegen“.⁶³ Ebenso gewiß aber kann man dem *ex die* Eingesezten nicht ein gegenwärtiges Erbrecht geben, weil man sonst mit dem denknothwendigen Satze: *plur. dom. in solidum esse non pot. in Widerspruch* geräth.⁶⁴

Unger System II §. 82 Abs. IV; dann Schiffner V S. 73 f., Burckhard II S. 350 ff. — Wenn man den oben gegebenen Begriff der Bedingung festhält, über das Verhältniß zur Befristung Klarheit hat, und einsieht, daß das meiste *quaestio voluntatis* ist (vgl. Burckhard S. 353 ff.), so vereinfacht sich das Problem. Allerdings nur „das meiste“; das übrige aber ergibt sich aus der Natur des fraglichen Rechtsverhältnisses, nicht aus der der Bedingungen, gehört also auch nicht in die Theorie der letzteren, sondern zur Darstellung der ersteren. Ein Beispiel zur Verdeutlichung. Die *Pränotation* eines bürgerlichen Rechtes ist eine bedingte *Intabulation*; ihre Rechtfertigung ist Erfüllung der Bedingung. Hier versteht sich die Rückwirkung ganz von selbst. Die Absicht des *Pränotirenden* ist selbstverständlich darauf gerichtet, und der Wille des Gegners, gegen welchen (und allerdings auch Dritte) das Gesetz jenen schützen will, kommt nicht in Betracht, oder doch nur soweit, als seine Zustimmung eine anderweitige „Rechtfertigung“ unnötig macht. Die Rückwirkung ergibt sich hier aus dem Zwecke und der Geschichte des *Institutes* (*protestatio de conservando iure et loco*) ganz von selbst, wie denn auch niemals irgend Jemand hier die dingliche Rückwirkung bezweifelt hat.

⁶⁰ Also ist der bekannte Spruch „*Delata hereditas intelligitur, quam vis possit adeundo consequi*“ (L. 151 D. de V. S.) für's östereichische Recht (und in anderen Beziehungen wohl auch für's römische Recht) nicht ganz zutreffend. — S. übrigens bei §. 704 ff.

⁶¹ S. darüber Windscheid §. 89 N. 13a.

⁶² Scheurl S. 29.

⁶³ Scheurl S. 30.

⁶⁴ Nach römischem Recht mußte eine solche Einsetzung aus verschiedenen Gründen unzulässig erscheinen. Vgl. Scheurl S. 37 f., worüber wir uns später äußern werden. Vgl. hinsichtlich anderer Verhältnisse Scheurl S. 30—43 und *passim*.

VIII. *Condicio* und *modus*. Es wird bei §. 709 ff. gezeigt werden, daß der *modus*, der einen letztwilligen Befehl enthält, in gewissem Sinne eine Pflicht zur Erfüllung auferlegt; bei der Bedingung dagegen kann hievon niemals die Rede sein, ebensowenig als beim dies; ist doch oft die Bedingung vom Willen des Honorirten unabhängig. Aber auch dort, wo Dieser in der Lage wäre, den Eintritt des bedingenden oder besitzenden Ereignisses herbeizuführen, erleidet jener Satz keine Ausnahme (*Non potest agi, ut condicio impleatur*: L. 41 D. de contr. emt. 18. 1). Das „*parere condicioni*“ mag unter Umständen eine moralische Pflicht sein, nie ist es eine juristische; wer es nicht thut, erwirbt eben nicht, bez. verliert das Ererbene. Nur dieses meint der von Rippel⁶⁵⁾ mißverständene Satz Helm's: „Die Bedingung ist ein außer dem Kreise der rechtlichen Verpflichtung liegender Umstand.“⁶⁶⁾ Andererseits liegt in dem materiellen Schaden, der an die *cond. deficiens*, bez. in dem Vortheile, der an die *cond. impleta* geknüpft ist, eine Nöthigung, welche es rechtfertigt, wenn man von einem „erfüllen müssen“ spricht (vgl. §. 699), und nur von dieser Nöthigung, nicht von einer Pflicht, sind auch die Worte des §. 700 gemeint: „Nur eine verwitwete Person muß . . . die Bedingung erfüllen.“ — Im übrigen wird das Verhältniß des *modus* zur *condicio*, namentlich die Verwandtschaft mit der *Resolutiv-Bedingung*, ferner das Verhältniß des *modus* zum Motive der Anordnung, endlich das bisher zu wenig beachtete zwischen *modus* und *Vermächtniß* unten bei §. 709 ff. dargestellt werden.

IX. Sache der Auslegung ist es, festzustellen, ob diese oder jene Anordnung gemeint sei. Nicht selten ist es zweifelhaft 1) ob etwas bloß dies oder auch *condicio* sei, d. h. ob das Erleben eines Zeitpunktes zur Bedingung gemacht sei; 2) ob *condicio* oder *modus* vorliege, wo man eher den letzteren anzunehmen hat (s. bei §. 709 ff.); 3) ob etwas als *modus* oder als *legatum* gemeint sei (auch darüber unten); ja es kann zweifelhaft sein, ob eine *figura condicionis* auch *vim condicionis* habe oder irrelevant sei, und dieses nicht bloß bei *cond. iuris expressae*, sondern auch bei einem auf Thatsächliches gerichteten Bedingungsätze. Ein Beispiel aus der Praxis: Ein kranker Mann schrieb anlässlich einer Reise an seine Frau: Dieser Brief „diene Dir zur Versicherung, daß, wenn ich . . . auf dieser Reise . . . sterben sollte, ich Dich zur Universal-Erbin . . . einsetze“. Darüber, ob dieses ein holographes Testament sei, oder nicht, wurde nicht gestritten,⁶⁷⁾ sondern nur darüber, ob jenes „wenn . . .“ eine Bedingung enthalte. Mit Recht erkannte der oberste Gerichtshof, daß der Mann, seinen Tod während der Reise besitzend, den Brief Vorsichts halber geschrieben habe,⁶⁸⁾ und daß der Bedingungsatz nicht eine Bedingung im juristischen Sinne, sondern nur die Angabe der Veranlassung und des Zweckes des Briefes enthalte (Sammlung IX Nr. 4360). — „Wird dieselbe letztwillige Verfügung mehrmals unter verschiedenen Bedingungen oder das eine Mal bedingt, das andere Mal unbedingt getroffen, so ist in der Regel⁶⁹⁾ die letzte Verfügung als die gültige anzusehen.“⁷⁰⁾

⁶⁵⁾ Erläuterung IV S. 386 Z. 5.

⁶⁶⁾ Dieses sagt der ganze §. 6 seiner Abhandlung deutlich genug. Helm meint: es gibt keine Pflicht, die Bedingung zu erfüllen. Rippel mißversteht ihn so, als ob er sagte: die Erfüllung einer Pflicht kann nicht zur Bedingung gemacht werden.

⁶⁷⁾ S. oben S. 95 f. (namentlich bei Note 4); vgl. hier die folgende Note.

⁶⁸⁾ Darum ist der Brief ohne Zweifel als (interimistisches) Testament gemeint gewesen; vgl. die vorige Note.

⁶⁹⁾ Durchgreifende Regeln kann man für solche *quaestiones voluntatis* überhaupt nicht aufstellen; es kommt auf den Wortlaut und andere Umstände des concreten Falles an.

⁷⁰⁾ Unger Erbrecht §. 16 (Text); über das römische Recht ebd. Num. 14.

Vorschritten: 2540
a) über unverständliche;

§. 697.

Ganz unverständliche Bedingungen sind für nicht beigelegt zu achten.

I. Redaction. Dieser §. stand im Westgal. G. B. noch nicht. Zu §. 486 (699) machte das niederösterreichische App. Ger. folgendes, wörtlich aus dem preussischen L. R. (§. 64, I. Tit. 12) ausgeschriebene Monitum: „Bedingungen, die ganz unverständlich abgefaßt, oder zwar überhaupt vorbehalten, aber worin sie bestehen sollen, nicht ausgedrückt worden, sind den unmöglichen gleich zu halten.“ Auf diese Anregung hin, aber nicht in ihrem Sinne¹⁾ wurde von Zeiller (S. v. 8. Mai 1804) der obige Satz textirt und dem §. 486 (699) angefügt. Erst später wurde er als eigener §. an diese Stelle gesetzt. So steht er aber bereits (als §. 397) in der Reinschrift der Beschlüsse erster Lesung.

II. Kritik. Diese Gesetzbestimmung, welche für Verträge nicht gilt (s. §. 898), ist verwerflich, obgleich sie auch anderswo sich findet,²⁾ und von namhaften Juristen vertheidigt wird,³⁾ weshalb eine genauere Prüfung nicht unnötig ist. Entstanden ist die weitverbreitete, in §. 697 sanctionirte Vorstellung theils durch den in dieser ganzen Materie so verwirrenden Einfluß des römischen Rechtes, theils durch die falsche Auffassung, als ob die Bedingung eine äußerliche Zuthat der Willenserklärung, und als „Nebenbestimmung“ etwas Nebensächliches wäre!⁴⁾ So sagt Zeiller S. 659: „Bleibt . . . die Bedingung unverständlich, so ist sie für nicht beigelegt zu achten, und der Bedachte erhält den Nachlaß ebenso, als wenn er ihm unbedingt hinterlassen worden wäre. Denn der Wille des Erblassers, daß der Bedachte die Erbschaft, einen Theil derselben oder ein Vermächtniß erhalten soll, ist, wie man voraussetzt,⁵⁾ verständlich und klar.“ Zeiller (und auch Mommsen in der R. 3 cit. Stelle) fassen die Anordnung des Testators als a + b auf, wovon a (Honorirung) klar, b (Bedingung) unverständlich sei. In Wahrheit aber ist die Bedingung ein integrierendes Moment der Willenserklärung, somit die ganze Erklärung unverständlich, und sollte darum (§. 565) auch ungültig sein. Denn weiß ich nicht, worin die Bedingung besteht, so weiß ich auch nicht, für welchen Fall der Testator den N zum

1) Denn die unmöglichen Bedingungen sind keineswegs immer „für nicht beigelegt“ zu achten, sondern nur, wenn sie als Resolutiv-Bedingungen gesetzt sind, s. §. 698.

2) So im römischen Recht, wenigstens nach der herrschenden Auffassung der L. 2 D. de his quae 34. 8, die aber nicht von Bedingungen spricht (indef. halten auch wir die herrschende Ansicht für richtig, wegen der Analogie der unmöglichen Bedingung). Aber das römische Recht kann überhaupt in der Lehre von bedingten Honorirungen nicht als Muster dienen, wenngleich es im sächs. G. B. §. 2128 zum Muster genommen ist. Dagegen gehört nicht her der von Unger Erbrecht §. 16 A. 13 cit. §. 64 preuß. L. R. I. 12, wo vielmehr die von dem niederöstrerr. A. G. gewünschte Bestimmung (s. Abs. I) enthalten ist. Gruchot S. 439 f.

3) So von Unger a. a. O., der den heftigen Entwurf (Art. 60) seiner richtigeren Entscheidung wegen geradezu tadelt; so von Mommsen §. 101, welcher (offenbar in Erinnerung an L. 2 cit.) auf S. 211 dies durchweg so motivirt: „Das Natürliche ist, daß Dasjenige, was nicht verstanden werden kann, auch nicht beachtet wird.“

4) Da Unger von diesem Irrthum sehr weit entfernt ist, so erscheint seine Zustimmung zu der hergebrachten Ansicht auffallend.

5) Diese Worte und Abs. 3, auf den dabei verwiesen wird, zeigen, daß Zeiller selbst das Bedenkliche des §. 697 empfand, und den nächstliegenden Einwand zu beseitigen suchte. Noch deutlicher tritt dieses Bestreben, den §. 697 und die richtigere Einsicht in Einklang zu bringen bei Winwarter S. 236 hervor. Vgl. auch Ellinger zu diesem §. Zeiller, dem hier alle Commentatoren nachgeschrieben haben, bedenkt nicht, daß in den Fällen des §. 697 die „Erbeinsetzung“ eben immer zweifelhaft ist, wenn man damit den Willen des Testators, den N zum Erben zu haben, versteht, mag auch der betreffende Satztheil (der bedingte Satz) noch so klar scheinen, denn der bedingende und bedingte Satz lassen sich nicht auseinander reißen; sie sind der Ausdruck eines Willens.

Erben haben wollte, also auch nicht, ob er ihn, wie die Dinge jetzt liegen, überhaupt zum Erben haben wollte. Die Anordnung des §. 697 ist nur dann gerechtfertigt, wenn es feststeht, daß die unverständliche Bedingung eine resolutive ist. Denn hier erwirbt der Honorirte sofort, und ungewiß ist nur das Verlieren. Kennen wir nun den Fall, wo er verlieren soll, nicht, so verliert er überhaupt nicht. Ist dagegen die Bedingung eine suspensive oder ungewiß, ob sie dieses oder jenes sei, so steht überhaupt der Wille des Testators, den N zum Erben zu haben, nicht fest. — Zeiller fährt a. a. O. so fort: „Wer gegen den Bedachten behaupten will, daß zur vollständigen Erwerbung des Rechtes erst noch eine Bedingung eintreten müsse, dem liegt der Beweis ob, was für eine Bedingung erst noch eintreffen soll, und diesen Beweis ist er im Falle der Unverständlichkeit zu liefern nicht fähig“. Verkehrteres hat der verdienstvolle Mann wohl niemals niedergeschrieben!^{5a)} In Bezug auf den Beweis von Bedingungen muß man zwei Fragen unterscheiden: a) Wer hat zu beweisen, wenn es bestritten ist, ob eine Rechtsgeschäft suspensiv bedingt sei? Die richtige, wenn gleich nicht unbestrittene, Antwort ist: „Derjenige, der auf das angeblich perfecte Rechtsgeschäft (bez. die pure Honorirung) einen Anspruch gründet“.⁶⁾ b) Sobald aber feststeht, daß eine Zumenbung suspensiv bedingt ist, dann versteht es sich vollends von selbst,^{6a)} daß Derjenige, der sie in Anspruch nimmt, die Erfüllung beweisen muß, da er vor dieser überhaupt noch kein perfectes Recht hat (§. 703). Muß doch überhaupt Jeder, der ein Recht (agendo oder excipiendo) für sich in Anspruch nimmt, die Voraussetzungen des Erwerbes dieses Rechtes darthun. Indem also Zeiller die Frage von der Beweislast hereinzog, hat er das Gegentheil dessen klar gemacht, was sein „quod demonstrandum“ war.⁷⁾ — Der §. 697 kann also vor einer unbefangenen Kritik nicht bestehen. Da die Gesetzanordnung aber keinen Zweifel über ihren Sinn übrig läßt, müssen wir sie befolgen und sagen: Sed lex ita scripta est! —

III. Leichtsin ist übrigens die Unverständlichkeit nicht anzunehmen;^{7a)} dunkle Anordnungen aufzuhellen, ist eben Aufgabe der Interpretation, welche dabei schriftliche Aufzeichnungen des Verstorbenen (s. §. 582), Zeugenaussagen über mündliche Aeußerungen derselben, die Beziehungen zwischen dem Testator und dem Honorirten oder zwischen ihnen und der etwa in dem Bedingungsätze genannten Person u. dgl. als Hilfsmittel benutzen kann.⁸⁾

^{5a)} Gleichwohl haben auch dies ihm nachgeschrieben: Rippel B. 2, Winwartner S. 235, Stubentrauch B. 1.

⁶⁾ Unrichtig Sammlung I Nr. 193. — S. die sehr gründlichen und überzeugenden Ausführungen in Unger's System II S. 572 ff., Angesichts deren sein Votum in der anderen Frage noch auffallender erscheint (vgl. die vorige Nr.). — [Jene tief eingehenden und mit voller Beherrschung der weitschichtigen Literatur geschriebenen Ausführungen Unger's hat Scheurl bei seinen (im Wesentlichen übereinstimmenden) Bemerkungen über diese Streitfrage (Nebenbestimmungen S. 329—336) offenbar nicht gekannt.]

^{6a)} Darum fertigt Unger, der die erste Frage so ausführlich behandelt, diese zweite Frage mit zwei Zeilen ab (II S. 69), ganz mit Recht. — Vgl. etwa Sammlung XII Nr. 5454.

⁷⁾ Und wie wunderbar sind die weiteren Argumente (S. 659)! Die Bedingung, deren Inhalt wir nicht kennen, sei vielleicht inzwischen in Erfüllung gegangen (!), oder vom Erblasser widerrufen (wobei ihm sog. condiciones contrariae, s. hier Abf. V, vorschweben). — Andererseits ist ebenso verkehrt die Behauptung von Helm (S. 238), die unverständlichen Bedingungen kämen „mit den unmöglichen darin überein, daß sie nicht in Erfüllung gehen können“. Der Inhalt der unverständlichen Bedingung muß ja nicht immer eine Handlung sein.

^{7a)} Mit Recht erkannten die beiden oberen Instanzen im Falle der Sammlung III Nr. 1426, daß hier nicht, wie das Untergericht sagte, eine unverständliche, sondern eine unsittliche Bedingung vorlag.

⁸⁾ Vgl. Zeiller S. 658. Dieser will auch die ganz vage Bedingung, „wenn er meinen Wunsch erfüllt haben wird“ nicht unbeachtet lassen. Aber wo nicht eine schriftliche Ergänzung sich findet (§. 582), wird es wohl kaum gelingen, zu constatiren, daß irgend ein erweislicher Wunsch des Testators gerade der dort gemeinte sei; anders, wenn

IV. Zu unterscheiden von den „unverständlichen“ Bedingungen sind die „perplexen“,⁹⁾ wovon ein in allen Lehrbüchern und Commentaren wiederholtes Beispiel in l. 16 D. de condic. inst. 28. 7 enthalten ist.¹⁰⁾ Es sind diese Bedingungen, welche entweder in sich selbst oder im Verhältniß zu dem Inhalte der dadurch bedingten Anordnung widersinnig, widerspruchsvoll erscheinen. Mit Recht ist man darüber einig, daß hier nicht nur die Bedingung, sondern die ganze Anordnung ungültig ist (vgl. §. 565).¹¹⁾

V. Wieder etwas Anderes sind die sogen. *condiciones contrariae*,¹²⁾ von denen Pomponius in l. 13 D. quando dies 36. 2 spricht: „Sive illud factum fuerit, sive non fuerit, illi do lego.“ Daß eine solche Honorirung nach römischem Recht für eine bedingte gehalten und die Entscheidung, ob *x* eintritt oder nicht eintritt, abgewartet wird — ist eine der vielen Absonderlichkeiten der römischen Bedingungslehre, die in unsere Gesetzgebung nicht übergegangen ist. Und daß in Ermangelung einer ausdrücklichen Gesetzbestimmung eine Honorirung, die gelten will, ob nun *x* geschehen oder nicht geschehen mag, als eine unbedingte zu behandeln ist, versteht sich für jeden Unbefangenen beinahe von selbst.¹³⁾

VI. Sehr verschieden von den unverständlichen sind die unverständigen Bedingungen, wobei dieses Wort in einer engen Bedeutung genommen wird, indem man die perplexen und die (meistens auch absurden) unmöglichen und unerlaubten Bedingungen (§. 698) ausschließt. Es sind nämlich hier unter diesen *condiciones in eptae* solche gemeint, deren Erfüllung möglich und statthaft, deren Setzung und Erfüllung aber eines ernststen Menschen unwürdig, lächerlich, ärgerlich, abgeschmackt ist. Im römischen Rechte werden sie *pro non scriptis* erklärt (l. 14, l. 27 pr. D. de cond. instit. 28. 7 cf. l. 113 §. 5 D. de leg. I), ebenso nach dem Cod. Maxim. Bav. civ. III. 3. §. 10 und (wenigstens die *e. derisoriae*) auch nach dem sächs.

es etwa hieß: „meinen gestern geäußerten Wunsch“. — Unbedenklich richtig ist das zweite Beispiel Zeiller's, bei welchem er offenbar die Entscheidung des Alfenus Varus in l. 27. D. h. t. 35. 1 vor Augen hatte. Es heißt eben in §. 697 „ganz unverständliche Bedingungen“ und jene Bedingung ist nur theilweise unverständlich. Vgl. auch Unger §. 16 Anm. 13 a. E.

⁹⁾ Vgl. Stubenrauch I. Aufl. S. 529 N. **. — Sachlich unterscheidet Helm S. 238 die perplexen und die im Sinne des §. 697 unverständlichen Bedingungen, nimmt aber letzteres Wort in einem weiteren, auch die perplexen Bedingungen umfassenden Sinne. — Verfehrter Weise (s. Unger a. a. D.) stellt das sächs. G. B. die perplexen und die unverständlichen Bedingungen praktisch gleich (§. 2128), was Siebenhaar in seinem Comm. III S. 250 vertheidigt. Rommen S. 211 will die Behandlung der perplexen Bedingung ganz dem richterlichen Ermessen überlassen.

¹⁰⁾ Si Titius heres erit, Seius heres esto; si S. heres erit, T. heres esto. Der Widerspruch liegt darin, daß erst der Eine Erbe sein soll, bevor der Andere es werden kann, und umgekehrt. Heute, wo wir gegen unpassende Ausdrucksweise in Testamenten so tolerant sind, wäre zu fragen, ob nicht etwa der Sinn dahin ging: entweder sollen Beide zusammen oder keiner Erbe sein. Um das Widerspruchsvolle ganz außer Zweifel zu stellen, setzt Zeiller für heres „Alleinerbe“.

¹¹⁾ Zeiller zu §. 697 B. 3, dem die Späteren folgen; z. B. Stubenrauch B. 7.

¹²⁾ Vgl. Note 7.

¹³⁾ Daß gleichwohl Unger (§. 16 vor N. e) das Gegentheil behauptet, erklärt sich daraus, daß er hier eben nicht unbefangener war; er benötigte nämlich der Entscheidung der l. 13 cit. als Behelf für seine Construction der fideicommissarischen Substitution; s. §. 20 Anm. 3. Vgl. darüber und dagegen oben S. 230 f. Hier noch die ergänzende Bemerkung, daß der Vergleich mit der (ausdrücklichen oder in späterer Zeit gesetzlich angenommenen) römischen *substitutio duplex* oder in *utrumque casum* (L. 4 pr. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6) nicht zutrifft. Damit ist der Fall gemeint, wo Jemand zugleich *Vulgar-* und *Pupillar-*Substitut ist (unser Fall, l. 6 §. 5 D. ad SC. Trebell. 36. 1 wird nicht so genannt). Der Unterschied nun zwischen dem Fall des §. 608 und der *subst. duplex* ist dieser: in unserem Rechtsverhältniß wird der Substitut jedenfalls Erbe desselben Erblassers, bei der römischen *subst. duplex* wird er im Falle *x* Erbe des A („*patri fit heres*“), im Falle nicht-*x* Erbe des B („*filio fit heres*“); s. pr. Inst. de pupill. subst. II. 16.

§. 2134.¹⁴⁾ Praktisch betrachtet verhält es sich wie im römischen auch im preussischen Recht, da nicht nur die dem Anstand und den guten Sitten widerstreitenden Bedingungen für nicht beigelegt geachtet werden (§. 63, I. 12), sondern auch bestimmt ist, daß Bedingungen, „von deren Erfüllung kein Nutzen abzusehen ist“, vom Gerichte erlassen werden können. Anders und unbefriedigend verhält es sich damit nach österreichischem Recht: Der §. 486 Westgal. G. B. II. war im bewußten Gegensatz mit dieser Bestimmung des preuß. R. abgefaßt, und bei der Textirung des §. 699 fand man diese „bedenklich“ und zog es vor, von den „unnützen und sonderbaren Bedingungen“ ganz zu schweigen. Es nützt nichts, daß in sehr vielen Fällen die cond. inepta als contra bonos mores verstößend sich darstellt; denn wollte man sie dann den unerlaubten Bedingungen gleichstellen, so würde das Gegentheil dessen erreicht, was jede gesunde Empfindung verlangt: dem bedingt Bedachten würde nicht geholfen, — er würde ausgeschlossen! Diese Betrachtung lehrt zweierlei: 1) wie hart die Vorschrift des §. 698 hinsichtlich der unerlaubten Suspensiv-Bedingung ist; 2) wie sehr die herrschende Lehre daran recht thut, daß sie im Zweifel eher einen Modus, als eine Bedingung annimmt. Bei einem modus ineptus wird auch nach österreichischem Recht die Erfüllung bald ganz erlassen, bald die Anordnung soweit corrigirt, daß das Anstößige vermieden wird (arg. §. 710). So hatte z. B. ein Testator ein näher beschriebenes Monument von seinen Erben verlangt. Diese stellten vor, daß sie durch genaue Befolgung des abgeschmackten Auftrages sich und den Verstorbenen dem öffentlichen Gespött preisgeben, und wollten sich durch eine Zahlung ad pias causas loskaufen. Mit Recht entschied das Gericht für eine Denkmalssetzung, bei der die auch von ihm anerkannten Abgeschmacktheiten vermieden wurden.¹⁵⁾ — Wo aber eine Suspensiv-Bedingung unzweifelhaft ist, dort wird man den Honorirten in vielen Fällen zur stricten Erfüllung verhalten müssen, wo er nach gemeinem und preussischem Rechte entlastet würde. S. §. 699 und Hffzd. vom 16. November 1826. — Endlich ist noch daran zu erinnern, daß über Lächerlichkeit, Unverständigkeit, Unerlaubtheit die Ansichten zuweilen getheilt sind (was für unsere Redactoren hier mitbestimmend war), und im Laufe der Zeiten sich ändern; so würden die beiden obigen Beispiele der römischen Juristen heute nicht mehr als „ineptae voluntates“ gelten können; die Anordnung in l. 27 cit. nicht, weil wir darüber strenger denken (die Anordnung ist gesetzwidrig), die in l. 113 cit. nicht, weil wir über sie milder denken; der Wunsch in einem schönen Gewande oder mit einem liebgewordenen Schmuck begraben zu werden, ist unbedenklich zu erfüllen.¹⁶⁾

VII. Was in §. 697 von unverständlichen Bedingungen angeordnet ist, gilt analog auch von anderen Beschränkungen (Befristung, Auflage), deren Sinn nicht herausgebracht werden kann;¹⁷⁾ die Nebenbestimmung wird gestrichen, die Honorirung gilt. Wenn aber diese selbst unverständlich ist, dann gilt sie nicht. Denn, wie sollte man z. B. ein Legat erfüllen, wenn man nicht weiß, was oder wem es gegeben werden solle? Quae in testamento ita sunt scripta, ut intelligi non possint, perinde sunt, ac si scripta non essent; L. 73 §. 3 D. de R. J. 50. 17. Cf. L. 2 D. de his quae pro non scr. 34. 8.¹⁸⁾ — Daß dagegen, was von unverständ-

14) Welchem Mommsen §. 104 zustimmt.

15) Der Fall hat sich vor einigen Jahren in Wien zugetragen.

16) Es ist von culturhistorischem Interesse, die l. 113 cit. mit dem Verbote der 12 Tafeln, Goldschmuck u. dgl. mit zu begraben (s. die Fragmente der X. Tafel bei Schöll leg. XII tab. relig. S. 153 ff., bei Voigt die 12 Tafeln I. Bd. S. 730 ff.), zu vergleichen. Daß römische Sparsamkeit (um nicht zu sagen: „römischer Geiz“) hierin die Zeiten größter Verschwendung überdauerte, ist auffallend. Der Zusammenhang scheint uns unzweifelhaft, so weite Zeiten die 12 Tafeln, Papinian und Justinian trennen.

17) Winiwarter S. 236.

18) Der Ausspruch ist von Q. Mucius Scaevola (L. 73 cit.) und in verschlechterter Fassung wiederholt von Alfenus Varus (L. 2 cit.).

digen Bedingungen gesagt ist, nicht ohne weiteres auch von unverständigen modigelte, ist schon bemerkt worden (s. vorigen Absatz). Bei allen sehr unverständigen letztwilligen Anordnungen aber ist das Wort Modestin's zu beherzigen: „Sed hoc prius inspicendum est, ne homo, qui talem condicionem posuit, neque compos mentis esset.“ (L. 27 pr. D. de cond. inst. 28. 7.) Und aus diesem Gesichtspunkte (§§. 565, 566) war für null und nichtig jenes ganze Testament zu erklären,¹⁹⁾ in welchem sich die Anordnung fand, daß, wenn nicht beide Instituirte heiraten, der ganze Nachlaß in Papiergeld umgesetzt, dieses unter den Leichnam gelegt und verbrannt werden sollte.²⁰⁾

b) unmögliche oder unerlaubte;

§. 698.

Die Anordnung, wodurch jemanden unter einer aufschiebenden unmöglichen Bedingung ein Recht ertheilt wird, ist ungültig, obgleich die Erfüllung der Bedingung erst in der Folge unmöglich, und die Unmöglichkeit dem Erblasser bekannt geworden wäre. Eine auflösende unmögliche Bedingung wird als nicht beigesetzt angesehen. Alles dieses gilt auch von den unerlaubten Bedingungen.

I. Redaction. Der §. 485 Westgal. G. B. II. lautet: „Unmögliche oder unerlaubte Bedingungen werden als keine Bedingungen angesehen. Sie können weder das Erbrecht aufschieben, noch auflösen.“ Unbegreiflicher Weise wurde dazu kein Monitum eingesendet. Dagegen sprach sich Zeiller's Referat (S. v. 8. Mai 1804) sehr ausführlich über diese Materie aus.

Mit „unmögliche Bedingung“ sei hier die physisch unmögliche gemeint. (?) Nach römischem Rechte machen solche Bedingungen Verträge ungültig, während sie bei den Erklärungen des letzten Willens für nicht geschrieben gehalten werden. „Aus Begünstigung des letzten Willens, sagen die Rechtsgelehrten, vermuthet man, daß nur aus Unachtsamkeit des Erblassers die Bedingung sich eingeschlichen habe.“ Nach preussischem Rechte dagegen soll jede Willens-Erklärung, wodurch das Recht von dem Eintreffen einer unmöglichen Bedingung abhängig gemacht wird, unkräftig sein (§. 131 preuß. L. R. I. 4 und §. 504 L. R. I. 12).¹⁾ Dies sei zu billigen, weil der logischen Regel „conditio impossibilis habet vim negandi“ angemessen. Die Berücksichtigung einer solchen Bedingung könne sich gründen: a) in Geistesverwirrung, Scherz, Irrthum — dann sei die Erklärung ungültig; oder aber b) darin, daß der Erblasser entgegen der herrschenden Meinung die Bedingung für eine mögliche hielt. Mit welchem Rechte könne man dann die Bedingung erlassen? Vielleicht mache der Erblasser das Legat eben zur Prämie einer Erfindung. „Noch vor wenigen Jahren hätten die Commentaristen als Beispiel einer unmöglichen Bedingung die Luftfahrt angegeben, und sie sei dennoch wirklich zu Stande gekommen.“²⁾ „Brächte der Bedachte das scheinbar Unmögliche dennoch zusammen, so verstehe es sich ohnehin, daß ihm der zuge dachte Vortheil zukommen müßte, weil der Erfolg zeigte, daß die Bedingung nicht unmöglich war.“ Darum beantragte Zeiller den ersten Satz des §. 698.

Bei einer unmöglichen auflösenden Bedingung bliebe nach preussischem Rechte die Anordnung unbedingt, weil gewiß ist, daß die Bedingung nicht eintreten werde... Die Bedingung war zur Zeit des Testaments möglich, wurde aber in der Folge

¹⁹⁾ Mitgetheilt von Kaleffa in der Ztschft. f. öherr. Rechtsg. 1839. I S. 46 ff.

²⁰⁾ Unbegreiflicher Weise halten Kaleffa und Stubenrauch (1. Aufl. II S. 536 Nr. ** 4. Aufl. I. S. 858 Nr. 2) diese Anordnung für gültig!

¹⁾ §. 131 L. R. I 4 lautet: „Wird aber das Recht von dem Eintreffen der unmöglichen Bedingung abhängig gemacht, so wird dadurch die ganze Willenserklärung entkräftet.“ §. 504 L. R. I 12 verweist hinsichtlich der „einer Erbeinsetzung oder einem Vermächtniß beigefügten unmöglichen Bedingung“ auf die Vorschriften im 4. Titel §. 126 ff.

²⁾ Wie viele Beispiele würden sich ihm heute darbieten! — Wiederholt sind diese Argumente in Zeiller's Commentar II S. 661—663.

unmöglich; z. B. „wenn er die N heiratet“, die N stirbt aber vor dem Erblasser. Auch hier sollte die Anordnung unkräftig sein. „Das preuß. G. B. macht jedoch eine Ausnahme für den Fall, wo dem Erblasser noch bekannt geworden, daß die Erfüllung der Bedingung unmöglich sei. Allein diese Ausnahme erzeuge oft Prozesse über den Zweifel, ob der Erblasser den Umstand gewußt habe oder nicht. Der Erblasser möge, wenn er den Umstand erfährt und das Vermächtniß dennoch bestehen lassen will, die Bedingung wegstreichen.“ Thut er dieses nicht, so soll die Honorirung unkräftig sein.³⁾ Das solle im Gesetz ausdrücklich gesagt werden.

Hierauf ging Zeiller zu den „unerlaubten Bedingungen“ über. Diesen Begriff näher zu bestimmen, sei unnötig, da schon der gemeine Sprachgebrauch „unerlaubt“ nennt, was der Sittlichkeit, den Sittengesetzen zuwider ist.⁴⁾ Die unerlaubten Bedingungen sollen nach dem Entwurfe (d. h. dem Westgal. G. B.), und ebenso nach dem römischen und preußischen Rechte das Erbrecht weder aufschieben, noch auflösen.⁵⁾

Referent stellte nun folgende Anträge: 1) Unerlaubte aufschiebende Bedingungen sollen gleich unmöglichen Suspensiv-Bedingungen die Anordnung ungültig machen. „Denn ohne Erfüllung der Bedingung wolle der Erblasser den Vortheil dem Erben oder Legatäre nicht zukommen lassen; gegen die Erfüllung der Bedingung könne er ihm denselben nicht zuwenden; quod potuit, non voluit;⁶⁾ et quod voluit, non potuit, also sei die Anordnung ohne Wirkung“. Dies sei auch consequent nach dem, was bei Verträgen (im III. Thl. §. 22) verordnet ist.⁷⁾ A soll 1000 fl. bekommen, wenn er die B, mit welcher er sehr nahe verwandt ist, heiratet.⁸⁾ Er kann dies nicht thun; soll man ihm dennoch die 1000 fl. geben? „Ein Jude sagt: wenn mein Vetter A, welcher Christ geworden, wieder zum Judenthum zurückkehrt, soll er mein Erbe sein; sonst mein Vetter B. Soll A ohne weiteres . . . den B ausschließen?“⁹⁾ Das wäre ein Eingriff in's Eigenthum.¹⁰⁾ Man könne verbieten, daß der Eigenthümer Jemanden unter einer Bedingung etwas zuwende; man könne aber nicht gebieten, auf wen etwas gegen den Willen des Eigenthümers

³⁾ Vgl. hiermit Zeiller's Commentar II S. 663 f. 3. 3.

⁴⁾ Die Oberflächlichkeit dieser Bemertung ist auffallend. Unerlaubt kann ja bald die zur Bedingung gemachte Handlung, bald (s. §. 700) nur das Sagen der Bedingung sein. Auch fehlt jede Klarheit über juristisch unmögliche und juristisch unerlaubte Bedingungen; denn früher sprach Zeiller nur von natürlich unmöglichen, jetzt nur von sittlich unerlaubten Bedingungen; vgl. N. 8.

⁵⁾ Es war also der Sinn des §. 485, daß solche Bedingungen für nicht beigelegt zu halten seien, wie dies Zeiller auch in der That bei der Revision gelegentlich der erneuten Berathung des §. 521 Westgal. G. B. II mit den eben gebrauchten Worten aussprach, — zugleich betonend, daß §. 698 schon in der ersten Lesung dahin geändert worden sei, daß Anordnungen unter unmöglichen oder unerlaubten (Suspensiv-)Bedingungen ungültig sind. — Im römischen Recht waren überhaupt gar keine Resolutiv-Bedingungen bei Erbesezungen zulässig. Kamen sie gleichwohl vor, so wurden sie ohne Unterschied des Inhaltes gestrichen.

⁶⁾ Dies ist wohl sprachlich richtig, wenn man die bloße Abwesenheit eines Willens ausdrücken will; die deutschen Worte Zeiller's gehen aber auf einen Willen negativen Inhaltes, also auf ein nolle. Vgl. in sprachlicher Hinsicht: Non enim velle debet dominus, sed non nolle L. 1 §. 3. D. de tribut. act. 14. 4. Vielleicht schwebte Zeiller'n die bekannte Antithese der l. 3 D. de reb. dub. 34. 5 vor: „neque id dicit, quod vox significat, quia non vult; neque id, quod vult, quia id non loquitur“.

⁷⁾ §. 22 entspricht unserem §. 878 und erklärt Verträge, die auf Unmögliches oder Unerlaubtes gerichtet sind, für ungültig.

⁸⁾ Das Beispiel ist unpräcis gefaßt. Auch liegt hier nicht bloß Unerlaubtheit, sondern juristische Unmöglichkeit vor; vgl. N. 4.

⁹⁾ Wieder kein reines Beispiel; denn hier ist das Sagen der Bedingung als unerlaubt gedacht, nicht die zur Bedingung gesetzte Handlung.

¹⁰⁾ Offenbar ist dieses Wort hier in dem allgemeinen Sinne genommen, von dem wir am Anfange dieses Bandes (S. 6 f.) gesprochen haben.

und zum Nachtheil eines Dritten übergehen soll. Damit würde man nicht den Testator, sondern den Dritten, z. B. den Intestat-Erben, strafen.

2) Unerlaubte auflösende Bedingungen. Beispiel: Ein Jude schreibt: „Mein Better A soll jährlich 1000 fl. haben, wenn er Jude bleibt.“ Hier könne man die Anordnung nicht für ungültig erklären, denn der Staat duldet, daß der A bei seiner Religion bleibe; doch¹¹⁾ könne der Gesetzgeber verbieten, daß ihm deswegen, weil er zur wahren Religion übergeht, das Legat nicht (sic) entzogen werde.¹²⁾ — [Auch hier (vgl. N. 9) ist das Beispiel schlecht gewählt; ein reines Beispiel wäre nur ein solches gewesen, wo auch das dem Erben zugemuthete Verhalten ein unerlaubtes sein würde. Ferner bedachte Zeiller nicht, daß er sich damit in Widerspruch gegen sein kurz vorher ausgesprochenes Axiom setze; denn hier behält A das Geld des Erblassers gegen dessen Willen.]

Deshalb schlug Zeiller den jetzigen Text des §. 698 vor.¹³⁾

Bei der Debatte gruppirten sich die Ansichten so: a) mit dem Referenten stimmten Schmidfeld und Pyro, dann der Vice-Präsident und der Präsident. b) Im Ganzen einverstanden waren auch Pitreich und Orlandini; nur gegen den Zwischensatz („obschon . . .“), also für die preussischen Bestimmungen, erklärten sie sich, mit folgender wunderlichen Motivirung: weil „der (sic) Saumsal des Erblassers, daß er seinen Willen nach der Zeit nicht abgeändert oder deutlicher erklärt habe, nicht mit der Ungültigkeit der ganzen Anordnung bestraft werden könnte.“ [Von „Saumsal“ kann gar keine Rede sein; was soll er „deutlicher erklären“? Er hat gesagt: „für den Fall a soll x, für den Fall b soll y geschehen“ — daran haben wir uns zu halten; und worin soll denn die „Strafe“ (des Verstorbenen!) bestehen, wenn sein Wille, daß N für jenen Fall nichts bekommen solle, befolgt wird?!] c) Sonnenfels wünschte: Die unmögliche Suspensiv-Bedingung soll pro non scripta sein, die Honorirung also gelten. Eine Sinnesverwirrung könne man nicht annehmen, weil sonst auch die übrigen Anordnungen aufgehoben werden müßten; einen Scherz solle man nicht annehmen, da bei einem so wichtigen Acte „jeder Scherz durch Beihülfe der Gesetze hintangehalten werden soll.“¹⁴⁾

Die Mehrheit der Stimmen war demnach für Zeiller, dessen Text angenommen wurde.

II.¹⁵⁾ A) Unmögliche Suspensiv-Bedingungen machen nach der Natur der Sache die Zuwendung ungültig; denn hat der Erblasser die Unmöglichkeit gekannt, dann war die Honorirung nicht ernst gemeint; hat er sie aber nicht gekannt, so hat er die Bereicherung des Bedachten nur für einen Fall gewollt, der eben nicht eintreten wird. Dieser Rechtsatz sollte sich von selbst verstehen; daß es nicht der Fall ist, daß man selbst in modernen Gesetzen und bei vortrefflichen Schriftstellern ihn nicht anerkannt findet, erklärt sich aus der Kritiklosigkeit gegenüber dem römischen Rechte,

¹¹⁾ So soll es wohl heißen; im Protokoll heißt es: „und der G. könne v.“

¹²⁾ Zeiller's Meinung ist wohl diese: A behält auf alle Fälle das Legat: wenn er Jude bleibt, weil dies nichts unerlaubtes ist; wenn er zum Christenthum übergeht, weil der Staat nicht duldet, daß man ihm diese (für löblich angesehene) Handlung verbietet. Würde man aber die Anordnung für ungültig erklären, so würde A das Legat auf keinen Fall erhalten.

¹³⁾ Einzige (und gleichgültige) Variante: in der Mitte hieß es „unmöglich, und dieser Umstand dem Erblasser bekannt gewesen wäre“. Bei der Revision (3. Septbr. 1807) ersetzte man die hier gesperrten Worte auf Zeiller's Antrag durch „die Unmöglichkeit“.

¹⁴⁾ Ähnliches wurde und wird immer zur Rechtfertigung oder doch Erklärung der Sabinianischen Entscheidung vorgebracht, vgl. auch Mommsen S. 209 f., obwohl er (s. §. 100) nur theilweise diese vertheidigt. — Harum (s. folgende N.) S. 162 hat sich hier mit Unrecht von Savigny's Autorität imponiren lassen.

¹⁵⁾ Zu dem Dogmatischen ist zu vergleichen der klar geschriebene und verdienstliche Aufsatz von Harum in Haimert's Magazin f. Rechts- u. Staatsw. VI (1852) S. 157—174.

und der Thatsache, daß Justinian die Ansicht der Sabinianer recipirt hat, wornach unmögliche Bedingungen bei letztwilligen Anordnungen als nicht hinzugefügt anzusehen seien, während die Proculsejaner den obigen Rechtsatz vertheidigten. Von der Sabinianischen Lehre hat der Sabinianer Gaius (III. 98) gesagt, daß für sie „vix idonea ratio reddi potest“; viele unserer Romanisten dagegen und selbst ein moderner Rechtsphilosoph¹⁶⁾ haben sie — sabinianischer als jener Sabinianer — vertheidigt. Aber ihre Rechtfertigungs- und Erklärungs-Versuche¹⁷⁾ sind ebenso verfehlt, als der neueste Versuch,¹⁸⁾ den Satz großentheils aus dem römischen Recht hinauszudeuten.¹⁹⁾ Bekanntlich hat Capito und seine Schule viel mehr am Hergebrachten gehaftet, als Labeo und dessen Nachfolger. Ohne Zweifel ist der Sabinianische Satz altrömisch und Kind desselben Geistes, der die institutio ex re certa gelten läßt detracta rei mentione, der die auf einen Theil Eingesetzten zum ganzen Nachlasse beruft, der die Resolutiv-Bedingung und den dies bei Erbeseinzungen gestrichen hat²⁰⁾ — jenes favor testamenti, der oft, aber sehr verkehrter Weise mit der Achtung des letzten Willens verwechselt wird.²¹⁾ Damit ist einer historischen Thatsache die richtige Stellung angewiesen, ihr Zusammenhang mit anderen gezeigt, — erklärt ist sie damit freilich so wenig, als das unzählige Male besprochene nemo pro parte . . .²²⁾ — „Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest“, hat schon Salvius Julianus gesagt (L. 20 D. de legibus I. 3). — Daß unser Gesetzbuch (im Unterschiede vom Westgal. G. B. II. §. 485) die proculsejanische Ansicht recipirt hat,²³⁾ ist gewiß zu loben.²⁴⁾

III. (Fortsetzung.) Unmöglich ist zunächst diejenige Bedingung, welche den Naturgesetzen widerspricht; relativ-unmöglich ist, was unter den concreten Umständen nicht geschehen kann. In diesem Sinne zählen die Juristen die zur Zeit ihrer Setzung bereits vereitelte Bedingung zu den unmöglichen (z. B. die N zu heiraten, sie ist

16) Trendelenburg Naturrecht S. 268 — nicht der einzige Fall, wo er sich durch Sucht nach Paradoxen bestimmen ließ. Man denke an seine Vertheidigung (S. 271) der Azo'schen Teilungsregel, bez. des R. A. v. 1529. Hier kommt zu der Paradoxie noch die Leichtfertigkeit, daß T., den Inhalt des von ihm berufenen Reichsabschiedes nicht kennend, statt von Neffen von Enkeln redet, während gerade die unzweifelhaft gegen-theilige Entscheidung hinsichtlich der Enkel (§. 6. J. de heredit. quae ab intest. 3. 1) das stärkste Argument gegen Azo bildet!

17) Es ist nicht dieses Ortes, auf sie einzugehen. Literarische Nachweisungen bei Unger §. 16 Anm. 9, Windscheid §. 94 R. 2. — Treffende Bemerkungen gegen zwei dieser Erklärungs-Versuche bei Zeidler S. 661 Z. 1 und R. **.

18) Scheurl's S. 270 ff.; falsch namentlich die Behauptungen auf S. 277 f.

19) Die Beweise für ihn sind zu zahlreich und klar (s. die bei Windscheid a. a. D. cit. Stellen), als daß die I. 4 §. 1 D. de statulib. 40. 7, selbst wenn sie unerklärt bliebe, daran irre machen könnte.

20) Man wende nicht ein, daß nach dem ganzen System des römischen Rechtes solche Nebenbestimmungen, dann die Theilung des Nachlasses zwischen instituti und gesetzlichen Erben, nicht zulässig waren. Daraus würde ja doch nur die Ungültigkeit, nicht die Uebergültigkeit (sit venia verbo) folgen.

21) Ist es denn Achtung vor dem letzten Willen, wenn man dem (etwa) auf $\frac{1}{6}$ Eingesetzten den ganzen Nachlaß gibt? So wenig, als wenn man Jemanden erben läßt, der unter der Bedingung eingesetzt ist, „wenn die Sonne an meinem Sterbetage im Westen aufgeht!“ — Vgl. Hofmann Kritische Studien, IV. Abhdlg. Favor testamenti.

22) Gut ist die Bemerkung von Enneccerus, Suspensiv-Bedingung S. 116 R. 186: L. 31 D. de O. et A. 44. 7, „macht den Versuch fitting's“, zu erklären, warum bei letztwilligen Verfügungen unmögliche Bedingungen für nicht zugesügt erachtet werden, noch unwahrscheinlicher, als er ohnehin schon ist. Ich glaube, Gaius hat das Richtige getroffen, wenn er den Grund der Regel als rationell unerfindlich bezeichnet. Vielleicht gelingt die Erklärung auf historischem Wege.“

23) Ebenso das preussische L. R. (I 4 §. 131, 136 f., I 12 §. 62 f. 504). Der sabinianische Lehre folgt das französische (a. 900, vgl. 1172) und das sächsische G. B. (§. 2125 ff.) — Vgl. Gruchot I. C. 414 ff., II C. 140 ff.).

24) Gleicher Ansicht ist Unger §. 16 Anm. 9.

aber schon todt), und es ist dies zu rechtfertigen, obgleich gedankenmäßig solche Fälle und die der eigentlichen Unmöglichkeit nicht gleich sind. Es ist also für uns die Grenze zwischen der unmöglichen und der vereitelten Bedingung nur eine zeitliche²⁵⁾, (ähnlich wie die zwischen periculum und Gewähr der Mängel). Welcher Zeitpunkt nun soll der entscheidende sein? Bei Verträgen versteht sich die Antwort von selbst, bei letztwilligen Anordnungen kann man zweifelhaft sein, ob der Zeitpunkt der Errichtung oder der des Todes entscheide, da solche Anordnungen bei Lebenszeit der Verfügenden keine Rechtsverhältnisse erzeugen, keine Rechte geben. Sieht man das Wesen der eigentlichen Bedingung darin, daß sie die Pendenz eines Rechtsverhältnisses erzeuge, so müßte hier die Zeit des Todes die Grenze bilden. Gleichwohl wird auch hier nach dem herrschenden Sprachgebrauch die Bedingung eine vereitelte bez. erfüllte genannt (nicht eine unmögliche, bez. nothwendige), wenn die Entscheidung bei Lebzeiten des Erblassers jedoch nach der Errichtung der Anordnung erfolgt,²⁶⁾ und es läßt sich dies allenfalls (wie die bei uns nicht geltende Catoische Regel) damit rechtfertigen, daß der Verfügende doch nur die Umstände zur Zeit der Anordnung mit Sicherheit berücksichtigen kann. Den anderen Sprachgebrauch hat §. 698 in dem Zwischensatze „obchon die Erfüllung der Bedingung erst in der Folge unmöglich, und die Unmöglichkeit dem Erblasser bekannt geworden wäre“. Es liegt hier u. E. nicht eine Verwechslung von Deficienz und Unmöglichkeit vor,²⁷⁾ was zu constatiren nicht ganz gleichgültig ist.²⁸⁾ Ob nun die Redactoren an Deficienz dachten oder nicht, jedenfalls bestätigt §. 698 den Satz: „Ob die Bedingung bei Lebzeiten oder nach dem Tode des Erblassers vereitelt wird, ist so gleichgültig, als ob sie in dieser oder jener Zeit erfüllt wird“ (§. 701). — Was nun den meritorischen Inhalt dieses Satzes anbelangt, so ist er die Ablehnung einer singulären Bestimmung des preussischen Rechts,²⁹⁾ welches annimmt, daß die Nichtänderung als eine Erlassung der Bedingung zu deuten sei, während doch offenbar gerade das Umgekehrte wahr ist; hätte der Testator die Bedingung erlassen wollen, so hätte er sie gestrichen.³⁰⁾ Jener Satz des §. 698 ist also gewiß zu billigen. Aber man muß andererseits bedenken, daß er gar keinen selbständigen Inhalt hat, denn er negirt bloß eine Ausnahme.³¹⁾ Es würde meritorisch nicht das Mindeste ändern, wenn er gestrichen würde; es hat eben — so wie so — bei der vorangestellten Regel sein Bewenden. Daraus folgt zweierlei: a) Selbst wenn hier Deficienz und Unmöglichkeit gleichgestellt wären (s. bei R. 27), so dürfte man daraus doch keine Schlüsse in anderen Fällen ziehen (s. R. 28). b) Es kann nichts Verfehrteres geben, als aus jenem Satze a contrario zu folgern, daß wenn der Testator die nachträgliche Unmöglichkeit nicht erfahren hat, die Bedingung erlassen werde.³²⁾

IV. (Fortsetzung.) Unmöglich ist ferner, was den Denkgesetzen widerspricht (z. B. die Quadratur des Circels oder andere unmögliche mathematische Probleme); dann was nach den Gesetzen des Staates (Landes . . .) nicht ausführbar ist. Diese

²⁵⁾ Vgl. auch Harum S. 159.

²⁶⁾ Unger Erbrecht §. 16 Anm. 7.

²⁷⁾ Wie sich einer solchen allerdings Rippel IV S. 402 Z. 2 schuldig macht. — U. M. ist Unger System II §. 82 R. 87, Erbrecht a. a. D.

²⁸⁾ Weil sonst der Endsatz von §. 698 zu falschen Schlüssen verleiten könnte, wie aus unseren Bemerkungen über ihn hervorgehen wird. Kurz: die Redactoren waren sehr entfernt von der Ansicht, daß jede nachträgliche Unmöglichkeit der anfänglichen gleichstehe.

²⁹⁾ U. L. R. I 12 §. 505 (s. Oruchot II S. 144 ff.). Ein Widerspiel dazu enthält l. 14 D. de test. milit. 29. 1.

³⁰⁾ Vgl. Zeiller II S. 663; Unger Erbrecht §. 16 Anm. 15.

³¹⁾ Er will nur unnötige Scrupel, welche etwa durch das preussische L. R. hätten erzeugt werden können, abschneiden.

³²⁾ Diese absurde Meinung Rippel's IV S. 395 f., die von fast Allen verworfen wird (s. ober freilich Fäger II S. 210 f.), hat die gründliche Widerlegung nicht verdient, welche Unger §. 16 A. 15 ihr hat angedeihen lassen.

juristisch-unmöglichen Bedingungen wurden und werden von östreich. Juristen³³⁾ (auch den Redactoren) oft mit den unerlaubten Bedingungen vermengt; mit Unrecht; denn es handelt sich hier nicht um die Unerlaubtheit des Inhaltes der Bedingung, sondern um die wahre Unmöglichkeit.³⁴⁾ Diese muß eine bleibende (d. h. nicht in veränderlichen factischen Umständen begründete) sein. Ob die Möglichkeit einer Aenderung des objectiven Rechts auch in Betracht komme, oder aber außer Betracht bleiben müsse, ist bestritten. Harum (a. a. D.) ist der letzteren Ansicht (vgl. auch Savigny III S. 168 f.), weil „Jedermann bei einer juristischen Handlung nur die zur Zeit, wo sie vorgenommen wird, bestehenden Gesetze vor Augen haben kann und darf, um darnach ihre Zulässigkeit oder juristische Möglichkeit zu beurtheilen.“³⁵⁾ So scheinbar das Argument ist, so glauben wir doch mit Wächter (II S. 96 Note 9) und Unger (II S. 82 Note 91), daß es nicht unzulässig ist, eine Rechtsänderung in Aussicht zu nehmen, wenn nur die Erwartung nicht auf etwas nach dermaliger Anschauung Anstößiges gerichtet ist (wenn sie nicht contra bonos mores ist).

V. Unerlaubte Suspensiv-Bedingungen sind auch bei uns³⁶⁾ den unmöglichen gleichgestellt.³⁷⁾ Sie werden also nicht erlassen (pro non scriptis gehalten), sondern zerstören die Bedingung. Dieser Rechtsatz ist keineswegs so selbstverständlich, als der über die unmögliche Bedingung.³⁸⁾ Die Willenserklärung des Testators, der die unmögliche (namentlich die physisch-unmögliche) Bedingung setzt, kann durchaus correct sein; nichts berechtigt uns, sie zu modificiren. Der Fall, für den allein der Testator den N honoriren wollte, tritt nicht ein, folglich erhält N nichts. Bei der unerlaubten Bedingung steht es anders: Die Absicht zu honoriren ist statthaft, die Nebenbestimmung ist unsittlich; die Bedingung ist an sich erfüllbar, aber der Staat will nicht, daß sie erfüllt werde. Hier (nicht auch bei den unmöglichen) verhindert er die Erfüllung. Hier ließe es sich also de lege ferenda wohl vertheidigen, daß die Bedingung gestrichen würde, damit nicht der unschuldige Honorirte gestraft werde.³⁹⁾ Auch bei dieser Behandlung würde ja der Anreiz zum Unerlaubten unterdrückt und die tadelnswerthe Anordnung nicht tolerirt.^{39a)} Gleichwohl läßt sich auch die gegen-

³³⁾ Und nicht bloß von ihnen. Den Anlaß zu dieser Verwechslung gab das bekannte ehrwürdige Wort Papinian's (L. 15 D. de cond. inst. 28, 7), das man verkehrter Weise aus dem Gebiete der Ethik auf das der juristischen Logik herübergewonnen hat. Vgl. Windscheid §. 94 R. 9.

³⁴⁾ Vgl. Harum S. 160.

³⁵⁾ Dieser Gedanke ist auch der Leitstern in der Theorie der zeitlichen Grenzen, s. Bd. I S. 157 f.

³⁶⁾ Wie im römischen Recht, nur natürlich dort mit anderer Wirkung, als bei uns.

³⁷⁾ In der älteren Theorie nannte man sie „moralisch unmögliche Bedingungen“ — ein verwerflicher irreführender Sprachgebrauch. S. Windscheid a. a. D. Wächter Württemb. P. R. II §. 96 R. 5. Vgl. oben R. 33.

³⁸⁾ Der in R. 37 erwähnte Sprachgebrauch könnte diese Vorstellung erwecken.

³⁹⁾ Doch wohl auf dem in R. 37 u. 38 (und auch von Unger II S. 83 R. 95) abgelehnten Gedanken beruht der ungerechte Vorwurf von Koch, den auffallender Weise Unger (S. 16 R. 9) theilt und der auch Gruchot I S. 419 irre geführt hat, nämlich: daß das preussische L. R. inconsequent sei, indem es die unmöglichen Bedingungen für vernichtend, die unerlaubten für nicht beigefügt erklärt.

^{39a)} Auf zweierlei Art kann das Gesetz gegen den unsittlichen oder gesetzwidrigen, in einer Bedingung sich aussprechenden Willen des Testators reagiren: a) Es kann die Bedingung streichen, d. h. zwar die bedingende, nicht aber die bedingte Anordnung entkräften; die Honorirung gilt als pure. b) Die bedingende und die bedingte Anordnung sind ungültig, doch so, daß diese Folge eben nur die einzelne Verfügung trifft. Obwohl die beiden Behandlungen geradezu entgegengesetzt sind (bei a wird ja die Kraft der Honorirung, sozusagen, gesteigert), so ist doch das Ergebnis gemeinschaftlich, daß der Anreiz zum Schlechten beseitigt wird: dort vermag die Nichterfüllung nicht zu schaden, hier die Erfüllung nicht zu helfen, so daß die Erfüllung in beiden Fällen — wenn auch aus verschiedenen Gründen — sich als unnütz erweist. Vgl. Edmann (s. bei §. 700) §. 2.

theilige, in unserem Gesetze sanctionirte Norm rechtfertigen. Die Motive sind oben in der Redactions-geschichte und in Zeiller's Comm. II S. 664 f. 3. 6 mitgetheilt. Eine unerlaubte Bedingung aber ist jene, welche Unerlaubtes bezielt, mag es nun unsittlich oder gesetzlich verboten sein.^{39b)} Es kommt hiebei nicht auf den Inhalt der Bedingung, sondern der Anordnung in toto an. Wenn auf das Unerlaubte ein Nachtheil gesetzt ist (Entrichtung eines Legates, also poenae n. rel., besonders aber Entziehung des Zugewendeten, Resolvirung der Honorirung), so ist die Bedingung keine unerlaubte.⁴⁰⁾ Namentlich gilt dieses von einer Bedingung, die für den B suspensiv, für den A resolutiv wirkt, und die auf eine unerlaubte Handlung des A gestellt ist.⁴¹⁾ Es handelt sich bei unerlaubten Bedingungen um ein Verhalten des Honorirten (resp. Promissars), nur selten um das eines Dritten, nämlich dann, wenn dieser leicht von Jenem beeinflusst werden kann.^{41a)} — Wie man eine absolute und eine relative Unmöglichkeit unterscheidet, so kann man die gleiche Unterscheidung bei der Unerlaubtheit machen;^{41b)} z. B. zu heiraten ist den Verheiratheten verboten; die N zu heiraten ist gewissen Verwandten der N verboten, anderen Männern nicht.⁴²⁾ — Eine besondere Art unerlaubter Bedingungen sind die, wo nur das Setzen der Bedingung unerlaubt ist, nicht auch an sich das durch sie zugemuthete Verhalten, s. §. 700.^{42a)}

VI. B. Bedingungen, welche nach dem heutigen und logisch allein richtigen Sprachgebrauche unmögliche Resolutiv-Bedingungen sind, haben selbstverständlich keine Wirkung. Wenn Jemand die Erbschaft verlieren soll, falls einmal die Sonne im Westen aufgeht, so wissen wir eben, daß er sie niemals verlieren werde. Ebenso, wenn Jemand die Erbschaft verlieren soll, falls er die (damals schon verstorbene) N heirate. Ganz allgemein wird gesagt, eine solche Bedingung werde als nicht beigelegt angesehen.^{42b)} Immerhin! aber irreführend ist es zu sagen, sie werde gestrichen.

Den ersten Weg hat unser Gesetz bei der unerlaubten Resolutiv-Bedingung, den zweiten bei der unerlaubten Suspensiv-Bedingung gewährt. — c) An sich ließe sich noch eine dritte Art der Reaction denken: der Gesetzgeber könnte sagen: „Einen Willen, der sich als so frivol, unsittlich, illoyal verathen hat, lasse ich nicht als lex privata gelten“ und damit die Ungültigkeit des ganzen Testaments aussprechen. Aber so streng ist unser Gesetz nicht, und wohl auch kein anderes.

^{39b)} Helm §. 25 sieht nur gesetzwidrige Handlungen oder Unterlassungen als „unerlaubt“ in diesem Sinne an, gewiß mit Unrecht. Neuerdings behauptet Burchard S. 347 f. N. 57, daß „der Begriff der cond. turpis für unser Recht unmaßgeblich“ sei „Was das staatliche Recht nicht verwehrt, das hat gegebenen Falls auch Anspruch auf den staatlichen Schutz.“ Dieser Satz wird hoffentlich wenig Anhänger finden. Es ist wohl nur ein lapsus calami, wenn dort das allbekannte Wort des Papinian in l. 15 D. de condic. instit. 28. 7 dem Ulpian zugeschrieben wird.

⁴⁰⁾ Windscheid §. 94 Anm. 9; Unger System II §. 82 S. 84, sachlich richtig Zeiller S. 665, aber in unvorsichtiger Fassung, welche den Tadel Harum's (S. 169) veranlaßte, daß damit „derselben Bedingung zugleich das Prädicat der Unerlaubtheit und Lübllichkeit“ beigelegt werde. — Richtig Helm §§. 27—29, Harum S. 169 ff., Unger II S. 84.

⁴¹⁾ S. bei §. 712 die Bemerkungen über doppelseitige Bedingungen und das hier Abf. VII Gesagte.

^{41a)} Vgl. Harum S. 170 f., Unger II S. 84 bei N. 99; Helm §. 27.

^{41b)} Vgl. Zeiller S. 668.

⁴²⁾ Es ist dies gleichzeitig ein Beispiel von unmöglichen und von unerlaubten Bedingungen; ersteres, sobald man bei „heiraten“ an die Schließung einer gültigen Ehe denkt, letzteres, sobald man das Wort von der thatsächlichen Seite nimmt; dann ist jenes Heiraten eine mögliche, aber verbotene, und, wenn dolus vorliegt, strafbare Handlung. Auf der Möglichkeit solcher Heiraten beruht die Lehre von der Ungültigerklärung der Ehen. Ein reiner Fall einer gültigen, aber relativ unerlaubten Eheschließung ist die vorzeitige Wiederverheirathung der Frau nach §. 121 a. b. G. B.

^{42a)} Eine andere, nur theilweise coincidirende, Eintheilung s. bei Edlmann in der bei §. 700 cit. Schrift S. 5.

^{42b)} Auch §. 698 thut dies; aber er bezieht sich (wie wir später sehen werden) nicht allein auf diese Fälle.

Dem mit diesem Ausdruck bezeichnet man sonst Fälle, wo das Gesetz eine Anordnung abändert; so wenn das römische Recht die unmögliche und die unerlaubte Suspensiv-Bedingung pro non adiecta erklärt, wenn es bei Erbeinsetzungen den dies oder die Resolutiv-Bedingung streicht. In unserem Falle wird aber nichts geändert, der Wille des Erblassers wird buchstäblich befolgt.⁴³⁾

VII. Auch eine unerlaubte Resolutiv-Bedingung wird „als nicht beigefügt angesehen“ (§. 698 a. E.). Dabei ist aber zu beachten: a) daß eine Bedingung, welche als suspensiv gesetzt, unerlaubt wäre, es nicht ist, sobald sie als resolutive gesetzt wird (s. oben Abf. V.), während bei den unmöglichen diese Umkehr nicht vorkommt.⁴⁴⁾ Das Wort „unmöglich“ geht auf den Inhalt des Bedingungsatzes, das das Wort „unerlaubt“ vielmehr auf die Tendenz der ganzen Anordnung. b) Der Sinn des Gesetzes ist hier dieser: der Honorirte behält das ihm Zugewendete und braucht die ihm vom Testator gemachte Zumuthung nicht zu beachten; er darf und soll sich hier über den Willen des Verstorbenen hinwegsetzen. Hier wird also wirklich die Bedingung „gestrichen“ (s. Abf. VI). — Daß die unmögliche Suspensiv-Bedingung die Honorirung zerstört, die unmögliche Resolutiv-Bedingung sie unberührt läßt, folgt aus der Logik. Ohne alles Gesetz könnte der gesunde Menschenverstand jedes Unbefangenen auch nicht anders entscheiden. Daß bei der unerlaubten Suspensiv-Bedingung die Anordnung gar nicht, bei der unerlaubten Resolutiv-Bedingung aber als pure gilt (daß dort die Honorirung, hier die Bedingung unwirksam ist), das sind zwei positive, gar nicht selbstverständliche Vorschriften. Daß also die Behandlung der unerlaubten Resolutiv-Bedingung mit der der unmöglichen keine wahre Analogie darbietet, und daß sie mit der der unerlaubten Suspensiv-Bedingung geradezu im Gegensatz⁴⁵⁾ steht, muß nun wohl Jedem einleuchten. Und doch wird es durch die Art der Zusammenfassung im Schlusssatz von §. 698 so verschleiert, daß man — etwa auch noch im Banne des in N. 37 gerügten Sprachgebrauches stehend — meinen könnte: alles verstehe sich hier ganz von selbst, alle vier Entscheidungen seien nach derselben Schablone gemacht.

VIII. Nach heutigem Sprachgebrauche heißt eine Resolutiv-Bedingung, durch welche dem Honorirten ein unmögliches Thun oder Unterlassen zugemuthet wird, eine nothwendige Bedingung (z. B. „N soll mein Erbe sein, aber die Erbschaft verlieren, wenn er nicht innerhalb dreier Jahre nach meinem Tode das perpetuum mobile erfindet“ oder „wenn er sich nicht das Essen, Trinken und Athmen abgewöhnt“ u. dgl.). Gleichwohl ist es gewiß, daß in §. 698 unter den unmöglichen Resolutiv-Bedingungen auch die eben beschriebenen gemeint sind. Aus §§. 698, 699, 710 und bes. §. 712, sowie aus dem Zeugnisse Zeiller's ergibt sich mit Sicherheit, daß nach Analogie der unerlaubten auch diese fälschlich sog. unmöglichen Resolutiv-Bedingungen behandelt wurden. Es gilt also nach österreichischem Recht der Satz: „Eine Resolutiv-Bedingung, durch welche dem Honorirten eine unmögliche oder unerlaubte Handlung oder Unterlassung zugemuthet (aufgetragen) wird, ist als nicht beigefügt anzusehen.“ Da dieses bisher verkannt worden ist, so mußte für die Richtigkeit dieses Rechtsatzes ein ausführlicher Beweis erbracht, und dieser seines Umfanges wegen in die Excurse gestellt werden. Dort wird auch über den verworrenen und

⁴³⁾ Trivial, aber deutlich gesagt: Wozu die Bedingung hier streichen? Laßt sie stehen, sie genirt Niemanden! —

⁴⁴⁾ Jene Beispiele von der Sonne, vom Heiraten einer verstorbenen Person bleiben unmögliche Bedingungen, ob nun der Erwerb oder der Verlust durch sie bedingt wird. Ganz anders verhält es sich bei den unerlaubten Bedingungen. Denn der Verlust ist eben ein Nachtheil, womit das Unerlaubte bedroht wird. Vgl. Rippel IV S. 400 f., Harum S. 168 ff.

⁴⁵⁾ „Im Gegensatz“, nicht gerade im Widerspruch; denn allerdings ist bei der resolutive-bedingten Anordnung die Bedenkungs-Abficht stärker, als bei der suspensiv-bedingten. Dort hat der Honorirte bereits, hier noch nicht; dort ist das Verlieren, hier erst noch das Bekommen in Frage.

verwirrenden Sprachgebrauch berichtet, der in der Lehre von den Bedingungen noch im Anfang dieses Jahrhunderts geherrscht, vereinzelt bis gegen die Mitte desselben sich hingeschleppt hat, und zumeist durch einen lichtvollen Aufsatz von Arndts (1837) beseitigt worden ist.

IX. Aus der Praxis. 1) In dem (übrigens nicht hergehörigen⁴⁶⁾ Falle der Sammlung VII Nr. 3234 wurde die angeblich von B gestellte Bedingung, „wenn Niemand im Orte L. Gebäcke außer dem B selbst verkauft“, vom obersten O. G. als eine für den anderen Theil „unmögliche Bedingung“ bezeichnet, „indem es nicht in seiner Macht liegt zu hindern, daß Jemand außer B Gebäcke in L. verkaufe“; weshalb die Bedingung „nach §. 698 und §. 898 a. b. O. B. als nicht befestet angesehen werden müsse“. Was den ersten Theil dieser Behauptung betrifft, so wäre darnach jede casuelle Bedingung eine unmögliche! Es lautet ja die Bedingung nicht, „wenn A hindert, daß Jemand anderer . . .“; dieses „Hindern“ ist unmöglich, ungewiß dagegen, ob und wie lange Niemand anderer . . . verkaufen werde. Von dieser Verwechslung abgesehen, liegt hier ein Beispiel vor, wo der oberste O. G. eine Unmögliches zumuthende Resolutiv-Bedingung als eine „unmögliche“ angesehen hat. Dieses ist nun zwar im Sinne des richtigen Sprachgebrauches falsch, aber im Sinne des falschen Sprachgebrauches der Redactoren richtig. Es hätte aber der Hervorhebung bedurft, daß es sich hier um eine absonderliche Bedeutung des Namens „unmögliche Bedingung“ handle. Unbegreiflich aber ist es, wie für die Streichung der Bedingung der §. 898 citirt werden konnte, der vielmehr die Ungültigkeit des Vertrages ausspricht.⁴⁷⁾ Uebrigens haben diese schiefen Behauptungen ihren Grund nur in dem Wunsche gehabt, die schwere Beweislastfrage abzuschneiden.⁴⁸⁾ — 2) Sammlung III Nr. 1425: Ein Italiener hatte zwei seiner Brüder zu Erben eingesetzt unter der Bedingung, den Schwestern Haß und Verachtung zu bezeigen und ihnen niemals zu verzeihen. Zwei andere Brüder schloß er mit der Motivirung aus, daß er von ihrer „Schwäche“ fürchte, sie könnten sich mit den Schwestern ausöhnen. Mit Recht erkannten die 2. und 3. Instanz auf Ungültigkeit der Erbeinsetzung. Die obige Resolutiv-Bedingung hätte hierzu freilich nicht genügt (sie wäre zu streichen gewesen), aber es war (glücklicher Weise! muß man sagen) auch die Suspensiv-Bedingung da, daß die Institutirten noch vor dem Erwerbe das Versprechen abgeben sollten, an der Feindschaft gegen die Schwestern festzuhalten. Der Fall ist lehrreich und zeigt, wie bedenklich die verschiedene Behandlung der unerlaubten Resolutiv-Bedingung und der unerlaubten Suspensiv-Bedingung ist. Eine zufällige Verschiedenheit der Stylisirung kann so ernste Folgen haben. Was hätten die aus so unsittlichen Motiven ausgeschlossenen Brüder davon gehabt, wenn den anderen die

⁴⁶⁾ Es handelte sich um ein bedingtes Summenversprechen, also einen Vertrag. Der Schwerpunkt lag in der Frage nach der Beweislast bei widersprechenden Behauptungen über den Inhalt der Bedingung. Meritorisch waren die Entscheidungen der I. und III. Instanz richtig.

⁴⁷⁾ Angenommen, daß die Bedingung wirklich zu streichen wäre, so könnte dieses doch nur trotz, nicht gemäß §. 898 richtig sein.

⁴⁸⁾ Der Fall verhielt sich, schematisch vereinfacht so: B versprach dem A 50 fl. unter der Suspensiv-Bedingung, daß A x thue. Diese war erfüllt und B wollte dennoch nicht zahlen, obgleich er das bisher Gesagte als wahr anerkannte. Er behauptete nämlich, dem Versprechen sei noch die Bedingung y beigefügt gewesen, was A leugnete. Der O. Ger. G. schenkte mit Recht dieser Behauptung, die ganz das Gepräge einer Ausflucht an sich trug, keinen Glauben, und ließ sich, um dem A zu seinem Rechte zu verhelfen, zu obiger vergriffener Motivirung verleiten. Die Bedingung y konnte nur eine resolute sein; selbst wenn sie suspensiv gefaßt gewesen wäre, hätte sie als negative in eine Resolutiv-Bedingung verwandelt werden müssen (arg. §. 708 pr.). Diese Resolutiv-Bedingung hätte nun der B zu beweisen gehabt. S. Unger's System II S. 575, Schenk S. 332. — Es ist eine nicht seltene Erscheinung, daß sich die Gerichte mit unrichtigen, das materielle Privatrecht betreffenden Sätzen zu helfen suchen, um einer Beweislastfrage auszuweichen.

unfittliche Resolutiv-Bedingung wäre erlassen worden?! — 3) Ein Großvater setzte seine Enkel angeblich unter der Resolutiv-Bedingung ein, ihrem Vater, wenn er in Dürftigkeit verfallen sollte, keine Alimente zu reichen. Wäre dieses wirklich so gewesen, so hätte hier das Leben ein Schulbeispiel realisirt! ⁴⁹⁾ Es wurde aber diese Bedingung nur in eine anders lautende Anordnung vom Curator der Enkel hineingedeutet. Mit Recht wies der oberste G. H. diese Interpretation zurück, wobei er zugleich bemerkte: die Annahme derselben würde nicht den vom Curator gewünschten Effect haben, sondern zur Streichung der Bedingung führen. Sammlung VII Nr. 3626.⁵⁰⁾

X. Zu denjenigen Bedingungen, wo nur das Setzen der Bedingung unerlaubt ist, nicht auch an sich das dem Honorirten zugemuthete Verhalten, gehört die Bedingung der Nichtverehelichung, von welcher in und bei §. 700 ausführlich die Rede ist; dann die Bedingung, die Erbschaft ohne Inventar anzutreten (§. 803), und in gewissem Sinne (s. bei §. 695 N. 3) jede der Hinterlassung des Pflichttheils beigefügte Bedingung.^{50a)} — Nun gibt es aber viele ähnliche Bedingungen, über welche unser G. B. keine Vorschriften enthält, wodurch der Richter in eine arge Verlegenheit gesetzt wird. Gewöhnlich operirt man mit dem Gedanken, daß es Dinge gebe, in welche Geldinteressen, gewinnstüchtige Erwägungen nicht eingemengt werden sollen. Daraus wird die Unzulässigkeit gewisser Bedingungen deducirt. Aber so richtig, ja selbstverständlich der Vorderatz für die Ethik ist, so wenig ist er irgendwo juristisch anerkannt (s. bei §. 700 Abs. 1.). Auch haben diese Verhältnisse zwei Seiten, was gewöhnlich verkannt wird. Es ist schmachvoll, Geldes wegen das Weib seiner Wahl zu verlassen; aber andererseits kann man es dem Testator nicht so übel nehmen, wenn er verhindern will, daß eine ihm verhaßte Person dereinst sein Vermögen mitgenieße; auch kann er die Verbindung als ein Unglück für den Honorirten ansehen; daher der Schlußatz von §. 700. — Gewiß ist es verächtlich, seine religiösen Ueberzeugungen einem Geldvortheil unterzuordnen, aber ist es eben so schlimm, wenn Jemand sein Vermögen dem N nicht gönnt, sobald dieser zu einer von Jenem verabscheuten Confession übertritt? — Nach diesen allgemeinen Bemerkungen wenden wir uns einigen einzelnen Fällen zu: 1) Eine jede auf Beförderung der Scheidung oder Trennung einer Ehe gerichtete Bedingung halten wir für unerlaubt. Denn unsere Gesetzgebung will die andauernde eheliche Lebensgemeinschaft fördern, ihre Lösung erschweren. Daß unter besonderen Umständen das Motiv des Testators kein verächtliches zu sein braucht, ist wahr, ändert aber hier so wenig als bei §. 700.⁵¹⁾ — 2) Die Bedingung des Eintrittes in einen bestimmten Stand, der Ergreifung eines Berufes u. dgl. halten wir für zulässig, obgleich wir die Bedenklichkeit der Setzung und Befolgung der Bedingung nicht verkennen. Auch die Anhänger jenes angeblichen Princips werden nicht den Muth haben zu widersprechen. 3) Wir müssen bei unserer Entscheidung bleiben, auch wo es sich um den besonders bedenklichen Fall handelt, daß der geistliche Stand zur Bedingung gemacht ist. Am wenigsten bedenklich ist dabei die anscheinende Collision mit §. 700; s. dort Abs. VIII und Note 30. — 4) Verwandt damit ist die Bedingung des Uebertrittes zu einer bestimmten Confession, und ebenso 5) des Verbleibens bei seiner Confession (des „Nichtabfallens“).⁵²⁾ Es gibt über diese Bedingungen (c. religionis mutandae vel non mutandae) im gemeinen Recht eine umfangliche Literatur, und fünf Meinungen: a) sie seien zulässig,

⁴⁹⁾ L. 9 D. de condic. instit. 28. 7.: *Condiciones, quae contra bonos mores inseruntur, remittendae sunt, veluti 'si ab hostibus patrem suum non redemerit', 'si parentibus suis patronove alimenta non praestiterit'.*

⁵⁰⁾ Zientisch mit dem Fall in der Ger. Ztg. 1871 Nr. 46.

^{50a)} Vgl. Helm §. 31.

⁵¹⁾ Vgl. Gruchot I §. 432 f.

⁵²⁾ Es lassen sich noch andere ähnliche Bedingungen denken, z. B. die des Nichtübertrittes zu einer oder einigen bestimmten Confessionen.

b) unzulässig,⁵³⁾ c) das eine oder das andere, je nachdem die Anordnung gesetzt werde, damit x geschehe oder aber nur (ohne den Wunsch, einen Druck zu üben) für den Fall, daß x geschehe;⁵⁴⁾ d) die Bedingung der Religionsänderung sei c. turpis, die Bedingung des Nichtabfalls sei gestattet;⁵⁵⁾ e) es komme auf die Confession an. Wir zweifeln nicht, daß unsere Redactoren der fünften Ansicht waren, und darüber ähnlich dachten, wie Kreittmayr.⁵⁶⁾ Ob eine Bedingung dem Christenthum und innerhalb desselben dem Katholicismus freundlich oder feindlich ist, wird ihnen nicht gleichgültig gewesen sein; ganz gewiß ist wenigstens das erstere (s. oben die Redactionsgeschichte S. 564 f., dann §. 768 Z. 1). Aber das kann h. z. L. für uns nicht maßgebend sein. Selbstverständlich darf nicht der Uebertritt zum Mormonenthum oder sonst einer reprobirten Secte zur Bedingung gemacht werden; aber so weit es sich um staatlich anerkannte Confessionen handelt, sind wir de lege lata für Zulässigkeit der Bedingung^{56a)} (in Consequenz der Verwerfung jenes angeblichen Princips), de lege ferenda für Unzulässigkeit. In Stiftungsurkunden von Fideicommissen ist die condicio religionis non mutandae sehr häufig, und es ist bare Inconsequenz, wenn das sächsische G. B. §. 2137 das unbedenklich findet, bei Erbeinsetzungen und Legaten dagegen mit seltener Rigorosität gegen derartige Bedingungen reagirt. — Die französischen Juristen verwerfen derartige Bedingungen,⁵⁷⁾ und gleicher Ansicht sollen die Redactoren des preuß. G. B. gewesen sein.⁵⁸⁾ 59) — 6) Dagegen halten auch wir die Bedingung, daß der Honorirte seine Kinder in einer bestimmten Religion erziehen lasse, für unzulässig.⁶⁰⁾ Einmal ist eine solche Bedingung sittlich bedenklicher, als jene andere;⁶¹⁾ dann haben wir hier einen gesetzlichen Anhaltspunkt.⁶²⁾ — Die Bedingung, seinen Aufenthaltsort nicht nach freier Wahl zu bestimmen, ist nach österreichischem Recht — im Unterschiede vom römischen — für zulässig zu halten.⁶³⁾

c) mögliche und erlaubte Bedingungen.

§. 699.

Sind die Bedingungen möglich und erlaubt; so kann das davon abhängende Recht nur durch ihre genaue Erfüllung erworben werden; sie mögen vom Zufalle, von dem Willen des bedachten Erben, Legatars oder eines Dritten abhängen.

I. Redaction. Der §. 486 Westgal. G. B. II lautet:

„Sind die Bedingungen möglich und erlaubt; so mögen sie noch so schwer, sonderbar, oder unnütz sein, sie mögen vom Zufalle, oder von dem Willen eines Erben, oder Legatar¹⁾ (sic) abhängen. Das Erbrecht wird nur durch ihre genaue Erfüllung erworben.“

53) Vertreter dieser beiden Ansichten sind genannt bei Gruchot S. 434 N. 2 u. 3.

54) So Arndts und Unger (II S. 87 N. 114) und Andere, die bei Gruchot N. 4 genannt sind.

55) So Höpfner u. A. (vgl. Unger N. 113).

56) S. Gruchot S. 434 N. 4.

56a) Ebenso (doch in unvorsichtig allgemeiner Fassung) Burckhard S. 347 N. 57.

57) Zacharia §. 692 und die dort in N. 5 Citirten.

58) Gruchot S. 437 N. 3.

59) Vgl. überhaupt über diese Bedingungen Gruchot S. 433—439.

60) Vgl. Gruchot S. 439.

61) Wer sich dort durch den Geldvortheil bestimmen läßt, hat das mit seinem Gewissen abzuthun; hier greift er in fremde Geschicke ein. Populär gesprochen: dort versüßt er über sein eigenes Seelenheil, hier über das seiner Kinder.

62) Argument aus Art. 1 (i. f.) des Gesetzes v. 25. Mai 1868 Nr. 49 N. G. B.: „Reverse an Vorsteher oder Diener einer Kirche oder Religionsgenossenschaft oder an andere Personen über das Religionsbekenntniß, in welchem Kinder erzogen und unterrichtet werden sollen, sind wirkungslos.“

63) Unger II S. 87 Note 115.

64) Die Erwähnung des „Dritten“ wurde über ein Monitum der Wiener Facultät eingeschaltet.

Dazu bemerkte Zeiller (S. v. 8. Mai 1804): Ueber unnütze Bedingungen verordne das preussische Recht,²⁾ daß der Bedachte bei Gericht um deren Erlassung ansuchen könne. Es sei jedoch bedenklich, so über den Zweck eines Anderen abzusprechen. Um aber andererseits nicht selbst „einen Fingerzeig (zu solchen Anordnungen) zu geben“ (1), solle das Gesetz die „unnützen und sonderbaren Bedingungen“ gar nicht erwähnen. Damit, sowie mit dem jetzigen, von Zeiller redigirten Texte^{2a)} waren Alle einverstanden. — Vgl. unsere Bemerkungen zu §. 697, Abj. VI.

II. Es ist löblich, daß das Gesetz nicht alle Schuleintheilungen der Bedingungen nach Art eines Lehrbuchs aufzählt; dies geschieht nur bei zwei Eintheilungen (§. 696), die übrigen werden in positiven Rechtsätzen vorggeführt (§. 697 ff.); so wollen die Schlussworte unseres §. 699 den Juristen an die bekannte Eintheilung der Bedingungen in c. potestativae, casuales, mixtae („willkürliche, zufällige, gemischte Bedingungen“ Zeiller S. 667) erinnern, wenggleich man, dem Laien zu Liebe, eine abweichende Aufzählung annahm (f. R. 1), da für den Juristen der Wille des Dritten hier unter den Begriff „Zufall“ fällt. Von irgend welcher schulmäßigen Definition sah man um so lieber ab, als die praktische Wichtigkeit der Eintheilung eben in §. 699 negirt wird.

Diese Eintheilung, über die man in älteren Büchern so viel Unrichtiges und Verwirrendes findet,³⁾ ist kurz und gut in l. un. §. 7 Cod. de caduc. toll. 6. 51 mit den Worten erklärt: sub condicione vel casuali vel potestativa vel mixta, quarum eventus ex fortuna vel ex honoratae personae voluntate vel ex utroque pendeat. . . . Nur negatives Verhalten hängt oft⁴⁾ ganz von uns ab; sonst muß der Begriff der Potestativ-Bedingung gar sehr cum grano salis genommen werden.⁵⁾ Casus ist (wie gesagt) auch jeder fremde Wille, selbst der des Dnerirten.⁶⁾ Der Normalfall der c. mixta ist: „wenn A die B heiratet“, weil dazu der Wille des A unentbehrlich, aber nicht ausreichend ist. Andere Beispiele wären etwa: „wenn das (noch nicht eingereichte) Stück des A im Burgtheater aufgeführt wird“; „wenn N das Haus der Z kauft“ u. s. w.

III. §. 699 verlangt für alle Arten möglicher erlaubter Suspensiv-Bedingungen „genaue Erfüllung“; ohne diese kann das bedingte Recht nicht erworben werden (eine mildere Vorschrift gilt für den Modus, f. §. 710); „nur durch genaue Erfüllung“, ohne diese auch nicht etwa ab intestato f. §. 808 und oben S. 539, 543 f., R. 9. Um die Tragweite jenes Satzes zu erassen, muß man den damaligen Stand der gemeinrechtlichen Lehre betrachten. Verbreitet war die (durch c. 66 de R. J. in VI^o veranlaßte) Ansicht, daß bei Potestativ-Bedingungen der gute Wille genüge („die

2) S. §§. 133—135 preuß. L. R. I 4.

2a) In der Reinschrift der Beschlüsse erster Lesung lautet er: „... des Bedachten, Erben oder Legatars oder ...“ In der Reinschrift der Beschlüsse zweiter Lesung ist der Text genau gleich §. 699.

3) S. die Nachweisungen bei Helm a. a. D., S. 233 ff. §. 32, wo diese verschiedenen willkürlichen — zum Theile auf Unkenntniß der quellenmäßigen Eintheilung beruhenden — Aufstellungen als gleichberechtigt behandelt werden.

4) Nicht immer; denn des Athmens, Essens und Trinkens z. B. können wir uns nicht enthalten.

5) Können uns doch selbst an der leichtesten Handlung (Besuch, Spaziergang) Krankheit oder Tod hindern. — Ueber einen besondern Begriff der Pot.-B. bei Erbinsetzung des suus f. Maassen civil. Erörtergn. Nr. 1.

6) Eine Anordnung wie diese: „A soll dem N ein Legat von 500 fl. entrichten, wenn er (A) will“, hat eine moralische, aber keine juristische Bedeutung. Anders, wenn das Legat von einer Handlung des A abhängt (f. auch Edlmann in der bei §. 700 cit. Schrift §. 17), vgl. bei §. 712. Eine Erbinsetzung unter der Bedingung, wenn ein Dritter es wolle, ist ungültig (arg. §. 564) (f. S. 94); bei einem Legate ließe sich eine mildere Auffassung vertheidigen (arg. 651) (wohl gemerkt: „ein Dritter“, also nicht A).

Bereitwilligkeit, der ernste Wille, die Bedingung zu erfüllen, die an den Tag gelegte Absicht, der werkhätige Wille, der Versuch . . .“); die unverschuldete Nichterfüllung sollte nicht schaden. Diese (verschieden abgestufte) laze Lehre wurde bald für ein engeres, bald für ein weiteres Gebiet von Fällen vertreten.⁷⁾ Hinsichtlich der c. mixtae letztwilliger Anordnungen wurde gelehrt: wenn der andere Theil seine Mitwirkung verweigert, so ist die Bedingung erlassen u. dgl. Nur bei casuellen (möglichen) Bedingungen verlangte man stets wirklichen Eintritt. Man sieht also, daß in sehr vielen Fällen der gute Wille für die That, die Nichterfüllung für Erfüllung genommen werden sollte.

Aber auch das richtig verstandene römische Recht hat Fälle genug,⁸⁾ wo man mit einem hergebrachten Ausdrucke von einer „Fiction der Erfüllung“ spricht;⁹⁾ der Umfang derselben ist auch heute noch bestritten.¹⁰⁾

Gegen diese in der Codificationszeit ins Maßlose ausgedehnte Fiction wendete sich nun das preussische Gesetzbuch mit dem Satze, daß „eine wirkliche Bedingung . . . schlechterdings erfüllt werden muß“ (§. 491 R. N. I. 12). Diesen Grundsatz hat nun sowohl das Westgal. G. B. in §. 486, als das a. h. G. B. in §. 699 angenommen und ihn noch strenger, als das preussische G. B. (s. Abf. I und bei §. 698) durchgeführt. Demnach ist der Sinn unseres §. 699 dieser: „das Recht kann nur durch genaue Erfüllung erworben werden“, gleichviel ob die Bedingung eine potestative, gemischte oder casuelle ist.¹²⁾

IV. Zwei Fälle jener Fiction gelten im gemeinen Recht unbestritten: a) Quotiens per eum, cuius interest, condicionem non impleri, fit quominus impleatur, perinde habetur, ac si impleta condicio fuisset. L. 161 D. de

7) Es lohnt nicht, auf diese antiquirten Dinge einzugehen. S. darüber und dagegen Windscheid I §. 92 Note 5; Scheurl S. 160 ff., 174 ff. Es ist schon minder laz, wenn man sagt: unverschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung (nämlich während der ganzen Zeit, seit Kenntniß des Bedachten, also nicht erst in Folge einer Zögerung) solle nicht schaden; und es scheint dieses geradezu ausgesprochen von Ulpian in l. 8 §. 7 D. de condic. instit. 28. 7: Non videtur defectus condicione, si parere condicioni non possit; implenda est enim voluntas, si potest. Aber auch dies kann nicht so allgemein gemeint gewesen sein. Vgl. Scheurl S. 176 ff.

8) Die einschlägigen Stellen sind sehr zahlreich; man sehe nur die Zusammenstellung bei Windscheid §. 92 Note 6.

9) Gegen diese Ausdrucksweise erklärt sich Scheurl S. 160 f. Sie habe zur Folge, „daß man sich bemüht, für einige dieser Fälle nachzuweisen, es finde darin nach richtiger Auslegung der bedingten Willenserklärung ein wirklicher Eintritt der Bedingung statt, während man mit Wahrheit nur sagen kann, daß hier nach richtiger Auslegung die bestimmte Rechtswirkung als eine auch bei einem derartigen Nichteintritt der Bedingung gewollte sich darstelle.“ Wir denken hierüber so: 1) Dieser Tadel ist unzutreffend; „Fiction der Erfüllung“ heißt doch nicht wirkliche Erfüllung! 2) Es ist praktisch gleichgültig, ob man der Sache diese oder jene Wendung gibt. 3) Psychologische Analyse wird in einigen Fällen die eine, in anderen die andere Formel als die genauere erweisen. 4) Die Quellen sagen bald „c. pro impleta habetur“ (l. 81 §. 1 D. de condic. 35. 1, l. 5. §. 5 D. quando dies 36. 2), bald „c. expleta oder impleta videtur“ (l. 3 §. 11, cf. l. 28 pr. D. de statulib. 40. 7, l. 78 pr. D. de cond. 35. 1), bald „perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset“ (l. 161 D. de R. J.), „impedimentum pro expleta condicione cedit“ l. 38 D. de statulib. 40. 7. Diese und ähnliche Redewendungen rechtfertigen vollauf den Ausdruck „Fiction der Erfüllung“, da Fiction eben die Gleichbehandlung verschiedener Thatbestände ist.

10) Für uns liegt kein Anlaß vor, auf diese Streitfrage einzugehen; wir verweisen auf die (nicht ganz übereinstimmenden) Darstellungen von Windscheid I §. 92 und Scheurl S. 160—180.

11) S. Gruchot II S. 128, S. 145 ff.

12) Wir hoffen, daß obige geschichtliche Andeutungen, so kurz sie sind, den §. 699 bis zur Durchsichtigkeit aufhellen. „Genaue Erfüllung“, d. h. die begonnene, der Versuch, genügt nicht, auch nicht eine Surrogat-Leistung; die Betonung dessen: „sie mögen wovon immer abhängen“, ist der damaligen Theorie gegenüber ganz verständlich.

R. J.¹³) — b) Quotiens p. e., c. interest,¹⁴) c. impleri, fit etc.¹⁵) Mit der letzteren ist gemeint: wenn derjenige, dessen Vortheil der Testator bei der Bedingung im Auge hatte, ihre Erfüllung vereitelt, weil er den Vortheil verschmäht oder das Angestrebte als für ihn nachtheilig ansieht, so wird die Bedingung gestrichen. A soll dem B 100 fl. geben, dieser nimmt sie nicht an; A soll den B adoptiren oder die C heiraten, während B und C eine solche Verbindung von sich weisen; da gilt die Honorirung des A, als ob die Bedingung erfüllt wäre.¹⁶) Diese Fiction (b) gilt nun in Oesterreich nicht. Es ist ja sehr wohl möglich, daß der A das Zugedachte nur als Gatte der C, als Adoptivvater des B erhalten soll. Kommt diese Verbindung aus welchem Grunde immer nicht zu Stande, so ist die Bedingung und damit die Honorirung vereitelt.¹⁷) Von einem „Erlassen der Bedingung“ durch einen Interessenten, den Onerirten (s. N. 17) oder das Gericht, kann bei uns nicht die Rede sein; auch sehr schwierige Bedingungen dürfen nicht erlassen werden; arg. §. 699 und Hftb. v. 16. November 1826 (s. bei §§. 704—706 Abs. VII). Sind mehrere Bedingungen cumulativ (conjunctiv) beigelegt, so müssen alle, sind sie alternativ gesetzt, so muß irgend eine (nach freier Wahl der bedachten Person) erfüllt werden.^{17a})

Dagegen ist die andere Regel (a) eine selbstverständliche und gilt wohl in der ganzen civilisirten Welt.¹⁸) Wäre es denn nicht ungeheuerlich, wenn Jemand für seinen dolus belohnt, der Andere für fremden dolus gestraft würde? Wäre es nicht um so schlimmer, als hier ein Vermögen des Testators Demjenigen entzogen würde, der seinem Willen gehorchen wollte („voluntati oder condicioni parere“ betonen die römischen Juristen so oft in der Lehre von letztwilligen Bedingungen), und dem zugewendet würde, der in böswilliger Absicht die Erfüllung des Wunsches des Testators vereitelt hat?! Wie nahe verwandt ist dieser Fall den Indignitätsgründen des §. 542, wo Derjenige, der sich gegen den wahren letzten Willen des Erblassers versündigt hat,

¹³) Vgl. dazu die zahlreichen Parallelstellen bei Windscheid I §. 93 N. 10.

¹⁴) Nämlich: nach der Meinung des Testators.

¹⁵) Ob diese Regel in L. 24 D. de condic. 35. 1 steht oder aber auch dort „non impleri“ zu lesen ist, ist sehr bestritten (s. einerseits z. B. Windscheid a. a. O., andererseits Scheurl S. 167 f.), aber in Wahrheit gleichgültig. Ihre Geltung (wenigstens bei letztwilligen Anordnungen) kann nicht bezweifelt werden (Scheurl S. 161 f., S. 168, Windscheid §. 93 N. 6).

¹⁶) Scheurl S. 161, 164 f. Windscheid §. 93 N. 6.

¹⁷) Vgl. Zeiller S. 667, Unger System II §. 82 N. 109; dann ebd. S. 66 f. — Wunderliche Scrupel werden mitgetheilt und getheilt von Rippling in der Ger. Ztg. 1854 Nr. 111. Ob dem Honorirten die Bedingung oder der Modus erlassen werden können — etwa vom Onerirten? Er kommt zu dem Resultat (S. 454): „Jede letztwillige, erlaubte und mögliche Anordnung ist so lange zu erfüllen, als nicht der Berechtigte auf die Erfüllung rechtsgültig verzichtet“; wo aber Niemand als der Verstorbene (wenn er lebte) die Erfüllung verlangen könnte, könne die Bedingung u. s. w. nicht erlassen werden. — Vom Erlassen der Bedingung kann überhaupt keine Rede sein; selbstverständlich aber kann der Onerirte das Legat deficiente condicione dennoch entrichten, können die Intestaterben oder Accrescenzberechtigten den bedingt Eingesetzten trotz Vereitelung der Bedingung den Erbtheil überlassen — aber das sind dann eben Schenkungen und als solche (nicht als Legate oder erbrechtliche Erwerbungen) zu behandeln. Auch erkennt ja Rippling selbst an, daß das so freiwillig Geseizete bei ungenügendem Nachlaß (s. §§. 692, 693) und bei der Restitution in Folge siegreicher hereditatio (s. §§. 823, 824) nicht als Abzugsposten in Rechnung komme.

^{17a}) Zeiller S. 666, Unger §. 16 bei N. c und d. Ueber den Fall, wo Mehrere zusammen unter einer Bedingung honorirt sind, und dann, wo eine Bedingung Mehreren gegenüber zu erfüllen ist, s. Unger §. 16 N. 12.

¹⁸) Auch im römischen Recht hat sie stärkere Kraft als die andere; „iure civili receptum est, quotiens per eum“ etc. (L. 161 D. de R. J.). Wenn Windscheid (S. 93 a. E.) sagt: „Nicht auf Willensauslegung, sondern auf Rechtsvorschrift beruht (diese) Regel“, so will er damit doch wohl nicht sagen, daß sie dem Willen des Testators nicht entspreche, und ohne positive Satzung keine Berechtigung habe. Vielmehr will er damit dieser Regel eine stärkere Kraft beilegen, als der anderen (b), von welcher er (S. 263) sagt, sie beruhe „nur auf Willensauslegung“.

nicht nur nicht aus dessen Testamente, sondern nicht einmal ab intestato erben kann. Und hier sollte er aus dem Testament, ja geradezu aus seinem dolus erwerben?! — Der Grundgedanke des §. 542 ist, „daß Jeder erbunwürdig sein soll, der eine dem wahren Willen des Erblassers widersprechende Ordnung der Erbfolge herbeizuführen sucht“. ¹⁹⁾ Dieses trifft auch den Substituten, der die Befolgung der Bedingung und damit den Erbserwerb Seitens des Instituten hindert. ²⁰⁾ Denn gewiß wollte der Testator vor Allen den Substituten zu seinem Erben haben, und gewiß wünschte er den Eintritt der Bedingung. ²¹⁾

Würde man die Redactoren über die Regel a gefragt haben, sie würden sie wohl ebenso als eine selbstverständliche bezeichnet haben. Warum haben sie dann aber dieselbe nicht formulirt? Weil sie daran nicht gedacht haben! Und zwar ist dieses Versehen oder Vergessen den Redactoren des Westgal. und des jetzigen G. B. darum widerfahren, weil im preussischen G. B. diese Regel zufällig nicht im Titel I. 12, sondern (weit davon entfernt) im Titel I. 4 (SS. 104—107) steht! — Die Vergleichung mit diesem so oft als Vorbild benutzten Gesetzbuch und die im Commentar nachhinkende Bemerkung Zeiller's (wovon später), lassen keinen Zweifel an der Geltung jenes Rechtsjages übrig. Das preussische Recht hat denselben Grundsatz, wie §. 699, ja es hat ihn noch emphatischer ausgedrückt (s. oben); es hat die Regel b ausdrücklich durch ihr Gegentheil ersetzt (I. 4. SS. 112, 113) ²²⁾ und gleichwohl die Regel a anerkannt. ²³⁾ — Wir wenden uns nun einer allgemeinen Betrachtung zu, die den letzten Zweifel beheben muß.

V. Das Streben, den wahren Willen des Testators zu Geltung zu bringen, ist für unser Recht viel mehr bestimmend, als für das römische, wo es nur beim testamentum militis mit gleicher Stärke sich geltend macht. In der Materie der Bedingungen aber haben schon die römischen Juristen jenes Princip betont, um wie viel mehr muß es für uns gelten. In condicionibus (sagt Ulpian in l. 19 pr. D. h. t. 35. 1) primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit condiciones, und Papinian (in l. 101 pr. eod.): in condicionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari oportet. — Um imperative Rechtsjage kann es sich hier überall nicht handeln, sondern um Anweisungen, an die man

¹⁹⁾ Unger Erbrecht §. 5 Anm. 19.

²⁰⁾ Zweifelhafter erscheint die Anwendung des §. 542 auf den Dnerirten, der gegen den bedingt Honorirten (in der Absicht das Legat zu vereiteln) so verfährt.

²¹⁾ Seien wir folgenden Fall: Ein reicher Mann hat eine leichtfertige Schwester, welche ein einziges Kind (etwa einen unehelichen Sohn) hat. Diesem Neffen A will der Testator sein Vermögen zuwenden, zugleich aber ihn dem verderblichen Einfluß seiner Mutter entziehen. Deshalb befiehlt er die Unterbringung des Knaben in einer von ihm angegebenen Erziehungsanstalt. Er macht dieses unvorsichtiger Weise in der Art zur Bedingung, daß er den M substituirt, falls A nicht binnen einem Jahre nach seinem Tode der Anstalt übergeben sei. Dabei aber hat der Testator die Verderbtheit seiner Schwester nicht genügend tarirt. Sie verständigt sich mit M, hält den Knaben im Auslande verborgen, und vereitelt alle Anstrengungen der Vormundtschaft, die Bedingung zu erfüllen, bis das Jahr verstrichen ist. Nun erfolgt Erbserklärung Seitens des M. — Wäre es nicht ein Hohn auf alle Gerechtigkeit und auf den Respect vor dem wahren Willen des Verstorbenen, wenn der Knabe um das Vermögen gebracht, wenn dieses dem Substituten als Frucht seiner Machinationen (bez. durch ihn zum Theile der sauberen Mutter als Sündenlohn) zufiele?! —

²²⁾ S. Gruchot II §. 147.

²³⁾ Gruchot II §. 148: „Die allgemeine Rechtsregel, daß eine Bedingung als erfüllt anzusehen ist, wenn derjenige, dem die Nichterfüllung zum Vortheil gereicht, die Erfüllung vorzüglich auf eine der Absicht des Verfügenden zuwiderlaufende Weise hindert, (L. 24 D. 35. 1, l. 161 D. de R. J., vgl. l. 39 D. de R. J.) ist auch von unserem Landrechte anerkannt (SS. 104—107 Tit. 4 Thl. I) und daher ihre Anwendbarkeit auf letztwillige Zuwendungen um so weniger zu bezweifeln, als in den hier (I. 12) gegebenen Vorschriften mehrfach ausdrücklich auf die allgemeinen Grundsätze über Bedingungen hingewiesen wird.“

sich im Zweifel zu halten hat.²⁴⁾ „Bei solcher Betonung der *quaestio voluntatis*“, könnte vielleicht Jemand einwenden, „kämen wir dahin, es für gleichgültig zu erklären, ob das Gesetz eine Regel hat oder nicht oder gar ihr Gegentheil.“ Gewiß nicht! Nach römischem Recht muß man bei der Bedingung „wenn A die B heiratet“ im Zweifel annehmen, daß die Honorirung des A gelte, wenn die Ehe wegen Weigerung der B nicht zu Stande kommt; nach österreichischem Recht muß man das Gegentheil annehmen. Dabei ist aber der Nachweis einer anderen Absicht des Testators hier wie dort vorbehalten. Obgleich im römischen Recht in weiten Grenzen die Fiction der Erfüllung gilt, so kann doch „in einem gegebenen Falle die Auslegung zu einem anderen Resultate führen, (nämlich) dazu, daß der Wille des Erblassers auf die wirkliche Vollziehung der Handlung . . . gerichtet gewesen sei“ (Windscheid). Und obgleich im österreichischen Recht jene Fiction im Allgemeinen nicht gilt, so kann doch im concreten Falle auf dem Wege der Auslegung festgestellt werden, „daß der Wille des Erblassers nicht auf den wirklichen Vollzug der zur Bedingung gemachten Handlung, sondern nur auf die Bereitwilligkeit dazu, oder nicht auf die vollständige Verwirklichung der Bedingung, sondern nur auf möglichste Erfüllung derselben nach Kräften oder nach dem Stand der Dinge gerichtet ist. (Alsdann) ist dem in erster Linie maßgebenden Willen des Testators gemäß der Instituirte zur Erbfolge zuzulassen, mag gleich das betreffende materielle Ereigniß sich gar nicht oder nicht vollständig verwirklicht haben.“ (Unger §. 16 A. 16.) — In den Fällen, von welchen wir in Abs. IV sprachen, ist im römischen Recht die Willensfrage abgeschnitten (l. 161 D. de R. J.), im österr. Recht nicht; aber freilich wird gerade in diesen Fällen der Wille kaum je zweifelhaft sein. Nur darf man nicht übersehen, daß nicht jede Hinderung der Erfüllung eine dolose ist (vgl. l. 38 D. de statulib. 40. 7), mag auch immerhin der Hindernde davon einen Vortheil haben. Denn es gibt ja Fälle, wo der Erblasser die Erfüllung (den Eintritt) der Bedingung nicht gewünscht hat; dies gilt namentlich von jedem (an sich gültigen) *poenae nomine relictum* (s. bei §. 712). Dabei ist aber die Bedingung nicht auf eine Handlung des Honorirten, sondern auf ein (positives oder negatives) Verhalten des Dnerirten gestellt. Und auch in anderen Fällen kann „das *curare, ne condicio existat*“ dem bedingt Verpflichteten vorbehalten“ sein.²⁵⁾

VI. Es ist von Interesse, die Ansichten der österreichischen Civilisten über die Regel (a) (l. 161 D. de R. J.) zu hören. Es ist nun ein wichtiges Zeugniß für die Richtigkeit der obigen Ausführungen, daß Zeiller in einem Athem die Regel b verwirft und die Regel a billigt. Die Vorschrift des §. 699 (sagt er S. 667) gilt für alle Arten von Bedingungen, sowohl für willkürliche als für zufällige oder gemischte. Des Bedachten „Bereitwilligkeit, sein eifriges Bestreben, die Bedingung in Vollzug zu setzen (z. B. die B zu ehelichen), ist ohne günstigen Erfolg (indem sie etwa seine Hand ausschlägt) nicht genug. Nur wenn“ [diese Worte zeigen doch deutlich genug, daß es sich um eine Ausnahme von der Regel handelt] „die zur Entrichtung des Nachlasses verpflichtete Person die Erfüllung der Bedingung verhinderte, mißte sie für ihr Verschulden haften, und den Nachlaß entrichten (§. 1323).“ [Vgl. auch III S. 82 Z. 6.] *Desinit in piscem!* der Schluß des Satzes ist eine Verlegenheitswendung, welche die ausdrückliche Anerkennung der Regel a als überflüssig erscheinen lassen, das Redactionsverschehen verdecken soll. Der Satz geht auf Legate und selbst da ist er ungenau; denn es handelt sich um einen Legatsanspruch, nicht um Schadenersatz-Anspruch. Unpassend ist er aber für Vereitelung der Bedingung durch Miterben, gesetzliche Erben, Substituten. Und wenn diesen das an sie Gefallene wegen Indignität (nach Analogie von §. 542) entzissen würde (woran freilich

²⁴⁾ §. 699 hat keinen anderen Charakter als z. B. §. 614.

²⁵⁾ Scheurl §. 46. — Vgl. Unger System II S. 67 Note 38.

bisher Niemand gedacht hat), wie könnte dann der Schuldige „den Nachlaß entrichten“?! Indeß hinter der verfehlten Formel birgt sich der richtige Gedanke. Zeiller meint: §. 699 gilt sonst allgemein; selbst die Ausnahme b (s. oben) gilt in Oesterreich nicht, wohl aber die Ausnahme a. — Nippel (IV S. 402) hat auch hier, wie so oft, Zeiller's Aeußerungen wörtlich abgeschrieben. — Stubenrauch (I. Aufl. II S. 537) sagt ausweichend: „Unsere Gesetzgebung hat aber diese, allerdings aus natürlichen Rechtsregeln abgeleiteten, Grundsätze [a und b] nicht aufgenommen.“ Im Gesetze stehen sie freilich nicht formulirt, in diesem Sinne sind sie nicht „aufgenommen“; aber ihre Geltung kann nicht gleich behandelt werden, da der Grundsatz a viel stärkere Gründe für sich hat, als der andere. Winigwarter und Ellinger übergehen die Frage mit Schweigen. Dagegen hat die richtige Ansicht Unger schon im II. Bande seines Systems (S. 67) scharf formulirt: „Nur in dem einen Falle ist auch nach österreichischem Recht die Bedingung als erfüllt anzusehen, obgleich sie es in der That nicht ist, wenn derjenige, dem die Richterfüllung zum Vortheil gereicht, die Erfüllung absichtlich auf eine der Intention der Verfügung zuwiderlaufende Weise hindert (L. 161 D. de R. J.).“ Ebenso entschieden tritt er im Erbrecht (§. 16 vor R. 17) für diesen Rechtsatz ein. Es hat also derselbe die stärksten historischen und dogmatischen Gründe, die Autorität Zeiller's und Unger's und — was das Wichtigste ist — den gesunden Menschenverstand und das Rechtsgefühl jedes Unbefangenen für sich! —

VII. Zeiller stellte (in der S. v. 14. Mai 1804) den Antrag, hinter §. 495 (jetzt §. 707) einen §. einzuschalten ungefähr dieses Inhaltes (vgl. §. 495 ff. L. R. I. 12): Wenn bei einer Potestativ-Bedingung der Erblasser keine Erfüllungsfrist angesetzt habe, so sollen die anderen Interessenten das Gericht um die Anberaumung einer Frist bitten können. Die Majorität der Botanten jedoch lehnte diesen §. ab. Das hieße den Willen des Testators überschreiten; hätte er eine Frist gewollt, so würde er selbst eine angeordnet haben. Auch sei es im eigenen Interesse des Eingeklagten, bald die Bedingung zu erfüllen. Endlich könne man für außerordentliche Fälle, wo eine Gefahr des Verlustes der Erbschaft (für den Substituten) oder des Legates obwaltet, ohnehin die gerichtliche Hilfe verlangen. Deshalb sei ein solcher §. überflüssig. — Diese Einwendungen sind nicht überzeugend, ja in sich widersprechend. Erst soll die gerichtliche Fristsetzung gegen den Willen des Testators, dann aber in „außerordentlichen Fällen“ (woran erkennt man diese?!) zulässig sein! Und auf welches Gesetz soll sich der bedrohte Interessent berufen? Wir haben ja keine restitutio in integrum mit einer clausula generalis und keinen mit imperium ausgestatteten Prätor! Jener von Zeiller beantragte §. wäre sehr wünschenswerth, vgl. oben S. 223.

VIII. Der §. 699 handelt von Suspensiv-Bedingungen, ist aber sinngemäß auch auf Resolutiv-Bedingungen anzuwenden. Natürlich kann dann nicht vom Erwerben, sondern vom Behalten u. dgl., und nicht von Erfüllung der Bedingung, sondern von Erfüllung des letzten Willens (der hier auf Nichteintritt der Bedingung gerichtet ist) die Rede sein. Also etwa so: Wenn eine Resolutiv-Bedingung auf Mögliches und Erlaubtes gerichtet ist, so kann der Honorirte den Verlust des Empfangenen nur durch genaue Beobachtung der Vorschrift des Testators abwenden; jeder Eintritt der Bedingung, auch wenn er unverschuldet ist, zieht den Verlust nach sich.²⁶⁾ — Ueber den Doppelsinn des Wortes „Erfüllung der Bedingung“ s. den Excurs zu §. 698 Abs. II c.

²⁶⁾ Oder anders ausgedrückt: nur durch genaue Befolgung des in der Bedingung ausgesprochenen Wunsches des Testators kann sich der Honorirte das Empfangene erhalten. — Mißlingen ist die Formulirung Zeiller's (S. 666): „Die möglichen und erlaubten Bedingungen müssen (§. 698) zur Erwerbung, und zwar die ausschließenden zur ersten, die auflösenden zur dauerhaften und vollständigen Erwerbung erfüllet werden.“ Aber diese Formel ist für die Auslegung des §. 698 wichtig.

IX. Aus der Praxis.²⁷⁾ 1) Jemandem war ein Legat unter der Bedingung hinterlassen, wenn er sich innerhalb einer gewissen Zeit melde. Er meldete sich nicht. Mit Recht erkannte der oberste G. H.: das Legat sei verloren, gleichviel ob der Legatar negligent oder am rechtzeitigen Sichmelden verhindert war. Sammlung II Nr. 1043 (= Gerichtshalle 1859 S. 50 ff.). 2) Wenn Jemand seinem Diener ein Legat aussetzt unter der Bedingung, „wenn er bei meinem Tode noch in meinem Dienste sich befindet“, so ist diese Bedingung vereitelt nicht nur, wenn der Diener den Dienst kündigt, sondern auch, wenn ihm dieser vom Testator gekündigt worden ist. Sammlung V Nr. 2666 (= Ger. Ztg. 1867 Nr. 61). Der Fall hatte jedoch das Besondere, daß der Testator später unter Curatel kam und der Curator den Diener entließ. Der oberste G. H. erkannte gegen die Gültigkeit des Legates, welches indessen freiwillig von den Erben anerkannt wurde. 3) Aendern wir den vorigen Fall dahin ab, daß der Diener unter der Bedingung honorirt ist, wenn er bei dem Sohn in Diensten bleibt, und der Sohn entläßt ihn ohne triftigen Grund, nur um das Legat zu frustriren. Dann wäre dieses dennoch zu entrichten. Die Absicht ging dahin, daß der Diener den Sohn nicht verlassen solle; es hat aber der Sohn den Diener verlassen.²⁸⁾ 4) Verwandt ist der Fall in der Sammlung XV Nr. 6558; s. über ihn oben S. 466 Note 19, und vergleiche überhaupt unsere Ausführungen über das Vermächtniß der Dienstbelassung und der Pension, S. 465 f., dazu I. 13 pr. D. de annuis legatis 33. 1 und Unger §. 16 A. 16. — 5) Wenn das Erleben des vollendeten 24. Jahres zur Bedingung gemacht ist, so kann die erlangte venia aetatis noch nicht als Erfüllung gelten; §. 699 verlangt „genaue Erfüllung“. Sammlung VII Nr. 3254 (= Not. Ztschft. 1869 Nr. 40).²⁹⁾

d) Bedingung der Nichtverehelichung;

§. 700.*)

Die Bedingung, daß der Erbe oder der Legatar sich, selbst nach erreichter Großjährigkeit, nicht verhehelichen solle, ist als nicht beigesetzt anzusehen. Nur eine verwitwete Person muß, wenn sie Ein oder mehrere Kinder hat, die Bedingung**) erfüllen. Die Bedingung, daß der Erbe oder Legatar eine bestimmte Person nicht heirathe, kann gültig auferlegt werden.

I. Redaction. Der §. 488 Westgal. G. B. II. lautet:

Eine unerlaubte Bedingung ist es, daß ein Erbe oder Legatar, dem sonst kein Ehehinderniß im Wege steht, sich nieman vermählen sollen. Aber man kann ihnen die Bedingung auflegen, daß sie eine bestimmte Person nicht heurathen; so wie man einer mit Kindern versehenen Wittwe auflegen kann, daß sie im Wittwenstande bleibe.

Die Facultät Wien erklärte die Worte „denen sonst kein Ehehinderniß . . .“ für unnütz und versänglich. Wo keine Dispens, sei die Ehe ohnehin unmöglich, wo aber Dispens, sei das Ehehinderniß behoben. An Hindernisse einer Ehe zwischen

²⁷⁾ Die zuweilen hier citirten Fälle: Ger. Ztg. 1853 Nr. 140 und 1854 Nr. 82 gehören nicht her, sondern zur Lehre von den Veräußerungs- und Einschuldungs-Verboten; ebenso Sammlung I Nr. 203.

²⁸⁾ Ueber die Bedingung, Jemanden nicht zu verlassen, s. Unger §. 16 Anm. 16; Windscheid §. 92 N. 8.

²⁹⁾ Anders wenn es hieß: „nach erreichter Selbständigkeit, vollkommener Handlungsfähigkeit, Eigenberechtigung“ u. dgl. (oder: „sobald er zur freien Verfügung über sein Vermögen gelangt sein wird“). Der Ausdruck „Großjährigkeit“ ist im Zweifel von der physischen zu verstehen.

*) Fdch. Edlmann Abhandlung über die einer Erklärung des letzten Willens beigelegte Bedingung der Nichtverehelichung (Wien 1822) — ein klar, aber etwas scholastisch geschriebenes Schriftchen, welches nicht auf alle Schwierigkeiten des §. 700 eingeht. — Aus der auswärtigen Literatur ist zu erwähnen: Fdch. Scharnweber Der letzte Wille und der Erbvertrag . . . mit besonderer Berücksichtigung der unerlaubten Bedingung der Ehelosigkeit (Potsdam 1861); Gruchot Preuß. Erbr. I S. 425—433; Zachariau Franzöf. Civilt. IV §. 692.

**) In der F. G. S. Druckfehler: Bedingung.

bestimmten Personen sei aber hier nicht zu denken, weil der Testator allerdings wirksam die Bedingung beisetzen könne, eine bestimmte Person nicht zu heiraten. Auch Zeiller hielt jene Worte für überflüssig. Das Wort „niemal“ (fügte er hinzu) könnte zu der chicanösen Auslegung Anlaß geben: der Erblasser dürfe die Bedingung beisetzen, daß Jemand nicht vor seinem 60. Jahre heiraten solle. Das oberöstr. App.-Ger. war für Gleichstellung von Witwer und Witwe. Zeiller meinte: man könne darauf allenfalls eingehen und auch den Witwer erwähnen; obwohl „man weit mehrere Beispiele habe, daß Witwen, als daß Witwer im Wiederverhehligungs-Falle die Kinder der ersten Ehe hintanzusetzen.“ (?) Zeiller schlug dann den jetzigen Text vor, der auch mit Stimmenmehrheit angenommen wurde.¹⁾

Im Westgal. G. B. folgt hier der §. 489:

In der Bedingung des Witwenstandes ist die Bedingung eines ehrbaren Wandels begriffen. Eine gerichtlich erwiesene ärgerliche Lebensart macht die Witwe der ihr für den Witwenstand zugewiesenen Rechte verlustig.

In der ersten Lesung beibehalten, ja auf den Witwer ausgedehnt, wurde dieser §. bei der Revision (3. Septbr. 1807) auf Pratoberera's Antrag gestrichen, da, wie dieser treffend bemerkte, ein solcher Rechtsatz nur zu unsittlichen, ärgerlichen Processen (namentlich zwischen Mutter und Kindern) führen könnte. Auch sei die Sorge für den sittlichen Lebenswandel allenfalls Aufgabe der Polizei, aber nicht Sache des bürgerlichen Gesetzbuchs. — Selbstverständlich ist aber damit nicht dem Erblasser benommen, einer (gleichviel ob verwitweten oder ledigen) Frauensperson „ehrbaren Wandel“ oder „sittliches Betragen“ ausdrücklich zur Bedingung zu setzen. Daß diese dann nicht so lax ausgelegt werden dürfe, wie in dem in der Sammlung VII Nr. 3298 erzählten Falle geschehen ist, ist in den Excursen, bei §. 655, bemerkt.

II. Ratio legis. Ein Staat, welcher, wie der römische, die Vermehrung der Bevölkerung selbst mit bedenklichen Mitteln (I. Julia et Papia Poppaea!) zu befördern trachtet, kann private Anordnungen von entgegengesetzter Tendenz nicht dulden. Zwar sind nun jene socialen Uebelstände, welche den Anlaß zu jenen augusteischen Gesetzen gaben, uns immer fremd geblieben, gleichwohl aber war es bis in unser Jahrhundert hinein ein Gemeinplatz der Volkswirthe und Staatslehrer, daß die Zunahme der Bevölkerung wünschenswerth sei, „damit die Zahl der arbeitenden Hände . . . der Nationalreichthum vergrößert sowie auch die Streitmacht des Staates . . . erhöht werde.“²⁾ Daraus erklärt sich die Beibehaltung dieser einen Anordnung jenes uns so fremden Gesetzes, dessen Tendenz zum Theile in grellem Widerspruch mit manchen Einrichtungen der katholischen Kirche steht.³⁾ Jenes Motiv ist aber

¹⁾ Anwesend waren in der Sitzung v. 8. Mai 1804: Cf. Mottenhan, Vicepr. v. Haan, Sonnenfels (der sich aber unmittelbar vor Berathung unseres §. entfernte), Schmidfeld, Lyro, Pitreich, Orlandini, Zeiller. Mit diesem stimmten ganz überein Schmidfeld und Lyro; in der Hauptsache auch Pitreich, „nur hatte er den Anstand, ob man die Freiheit zu heiraten selbst nur bis zur Großjährigkeit beschränken könne.“ Der Präsident wollte die Bedingung der Ehelosigkeit erlauben; der Bedachte habe ja freie Wahl, er könne ausschlagen. [So wahr dies ist, so wird doch durch eine solche Bedingung, durch die in ihr liegende Lockung eine Pression ausgeübt, die man — cum grano salis zu nehmen — immerhin einen „Zwang“ nennen mag, wie man denn im gewöhnlichen Sprachgebrauch ein so unangenehmes Dilemma eine „Zwangslage“ nennt.] Jene Ansicht unterstützte der Vicepr. v. Haan mit der Bemerkung: der Testator kenne z. B. die Zeugungsunfähigkeit des Erben oder Legatars, und wolle ihn hindern, ein Mädchen unglücklich zu machen, andererseits aber dieses Motiv aus Schonung nicht ausdrücken. Den Witwer solle man nicht ausdrücklich erwähnen; es verstehe sich von selbst, daß das von Witwen Gesagte auch von Witwern gelte. Gewiß ist diese Bemerkung verkehrt; exemplo enim pessimum est, feminino vocabulo etiam masculos contineri! (L. 45 pr. de leg. II.)

²⁾ Edlmann S. 12.

³⁾ Und Oesterreich war ja bekanntlich ein (officiell) ausgesprochen katholischer Staat. Ein ähnlicher Widerspruch führte schon in der vierten Periode des römischen Reiches zur Abschaffung der Strafen des Cölibates.

auch das einzige wahre, wenngleich man gerne auch die Moral hereinziehen wollte.⁴⁾ Zwar ist es richtig, daß durch die Bedingung der Nichtverehelichung „in ungehöriger Weise auf die Freiheit des Entschlusses in Dingen eingewirkt werde, in welchen der Mensch sich durch äußere Motive nicht soll bestimmen lassen“;⁵⁾ aber dieser Gedanke war hier eben nicht bestimmend — weder für die römische, noch für die österreichische Gesetzgebung — darf also auch nicht eingemengt werden. Testamentarische Bedingungen waren immer ein Gebiet, in welchem die Gesetze dem privaten Belieben, selbst albernem Launen, einen weiten Spielraum gestattet haben. Ohne Zweifel ist nach unserem wie nach römischem Rechte die Bedingung zulässig, eine bestimmte Person zu heiraten (Zeiller S. 668), und ebenso die Bedingung, Jemanden nicht zu heiraten (s. §. 700 a. E.). Und doch ist es unsittlich, sich bei der Wahl seiner Lebensgefährtin durch die Aussicht auf eine Erbschaft leiten zu lassen, ja vielleicht eine vorhandene Neigung und das Glück einer anderen Person dem Gelde zu opfern.^{5a)} Andererseits aber ist das Nichtheiraten an sich nichts Unsittliches, und auch das Setzen der in §. 700 verbotenen Bedingung muß nicht gerade in einer unerlaubten Absicht geschehen.⁶⁾ Dies beweist, daß die Moral mit dem §. 700 nichts zu thun hat — was zu constatiren keineswegs von bloß theoretischem Interesse ist. Vielfach wird gelehrt, daß der Testator die Verehelichung mit einer ganzen Classe von Personen nicht verbieten dürfe.⁷⁾ Wir sind anderer Ansicht. Wenn die Bedingung dahin geht: keine Unadelige oder keinen Adeligen, keine Protestantin oder keinen Juden (§. 700 gilt für beide Geschlechter), keine Italienerin oder keinen Magyaren zu heiraten, so mag über diese Geschmacksfragen Jeder denken was er will — der Eingesezte muß entweder dem Willen des Testators sich fügen, oder das ihm Zugewendete fahren lassen. „Der Bevölkerung“ ist eine solche Bedingung nicht „nachtheilig“ (s. N. 4) — *nee videri tali condicione viduitatem iniunctam, cum alii cullibet satis commode possit nubere* (l. 63 pr. D. de condic. 35. 1) — und der Mora-

4) Zeiller S. 668: „Das Verbot der Nichtverehelichung ist der Moralität und der Bevölkerung nachtheilig.“ „Bevölkerung“ ist hier nicht als Collectiv (= Volk), sondern als Zustand (wie „Vereicherung, Bewässerung, Vermischung“ u. dgl.) gemeint.

5) Windscheid §. 94 vor N. 13, Mommsen S. 212. Vgl. Helm a. a. D. s. 31, Nippel IV S. 403.

5a) Namentlich dem letzteren Falle gegenüber kommt die sophistische Einstreunung Keller's (Band. §. 51) nicht auf. — Am allerbedenklichsten erscheint uns die Bedingung: der Honorirte solle sich bei der Wahl des Gatten durch das Gutdünken eines Dritten leiten lassen. Zu der sittlichen Bedenklichkeit aller ähnlichen Anordnungen und ihrer Befolgung kommt hier hinzu, daß das Nichterben oder Nichtheiraten von dem Belieben eines Dritten abhängig gemacht wird, was sowohl der normalen Natur der Erbeinsetzung (vgl. §. 564), als dem sittlichen Wesen der Ehe, als der Tendenz des §. 700 widerspricht. Darum halten wir sie pro non scripta, wie auch das gegen lestwilige Launen und Grillen so tolerante römische Recht solchen Zwang nicht duldet (l. 28 pr., §. 72, §. 4 D. de condic. 35. 1); ebenso das sächs. G. B. §. 2135, der heftigste Entwurf, Von der Erbfolge Art. 61 Abs. 2, Mommsen s. 105 N. 1. Unger (System II S. 86) hält sie für zulässig, und gleichwohl (s. ebd. N. 107) die im Vergleich damit harmlose Bedingung, Jemanden aus einer bestimmten Classe nicht zu heiraten, für unzulässig. — (Es ist nicht sicher, ob nach römischem Recht hier die ganze Bedingung oder aber nur das „arbitratu Titii“ gestrichen, also die Bedingung dahin umgedeutet wurde „sobald N heiratet, soll N bekommen“.) Für die erstere Behauptung kann man sich berufen auf die Worte „quia suspensa quoque (condicio) pro nihilo foret“ (l. 72 §. 4 D. de condic. 35. 1). Für die zweite Auslegung sprechen die Worte derselben Stelle „eam nubentem legatum accipere“, vgl. mit dem „nupserat“ in der Parallelstelle l. 28 pr. eod. Für die uns beschäftigende Frage ist dieses indessen gleichgültig, da unsere Behauptung, daß „das römische Recht solchen Zwang nicht duldet“, jedenfalls richtig ist.]

6) Vgl. die Bemerkungen Haan's in N. 1. Man kann hinzufügen: der Erblasser weiß oder glaubt doch, die Ehe sei dem Betreffenden lebensgefährlich, oder er will die Vererbung eines Stieghums hintanhaltan u. dgl.

7) Nippel zu §. 700 Z. 5, Winwarter III S. 241 f., Stubenrauch ebd. Z. 6, Ellinger bei §. 700, Unger II S. 82 N. 107, Gruchot I S. 432 N. 2.

lität gewiß nicht nachtheiliger, als eine Bedingung, welche geradezu vorschreibt, wen man heiraten solle. Und deshalb scheint uns auch die positive Bedingung (eine Adelige, einen Deutschen zu heiraten u. dgl.) statthaft, obwohl sie meistens⁸⁾ die Freiheit weit mehr einschränkt, als jene negative. — Immer müssen wir im Auge behalten, daß das vom Testator gewünschte Verhalten kein unerlaubtes, sondern nur das Setzen dieser Bedingung positiv verboten, die Anordnung also, welche diese Bedingung reprobirt, singular, und demnach eher zu restringiren, als auszudehnen ist, — was von der Schlußbestimmung des §. 700 nicht gilt, da sie keine Ausnahme, sondern die Bestätigung der Regel ist. Doch legen wir auf diese etwas scholastische Bemerkung kein großes Gewicht, sondern warnen vor Uebertreibung dieses wie jenes Gedankens. Eine solche ist die Behauptung: Die gegen §. 700 verstößende Bedingung sei „nicht etwas absolut Unerlaubtes oder Gesetzwidriges“. Dabei wird verwechselt das Verhältniß des §. 700 zu allgemeinen Rechtsfällen und das Verhältniß der Bedingung zum Gesetze. Nachdem einmal der (allerdings nicht selbstverständliche) §. 700 Gesetz ist, so ist jene Bedingung „gesetzwidrig“. Geradezu falsch aber ist die an jene Bemerkung und die an sich richtige, daß §. 700 als Ausnahme von §. 699 nicht ungebührlich ausgedehnt werden dürfte, angeknüpfte Entscheidung: der Honorirte könne sich der Bedingung der Nichtverhehlung unterwerfen, und, wenn er einmal das ihm Zugedachte ohne Vorbehalt angenommen habe, könne er „nach in Rechtskraft getretener Einantwortung nicht mehr zurücktreten, und die in Frage stehende Bedingung anfechten.“¹⁰⁾ Damit würde der vom Gesetzgeber reprobirte Zwang (s. N. 1) durch eine Hintertüre wieder eingeführt.¹¹⁾

III. Von den beiden Arten, in denen das Gesetz der Mißbilligung einer Bedingung praktischen Ausdruck geben kann (s. oben S. 568 N. 39^{a)}), hat es hier die mildere gewählt: nur die Bedingung ist ungültig (pro non scripta), die Honorirung gilt als pur (selbstverständlich, wosern ihr sonst keine Hindernisse entgegenstehen). Die Bedingung „ist als nicht beigelegt anzusehen“, gleichviel, ob sie aufschiebend oder auflösend formulirt oder in einer Betagung (einem dies ad quem) versteckt ist, während die im Sinne des §. 698 unerlaubte Bedingung nur, wenn resolutiv gesetzt, gestrichen wird, im gegentheiligen Falle aber die Honorirung ungültig macht. Gleichwohl ist dieser Unterschied nur ein scheinbarer,^{11^{a)}} da die aufschiebende negative Bedingung nach österreichischem Rechte (§. 708) in eine positive Resolutiv-Bedingung verwandelt wird. Daß die negative Resolutiv-Bedingung der Nichtverhehlung (etwa: „aber er soll das Erhaltene verlieren, wenn er sich nicht bis zu seinem 35. Jahre verheiratet“) nicht unter §. 700 fällt, sondern allgemein statthaft ist (Edlmann S. 41), ist selbstverständlich.

IV. Gestattet ist die Bedingung, durch welche einem Minderjährigen verboten wird, vor erreichter Großjährigkeit, oder vor einer tieferen (innerhalb der Minderjährigkeit liegenden) Altersgrenze zu heiraten (arg. a contr. aus §. 700 pr.). Motiv derselben kann Besorgniß vor einer unbefonnenen Heirat, zuweilen auch Fürsorge für die Gesundheit sein.¹²⁾ Unter „Großjährigkeit“ ist hier immer das voll-

8) Zuweilen sind diese positive und jene negative Bedingung nur dem Ausdrucke nach verschieden; es ist ja gleichbedeutend, ob man sagt: „du sollst eine Adelige“ oder „keine Unadelige“ (oder wie man auch — absurd genug — sagt: „keine Bürgerliche“) heiraten.

9) Vgl. Edlmann §. 5, §. 6, §. 11 (S. 23 f.).

10) Entschdg. des obersten G. H. in der Sammlung I Nr. 327.

11) Ein Eheverlöbniß tren zu erfüllen, ist doch gewiß nichts Unsitliches oder Gesetzwidriges, aber das Gesetz mißbilligt (in §. 45) ein darauf gerichtetes Compelle, wie in §. 700 ein solches zum Nichtheiraten.

11a) Dieses übersehen die meisten unserer Schriftsteller (s. z. B. Helm S. 232, Rippel 3. 1, Winigarter III S. 241 pr., Stubenrauch 3. 1, Ellinger zu §. 700 pr.), obgleich es schon 1822 von Edlmann (S. 18, §. 19) richtig bemerkt worden ist.

12) Wo es sich um junge Männer handelt, ist der Wunsch, daß sie nicht vor vollendetem 24. Jahre heirathen, ein verständiger; für Mädchen freilich ist ein zu spätes Heiraten

endete 24. Jahr zu verstehen, auch dann, wenn die volle juristische Handlungs- und Dispositionsfähigkeit ausnahmsweise früher (§. 174 und §. 252) oder später (§. 172 und §. 251) eintritt.¹³⁾ „Da übrigens die Bedingung der Nichtverehelichung, wenn sie ohne (die obige) Beschränkung . . . beigefügt wurde, als nicht geschrieben zu betrachten ist, so können wir der Ansicht Ellinger's nicht beipflichten, wenn er behauptet, daß sie von einem minderjährigen Erben oder Legatar wenigstens so lange beobachtet werden müsse, bis er die Großjährigkeit erreicht hat.“¹⁴⁾ — Daß die Frist nicht über die Zeit der Großjährigkeit hinaus erstreckt und einem Großjährigen überhaupt keine gesetzt werden könne (etwa „nicht vor 5 Jahren“), ergibt die unbesangene Betrachtung des §. 700 pr.¹⁵⁾ Wohl aber ist es gestattet, von dem Honorirten zu verlangen, daß er nicht an einem bestimmten Tage (etwa dem Sterbetage des Erblassers) oder zu einer gewissen Zeit (z. B. während des sog. tempus clausum) heiraten solle.¹⁶⁾

V. Gestattet ist ferner die Bedingung der Nichtverehelichung dann, wenn sie einer (gleichviel ob männlichen oder weiblichen, vgl. Nov. 22 cap. 43 pr.) verwitweten und nicht kinderlosen¹⁷⁾ Person auferlegt wird. Sie wird hier „zu

nach gefährlicher, als ein verfrühtes; aber die Anordnung kann ja jede beliebige Altersstufe vor der Großjährigkeit festsetzen (also z. B. lauten: „nicht vor vollendetem 20. Jahre“. Das preuß. L. R. (I. 4. §. 136 in Verbindung mit §. 10 ebd.) gestattet, einem Manne die Nichtverehelichung bis zum 30., einer Frauensperson bis zum 25. Jahr zur Bedingung zu setzen.

¹³⁾ Nippel IV S. 403 f. bestreitet dies. Der Grund, warum das Gesetz „gerade die Großjährigkeit als Gränzpunkt annimmt . . .“ sei „offenbar der, weil (der Honorirte) bis zur Großjährigkeit ohnehin noch keine Person ist, welche selbständig handeln kann, und sohin bei seiner Verehelichung von fremdem Willen theilweise bestimmt wird . . .“ Mit Recht bemerkt dagegen Winwartter (III S. 241, dem Stubenrauch Note 3 zustimmt): Derjenige, über den die Vormundschaft verlängert werde, ist an die Einwilligung der Vormundschaft gebunden, aber nicht an das Verbot des Testators; „denn es ist etwas Anderes, die Ehe gar nicht, und etwas Anderes, sie nicht eigenmächtig eingehen können.“ S. auch Unger I S. 37 N. 20, 21, Erbrecht §. 16 N. 10, Ellinger zu §. 700 pr.

¹⁴⁾ Diese Bemerkung Stubenrauch's (Z. 2) scheint uns durchaus zutreffend. Für die Ansicht Ellinger's (welcher in dem N. 24 cit. Auflage S. 162 zugestimmt zu sein scheint), könnte man etwa sagen: es sei nichts Seltenes, daß eine zu weit gehende letztwillige Anordnung auf das gestattete Maß zurückgeführt werde (s. z. B. S. 237 Abf. II); in dem Mehr sei eben das Weniger enthalten. Aber dagegen ist zu bemerken: 1) Wer Jemandem kurzweg den Eölsbat aufträgt, will etwas ganz Anderes, als Derjenige, der eine verfrühte Heirat verbietet. 2) Wer jenes anordnet, setzt seinen Willen gegen den des Gesetztes, und verdient nicht, daß dieses jene Anordnung irgend respectire. 3) Ist Stubenrauch's Entscheidung wortdeutlich im §. 700 selbst enthalten. Die Bedingung, überhaupt sich nicht zu verehelichen, enthält doch selbstverständlich die Zustimmung, dies „selbst nach erreichter Großjährigkeit“ nicht zu thun; von einer solchen Bedingung sagt aber §. 700 pr.: sie „ist als nicht beigefügt anzusehen“. 4) Haben wir hierfür auch das Zeugniß Zeiller's (II S. 668) vbs. „ein unbestimmtes oder doch über die Großjährigkeit (hinaus) . . . sich erstreckendes Verbot“ sei pro non scripto; also ebenso das Verbot, vor dem 40. Jahre nicht zu heiraten, als das kurzweg auf Nichtverehelichung lautende. — Deshalb können wir auch nicht bestimmen Unger, welcher alles von der „Individualität des Falles“ abhängen läßt, ohne diese Andeutung auszuführen oder zu begründen.

¹⁵⁾ Die gegentheilige, weilkünftig aber schwach begründete Behauptung Edlmann's (§. 9 Z. 3, §§. 10—13 — wie sophistisch ist das im §. 13 über die Worte des §. 700 „selbst nach erreichter Großjährigkeit“ Gesagte!) hat wenig Anklang gefunden (s. freilich Unger II S. 82 N. 105), da sie nicht nur zu viel dem Richter anheimstellt, sondern den Wortlaut des §. 700 gegen sich hat. Mit Recht dagegen Stöger in d. Ztschft. f. österr. Rechtsge. 1825 III. Bd. S. 10. Stubenrauch bei §. 700 Z. 7.

¹⁶⁾ Der Unterschied zwischen diesen und jenen Anordnungen ist handgreiflich; daher hat auch dieser Theil von Edlmann's Behauptung viel weniger Widerspruch erfahren. Nur diesem Theile stimmt jetzt (s. vorige Note), wie es scheint, Unger bei (Erbrecht §. 16 Anm. 10).

¹⁷⁾ §. 700: „Wenn sie Ein oder mehrere Kinder hat“ (worauf es nach Nov. 22 c. 43 nicht ankam). Offenbar sollte mit diesen Worten nur die „Orbität“ negirt werden,

Gunsten der Kinder erster“ (überhaupt früherer) „Ehe, die durch die Wiederverehelichung sehr oft zurückgesetzt werden, geduldet,¹⁸⁾ „quia magis cura liberorum, quam viduitas iniungeretur.“¹⁹⁾ Dabei ist es gleichviel, ob diese Beschränkung von dem Gatten oder von einem Dritten auferlegt wird.²⁰⁾ Auf das Alter der Kinder kommt es nicht an,²¹⁾ wohl aber müssen es eheliche Kinder sein.²²⁾ Mit den Kindern entfällt auch die Beschränkung; m. a. W. nachträgliche Orbität hebt das Verehelichungsverbot auf. Für diese in Theorie und Praxis (Jud. B. Nr. 52) herrschende Ansicht²³⁾ spricht die ratio legis und der Wortlaut: „wenn sie . . . Kinder hat“. Die Worte „muß erfüllen“ in diesem Satze sind beide schon oben (bei §. 696) erklärt worden.

VI. Edlmann (§. 16) lehrt,^{23a)} daß die Bedingung der Nichtverehelichung eines Dritten allgemein gestattet sei, und als Regel ist dieses richtig. Er selbst aber erwähnt, daß die Römer dann eine Ausnahme machten, „wenn zwischen dem Bedachten und dem Dritten ein so enges Verhältniß bestand, daß zur Wahl des ehelosen Standes entweder ein widerrechtlicher Zwang oder ein durch den erwarteten mittelbaren Vortheil entstandener Reiz eintreten könnte“. Und so müssen wir denn auch für das österreichische Recht sagen: „Quod in fraudem legis ad impediendas nuptias scriptum est, nullam vim habet“ (l. 79 §. 4 D. de condic. et demonstr. 35. 1) und darin noch eine Milde erkennen, daß nicht die ganze, erweislich in fraudem legis gemachte, Verfügung, sondern (nach Analogie unseres §. 700) nur die Bedingung gestrichen wird.

VII. Eine Novelle von 1844²⁴⁾ lautet: „Der §. 700 des a. b. G. B. findet auf letztwillige Verfügungen keine Anwendung, (1) wodurch der Erblasser seiner Ehe-

man scheute sich aber kurzweg zu sagen „wenn sie Kinder hat“, weil der Plural mißdeutet werden könnte. Es ist dies eine ähnliche scholastische Aengstlichkeit, wie die, welche im §. 554 das Wort „unbestimmt“ (s. oben S. 65 Abf. III), im §. 558 den zweiten Satz (s. S. 74 Abf. IV), im §. 778 den Schlußsatz dictirt hat. — Daß auch hier „nasciturus pro iam nato habetur“ (also eine schwangere Witwe nicht als „kinderlos“ gilt), ist darum gewiß, weil „de commodis ipsius partus quaeritur“ (l. 7 D. de statu hom. 1. 5; cf. l. 231 D. de V. S.; a. b. G. B. §. 22), wie das Motiv dieser Gesetzbestimmung (s. Text) zeigt. Vgl. Edlmann §. 15.

¹⁸⁾ Zeiller II S. 668.

¹⁹⁾ L. 62 §. 2 D. de cond. 35. 1, wo die Worte freilich zur Begründung einer etwas anderen Entscheidung dienen.

²⁰⁾ Zeiller a. a. D. Vgl. Edlmann und die von ihm cit. Nov. 22 c. 44 §. 8.

²¹⁾ Anders in l. 62 cit. (s. Nr. 19).

²²⁾ Arg. vbs. „eine verwitwete Person“. Hiesfür spricht auch das von Zeiller mitgetheilte Motiv. Ellinger meint: gleichviel, ob eheliche oder adoptirte, Stubenrauch (Z. 3): gleichviel, ob „eheliche oder uneheliche, leibliche oder Adoptivkinder“. Wenn die Sorge für uneheliche Kinder genügen würde, mißte man (z. B. der Vater der Kinder) auch einer unverheirateten Person das Heiraten verbieten können, was den Wortlaut des Gesetzes gegen sich hat. Eher könnte man eine analoge Anwendung im Falle einer getrennten Ehe denken; dagegen s. Edlmann S. 29.

²³⁾ Nippel Z. 4, Winivarter S. 241, Min. 2, Stubenrauch Z. 3, Ellinger; vgl. Edlmann S. 32. — Judicatenbuch Nr. 52 (Beschluß des obersten G. H. vom 23. Decbr. 1862): „Die einer verwitweten Person, die von dem Erblasser mit einem Erbtheile oder Vermächtnisse bedacht worden ist, in Gemäßheit des §. 700 des a. b. G. B. auferlegte Bedingung, sich nicht wieder zu verehelichen, verliert ihre Wirksamkeit, sobald die bedachte Person ihrer zur Zeit des Todes des Erblassers vorhandenen Kinder verlustig geworden ist.“ — Das Einzige, was sich dagegen sagen ließe, wäre ein größlicher, aber in unseren Sittenzuständen glücklicher Weise nicht begründeter Argwohn. — Fügler II S. 223 f. will die Beschränkung nur dann entfallen lassen, wenn die Kinder noch bei Lebzeiten des Erblassers gestorben sind.

^{23a)} Ebenso Gruchot Preuß. Erbrecht I S. 424 und der von ihm (Nr. 2) citirte Freittmahr.

²⁴⁾ N. b. Entschliesung v. 4. Mai 1844, kundgemacht durch Hfd. v. 23. Mai und Hftzd. v. 2. Septbr. 1844; s. Z. G. S. Nr. 807, bei Michel Nr. 1106. — Ueber den

gattin den Genuß der ganzen Erbschaft oder eines relativen Theiles“ (d. h. einer Quote, s. §. 532 pr., §. 535 pr.) „derselben, oder endlich eines Legates mit der Beschränkung auf die Dauer ihres Witwenstandes zuwendet, und ebensowenig (2) auf diejenigen (Verfügungen), wodurch er auf die gleiche Art für eine dritte Person bis zu dem Zeitpunkte sorgt, wo dieselbe in den ehelichen Stand tritt.“ — Daß dieses Gesetz zur Umgehung des §. 700 mißbraucht werden kann (um so leichter, je reichlicher jener „Genuß“ ist), bedarf keines Beweises; aber eben so gewiß ist es, daß hier wesentlich andere Fälle, als im §. 700 vorausgesetzt sind.²⁵⁾ In diesen ist die Willensmeinung des Testators: „Du sollst nicht heiraten, widrigens trifft dich ein Nachtheil“; in jenen Fällen geht sie aber dahin: „Du kannst heiraten“ (vielleicht sogar: „ich wünsche es“), „so lange du aber nicht durch die Ehe versorgt bist (§. 91), sollst du eine interimistische Versorgung aus meinem Nachlaß erhalten.“ Darum spricht das Gesetz vom Jahre 1844 nur von Frauenspersonen²⁶⁾, (weil Frauen von ihren Ehemännern erhalten werden sollen, und nicht umgekehrt), während §. 700 gleichmäßig für beide Geschlechter gilt. Darum gilt die Novelle für Unverheiratete wie für Witwen, für Kinderlose wie für Mütter, für Großjährige wie für Minderjährige. Das Gesetz will eben nur sagen: die Absicht, eine Frauensperson bis zu ihrer ehelichen Versorgung sicherzustellen, ist nichts Unerlaubtes; sie verstößt nicht gegen den §. 700. Denn es ist etwas Anderes, ob des Testators Wille den Nachdruck auf das Negative legt: „Du sollst dann verlieren“ (§. 700) oder aber auf das Positive: „bis dahin sollst du bekommen“ (Ges. v. 1844). Das eine Mal handelt es sich um eine Resolutiv-Bedingung, das andere Mal um einen dies ad quem. — Das Gesetz von 1844 wollte auch gar nicht den §. 700 abändern,²⁷⁾ sondern nur authentisch erklären, daß er auf gewisse Fälle keine Anwendung finde; es hat ihn nicht modificirt oder ergänzt, sondern seinen wahren Sinn, seine Tragweite nach einer Richtung hin genau bezeichnet. — Man könnte gegen unsere Bezeichnung „interimistische Versorgung“ einwenden: es sei ja möglich, daß die Honorirte niemals heirate. Aber auch da bleibt noch das Merkmal der Versorgung, die dann eben mit dem Tode erlischt, im Unterschiede der einfachen (definitiv bereichernden) Honorirung, welche auf Erben übergeht. Und darum spricht das Gesetz von dem „Genuß“ der Erbschaft, des Erbtheiles oder eines Legates. Der Ausdruck des Testators dagegen (ob von „Genuß“ die Rede ist oder nicht) ist keineswegs allein und unbedingt entscheidend, sondern der Richter hat den eigentlichen Willen zu erforschen.²⁸⁾ Andererseits kann eine Anordnung ihren Worten nach unter das Gesetz v. 1844 zu fallen scheinen, und dennoch nach §. 700 zu behandeln sein, wenn sie ermiesener Maßen in fraudem legis getroffen ist. Im Zweifel aber ist §. 700 nicht anzuwenden: 1) wenn es sich nicht um eine wahre Erbeinsetzung, sondern nur um den Genuß eines Nachlasses oder Erbtheiles, 2) nicht um die Zuwendung einer Sache oder eines Geldkapitals,

Sinn dieses Gesetzes handelt ex professo ein Aufsatz von Aug. Likaweg-Überhauser in der Zitschft f. öherr. Rechtsgel. 1845, I S. 157 ff. Die dasselbst mitgetheilte und mit Recht mißbilligte „erste Ansicht“ ist so rabulistisch, daß man fast glauben möchte, der Bekämpfe mit selbstersundenen Einwänden und fingirten Gegnern. — Vgl. den Civilrechtsfall in Nr. 33 der Gerichtshalle v. 1857 (= Sammlung I Nr. 327, oben Note 10), wo die erste Instanz die Anwendbarkeit dieser a. h. Entsch. (Reg. Vdg. v. 10. Octbr. 1844) ausdrücklich ablehnte, freilich aus anderen Gründen als jenen, die wir für die ausschlaggebenden halten müssen; und überhaupt unten IX.

²⁵⁾ Dies verkennt Likaweg S. 161, indem er meint, es handle sich hier immer um „eine versteckte Bedingung der Nichtverheirathung“. Vgl. Scheurl Nebenbestimmungen S. 295 f., Mommsen §. 105 u. S. 213.

²⁶⁾ Im Falle 1) ist es deutlich ausgesprochen, aber auch für den Fall 2) ist nicht daran zu zweifeln. — Vgl. Mommsen a. a. D.

²⁷⁾ Wie man vielfach annimmt, und wie auch Likaweg voraussetzt.

²⁸⁾ Immerhin mag eine Anordnung gelten, wie: „meine Richte A soll bis zu ihrer Verheirathung $\frac{1}{4}$ des Nachlasses haben“ od. dgl.

sondern ihrer Früchte, und 3) wenn es sich um ein Renten- oder anderweitiges Alimentations-Legat handelt.²⁹⁾

VIII. „Die Bedingung, in den geistlichen Stand zu treten, ist von der Bedingung der Nichtverehelichung wesentlich verschieden, und kann daher jedenfalls gültig beigelegt werden; denn die Ehelosigkeit ist hier nicht der unmittelbare Zweck der Verfügung, sondern nur Folge des gewählten Berufes.“³⁰⁾

IX. Aus der Praxis. 1) Ein Mann (A) war von seiner Frau zum Universal-Erben eingesetzt, „solange er Witwer bleibt“. Wenn er wieder heiratet, soll er eine Hälfte des Nachlasses an den Notar B herausgeben. Bei der Verlassenschafts-Abhandlung erklärte A, sich dem Willen seiner Frau fügen zu wollen. Später aber klagte er den B auf Anerkennung seines unbeschränkten (arg. §. 700) Alleinerbrechtes. Die II. und III. Instanz erkannte mit Unrecht gegen ihn, mit der oben (Abs. II i. f.) mitgetheilten Motivirung.³¹⁾ 2) Ebenfalls kaum richtig wurde folgender Fall entschieden: M setzte seine Kinder auf die Hälfte (Pflichttheil) zu gleichen Theilen ein. Auch die andere Hälfte sollten sie gleich theilen, die Mädchen jedoch nur dann an ihr participiren, wenn sie nicht heiraten. Es wurde erkannt:³²⁾ §. 700 sei hier nicht anwendbar. M haben seinen Töchtern nicht das Heiraten erschweren wollen, sondern nur gedacht: wenn sie heiraten, seien sie ja genügend versorgt,³³⁾ wenn sie dagegen ledig bleiben, müsse er (Testator) ausgiebiger für sie sorgen.³⁴⁾ 3) Zutreffend war dagegen die gleiche Argumentation in dem ähnlichen, aber doch auch verschiedenen, vor dem Venetianischen N. G. verhandelten Falle, der in der Ger. Ztg. v. 1856 Nr. 77 erzählt ist. Jemand hinterließ die Hälfte seines Vermögens seinen 6 Kindern (4 Töchter, 2 Söhne) zu gleichen Theilen. Die andere Hälfte sollte der Proprietät nach den 2 Söhnen zufallen; doch sollte die Witwe den Fruchtgenuß an ihr bis zur Wiederverehelichung (resp. auf Lebenszeit) haben. Wenn die

²⁹⁾ Vgl. Litawetz S. 162 f. („Rückblick“). Dieser Schriftsteller kommt zwar im Großen und Ganzen zu richtigen Ergebnissen; aber er faßt das Verhältnis des §. 700 und des Ges. v. 1844 zu äußerstlich auf. (Nebenbei bemerkt, begreift er unter den „wiederkehrenden Leistungen“ auch den ususfructus eines Erbtheils oder einer Sache; wir erwähnen dies nicht sowohl, um den ungenauen Sprachgebrauch zu rügen, als um die S. 163 gegebene Uebersicht zu verdeutlichen.)

³⁰⁾ Diese treffende Formulirung hat Stubenrauch (Z. 8, jetzt Z. 9) der Ansicht Edlmann's gegeben, den er auffallender Weise nicht citirt, vielleicht nicht einmal als ihren Urheber erkannt hat, wie denn hier überhaupt dem Letztgenannten Alle beistimmen, und doch nur Helm §. 31 Nr. c ihn nennt. Edlmann behandelt die Frage sehr ausführlich (§§. 20—24, S. 43—56), und bringt für seine richtige Entscheidung viele, ja zu viele Gründe vor; denn manche davon sind recht schwach, einzelne geradezu kindisch (was nützen z. B. die gelehrten Distinctionen auf S. 46 ff. Demjenigen, der römisch-katholischer Priester werden soll?!). Für uns ist entscheidend der im Text angegebene Grund, und die für die Kirche so wohlwollende Tendenz unserer Gesetzgebung. — Subjectiv sind wir freilich überzeugt, daß auch derartige leghwillige Anordnungen sittlich gar sehr bedenklich sind. Je höher ein Beruf steht, um so weniger soll er irdischen Vortheiles wegen gewählt werden. Dazu kommt noch, daß es keinen Stand gibt, den wieder aufzugeben so schwierig wäre, wie den geistlichen (namentlich für Katholiken). Daß wir gleichwohl der herrschenden Ansicht beipflichten, ist kein Widerspruch; es bestätigt nur das von uns in Abs. II Gesagte.

³¹⁾ Sammlung I Nr. 327; Ger. Ztg. 1857 Nr. 109.

³²⁾ Vom Mailänder App. Ger., dessen Spruch der oberste G. S. bestätigte. Sammlung I Nr. 487.

³³⁾ Als ob durch die Einschränkung auf den Pflichttheil nicht die Wahrscheinlichkeit, einen Mann zu bekommen, und durch die bedingte reichliche Bedenkung nicht der Wunsch zu heiraten abgeschwächt werden könnten! —

³⁴⁾ „Nicht die Absicht, den Töchtern die Ehe zu verbieten, sondern die Besorgniß, daß sie unverheiratet bleiben könnten, war also das Motiv seiner Anordnung“, heißt es an späterem Orte (s. hiegegen die vorige Note). Verblüffend ist folgende Stelle: „So lange sie unverheiratet bleiben, sind sie (die Töchter) Nutznießerinnen des verfügbaren Theiles des Nachlasses, sie werden erst dann Eigentümerinnen, wenn sie sterben. . .“!

Tochter A unverheiratet bleiben sollte (alle übrigen waren schon verheiratet), so sollte sie mit den Brüdern an dieser Hälfte participiren. Das Verhältniß zwischen den Geschwistern war so einträchtig, daß die drei verheirateten Töchter in Rücksicht auf ihre Aussteuer der Erbschaft ganz entsagten, und nur der Vormund der minderjährigen A wegen §. 700 Schwierigkeiten machte. Die beiden Obergerichte erkannten die Bedingung als eine zulässige negative bez. Resolutiv-Bedingung (s. §. 708 pr.) an; und in der That lag hier nicht die Absicht, sondern die Besorgniß vor, die Tochter A möchte nicht heiraten, für welchen Fall ihr der größere Erbtheil gleichsam einen Trost gewähren sollte. — 4) Mit Recht erkannte der oberste G. H. (gegen beide Untergerichte), daß mit den Kindern auch die Beschränkung entfalle. Sammlung IV Nr. 1618.³⁵⁾ 5) Eine Mutter verbot ihrer Tochter, welche uneheliche Kinder hatte, den Erzeuger dieser Kinder zu heiraten. Wenn sie es dennoch thut, soll sie ihr Erbe zu Gunsten jener Kinder verlieren.³⁶⁾ Die Gerichte erklärten diese Bedingung für „hart, doch gesetzlich zulässig (§. 700)“. Sammlung XVIII Nr. 8144. Und in der That steht diese Verfügung im Einklang mit dem Schlußsatz von §. 700. Bedenken könnten nur daraus entstehen, daß unsere Gesetzgebung die Verhehlung mit dem Vater der unehelichen Kinder begünstigt.³⁷⁾ Dennoch billigen auch wir die Entscheidung. Denn die Mutter mochte vielleicht ernste Gründe haben, nicht zu wünschen, daß ihre Tochter in dauernde Abhängigkeit von ihrem Verführer gerate. Und dieses aus dem concreten Falle entspringende (wenngleich private) Verbot ist stärker, als jene abstracte, indeß nirgends als Rechtsatz formulierte Tendenz.³⁸⁾

e) wenn die Bedingung bey dem Leben des Erblassers erfüllt worden.

§. 701.

Ist die in der letzten Willenserklärung vorgeschriebene Bedingung schon bey dem Leben des Erblassers eingetroffen; so muß die Erfüllung derselben nach dem Tode des Erblassers nur dann wiederholt werden, wenn die Bedingung in einer Handlung des Erben oder Legatars besteht, welche von ihm wiederholt werden kann.

I. Redaction. Noch im Westgal. G. B. war ein strengerer Grundsatz aufgestellt. §. 487 lautet nämlich:

Ist eine im Testamente vorgeschriebene Bedingung gleich schon bei Lebzeiten des Testators in Erfüllung gegangen; so muß sie nichts destoweniger auch nach dessen Tode erfüllt werden. Läßt sich diese Erfüllung nicht wiederholen; so wird die Bedingung unter die unmöglichen gerechnet.

Hätten damals schon die Grundsätze des §. 698 gegolten, so wäre die citirte Vorschrift geradezu unerträglich gewesen. Aber damals galten (s. §. 485 Westgal. G. B. II) „unmögliche Bedingungen als keine Bedingungen“, d. h. sie waren pro non scriptis. Bei einer schlechthin nicht wiederholbaren Bedingung kam man also auf dem Umwege eines bizarren und leicht irreführenden Ausdrucks doch dahin, die einmal geschehene Erfüllung genügen zu lassen. Eine weitere Verkehrtheit des §. 487 ist diese, daß er seinen Worten nach auf alle Bedingungen, auch casuelle, bezogen werden könnte, deren Wiederholung nicht außer dem Bereiche der Möglichkeit liegt. Und doch war die Absicht bei seiner Abfassung wohl nur auf potestative Bedingungen gerichtet. — Der jetzige Text (§. 701) (nur hieß es „Ist die im Testamente . . .)

³⁵⁾ Auch in der Ger. Ztg. 1864 Nr. 67. Vgl. hier N. 23.

³⁶⁾ Die verbotene Heirat stellt sich demnach als Resolutiv-Bedingung für die Tochter, als Suspensiv-Bedingung für die Substitution der Enkel dar.

³⁷⁾ Arg. §. 161 a. b. G. B. und Hfd. v. 28. Jänner 1816, F. G. S. Nr. 1206, welches die Adoption von unehelichen Kindern verbietet, um den Anreiz zum matrimonium subsequens zu erhöhen.

³⁸⁾ M. a. W.: im allgemeinen mag ja das matrimonium subsequens wünschenswerth sein; in einem besonderen Falle kann aber gleichwohl das gerade Gegentheil zutreffen.

wurde vom nied.-öftr. A. G. vorgeschlagen und in der S. v. 8. Mai 1804 unverändert einstimmig angenommen.¹⁾

II. Unter den potestativen Bedingungen gibt es solche, deren Erfüllung sich wiederholen läßt (z. B. eine Reise nach einem bestimmten Lande), andere, welche sich nicht wiederholt erfüllen lassen (z. B. wenn er die B heiratet);²⁾ unter den ersteren werden Bedingungen, welche leicht wiederholbar sind (im Anschluß an die gleich zu citirende L. 11 D. 35. 1) als *promiscuae condiciones* ausgezeichnet.³⁾ Von ihnen spricht Paulus in l. 11 D. de cond. et demonstr. 35. 1. Er sagt zuerst: *Si iam facta sint, quae condicionis loco ponuntur, et sciat testator, quae iterum fieri possunt, expectentur ut fiant; si vero nesciat, praesenti debeantur.* Bis hierher ist noch von einem anderen, zuweilen mit dem unsern verwechselten Falle die Rede;⁴⁾ dieser Theil der Stelle gehört nicht hierher,⁵⁾ sondern erst der folgende §. 1: *Item sciendum est, promiscuas condiciones post mortem impleri oportere, si in hoc fiant, ut testamento pareatur, veluti 'si Capitulum ascendit' et similia; non promiscuas etiam vivo testatore existere posse, veluti 'si Titius consul factus fuerit'.* Auch Ulpian spricht davon (in L. 2 D. eod.) und führt außer jenem Beispiel noch an „*si decem dederit*“. Seine Motivirung: „*nam ut paruisse quis condicioni videatur, etiam scire debet hanc condicionem insertam: nam si fato fecerit, non videtur obtemperasse voluntati*“ — darf man nicht streng beim Worte nehmen; denn (abgesehen davon, daß man den Inhalt eines Testaments auch bei Lebzeiten des Erblassers kennen kann) aus ihr würde nicht die Unterscheidung 'vivo testatore oder post mortem', sondern die andere 'ante oder post apertas tabulas' folgen. Daß von anderen wiederholbaren Handlungen nicht das Gleiche gelte (daß hier die Erfüllung *vivo testatore* genüge) sagt ausdrücklich Favolenus in L. 68 D. h. t. 35. 1 (vgl. N. 4).

III. Die herrschende Meinung⁶⁾ bezieht die in §. 701 enthaltene Ausnahme auf wiederholbare Handlungen, Unger nur auf *c. promiscuae*.⁷⁾ Letztere Ansicht ist offenbar die mildere und hat das römische Recht, jene strengere den Wortlaut des §. 701 und des §. 899 für sich („welche von ihm wiederholt werden kann“, „wenn sie von ihm wiederholt werden kann“); von „leicht“ oder „beliebig wiederholbar“ steht nichts im Gesetze, und Zeiller spricht entschieden dagegen; als Beispiel einer zu wiederholenden Erfüllung führt er die Zumuthung an, „wenn er ein Lustspiel für unser Theater verfaßt“ (ein bühnensfähiges Lustspiel zu schreiben, ist doch keine leicht wiederholbare Handlung⁸⁾), als Beispiel einer nicht zu wiederholenden

1) Die Protokolle theilen uns weiter nichts mit! Keine Ausführungen des Referenten, kein Wort einer Discussion.

2) Helm a. a. O. S. 235 §. 33.

3) Sie haben mit den cond. mixtae nichts gemein, als einen ähnlich klingenden Namen; über diesen s. Mühlenbruch 36. Bd. S. 357 Note 8.

4) Zweierlei wird nicht selten verwechselt: a) wiederholbare Handlung und leicht (beliebig) wiederholbare Handlung; b) Erfüllung vor der Testaments-Errichtung und Erfüllung vor dem Tode des Testators. (Für beides ein Beispiel L. 68 D. h. t. 35. 1.) Unsere Stelle erläutert beide Unterscheidungen: L. 11 pr. betrifft überhaupt wiederholbare Handlungen, nicht cond. prom. und spricht von der Erfüllung vor dem Testiren; L. 11 §. 1 handelt von cond. prom. und von der Erfüllung *vivo testatore*. — Nicht zu entscheiden ist, ob auf der unter b) angegebenen Verwechslung oder auf einer anderen die Bemerkung Ellinger's beruhe: „Aus diesem §. (701) erhellt, daß auch cond. in praeteritum collatae von Wirkung sind (§. 696).“ — Ueber die Erfüllung vor der Testaments-Errichtung s. Unger System II S. 69 N. 49.

5) Wir haben ihn nur aufgenommen, um die in Note 4 gegebene Warnung zu verdeutlichen.

6) Zeiller, Helm, Nippel, Winwartter, Stubenrauch, Ellinger, Taglioni (V. 119).

7) System II S. 69: „öftere und willkürliche Wiederholung“; Erbrecht §. 16 (vor N. g): „besteht die Bedingung in einer beliebig wiederholbaren Handlung des Eingesetzten.“

8) Winwartter gibt als Beispiel einer zu wiederholenden Handlung: die Gründung einer Schule, Ellinger: eine Reise nach Amerika.

„wenn er Doctor der Rechte wird“. — Glücklicher Weise gibt §. 701 nur eine Auslegungsgregel, es ist alles *quaeestio voluntatis*,⁹⁾ und somit in das verständige Ermessen des Gerichtes gestellt. Ob die Wiederholung leicht oder schwer sei, kommt primär nicht in Betracht, sondern es fragt sich, ob der Erblasser wollte,¹⁰⁾ daß seine Anordnung den Anstoß zu einer Handlung gebe, eine Unternehmung veranlasse. Bald ist mehr ein subjectiver Erfolg (eine Pietätsbezeugung), bald mehr ein objectiver Effect (ähnlich wie bei einer Preisausschreibung, bei dem Versprechen einer Belohnung) bezweckt; dort handelt es sich um das *obtemperare*, hier um den Nutzen.¹¹⁾ In beiden Fällen erscheint die Anordnung als ein letztwilliger Befehl („Auftrag“ sagt Zeiller) an den Honorirten, dem er zu gehorchen hat.¹²⁾ Möglich ist aber auch, daß die Honorirung der Lohn einer Leistung sein soll, gleichviel wann diese prästirt wird. Je schwerer die Wiederholung, desto eher ist anzunehmen, daß mit einmaliger Erfüllung dem Willen des Erblassers genügt sei; auch ist zu bedenken, daß ein „*obtemperare*“ auch *vivo testatore* vorkommen kann.¹³⁾

§. 701 sagt: „Die Erfüllung muß nach dem Tode des Erblassers nur dann wiederholt werden, wenn die Bedingung in einer Handlung des Erben oder Legatars besteht, welche von ihm wiederholt werden kann.“ A contrario ergibt sich daraus, daß die unverschuldete Nichtwiederholung nicht schadet. Beide Sätze aber weichen dem ausgedrückten oder sonst offenbaren gegentheiligen Willen des Erblassers; d. h. a) obgleich die Wiederholung möglich, wird sie nicht gefordert; b) obgleich die Wiederholung unmöglich, erscheint die Bedingung und damit die Honorirung als vereitelt. Letzteres ist aber nur anzunehmen α) wenn ausdrücklich die Erfüllung nach dem Tode als unerläßlich hingestellt ist, oder β) wenn die erste Erfüllung in die Zeit vor der Anordnung fällt und sie dem Testator bekannt war, als er die Bedingung setzte. Aber dieser letzte Fall gehört gar nicht mehr zu §. 701 (s. L. 68 cit. und unsere Note 4).

IV. Der §. 701 geht auf Erbeinsetzungen und Legate, auf Testamente und Codicille.¹⁴⁾ Er paßt nur auf *Suspensiv*-, nicht auf *Resolutiv*-Bedingungen,¹⁵⁾ darum in der Regel auch nicht auf verneinende Bedingungen (s. §. 708 pr.); nur dann auch auf diese, wenn sie ausnahmsweise nicht in *Resolutiv*-Bedingungen umzuwandeln sind;¹⁶⁾ z. B. „wenn A ein Jahr hindurch keinen Wein trinken wird“, wo doch offenbar dasselbe gelten muß, als wenn es hieße, „wenn A ein Jahr hindurch sich des Weintrinkens enthalten wird“.

V. Der §. 701 spricht die Regel aus: Es ist gleichgültig, wann die Bedingung erfüllt wird, namentlich ob bei Lebzeiten des Testators oder nach seinem Tode^{16a)} — genug, wenn es nur bei Lebzeiten des Erben, bez. Legatars geschieht (s. §. 703). Er fügt dieser Regel die oben besprochene Ausnahme hinzu. Es läßt sich aber auch eine Ausnahme in der entgegengesetzten Richtung denken; nämlich so,

⁹⁾ Zeiller S. 669 sagt (nach damaligem Sprachgebrauch): es „ist zu vermuthen, daß der Erblasser die Bedingung als seinen, dem Begünstigten bekannt gewordenen, Auftrag erfüllt haben wolle“. Mommsen §. 110 überläßt alles der Willensauslegung im einzelnen Falle.

¹⁰⁾ „Si in hoc fiant, ut testamento pareatur . . .“ L. 11 cit.

¹¹⁾ Der letzten Anordnung soll in solchen Fällen gleichsam eine productive Kraft innewohnen. Vgl. auch Winivarter III S. 242 f.

¹²⁾ Wo es sich übrigens nur um das *obtemperare* handelt, ist möglicher Weise ein *Modus* vorhanden, bei dem eben schon der gute Wille genügt, s. §. 710.

¹³⁾ S. oben unsere Bemerkung zu L. 2 D. h. t. 35. 1.

¹⁴⁾ Der Anfang des §. 701 lautete früher: „Ist die im Testamente“, und wurde dann abgeändert.

¹⁵⁾ Winivarter III S. 242.

¹⁶⁾ Darüber Näheres bei §. 707 f. Abs. IV.

^{16a)} Vgl. das Seitenstück hinsichtlich der Deficienz der Bedingung in §. 698 vbs. „obchon . . .“

daß eine Erfüllung nach dem Tode des Erblassers, bez. nach der Publication des Testaments nichts mehr nützt; es wird eben uneigennützig Erfüllung gefordert.¹⁷⁾ Bei der *condicio in praeteritum collata* versteht es sich von selbst, daß sie schon zur Zeit der Anordnung erfüllt sein muß, und eine Wiederholung nicht gefordert wird. Und auch sonst „ergibt sich schon oft aus der Natur der Sache oder aus der ausdrücklichen Erklärung des Erblassers, daß die Bedingung noch vor, oder daß sie erst nach seinem Ableben“ oder in irgend einem anderen Zeitpunkte „in Erfüllung kommen soll“.¹⁸⁾

VI. Gewöhnlich stellt man sich vor, daß — während §. 703 und §. 900 einen Gegensatz in der Behandlung der Bedingungen bei letztwilligen Anordnungen und bei Verträgen statuiren — der §. 899 für Verträge das Gleiche wiederhole, was §. 701 für letzte Willenserklärungen vorschreibe. Und doch ist eine vollkommene Uebereinstimmung nicht vorhanden und nicht möglich. §. 899 sagt: „Ist die in einem Vertrage vorgeschriebene Bedingung schon vor dem Vertrage eingetroffen“... Das Analogon wäre: „Ist die in der letzten Willenserklärung vorgeschriebene Bedingung schon vor der Errichtung des Testaments oder Codicilles eingetroffen...“ Von diesem Falle aber, welcher die römischen Juristen wiederholt beschäftigt hat,¹⁹⁾ spricht §. 701 nicht, sondern von dem wesentlich verschiedenen, wo die „Bedingung schon bei dem Leben des Erblassers eingetroffen“ ist. Dann: bei Testamenten gilt es oft, den Willen durch Schlüsse zu eruiren, bei Verträgen werden die Parteien über den Sinn der Bedingung sich in der Regel genau verständigt haben; hier kann eine Erfüllung vor dem Vertrage nicht genügen, weil das „et hoc testator (hier promissor) scisset“ der I. 68 D. 35. 1 hier immer zutrifft, da der andere Theil es ihm sagen konnte. Hier versteht sich (wenn es sich nicht um eine Wette oder ähnliches handelt) die auf einen künftigen Erfolg gerichtete Absicht von selbst, und kann die Schwierigkeit der Erfüllung gar nicht in Betracht kommen.

Ob die Bedingung auch auf die Nachberufenen auszudehnen sey.

§. 702.

Eine dem Erben oder Legatar beygerückte Bedingung ist, ohne ausdrückliche Erklärung des Erblassers, auf den von dem Erblasser nachberufenen Erben oder Legatar nicht auszudehnen.

I. Redaction. Dieser §. fehlte im Westgal. G. B. und wurde in der S. v. 8. Mai 1804 auf Antrag Zeiller's eingeschaltet, und am 14. Mai als eigener §. an diese Stelle gesetzt. S. übrigens die Redaction von §. 703.

II. Die dem Erben oder Legatar auferlegten Lasten gehen auf Substituten und Accrescenzberechtigte über (§§. 563, 606, 652, 689), die Bedingungen aber nicht (§. 702). Der Modus hält auch hier die Mitte zwischen Vermächtnissen und Bedingungen, indem er manchmal übergeht, manchmal nicht (s. bei §. 709 ff., Abs. III). Das Gesetz geht davon aus, daß die Lasten im Zweifel dem Nachlasse anleben, von dem sie bestritten werden sollen, oder dessen Werth sie sonst mindern.¹⁾ Bedingungen aber, die auf eine persönliche Leistung gerichtet sind oder sonst ganz oder theilweise vom Willen des Honorirten abhängen (*condiciones potestativae et mixtae*) sind gewöhnlich „nur auf die besonderen Eigenschaften und Verhältnisse des Erben oder Legatars berechnet.“²⁾ Ist aber die Bedingung eine casuelle, so ist die Substitution

17) Die Werke der Dichter und die Märchen-Sammlungen enthalten so viele Beispiele solcher Gesinnungs-Belohnung, daß wir ihre Zahl nicht vermehren wollen!

18) Zeiller S. 669.

19) S. Unger System II S. 69 N. 49.

20) S. oben Note 4 und Text Abs. III a. G.

1) Vgl. Zeiller II S. 670.

2) Zeiller a. a. D. — Die häufigste *conditio mixta* ist das Heiraten einer bestimmten Person. Wer wird da an eine Uebertragung der Bedingung denken! Vgl. Winiwarter III S. 244.

gerade dazu gemacht, damit bei ihrer Vereitelung die Erbschaft nicht an die Intestat-erben falle (bez. Accrescenz nicht eintrete oder das Legat nicht erlösche); würde man aber die Bedingung auf den Substituten ausdehnen, so würde ja dieser Zweck offenbar verfehlt, indem deficiente condicione auch er ausgeschlossen wäre.³⁾ Freilich ist eine Bedingung sehr oft zugleich eine vermögensrechtliche Last; dennoch überwiegt da jener Charakter (d. h. findet keine Uebertragung Statt). Ist aber die Ausdehnung offenbar dem Willen des Erblassers gemäß, so steht §. 702 nicht im Wege; denn die „ausdrückliche Erklärung des Erblassers“ in §. 702 ist wohl, wie so oft im b. G. B., nicht buchstäblich zu nehmen. Oft wird dann aber nur der Schein einer Bedingung, und in Wahrheit ein Modus vorliegen.⁴⁾ — Auch auf Accrescenz-berechtigte sind die Bedingungen, unter denen der Entfallende berufen war, nicht auszudehnen. Alles bisher Gesagte gilt auch für Vermächtnisse (§. 702 vb. „oder Legatar“; §. 652, §. 689).

III. Zur Ergänzung verweisen wir auf unsere Bemerkungen zu §§. 563, 606, namentlich aber, was modi betrifft, auf unsere Erläuterungen der §§. 709 ff. Abf. III.

Wirkung einer möglichen aufschiebenden Bedingung.

§. 703.

Zur Erwerbung eines unter einer aufschiebenden Bedingung zugeordneten Nachlasses ist nothwendig, daß die bedachte Person die Erfüllung der Bedingung überlebe, und bey dem Eintritte derselben erbfähig sey.

I. Redaction. Das westgal. G. B. enthielt noch den entgegengesetzten Grundsatz, indem es in §. 490 im Anschluß an das preussische Recht (I. 12 §. 485)¹⁾ verordnete:

Stirbt der Erbe oder der Legatar noch vor Erfüllung einer aufschiebenden Bedingung; so geht das Erbrecht in so fern auf ihre Nachfolger über, als die Bedingung auch nach derselben Tode erfüllt werden kann.

Das innerösterreich. A. G. wünschte das Wort „Nachfolger“, bei dem man auch an Substituten denken könnte, zu ersetzen durch „Erben“, womit Zeiller einverstanden war (S. v. 8. Mai 1804). Im übrigen sei der Text des Entwurfes beizubehalten. Aber an die Spitze des §. sei der Satz zu stellen: „Im Falle einer aufschiebenden Bedingung hat zwischen dem Legatar und dem Erben in Beziehung auf das Legat das Verhältniß einer fideicommissarischen Substitution Statt.“ Dieser Satz wurde später unterstrichen und am Rande beigelegt: er sei durch die in der S. v. 14. Mai 1804 beschlossene Textirung des §. 495 [s. jetzt §. 707] überflüssig geworden. Auf jenen Satz folgte ein dem jetzigen §. 702 entsprechender.

Es ist fast unbegreiflich, daß hier, wo eine solche Cardinalfrage zur Entscheidung kam, die Aufzeichnungen in den Protokollen so mangelhaft sind. Es wird nur gesagt (Prot. S. 1222), Zeiller habe die Beibehaltung des §. 490 empfohlen, worauf „alle Stimmen dem Antrage des Ref. beitraten“; und unmittelbar darnach (Prot. S. 1223) wird ein Text mitgetheilt, der kein Wort aus §. 490 enthält. Aber nicht nur die Protokollführer, sondern auch die Redactoren müssen hier der Oberflächlichkeit geziehen werden. — An späterer Stelle erfahren wir, daß Zeiller am Schlusse der S. v. 14. Mai zwei Paragraphen beantragte, deren erster dahin ging:

3) Vgl. Zeiller S. 670, Nippel IV S. 405 f., Winiwarter S. 243.

4) Vgl. hiezu Zeiller S. 671 Z. 2; Winiwarter S. 243 f. Wunderliche Ansichten über Bedingungen, die auf den Substituten übergehend ihre Natur ändern, hat Nippel S. 406 Z. 2, S. 415 f. Gegen ihn s. Unger S. 19 Anm. 3.

1) §. 485: „Soweit überhaupt ein unter einer Bedingung eingeräumtes Recht auf die Erben des Berechtigten übergehen kann, so weit findet ein Gleiches zu Gunsten der Erben des bedingungsweise eingesetzten Erben oder Legatarii Statt (Tit. 4 §§. 161, 162).“ Ueber diese merkwürdige Gesetzbestimmung s. Gruchot II S. 120 ff.

daß bei einer Potestativ-Bedingung, wenn der Erblasser keine Erfüllungsfrist angesetzt hat, der Interessirte das Gericht bitten könne, es zu thun. Der zweite §. lautete: „Zur . . . (= §. 703 pr.) . . . Person auch zur Zeit der eintreffenden Bedingung erbfähig sei.“

Der erste §. wurde von der Majorität abgelehnt. Damit (meinte sie) würde man den Willen des Testators überschreiten; hätte er eine Frist gewollt, so würde er sie selbst angeordnet haben. Ferner sei es im eigenen Interesse des Eingesetzten, bald die Bedingung zu erfüllen. Endlich könne man für außerordentliche Fälle, wo eine Gefahr des Verlustes der Erbschaft oder des Legates obwalte, ohnehin die gerichtliche Hülfe verlangen. Deshalb wäre ein solcher §. überflüssig.

Mit dem anderen §. dagegen war man „vollkommen einverstanden“, er wurde unverändert angenommen und nach dem §. 495 (des Westgal. G. B.) eingeschaltet. Niemand nahm an dem Widerspruch Anstoß, daß der Honorirte nach diesem neuen §. zur Zeit der eintretenden Bedingung erbfähig, nach §. 490 dagegen nicht am Leben sein muß. —

Die Textreinschrift (nach I. Lesung) hat unter der Marginalnote „f) wenn die bedachte Person vor der Erfüllung stirbt“ den mit §. 490 Westgal. G. B. sachlich übereinstimmenden §. 403: „Stirbt . . . Bedingung, die aber noch nach ihrem Tode erfüllt werden kann, so geht das Recht auf ihre Erben über.“ Der §. 404 ist gleich dem jetzigen §. 702. Der §. 405 ist der oben mitgetheilte zweite §. Zeiller's (wörtlich), er hat die Marginalnote „Beurtheilung der Erbfähigkeit bei einem bedingten Nachlasse“. Zu diesem §. findet sich folgende Bemerkung Zeiller's nachgetragen: „Dieser §. ist auf meine Erinnerung eingeschaltet worden, weil die bedachte Person erst durch Erfüllung der Bedingung das Recht erwerben soll. Mit diesem wichtigen Grundsatz, der auch in §. 407 [= jetzt §. 705] „anerkannt wird, stimmt aber, wie ich erkenne, die im vorhergehenden §. 403 enthaltene Vorschrift nicht überein. Denn wie soll man ein Recht übertragen, was man selbst nicht hat! Ich stimme also (dafür), den §. 403 wegzulassen und hier a. E. vielmehr zu sagen“: (= §. 703 i. f.)

Die ganz gleiche Erklärung hat Zeiller bei der Revision (in d. S. v. 3. Septbr. 1807) mündlich abgegeben, und allgemeine Zustimmung gefunden. Im Texte der II. Lesung findet sich daher unter §. 689 der jetzige §. 703 wortgenau, auch mit der gleichen Marginalnote.

Man sieht an diesem Beispiele, wie unselbständig die anderen Botanten sich zuweilen dem Referenten gegenüber verhielten, und wie leicht sie es manchmal mit principiellen Fragen nahmen. Denn so unüberlegt es war, stante concluso hinsichtlich §. 490 dennoch Erbfähigkeit zur Zeit der eintretenden Bedingung zu fordern, so übereilt hat man diesem Erforderniß zu Liebe das Princip in sein Gegentheil gekehrt, ohne eingehend zu prüfen, ob nicht vielmehr jenes Erforderniß zu streichen wäre. Es war ja doch die handgreiflichste *petitio principii*, zu sagen: „weil der Honorirte erbfähig sein muß, so muß er leben“. ^{1a)} Es handelt sich hier um eine schwierige legislative Frage, von der wir in den Excursen handeln werden (f. N. 8).

II. Der §. 703 bezieht sich ebenso auf Vermächtnißnehmer wie auf Erben; die Worte „eines zugeordneten Nachlasses“ sind mit Bedacht gewählt, weil dieser Ausdruck als die Erbschaft, den Erbtheil und das Legat umfassend angesehen wurde (f. oben bei §. 695). Dagegen spricht er nicht von der Resolutiv-Bedingung, deren Wirkung aus §. 708 erhellt, sondern nur von der „Wirkung einer möglichen aufschiebenden Bedingung“, wie die Marginalnote ausdrücklich sagt; damit sind also auch alle unmöglichen und nothwendigen Bedingungen ausgeschlossen (f. S. 574 Abf. III., S. 579 Abf. VIII.). Nun ist aber von der Wirkung der Suspensiv-Bedingungen auch noch in §. 707 und von den negativen in §. 708 die Rede (auch diese bleiben

^{1a)} Vgl. Strohal (f. N. 8) S. 22 f., 44 f.

bei §. 703 außer Betracht) und ein solches Zerreißen einer Materie kann wohl fremden. Es erklärt sich aber aus dem Streben nach Kürze, dem die §§. 707 und 708 ihren reichen Inhalt verdanken; die §§. 696—703 handeln von Bedingungen, die §§. 704—706 von Befristungen, die §§. 707 u. 708 enthalten gemeinschaftliche Normen für beide.

III. Wenn beim Tode des Erblassers die Bedingung noch unentschieden ist (*condicio pendens*), so fällt das so bedingte Recht nicht an, d. h. die Delation des Erbrechtes und der dies cedens legati sind gehemmt, aufgeschoben (daher „aufschiebende Bedingung“). Wird die Bedingung vereitelt, so erfolgt der Anfall gar nicht, wird sie hinterdrein erfüllt, so tritt jetzt Delation bez. dies cedens ein. Dieses ist schon in §. 545 dadurch ausgedrückt, daß zu den Worten „der Zeitpunkt des wirklichen Erbanfalles ist in der Regel der Tod des Erblassers“ der §. 703 allegirt ist, was offenbar sagen will: „ausnahmsweise ist der Zeitpunkt ein späterer, namentlich im Falle noch schwebender Bedingung der Zeitpunkt ihrer Erfüllung.“ Die §§. 545, 546 fordern, daß die Erbfähigkeit zur Zeit der Delation vorhanden sei; §. 536 sagt, daß wenn der Eingesezte (oder der gesetzliche Anwärter) vor dem „Zeitpunkt des Erbanfalles“ (s. Marginalnote zu §. 536) stirbt, „er das noch nicht erlangte Erbrecht auch nicht auf seine Erben übertragen könne.“ §. 703 enthält also eigentlich nur eine Wiederholung, indem er auspricht: a) der so bedingt Honorirte muß die Erfüllung der Bedingung erleben, und b) in diesem Zeitpunkte erbfähig sein; fehlt es an einem dieser Erfordernisse, so haben seine Erben kein Recht.²⁾ Man könnte es sonderbar finden, daß der einfache Satz über die Delation direkt gar nicht, sondern nur indirect durch seine Folgesätze (in §. 703) ausgesprochen sei, wo doch seine directe Anerkennung die Erwähnung dieser Consequenzen entbehrlich gemacht hätte. Dieses erklärt sich aber aus dem (üblichen, wenn gleich nicht consequent durchführbaren) Streben, die Rechtsätze praktisch, statt abstract zu formuliren, aus dem Streben, den Lehrbuchton zu vermeiden, und aus der Rücksicht auf den Nichtjuristen.

Vor erfüllter Bedingung keine Delation (bez. kein dies cedens) und vor dem Anfall keine Transmiffion. Eine Zeitbestimmung hat diesen Aufschub des Anfalles nicht als solche (als reiner dies) sondern nur dann zur Folge, wenn sie eine Bedingung in sich schließt (§§. 704, 705). Darum — wegen der Erben des Honorirten — ist es von so praktischer Bedeutung, zu constatiren, ob eine Nebenbestimmung eine (reine) Befristung oder aber eine Bedingung sei.³⁾ Bei Vertragsrechten verhält es sich anders, bedingte Vertragsrechte gehen auf die Erben über (§. 900 a. b. G. B.).⁴⁾ „Bei den letztwilligen Verfügungen ist es in der Regel das persönliche Verhältniß zu dem Bedachten, welches den Erblasser veranlaßt, ihm eine Zuwendung zu machen; die letztwillige Zuwendung ist eben regelmäßig Ausfluß einer wohlwollenden Gesinnung und Ausdruck einer persönlichen Zuneigung. Dagegen ist bei der großen Mehrzahl der Verträge, nämlich bei allen den Verträgen, welche dem Geschäftsverfahre angehören, das persönliche Verhältniß zwischen den Contrahenten in der Regel von gar keiner oder doch von einer sehr untergeordneten Bedeutung. . . . Daran wird (den Contrahenten meist) nichts liegen, ob sie das, wozu sie sich verpflichten, an den Mitcontrahenten oder an eine andere Person leisten sollen.“⁵⁾ Auch ein anderes Motiv wirkte mit: „Die Betrachtung, daß der Bedachte vor dem Eintritte

²⁾ Auch dieser letzte Satz ist — selbst für den Laien — in §. 703 enthalten, obgleich er nicht ausdrücklich von dem Erben spricht. Denn so klug ist auch der Nichtjurist, daß er einem Gesetze nicht den Satz zumuthen wird: „wenn Du im Zeitpunkte x etwas erwerben sollst, so muß Du in diesem Zeitpunkte leben“. Folglich können die Worte „Zur Erwerbung . . . ist nothwendig, daß die bedachte Person die Erfüllung . . . überlebe“ nur auf die Frage bezogen werden, ob im gegenseitigen Falle die Erben des Bedachten erwerben können.

³⁾ Vgl. Unger System §. 82 N. 69, §. 83 N. 12.

⁴⁾ Vgl. die von Unger §. 83 N. 12 allegirten römischen Stellen.

⁵⁾ Mommsen S. 216. Vgl. Unger Erbrecht §. 16 Anm. 18.

der aufschiebenden Bedingung den Nachlaß nicht erhält, und die Stunde des Todes ungewiß ist, läßt von seiner Seite nicht leicht eine Zögerung besorgen.“ (Zeiller S. 666 f.)

IV. Das österreichische Recht stimmt hier (nicht auch in §§. 707, 708) mit dem römischen Recht vollkommen überein, und es wird von den Meisten gebilligt, daß es nach der, durch das preußische Recht §. 485 R. N. I. 12 veranlaßten Abweichung des Westgal. G. B. II §. 490 zu diesen alten Principien zurückgekehrt ist.⁶⁾ L. 60 (59) §. 6 D. de hered. instit. 28. 5: Sed si decesserit Titius, antequam condicio existat, deinde condicio exstiterit, tamen ille sextans non Titii heredi, sed Maevio adrecescet: nam cum adhuc dubium esset, Titio an Maevio is sextans datus esset, Titius decessit, nec potest intelligi datus ei, qui tempore dandi in rerum natura non fuit.⁷⁾ — L. un. §. 7 Cod. de cad. toll. 6. 51. — Daher dem Substituten „vivo defertur ex substitutione hereditas, non etiam si decesserit, heredem eius sequitur.“ L. 9 D. de suis 38. 16; cf. l. 23 und l. 45 §. 1 D. de vulg. et pup. subst. 28. 6. In Bezug auf Vermächtnisse: L. 59 pr. D. de condic. et demonstr. 35. 1: Intercidit legatum, si ea persona decesserit, cui legatum est sub condicione. L. 11 §. 6 D. de leg. III. . . . sed si fideicommissarius decesserit, ad heredem suum nihil transtulisse videtur; condicionale enim esse legatum nemini dubium est, et pendente condicione legati videri decessisse fideicommissarium. L. 5 pr. D. quando dies 36. 2: Si post diem legati cedentem legatarius decesserit, ad heredem suum transfert legatum. S. überhaupt L. 4 — l. 5 §. 4 l. c. und l. 14 §. 3 eod. Gegensetzung von bedingtem Legat und bedingter Stipulation (vgl. §. 703 u. §. 900): L. 42 pr. D. de O. et A. 44. 7 cf. l. 18 D. de R. J. Anwendung auf letztwillige Freiheitsertheilung: L. 81 D. de cond. et dem. 35. 1. — Selbst wenn die Bedingung in einer Leistung besteht, die ebensogut von den Erben des Honorirten erbracht werden könnte, als von ihm selbst, und wenn die Erben dazu auch bereit wären, es hilft ihnen nicht: „heres (instituti vel legatarii) condicioni parere non potest“: L. 109 D. de condic. et demonstr. 35. 1; auch dieses gilt gleichmäßig für das österreichische, wie für das römische Recht.

Auf diesem romanistischen Boden stehen auch das französische (a. 1040) und das sächsische G. B. (§. 2009 und §. 2144); ebenso de lege ferenda der Hessische Entwurf III N. 191, Mommsen Entwurf §. 97, §. 109. Dagegen wird dies Princip de lege ferenda lebhaft bekämpft von Strohal, mit Gründen, die eine sorgfältige Prüfung verdienen.⁸⁾

V. Nachdem wir die Entstehung, Textirung und den Umfang des §. 703 eingehend untersucht, mag die dogmatische Darstellung mit den eigenen klaren Worten des Redactors eingeleitet werden. „Vor dem Eintritte einer aufschiebenden Bedingung hat der Begünstigte nur eine unsichere Hoffnung, kein Recht. Dieses fällt ihm nicht, wie bei einer unbedingten Vererbung (§. 684), gleich nach dem Tode des Erblassers, sondern nur dann an, wenn die Bedingung erfüllt und er in diesem Momente erbfähig ist (§. 545). Stirbt also der Begünstigte vor dem Eintreffen der Bedingung, so kann er das ihm selbst noch nicht angefallene Recht auf seine Erben nicht übertragen (§. 536), und diesen nützt es nicht, daß die Bedingung nach dem Tode ihres Vorfahrers in Erfüllung geht. Aber der Umstand, daß (diesem) das Eintreffen der Bedingung auch noch bekannt geworden sei, wird nicht erfordert.“⁹⁾

⁶⁾ So z. B. Unger a. a. D.

⁷⁾ Wir werden auf die obige Stelle im Excurse näher eingehen.

⁸⁾ Transmissio pendente condicione (Graz 1879), bes. S. 18—54, und ganz bes. S. 47 ff. Wir können diesen gelehrten und scharfsinnigen Untersuchungen nicht mit wenigen Zeilen gerecht werden, und werden in einem eigenen Excurse uns mit ihnen beschäftigen.

⁹⁾ Zeiller II S. 671 f. Vgl. zu dem letzten Satze ebd. S. 391 und unseren Commentar II S. 18 f. Note 10.

Das Wort „überlebe“ im §. 703 ist a potiori genommen und nicht zu urgiren; es genügt, wenn der Honorirte die Erfüllung der Bedingung erlebt.¹⁰⁾ Erbfähig muß der Honorirte zur Zeit der Delation, nicht aber auch zur Zeit des Todes des Erblassers sein, wenn jener Zeitpunkt ein späterer ist, als dieser¹¹⁾; beim reinen dies aber selbstverständlich im Zeitpunkte des Todes, weil dieser eben zugleich der Anfalltag ist. Daß in allen Fällen die Erbfähigkeit von der Delation bis zum Erwerbe fort dauern müsse, ist schon oben (§. 30 Abs. III) gesagt worden.

1) Ist beim Tode des Erblassers die Bedingung erfüllt, so gilt die Honorirung als eine pure, außer es wäre die Bedingung nach §. 701 zu wiederholen.¹²⁾ 2) Ist sie in jenem Zeitpunkte vereitelt, so ist es auch die Honorirung. 3) Ist sie unentschieden, so erfolgt a) einstweilen keine Delation an den Honorirten (bez. non oedit dies legati), sondern das so Zugewendete bekommen interimistisch andere Personen (§. 707), welche b) es behalten, wenn die Bedingung deficirt, während sie c) es dem Honorirten restituiren müssen, sobald die Bedingung erfüllt ist. Eine rückwirkende Kraft hat die erfüllte Bedingung niemals, weil auch im letzten Falle jene Personen die inzwischen gezogenen Früchte behalten (näheres bei §. 707).¹³⁾ Ueber die Behandlung verneinender Bedingungen s. bei §. 708.

VI. Bisher hat man allgemein angenommen, daß §. 703 eine principielle (fundamentale) Bestimmung des österreichischen Rechtes enthalte, wie gleiches wohl auch in den anderen Ländern, welche diesen Rechtsatz haben, gelehrt wurde. Dieses wird nun von Strohal¹⁴⁾ bestritten; §. 703 könne „zwingenden Charakter unmöglich haben“. Es ist ihm zuzugeben, daß eine Reihe von Gründen, die für die „Nichttransmittirbarkeit der spes“ (wie er sich ausdrückt) im römischen Recht bestehen, für das österreichische Recht entfallen. Strohal sagt (§. 50): „Die Anwendung des §. 703 cessirt dann, wenn mit voller Exactheit nachgewiesen werden kann, daß der Uebergang der spes auf die Erben des bedingt Verufenen vom Erblasser gewollt ist“. Durch die Schwierigkeit dieses Beweises verliert die Frage viel von ihrer scheinbaren Wichtigkeit. Wir müssen uns hier darauf beschränken, zu constatiren: einerseits, daß §. 703 nicht als bloße Dispositionsnorm gemeint war, andererseits, daß sich eine bedenkliche Aeußerung bei Zeiller findet. Uebrigens müssen wir auf den Excurs verweisen.

2. Zeitpunkt.

§. 704.

Ist es ungewiß, ob, der Zeitpunkt, auf welchen der Erblasser das zugedachte Recht einschränkt, kommen oder nicht kommen werde; so wird diese Einschränkung als eine Bedingung angesehen.

§. 705.

Ist der Zeitpunkt von der Art, daß er kommen muß; so wird das zugedachte Recht, wie andere unbedingte Rechte, auch auf die Erben der bedachten Person übertragen, und nur die Uebergabe bis zum gesetzten Termine verschoben.

§. 706.

Wäre es offenbar, daß die in der letzten Anordnung ausgemessene Zeit nie kommen könne; so wird die Bestimmung dieser Zeit wie die Bestimmung einer unmöglichen Bedingung angesehen. Nur in dem Falle, daß der Erblasser wahrscheinlich bloß in der Berechnung der Zeit sich geirret hat, wird der Zeitpunkt nach dem wahrscheinlichen Willen des Erblassers zu bestimmen seyn.

¹⁰⁾ Vgl. Unger §. 16 Anm. 18.

¹¹⁾ Vgl. Unger §. 28.

¹²⁾ Zeiller II S. 672 Z. 2.

¹³⁾ Vgl. etwa Stubenrauch 1. Aufl. II S. 537, 4. Aufl. I S. 858.

¹⁴⁾ S. 50 ff. seines N. 8 cit. Buches.

I. Redaction. a) §. 492 Westgal. G. B. II unterscheidet sich darin von §. 704: 1) daß es dort heißt „ob und wann“, also dies incertus an et quando. Mit Recht beantragte die Wiener Fac. die Streichung der Wörtchen „und wann“, da jeder dies incertus an eine Bedingung enthalte, auch wenn das „wann“ gewiß ist (d. inc. an, certus quando). Zeiller unterstützte dieses Monitum, während der Vicepr. v. Haan dagegen eine ganz grundlose Einschränkung machte,¹⁾ worauf der vermittelnde Antrag des Präsidenten (Gf. Rottenhan) „ob oder wann“ angenommen wurde. Diese Formulirung umfaßt den dies incertus an, incertus quando, den dies incertus an, certus quando, und den dies certus an, incertus quando. Für eine so weite Formel kann man sich auf die gemeinrechtliche Deutung der unbestimmten l. 75 D. de condic. 35. 1 berufen, doch wäre sie gerade für unser (rein betagte Erbeinsetzungen gestattendes) Recht eine bedenkliche Regel. Deshalb verdient der jetzige Text, welcher jenem Wiener Monitum entspricht, den Vorzug: Räthselhaft aber ist seine Entstehung, da doch in der S. v. 14. Mai 1804 das „ob oder wann“ angeblich einstimmig angenommen wurde.²⁾ 2) Für „das zugedachte Recht“ stand früher „das Erbrecht“; vgl. die Redaction von §. 696. 3) §. 492 enthielt das Beispiel „auf den Hochzeitstag des Legatars“; hier, wie auch sonst oft, veranlaßte Zeiller die Streichung des Beispiels. 4) Statt „als eine Bedingung“ hieß es in §. 492 „wie jede andere Bedingung“. Zeiller hat vorgeschlagen: „wie eine Bedingung“. Die jetzige Variante („als eine Bedingung“) ist also später entstanden.

b) §. 493 l. c. (vgl. unseren §. 705) lautet: „Ist der bestimmte Z. v. d. Art, . . . muß, z. B. nach drei Jahren; so wird das Erbrecht, wie a. unb. Erbrechte, auch auf den Nachfolger übertragen, und nur d. Ue. des Erbtheils oder Erbstückes b. z. gef. T. v.“ Der jetzige Text³⁾ wurde von Zeiller formulirt und sofort einstimmig angenommen (14. Mai 1804), als ob es sich um etwas Selbstverständliches handelte. Und doch enthielt dieser (an sich richtige) §. einen Widerspruch 1) gegen die soeben (wenigstens angeblich) beschlossene Formulirung des vorigen §. („ob oder wann“ umfaßt auch den dies certus an, incertus quando, der ja „von der Art ist,

1) „Weil es doch geschehen könnte, daß beides ungewiß sei, das ob und wann; z. B. wenn Peter stirbt, so hinterlasse ich seinem Diener 100 fl.; es sei ja ungewiß, ob Letzterer den Ersteren überleben werde. Dagegen ist zu bemerken: 1) das Beispiel ist schlecht gewählt; daß ist ein dies certus an, incertus quando, es ist ja doch nicht „beides ungewiß, ob und wann“ Peter sterben werde! Daß der Legatar den Testator überleben müsse, ist selbstverständlich; daß er aber einen Dritten überleben müsse, gar nicht. Den dies incertus an et quando gewinnen wir also erst durch ein Hineinbeuten des Erfordernisses des Ueberlebens, durch ein Umdeuten in die bedingte und betagte Anordnung: „wenn Peter früher stirbt, als sein Diener, so soll dieser bei Jenes Tode 100 fl. erhalten“, oder: „wenn Peter's Diener ihn überlebt, so soll er am Todestage seines Herrn 100 fl. erhalten“ u. dgl. 2) Wie absurd ist aber überhaupt der ganze Einwurf. Die Facultät will die Formel „ungewiß, ob und wann“ durch die weiterfassende „ungewiß, ob“ ersetzen, und man wendet dagegen ein: es gibt auch Fälle von dies incertus an et quando! als ob diese nicht in jener Formel mit enthalten wären! — Es ist auffallend, wie wenig klar unsere Redactoren über die Eintheilung und Bezeichnung der sog. Nebenbestimmungen dachten; auch Zeiller's Beispiele bei §. 698 sind so unglücklich gewählt! —

2) Einmal ist dies ausdrücklich gesagt; dann hat der im Protokolle mitgetheilte Text wirklich die Worte „ungewiß ob oder wann“. Darnach möchte man an eine Aenderung bei den späteren Lesungen denken; aber eine solche apparirt nicht. Die nachträglich zu unserer Kenntniß gelangte Reinschrift der in erster Lesung beschlossenen Texte hat unter „II. Zeitpunkt“ diesen §. (406): „Ist es ungewiß, ob der Zeitpunkt, auf welchen . . . eingeschränkt . . . wie eine Bedingung . . .“ In der Reinschrift der Texte zweiter Lesung lautet der §. (690) buchstäblich, wie jetzt §. 704. Es ist also die Aenderung der entscheidenden Worte in keiner der drei Berathungen, sondern zwischen der ersten und zweiten (von wem?) vorgenommen worden, und — als ob des Befremdenden noch nicht genug wäre — werden wir später sehen, daß Zeiller im Commentar so spricht, als ob jene Formel „ob oder wann“ beibehalten worden wäre.

3) Einzige (und gleichgültige) Variante: „Ist der bestimmte Zeitpunkt.“

daß er kommen muß“!) 2) gegen den damals noch festgehaltenen §. 490 Westg. G. B. sobald man aus §. 705 einen Schluß a contrario auf die „bedingten Rechte“ hätte machen wollen. — Später wurden diese Widersprüche beseitigt, und zwar in befriedigender Weise, indem man den §. 705 stehen ließ, aber jene Formel in §. 704 berichtigte (s. N. 2), und den Rechtsatz des §. 490 durch sein Gegentheil (§. 703) ersetzte.

c) §. 494 I. c. (vgl. §. 706) lautet: „Wäre . . . Verordnungs . . . könne, z. B. der 30. Hornung, so wird . . . angesehen.“ Die Wiener Fac. monirte: Der Erblasser könne sich ja in der Berechnung der Zeit irren, gerade in jenem Beispiele sei wahrscheinlich, daß der Erblasser den letzten Hornung gemeint habe. [Dieses ist gar nicht wahrscheinlich; vielmehr läge darin, wie auch die Redactoren des Westgal. G. B. offenbar annahmen, eine derisorische Anordnung, eine Vertröstung mit einem Scheinlegat „ad graecas Kalendas“!] — Zeiller war auch hier für Streichung des Beispieles, und proponirte dafür den Schlußsatz des §. 706. Sein Text, dem jetzigen §. 706 wörtlich gleich, wurde angenommen. Darauf erinnerte Zeiller, daß nach dem hinsichtlich der unmöglichen Bedingungen Beschlossenen, dieser §. nunmehr die Folge haben werde, daß der so Bedachte nichts bekommt. Gleichwohl beschloß man, an dem obigen Conclufum nichts zu ändern.

II. Die Zeitbestimmung (Betagung, Befristung), von deren Verhältniß zur Bedingung wir oben (§. 553 ff.) gesprochen haben, ist entweder eine aufschiebende (Anfangstermin, dies ad quo) oder eine auflösende⁴⁾ (Endtermin, dies ad quem). Sie ist in beiden Fällen entweder ohne oder mit Bezug auf ein Ereigniß ausgedrückt, welches wieder ein nothwendig kommendes oder ein noch zweifelhaftes sein kann. Die Befristung ist nur dann eine reine, wenn sie ohne Bezug auf ein Ereigniß, oder mit Bezug auf ein gewisses (sicheres) Ereigniß ausgedrückt ist. Im ersten Unterfall ist stets das Ob und das Wann gewiß, im letzteren kann, muß aber nicht, das Wann unsicher sein; denn es gibt Ereignisse, deren Eintreten auch der Zeit nach vorausgesagt werden können (so die meisten astronomischen Erscheinungen). Freilich gibt es auch Ereignisse, bei denen nicht das Ob, aber doch das Wann sicher ist, selbstverständlich in dem Sinne, daß das Ereigniß (z. B. die natürliche Großjährigkeit des N), wenn es überhaupt eintritt, nur an einem voraus bestimmten Tage eintreten kann. Auf der Berücksichtigung dieser Momente beruht die bekannte Schuleintheilung, welche richtiger nicht als Viertelheilung, sondern als untergetheilte Dichotomie gedacht wird, also: I. Dies certus: a) d. certus an, certus quando; b) d. certus an, incertus quando. II. Dies incertus: a) d. incertus an, certus quando, b) d. incertus an, incertus quando. Richtiger darum, weil die Gewißheit oder Ungewißheit des Ob unvergleichlich wichtiger ist, als die des Wann. Beispiele: zu Ia: am 1. Jänner 1888, am Ostersonntag 1890, am Tage der drittnächsten Sonnensfinsterniß, 6 Wochen von heute an u. s. w. — zu Ib: am Sterbetage des N, beim ersten Schneefall . . .; zu IIa: sobald A großjährig wird, zu IIb: am Hochzeitstage des N, bei der Doctor-Promotion des B u. dgl.

III. Der dies incertus (in obigem Sinne) enthält immer zugleich eine Bedingung (wie die Bedingung nach österreichischem Recht immer eine Befristung) in sich, schiebt also den Anfall des Erbrechtes und den dies cedens des Vermächtnisses hinaus (§. 703). Ob der dies certus die sofortige Entziehung des Rechtes oder nur seine Ausübung aufschiebe, ist in der gemeinrechtlichen Wissenschaft bestritten.

⁴⁾ Ueber diese Lehre im allgemeinen und vom Standpunkte des römischen Rechtes s. vorzüglich Sabigny III §§. 125—127, Windscheid I §§. 96, 96a, Scheurl Zur Lehre v. d. Nebenbestimmungen bei Rechtsgeäften (1871) S. 6—69. Für das österreichische (und römische) Recht s. Unger System II §. 83 (S. 88 ff.), Erbrecht §. 17.

⁵⁾ Zeiller II S. 672, ebenso Windscheid; — Scheurl gebraucht die Ausdrücke: aufschiebende und zielsetzende Befristung, Unger: Anfangs- und Endtermin.

Erstereß wurde früher allgemein gelehrt, in neuerer Zeit wird von Manchen letzteres behauptet.^{5a)} während einige Andere eine Mittelmeinung vertheidigen: je nach der Natur der Rechtsgeschäfte schiebe die Befristung bald die Entstehung, bald nur die Geltendmachung hinaus; letzteres soll bei obligatorischen Geschäften und bei Vermächtnissen, ersteres bei Eigenthum übertragenden, Servituten bestellenden, rechtsaufhebenden Geschäften der Fall sein.⁶⁾ „Auch bei der Erbseinsetzung müßte eine beigefügte aufschiebende Befristung nicht als Aufschub der Delation der Erbschaft, sondern als Aufschub des Erbwerdens aufgefaßt werden. Gerade deshalb aber darf einer Erbseinsetzung eine aufschiebende Zeitbestimmung [nach römischem Recht] nicht beigefügt werden. Denn damit wäre der unstatthafte Wille ausgesprochen, daß die Erbschaft oder ein bestimmter Erbtheil eine Zeit lang erblos bleiben solle.“ Diese Behauptung Scheurl's (S. 37 f.) wäre nicht überzeugend, wenn sie mehr als eine Erklärung des römischen Rechtsfages aus dem Zusammenhang des römischen Systems sein wollte.^{6a)} Nur für den des römischen Rechtes kundigen Testator könnte man mit Scheurl sagen „das wäre ein abjurder Wille“. Denn das, was er oben supponirt, hat gewiß auch ein römischer Testator nicht gewollt. Aber, was er gewollt hat, das war nach römischen Rechte unausführbar, weil dieses 1) eine wahre Nacherbeinsetzung nicht anerkannte, indem es 2) directen Anschluß der Herrschaft des Erben an die des Erblassers verlangte;⁷⁾ auch ließ es 3) eine Mengung von gesetzlicher und testamentarischer Erbberufung nicht zu, so wenig nach, als neben einander (arg. l. 41 pr. D. de testam. milit. 29. 1);⁸⁾ endlich 4) konnte mit der Annahme eines fideicommissum hereditatis nicht geholfen werden, weil einer solchen der Ausdruck der Anordnung widerstrebte.⁹⁾ Alle diese Hindernisse sind für das österreichische Recht entfallen; und sobald man sich in die Erübung des Begriffes des Erbrechtes durch Zulassung der Nacherbfolge¹⁰⁾ gefunden, gibt es weiter weder theoretische noch praktische Bedenken. Schon ante diem ist ein Vermögensrecht erworben. Die Delation ist so wenig aufgehoben, als beim Vermächtniß der dies cedens; und das Recht aus der Delation ist bei uns (f. §. 537) viel entwickelter, es ist viel entschiedener ius quaesitum als im römischen Rechte.¹¹⁾ Dazu kommt, daß der ex die institutus mehr als Delat, daß er Nacherbe ist, also sogleich eine feste Anwartschaft erwirbt.¹²⁾ Denn so unmöglich die in §. 707 enthaltene Normirung unseres Verhältnisses für das römische Recht ist, so natürlich ist sie für unser Recht, aus dessen System sie sich von selbst ergibt. Und daß sie allein dem muthmaßlichen Willen des Testators gerecht wird, kann einem Unbefangenen nicht zweifelhaft sein. Der dies certus schiebt demnach nicht die Delation, wohl aber den Erbswerb auf; dieser vollzieht sich erst mit eingetretenem dies, wenn früher eine vorausgreifende Erbserklärung abgegeben war; im anderen Falle muß diese Erklärung nach eingetretenem dies abgegeben werden (vgl. S. 248, 250). Jener Aufschub des Erbswerbes ergibt sich mit Nothwendigkeit aus dem Satze: daß dieselbe Sache (bez. hier derselbe Nachlaß) nicht gleichzeitig Zweien in solidum gehören könne, so lange Primus Erbe ist, kann es Secundus nicht sein. Insofern richtig sagt §. 707: „So lange das Recht des Erben . . . wegen einer noch nicht erfüllten Bedingung,

5a) Vgl. Unger System II §. 83 N. 6 und die dort Citirten.

6) So namentlich Scheurl S. 30 ff. Ist denn das Vindications-Legat (f. S. 31) nicht auch ein „eigenthumsübertragendes Rechtsgeschäft“ (f. S. 32)?!

6a) Vgl. Brinz I. Aufl. S. 772; Köppen Erbschaft S. 100.

7) S. Excursus II S. 187 f.

8) Näheres darüber bei §. 707 f. Abf. II.

9) Vgl. die Bemerkung Savigny's in System III S. 236 N. m.

10) S. Excursus II S. 186 f.

11) Vgl. oben S. 13 Abf. IV.

12) Vgl. oben S. 248 Abf. IV.

oder wegen des noch nicht gekommenen Zeitpunktes verschoben bleibt . . .^{12a)} Sofortige Delation, verschobener Erbswerb — ist das nicht ein Widerspruch? 'Delata' hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi! (L. 151 D. de V. S.) Diese Regel ist eben nur für das römische Recht aufgestellt, das keine institutio ex die und keine feste Erbanwartschaft zuließ (und selbst dort ist sie nicht durchgreifend). Mit der Zulassung des Nacherbrechtes ist sie durchbrochen. Sofortige Delation müssen wir annehmen, sonst könnte die Anwartschaft nicht auf die Erben übergehen (§§. 536, 537); sofortigen Erbswerb, so daß ein gegenwärtiges Erbrecht im technischen Sinne erworben wäre, können wir nicht annehmen, wie soeben gezeigt wurde, also können wir nur sagen: es ist eine feste Anwartschaft erworben, die die veniente (die Erbserkklärung vorausgesetzt) in ein wahres Erbrecht übergeht.¹³⁾

IV. Anfangstermin. A) Dies certus. §. 705 beginnt: „Ist der Zeitpunkt von der Art, daß er kommen muß“ . . . Diese Worte umfassen offenbar ebensowohl den d. incertus quando, als den d. certus quando; so wie andererseits der Wortlaut von §. 704 nur auf den dies incertus an, nicht auch auf den d. certus an, incertus quando paßt. Zwar äußert sich Zeiller irreführend;^{13a)} aber seine unklaren Äußerungen haben gegenüber dem klaren Texte des Gesetzes (§. 704 und §. 705) keine Bedeutung, umsoweniger, als er auch sonst in der Besprechung dieser Materie (f. N. 1) nicht glücklich war, und als andererseits der Text durch Abänderung eines früheren, der den dies incertus quando mit dem d. incertus an zusammenstellte, entstanden ist (f. Abs. I).^{13b)} Namentlich ist der Sterbetag irgend eines Menschen als dies certus anzusehen, wenn nicht in concreto der Wille erkennbar ist, daß das Erleben dieses Tages zur Bedingung gemacht sei.¹⁴⁾ Ohne weiteres darf man dieses nicht annehmen, weil es sonst überhaupt gar keinen dies

^{12a)} Nur ist es ungenau, daß §. 707 das Gleiche vom betagten Legate sagt. Keine Verbesserung ist es, wenn Stubenrauch (I S. 546) bei jener Stelle nach dem Worte „Recht“ einflammert „eigentlich die Ausübung des Rechtes“, denn dieses paßt wieder nicht für die betagte Erbeinsetzung.

¹³⁾ Vgl. Unger System II §. 83 N. 7: „Wird ein Erbe ex die ernannt, so erwirbt er das Recht, Erbe zu werden, sofort mit dem Todestage des Erblassers (dies cessit) und transmittirt es auf seine Erben (§§. 705, 809 a. b. G. B.), das Erbrecht selbst, als das Recht Erbe zu sein, aber wird erst mit dem Eintritt des dies erworben.“ Im Erbrecht §. 28 A. 1 sagt Unger: „Der betagt Eingesezte wird sofort mit dem Tode des Erblassers zur künftigen Erbfolge berufen, es fällt ihm das Erbrecht sofort, jedoch als künftiges an.“ Diese Formel kommt im Wesentlichen mit unserer überein, während die im Texte des §. 28 gegebene einen Widerspruch enthält. Dort heißt es: „Bei betagter Erbeinsetzung wird der Erbe erst mit dem Eintritt des bestimmten Zeitpunktes zur Erbfolge berufen, doch erlangt er sofort mit dem Tode des Erblassers ein festes und vererbliches Recht auf die künftige Berufung (§. 705).“ Eine Transmissio vor der Delation gibt es nicht (§. 536). S. auch Dvorzak in Haimerl's Bjscht. XV S. 258.

^{13a)} Commentar II S. 673 Z. 3: „Zuweilen scheint die Frage, ob der Zeitpunkt eintreffen werde, keinem Zweifel zu unterliegen, und ist dennoch zweifelhaft, folglich die Anordnung bedingt. So ist in dem Beispiele: 'Mein Erbe soll bei seinem Ableben dem A meine goldene Dose geben' der Tod des Erben gewiß; aber ungewiß ist es, ob er vor dem A sterben werde, und stirbt er erst nach ihm, so haben die Erben des A auf die Dose keinen Anspruch.“ Es hängt dies mit seiner falschen Theorie von der fideicommissarischen Substitution (f. hier N. 14, 17) zusammen, wie ein Allegat bei jener Stelle zeigt. Hier also sagt Zeiller: der Sterbetag eines Menschen ist ein dies incertus; nur nicht (fügen wir in seinem Sinne hinzu) der des Erblassers, den ja der Erbe ohnehin überleben muß (condicio iuris); daher Zeiller S. 674 als Beispiel eines d. certus anführt: „in einem Jahre nach meinem Tode.“

^{13b)} Ueber das römische Recht s. Unger §. 17 Anm. 2 und die dort Citirten.
¹⁴⁾ Unrichtig Zeiller (f. N. 13a) und Kopecky in der Ztschft. f. österr. RechtsgeL. 1833, I. Bd. S. 274: „Der Sterbetag des Erben ist eine ungewisse Zeit“, weil man nicht weiß, ob der Nacherbe sie erleben werde, mithin eine Bedingung! Ist es denn von irgend welcher Zeit gewiß, daß A sie erleben werde?! — Richtig Mühlfeld im „Jurist“ II S. 380 ff. (vgl. oben S. 230 N. 13), Unger Erbrecht §. 17 Anm. 2, Ellinger bei §§. 704 u. 705, theils richtig, theils unrichtig Winwarter III S. 246.

certus geben würde!¹⁵⁾ — Anders dagegen, wenn es heißt: N soll nach erlangter Großjährigkeit, oder an seinem 24., 25., 30. Geburtstage x bekommen. Denn hier kommt die Zeit nicht als solche, sondern als das Alter, also eine Eigenschaft des Honorirten in Betracht; hier muß man im Zweifel verlangen, daß er dies Alter erlebe. (L. 22 pr. D. quando dies 36. 2). Auch ist es unrichtig vom 30. Geburtstage des N zu sprechen, wenn dieser mit 27. Jahren gestorben ist.^{15a)} Die Praxis ist schwankend. (s. Abf. VIII). Zweifelhafter ist es, wenn A am (z. B.) 50. Geburtstag des B x erhalten soll. Es ist eben eine quaestio voluntatis.

Vor Eintritt des dies certus hat der Honorirte eine feste, vererbliche Anwartschaft. Delation, bez. beim Vermächtniß der dies cedens, werden (wie schon gesagt) durch einen dies certus an (mag er auch incertus quando sein) nicht aufgeschoben.¹⁶⁾ Mithin erlischt die Honorirung nicht, wenn der Bedachte den Zeitpunkt nicht erlebt, sondern seine Anwartschaft wird „wie andere unbedingte Rechte, auch auf (seine) Erben übertragen“ (§. 705), welche elliptischen Worte offenbar im Hinblick auf §. 703 als Gegensatz formulirt sind.^{16a)} Hieraus und aus dem Princip des §. 536 ergibt sich die Verneinung einer, die Delation hinauschiebenden Wirkung von selbst. — Inzwischen bekommen die Erbschaft die gesetzlichen Erben; das Vermächtniß behält natürlich der Belastete. Diese (und zuweilen andere Personen, wovon bei §. 707 das Nähere) werden als Fiduciare, die betagt Honorirten als Fideicommissare behandelt (§. 707); welche Rechte und Pflichten demnach beiden Theilen zukommen, ist bei §. 613. ausführlich dargelegt worden. Man beachte nun Folgendes: §. 707 sagt, daß „so lange das Recht des Erben oder des Legatars wegen des noch nicht gekommenen Zeitpunktes verschoben bleibt“, der Erbe oder Legatar als fideicommissarischer Substitut zu behandeln sei. §. 705 sagt, daß die Honorirung nicht erlischt, wenn der ex die Bedachte den dies certus nicht erlebt, sondern daß seine Erben an seine Stelle treten. Mithin ist hier klar anerkannt, daß der Substitut die Restitutionszeit nicht immer zu erleben braucht, daß dieses keineswegs im Wesen der fideicommissarischen Substitution liege. Damit ist der Beweis für die Richtigkeit unserer Lehre über die fideicommissarische Substitution (und die Unrichtigkeit der Lehre Zeiller's) verstärkt und vervollständigt (vgl. oben S. 229—233).¹⁷⁾

Nachdem der dies gekommen ist, hat der betagt Honorirte einen fälligen Anspruch auf Herausgabe des Vermächtnisses, bez. der fideicommissarischen Erbschaft (vgl. S. 250 ff.). „Im Falle, daß der Erblasser eine kürzere, als die Jahresfrist, zur Ueberkommung des Vermächtnisses bestimmt hätte, könnte der Erbe auf die

15) Mühlfeld S. 385.

15a) In ungenauer Rede spricht man allerdings von „Schiller's 100. Geburtstag“. Die eigentliche Bedeutung dieses Wortes geht aber immer auf das Erreichen eines gewissen Alters. N. kann „an seinem 30. Geburtstag“ nichts bekommen, wenn er überhaupt keinen 30. Geburtstag gehabt hat. — Daß Jemand einen Sterbetag haben werde, ist gewiß; ob er einen 30. Geburtstag haben werde, ist ungewiß. Richtig Ellinger bei §. 704.

16) Wie ungenau in dieser Materie Zeiller ist, zeigt sich auch hier. Er beginnt (S. 672) die Lehre von der Befristung mit den Worten: „Die Zeitbestimmung ist . . . eine aufschiebende, in welchem Zeitpunkt das Recht anfallen, oder eine auflösende, wann es erlöschen soll.“ Bald darauf (S. 674) aber sagt er, daß, wo der Anfangstermin ein d. certus sei, „sogleich nach (des Erblassers) Tode das Recht anfallen.“

16a) Vollständig würde der Satz lauten: „so wird das zugedachte Recht, wie andere unbedingte Rechte, auch dann, wenn die bedachte Person den Eintritt der Zeit nicht erlebt, auf ihre Erben übertragen.“

17) Daß der Sterbetag irgend eines Menschen als reine Befristung zu betrachten ist, wenn nicht in concreto der Wille dadurch bedingt war, daß der Honorirte jenen Tag erlebe, haben wir kurz vorher gezeigt. Dieses harmonirt mit unserer Bemerkung auf S. 232, daß die Ansicht Mühlfeld's für die Mehrzahl der Fälle, die Zeiller's nur für die Minderzahl ein richtiges Resultat gibt. Vgl. noch Mühlfeld S. 400—402, 405—408, namentlich auch die treffende Bemerkung in der Note auf S. 406 f.

Wohlthat des §. 685 keinen Anspruch machen.“¹⁸⁾ — Der §. 705 schließt mit den Worten: „nur die Uebergabe (wird) bis zum gesetzten Termin verschoben.“ Auch dieses (vgl. N. 16^{a)}) ist wieder elliptisch gesagt; denn das „nur“ fordert als Gegensatz: „der Anfall wird nicht verschoben.“¹⁹⁾ Das Wort „Uebergabe“ ist dabei in einem sehr weiten Sinne gemeint; es geht auf die Erfüllung des Legatsanspruches, die Herausgabe der vermachten Sache, die Einräumung des legitirten Rechtes (z. B. der Dienstbarkeit, des Pfandrechtes), auf die Restitution der Erbschaft oder des Erbtheils. Ist eine körperliche Sache vermacht, so kann erst, nachdem dies venit, die Tradition verlangt werden. Die „Uebergabe“ kommt dabei sowohl als factische Leistung, wie als Eigenthums-Uebertragung in Betracht. Bei der restitutio hereditatis darf man dagegen die „Uebergabe“ nicht in analoger Weise sich denken, da nach österreichischem Recht (verschieden vom römischen) eine Uebertragung des dominium hereditatis nicht Statt findet, sondern dieses von selbst auf den Nacherben übergeht (s. §. 252).

V. (Fortsetzung.) B. Dies incertus. Nach §. 704 wird dieser „als eine Bedingung angesehen.“ Die römischen Juristen betonen dagegen (richtiger), daß eine solche Anordnung „non solum diem, sed et condicionem in se continet“ (L. 22 pr. D. quando dies 36. 2).²⁰⁾ Nach österreichischem Recht ist dieses minder wichtig, weil bei uns jede Bedingung eine Befristung in sich schließt.²¹⁾ Ganz gleichgültig ist es aber doch nicht, da zuweilen auch eine günstige Wirkung der Bedingung in Betracht kommen kann. Und so sagt denn Zeiller (§. 673) ausdrücklich: „Doch hat eine solche Zeitbestimmung vor einer andern Bedingung die günstige Folge voraus, daß das Vermächtniß an dem vom Erblasser ausdrücklich bestimmten Tage, ob schon er vor Ablauf eines Jahres seit dem Tode des Erblassers einträte, entrichtet werden müßte (§. 685).“ — Die Folge davon, daß der d. incertus eine Bedingung in sich schließt, versteht sich nach §. 703 von selbst. Zeiller (§. 672 f.) führt als Beispiel an: „An dem Tage, an welchem A Doctor der Rechte wird, soll ihm mein Erbe 1000 fl. geben; (hier) wird das Recht von einer künftigen, noch ungewissen, Ereignung abhängig gemacht; es ist also bedingt, und geht, wenn A vor seiner Promotion stirbt,²²⁾ auf dessen Erben nicht über.“²³⁾

a) Vor dem ungewissen Ereignisse kommt der einstweilige Besitz und Genuß des Nachlasses, Erbtheils, Vermächtnisses nach dispositiver (anderweitigem Willen des Testators weicher) Vorschrift gewissen anderen Personen zu (meist den Intestaterben, bez. dem Dnerirten), indem eine fideicommissarische Substitution supponirt wird: s. §. 707. Dem Honorirten kommt bis dahin eine bedingte, nicht vererbliche Anwartschaft zu. b) Deficiente condicione ist diese zerstört, und verwandelt sich das beschränkte Eigenthum (§. 613) jener Person in unbeschränktes; m. a. W. sie lucriren das einem Andern bedingt Zugedachte wegen Hinsälligkeit dieser Honorirung. c) Nach Eintritt des Ereignisses haben sie an den Honorirten zu restituiren.²⁴⁾

VI. Endtermin. Während §. 705 sich nur auf den Anfangstermin bezieht, paßt §. 704 auf beide; denn „der Zeitpunkt, auf welchen der Erblasser das zugedachte Recht einschränkt“²⁵⁾ kann ebenso am Ende, wie am Anfang liegen. Ausdrücklich

¹⁸⁾ Zeiller §. 674.

¹⁹⁾ Statt diesen Rechtsatz direct auszusprechen, spricht der vorangehende Theil des §. 705 einen Folgesatz aus.

²⁰⁾ S. Unger System II §. 83 Note 11.

²¹⁾ Vgl. Unger a. a. D. Note 10.

²²⁾ Diese gebräuchliche Ausdrucksweise ist offenbar unlogisch; es soll heißen „stirbt, ohne promovirt worden zu sein.“

²³⁾ Ueber die bedenkliche Aeußerung Zeiller's §. 673 (Z. 2) werden wir in dem Excurs zu §. 703 ausführlich handeln.

²⁴⁾ Näheres bei §. 707 und §. 613.

²⁵⁾ Diese Redewendung in §. 704 (und in §. 695) ist, streng genommen, sprach- und sinnwidrig. Würde das Recht wirklich „auf einen Zeitpunkt eingeschränkt“, so würde es ja nur einen Moment dauern; gemeint ist die Einschränkung durch Angabe

vom Endtermin handelt nur §. 708. Beim dies certus haben wir auch hier nur die Zweitheilung: vor und nach dem dies; beim dies incertus ist überdies der Fall der Defizienz zu berücksichtigen. Auch hier wird durchwegs eine fideicommissarische Substitution angenommen. Im übrigen gilt das Gleiche, was wir beim Anfangstermin gesagt haben — nur mit vertauschten Rollen zwischen dem Honorirten und den anderen Personen. S. übrigens unten bei §. 708.

VII. Soweit in der Befristung auch eine Bedingung enthalten sind, gelten alle Eintheilungen und Rechtsfälle, die wir in der Materie der Bedingungen kennen gelernt haben, auch hier. Namentlich verdirbt ein unmöglicher und ein unerlaubter dies a quo die Honorirung, während ein ebensolcher dies ad quem gestrichen wird (§. 698). Die Anordnung: „A soll mein Erbe sein (oder mein Landgut haben) bis zu seinem Hochzeitstage“ gilt (wegen §. 700) als unbeschränkte Honorirung u. s. w. Auch hier indeß ist eine sehr lästige Nebenbestimmung nicht mit einer unmöglichen zu verwechseln, wie das in Note 26 mitgetheilte Hffzd. v. 16. Novbr. 1826 klar ausspricht.²⁶⁾ — Ueber den unmöglichen dies spricht sich §. 706 so klar aus, daß kaum eine Erläuterung nöthig ist.²⁷⁾ Zu dem Schlusssatz desselben führt Zeiller (S. 675) als Beispiel an: den 24. Geburtstag, wenn der Honorirte ihn schon zurückgelegt hat; das Legat wäre hier ein pures. Bedenklicher ist das Beispiel vom „30. Hornung“; hier liegt der Gedanke an eine derisorische Anordnung sehr nahe, und kommt es auf die concreten Verhältnisse an. Besser wäre schon das Beispiel „29. Februar“, indem der Erblasser irrig ein Schaltjahr voraussetzte, oder 31. Juni. Hier wäre das Legat am 28. Februar, bez. 30. Juni zu entrichten. — Uebrigens vgl. zu §. 706 i. f. auch §. 558 i. f. und §. 655.

VIII. Aus der Praxis. 1) Jemand wünschte, daß sein Erbe die N in seinem Hause belasse, und verfügte: N solle eine kleine Jahresrente erhalten, sobald der Erbe sie aus dem Hause entfernen würde. Der Fall war selbstverständlich nach §. 704 zu behandeln, d. h. das Rentenlegat war bedingt und betagt. Sammlung VI Nr. 2942 (= Ger. Ztg. 1868 Nr. 21). — 2) Dem A waren 1500 lire vermacht, welche er jedoch erst erhalten sollte „giunto che sarà all' età d'anni 25“. Die I. Instanz erblickte darin die Suspensiv-Bedingung des Erlebens, die beiden Obergerichte erklärten das Legat für unbedingt (dies certus). Sammlung IV Nr. 2049.²⁸⁾ Dagegen wurde 3) der Zusatz „nach erlangter Großjährigkeit“ als Bedingung erklärt in einer Entscheidung des obersten O. G. in der Sammlung XII Nr. 5454 (= Ger. Ztg. 1875 Nr. 50). Daß die *venia aetatis* in solchen Fällen dem zurückgelegten 24. Jahre nicht gleichzuachten sei, wurde bei §. 699 schon erwähnt.

Rechtsverhältnis bey einer Bedingung ober einem Zeitpuncte zwischen der bedachten und ihr nachfolgenden Person.

§. 707.

So lange das Recht des Erben oder des Legatars wegen einer noch nicht erfüllten Bedingung, oder wegen des noch nicht gekommenen Zeitpunctes verschoben bleibt; so

ernes Zeitpunctes (oder, elliptisch gesprochen, durch einen Zeitpunkt) bez. auf eine Zeit, eine Frist.

²⁶⁾ Jemand hatte seine Nichten zu Erbinnen eingesetzt, doch so, daß sie erst nach fünfzig Jahren (!) in den Genuß des Vermögens kommen sollten, dessen Ertrag bis dahin für gewisse *piae causae* bestimmt war. Die Nichten erboten sich, bedeutende Summen für ähnliche Zwecke zu widmen, wenn ihnen die Erbschaft sogleich ausgefolgt würde. Die Sache kam bis zum Kaiser, der dahin entschied: „daß, da der Wille des Erblassers nichts Gesetzwidriges enthält, derselbe genau zu befolgen sei, und dieses die Behörden für ähnliche Fälle zur genaueren Richtschnur zu nehmen haben.“ (Polit. Gesetzsammlung 54. Bd., bei Michel Nr. 1105.) Vgl. L. 21 pr. D. quando dies 36. 2.

²⁷⁾ Zu §. 706 pr. führt Zeiller S. 675 (in nicht vorsichtiger Fassung) ein Beispiel eines juristisch unmöglichen dies an (s. §. 60 a. b. G. B.)

²⁸⁾ Identisch mit dem Falle in der Not. Ztschft. 1863 Nr. 40, in der Ger. Halle 1863 Nr. 67 S. 560, in der Ger. Ztg. 1865 Nr. 6

lange finden im ersten Falle zwischen dem gesetzlichen und eingesetzten Erben; und im zweiten Falle zwischen dem Erben und Legatar, in Hinsicht auf den einstweiligen Besitz und Genuß des Nachlasses oder Legats, die nämlichen Rechte und Verbindlichkeiten, wie bey einer fideicommissarischen Substitution, Statt.

§. 708.

Wer eine Erbschaft oder ein Vermächtniß unter einer verneinenden oder auflösenden Bedingung; oder, nur auf eine gewisse Zeit erhält, hat gegen den, welchem die Erbschaft, oder das Vermächtniß, beim Eintritte der Bedingung, oder des bestimmten Zeitpunctes zufällt, die nämlichen Rechte und Verbindlichkeiten, welche einem Erben oder Legatar gegen den fideicommissarischen Substituten zukommen (§. 613).

I. Redaction. Das Westgal. G. B. bestimmte in §. 495:

So lang das Erbrecht, welches sich auf eine letztwillige Verordnung gründet, wegen einer noch nicht erfüllten Bedingung, oder wegen des noch nicht gekommenen Zeitpunctes verschoben bleibt; so lang findet, wenn der Erblasser nichts anderes verordnet hat, die gesetzliche Erbfolge Statt.

Die Prager Facultät beantragte den Zusatz: „Jedoch muß in einem solchen Falle ein Inventarium errichtet und Sicherstellung geleistet werden.“ Das niederösterreichische App. Ger. (so referirte Zeiller) wollte „mehrere Auslegungsregeln aus dem preussischen Gesetzbuch“ einschalten, welche er aber schon anderweitig berücksichtigt zu haben versicherte; Zeiller selbst beantragte Ausdehnung des §. auf den Legatar. Er schlug (14. Mai 1804) einen dem jetzigen §. 707 sehr ähnlichen Text vor, der über eine Bemerkung des Präsidenten dahin abgeändert wurde, wie er jetzt lautet (abgesehen von der gleichgültigen Variante „zwischen den gesetzlichen“ statt „zw. dem g.“); nur fehlen die Worte „in Hinsicht auf den einstweiligen Besitz und Genuß des Nachlasses oder Legates.“ Diese wurden erst bei der Sup. Revision (4. Decbr. 1809) eingeschaltet, nachdem Pratobevera sich ungefähr so geäußert hatte (Prot. S. 768 f.): die gesetzlichen Erben sollen bis zum Eintritte der Bedingung Besitz und Genuß haben, beim Eintritte derselben aber restituiren, doch „sine fructibus perceptis“ (d. h. die mittlerweile gezogenen Früchte sollten sie behalten). „Diese wichtige und vom gemeinen Rechte abweichende Bestimmung mußte klar ausgedrückt werden. Im preussischen G. B., aus welchem die §§. 693, 694 ¹⁾ entlehnt worden, werde die Sache durch die übrigen §§. deutlich.“ ^{1a)}

Das preuß. L. R. I. 12 enthält nämlich folgende Bestimmungen:

§. 259. Ist Jemand nur von einer gewissen Zeit an, oder nur bis zu einer gewissen Zeit zum Erben eingesetzt worden, so wird dergleichen Verordnung als eine fideicommissarische Substitution betrachtet (§. 53)²⁾.

§. 260. Im ersten Falle ist der Testaments-, so wie im letzteren der gesetzliche Erbe für substituirt zu achten.³⁾

b) Für den §. 708 gibt es im Westgal. G. B. keinen, der ihm zur Grundlage hätte dienen können; vielmehr ist diese in den eben cit. §§. und §. 488 preuß. L. R. I. 12 zu suchen.

§. 488. Ist eine Erbschaft oder ein Vermächtniß unter einer auflösenden Bedingung verlassen, so steht der Erbe oder Legatarius gegen den, welchem bei dem Eintritte der

¹⁾ So numerirt waren nämlich die jetzigen §§. 707, 708 in dem Entwurfe, welcher der dritten Lesung zu Grunde gelegt wurde.

^{1a)} In der Reinschrift des Textes zweiter Lesung ist jener Zusatz von Zeiller's Hand an den Rand gesetzt, und am Ende des §. citirt „(§. 603)“, was dem jetzigen §. 613 entspricht; dagegen fehlte dieses Allegat damals am Ende des §. 708, wo es jetzt steht.

²⁾ Der allegirte §. 53 lautet: „Eine fideicommissarische Substitution ist vorhanden, wenn dem zuerst eingesetzten Erben oder Legatario die Pflicht auferlegt worden, die Erbschaft oder das Vermächtniß in den bestimmten Fällen, oder unter den angegebenen Bedingungen, einem Andern zu überliefern.“

³⁾ Die Quelle dieser Bestimmungen wieder ist das Project des Corp. Jur. Frideric., dessen einschlägiger §. abgedruckt ist bei Gruchot I S. 528 Note.

Bedingung die Erbschaft oder das Vermächtniß, nach der Verordnung des Testators, oder nach den Gesetzen anheimsfällt, in eben dem Verhältnisse, wie der eingesetzte Erbe oder Legatarius gegen den fideicommissarischen Substituten (§. 466 ff.).

Dennoch enthielt auch das Westgal. G. B. einen uns hier interessirenden §., den §. 491:

Durch verneinende Bedingungen, durch solche nämlich, die sich auf den Nichterfolg einer Ereignung gründen, wird das Erbrecht nicht aufgeschoben. Erfolgt aber die Ereignung, so erlischt das Erbrecht. Daher kann man von einem Erben oder Legatar die Sicherstellung einer unter einer verneinenden Bedingung erhaltenen Sache mit Recht verlangen.

Unser §. 708 handelt von der Resolutiv-Bedingung, welche bei Erbeinsetzungen im römischen Rechte nicht statthaft war, und von der negativen Suspensiv-Bedingung, bei der man sich dort mit der cautio Muciana behalf, während man sie bei uns in die entgegengesetzte Resolutiv-Bedingung umdeutet. §. 491 bildet gleichsam den Uebergang von der cautio Muciana zu dieser letzteren Behandlung, steht aber dieser näher, als jener.

Die Freiburger Facultät beantragte: Der bedingt Bedachte solle die Früchte der Zwischenzeit weder zurückstellen, noch zu vergüten haben. Wegen dauernder Verbesserung solle ihm ein Anspruch auf Vergütung zustehen. Zeiller erklärte sich damit einverstanden und proponirte folgenden §.

„Wer . . . (= §. 708) . . . auflösenden Bedingung erhält, steht gegen den, welchem . . . der Bedingung zufolge, in eben dem Verhältnisse, wie ein Erbe oder Legatar . . . Substituten (§. —).“⁴⁾

Darnach könne der letzte Satz von §. 491 wegb bleiben, nämlich der über Sicherstellung. Inwiefern auf eine solche der Fideicommissar Anspruch habe, wurde in diesem Werke S. 249 f., bes. Note 39 erörtert. — Jener Text wurde angenommen, nur über Antrag des Vicepräsidenten statt „steht in eben dem Verhältnisse, wie“ gesagt: „hat die nämlichen Rechte und Verbindlichkeiten, welche“. Der einzige Unterschied vom jetzigen Texte besteht darin, daß dort nur von Bedingung, in §. 708 auch von Befristung die Rede ist.⁵⁾

II. Die §§. 707, 708 behandeln zehn verschiedene Thatbestände: positive Suspensiv-Bedingung, Anfangs-Termin (§. 707), negative Suspensiv-Bedingung, Resolutiv-Bedingung, Endtermin (§. 708) — alle in Anwendung einmal auf Erbeinsetzungen, dann auf Legate.

Bei Erbeinsetzungen konnten nach römischem Rechte Resolutiv-Bedingungen und reine Befristungen nicht wirksam gesetzt werden. Ihre Befügung machte zwar die Einsetzung nicht ungültig, aber jene wurden für nicht geschrieben angesehen (§. 9 J. de hered. inst. 2. 14; l. 34 D. h. t. 28. 5). Es hängt dies mit der Regel „semel heres, semper heres“ zusammen, ist aber keineswegs durch sie allein schon genügend erklärt. Hätte ja doch diese Regel nicht hindern können, daß durch einen dies a quo bei einem heres ex asse die Zeit der hereditas iacens verlängert werde. Vgl. oben S. 228 f. und Excurse II S. 186 f. Da nun jene „Nebenbestimmungen“ gestrichen wurden, so entfällt damit jede weitere vergleichende Betrachtung. Nur bei Militär-Testamenten trat eine Ausnahme ein, die auch hier Vorbild für das moderne Testamentrecht geworden ist. Oder vielleicht richtiger: Dasselbe Princip (Achtung vor dem Willen des Verstorbenen) erzeugte hier und dort dieselben Rechtsfälle. L. 8 Cod. de test. milit. 6. 21: Certi iuris est, militem ad tempus etiam heredem instituere posse. L. 15 §. 4 D. de testam. milit. 29. 1: Miles et ad tempus heredem facere potest, et alium post tempus vel ex condicione vel in

⁴⁾ Die Lücke am Schluß war nothwendig, da die Numerirung noch nicht definitiv feststand; gemeint war natürlich der jetzige §. 613.

⁵⁾ Hierauf folgt im Protokoll der Bericht über die Entstehung der Definition der verneinenden Bedingungen, s. bei §. 696 Note 1.

condicionem. L. 41 pr. D. eod. . . . Et quia diximus ex certo tempore et usque ad certum tempus milites posse instituere heredem, his consequens est, ut, antequam dies veniat, quo admittatur institutus, intestati hereditas deferatur, et quod in honorum portione ei licet, hoc etiam in temporis spatio, licet non modicum sit, ex eodem privilegio competat. D. h. wie er hinsichtlich der Erbtheile testamentarische und gesetzliche Erbfolge combiniren kann, so auch der Zeit nach; wie er einen Theil diesen, einen anderen den gesetzlichen Erben lassen kann, so kann er auch das Vermögen für eine Zeit diesen, für eine andere jenen Erben zuwenden; dort ein Neben-einander, hier ein Nach-einander testamentarischer und gesetzlicher Erben.^{5a)} Ins Einzelne gehende Bestimmungen sind uns nicht überliefert; eine Verweisung auf das fideicommissum hereditatis fehlt, wohl wegen der Zwitternatur dieses Institutes, das noch nicht, wie die fideicommissarische Substitution unseres Rechtes (§. 608) eine reine successive Erbfolge war.^{5b)}

Der unter einer aufschiebenden Bedingung Eingesezte konnte, wenn die Entscheidung derselben nicht in naher Zukunft zu erwarten war, einstweilen (provisorisch) bonorum possessio erlangen, mußte aber für den Fall der Nichterfüllung den eventuell Berechtigten Sicherheit wegen der Restitution bieten. Kam es zu dieser, so mußte er auch die inzwischen gezogenen Vortheile ersetzen. [Die gesetzlichen Erben hatten pendente condicione keinen Anspruch, weil eine Intestat-Erbfolge überhaupt niemals eröffnet wurde, so lange noch die Möglichkeit testamentarischer Nachfolge vorhanden ist: L. 39 D. de acquir. v. omitt. her. 29. 2; l. 5 D. de suis 38. 16; l. 8 Cod. commun. de success. 6. 59.] Bei vielen⁶⁾ negativen Bedingungen aber wurde dadurch geholfen, daß der Eingesezte sofort zur Erbfolge (hereditas, nicht bloß bon. possessio) zugelassen wurde, wenn er jenen Personen, die ohne ihn diesen Erbtheil erlangt hätten, wegen Restitution (einschließlich der Früchte) cavirte. Diese, zunächst für Legate erfunden, erst später hierher übertragene, cautio Muciana hat eine wesentlich andere Function, als jene früher erwähnte Sicherstellung. Dort wird der Eingesezte ohne Erfüllung der Bedingung nie Erbe, hier wird er es sofort und bleibt es; in beiden Fällen war die Regel s. h. s. h. gewahrt. Dort machen condicione deficiente Andere ihr Erbrecht geltend; hier ist durch Uebertretung des erblasserischen Verbotes die Bedingung der Stipulation erfüllt. Alles was nach geleisteter Caution und Erbantritt des Instituirten geschieht, gehört eigentlich nicht mehr dem Erbrecht, sondern nur dem Obligationenrecht an; die eventuell Berechtigten haben keine hereditatis petitio, sondern klagen ihren Vertrag mit der actio ex stipulatu ein. Ein so künstlicher Behelf wäre für unser Recht absurd, für das römische war er, wegen des semel h. s. h., nothwendig, obschon in gewissem Sinne willkürlich. Der nächstliegende Ausweg — Umwandlung in eine Resolutiv-Bedingung — war den Römern verschlossen. Logisch allein richtig wäre die Annullirung der Erbeinsetzung gewesen; denn non impleta condicione ist der Eingesezte nicht einmal Delat, impleta c. ist er in der Mehrzahl der Fälle — todt. Diesem logischen Verfahren aber stand der favor testamenti entgegen. Noch hätte man versuchen können, die Bedingung als eine unmögliche zu streichen, weil er lebend sie

5a) Offenbar gab diese Stelle Anlaß zu der, auch bei Zeiller (II S. 676) angeführten Säulregel: Nemo potest pro parte temporis testatus, et pro parte intestatus decedere; semel heres, semper heres. Der Nachsatz lehnt sich an l. 89 (88). D. de hered. inst. 28. 5.

5b) Daß der Nacherbe hier wahrer Erbe war, nehmen (wohl mit Recht) an Windscheid, Meurer, Bruns, Czypcharz (S. 12) u. A.; daß er bloß fideicommissar sei, Mühlenthal 42. Bd. S. 103 ff. und viele Andere.

6) Keineswegs allen; es gilt dies nur für potestative Bedingungen, und auch da nicht für alle. Der Umfang des Geltungsgebietes ist bestritten (vgl. Arnolds Civil. Schftn. II S. 90 f., 152 ff.; Mühlenthal 41. Bd. S. 1464 (S. 254 ff.), Wangerow S. 435 Anm. 3 I. II.); jedenfalls galt die cautio Muciana vornehmlich für die Bedingung, niemals eine (an sich stets mögliche) Handlung vorzunehmen, z. B. nie zu sterben.

nie könne erfüllt haben. Da aber die Bedingung ein an sich gar wohl mögliches Unterlassen bezielte, mochte man sie nicht als unmöglich behandeln. Und so griff man zu dem Behelfe, die cautio statt der Erfüllung gelten zu lassen. — Die modernen Gesetzgebungen, welche mit jenen Hindernissen nicht zu rechnen haben, helfen sich durch Verwandlung der negativen Suspensiv-Bedingung in die entgegengesetzte Resolutiv-Bedingung und mit Annahme einer successiven Erbfolge. Gewiß löblicher Weise! Die negative Suspensiv-Bedingung ist ja größtentheils nur eine Schul-Subtiltät ohne jede psychologische Wahrheit. Wenn Jemand schreibt: „Ich setze den A zum Erben ein, wenn er niemals seine Confession ändert“, so meint er gewiß daselbe, wie Derjenige, welcher schreibt: „A soll mein Erbe sein, aber die Erbschaft verlieren, wenn er seine Confession ändert.“ An ein Hinauschieben der Erbfolge durch eine negative Bedingung hat der Testator gewiß nur in seltenen Fällen gedacht; (näheres unten). Ja die Anerkennung negativer Suspensiv-Bedingungen ist gewiß größtentheils aus der römischen Unstatthaftigkeit resolutiv-bedingter Erbeinsetzungen zu erklären. — Was aber die Zulassung der Resolutiv-Bedingung und damit der successiven Erbfolge betrifft, so hatte sich für diese längst das moderne Rechtsbewußtsein ausgesprochen (s. die Belege dafür bei Gruchot I S. 526—528; vgl. auch Windscheid III S. 554 N. 19).

III. In §. 707 ist von Fällen die Rede, wo nach des Testators Willen der Erbe noch nicht, in §. 708 von solchen, wo er nicht mehr die Erbschaft haben soll. Hat er bestimmt, wer sie dort vorher, hier nachher haben soll, so ist dieses eine fideicommissarische Substitution, und es hat bei der ausdrücklichen Anordnung sein Bewenden. Hat er nichts darüber gesagt, so supplirt das Gesetz seinen Willen und man spricht von „stillschweigender“ fideicommissarischer Substitution (s. oben S. 237). Ob damit in jedem einzelnen Falle der Wunsch des Verstorbenen erfüllt werde, ist kein Gegenstand der Untersuchung, so wenig, als bei der gesetzlichen Erbfolge. Mit anderen Worten die §§. 707, 708 enthalten nicht Auslegungsregeln, sondern Dispositivnormen.⁷⁾ Darin stimmen sie mit dem Hfd. v. 29. Mai 1845 (s. S. 241) überein, und unterscheiden sich von den ächten Fällen stillschweigender Anordnung, d. h. solchen, die nach natürlichen oder gesetzlichen Auslegungsregeln als in einer anderen enthalten anzunehmen sind, wo also die Substitution wirklich vom Testator angeordnet, während sie hier vom Gesetze supplirt ist. Dazu stimmt die Textirung des §. 707 a. E. (die nämlichen Rechte und Verbindlichkeiten, wie bei einer fideicommissarischen Substitution“). Allerdings jedoch verschwimmen die Grenzen dieser und jener Fälle, weil es sich auch bei der Dispositivnorm fragt, ob sie nicht durch eine Anordnung des Testators, die nicht ganz wordentlich zu sein braucht, ausgeschlossen sei; denn jedenfalls handelt es sich hier um nachgiebiges Recht (N. 19 a. E.).^{7a)} Auch ist zu beachten (wird aber meist übersehen), daß es sich sowohl in §. 707, als in §. 708 bald um eine einfache, bald um eine bedingte fideicommissarische Substitution handelt; diese unterscheidet sich von jener dadurch, daß einerseits nicht erst beim Tode des Vorerben restituirt wird, andererseits aber es ungewiß ist, ob überhaupt werde restituirt werden. Die einfache fideicommissarische Substitution liegt beim reinen dies vor, die bedingte bei der bedingten Einsetzung.⁸⁾

7) Vgl. das römische pignus „tacitum“ oder legale zu jener Zeit, wo noch nicht durch mißbräuchliche Ausdehnung des Institutes die Zurückführung auf den wahrscheinlichen Willen der Parteien ihre Wahrheit verloren hatte.

7a) Als ein Seitenstück zu den hier uns beschäftigenden Fällen werden wir bei §. 779 eine vom Gesetze supplirte Bulgar-Substitution kennen lernen.

8) Prochner behauptet (im „Jurist“ XIII. Bd. S. 252): „Eine fideicommissarische Substitution unterscheidet sich von einer bedingten Erbeinsetzung dadurch, daß die erstere stillschweigend auch die gemeine in sich schließt (S. 608) . . . Dieses ist aber nicht der Fall bei einer bedingten Erbeinsetzung . . . Die Bedingung muß immer eintreten, wenn der gesetzliche Erbe [im Falle des §. 708] oder der eingesetzte [im Falle des §. 707] die

IV. (Zu §. 707.) Wer nun soll die Erbschaft genießen, so lange die Suspensiv-Bedingung noch unentschieden ist? Man möchte glauben: Derjenige, dem sie gebührt, wenn die Bedingung vereitelt wird. Das wäre (scheint es) um so natürlicher, als dann im letzten Falle der, welcher die Erbschaft schon hat, sie auch fernerhin behielte. Die Behandlung bei nicht erfüllter und die bei noch nicht erfüllter Bedingung stünden dann in Harmonie. Aber der Vulgar-Substitut (an welchen wir demnächst zu denken hätten) ist ja selbst bedingt eingesetzt,⁹⁾ und seine Bedingung (wenn A nicht Erbe wird) noch unentschieden. Auch wäre es unnatürlich, wenn der Fideicommissar zufolge §. 608 i. f. Fiduciar seines Fiduciars würde! Demnach sind wir von selbst auf die gesetzlichen Erben gewiesen. Darüber kann nun kein Zweifel obwalten, wo der einzige Erbe (Universal- oder auch Theilerbe, f. §. 554 i. f., §. 727, §. 728) bedingt eingesetzt ist; und ebensowenig dort, wo der bedingt Instituirte zwar testamentarische Miterben hat, aber „kein unbestimmt eingesetzter Erbe übrig ist“ (§. 562). Wie aber, wo an sich Raum für Accrescenz wäre? Die Frage ist schwierig. Einerseits sprechen alle Argumente historischer Interpretation für Ausschluß der Accrescenz. Nicht allein spricht §. 707 nur von den gesetzlichen Erben, sondern gleiches thun L. 41 D. de test. mil. 29. 1 und §. 260 preuß. L. R. I. 12; und Zeiller spricht sich in der deutlichsten Weise in diesem Sinne aus.¹⁰⁾ Andererseits ist zu bedenken, daß die Fälle „unbestimmter“ Einsetzung viel seltener sind, als die der normalen institutio ex certa parte, daß demnach in den genannten Gesetzstellen gar wohl nur ein ungenauer Ausdruck obwalten könnte, der gerade in unseren §§. (707, 708) um so weniger auffällig wäre, je mehr Thatbestände und Rechtsätze sie ohnehin zusammenfassen¹¹⁾; dazu kommt, daß eine analoge Ungenauigkeit hinsichtlich der bedingten und betagten Vermächtnisse gewiß vorliegt (s. unten). So hoch wir Zeiller's Autorität ansetzen, wir würden gegen seine eigene Warnung handeln, wenn wir seinen Commentar durchweg einem Motivenbericht

Erbschaft erwerben soll. Der Fall einer fideicomm. Substitution hingegen muß aber nicht notwendig eintreten, um als Nacherbe die Erbschaft zu erlangen; er erwirbt sie auch dann, wenn der eingesetzte Fiduciar-Erbe sie nicht haben kann oder will.“ Diese Bemerkung ist vollständig vergriffen; denn 1) bei der bedingten Erbeinsetzung handelt es sich, wie gesagt, um eine bedingte fideicommissarische Substitution; 2) wenn man mit Proctner (§. 251) irriger Weise jede fideicommissarische Substitution für eine bedingte Einsetzung hält (bedingt durch das Erleben des Testamentsalles s. §. 229 f.), so muß man sagen, die bedingte fideicommissarische Substitution sei eine Erbeinsetzung mit zwei Bedingungen: a) der allgemeinen, zum Wesen der fideicommissarischen Substitution gehörigen, b) der concreten (z. B. wenn er die N heiratet). Pr. verwechselt die Bedingungen a und b. 3) Wenn eine bedingte fideicommissarische Substitution in eine Vulgar-Substitution verwandelt wird (nach §. 608 a. E.), so haftet die Bedingung b auch der Vulgar-Substitution an (s. §. 235 bei R. 32). Secundus soll nach dem Primus die Erbschaft bekommen, jedoch nur, wenn er (Sec.) die Titia heiratet. Erwirbt Primus die Erbschaft nicht, so soll Secundus sie statt seiner bekommen, jedoch nur, wenn er die T. heiratet. Es besteht also der von Proctner behauptete Unterschied nicht; er würde jene Behauptung gar nicht aufgestellt haben, wenn ihm der Begriff einer bedingten fideicommissarischen Substitution klar gewesen wäre, und wenn er nicht den Rechtsatz übersehen hätte, der oben im Texte eingeschärft ist.

⁹⁾ Unger Erbrecht §. 16 Anm. 19, Dvorzak in Haimerl's Bjscht. XV S. 248 f. — Pendente condicione genießen also die gesetzlichen Erben die Erbschaft; impleta condicione restituiren sie an den Institututen, deficiente condicione an den Substitututen.

¹⁰⁾ Commentar II S. 678 Z. 3: „In dem Falle, daß dem eingeschränkten Erben ein Erbe auf eine gemeine Weise substituirt, oder ein des Zuwachses fähiger Miterbe (§§. 560 u. 561) beigegeben ist, könnte der Zweifel entstehen, ob nicht vielmehr diesen der einseitige Besitz und Genuß zukommen soll. Allein ihr Recht tritt erst dann ein, wenn der eingesetzte Erbe die Erbschaft nicht antreten will oder kann, und keines von beiden kann in dem hier gegebenen Falle behauptet werden.“

¹¹⁾ Es sind „prägnante“ §§., bei denen es auf kurzen und vereinfachenden Ausdruck abgesehen war.

oder gar je dem Gesetze gleichstellen wollten. Sachlich entsprechend ist aber seine Ansicht nicht; die Accrescenz ist der Substitution nicht vergleichbar, auf eine bedingte Berufung nicht zurückzuführen, sondern beruht auf dem „partes concursu fiunt“. Wir sind also der Ansicht, daß in den angedeuteten Fällen die Accrescenzberechtigten als Vorerben eintreten.¹²⁾ Sie wird durch das citirte Hfd. v. 1845 bestätigt. Hier ist nämlich das Wort „gesetzliche Erben“ mit Bedacht durch die allgemeinere Formel ersetzt: „denjenigen, welche darauf Anspruch haben, im Falle die Anordnung wegen unterbliebener Geburt des Berufenen nicht vollzogen werden kann (§. 707)“. Zwischen unseren Fällen und denen des Hfd. einen Unterschied zu machen, dafür liegt kein Grund vor; hier wie dort schiebt das Gesetz vermöge suppletiver fideicommissarischer Substitution vor den Instituirten andere Erben ein, und das Hfd. verweist selbst auf den §. 707. Im Hfd. nun ist gewiß auch an Accrescenz-Berechtigte gedacht; ja es gibt Fälle (z. B. Einsetzung aller Kinder, nati et nascituri, eines Neffen), wo die Ansicht, daß der Zwischengenuß immer den Intestaterben des Testators gebühre, geradezu unmöglich ist, wie wir S. 241 N. 19 und in den Excursen II S. 152 f., 156 f. Abs. V gezeigt haben.

Das Gesagte hat nun auch Anwendung auf die institutio ex die, wo „das Recht des Erben wegen des noch nicht gekommenen Zeitpunktes verschoben bleibt“ (§. 707); nur daß es sich da nicht um eine bedingte, sondern um eine einfache fideicommissarische Substitution handelt.

Bei dem suspensiv-bedingten oder befristeten (ex die gegebenen) Vermächtniß gebührt der Zwischengenuß — von dem sehr seltenen Falle accrescenzberechtigter Collegatare abgesehen — dem Onerirten, der deficiente condicione exonerirt wird, d. h. das Vermächtniß gar nicht zu entrichten braucht. Onerirt aber sind gewöhnlich die Erben, von denen allein der §. 707 redet. Und doch kann Niemand zweifeln, daß jener Satz auch für den onerirten Legatar gilt,¹³⁾ also ein ungenauer (nur die häufigsten Fälle bezeichnender) Ausdruck im Gesetze gebraucht ist — abermals ein Argument für unsere Ansicht in der obigen Streitfrage. Im übrigen verweisen wir auf S. 407 Abs. V, wo diese Fälle schon besprochen sind; vgl. ebendort auch Abs. IV und VI.

Da nun in allen Fällen der Zwischengenuß anderer Personen zukommt als dem suspensiv-bedingt Honorirten, und an einen Ersatz der Früchte impleta condicione selbstverständlich gar nicht zu denken ist (§. 613), so lehrt uns §. 707, daß die erfüllte Bedingung der Honorirung nach österreichischem Rechte keine rückwirkende Kraft hat, was wohl zu billigen ist.^{13a)} Deficiente condicione aber verwandelt sich das beschränkte Eigenthum jener Personen in unbeschränktes, ausgenommen den Fall einer Vulgar-Substitution, wo sie den Erbtheil dem Substituten herauszugeben haben (vgl. N. 9).

V. (Zu §. 708.) Das im vorigen Absatz geschilderte Verhältniß kehrt sich in §. 708 um. Dort wird der ausdrücklich Honorirte als Fideicommissar (Nachberufener), hier als Fiduciar (Vorerufener) behandelt. Die Personen, denen dort der Zwischengenuß zugesprochen wurde, kehren hier als fideicommissarische Substi-

¹²⁾ Die gleiche Ansicht haben Ellinger (nur daß dieser unrichtig auch die Substituten hierherzieht), Unger §. 16 Anm. 19, Carozzi XVI p. 355, Taglioni V p. 132 sq. und (Unger folgend) seit der 2. Aufl. Stubenrauch (I S. 707 N. 1, 4. Aufl. I S. 857 N. 2), während er in der 1. Aufl. noch Zeiller folgte (II S. 535 f. N. **). Für Unger und gegen die unhaltbaren Argumente Zeiller's hat sich ausgesprochen Dworzak (f. N. 9) S. 247 f.

¹³⁾ Richtig Rippel IV S. 411 Z. 2 a. E. (und bei §. 708 ausdrücklich auch Zeiller S. 680 vbs. „fällt auf den ... belasteten Erben oder Legatar zurück“). Unrichtig dagegen ist Rippel's Behauptung unter Z. 3; denn nicht dem Legatar, sondern dem durch seine Ablehnung Gewinnenden (dies ist in der Regel der Erbe) räumt §. 650 die facultas alternativa ein (f. oben S. 400).

^{13a)} Unger §. 16 Anm. 20.

tuten wieder. In der Regel sind es auch hier (falls nicht eben eine ausdrückliche fideicommissarische Substitution vorliegt) die gesetzlichen Erben; aber auch sonst Accrescenzberechtigte können es sein. Zwar ist es ein bestechendes Argument, daß, was einmal bereits erworben war, nicht Gegenstand des Zuwachsrechtes sein könne.¹⁴⁾ Aber treffend bemerkt dagegen Unger (§. 16 N. 21)^{14a)}, „daß es sich hier gar nicht um die Geltendmachung des Zuwachsrechtes, sondern um die Ermittlung des stillschweigend fideicommissarisch Substituirtten . . . handelt“. Anders gesagt: das Verhältniß ist nicht so zu denken: die, welche accrescenzberechtigt sind, kommen kraft Zuwachsrechtes daran — sondern so: die, welche (wenn der beschränkt Honorirte nicht da wäre) accrescenzberechtigt sein würden, erwerben kraft gesetzlicher Substitution die erledigten Nachlasttheile; darum sagten wir oben die „sonst Accrescenzberechtigten“, da letzteres Wort ohne jenen Zusatz unrichtig und irreleitend ist (vgl. N. 14).

Wie aber verhält es sich hier mit den Vulgar-Substituten? Aus dem oben (Abs. IV) über sie Gesagten folgt nicht von selbst, daß sie auch hier, wo der Fall umgekehrt liegt, ausgeschlossen wären; hier würden sie ja nicht vor, sondern nach dem Institutirten eintreten. Auch mit Zeiller's (bei den meisten Späteren wiederholten) Bemerkung (S. 680): der Substituirt habe ja nur ein Recht, wenn der Institutirte nicht Erbe werde, hier sei er aber bereits Erbe geworden — ist die Frage nicht erledigt. Denn, so scheinbar dieses Argument ist, müssen wir mutatis mutandis das vorher Gesagte wiederholen: es fragt sich ja nicht, ob der Substitut hier als Vulgar-, sondern, ob er als fideicommissarischer Substitut eintrete? Ein besseres Argument für die Verneinung ist dieses: aus der fideicommissarischen Substitution darf (und muß) man auf die gemeine schließen (§. 608 i. f.), aber nicht umgekehrt von dieser auf jene (f. S. 234 Abs. V a. E.). Ganz durchgreifend ist indessen auch dieser Grund nicht. Es liegt nämlich in unserem Falle keine gewöhnliche Substitution vor. Wenn es heißt: „A soll mein Erbe sein; wenn er es nicht wird, soll B mein Erbe sein“, da wäre es freilich verkehrt, dem B nach dem A noch ein Recht zu geben, da ja offenbar die Erbschaft für immer dem A und dessen Erben erworben ist. In unserem Falle dagegen ist die Erbschaft dem A vielleicht nur für kurze Zeit (ad diem) zugewendet, kann also jedenfalls auf seine Erben nicht gelangen. Hier wäre es wohl möglich, daß eine anscheinende Vulgar-Substitution nur der ungenauen Ausdruck für eine substitutio duplex (im modernen Sinne) sein möchte, eine Annahme, zu der man sich nicht leicht entschließen darf, der aber §. 614 nicht entgegensteht, da das Eigenthum des A gleichmäßig eingeschränkt bleibt, wer immer sein Nachmann sein möge. Von diesem wenig wichtigen Vorbehalte abgesehen, müssen wir sagen: der Vulgar-Substitut bleibt auch bei §. 708 (wie bei §. 707) außer Betracht; anders nur, wo die Resolutiv-Bedingung erst durch Umdeutung einer Suspensiv-Bedingung in die Anordnung hineingelegt wird; davon ist in Abs. VIII die Rede.

Auch bei Legaten sind diejenigen als fideicommissarisch substituirt zu betrachten, denen wir in Abs. IV den Zwischengenuß zugesprochen haben.

VI. (Zu §. 708. Fortsetzung.) §. 708 behandelt Erbeinsetzungen und Vermächtnisse, denen eine auflösende Bedingung oder Zeitbestimmung beigelegt ist.¹⁵⁾ Er stellt aber noch neben die Resolutiv-Bedingung die verneinende. Damit ist gesagt: die negativ aufschiebende Bedingung ist in eine positiv auflösende Bedingung

¹⁴⁾ Kein Wunder daher, daß die herrschende Ansicht „die Accrescenzberechtigten“ (wie der irreführende Ausdruck lautet, f. weiter im Texte) ausschließt; f. die bei Unger a. a. O. Citirten; kein Wunder, daß darunter auch Juristen sind, welche die analoge Frage bei §. 707 im entgegengelegten Sinne beantworten. Dennoch müssen wir diese, auf den ersten Blick so plausible, Meinung nach reiflicher Ueberlegung für unrichtig erklären.

^{14a)} Zustimmend Dörzsch a. S. 249 f.

¹⁵⁾ Den Ausdruck „auflösende Zeitbestimmung“ für den Endtermin (dies ad quem) gebraucht Zeiller wiederholt: f. S. 672 und S. 679.

zu verwandeln.¹⁶⁾ Damit ist gewiß für die meisten Fälle der Absicht des Testators entsprochen. Ganz gewiß immer in jenen Fällen, wo die Römer die cautio Muciana zugelassen haben (s. Abs. II). Aber auch in anderen Fällen, z. B. wenn es heißt: „wenn er die N nicht heiratet“. Nimmt man es mit der Suspensiv-Bedingung ernst, so ist sie nicht erfüllt, so lange nicht ein Theil gestorben ist. Selbst, wenn der Eingesezte eine andere Frau und die N einen anderen Mann geheiratet hat, wäre die Bedingung nicht erfüllt; noch immer wäre es ja möglich (wenngleich vielleicht höchst unwahrscheinlich), daß beide Personen vermittelt werden und dann einander heiraten. Darum ist die Annahme einer Resolutiv-Bedingung auch hier verständig¹⁷⁾; nur nicht ihre Nichtrückwirkung (s. Abs. VII). Geringer ist das praktische Bedürfniß solcher Umdeutung, wenn der Testator eine Handlung nur für eine gewisse Zeit verboten hat, und zwar um so geringer, je enger zeitlich begrenzt das Verbot ist („wenn er innerhalb eines Jahres nach meinem Tode x nicht thut“); denn hier ist die Bedingung selbstverständlich mit Ablauf der Frist erfüllt, wenn nicht früher vereitelt.¹⁸⁾ Selbstverständlich kann der Testator eine solche Umdeutung ausschließen, da es sich ja um „nachgiebiges Recht“ handelt¹⁹⁾, und er thut jenes immer, wenn er die Absicht, den Erbantritt des bedingt Eingesezten aufzuschieben, deutlich genug ausdrückt. Ebenso selbstverständlich ist folgende Einschränkung: Jene Umdeutung findet nicht Statt, wenn die negative Suspensiv-Bedingung des B nur die Rehrseite einer positiven Resolutiv-Bedingung des A ist (vgl. unsere Ausführungen zu §. 712). Z. B. „A soll mein Erbe sein und mir ein Grabmal setzen; wenn er dieses innerhalb zweier Jahre nach meinem Tode nicht gethan hat, soll B mein Erbe sein.“ B ist unter der negativen aufschiebenden Bedingung eingesetzt, „wenn A x nicht thut“. Aber wir können offenbar nicht sagen: B wird sogleich Erbe und verliert die Erbschaft, sobald A das Grabmal gesetzt hat. Denn es ist ausdrücklich gesagt, daß vorerst A die Erbschaft haben solle. Jene Umdeutung bezweckt, dem bedingt Eingesezten die Erbschaft sofort zuzuwenden; dies kann aber nicht geschehen, wo sie ohnehin schon einen Herrn hat. Für jene Begünstigung des B ist hier kein Raum. Aber solche negative Bedingungen haben keine selbständige Bedeutung, sondern bilden nur die Ergänzung einer positiven Resolutiv-Bedingung. — Endlich ist zu erinnern, daß es auch affirmative Suspensiv-Bedingungen gibt, bei denen nach dem Willen des Testators und dem Geiste des §. 708 die Umwandlung in eine Resolutiv-Bedingung geboten ist; z. B. wenn er jährlich an meinem Sterbetage mein Grab besucht; wenn er jeden Sonntag die Messe hört u. dgl. (s. Unger §. 16 N. 25): Unzweifelhaft ist dies bei solchen positiven Potestativ-Bedingungen, deren Erfüllung erst mit dem Tode des Bedachten sich entscheiden kann; man muß aber darüber stets pflegen (a. M. ist Unger), so z. B. bei der Bedingung, „wenn er seine Mutter stets pflegt“; gewiß will der Testator nicht den Honorirten den Tod seiner Mutter erwarten machen (im Doppelsinn dieses Wortes), sondern ihm die Erbschaft wegnehmen lassen, sobald

16) Die Behauptung Winivarter's (III S. 249 und S. 251); die negativen Suspensiv-Bedingungen seien nach römischer Art zu behandeln, die „verneinende Bedingung“ des §. 708 sei eine negative Resolutiv-Bedingung — verdient keine Widerlegung, wie sie auch keine Nachfolge gefunden hat. Dagegen Stubenrauch I. Aufl. II S. 538 f. R. ***. Harum S. 163 N. **.

17) A. M. Unger §. 16 Num. 23.

18) Vgl. Unger §. 16 Num. 24.

19) Er kann dieses a) direct thun (wobei wir etwa an einen rechtsgelehrten Testator denken mögen) oder auch b) dadurch, daß er die Absicht, den Erbswerb aufzuschieben deutlich ausdrückt; z. B.: „so lange dies unentschieden ist, soll A die Erbschaft nicht erhalten“; oder c) dadurch, daß er den Zwischengenuß (interimistischen Erwerb, Besitz, Genuß) dem bedingt Bedachten ausdrücklich versagt, bez. jemand Anderem ihn zuwendet; vgl. Nippel IV S. 414. — Daß es sich aber bei §. 707 f. um „nachgiebiges Recht“ handelt, ist auch von Zeiller anerkannt (S. 680 vbs.: „wofern der Erblasser nicht ausdrücklich etwas anderes angeordnet hat“).

er seiner Kindespflicht nicht mehr genügt. Wie weit man zu gehen hat, ist Sache richterlichen Ermessens, nämlich verständiger Erwägung, was wohl in solchem Falle regelmässig die Absicht der Erblasser sein möchte.

VII. (Zu §. 708. Fortsetzung.) Aus §. 708 erhellt mit Gewißheit, daß auch die eintretende Resolutiv-Bedingung nur ex nunc wirke, also nicht zurückbezogen werden dürfe. Denn der Eingesezte hat die Rechte eines Fiduciars, behält also bei der Restitution die inzwischen bezogenen Früchte (§. 613). Indem nun die negative Suspensiv-Bedingung der Resolutiv-Bedingung durchaus gleichgestellt ist, behält auch derjenige, welcher das Verbot des Erblassers übertritt, die Vortheile der Zwischenzeit, was in vielen Fällen²⁰⁾ der Absicht des Testators nicht entsprechen dürfte,²¹⁾ während er nach römischem Recht, sobald die cautio Muciana in Folge Vereitelung der letztwilligen Bedingung (die eben Erfüllung der Stipulations-Bedingung war) eingeklagt würde, auch die Früchte ersetzen mußte.²²⁾ — Bei der Resolutiv-Bedingung verhält es sich demnach so: pendente condicione genießt der Honorirte das Zugewendete, existente cond. hat er es zu restituiren, deficiente cond. (d. h. sobald das Nichteintreten der Bedingung, also die Erfüllung des Willens des Testators, gewiß ist) verwandelt sich sein beschränktes Eigenthum in unbeschränktes.

VIII. Dort, wo die Resolutiv-Bedingung eigentlich nicht im Testamente steht, sondern erst von uns hineingebeudet wird — bei der Verwandlung der negativen Bedingungen und mancher affirmativer Potestativ-Bedingungen (s. oben Abs. VI) — entsteht die Frage: Wer sind in diesem Falle die restitutionberechtigten Nacherben? Wie steht es insbesondere, wenn ein Vulgar-Substitut ernannt oder ein Miterbe ohne Theilbestimmung instituiert wurde? „In diesen Fällen, worauf unsere Schriftsteller keine Rücksicht zu nehmen pflegen, wird man doch wohl berechtigt sein, (den) Ausspruch (der L. 8 pr. D. de stip. praet. 46. 5): beneficium nemini esse captiosum zu Ehren und zur Geltung zu bringen, und unter der dem bedingt Instituirten zum Vortheil gereichenden und nur in seinem Interesse vorzunehmenden Verwandlung der aufschiebenden Bedingung in eine auflösende andere Personen nicht leiden zu lassen. Es wird daher nicht nur gestattet, sondern geradezu geboten sein, die Vulgar-Substitution in eine fideicommissarische Substitution zu verwandeln,²³⁾ da im Falle der Contravention die Bedingung, unter der Primus Erbe sein soll, eben vereitelt ist, und hiemit substituto locus sit, der doch darunter nicht leiden kann, daß bis zur Entscheidung über die Erfüllung (resp. Vereitelung) der Bedingung nicht, wie sonst, der Intestat-Erbe (§. 707), sondern aus Billigkeitsgründen der bedingt Instituirte den Besitz und Genuß der Erbschaft hatte²⁴⁾; daher denn auch nach gemeinem Recht die Mucianische Caution dem Vulgar-Substituten geleistet werden muß. . . . Ebenso

²⁰⁾ In manchen Fällen ist die Befolgung des Verbotes um so verdienstlicher, je länger sie dauert, also ein sich beständig erneuerndes Verdienst. Z. B. „wenn er niemals Spirituosen trinkt, nie raucht, niemals Hazard spielt“ u. dgl. Hier ist es nicht unbillig, daß er um so länger die Erbschaft genießt, je länger er jene Enthaltksamkeit übt. Anders, wenn er die N nicht heiraten soll. Ob er nach 1 oder nach 5 Jahren sie heiratet, ist gleich; daß er hier die Erträgnisse von 5 Jahren lucrirt, ist unbillig. In der Mitte stehen Fälle, wie: „wenn er niemals sein kranke Schwester zu pflegen unterläßt“ u. s. w.

²¹⁾ Vgl. Unger §. 16 Anm. 27. — Immer wieder drängt sich Einem der Vergleich des österreichischen Rechts mit dem Recht des römischen Militär-Testamentes auf. Was Cypflarz S. 12 und S. 82 aus innern Gründen annimmt, stimmt vollkommen mit unserem Rechte überein.

²²⁾ Vgl. Rippel S. 413, Unger a. a. O.

²³⁾ Diese Verwandlung ist eine logische Folge der anderen. Es handelt sich hier nicht darum, einen „vermutheten“, sondern darum, den gewissen Willen des Erblassers zu befolgen. Dieser Fall ist also wesentlich anders, als jener, von dem wir in Abs. V gesprochen haben.

²⁴⁾ Vgl. N. 9; wie dort der gesetzliche Erbe, hat hier der Eingesezte an den Substituten herauszugeben.

wird man, wie man auch sonst immer denken mag,²⁵⁾ im Falle der Contravention die ohne Theilbestimmung berufenen Miterben für die restitutionberechtigten Nach-
erben halten müssen, denen ja gleichfalls nach römischem Recht die Mucianische Cau-
tion zu leisten ist.“ Diesen treffenden und feinen Bemerkungen Unger's (S. 16
N. 27) haben wir nur etwa noch beizufügen, daß die betreffende Anordnung in einer
Art ausgedrückt sein kann, welche die Umwandlung der Suspensiv-Bedingung in eine
Resolutiv-Bedingung verbietet (f. N. 19), wo dann der Vulgar-Substitut als solcher
daran kommt; oder aber so, daß die Worte der Substitution gleichmäßig für die
fideicommissarische, wie für die gemeine passen; z. B. „A soll mein Erbe sein, wenn
er die N nicht heiratet; heiratet er sie, so soll B mein Erbe sein“.

3. Auftrag.

§. 709.

Hat der Erblasser jemanden einen Nachlaß unter einem Auftrage zugewendet; so
ist dieser Auftrag als eine auflösende Bedingung anzusehen, daß durch die Nichterfüllung
des Auftrages der Nachlaß verwirkt werden solle. (§. 696.)

§. 710.

In dem Falle, daß der Auftrag nicht genau erfüllt werden kann, muß man demselben
wenigstens nach Möglichkeit nahe zu kommen suchen. Kann auch dieses nicht geschehen;
so behält doch der Belastete, wofen aus dem Willen des Erblassers nicht das Gegentheil
erhellet, den zugeordneten Nachlaß. Wer sich zur Erfüllung des Auftrages selbst unfähig
gemacht hat, wird des ihm zugeordneten Nachlasses verlustig.

§. 711.

Wenn der Erblasser die Absicht, wozu er den Nachlaß bestimmt, zwar ausgedrückt,
aber nicht zur Pflicht gemacht hat, so kann die bedachte Person nicht angehalten werden,
den Nachlaß zu dieser Absicht zu verwenden.

§. 712.

Die Anordnung, wodurch der Erblasser seinem Erben eine unmögliche oder uner-
laubte Handlung mit dem Beylage aufträgt, daß er, wofen er den Auftrag nicht befolgte,
einem Dritten ein Legat entrichten soll, ist ungültig.

I. Die etwas verwickelte und weitläufige, aber nicht im gleichem Maße für
die Interpretation ergiebige Redactions-geschichte ist in einem Excurs bei Seite
gestellt, in welchem auch Geschichtliches und Dogmengeschichtliches über den modus
beigebracht wird.¹⁾ Hier genüge die Bemerkung, daß sich die beiden ersten §§. an
das preuß. L. R. (I. 4. §§. 153—155, I. 12. §§. 510—512), die beiden letzten
an das Westgal. G. B. (§. 498 pr., §. 499) anlehnen; und daß auf jenes Vorbild
die Vergleichung mit der auflösenden Bedingung zurückzuführen ist.²⁾

Es ist seit langer Zeit üblich, neben condicio und dies den modus zu stellen
(als „Modalitäten“ oder „Nebenbestimmungen“ der Rechtsgeschäfte). Es ist dieses
zwar nicht unbedenklich, läßt sich aber durch den Zusammenhang, der zwischen der
Lehre vom modus und von der Bedingung besteht, rechtfertigen. Die dagegen in
neuerer Zeit laut gewordene Polemik ist zu weit gegangen.³⁾

Der modus wird von Manchen „Zweck, Zweckbestimmung, Verwendungs-Be-
stimmung“, von Anderen passender „Aufgabe, Auftrag“ genannt.⁴⁾ Im westgalizischen
und preußischen Gesetzbuch ist der Ausdruck „Zweck“ verwendet, die Verfasser des

²⁵⁾ D. h. selbst, wenn man die von Unger in Anm. 21 und von uns in Abj. V
vertheidigte Ansicht im übrigen nicht theilt.

¹⁾ Der Excurs ist betitelt: „Ueber den letztwilligen Auftrag und den modus über-
haupt.“ Dort ist auch (in Note *) die Literatur angegeben.

²⁾ S. Excurs Abj. V und VI.

³⁾ Vgl. hierüber den Excurs Abj. VII.

⁴⁾ Vgl. Pfeiffer S. 25, 28 f., Savigny III S. 229 f., Brinz I. Aufl. S. 1534.

a. b. G. B. haben sich nach einigem Schwanken für die Benennung „Auftrag“ entschieden.⁵⁾

II. Ueber den modus im allgemeinen. Von dem Vermächtnisse, welches ja auch eine „Auflage“ (f. „auferlegt“ in §. 606, §. 700) und ein letztwilliger „Auftrag“ ist (f. §§. 649, 650)⁶⁾, unterscheidet sich dieser Auftrag (der modus) dadurch, daß bei ihm der Auflage (Pflicht des Belasteten) nicht ein Forderungsrecht eines Dritten auf Erfüllung entspricht. Das Vermächtniß bezweckt immer den Vermögensvorteil eines Honorirten, der modus nicht, wenigstens nicht direct, nicht primär. „Beim Vermächtnisse ist die Honorirung primär, die Dnerirung secundär. Beim modus ist die Dnerirung das Primäre; eine Honorirung ist entweder gar nicht vorhanden oder doch nur secundär.“^{6a)} Darnach ist auch bei undeutlicher Wortfassung zu erkennen, ob diese oder jene Art von Dnerirung vorhanden ist.⁷⁾ Vermächtniß und nicht modus lag vor im Falle der Sammlung VIII Nr. 3917⁸⁾; ebenso doch wohl auch im Falle I Nr. 16⁹⁾ und im Falle XVII Nr. 7498.¹⁰⁾ Interessant ist Nr. 2269 (im V. Bde.). Die Anordnung lautet: „Meine Erben sind verpflichtet, binnen Jahresfrist eine Gruft der Familie M zu erbauen und dieselbe mit einem architektonisch geschmackvollen Denksteine zu zieren, zu dessen Anfertigung ich den mir als ausgezeichnet bekannnten akademischen Bildhauer A bestimme.“ Unseres Erachtens liegt hier ein modus vor. Allerdings enthält die Anordnung auch zwei Begünstigungen, aber doch nur secundärer Natur.¹¹⁾ Ähnlich verhält es sich im Falle IV Nr. 2028, wo der Erbe die Pflicht hatte, für jährliche Lesung von 250 Messen in

⁵⁾ Die übrigens auch im Westgal. G. B. neben dem Ausdrude „Zweck“ vorkommt. — Excurs Abf. III.

⁶⁾ Vgl. Excurs zu §. 709 ff. Abf. I und Abf. VIII a. G.; f. auch schon Excurs II S. 326 ff., vgl. jezt auch Burdhard II S. 377.

^{6a)} Excurs II S. 329.

⁷⁾ Ueber die Verwandtschaft und den Unterschied zwischen Modus und Vermächtniß ist ausführlich gehandelt im Excurs Abf. VII und in dem Excurs über das Wesen des Vermächtnisses Abf. V.

⁸⁾ Von der I. Instanz falsch, von den beiden Obergerichten richtig entschieden. (Der Fall ist auch erzählt in der Ger. Ztg. v. 1870 Nr. 98.)

⁹⁾ Bedenken dagegen kann die mangelhafte Bezeichnung der Honorirten erzeugen („so lange Mitglieder der Familie B existiren“).

¹⁰⁾ Der Erzbischof von Zara war zum Universalerben eingesetzt und beauftragt (in einem Briefe, auf den im Testamente hingedeutet war), das Vermögen dem Jesuiten-Orden abzutreten. Der Wortlaut dieses Auftrages deutete auf Singular-, nicht auf Universal-Succ. des Ordens hin; es war also ein Erbchafts-Vermächtniß ganz ähnlich dem fideicommissum hereditatis in der ersten Kaiserzeit (vor dem Sc. Trebellianum). Und auch die eingestandene Absicht, den eigentlichen Honorirten zu verheimlichen, erinnert an römische Zustände. — Die Gerichte nahmen, wie uns scheint irrig, einen modus an, die Intestaterben behaupteten grundlos Ungültigkeit des Testamentes. Obwohl der Fall nicht stricte zu §. 582 gehört, so beweist doch schon dieser §., daß der ganze Hergang kein ungesetzlicher war.

¹¹⁾ Soll die „Familie M“ Legatar sein? Sie ist keine juristische Person. Also die einzelnen Mitglieder? Welche? Kann aus §. 682 ein Analogieschluß gezogen werden? Wir bezweifeln es. Ueberdies handelt es sich in erster Linie nicht um ein Vermögens-Interesse der Familie M, wenigleich es an einem solchen nicht geradezu fehlt. Noch weniger kann der Bildhauer A als Legatar bezeichnet werden. Er soll keine unentgeltliche Bereicherung erhalten, sondern er soll eine Arbeit leisten, die ihm bezahlt würde, ohne daß hiefür irgend eine Summe letztwillig ausgesetzt wäre, so daß die Bezahlung durchaus nur als Entgelt erscheinen muß. Dies würde für sich allein freilich nicht entscheiden (f. Savigny IV S. 21 R. c; Hartmann Vermächtnisse passim, bef. §. 4), aber es kann nicht zur Annahme eines Vermächtnisses geneigt machen. Wenn man fragt: „cui voluit prospectum, cuiusque contemplatione testator fecit?“ (L. 11 §. 22 D. de leg. III), so kann der Bildhauer nicht in erster Linie als bedacht erscheinen. Vielleicht fehlte der Gedanke, diesem einen Vortheil, eine Einnahme zuzuwenden, gänzlich und wurde der Legatar bei der Wahl des Künstlers nur durch die Sorge für die „architektonisch geschmackvolle“ Ausstattung des Denkmals geleitet. So liegen keine hinreichenden Gründe vor, in der Anordnung etwas Anderes zu erkennen, als eine Modification des uralten Musterverfalles von modus (vgl. Scheurl Nebenbestimmungen S. 249). Dem Bildhauer stand keine

der Pfarrkirche B zu sorgen; auch diese Anordnung ist nicht Vermächtniß, sondern modus.¹²⁾ Vgl. auch VI Nr. 2783.¹³⁾

Modus und Suspensiv-Bedingung pflegt man seit lange so einander entgegenzusetzen: jener verpflichtet, schiebe aber nicht auf; diese schiebe auf, verpflichtet aber nicht.¹⁴⁾ Dieser Satz ist auch für das österreichische Recht richtig, wenn man nur bei der Verpflichtung nicht an eine obligatio im technischen Sinne denkt.¹⁵⁾ Schwerer ist es, das Verhältnis des modus zur Resolutiv-Bedingung genau zu bestimmen, da in der Wissenschaft noch soviel Unklarheit über Wesen und Wirkung dieser besteht; davon ist weiter unten zu handeln (Abs. XI).

Nicht selten ist es zweifelhaft, ob eine Anordnung bedingt oder modal ist; die Wortfassung, so wichtig sie ist, kann nicht allein entscheiden.¹⁶⁾ Dann muß man — wie seit jeher die herrschende Lehre mit Recht annimmt — lieber einen Modus (weil die geringere Beschränkung) annehmen.¹⁷⁾

Der modus kann eine Vorschrift darüber sein, wie das Empfangene ganz oder zum Theile verwendet werden solle, worin nicht immer eine Minderung der Gabe enthalten ist.¹⁸⁾ Er kann aber auch auf ein, von der Verwendung des Empfangenen unabhängiges, dare, facere, oder auch auf ein omittere gerichtet sein; nur ist im einzelnen Falle zuzusehen, ob nicht vielmehr ein Vermächtniß beabsichtigt sei. Der Modus kann Gebot oder Verbot sein; die Zulässigkeit eines negativen Modus unterliegt auch im österreichischen Rechte keinem Zweifel (s. §. 720).¹⁹⁾ Die schwierige und

Klage zu, aber die Gerichte hätten von Amtswegen der „auctoritas testatoris“ Respect verschaffen sollen („interventu iudicis haec omnia debent . . . ad effectum perducı“ L. 7 i. f. D. de ann. leg. 33. 1), was in jenem Falle nicht geschehen ist.

¹²⁾ Die Priester, die zur Personirung der Messen von Fall zu Fall bestimmt werden, sind nicht bedacht; die Pfarrkirche B als juristische Person auch nicht; denn sie behält nicht das Geld, sondern folgt es an die lebenden Priester aus. Auch war der nächste Zweck des Testators, für sich, für sein Seelenheil zu sorgen. Die Messenlesung ist ihm Zweck, die dafür ausgesetzte Rente nur Mittel. Eine Begünstigungs-Abicht war entweder gar nicht oder doch nur secundär vorhanden. Nichtig entschied die I. und III., wichtig die II. Instanz. (Die Frage kam übrigens nur indirect zur Sprache; zunächst handelte es sich darum, wer die Vermächtnißgebühr zu tragen habe? Es wurde entschieden: der Erbe. Die richtige Antwort de lege ferenda wäre: „Niemand“; denn weder der Erbe, noch die Pfarrkirche sind um das Geld bereichert; es ist ein onus, ähnlich den letztwillig reichlich bemessenen Beerdigungskosten. Dies ist in der Fin. M. Bdg. v. 31. März 1853 (s. Fd. Schuster S. 301), die in der Entscheidung hätte citirt werden sollen, unter Hinweis auf die Gegenleistungen anerkannt bei nicht wiederkehrenden Gaben; als ob bei wiederkehrenden nicht auch die Gegenleistungen wiederkehren würden!)

¹³⁾ Hier wurde erkannt, der Belastete könne nicht den Nachweis verlangen, daß die Messen wirklich gelesen wurden, „weil die Personirung der Messen nicht für ihn, sondern für den Stifter gilt. . . . Daß dieselbe nach den Intentionen des Stifters stattfinde, ist Sache des Ordinariats. . . .“

¹⁴⁾ So Hellfeld, Glück, Savigny, Pfeiffer (s. Excurs Note 4).

¹⁵⁾ S. darüber Abs. XI und im Excurs den Abs. X.

¹⁶⁾ Der Laie hat kein Bewußtsein davon, daß die Partikeln „wenn“, „damit“ von so großer Wichtigkeit seien. Allerdings aber kann sich in ihnen ein bestimmter Wille manifestiren. Vgl. Zeiller II S. 681 und III S. 85 und Savigny III S. 231 f.: „Die gebräuchten Worte sind unsichere Führer und es muß vielmehr aus den Umständen die wahre Absicht ermittelt werden.“ Der Jurist muß sich eben fragen, ob diese oder jene Rechtsfolgen mehr dem gewissen oder wahrscheinlichen Willen des Erblassers entsprechen. Im Falle der Sammlung V Nr. 2666 war eine Bedingung vorhanden, und das Interesse des Falles lag in der Frage, ob eine vereitelte Bedingung nicht ausnahmsweise wie eine erfüllte zu behandeln sei, wovon bei §. 699 die Rede war.

¹⁷⁾ Hierin stimmen alte und neue, gemeinrechtliche und österreichische Juristen überein; doch fehlt es nicht ganz an Dissidenten. Darüber im Excurs Abs. XI.

¹⁸⁾ Z. B. wenn der Legatarin aufgetragen ist, das Empfangene als Heiratsgut zu bestellen (dieses bleibt ja ihr H.); oder wenn eine gewisse Capitalsanlage imperativ vorgeschrieben ist (nicht bloß als Rath). Anders freilich, wenn aus dem Vermächten eine Stiftung, ein Denkmal errichtet werden soll u. s. w.

¹⁹⁾ S. Excurs Abs. VIII. Vgl. Unger Erbrecht §. 18 pr.; Schey in Grünhuts Ztschft. IX S. 370.

sehr bestrittene Lehre von den Veräußerungs- und Einschuldungs-Verboten ist im Sachenrechte zu behandeln.

Der modus kann einem öffentlichen oder privaten, einem vermögensrechtlichen oder idealen Interesse dienen; nur wo der Auftrag im alleinigen Interesse des Beauftragten gegeben wird, ist er in der Regel nicht juristisch verbindlich (s. §. 711).²⁰⁾ Auch die Vornahme eines familienrechtlichen Actes (Heirat, Adoption) kann aufgetragen sein.²¹⁾ Wenn dem Erben aufgetragen ist, Jemanden als Testaments-Executor oder Abhandlungs-Pfleger anzuerkennen und ihm eine Vollmacht zu geben (Sammlung XIII Nr. 5617), so ist dies zwar unnötig, da der Dritte seine Befugnisse auf den Willen des Testators gründet, und vom Willen des Erben unabhängig ist (s. bei §. 816); dennoch aber wäre der Erbe, der den Dritten an der Ausübung der ihm zugewiesenen Function hindern wollte, als Uebertreter eines modus zu behandeln (vgl. §. 720). Am meisten verbläßt der Gedanke des Auftrages und tritt die werthmindernde Function des modus hervor bei der Auflage, sich etwas in den Erb- oder Pflichttheil einrechnen zu lassen.

Ueber den unmöglichen und unsittlichen Modus s. bei §§. 710 und 712.

Der modus gehört zu den Voraussetzungen im weiteren Sinne. Eine letztwillige Anordnung (Erbeinsetzung sowohl, als Vermächtniß) kann aber auch durch eine Voraussetzung im engeren Sinne beschränkt sein. Doch ist dieses selten der Fall und (wie uns scheint), nur bei irriger B. von rechtlicher Bedeutung, wovon schon bei §. 572 gehandelt wurde.²²⁾

III. Insbesondere zu §. 709. Der §. 496 Westgal. G. B. II spricht von „Zwed“ und „Auftrag“, und sagt nur das Negative, daß der Modus nicht suspendire; der §. 709 vermeidet den ersteren Ausdruck, und sagt positiv: der nicht-erfüllte modus wirkt resolutiv. Der „Auftrag ist als eine auflösende Bedingung anzusehen, daß . . .“ Nach diesem „daß“ möchte man den Inhalt erwarten. Ein solcher ist aber in dem Nachsatze nicht enthalten, sondern es ist die Wirkung der Bedingung angegeben. Jenes „daß“ ist also ein ut consequitivum (= „so daß“), wie schon die Verweisung auf §. 696 zeigt. Der italienische Text lautet: „come condizione risolutiva; così che non essendovi adempiuto . . .“^{22a)} Da nun aber jede Resolutiv-Bedingung — und daß es sich um eine solche handelt, ist ja schon ausdrücklich gesagt — in der angegebenen Weise wirkt, so könnte man den Nachsatz für einen Pleonasmus halten. Er ist es aber nicht. Die Redactoren haben ihn offenbar darum hinzugefügt, weil der modus und die correspondirende Resolutiv-Bedingung nicht den gleichen, sondern den entgegengesetzten Inhalt haben. Jener lautet z. B.: „du sollst x thun“, diese: „wenn du x nicht thust“; jener hat zum Inhalt: die Leistung x, diese: das Ausbleiben der Leistung x. Die Redactoren waren hier vorsichtiger als sonst, wo sie übersehen haben, daß die sog. Erfüllung (das Eintreten) der Resolutiv-Bedingung die Nicht-Erfüllung (das Nicht-Eintreten) des Wunsches des Testators ist (vgl. oben §. 579 Abs. VIII).²³⁾

²⁰⁾ Ueber die Regel und ihre Ausnahme s. Excurs Abs. VIII. Aus diesem Grunde sind reine (d. h. nicht mit Honorirung Dritter verbundene) letztwillige Veräußerungs-Verbote nach römischem Rechte unwirksam. L. 114 §. 14 D. de leg. I. L. 38 §. 4 D. de leg. III. L. 93 pr. eod.

²¹⁾ Sammlung XV Nr. 6422. Ein Modus dieses Inhaltes: Der Testator befahl seiner Tochter, seine Enkelin (ihre Nichte) zu adoptiren. Wegen Nichtbefolgung verlor die Tochter den Erbtheil bis auf den Pflichttheil.

²²⁾ In anderen Fällen, wo man daran denken könnte, liegt u. E. entweder eine irrelevante Motivirung, oder Modus oder eine Bedingung vor. Letzteres namentlich bei correspondirenden Anordnungen. A. M. Windscheid Pandekten III §. 568 Nr. 5.

^{22a)} Vgl. auch Winivarter III S. 252 (die Einschaltung im Textabdruck).

²³⁾ Darum ist im §. 709 ausdrücklich gesagt „durch die Nichterfüllung des Auftrages . . .“ Im italienischen Text blieb dies weg, weil „adempiuto“ nicht auf „condi-

Das im §. 709 zweimal gebrauchte Wort „Nachlaß“ ist nicht im technischen Sinne gemeint (s. §. 531 und Comm. II S. 11), sondern als synonym mit „das Hinterlassene, Zugewendete“. Dieses kann aber sein: die Erbschaft oder ein Erbtheil, oder ein Vermächtniß.²⁴⁾

Dnerirt werden kann mit einem Modus jeder Honorirte: der institutus, substitutus, Legatar, Sublegatar; auch der gesetzliche Erbe (in einem Codicill). Der auf den Pflichttheil gelegte Modus ist ungültig (§. 774).

IV. Modus und Bedingung. Die Bedingung verpflichtet nicht; non potest agi, ut conditio impleatur (L. 41 pr. D. de contr. emt. 18. 1). Auch die Resolutiv-Bedingung nicht. Ist sie ja doch nicht selten auf ein objectives Ereigniß gestellt. Auch bei der potestativen Bedingung ist es nicht anders: wer gegen den Willen des Testators handelt, bekommt das Zugedachte nicht, bez. er verliert es. Der Modus verpflichtet. Freilich erzeugt er keine wahre obligatio²⁵⁾ und wird nicht exequirt; aber eine Rechtspflicht erzeugt er doch, welche indirekt erzwungen wird. Diese verbindende Kraft des modus ist durch die Vergleichung mit der auflösenden Bedingung (welche nicht streng gemeint ist, s. §. 710) abgeschwächt, aber nicht beseitigt.^{26a)} Ungehorsam zieht Verlust des Empfangenen nach sich, in Folge einer Klage dritter Personen auf Herausgabe. Wo eine solche nicht erfolgt, ist auch heute noch direktes officioses Einschreiten Pflicht der Abhandlungs-Gerichte.²⁶⁾

Der Auftrag muß innerhalb der vom Testator bestimmten, sonst innerhalb angemessener Frist, d. h. ohne unnöthigen Aufschub (arg. §. 904) erfüllt werden²⁷⁾; diese Frist ist vom Gerichte zu bestimmen.²⁸⁾ Dieses kann dabei von Amtswegen oder über Antrag vorgehen. Auf Fristbestimmung und auf Erfüllung des Modus dringen²⁹⁾ kann jeder Interessirte^{29a)}, namentlich der, dem bei Nichterfüllung zu restituiren ist, nämlich: der Dnerirte (bei einem modalen Vermächtniß), der Substitut (s. bei §. 712), der sonst accreszenzberechtigte³⁰⁾ Miterbe, der Intestaterbe — kurz: der durch den Beauftragten ganz oder theilweise vom Nachlasse (dem Erhalten oder Behalten desselben) Ausgeschlossenene.³¹⁾

Allerdings widerspricht die sog. dingliche Wirkung (d. h. ipso iure eintretender

zione“, sondern nur auf „incarico“ bezogen werden kann. Basevi tadelt die officielle Uebersetzung des §. 709 und gibt eine andere, in welcher diese Stelle lautet: „condizione risolutiva, per la quale, non adempiendosi l'incarico, il lascito debba caducarsi“; doch gesteht er selbst, daß die officielle Uebersetzung den gleichen Sinn habe. — Wenn die Bemerkungen im Texte trivial und überflüssig erscheinen sollten, der lese im Excurse die Note 48.

²⁴⁾ Im italienischen Texte ist „Nachlaß“ am Anfange des §. 709 umschrieben mit „una eredità o un legato“, am Ende ist es übersezt mit „il lascito“.

²⁵⁾ Denn wo diese vom Testator gewollt ist, geht der Modus in ein Vermächtniß über (s. Abf. II). Der Modus steht also in der Mitte zwischen Vermächtniß und Bedingung.

^{25a)} Vgl. hinsichtlich des preuß. R. Gruchot II S. 155.

²⁶⁾ Ausführlicher handeln davon Abf. IX und X des zugehörigen Excurse.

²⁷⁾ Zeiller II S. 682, Unger Erbrecht §. 18 pr., Ellinger bei §. 709, Taglioni V p. 138. — Rippel will die Jahresfrist des §. 685 hier analog anwenden, mit Unrecht; es kommt alles auf den Inhalt des Auftrages an; nur durch die Rücksicht auf die größere oder geringere Kostspieligkeit und Schwierigkeit der Erfüllung wird sich das Gericht bei der Fristbemessung leiten lassen. Wer würde Jemanden die Errichtung einer Statue, die Erbauung eines Armenasyls u. dgl. innerhalb Jahresfrist zumuthen! —

²⁸⁾ Hellfeld S. 1572, Zeiller und Ellinger a. a. D.

²⁹⁾ Zu diesem und dem vorigen Satz s. Zeiller II S. 682 Z. 3.

^{29a)} Aber er kann die Erfüllung nicht einklagen; denn den §. 1019 herziehen zu wollen, wäre absurd. Dagegen Basevi (bei §. 711), der aber selbst über das Wesen des Modus und das Verhältniß zum Legat keine klare Vorstellung hat.

³⁰⁾ Aber nicht kraft Accreszenzrechtes; s. Unger Erbrecht §. 16 Num. 21; vgl. oben bei §§. 707, 708, S. 610.

³¹⁾ Vgl. Windscheid Voraussetzung S. 69.

Verlust in Folge von Nichterfüllung) dem Wesen des Modus als einer Art der Voraussetzung im weiteren Sinne. Und daß die Annahme der obligatorischen Wirkung kein Hinderniß wäre, bei modaler Erbeinsetzung denjenigen, welcher mit der Klage auf Herausgabe siegt, als Universal-Successor des Erblassers zu behandeln,³²⁾ zeigt die römische Behandlung des fideicommissum hereditatis. Aber aus historischen Gründen müssen wir uns auch hier (s. §. 709) für die Gleichstellung mit der Resolutiv-Bedingung erklären³³⁾; denn unseren Redactoren fehlte das tiefere Verständnis für das Wesen des modus, und das preuß. L. R. spricht für jene Gleichstellung; s. I. 4. §. 115 „... verliert sein Recht mit dem Augenblicke . . .“; §. 155 „alles das, was . . . §. 114 sqq. verordnet ist“; vgl. I. 12. §. 510. Selbstverständlich aber ist die Wirkung bloß eine Wirkung ex nunc, da bei uns nicht einmal die eigentliche Resolutiv-Bedingung ex tunc wirkt.^{33a)}

So lange der Modus nicht erfüllt ist, ist die Stellung des Beauftragten analog der des Fiduciars bei einer bedingten fideicommissarischen Substitution (§. 613).³⁴⁾ Damit hängt auch die Vorschrift des §. 158 des Pat. v. 1854 zusammen, wornach, wenn ein unbewegliches Gut sub modo hinterlassen wurde, der modus eingetragen werden muß; während bei beweglichem Vermögen dieses pupillarisch sichergestellt wird, damit die eventuelle Restitution nicht gefährdet sei. Doch können der Testator oder „die Betheiligten“ die Sicherstellung erlassen.

Ob eine Last oder Beschränkung auf die Person desjenigen eingeschränkt sei, dem sie auferlegt ist, oder auch auf seine Erben und Transmissare³⁵⁾, auf Substituten und Accrescenzberechtigte sich erstreckt, ist zuletzt quaestio voluntatis. Aber bis zum Erweise des gegentheiligen Willens muß man bei Bedingungen (gleichviel ob suspensiven oder resolutiven) die Erstreckung verneinen (§. 702), bei Vermächtnissen dagegen annehmen (§§. 563, 606, 650). Der Modus hält auch hierin die Mitte zwischen Bedingungen und Vermächtnissen (vgl. R. 25): je nach seinem Inhalt ist bald jenes, bald dieses anzunehmen. So z. B. wird man bei Errichtung von Denkmälern, wohltätigen Anstalten die Erstreckung annehmen, bei modi dagegen, welche auf gewisse Fähigkeiten und Kenntnisse voraussetzendes facere oder auf die Vornahme eines familienrechtlichen Actes gerichtet sind, an deren rein persönlicher Natur nicht zweifeln.³⁶⁾ Wo die Last nicht übergeht, hat der Tod des Belasteten vor der Erfüllung bald das Erlöschen der Last, bald den Verlust des Erworbenen zur Folge, je nachdem die bisher unterbliebene Erfüllung auf Verschulden (dolus oder Negligenz) des Verstorbenen zurückzuführen ist oder nicht.

Ist Miterben oder Collegataren eine untheilbare Leistung gemeinschaftlich auf-

³²⁾ Nach römischem Rechte ist dieses wegen der Regel „semel h. s. h.“ nicht möglich. Dort kann die Herausgabe nur als Erfüllung der cautio, als Analogon zur Erbschafts-Veräußerung gedacht werden.

³³⁾ Vgl. Unger II S. 227.

^{33a)} Daher, sagt Unger Erbrecht §. 18 N. 2 treffend, „ist unrichtig die Behauptung von Winwartter III S. 252 f. und Stubenrauch II S. 551 Nr. 4, daß der Zuwiderhandelnde auch die mittelweile bezogenen Früchte restituiren müsse . . . Vgl. dagegen auch Fügler II S. 254 f.“

³⁴⁾ Vgl. oben S. 242 ff. und Excursus II S. 156 f. (Abs. V). — Ungerau Zeiller II S. 681, besser Ellinger.

³⁵⁾ Auch der Transmissar ist Erbe des beschränkt Honorirten; wenn man also sagt, „die Erben und Transmissare“ so denkt man bei jenem Worte an den Fall, wo der Honorirte bereits erworben hat.

³⁶⁾ Vgl. Höpfner (in der Note zu §. 577 a. E.); „Können die Erben den modum erfüllen, so müssen sie es thun.“ Aehnlich Zeiller bei §. 709 B. 2 a. E., Ellinger §. 709. — Für Erstreckung auf Substituten Nippel S. 415 f. (mit dem unrichtigen, gleichwohl von Fügler II S. 251 gebilligten, Zusatz: beim Substituten verliere der modus die Bedeutung der auflösenden Bedingung, wegen §. 702), Ellinger; dieser auch für Erstreckung auf Accrescenz-Berechtigte, ebenso Winwartter III S. 252. Vgl. etwa auch Fügler II S. 242.

erlegt, so verlieren im Falle der Nichterfüllung Alle; ist sie theilbar, so kann sich Jeder seinen Antheil durch entsprechende theilweise Erfüllung sichern.³⁷⁾

IV. Zu §. 710. Auch beim Modus muß man, wie bei der Bedingung, zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit unterscheiden; nur bei jener spricht man in der Wissenschaft von „unmöglicher Bedingung, bez. Auflage“, bei dieser dagegen von „vereitelter, fehlgeschlagener Bedingung, *conditio deficiens*, nicht erfüllter Bedingung bez. Auflage, ermangelndem Modus“ u. dgl. Die beiden ersten Sätze des §. 710 passen ihrem Wortlaute nach auf beide Fälle, ebenso die Bemerkungen Zeiller's über diesen §. Gleichwohl ist zunächst an den Fall nachträglicher Unmöglichkeit gedacht gewesen, auf welchen allein der dritte Satz paßt. Hiesür spricht auch das preussische Vorbild.³⁸⁾ Andererseits ist es denkbar, daß man absichtlich den Eingang des §. 710 allgemeiner als den von §. 511 preuß. L. R. I. 12 gefaßt hat, und „lege non distinguente nec nostrum est distinguere“. Gewiß ist, daß man durchweg richtige Resultate erhält, wenn man den §. 710 auf beide Fälle anwendet.³⁹⁾

A) Anfängliche Unmöglichkeit. Der Testator bezieht dem Honorirten, etwas zu thun, was Niemand thun kann (z. B. im eig. Sinne des Wortes fliegen, ein *perpetuum mobile* erfinden u. s. w.) oder etwas zu unterlassen, was Niemand unterlassen kann (z. B. atmen). Wenn der Befehl nicht erweislicher Maßen als aufschiebende Bedingung gemeint war, wo die Honorirung ungültig (und meistens derisorisch) wäre — so liegt ein Modus vor, dessen Nichterfüllung nicht schadet. „Das Gesetz vermuthet, daß der Erblasser wegen der unterbleibenden unmöglichen Erfüllung des Auftrages dem Begünstigten den Nachlaß nicht habe entziehen wollen.“ (Zeiller bei §. 710 Z. 2). Man glaubte sich bei dieser Entscheidung in Harmonie mit §. 698 zu befinden, wie denn selbst Unger (im Erbrecht §. 18 vor R. c) sagt: „Geht der Auftrag von vornherein auf etwas Unmögliches oder Unerlaubtes, so

37) Basevi bei §. 709 N. 2. — Die Behauptung desselben Schriftstellers, der Intestaterbe sei immer zum Beweise (durch Eidesdelation) zuzulassen, daß der testamentarische Erbe mit einem geheimen Auftrage belastet sei (con un incarico occulto o fiduciario), ist offenbar verkehrt und würde das sog. *Dual-Fideicommiss* durch eine Hinterthür bei uns wieder einführen. Sie ist aber von völkerspöchologischem Interesse (vgl. das *fideicommissum tacitum*; dann den Fall in der Sammlung XVII Nr. 7498, f. hier N. 10). Wer viele italienische Testamente gelesen hat, weiß, wie oft römisches Wesen und Unwesen in ihnen nachwirkt.

38) §. 511 L. R. I. 12: „Wird die Erfüllung des Zwecks ohne Schuld des Erben oder Legatarii unmöglich; so muß der Vortheil zu einer anderen Bestimmung, welche der aus der Verordnung oder aus den Umständen sich ergebenden Absicht des Testators am nächsten kommt, verwendet werden.“ §. 512. „Kann auch dieses nach den Umständen nicht geschehen; so behält der Erbe oder Legatarius dennoch den ihm zugedachten Vortheil.“ §. 513. „Es wäre denn, daß aus der Verordnung oder den Umständen klar erhellte, daß der Erblasser dem Erben und Legatario den Vortheil gar nicht zugewendet haben würde, wenn er die Nichterfüllung des bestimmten Zwecks vorausgesehen hätte.“ §. 510. „Kommt der Erbe oder Legatarius zu dieser Erfüllung durch eigenes Verschulden außer Stand, so verliert er den ihm zugedachten Vortheil.“ — Eine Vergleichung unseres §. 710 mit den §§. 510—513 (die man mit Recht so umgestellt hat: 511—513, 510) zeigt, daß jener ein Auszug aus diesen ist, aber auch das überlegene Formtalent Zeiller's.

39) Auf beide Fälle paßt auch folgende, mit unserem §. 710 übereinstimmende, Aeußerung Savigny's (III S. 235): „Ist die Erfüllung des Modus auf irgend eine Weise unmöglich, so fällt die Verpflichtung zu demselben hinweg, ohne daß die Erbschaft oder das Legat selbst, woran er geknüpft war, darunter leidet (L. 8 §. 7 D. de cond. inst. 28. 7. L. 1 C. de his quae sub modo 6. 45. . .); darin besonders liegt eine wichtige Verschiedenheit von der Bedingung. Ist die Erfüllung des Modus nicht ganz, sondern nur theilweise, unmöglich oder durch sittliche Gründe verhindert, so wird der mögliche Theil dennoch aufrecht erhalten (L. 6 pr., L. 27, L. 37 D. de cond. 35. 1. L. 16 D. de usu et usur. 33. 2).“ Auch für das preussische Recht nimmt man (trotz der engeren Fassung von §. 511 pr.) Gleiches an; s. Gruchot II S. 157 f.

wird er nicht weiter berücksichtigt (arg. §. 709, 698.⁴⁰)“ Daß man dies glaubte, beweist Zeiller's Commentar. Den Gedanken: „bis zum Beweise eines gegentheiligen Willens des Testators“ sei hier die Nichterfüllung unschädlich — formulirt er so, wie wir oben (ihm folgend) gethan haben: „eine aufschiebende unmögliche Bedingung“ schade, „aber“ das Gesetz vermuthet, daß u. s. w. Folglich schadet der Auftrag nicht, wenn in ihm eine auflösende unmögliche Bedingung steckt.⁴¹) Nun ist es ganz unmöglich, obiges Resultat durch Combinirung von §. 709 und §. 698 i. f. zu erhalten, so bald man letzteren §. im Sinne der heutigen Terminologie auslegt. Denn Modus und Resolutiv-Bedingung haben entgegengesetzten Inhalt (s. oben S. 616 Abf. III): einem unmöglichen Modus entspricht eine nothwendige Resolutiv-Bedingung, und dieses haben ja die Redactoren selbst anerkannt (durch die Schlussworte des §. 709). Gleichwohl ist an dem Resultate (das auch den Wortlaut des §. 710 für sich hat), nicht zu zweifeln; gilt es doch auch im gemeinen Rechte.⁴²) Und so ist dieses ein neues Argument für die Annahme (s. bei §. 698), daß unter der „auflösenden unmöglichen Bedingung“ in §. 698 auch die gemeint ist, welche dem Honorirten Unmögliches zumuthet, und die in Wahrheit eine nothwendige auflösende Bedingung ist.⁴³)

B. Anfängliche Unerlaubtheit. Ein Auftrag, durch den eine rechtswidrige oder unsittliche Handlung oder Unterlassung befohlen wird, ist für nicht beigelegt zu achten. Er braucht nicht befolgt zu werden, weil er nicht einmal befolgt werden darf. Vgl. §. 712 und L. 7 i. f. D. de ann. leg. 33. 1 („interventu iudicis debent, si non ad turpem causam feruntur, ad effectum perducere“). So z. B. wenn dem Erben verboten würde, seinen dürftigen Vater zu alimentiren. Vgl. Sammlung VII Nr. 3626.

C. Daß unverschuldete nachträgliche (physische oder juristische) Unmöglichkeit nicht schadet, ist vollkommen gewiß (s. den Anfang dieses Abf. IV, vgl. Unger §. 18 A. 3). Ebenso, daß

D. hinsichtlich nachträglicher Unerlaubtheit dasselbe gilt, wie unter B.⁴⁴)

Alle diese Sätze werden auch noch dadurch bestärkt, daß sie auch hinsichtlich anderer onera, namentlich Vermächtnisse gelten. Wer ein Vermächtniß nicht erfüllen kann oder darf, verliert darum keineswegs das ihm selbst Zugewendete.

V. (§. 710. Fortsetzung.) Der Wille des Erblassers ist so genau, als möglich zu befolgen. „Wird also z. B. die von dem Erblasser vorgeschriebene feierliche Begräbnißart, oder Errichtung eines Monumentes zu seinem Andenken von der öffentlichen Verwaltung nicht gestattet, so muß sie doch in einem ihr nahe kommenden gestatteten Maße beobachtet werden.“ (Zeiller II S. 683.)⁴⁵) Zu §. 710 pr.

⁴⁰) Offenbar bezieht also Unger den zweiten Satz von §. 710 nur auf die nachträgliche Unmöglichkeit; sonst würde er sich direct auf diesen berufen, statt aus §. 709 und §. 698 zu argumentiren.

⁴¹) Vgl. Ellinger: „Er behält darum den Nachlaß, weil dann der Auftrag in eine auflösende unmögliche Bedingung übergeht (§. 698).“

⁴²) Vgl. die Nachweisungen bei Gruchot II S. 158 N. 1; dann Madign Principia iuris rom. de successionibus (1787, 1792) §. CXXIV i. f. „Modus impossibilis pro non adiecto habetur“ unter Berufung auf L. 71 §. 2. D. de condic. et demonst. 35. 1. Hellfeld §. 1572. Thibaut (8. Aufl.) §. 102 vor N. d. Savigny III S. 235. Windscheid Voraussetzung Nr. 114. (Vgl. die vorige Note.)

⁴³) Es erklärt sich dieses aus der von Arnolds Civil. Schftn. I S. 26 ff. geschilderten und gerügten Unklarheit über den Begriff der „unmöglichen Bedingung“ — eine Unklarheit, die zur Zeit der Redaction sehr verbreitet war. S. den Excurs zu §. 698.

⁴⁴) Zu B. und D. vgl. über gemeines Recht Windscheid Voraussetzung Nr. 108; zu C. ebd. Nr. 113; dann Frösch. Mommser Die Unmöglichkeit der Leistung (I. Bd. der Beiträge z. Oblig. R.) S. 389 N. 2.

⁴⁵) Vgl. Taglioni V p. 137. — Unter Berufung auf §. 493 preuß. L. R. I. 12 nimmt Zeiller verhältnißmäßige Minderung der Last an, wenn das Zugewendete an Werth inzwischen verloren hat, oder die Leistung in Folge von Preiserhöhungen drücken-

vgl. §. 511 preuß. L. R. I. 12 (f. R. 38). L. 16 D. de usu et usufr. 33. 2 und die anderen in R. 39 cit. Stellen. Dieses gilt auch von einer nicht geradezu unmöglichen, aber doch aus subjectiven Gründen zu schwierigen Auflage. Schon theilweise Erfüllung, ja schon ernstes, wenngleich erfolgloses Bestreben kann hier genügen.⁴⁶⁾ — Ein Beispiel eines Auftrages, der nicht genau, aber annähernd erfüllt werden konnte, bietet die Sammlung XVII Nr. 7322. — Wenn schon eine unverständliche Bedingung als nicht beigelegt zu betrachten ist (§. 697), um wie viel mehr ein unverständlicher Auftrag. Als einen solchen hätte man bezeichnen dürfen den mit dem Legat einer Liegenschaft an die Wittve verknüpften Auftrag, „daß nach ihrem Tode oder Auswirthschaftung dieselbe dem A . . . zu beliebigem Preis zu überlassen ist“. Der oberste S. S. erkannte nur, daß hier keine fideicommissarische Substitution vorliege. U. E. läßt sich die Anordnung als betagtes After-Vermächtniß auffassen. A kann beim Eintritte eines jener Ereignisse Abtretung des Grundstückes gegen Preiszahlung verlangen. Doch könnte Aehnliches auch Inhalt eines modus sein. Die Unverständlichkeit liegt in den Worten „zu beliebigem Preis zu überlassen“. Wessen Belieben soll entscheiden? Gegen das Belieben der Wittve erregen Bedenken die Worte „nach ihrem Tode“, und mehr noch die Erwägung, daß sie dann den Auftrag leicht frustriren könnte. Noch unwahrscheinlicher ist das Belieben des A. Will man die Anordnung nicht als unverständlich streichen, so muß man durch arbitrium boni viri dem wahrscheinlichen Willen des Testators nahe zu kommen trachten.

Zu dem Schlußsate des §. 710 (vgl. §. 510 preuß. L. R. I. 12; f. R. 38) bemerkt Zeiller (S. 684) mit Recht, daß es nichts ändert, wenn die Handlung, durch welche man sich zu der Erfüllung unfähig macht, an sich eine erlaubte ist; „z. B. durch Vermählung mit einer anderen, als der ihm vom Erblasser bestimmten Person“. Ellinger fügt einschränkend hinzu: „übrigens muß es zu einer Zeit erfolgt sein, wo der Bedachte von dem Auftrage bereits Kenntniß hatte“. Wir glauben, daß die Richterfüllung, wenn sie nicht schaden soll, entschuldigt sein muß; daß also der Belastete glaubhaft zu machen hätte, er habe nicht dem Willen des Testators zuwider handeln wollen (was in obigem Beispiele von vornherein unwahrscheinlich ist).

VI. Zu §. 711. 1) In alten Lehr- und Handbüchern findet man nicht selten bei letztwilligen Anordnungen neben *conditio*, dies, *modus* auch noch *demonstratio* und *causa* aufgeführt. Von der *demonstratio* haben wir bei den §§. 570—572 gehandelt und gewiß gehört sie nicht an diese Stelle. Das, wovon der §. 711 handelt, ist das *nudum praeceptum* und die Honorirung „*sub causa*“. Höpfner (§. 576) sagt über das „*legatum sub causa*“: dieses sei vorhanden, „wenn der Testator die Bewegursache anführt, die ihn zu einem Vermächtnisse angetrieben habe. Z. B. 'weil mir A in meiner langwierigen Krankheit Beistand und Pflege geleistet hat, so vermache ich ihm 1000 Rthlr.' Das Legat ist gültig, wenngleich die angeführte Ursache falsch wäre. . . . Denn man weiß, daß die Testatoren zuweilen mit Vorbedacht eine falsche Ursache angeben, damit der Erbe über das Vermächtniß nicht schel sehen möge; oder weil sie sich der wahren Ursache schämen u. dgl. Eine Ausnahme aber erleidet dieser Satz, wenn der Erbe beweisen kann a) daß der Testator die angeführte Ursache für wahr gehalten hat und b) daß er ohne diesen Irrthum das Legat nicht würde hinterlassen haben“. In den Fällen dieser Art ist eben das *Motiv* zur Voraussetzung erhoben; und nur dann kann man mit §. 695 sagen: die „Anordnung sei durch eine erklärte Absicht eingeschränkt“; denn in der Regel schränkt die Absicht

der erscheint, als sich der Testator sie gedacht hat (dieses ist aber, wir wir betonen, eben *quaestio voluntatis*). Es ist dies eine freie, aber doch wohl zulässige Auslegung des §. 710. — Vgl. auch L. 6 (4) D. de admin. rer. 50. 8 und L. 7 D. de fid. libert. 40. 5. Doch stehen ihr erhebliche Bedenken gegenüber, s. Rippel IV S. 418 f. Vgl. auch Fügler II S. 159.

⁴⁶⁾ Vgl. Zeiller S. 684.

nicht ein: *falsa causa non nocet*. Doch auch davon war schon oben S. 118 ff. die Rede. Ob aber ein Fall dieser oder jener Art vorliege, das ist, wie Julianus sagt, „*facti magis quam iuris quaestio*“ (L. 2 D. de donat. 39. 5).⁴⁷⁾

2) „Der Modus darf nicht mit solchen Erklärungen verwechselt werden, die gar nicht die Absicht einer rechtlichen Verpflichtung in sich schließen. Wird also ein Legat . . . gegeben mit der Erklärung, daß der Empfänger davon ein Haus zu bauen oder ein Landgut zu kaufen habe, so gilt dieses gewöhnlich als bloßer Ausdruck eines Rathes oder Wunsches, auch wohl bloß um die Veranlassung der Gabe zu bezeichnen; eine Verpflichtung ist nur unter solchen Umständen anzunehmen, welche die darauf gerichtete Absicht besonders wahrscheinlich machen.“⁴⁸⁾ — Ein wichtiger Fall, der zu §. 711 gehört, ist das Vermächtniß eines Heiratsgutes ohne Rücksicht auf irgend eine bestimmte Ehe (s. Unger §. 75 vor und in Anm. 5) — ein Fall, dessen die Redactoren ausdrücklich gedacht haben (s. Excurse zu §. 709 ff.).

3) Allgemeine Ermahnungen zur Tugend, Ordnung, Sparsamkeit u. s. w. können den Honorirten nur in seinem Gewissen verbinden (vgl. §. 516 pr. l. R. I. 12). Nur wo der Wille des Testators unzweifelhaft soweit geht, kann eine gewisse Art von Uebelverhalten den Verlust des Zugewendeten nach sich ziehen (vgl. §. 517 l. c. und Sammlung VII Nr. 3298, wo strenger hätte entschieden werden sollen, weil geradezu eine Bedingung vorlag).

Heutzutage sagt man in allen solchen Fällen, es liege kein modus vor; die älteren Juristen sprachen in den Fällen unter Nr. 2 von einem „modus simplex“, welcher nicht verbinde — also ein bloß terminologischer Unterschied. Wo der Auftrag lediglich im Interesse des Bedachten gegeben ist, muß man in der Regel ein nudum praecceptum oder einen modus simplex annehmen.⁴⁹⁾

VII. Zu §. 712. Nach römischem Recht waren die „*poenae nomine relicta*“ ungültig. „Man ging dabei von der Ansicht aus, daß der letztwilligen Gabe ein freies Wohlwollen gegen den Honorirten zum Grunde liegen müsse, und derjenige in Wahrheit nicht honorirt sei, der gewissermaßen nur als Mittel, einen Andern zu strafen, gebraucht wurde.“⁵⁰⁾ Erst Justinian hat dieses (im J. 528 durch die L. un. C. de his quae poen. nom. 6. 41) abgeschafft. Nur das soll auch hinfort ungültig sein, was Jemandem angedroht ist für den Fall, daß er etwas Sefeswidriges, Unsittliches oder Unmögliches nicht thun werde. „*Quod si aliquid facere vel legibus interdictum vel alias probrosum vel etiam impossibile iussus . . . fuerit, tunc sine ullo damno etiam neglecto testatoris praeccepto servabitur*“

⁴⁷⁾ Vgl. etwa auch Helm in d. Ztschft. f. österr. Rechtsg. 1825 I. S. 216 f. (§. 12).

⁴⁸⁾ Savigny III S. 232. Er verweist auf L. 13 §. 2 D. de don. int. vir. 24. 1. L. 71 pr. D. de cond. 35. 1. L. 2 §. 7 D. de donat. 39. 5. — Gerade in Fällen, wo „die Absicht nicht zur Pflicht gemacht ist“, spricht von „Zweckbestimmung“ Helm in der Ztschft. f. österr. Rechtsg. 1825 I. S. 215 f. Das Beispiel dafelbst: „Ich vermache dem N 1000 fl., damit er mit mehr Nuße den Wissenschaften obliegen könne“, ist Zeiller entlehnt. Dieser erwähnt ferner (S. 685): „ein Vermächtniß zur Anschaffung eines Kleides, einer Uhr“ u. dgl.

⁴⁹⁾ S. Excurse Abf. VIII. — Vgl. Unger System II S. 102; Gruchot II S. 162 ff. — Daß bei §. 711 (wenigstens von Zeiller) wirklich an alle hier unter Nr. 1—3 behandelten Fälle gedacht war, zeigt Zeiller's Commentar zu diesem §. — Hier ist noch zu erwähnen der Fall in der Sammlung VI Nr. 3002.

⁵⁰⁾ Arndts Civil. Schftn. II S. 95. S. die dafelbst in R. 174, 175 cit. Quellenbelege. Keller Instit. S. 368—370. — Nicht, daß man den A strafen wollte, widerstrebte den Römern, sondern, daß man dazu die Formen liebevoller Fürsorge mißbrauchte. Das sei keine Honorirung, was nicht in honorem des B, sondern zur Strafe des A angeordnet wurde. — Jene Behauptung wird dadurch bewiesen, daß es allerdings gestattet war, die Erfüllung eines Modus auf ähnliche Art zu sichern: man konnte nämlich dem Belasteten für den Fall des Ungehorsams eine Strafe (*mulcta*, *poena*) an eine öffentliche Klasse wirksam androhen. L. 6 pr., L. 27 D. de cond. 35. 1. Vgl. Savigny III S. 235 R. g. Eine andere Auffassung trägt zweifelnd vor Mühlenthaler XLI S. 270 f. Vgl. noch Hartwig, über den Grundsatz der benevolentia (Gelle 1884).

(L. un. cit. i. f.). Und diese Vorschrift ist in unserem §. 712 wiederholt.⁵¹⁾ Ihr praktischer Sinn (das „quid iuris?“) ist einfach und unzweifelhaft: Die Einsetzung (bez. das Hauptlegat) ist gültig, „allein der Auftrag und das im Unterlassungsfalle an einen Dritten zu entrichtende Vermächtniß . . . ist . . . ungültig“. ⁵²⁾ Fraglich dagegen ist die Construction des Falles.

Jemand (A) ist zum Erben eingesetzt; für den Fall x ist ihm B auf die Hälfte seines Erbtheils fideicommissarisch substituirt. Es ist einleuchtend, daß x für die Honorirung des A eine Resolutiv-, für die des B eine Suspensiv-Bedingung ist. Dabei kann diese oder jene Function die primäre sein; ⁵³⁾ in allen Fällen sind beide Functionen vorhanden. (Wir könnten solche Bedingungen „zweiseitige“ nennen.) Materiell (wirtschaftlich) verhält es sich ganz ebenso, wenn Jemand mit einem suspensiv-bedingten Vermächtnisse belastet ist; beim Eintritte der Bedingung wird die Honorirung des Belasteten theilweise aufgehoben. Für die juristische Betrachtung tritt aber der Resolutiv-Effect zurück, weil der herauszugebende Theil keine Quote des Empfangenen ist.

Nun läßt es sich ferner denken, daß der Testator dem A einen Auftrag in der Form eines modus ertheilt, und diese Anordnung mit einer der soeben besprochenen verquitt. Z. B.: „A soll mein Universalerbe sein. Er soll eine Kapelle . . . (folgen nähere Bestimmungen) . . . innerhalb 5 Jahren, von meinem Tode an gerechnet, erbauen lassen. Unterläßt er dies, oder ist auch nur das Werk nicht rechtzeitig vollendet, so geht $\frac{1}{3}$ der Erbschaft auf B über, der nun seinerseits jenen Auftrag zu erfüllen hat“ u. s. w. Hier ist ein modus und eine zweiseitige Bedingung vorhanden; doch wird jener, soweit er den A angeht, von der resolutiven Function dieser absorbirt. Nehmen wir nun statt der fideicommissarischen Substitution ein Vermächtniß für B an, so tritt die resolutive Seite der Bedingung für die formale juristische Betrachtung nicht hervor, und wir müssen sagen: A ist sub modo, B ist unter einer (negativen, für ihn casuellen) Suspensiv-Bedingung honorirt.⁵⁴⁾ Wer aber einen Modus ohne eine formal hervortretende Resolutiv-Wirkung nicht anerkennen will, darf auch den römischen modus cum mulcta nicht als solchen gelten lassen.⁵⁵⁾

⁵¹⁾ Der correspondirende §. 499 Westgal. G. B. II knüpfte — systematisch richtiger — an den jetzt im Mittelsatze von §. 710, damals in §. 498 i. f. enthaltenen Gedanken an.

⁵²⁾ Zeiller S. 686.

⁵³⁾ „A soll mein Erbe sein auf $\frac{1}{3}$; wenn er aber die N heiratet, soll er die Hälfte ($\frac{1}{6}$) an B herausgeben.“ Hier steht die auflösende Function im Vordergrund. „A soll mein Erbe sein; wenn B seine vernachlässigten Studien mit Erfolg wieder aufnimmt und den Doctorgrad in Wien erlangt, soll er auf ein Viertel dem A substituirt sein.“ Hier ist die Bedingung primär eine aufschiebende.

⁵⁴⁾ Nicht zustimmen können wir der Behauptung Unger's (Erbrecht §. 18 A. 5): „In diesen Fällen ist nicht ein technischer Modus vorhanden, da der Erblasser seinen (ersten) Berufungswillen gar nicht beschränkt, sondern vielmehr eine bedingte Dnerirung des Erben, resp. eine bedingte Honorirung eines Dritten.“ Der Ersthonorirte ist u. E. alternativ belastet; mit einem Modus und mit einem Vermächtniß. Wenn er jenen erfüllt, entfällt dieses; erfüllt er jenen nicht, so muß er dieses entrichten. [Freilich darf man hier das „alternativ“ nicht im technischen Sinne der obligatio alternativa, ja nicht einmal im Sinne der facultas alternativa nehmen; denn auch bei dieser genügt man so wie so seiner Pflicht, während hier das eine onus als Strafe für Nichterfüllung einer Pflicht gedacht ist.] Belastet ist er also in allen Fällen. Wahrscheinlich will Unger die werthmindernde Function des modus nicht mehr (wie er im II. Bde. des Systems doch that) als „Beschränkung“ gelten lassen, sondern diese nur in der resoluirenden Wirkung erkennen; eine solche ist aber im ökonomischen Erfolge auch hier vorhanden. — Wäre in dem letzten Beispiele des Textes die Ausföhrung des opus in dem letzten Willen selbst keine Frist bestimmt, so müßte sie der Richter bestimmen, es hätte aber auch B das Recht, auf richterliche Bestimmung derselben zu dringen (arg. Pat. v. 9. August 1854 S. 157 ff.).

⁵⁵⁾ Vgl. Nr. 50 und die vorige Note.

Nun kehren wir zum §. 712 zurück. Ein auf Unmögliches oder Unerlaubtes gerichteter Auftrag wird gestrichen; s. Abs. IV. Dieser imperative Rechtsatz würde vereitelt, wenn die dem *modus* angehängte *poena* (die strafweise Dnerirung) nicht auch ungültig wäre.^{55a)} Weil nun die Bedingung dieser Dnerirung (bez. der Honorirung des Dritten) mit jenem *Modus* unlöslich verquickt ist, so erscheint die Anordnung des §. 712 nach dem im Abs. IV Ausgeführten geradezu als selbstverständlich.

Was nun den unsittlichen *Modus* betrifft, so erhalten wir das gleiche Resultat schon aus §. 698 i. f.⁵⁶⁾, sobald wir die bedingte Dnerirung als partielle Aufhebung der Honorirung betrachten. Wo nun die Dnerirung in einer fideicommissarischen Substitution besteht, läßt sich selbst vom Standpunkt einer formalistischen Analyse nichts hiegegen einwenden. Aber auch, wo die Dnerirung in einem Vermächtnisse besteht, ist die Analogie eine so zwingende, daß jeder Richter ebenso wie jetzt erkennen müßte, wenn ihm auch nur der Rechtsatz vorläge: „unsittliche Resolutiv-Bedingungen werden gestrichen“.

Was dagegen den unmöglichen *Modus* betrifft, so hängt alles davon ab, was man unter der „auflösenden unmöglichen Bedingung“ im Schlusssatze von §. 698 versteht. Nimmt man das Wort im Sinne der modernen Terminologie, so läßt sich §. 712 in solchen Fällen gewiß nicht auf §. 698 i. f. zurückführen, da die unmögliche Handlung des Dnerirten zu einer nothwendigen Bedingung (also dem Gegentheil einer unmöglichen) für die Honorirung des Dritten wird.⁵⁷⁾ Nimmt man aber mit uns an, daß im Schlusssatze von §. 698 auch die in älterer Zeit fälschlich sog. negativ-unmöglichen Bedingungen gemeint waren, daß also auch die Unmögliches zumuthende Resolutiv-Bedingung gestrichen werden soll (und dieses gewinnt ja gerade durch §. 712 wieder an Wahrscheinlichkeit), dann ist allerdings §. 712 in allen Beziehungen eine Folge und ein Complement von §. 698 i. f.⁵⁸⁾

Das aber muß zum Schlusse hervorgehoben werden: daß diese Harmonie von §. 698 und §. 712 nur dem verständlich wird, der die doppelseitige Bedingung hier von ihrer resolutiven Seite betrachtet. Wer dagegen bei der Untersuchung die suspensiv-bedingte Honorirung des Dritten in's Auge faßt, muß irre gehen. Jener Standpunkt ist aber kein willkürlicher; denn beim *poenae nomine relictum* steht auch im Gedanken des Testators das Verlieren des A, nicht der Erwerb des B im Vordergrunde (vgl. N. 53).

Nicht unter §. 712 fällt es: 1) Wenn ein Legat unter einer unsittlichen oder unmöglichen (dem Legatar Unsittliches oder Unmögliches zumuthenden) Suspensiv-Bedingung hinterlassen ist. Freilich wird auch diese Anordnung gestrichen, der Belastete wird durch das Gesetz entlastet; aber dies ist keine Folge von §. 712, sondern von §. 698. Hier ist die Ungültigkeit der Dnerirung die nothwendige Folge (die Rehrseite) der Ungültigkeit des Legates; in §. 712 dagegen ist umgekehrt die Ungültigkeit des Legates die indirecte (legislativ nothwendige) Folge der Ungültigkeit der Dnerirung. — 2) Wenn das Legat unter einer unsittlichen oder unmöglichen Resolutiv-Bedingung hinterlassen ist, wird diese gestrichen und das Legat gilt.

^{55a)} „Il comando non avrà forza; e per conseguenza nè pure la pena.“ Taglioni V p. 141.

⁵⁶⁾ Jede Heranziehung des römischen Rechtes kann auf diesem Punkte nur verwirren, weil dort die bedingten Honorirungen willkürlich und irrationell normirt sind. Ein Versuch, die betreffenden römischen Normen geschichtlich zu erklären, findet sich in Hofmann's kritischen Studien S. 134 ff., bes. S. 144 ff.

⁵⁷⁾ Nur soweit ist Unger (a. a. O., N. 6) zuzustimmen.

⁵⁸⁾ Und darum haben die von Unger (N. 6) aus scheinbar so plausiblem Grunde getadelten älteren österreichischen Juristen doch Recht.

Uebersicht des Folgenden.*)

Die zweite Hälfte des Hauptstückes handelt (wenn wir vom §. 720 und §. 726 absehen) vom Widerruf oder von der „Aufhebung des letzten Willens“. Widerruf kann werden ein Testament, ein Codicill, aber auch eine einzelne Anordnung (Erbeinsetzung, Vermächtniß, Bedingung, Modus, Verufung eines Vormundes, Vorschrift über Nachlaß-Vertheilung (familia heredisecunda), über das Begräbniß u. s. w.) Vom Widerruf einzelner Legate handeln §§. 724, 725; vom Widerruf einzelner Anordnungen überhaupt handelt der Schlußsatz des §. 506 Westgal. G. B. II, der wohl nur aus Versehen, jedenfalls aber ohne die Absicht einer Aenderung in §. 721 weggelassen wurde. Er lautete: „Wird nur ein Theil des Inhaltes ausgelöscht, so ist¹⁾ der übrige gültig“. Selbstverständlich kann eine einzelne Anordnung auch ausdrücklich oder durch eine spätere mit ihr unverträgliche Verfügung widerrufen werden.

Ein Testament kann aufgehoben werden I. durch ein neueres Testament, a) welches jenes widerruft, oder b) sonst als ausschließliche Ordnung der Nachlaß-Verhältnisse zu erkennen ist (§. 713). II. Durch bloßen Widerruf, der nichts neues Positives an die Stelle des Aufgehobenen setzt; und der a) ein ausdrücklicher (§. 719) oder ein stillschweigender (§§. 721, 722) sein kann.²⁾ — Dasselbe — jedoch mit Ausnahme des Falles I b — gilt von Codicillen. Durch Zusammentreffen von Codicillen und von Testamenten entstehen Combinationen, die bei §. 713 und §. 714 zur Sprache kommen.

Zeiller hat sich wiederholt und in verschiedener Art über die Schematisirung dieser Materie ausgesprochen. In der S. v. 8. Mai 1804 hat er den stillschweigenden, den ausdrücklichen und den gesetzlich vermutheten Widerruf unterschieden; beim letzteren dachte er vornehmlich an Fälle, wie die des §. 724 und des §. 778. In der S. v. 28. Mai 1804 äußerte er sich dahin: der zweite Theil dieses Hauptstückes handelt von der Aufhebung des letzten Willens: a) durch ein späteres Testament oder Codicill, b) durch ausdrücklichen Widerruf, c) durch Handlungen, welche diesem gleichzuachten sind. Beide Eintheilungen stimmen wesentlich überein, und haben zum Eintheilungsgrund das „wodurch?“ (concludente Handlungen, ausdrückliche Erklärung, gesetzliche Vermuthung). Anders im Commentar bei §. 695 (S. 656): „Die Abänderung ist entweder eine bloße Veränderung der Bestimmungen, oder eine gänzliche Aufhebung, ein Widerruf.“ Wieder anders bei §. 713 (S. 686): „Der zweite Theil dieses Hauptstückes handelt von der Aufhebung der letzten Anordnung, die a) durch eine neue Anordnung, oder b) durch bloßen Widerruf, oder c) durch Entzug des Erben geschehen kann“; ganz ähnlich nochmals S. 709. Dieses ist offenbar nicht mehr eine Eintheilung des Widerrufes allein, sondern der nachträglichen Entkräftung eines Testamentes, und als solche theils unvollständig (s. z. B. §. 778)³⁾, theils irreführend; denn man möchte darnach erwarten, daß auch in Oesterreich die Eigenthümlichkeiten des römischen testamentum desertum gelten, während der §. 726 das Gegentheil anordnet. Diesen und anderen Bedenken unterliegt das in den Marginalien des Gesetzbuchs enthaltene Schema:

Aufhebung der Anordnungen:

- 1) Durch Errichtung einer neuen Anordnung (eines Testamentes (§. 713), oder Codicilles (§. 714)) . . .

*) Diese unsere Ueberschrift gehört nicht dem Gesetzbuch an.

1) Richtiger „bleibt“, wenn er es nämlich überhaupt war. Die (eigentlich selbstverständliche) Geltung dieses Satzes bezeugt Zeiller Comm. II S. 701 Z. 3.

2) Kurz: es sind zwei combinirte Dichotomien: mit oder ohne Ersetzung durch eine neue Anordnung — ausdrücklich, stillschweigend. Es ist gleichgültig, welche dieser Zweitheilungen man zur Haupteintheilung macht. Der Fall: ausdrücklich und dabei eine neue Anordnung setzend, ist im Gesetze nicht eigens behandelt, was auch wirklich nicht nöthig ist. — Unger (S. 24) hat eine Dreitheilung: 1) „wörtlicher Widerruf (§. 717)“, 2) Vertheilung . . . oder stillschweigender Widerruf (§. 721), 3) Errichtung eines neuen Testamentes.

3) S. auch die Bemerkungen bei §. 726.

- 2) durch Widerruf (§§. 717 und 718); a) einen ausdrücklichen (§§. 719 und 720),
 b) stillschweigenden (§§. 721—723), oder c) vermutheten (§§. 724 und 725);
 3) durch Entfagung der Erben (§. 726).⁴⁾

Doch lohnt es nicht, bei diesen Neußerlichkeiten länger zu verweilen, zumal da wir bei §. 717 genöthigt sind, den schematischen Gedankengang der Redaction darzulegen. Ueber die Widerruflichkeit s. bei §. 695 Abf. IV.

Von Aufhebung der Anordnungen, und zwar:

1. durch Errichtung einer neuen Anordnung; eines Testaments;

§. 713.

Ein früheres Testament wird durch ein späteres gültiges Testament nicht nur in Rücksicht der Erbseinsetzung, sondern auch in Rücksicht der übrigen Anordnungen aufgehoben; dafern der Erblasser in dem letztern nicht deutlich zu erkennen gibt, daß das frühere ganz oder zum Theil bestehen solle. Diese Vorschrift gilt auch dann, wenn in dem späteren Testamente der Erbe nur zu einem Theile der Erbschaft berufen wird. Der übrig bleibende Theil fällt nicht den in dem frühern Testamente eingesetzten, sondern den gesetzlichen Erben zu.

I. Redaction. Das Westgal. G. B. enthielt, als übel angebrachte Erinnerung ans römische Recht (§§. 2. 3. J. quib. mod. test. infirm. 2. 17; l. 30 (29) D. ad S. C. Trebell. 36. 1; l. 12 §. 1 D. de iniust. rupt. 28. 3) den §. 348 dieses Inhaltes:

Ein oder mehrere Codicille können mit und ohne Testament bestehen. Mehrere Testamente aber sind in der Regel nicht vereinbarlich; denn ein Testator kann viele Erbstücke, aber nur eine Verlassenschaft im Ganzen hinterlassen.

Obgleich von modernen Celebritäten wiederholt, ist dies doch eine ganz ungenügende Erklärung der römischen Regel „nemo (nisi miles) cum pluribus testamentis decedere potest“, welche nur eine Consequenz des so verschieden erklärten alten römischen Rechtsatzes „nemo pro parte testatus“ etc. ist, wie die römischen Juristen selbst anerkannt haben, s. l. 19 D. de test. milit. 29. 1. Nachdem aber dieser im Westgal. G. B. auf das entschiedenste abgelehnt war (II. §§. 332, 349, 352, 529, 530), so war der §. 348 eine gedankenlose Inconsequenz. Und wirklich wurde er auch von den Redactoren ausgemerzt. Es wurde nämlich in der S. v. 9. Januar 1804 ein Monitum der Wiener Facultät verlesen, das auf den Widerspruch zwischen §. 348 und §. 332 aufmerksam machte und eine Mehrheit von Testamenten für zulässig erklärte (z. B. ein Testament über $\frac{1}{3}$, ein anderes über $\frac{2}{3}$ des Nachlasses) und ein Amendement des innerösterreich. N. G., so lautend: „Mehrere Testamente, in deren jedem über die ganze Verlassenschaft verfügt wird, sind in der Regel nicht vereinbarlich.“ Zeiller bemerkte als Referent: dem Verfasser des Entwurfes (des Westgal. G. B.) widerfahre es manchmal, daß er einen bloß positiven oder gar spitzfindigen römischen Satz verbannte, dennoch aber Folgesätze desselben stehen ließ. Der 1. Satz des §. 348 sei selbstverständlich, der 2. verwerflich, nachdem man den Grundsatz „nemo pro parte . . .“ aufgegeben habe. Man könne in einem zweiten, dritten . . . Testamente Erben auf die in dem früheren noch nicht vergebenen Theile einsetzen. Nicht einmal das könne man sagen, daß mehrere Testamente

4) Das Wort „Widerruf“ wird bald in einem engeren, bald in einem weiteren (§. 713 mit umfassenden) Sinne gebraucht. Dieses gilt sowohl von der Literatur, als von der Gesetzgebung. So gebraucht z. B. Zeiller S. 656 „Widerruf“ als gleichbedeutend mit „gänzliche Aufhebung“ im Unterschied von „Abänderung“, ohne zu unterscheiden, wie die Aufhebung geschieht; S. 689 Z. 5 gebraucht er „Widerruf“ von dem Falle des §. 713; S. 709 dagegen bezieht er dieses Wort auf die §§. 717—725 im Unterschied von §. 713 ff. Klarer ist Stubenrauch (bei §. 713 Z. 1): „der Widerruf im weiteren Sinne kann . . . auf zweifache Art geschehen . . .“ a) §. 713 ff., b) ohne neue Anordnung, §. 717 ff. („Widerruf im engeren Sinne“). — Was das Gesetz betrifft, so ist das Wort in den Marginalien zu §. 717 ff. in der engeren, in §. 772 in der weiteren Bedeutung gebraucht.

in der Regel nicht vereinbarlich seien. Wann ein späteres Testament ein früheres aufhebe, werde in §. 501 gesagt. Darum sei §. 348 zu streichen. — Diefem Antrage stimmten die Anderen bei, in der Betrachtung, daß die Frage wegen Aufhebung des früheren durch ein späteres Testament bei §. 501 werde berathen werden.¹⁾

Das Westg. G. B. enthielt aber auch einen mit §. 348 nicht harmonirenden §., nämlich

§. 500.

So lange der Erblasser lebt, ist es ungewiß, ob das von ihm errichtete Testament, oder Codicill sein letzter Wille sey. Eine spätere gültige Erklärung seines Willens hebt die frühere auf, wenn beide nicht vereinbarlich sind.

Das Tarnower Landrecht wollte sagen: „hebt das frühere auf in Ansehung jener Punkte, die nicht vereinbarlich sind“. In anderen Monitis aber wurde auf den Widerspruch zwischen §. 348 und §. 500 hingewiesen — so weit ganz richtig. Statt aber die Streichung von §. 348 zu beantragen, wollten die Wiener Fac. und das oberösterreich. App. G. gerade umgekehrt den §. 500 streichen, während das niederösterreich. App. G. das verhängnißvolle Amendement stellte; „wenn er nicht in der späteren die frühere ganz oder theilweise bestätigt hat.“

Zeiller gab (S. v. 28. Mai 1804) jenen Widerspruch zu, erklärte ganz richtig das „nemo cum pluribus testamentis“ aus dem „nemo pro parte“, fuhr ganz richtig fort: daß nach unserem Rechte sehr wohl mehrere Testamente neben einander bestehen könnten, also das ältere durch ein neueres keineswegs von selbst aufgehoben zu sein brauchte, da die Gründe des römischen Rechtes für das unsere nicht gelten — lenkte dann aber plötzlich so ein: allerdings muß das ältere Testament nicht aufgehoben sein; aber eine andere Frage sei: soll man beide Testamente neben einander bestehen lassen? Ihm „scheine, daß ein Erblasser, welcher ein späteres Testament macht, das frühere gänzlich aufheben wolle; es wäre denn, daß er in dem späteren deutlich zu erkennen gäbe, daß auch das frühere ganz oder zum Theil bestehen soll. Und diese Regel halte er auch zur Vermeidung von Streitigkeiten für nützlich“. (Prot. S. 1254 f.) Er formulirte sofort den jetzigen §. 713^{1a)}, den die Anderen unbedenklich annahmen, „ganz von der Gründlichkeit²⁾ der von dem Ref. vorgelegten Bemerkungen und von dem Nutzen, der aus ihrer Anwendung für das Recht erwachsen wird, überzeugt.“ Gewiß war hier das preußische Recht von Einfluß; f. §. 572 ff. v. R. I. 12.^{2a)}

II. Kritik. Was auch einseitige Romanisten sagen mögen, der Satz nemo pro parte etc. hat keinen allgemein gültigen, überzeugenden Grund für sich; er ist nichts Dentnothwendiges, folgt weder aus der Natur des Nachlasses, noch der Erbfolge, noch des Testamentes; er ist eine nationale Eigenthümlichkeit des römischen Rechtes, die sich historisch erklären läßt³⁾, aber nicht für uns paßt. Mit diesem Satze aber (daran zweifelt Niemand) steht und fällt der andere „nemo cum pluribus testamentis . . .“ L. 19 D. de test. mil. 29. 1. Somit (f. §§. 534, 727, 728) gilt auch dieser für uns nicht, wie auch die Redactoren selbst anerkannt haben.

¹⁾ Statt „bei §. 501“ sollte es heißen „§§. 500 und 501“. — Die Streichung des §. 348 erfolgte also darum, weil ein Theil der Redactoren (denn Zeiller wird nicht der Einzige gewesen sein) den §. als verwerflich erkannten, und weil Alle mindestens darin übereinstimmten, daß er überflüssig sei, und man sich durch seine Streichung nicht präjudicire, da die Frage an späterer Stelle nochmals zur Berathung und dann erst zur Erledigung kommen werde.

^{1a)} Einzige (und gleichgültige) Variante: im Schluffsatze stand „fällt aber nicht“ . . .

²⁾ „Gründlichkeit“ bedeutet hier, wie so oft in den Protokollen, den Gegensatz von „Grundlosigkeit“; es ist das Substantiv zu „begründet“. Es geht also nicht auf die Ausführlichkeit oder Intensität einer Beweisführung, sondern sagt nur, daß sie überzeugend sei, daß das Gesagte „guten Grund“ habe.

^{2a)} Vgl. die interessanten Nachweisungen (bes. rechtsvergleichenden Inhaltes) bei Gruchot II S. 258 ff., dazu etwa Mommsen S. 253 f. (S. 169).

³⁾ Vgl. Hofmann Kritische Studien S. 106–128.

Unzählige Male hat man Testamente mit Gesetzen verglichen. Nun ist es noch Niemanden eingefallen, den Satz „lex posterior derogat priori“ dahin zu verstehen, daß das ältere Gesetz durch das neuere seinem ganzen Inhalte nach aufgehoben sein solle, außer wenn es in diesem ausdrücklich gesagt ist, oder das neue Gesetz sich als vollständige, als exclusive Normirung des Verhältnisses ausgibt. Sondern man nimmt allgemein an, daß das ältere soweit außer Kraft gesetzt sei, als das neue abweichende, widersprechende Vorschriften enthält. Und offenbar wäre dieses auch für leges privatae die natürliche Regel.

Ist es nun nicht eine paradoxe Erscheinung, daß das Westgal. G. B. diese richtige Regel enthält, trotzdem es damit in Widerspruch gerieth mit §. 348 (nemo cum pluribus t.) — daß dagegen in unserem Gesetzbuche dieser §. ausgestoßen und gleichwohl jene Regel, der fortan nichts im Wege stand, durch die gegentheilige ersetzt ist, welche sich nur als Consequenz des §. 348 hätte rechtfertigen lassen?! Dort, wo die falsche Regel consequent gemessen wäre, stand die richtige; hier, wo die richtige consequent wäre, steht die falsche! Es ist geradezu betäubend zu sehen, wie Zeiller eine Reihe richtiger Prämissen aufstellt, um plötzlich (was namentlich nach seinen Aeußerungen in der S. v. 9. Januar 1804 doppelt befremdet) das Gegentheil des aus ihnen sich von selbst ergebenden Folgesatzes als Gesetz vorzuschlagen, und daß dieses auch sofort mit einmüthigem Lobe angenommen wird. Im Commentar wiederholt er das in der Sitzung Gesagte, und hebt noch ein Argument (das einzige halbwegs plausible) hervor. Da diesfalls bisher das römische Recht gegolten, so habe die Vorstellung von der das frühere Testament abschaffenden „Kraft und Wirkung eines späteren Testamentes bei den Einwohnern so tiefe Wurzel gefaßt“, daß die Regel des §. 713 „ihren Begriffen . . ., folglich dem Willen der Erblasser, worauf es hier einzig ankommt (§. 534^{3a}), vollkommen angemessen ist“. Aber was hätte sich nicht alles mit dem Hinweis auf die lange Herrschaft des römischen Rechtes vertheidigen lassen! Auch verlor jenes Argument mit jedem Decennium an Kraft, und ist heute gewiß nicht mehr überzeugend. Die Inconsequenz des §. 713 zeigt sich auch darin, daß Zeiller unwillkürlich, und trotz seiner eigenen richtigen Bemerkungen über die principielle Verschiedenheit des römischen und österreichischen Rechtes, in Begründungs-Versuche zurückfällt, die an den (von ihm selbst beseitigten) §. 348 Westgal. G. B. II anklagen; so in Z. 2 (bei §. 713) vbs. „Denn ein Testament . . .“, wo „die Erbschaft als Ganzes“ und „die ganze Erbschaft“ verwechselt werden; so in Z. 6 (S. 690).

Daß demnach §. 713 eine verfehlte, inconsequente, dem übrigen Inhalte des österreichischen Erbrechtes und dem regelmäßigen Willen des Testators widersprechende Regel aufstellt, ist kaum zweifelhaft und wird auch immer allgemeiner anerkannt. Aber nicht dieser Tadel ist das Ziel unserer genetischen und kritischen Beleuchtung des §. 713. Wir haben damit auch ein praktisches und positives Resultat erhalten. Die Redactoren erkannten an, daß §. 713 keine innere Nothwendigkeit für sich habe, nur scheine es ihnen, daß er in der Regel des Testators Willen entspreche, und Zeiller scharft ein, daß es einzig auf diesen ankomme. Demnach ist §. 713 nichts weiter, als eine Interpretations-Vorschrift, an die der Richter gebunden ist, wo er über die Willensmeinung des Verstorbenen Zweifel hat. Wo er dagegen über diese beruhigt ist, soll ihn der §. 713 nicht beirren. Dieses festzuhalten, ist sehr wichtig!⁴⁾ —

3a) Mit der Allegirung dieses, die Verträglichkeit verschiedener Delationsgründe statuierenden §. und mit dem Worte „einzig“ will Zeiller nochmals einschärfen, daß §. 713 für unser Recht keine Nothwendigkeit oder innere Consequenz für sich habe.

4) Man beachte folgende Entwicklung: 1) Älteres (nationales) römisches Recht: Das frühere Testament wird durch das spätere immer aufgehoben, was auch der Inhalt desselben und die Absicht des Testators gewesen sein mag. 2) Späteres römisches Recht, das mit seiner Fideicommisslehre hier, wie auch sonst, zwischen dem altrömischen Testamentrecht und dem modernen Respect vor dem eigentlichen Willen des Verstorbenen vermittelte:

Verfehlt wäre es, die in §. 713 geforderte Bestätigung auf §. 582 (vb. „Beziehung . . . auf einen Aufsatz“) zurückführen zu wollen; der bezogene Aufsatz bildet einen Theil des mystischen Testaments und hat für sich keine Bedeutung, während in §. 713 zwei Testamente bestehen. Im Falle des §. 582 muß die „Beziehung“ selbstverständlich im Testamente selbst stehen, im Falle des §. 713 ist dies hinsichtlich der Bestätigung nicht unerlässlich. Will man aber ein Testament als „Aufsatz“ für eine spätere institutio mystica benutzen, so wird man sich dazu eines aufgehobenen bedienen.^{4a)}

III. Bei der Frage nach dem Einfluß einer späteren Anordnung (b) auf eine frühere (a), sind vier Combinationen zu beachten: 1) a und b Testamente, 2) a Codicill, b Testament, 3) a Testament, b Codicill, 4) a und b Codicille. Das Gesetz denkt nur des ersten und letzten Falles ausdrücklich und berührt den dritten (s. bei §. 714 Abf. III). Da nun die Frage nach der derogirenden Kraft eines Testaments in §. 713, nach der eines Codicilles in §. 714 normirt ist, so ist der Haupt-Eintheilungsgrund die Beschaffenheit der zweiten, nicht die der ersten Anordnung. Demnach haben wir die beiden ersten Fälle bei §. 713, die beiden letzten bei §. 714 zu erörtern. — Wir wenden uns nun dem ersten Falle zu.⁵⁾ Das frühere Testament ist durch das spätere total aufgehoben, „dafern der Erblasser in dem letztern nicht deutlich zu erkennen gibt, daß das frühere ganz oder zum Theile bestehen soll“ (§. 713). Offenbar ist „zu erkennen geben“ nicht gleichbedeutend mit „direct aussprechen“, „wörtlich anordnen“ u. dgl. Unsere Juristen erkennen dieses auch allgemein an, ohne jedoch über die Grenze, bis zu der die freie Beurtheilung des Willens gehen darf, übereinzustimmen.⁶⁾ Kein Zweifel kann obwalten bei Fällen ausdrücklicher Bestätigung. An diese reihen sich solche, wo die letztere in Worten angedeutet ist; z. B. „Im Nachhang zu meinem Testamente v. 1. Febr. 1850 verordne ich“ oder: „In Ergänzung des Testaments vom . . . bestimme ich“ oder: „Ueber mein im Testament vom . . . noch nicht vergebenes Vermögen verfüge ich folgendermaßen.“ Eine dritte Gruppe bilden Fälle, wo die wörtliche Andeutung minimal, aber wegen

Der Inhalt des ersten Testaments wird durch Umdeutungen soweit möglich aufrecht erhalten, wenn das spätere Testament jenes ausdrücklich bestätigt; ja später wurde vielfach auch von dieser ausdrücklichen Bestätigung abgesehen (das — bestrittene — Detail interessiert hier nicht; vgl. Dworzak (s. N. 5) S. 105 ff. (bez. Ger. Ztg. S. 323), Unger §. 24 N. 13 und die dort Citirten). 3) Mehrere Testamente können als solche neben einander bestehen: a) das frühere ist durch das spätere abgeschafft, soweit der Inhalt widerspricht, oder sofern anderweitig der aufhebende Wille erhellt. Dies ist für das moderne Recht die einzig consequente und brauchbare Regel. Vgl. Unger §. 24 Anm. 13 (vbs. „Gewiß wäre es richtiger gewesen . . .“) und Dworzak (s. N. 5) S. 100 f. und 104, bez. in der Ger. Ztg. S. 319 und 323. b) Das frühere Testament ist durch das spätere aufgehoben, soweit nicht der Wille apparirt, jenes gelten zu lassen. Dies die verfehlt (und darum einzuengende) Auslegungsregel des österreichischen Rechts. (Nach veraltetem Sprachgebrauch: a) das Fortbestehen des älteren Testaments wird vermuthet, b) die Aufhebung wird vermuthet. Vgl. Zeiller S. 688.)

^{4a)} Der Zettel oder Aufsatz des §. 582 ist ja nichts weiter, als der Träger der Aufklärung einer absichtlich unklaren Bezeichnung. Die institutio mystica ist ähnlich etwa folgender Einsetzung: „Erbe soll sein derjenige meiner Brüder, der auf der rechten Schulter ein Muttermal hat.“ Jener Zettel hat selbständig gar nichts zu bedeuten. — Die obigen Bemerkungen richten sich gegen Staudinger (Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1829 I. Bd. S. 219) und zum Theil auch gegen die nicht ganz vorsichtige Bemerkung von Dvorzak S. 105, bez. in der Ger. Ztg. 1865 Nr. 81 S. 323. — Vgl. auch oben S. 164 f., bef. N. 10.

⁵⁾ Vgl. zu dem Folgenden den Aufsatz von Dvorzak in Haimel's Vischft. XVI. S. 99—108, abgedruckt in der Ger. Ztg. 1865 Nr. 80, 81.

⁶⁾ Am freiesten Unger §. 24 N. 13 und Stubenrauch (bei §. 713 Z. 6) vbs. „sowohl ausdrücklich als stillschweigend“. Aber seine Beispiele enthalten keine reinen Fälle der letzteren Art, da es darin nicht an Worten fehlt, welche die Aufrechterhaltung andeuten. Vgl. Dvorzak im Eingang seines Aufsatzes.

des zusammenpassenden Inhaltes der Testamente genügend ist.⁷⁾ Wir gehen nun noch um einen Schritt weiter, und tragen kein Bedenken, ein früheres Testament gelten zu lassen, wenn nach dem Inhalte des neueren kein gegründeter Zweifel obwaltet, daß dieses nur eine Ergänzung zu jenem sein will; so wenn z. B. in jenem über $\frac{7}{12}$, in diesem über $\frac{5}{12}$ testirt ist (oder über $\frac{4}{5}$ und $\frac{1}{5}$ u. s. w.).⁸⁾ Und zwar aus folgenden Erwägungen: a) Der Grund, auf dem die römischen Entscheidungen beruhen, gilt für uns nicht; b) die Redactoren haben dieses anerkannt, ebenso c) daß §. 713 nur eine Auslegungsregel gibt, und daß es allein auf des Verstorbenen Willen ankomme. Darum ist §. 713 nur im Zweifel anzuwenden, nicht aber, wo wir über den Willen des Testators keinen Zweifel haben. Daraus ergibt sich von selbst, daß die in bestätigender Absicht gemachte Wiederholung eines Testaments keine zerstörende Kraft hat.^{8a)}

Darum darf uns auch der Zusatz „in dem letzteren“ in §. 713 nicht beirren; er ist entweder a potiori genommen, oder als Gegensatz zu „in dem ersten“ gemeint.⁹⁾ „Wenn der Erblasser erklärt, daß er ‘im Nachtrage zu seinen beiden Testamenten’ vom so und sovielten bestimme zc. oder wenn er beide Testamente in einem Umschlag versiegelt hinterlegt hätte, sollte da nicht etwa auch das frühere gelten, obgleich es nicht in dem späteren selbst bestätigt wurde?“¹⁰⁾ Wo und wie der Bestätigungswille erklärt wurde (formell oder nicht, schriftlich oder mündlich, wörtlich oder durch concludente Handlungen) ist gleichgültig.

Daß wir hiemit den §. 713 nicht etwa escamotiren, wird sich aus dem Folgenden noch deutlicher ergeben.

IV. Sehen wir nun von §. 713 ab und prüfen, was sich bei Zugrundelegung der richtigeren Auslegungsregel (s. N. 4 B. 3 a) ergeben würde.¹¹⁾ 1) Das Testament a verfügt über den ganzen Nachlaß, das spätere (b) nur über gewisse Quoten; der Testator wollte, wofern nichts anderes gesagt ist, die früheren Erbeinsetzungen reduciren. 2) a und b verfügen unvollständig; aber, wenn die Quoten in a und die in b zusammengerechnet werden, übersteigen sie das Ganze; die Quoten in b gelten ungeschmälert, die in a sind so zu reduciren, daß ihre Summe gleich ist dem in b untergebenen Theile des Nachlasses — eine Entscheidung, die sich von der bei §. 715 wesentlich unterscheidet.¹²⁾ 3) Die Quoten in a und die in b ergeben zusammen genau das Ganze; dann gelten beide Testamente unverändert. 4) Beiderlei Quoten zusammen erschöpfen nicht einmal das Ganze; dann gelten wieder beide und der Rest fällt an die gesetzlichen Erben. 5) In jedem der beiden Testamente ist ausdrücklich über den ganzen Nachlaß verfügt; selbstverständlich ist das frühere annullirt. 6) Der ausdrücklichen Vergebung des ganzen Nachlasses steht gleich die Erbeinsetzung ohne Theilangabe, mag sie nun allein oder neben einer Einsetzung ex certa parte stehen.

Eine ausdrückliche Bestätigung des ersten Testaments würde in den Fällen 1, 3, 4 nichts ändern; im Falle 5 wäre sie widersinnig, im Falle 6 wären die Erben als in demselben Testamente eingesetzt zu betrachten.¹³⁾ Im Falle 2 käme alles auf

7) S. die Beispiele Stubenrauch's a. a. D.

8) Allerdings lehrt Zeiller das Gegentheil bei §. 713 B. 3.

8a) Diese Bemerkung scheint trivial. Ihr Zweck ist, den principiellen Gesichtspunkt zu bezeichnen, aus dem Fälle, wie die von Rippel IV S. 425 f. besprochenen, zu beurtheilen sind.

9) Also zu den Fällen, wo sich das erstere als unwiderruflich gibt; s. §. 716.

10) Unger a. a. D. Vgl. auch Fügler II S. 271 ff.

11) Das Folgende theilweise im Anschluß an Morozzi S. 102 f. (bez. in der Ger. Ztg. S. 320).

12) Dort — nicht auch hier — handelt es sich um Verfügungen von gleicher Kraft.

13) Wenn also im ersten Testament A, B, C, im zweiten D und E eingesetzt wären, alle ohne Theilangabe, so bekäme jeder $\frac{1}{5}$.

den Wortlaut an^{13a)}, wornach α) die eben erwähnte Wirkung und mithin gleichmäßige Reduction aller Theile eintreten könnte, oder β) nur Reduction der Quoten des Testaments a¹⁴⁾, oder γ) denkbarer Weise umgekehrt Reduction der Quoten in b, doch dieses nur bei deutlicher Willenserklärung.¹⁵⁾

V. Gelten nun die in Abs. IV entwickelten Regeln auch für den österreichischen Juristen? Die im zweiten Alinea allerdings, die im ersten nicht so ohne weiteres. Im Falle 1) kann ihm um so eher ein Zweifel kommen, je größer der im zweiten Testamente vergebene Theil ist.¹⁶⁾ Im Falle 2) wird er sich selten von §. 713 entfernen dürfen, wogegen er die Regel 3) fast immer, die Regel 4) immer ruhig wird anwenden dürfen. Z. 5 und 6 gelten auch für ihn. — Es ist aber das Verhältniß der Quoten nicht das Einzige, worauf er sein Augenmerk zu richten hat. Er muß die bedachten Personen (wie weit sie etwa identisch sind), den ganzen Wortlaut des späteren Testaments, anderweitige (briefliche oder durch Zeugen festgestellte) Aeußerungen des Erblassers und überhaupt alle Umstände beachten, die zur Feststellung des letzten Willens dienen können. Bleibt ihm aber ein ernstler Zweifel, so hat er sich an die klare und durchgreifende, wenngleich den Willen des Verstorbenen oft verfehlende Regel des §. 713 zu halten.¹⁷⁾ Der Inhalt derselben nun ist der: das frühere Testament ist durch das spätere gänzlich entkräftet; nicht nur hinsichtlich der Erbeinsetzungen, sondern auch der Vermächnisse^{17a)} (und überhaupt aller Arten von Anordnungen); und hinsichtlich der Einsetzungen nicht nur, soweit die Quoten unvereinbar sind, sondern schlechthin. Ist also die spätere Regelung eine unvollständige, so fällt der Rest an die gesetzlichen Erben. — Gleichgültig ist es, „in welcher Form das spätere Testament errichtet wurde, so daß ein schriftliches durch ein mündliches ebenso gut, als umgekehrt ein mündliches durch ein schriftliches und ingleichen ein nichtprivilegirtes durch ein privilegiertes aufgehoben werden kann.“¹⁸⁾

VI. Selbstverständlich kann ein Testament, das von vornherein keine Kraft hat, auch keine zerstörende haben.^{18a)} Ein wegen Formwidrigkeit, Testirunsfähigkeit, Trunkenheit, Zwang in seiner Gänze ungültiges Testament, oder ein noch unfertiges (s. Abs. IX), vermag also ein früheres nicht aufzuheben. Anders wenn nur ein Theil des neuen Testaments wegen Zwang, Irrthum, Unfähigkeit eines Eingesehten, oder wegen §. 594 f. ungültig ist. Ein solches Testament hat dieselbe zerstörende Kraft, wie ein durchaus gültiges. — Ebenso selbstverständlich ist es, daß die späteren Schicksale des zerstörenden Testaments für das zerstörte gleichgültig sind.¹⁹⁾ Mag dieses unwirksam, widerrufen oder sonst ungültig werden, jenes lebt nicht wieder

^{13a)} Zu allgemein ist die Aeußerung Zeiller's S. 687: daß im Falle der Bestätigung „die Erben . . . ebenso theilen, als wenn sie in dem nämlichen Testamente eingesetzt wären“; ähnlich Stubenrauch bei §. 713 Z. 6.

¹⁴⁾ Z. B. wenn es nach den Erbeinsetzungen heiße: „Im Uebrigen soll das Testament vom . . . (oder sollen die Erbeinsetzungen) in Kraft bleiben.“

¹⁵⁾ Z. B. „Zu Ergänzung meines Testaments von 1862 bestimme ich . . .“ und am Schlusse: „Da mir jenes (deponirte) Testament nicht zur Hand ist, so verfüge ich ausdrücklich, daß die dort Bedachten keine Verkürzung erleiden, somit die gegenwärtigen Anordnungen nur soweit gelten sollen, als sie mit jenem vereinbar sind.“

¹⁶⁾ Wäre dieser Theil z. B. $\frac{1}{12}$, so wird er sich meistens unbedenklich an jene Regel, wäre er dagegen $\frac{11}{12}$, an die Regel des §. 713 zu halten haben.

¹⁷⁾ Dies ist seine Pflicht, aber auch seine Beruhigung; er kann nichts dafür, daß die gesetzliche Interpretationsregel eine verfehlte ist.

^{17a)} Und zwar auch dann, wenn in dem zweiten Testamente gar keine Vermächnisse angeordnet wären. Zeiller II S. 689 Z. 4.

¹⁸⁾ Stubenrauch (bei §. 713) Z. 5.

^{18a)} „Von vornherein“; es kommt dagegen nichts darauf an, ob das Testament jemals eine Wirkung haben wird.

¹⁹⁾ Die Analogien aus der physischen Welt liegen so nahe, sind so trivial und selbstverständlich, daß wir uns jedes begründenden Wortes enthalten.

auf.²⁰⁾ Da es sich nicht um eine Hemmung, sondern Annullirung des ersteren Testaments handelt, so ist dieser Satz denknothwendig. Die Ausnahme in §. 723 ist einerseits eine ganz singuläre, und andererseits doch nur eine scheinbare, wie unten gezeigt werden wird.

VII. Bisher war die Rede von dem Einflusse, den ein Testament auf ein früheres Testament übt. Bestritten ist es, ob auch ein Intestat-Codicill durch ein nachfolgendes Testament eo ipso²¹⁾ entkräftet werde? Auch im römischen Rechte ist dieses bestritten, aber die einschlägige Literatur²²⁾ hat für uns kein praktisches Interesse, denn §. 713 ruht auf anderer Grundlage, als die äußerlich übereinstimmenden Regeln des römischen Rechtes; auch ist bei uns das Verhältnis von Testament und Codicill ein anderes als dort. — Für die Entkräftung (also Ausdehnung des §. 713 auf diesen Fall) spräche der Gedanke, daß Codicille, wie sonst, so auch hier den Testamenten gleich behandelt werden sollten. Aber die §. 713 und §. 714 zeigen, daß unser Gesetz sie dennoch verschieden behandelt (vgl. oben S. 63); 2) die innere Gleichheit von Vermächnissen in und solchen neben einem Testamente, da im österreichischen Rechte die einzelnen Verfügungen von einander unabhängig sind.²³⁾ Dagegen aber sprechen folgende, wie uns scheint, überwiegende Gründe: 1) Trotz innerer Gleichheit besteht dennoch eine äußere Verschiedenheit; die Vermächnisse, die in dem Testamente enthalten sind, fallen nur, weil dieses in toto hinfällig ist (so als ob es der Testator z. B. zerrissen hätte). 2) Die Regel des §. 713 hat im österreichischen Recht nicht die Rechtsconsequenz für, sondern gegen sich; sie ist, wie die Redactoren selbst erkannt haben, nur Interpretations-Regel (s. oben, bef. Abs. II gegen's Ende), und wie wir erkannt haben, eine schlechte Regel. Wozu sie denn über ihren Wortlaut ausdehnen?²⁴⁾ Zumal, da wir 3) wissen, daß man von Anfang an diesen Fall ausgeschlossen hat. Ausdrücklich sagt Zeiller (S. 690 §. 6), daß nach §. 713 nur ein früheres Testament, nicht auch ein früheres Codicill aufgehoben werde.²⁵⁾ 26) 27) Um so weniger hebt ein Testament eo ipso (d. h. schon

²⁰⁾ Ueber und gegen die wunderlichen (die Fragen dieses Abs. VI betreffenden) Meinungen Fügler's II S. 278 ff. §§. 178, 179) s. Unger §. 24 Anm. 14. — Vgl. auch Zeiller II S. 689 f. §. 5.

²¹⁾ D. h. auch wo kein inhaltlicher Widerspruch und kein ausgesprochener Widerruf vorliegt.

²²⁾ Sie ist verzeichnet in Arndts' Pandekten §. 551 A. 2, Windscheid §. 640 A. 7, Bangerow §. 526 §. 2, in der Ger. Ztg. 1873 Nr. 1; s. auch Dvorzak S. 104 ff., bez. in der Ger. Ztg. 1865 Nr. 81 (S. 323 f.).

²³⁾ Dieses Argument war für Unger §. 61 Anm. 7 entscheidend.

²⁴⁾ Dieses namentlich gegen Unger, der ja mit uns in der legislativen Verwerfung des §. 713 ganz und gar übereinstimmt. (Erbrecht §. 24 A. 13 und §. 61 A. 7.)

²⁵⁾ Er motivirt diesen Unterschied so: „Sobald ein Erblasser ein Testament errichtet, ist zu vermuthen, daß er über seine ganze Verlassenschaft verfügen wolle“ (S. 688). Wenn er dagegen bloß ein Codicill mache, so schein er „sich vorzubehalten, über sein übriges Vermögen noch mittelst eines Testaments zu verfügen“. Daß diese Motivirung eine ungenügende ist (denn der erste Satz spricht ja für die Aufhebung auch des Codicills), kommt für obige Beweisführung gar nicht in Betracht. Denn unbegründet ist überhaupt die Abweichung des §. 713 von dem Gedanken des §. 714. Uns kommt es lediglich auf das historische Zeugniß an.

²⁶⁾ Noch andere (nicht durchweg überzeugende) Gründe finden sich in dem, die richtige Ansicht vertretenden, klar geschriebenen Aufsatze in der Ger. Ztg. 1873 Nr. 1 u. 2 (unterzeichnet mit W. Tr.). Richtig ist z. B. die Bemerkung: es gebe keinen principiellen Widerspruch zwischen der Anordnung von Universal- und der von Singular-Successionen. Aber spräche dieses nicht auch für die Aufrechterhaltung der testamentarischen Vermächnisse? Dieselbe Bemerkung gilt von dem (an sich richtigen) Argumente, daß ja im österreichischen Rechte der Grundsatz gelte „quisquis heres mihi erit, legatum solvat“ (§. 563, S. 606, §. 726).

²⁷⁾ Die obige Ansicht wird vertreten von Zeiller II S. 690, Rippel IV S. 424 A. 5, Ellinger bei §. 713 und bei §. 714, Fügler II S. 297 f. (§. 190), von dem Verfasser des in der vorigen Note besprochenen Aufsatze, und (nach seiner Angabe) von

durch seine gültige Existenz) eine vorausgegangene Schenkung auf den Todesfall auf (Sammlung I Nr. 335).

VIII. Wie aber wirkt das neue Testament auf ältere testamentarische Codicille ein? Im römischen Recht braucht diese Frage gar nicht gestellt zu werden, da hier der allgemeine Grundsatz gilt: *codicilli ius testamenti sequuntur*, sie stehen und fallen mit dem Testamente, dessen Anhängsel sie gleichsam sind.²⁸⁾ Bei uns gilt kein solcher durchgreifender Satz; es ist alles *quaestio voluntatis*. Je enger die Verknüpfung von Testament und Codicill, um so sicherer ist dieses als mitaufgehoben zu betrachten; so wenn das Codicill (etwa holograph) unter das Testament geschrieben ist, wo ja auch die Zerreißung der Urkunde (§. 717) die gleiche Wirkung hätte; so wenn das Codicill sich als „Anhang, Nachhang, Ergänzung“ u. dgl. des aufgehobenen Testaments gibt; so wenn die hier Insituirten als Onerirte bezeichnet sind. Je selbständiger das Codicill erscheint, je mehr die Person des Onerirten gleichgültig war (*quisquis heres mihi erit*), desto eher ist das Codicill aufrecht zu erhalten; z. B. wenn das Codicill vom Jahr 1877, das erste Testament von 1878, das neuere Testament von 1881 wäre.²⁹⁾ Verstärkt würde die Wahrscheinlichkeit der Aufrechterhaltung des Codicills, wenn die beiden Testamente keine Vermächtnisse enthalten würden. — Im Zweifel jedoch muß man sich für die Aufhebung der testamentarischen Codicille entscheiden, vornehmlich aus historischen Gründen.³⁰⁾ ³¹⁾ — Ein mit der Codicillar-Clausel versehenes Testament ist auch hinsichtlich des §. 713 ebenso zu behandeln, wie jedes andere.³²⁾

IX. Aus der Praxis. Zwei holographische Testamente von zwei aufeinander folgenden Tagen: a vom 2., b vom 3. Februar. Beide nahezu wörtlich gleichlautend; nur enthielt a bestimmte Legatsummen, b an diesen Stellen Lücken. Entweder waren die Daten gefälscht (2 und 3 verwechselt), oder, wenn nicht, dann hatte der Testator die Absicht, die Summen zu ändern, ohne noch über das „wie?“ schlüssig zu sein. Jedenfalls muß a als gültig anerkannt werden; denn entweder war es das neuere Testament, oder es war zwar das ältere, durch das andere aber darum nicht aufgehoben, weil dieses noch nicht perfect war. Gerade darum hat der Testator jenes

Redomanstj im Právnik 1861 S. 204 ff. Sie ist auch in der Praxis die herrschende; s. z. B. Ger. Ztg. 1855 Nr. 140 Z. 26; ebd. 1858 Nr. 102 (= Sammlung I Nr. 335). Die gegenteilige Ansicht, wonach §. 713 auch auf Intestat-Codicille geht, vertreten: Unger S. 61 Anm. 7, dem Kirchstetter folgt (vgl. auch Gruchot II S. 273), und Stubenrauch II S. 553 Z. 4 (4. Aufl. I S. 868), der sich auf Winwarther III S. 257 beruft, der auch sonst allgemein für diese Ansicht citirt wird. Doch paßt seine Aeußerung, genauer betrachtet, nur auf testamentarische Codicille.

²⁸⁾ Vgl. Unger §. 56 Anm. 3.

²⁹⁾ Wird ja doch nach der hier acceptirten Lehre Zeiller's das Codicill v. 1877 durch das Testament von 1878 nicht aufgehoben; wie sonderbar, wenn es durch das Testament von 1881 ohne weiteres aufgehoben würde! Zwar ist es richtig, daß im Jahr 1878 auch das Codicill einen veränderten Inhalt erhalten hat; denn fortan waren nicht mehr die Intestaterben die Belasteten; aber dies wird durch Zeiller's Annahme, schon 1877 sei ein Testament in Aussicht genommen gewesen, abgeschwächt.

³⁰⁾ a) Zeiller's Aeußerung (S. 690 Z. 6) bezieht sich nur auf Intestat-Codicille. b) Seine Berufung (S. 688) auf die Vorstellung, die während der gemeinrechtlichen Praxis „bei den Einwohnern so tiefe Wurzel gefaßt“, spricht für obigen Satz.

³¹⁾ Die Anhänger der Ansicht, wonach auch Intestat-Codicille der Aufhebungsart des §. 713 unterliegen, haben es nicht nöthig über die obige Frage sich zu äußern; denn was nach ihnen von jenen Codicillen gilt, muß um so mehr von den testamentarischen gelten. Dagegen wäre es Sache der anderen (in Nr. 27 genannten, in jener Frage mit uns übereinstimmenden) Juristen gewesen, auf diese zweite Frage einzugehen. Daß sie es nicht gethan, ist Nachwirkung der gemeinrechtlichen Literatur, in welcher eine solche Zweifelsfrage keinen Platz hat.

³²⁾ Zeiller S. 690 Z. 6 a. E. Vgl. auch §. 576 preuß. L. R. I. 12. Die Codicillar-Clausel ist bei uns überhaupt belanglos; s. oben S. 63, bes. Nr. 34 und Unger §. 56 A. 5. — A. M. ist Rippel IV S. 424 f. Z. 5.

noch unverlegt aufbewahrt, weil es so lange gelten sollte, bis das neue perfect wäre.³³⁾ — Nicht in der Rechts-, sondern in der Thatfrage (den widersprechenden Zeugen=Aussagen) lag die Schwierigkeit in dem (eben deshalb nicht instructiven) Falle der Sammlung II Nr. 535.³⁴⁾ — Vgl. übrigens Note 27.

oder Codicills;

§. 714.

Durch ein späteres Codicill, deren mehrere neben einander bestehen können, werden frühere Vermächtnisse oder Codicille nur in so fern aufgehoben, als sie mit demselben im Widerspruche stehen.

I. Redaction. Der zweite Satz des §. 500 Westgal. G. B. II. galt auch für Codicille. Daran schloß sich §. 501 specialisirend so an: „Sind Jemanden in einem oder mehreren Codicillen verschiedene Erbstücke vermacht worden; so bestehen diese Codicille neben dem Testament“ — ein sachlich richtiger, formell durchaus verfehlter Satz. Man wollte hervorheben, daß zwei oder mehrere Codicille selbst dann neben einander bestehen, wenn dieselbe Person in ihnen bedacht ist; man dürfe nicht vermuthen, daß das neue Vermächtniß an die Stelle des früheren getreten sei. Da aber ein Gleiches auch gilt, wenn an verschiedenen Stellen einer Anordnung Jemandem Legate ausgesetzt sind, so fügte man sehr unpassend hinzu „in einem oder . . .“²⁾ Der ganze Satz stört den Zusammenhang, da ein ganz allgemeiner vorausgeht und ein anderer (wenn auch weniger) allgemeiner nachfolgt, nämlich: „Im Falle eines Widerspruchs hebt auch in Codicillen der spätere Wille den früheren auf.“ Daß also Zeiller diesen §. gründlich umgestaltete, war nur löblich. Aus dem schweigsamen Protokoll erfahren wir nur, daß sein Text mit dem jetzigen übereinstimmte, nur enthielt er nicht den unglückseligen Zwischensatz „deren mehrere neben einander bestehen können“, an dem also Zeiller unschuldig ist. Doch wurde er gleich in erster Lesung eingeschaltet.³⁾ Obgleich praktisch gleichgültig, ist er ein sehr arger Redactionsfehler. Dieses „deren mehrere“ gibt sich offenbar als Begründung; es ist eine latinisirende Redewendung (quorum plures, quia eorum plures oder quum eorum pl. oder quippe quorum pl.). Dies bringt nun in den Zusammenhang der §§. 713 und 714 folgenden Sinn: ein späteres Testament hebt das frühere auch dann auf,

³³⁾ Wichtig war die Entscheidung der Gerichte, nicht auch die Motivirung. Verkehrt ist die Behauptung Staudinger's (Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1829 I S. 207 ff.), daß das Testament a entkräftet war und die Legatäre nichts zu bekommen hatten.

³⁴⁾ Derselbe Fall, der auch in der Ger. Ztg. v. 1858 Nr. 125 steht.

1) „Eine spätere gültige Erklärung seines Willens hebt die frühere auf, wenn beide nicht vereinbarlich sind.“

2) a) Dies ist grammatisch verfehlt; b) gehört nicht in diesen Zusammenhang, und ist, wenn man Vollständigkeit anstrebte c) ungenügend, da auch an verschiedenen Stellen desselben Testamentes eine Person mit Legaten bedacht sein kann; d) paßt es nicht zu den Worten „diese Codicille“ im Nachsatz. — Denbar ist es allerdings, daß hier ein Druckfehler vorliegt, und es heißen soll „in zwei oder mehreren Codicillen“.

3) Das Protokoll (S. v. 28. Mai 1804) zu §. 501 Westgal. G. B. lautet wörtlich so: Die hiesige juridische Facultät war der Meinung, es würde besser sein, wenn man sagte: „Ein Codicill oder mehrere bestehen auch neben einem Testamente.“ Dann wäre in der letzten Zeile das Wörtchen „auch“ nach den zum vorhergehenden §. gemachten Bemerkungen zu bestimmen. — Der Ref. Hofr. v. Zeiller bemerkte, daß der erste Theil dieses §. schon in einem nach dem §. 151 vorgeschlagenen neuen §. enthalten sei. Für den zweiten Theil schlage er folgende Textirung vor: „Durch ein späteres Codicill werden frühere Vermächtnisse oder Codicille nur insofern aufgehoben, als sie mit demselben im Widerspruche stehen.“ — Man war zwar im Wesentlichen mit dem Referenten einverstanden, nur glaubte man [wer?!], daß es zur Bestimmtheit des Gesetzes beitragen würde, wenn man, da in dem vorhergehenden §. die Regel aufgestellt wurde, daß mehrere Testamente neben einander nicht bestehen, hier ebenso deutlich ausdrückte, daß aber mehrere Codicille neben einander bestehen können. Daher lautet dieser §. [folgt der jetzige Text des §. 714]. — Die Verkehrtheit dieser Motivirung ist evident; der §. 713 sagt ja nicht, daß mehrere Testamente neben einander nicht bestehen können! —

wenn ihr Inhalt wohl verträglich ist (§. 713); dagegen ein späteres Codicill das frühere nur dann, wenn und soweit es mit ihm in Widerspruch steht. Mit Codicillen verhält es sich darum anders als mit Testamenten, weil „mehrere Codicille neben einander bestehen können“. Also — muß man folgern — hat die Bestimmung des §. 713 darin ihren Grund, daß mehrere Testamente neben einander nicht bestehen können. — Und dies, nachdem man den §. 348 Westgal. G. B. II. verworfen, ja wenige Minuten, nachdem Zeiller auseinander gesetzt, daß und warum der Satz „nemo cum pluribus test.“ für uns nicht gelte! Es ist ein fast ungreiflicher Widerspruch.⁴⁾

Im Commentar (II. S. 691) begründet Zeiller diesen Unterschied nur durch den vermuthlichen Willen des Erblassers. Da in einem Codicille nicht über den ganzen Nachlaß, sondern nur über Bestandtheile desselben verfügt wird, „so kann man daraus, daß der Erblasser nach einem früheren Testamente oder Codicille ein späteres Codicill errichtet, keinen Schluß ziehen, daß er selbe aufheben wolle; diese Anordnungen können, und nach dem Willen des Erblassers sollen sie neben einander bestehen.“⁵⁾

II. Das Codicill derogirt also früheren Anordnungen nicht schon durch seine Existenz, sondern durch ausdrückliche Aufhebung oder durch widersprechenden Inhalt. „Letzteres ist insbesondere der Fall, wenn die nämliche Sache, die Jemanden früher vermacht worden, späterhin einem Andern vermacht wird. Aber bloß daraus, daß der Erblasser einem schon früher bedachten Legatäre in einem späteren Codicille eine andere Sache, oder wohl auch eine gleiche Summe vermacht hat, kann man nicht schließen, daß das frühere Vermächtniß aufgehoben sei (§. 660).“⁶⁾ — Vgl. §§. 583, 584 preuß. L. R. I. 12. — Selbstverständlich gilt das in Abs. VI §. 713 Gesagte auch hier.

III. „Vermächtnisse oder Codicille“ (§. 714). Offenbar geht das erste Wort auf testamentarische Vermächtnisse.⁷⁾ Damit ist aber der Fall „erst Testament, dann Codicill“ noch nicht erschöpft. Denn es ist doch offenbar auch eine Aenderung, wenn die im Testamente nicht belasteten Erben belastet werden, oder wenn ihnen zu früher angeordneten eine neue Last auferlegt wird.⁸⁾ — Daß aber, was §. 714 von einem früheren Codicille sagt, ganz allgemein auch von einem früheren Testament gelte, ist unbestritten und unbestreitbar.⁹⁾

⁴⁾ So groß ist die Macht eines eingelebten Rechtes (und wohl jeder traditionellen Lehre), daß sie sich selbst im Augenblicke, wo sie beseitigt wird, noch an den Beseitigenden bethätigt!

⁵⁾ Zum vollen Verständniß dieses Satzes ist nothwendig die Vergleichung mit der Bemerkung zu §. 713 (S. 688 Z. 3): nach österreichischem Recht könnte das frühere Testament neben dem späteren bestehen, das beweise aber noch nicht, daß es bestehen soll.

⁶⁾ Zeiller S. 691 f. Z. 2. Andererseits kann aber die Wiederholung zu dem Zweck geschehen, um durch eine vollständigere Anordnung eine frühere entbehrlich zu machen. Es ist dies quaestio voluntatis. Vgl. Ger. Ztg. 1853 Nr. 86 (Z. 22). — Vgl. oben S. 423 ff. — War erst dem A das freie Eigenthum der Sache x, dann dem B die Fruchtnießung an der Sache x vermacht, so ist dies nicht eine Aufhebung, aber eine Abänderung des früheren Vermächtnisses. Rippel IV S. 724. Dem A war legitime eine Uhr und ein Ring; letzterer wurde später dem B vermacht; selbstverständlich bekommt A die Uhr. Winwartner III S. 258.

⁷⁾ Ellinger zu §. 714.

⁸⁾ Mit andern Worten: Das Testament erfährt eine Aenderung, auch wenn keine positive Anordnung desselben geändert wird. Denn wenn die Erben die Erbschaft unbelastet erhalten hätten, so wäre auch dieses auf den Willen des Erblassers zurückzuführen gewesen, und dieser Wille erfährt durch das Codicill eine Abänderung.

⁹⁾ S. Zeiller's Worte hier in Abs. I a. E.; Ellinger bei §. 714; Ger. Ztg. 1873 Nr. 1.

§. 715.

Kann man nicht entscheiden, welches Testament oder Codicill das spätere sey; so gelten, in so fern sie neben einander bestehen können, beyde, und es kommen die im Hauptstücke von der Gemeinschaft des Eigenthums aufgestellten Vorschriften zur Anwendung.

I. Redaction. §. 502 Westgal. G. B. II lautet:

Kann man nicht entscheiden, welcher Wille der spätere sei; so gelten, so viel es sich thun läßt, beide: und man benimmt sich nach den Grundsätzen des gemeinschaftlichen Eigenthums.

Hier ereignete sich der seltene Fall, daß Zeiller sich an der Debatte nicht betheiligte (S. v. 28. Mai 1804). Hofrath Frh. v. Haan wollte die Streichung des §.; denn da man in §. 373 (Westgal. G. B.) das Datum zur wesentlichen Förmlichkeit erhoben, so könne der Fall des §. 502 gar nicht vorkommen. Während nun Sonnenfels, Nischen, Lhro, Pitreich, Orlandini ihm zustimmten, widersprach ihm entschieden sein berühmterer Namensvetter, der Vicepr. v. Haan. Er sei damals bei der Verathung nicht zugegen gewesen¹⁾; wäre aber dafür, daß man das Datum nicht als wesentliches Moment der Testamentsform erklären solle. Er sei darum auch für Beibehaltung des §. 502. Die Majorität beschloß seine Streichung. Daher fehlt dieser §. in der Reinschrift der Texte I. Lesung. Dafür steht dort die „nachgetragene Bemerkung“: Der durch Mehrheit der Stimmen beseitigte §. 502 E. muß, wenn man nach meiner (B.'s) obigen Erinnerung das Datum zu keiner wesentlichen Förmlichkeit macht, etwa mit folgender Textirung aufgenommen werden: „... (= §. 715) .. beide, und man benimmt sich nach den Grundsätzen des gemeinschaftlichen Eigenthums.“ — In der S. v. 17. Aug. 1807 brachten Haan und Zeiller jenes Formelerforderniß wirklich zu Falle²⁾, und als es am 3. Septbr. 1807 zur Revision unserer Materie kam, setzten sie die Repristinirung des gestrichenen §. in veränderter Fassung durch; diese (der jetzige §. 715) rührt von Zeiller her³⁾; nur hieß es in II. Lesung: „kommen die Vorschriften vom gemeinschaftlichen Eigenthum zur Anwendung.“

II. Der §. 715 beruht auf einer (legislativ verwerflichen) Ausdehnung der ohnehin schon singulären Entscheidung in L. 1 §. 6 D. de bon. poss. sec. tab. 37. 11. Die Redactoren glaubten sie gerechtfertigt durch den (auf den ersten Blick ansprechenden, aber gleichwohl unrichtigen) Gedanken: es sei gleichgültig, ob wir wissen, daß zwei Testamente gleichzeitig errichtet sind, oder ob wir nicht wissen, welches das frühere und welches das spätere sei. Man meinte alles befriedigend damit erledigt, daß man den Inhalt beider Testamente, als in einem enthalten fingire, und dann nach den Regeln corrigire, welche in den §§. 555—559 (bes. in §. 558)⁴⁾ enthalten sind.⁵⁾ Eine solche Vereinigung („pro unis tabulis habendum“) führt in vielen Fällen schon hinsichtlich der Erbeinsetzungen, noch mehr aber hinsichtlich der Vermächtnisse zu unrichtigen (nicht selten geradezu absurden) Consequenzen. Diese lassen sich, soweit es sich um die Erben handelt, größtentheils durch (auch de lege lata zulässige) Correcturen der Formel eliminiren; schlimmer steht es hinsichtlich der Legate, wo nur durch Argumente, die dem einzelnen Falle entnommen sind, theilweise geholfen werden kann, während man sich im Uebrigen in das „lex ita scripta“ resigniren muß.

1) Es war die Sitzung vom 23. Jänner 1804 (s. oben S. 143), in welcher Haan wirklich nicht anwesend war.

2) S. oben S. 144.

3) Es waren in dieser Sitzung, außer den Beiden, nur zwei Botanten anwesend: Sonnenfels und Pratoberera; also, da der letztere an der ersten Lesung überhaupt keinen Antheil hatte, nur Einer von denen, welche die Streichung des §. 502 beschlossen hatten.

4) Neben welchen Zeiller II S. 694 wunderlicher Weise den §. 1197 stellt!

5) Uebrigens ist auch dieses nur Rückschluß aus Zeiller's Commentar. Die Mehrzahl der Botanten scheint über diesen §. nicht einmal soweit nachgedacht zu haben.

III. „Es kommen die im Hauptstücke von der Gemeinschaft des Eigenthumes aufgestellten Vorschriften zur Anwendung“ (§. 715). Diese, dem §. 502 Westgal. G. B. II nachgebildete, gedankenlose Phrase ist weiter gar nicht zu beachten, da sie nicht einen einzigen der vielen Zweifel löst, zu denen unser §. (einer der verfehltesten im Gesetzbuch) Anlaß gibt. Sie ist lediglich wegen des zweiten Satzes von §. 839 aufgenommen, welcher lautet: „Im Zweifel wird jeder Antheil gleich groß angesehen; wer das Gegentheil behauptet, muß es beweisen.“ Es ist dies der einzige §. des 16. Hauptstückes, welchen Zeiller hier citirt. Auch passen alle übrigen §§. theils gar nicht auf Miterben, theils auf alle Miterben, so daß sie nichts für unsern Fall Besonderes sagen. Ein §. aber steht im 16. Hauptstück, der schon für sich allein das im §. 715 enthaltene Unrecht aufzudecken geeignet wäre — nämlich §. 827: „Wer einen Antheil an einer gemeinschaftlichen Sache anspricht, der muß sein Recht, wenn es von den übrigen Theilnehmern widersprochen wird, beweisen.“⁶⁾ In unserem Falle kann Keiner von den Eingesezten ein Recht auf den Nachlaß, weil Keiner die Gültigkeit des Testaments beweisen (§. 713⁷⁾); also sollte eigentlich der Nachlaß an die gesetzlichen Erben fallen. Dies ist jedoch durch §. 715 ausgeschlossen.

IV. „In so fern sie neben einander bestehen können.“ Diese Worte des §. 715 sind mehrdeutig. Man könnte sie 1) dahin verstehen, als ob nur Testamente und Codicille, die einander gar nicht widersprechen, in §. 715 aufrecht erhalten würden. Diese Interpretation könnte damit unterstützt werden, daß nach §. 713 ein späteres Testament ein früheres selbst dann aufheben soll, wenn gar kein Widerspruch zwischen ihrem Inhalte besteht. 2) Könnte man glauben, daß die einzelnen widersprechenden Anordnungen gestrichen werden — nach L. 188 pr. D. de R. J.⁸⁾ Z. B. wenn es in dem einen Codicille hieße: „Die Sache x vermache ich dem A zu ausschließlichem Eigenthum“, und in dem anderen Codicille wörtlich ebenso, nur daß statt A B stünde. Aber diese widersprechenden Legate werden keineswegs gestrichen, sondern A und B erhalten x zu Miteigenthum. Es ist vielmehr 3) gemeint, daß die widersprechenden Anordnungen soweit reducirt werden, bis sie neben einander bestehen können. Diese Auslegung steht durch die Dogmengeschichte und durch Zeiller's Commentar außer Zweifel.

V. Nicht gedacht haben die Redactoren daran, daß verschiedene Reductionen möglich sind, damit die Anordnungen „neben einander bestehen können“. Wenn in dem einen Testamente A und B, in dem anderen C, D, E ohne Theilangabe eingesetzt sind, so läßt sich denken, daß jeder $\frac{1}{5}$ erhalte; aber auch, daß A und B die eine Hälfte, C, D, E die andere Hälfte des Nachlasses bekommen. Die Berufung auf §. 839 (s. Abs. III) entscheidet nicht einmal diesen einfachen Fall. Für die erstere Theilung könnte man sich auf die Worte „im Zweifel wird jeder Antheil gleich groß angesehen“ berufen; für die andere aber auf die Motivirung dieses Satzes: wer mehr verlange, müsse das Recht auf dieses Mehr beweisen. Nun kann die Gruppe A, B mit demselben Rechte, wie die Gruppe C, D, E behaupten: „uns gebührt alles; denn unser Testament ist das gültige“. Da dieses aber keine Gruppe beweisen kann, so sollte jede die Hälfte bekommen. Diese Entscheidung ist offenbar gerechter, als die andere, und läßt sich mit der Einheitsformel durch Annahme einer Conjunction sehr wohl vereinbaren.

VI. Der §. 715 spricht von Testamenten und Codicillen, ist aber für jene unvergleichlich wichtiger, als für diese, wie eine Vergleichung der §§. 713 und 714 von selbst ergibt. Bei mehreren Codicillen entsteht meistens keine Collision, weil die späteren in der Regel die früheren nur ergänzen. — Da die Datirung nicht mehr

⁶⁾ Der §. ist unlogisch stylisirt, da es sich eben erst fragt, ob ihm die Sache mit Anderen „gemeinschaftlich“ sei, ob auch er zu den „Theilnehmern“ gehöre.

⁷⁾ Wir sehen hiebei ab von den Fällen, wo die Testamente einander nur ergänzen.

⁸⁾ Ubi pugnancia inter se in testamento iuberentur (invenirentur), neutrum ratum est.

ein wesentliches Moment der schriftlichen ⁹⁾ Testamente ist, so kann der in §. 715 pr. bezeichnete Fall allerdings vorkommen; aber doch nur selten. Denn die Datirung wird thatsächlich sehr selten unterlassen, und auch wo es der Fall ist, läßt sich die Zeitfolge meistens erweisen. Oft genügt ein unscheinbares Wörtchen („auch, ferner, noch“ u. dgl.), sie zu verrathen.

VII. Das schwierige und weitläufige Detail der hier einschlägigen Fragen haben wir in die Excurse verwiesen, da es doch nur sehr selten praktisch wird. Dort ist ihm eine eingehende Untersuchung gewidmet. Wir haben dabei die nahezu durchaus werthlose Literatur des §. 715 unberücksichtigt gelassen, um die ohnehin so complirte Materie nicht durch Polemik noch mehr zu belasten, was nur zur Verwirrung des Lesers führen könnte.¹¹⁾

ungeachtet der früher erklärten Unabänderlichkeit.

§. 716.

Der in einem Testamente oder Codicille angehängte Beisatz: daß jede spätere Anordnung überhaupt, oder, wenn sie nicht mit einem bestimmten Merkmale bezeichnet ist, null und nichtig seyn solle, verhindert zwar den Erblasser nicht, seinen letzten Willen zu verändern; allein, wenn er in der späteren Verordnung den eben angeführten allgemeinen, oder besondern Beisatz nicht ausdrücklich aufhebt; so wird nicht sein späterer, sondern sein früherer Wille für gültig angenommen.

I. Redaction. Dieser §. ist unverändert aus dem Westgal. G. B. herübergenommen (II. §. 503).¹⁾ Sowohl bei der zweiten als bei der dritten Lesung (3. Septbr. 1807 und 4. Decbr. 1809) beantragte Pratobevera die Streichung dieses bedenklichen §. Wie leicht könne der Erblasser auf jene, ihm vielleicht von einem Rechtsfreund eingeredete, Clausel vergessen; wie gefährlich sei sie namentlich bei minder Gebildeten! Die Majorität²⁾ aber meinte: ein solche Clausel mache man nicht, außer in einer besonderen Lage, wo man Zudringlichkeiten vorherseht; dann aber vergesse man nicht auf sie. Bedenklicher als dieser §. wäre es, Einem in solcher Lage dieses Aushilfsmittel zu entziehen. Zeiller sagt im Comm. II S. 695 Z. 2: „Wirklich ist ein Erblasser in seinen besonderen Verhältnissen manchmal nicht ohne Grund besorgt, daß man ihm eine Anordnung unterschreiben, oder daß man ihn, wenn nicht durch offenbaren Zwang, doch durch Zudringlichkeit zu einer späteren Anordnung gegen seinen Willen bestimmen werde. Daher erklärt er zum voraus, daß jede spätere Anordnung ungültig, oder daß sie nur dann gültig sein soll, wenn sie ein bestimmtes Merkmal enthalten würde, z. B. seine zweifache Unterschrift, oder ein doppeltes Handzeichen, oder das Wort „Amen“ und dgl.“

II. Kritik. Es ist nicht zu leugnen, daß sowohl die Bemerkungen Pratobevera's, als die Zeiller's Richtiges enthalten, daß auch sonst beachtenswerthe Gründe pro und contra vorgebracht worden sind, von denen wir hier die wichtigeren mittheilen. Mühlenbruch³⁾ unterscheidet die eig. derogatorische Clausel, wodurch künftige Dispositionen, insbes. solche, die sich mit dem Inhalt einer gegenwärtigen

⁹⁾ Nur an diese wurde gedacht; doch ist §. 715 auch auf andere Fälle anwendbar.

¹⁰⁾ Ueber andere Mittel der Erwirrung s. Zeiller S. 692.

¹¹⁾ Man hat es sich bisher mit diesem ungemein schwierigen §. sehr leicht gemacht. Ausgenommen ist Nippel, bei dem sich einzelne gute Bemerkungen finden, im übrigen freilich nur — laudanda voluntas.

¹⁾ Einzige Variante: „jede andere spätere . . .“ mit Recht wurde das müßige Wort „andere“ gestrichen. In der Reinschrift der Texte I. Lesung steht die „nachgetragene Bemerkung“: Richtiger würde die Endstelle so textirt: „nichtig sein soll, hat die Wirkung, daß die spätere Anordnung nur dann die frühere aufhebt, wenn in der späteren der eben angeführte allgemeine Beisatz ausdrücklich widerrufen oder das bestimmte Merkmal beigefügt worden ist.“

²⁾ Bei der Superrevision stimmte Aichen mit Pratobevera.

³⁾ In der Fortsetzung von Glük's Pandekten-Commentar, 38. Thl. (1835) S. 170 ff.

Verfügung nicht vertragen, für ungünstig erklärt werden — von der Bestimmung⁴⁾, welche dem späteren Testamente die aufhebende Kraft abspricht, wenn dabei nicht eine in vorhin ein bestimmte Form beobachtet ist. Der letztere ist er legislativ nicht abgeneigt, wenngleich er ihr für das gemeine Recht wegen L. 6 §. 2 D. de iure codic. 29. 7 keine Kraft zuerkennen mag. Was die erstere betrifft, so unterscheidet er zwischen Codicillen, für welche L. 22 pr. de leg. III⁵⁾ zu beachten ist, und Testamenten, bei welchen er der derogatorischen Clausel de lege lata und de lege ferenda jede Kraft abspricht. Die Befürchtung wegen Hinterlist, Zwang, umgestümmter Zudringlichkeit sei weit hergeholt. „Es ist ebenso leicht, ja noch viel eher anzunehmen, daß die Derogatorclausel durch Einflüsterungen und Ueberredungskünste der in dem früheren Testamente eingesetzten Erben veranlaßt worden sei, welche die von ihnen erschlüchene Erbschaft sich dadurch zu sichern suchen, wie es denn an erwiesenen Fällen dieser Art keineswegs fehlt.“⁶⁾ — Unger⁷⁾ tadelt den §. 716. Der Erblasser könne „den Widerruf der ihm abgedruckten Verfügungen zu jeder Zeit in der einfachsten Weise bewerkstelligen (§. 719)⁸⁾; was aber die befürchtete Unterschiebung betrifft, so liegt in der Anordnung des §. 716 kein sicheres Gegenmittel, da die unterschobene Willenserklärung auch die ausdrückliche Aufhebung der derogatorischen Clausel enthalten kann.“⁹⁾ Leicht könne der Erblasser vergessen, daß er dem früheren Testamente eine solche Clausel beigefügt; durch das Erforderniß ausdrücklichen Widerrufs könne ein Wille zur Geltung kommen, der nicht der letzte ist; endlich werde häufig Streit darüber entstehen, ob den Vorschriften des §. 716 genügt sei oder nicht. — Die Gefahr des Vergessens betont auch Fdch. Mommsen¹⁰⁾, und bezweifelt, daß die Gefahr der Unterschiebung und des Zwanges in den Fällen, wo eine derogirende Clausel in das Testament aufgenommen ist, größer sei, als sonst — dies wohl mit Unrecht; denn der Testator wird ja nicht ohne Grund einen solchen Zusatz machen.¹¹⁾ Noch weniger zustimmen können wir der Ansicht, daß die Gesetzgebung den Erblasser gegen die Folgen des eigenen Mangels an Widerstandskraft nicht schützen solle. Selbst ein schwacher Charakter verdient doch eher Schutz, als ein Erbschleicher. Und man kann doch nicht von jedem Testator (Greisen, Frauen, schwer Kranken) den Muth des „homo constantissimus“ fordern! Wie abhängig ist ein schwer Kranker von seiner Umgebung! — Demnach ließe sich dem §. 716 nicht jede innere Berechtigung absprechen — wenn alle Menschen verständig wären. Da es aber mehr unbefonnene als kluge Menschen gibt, so bietet der §. 716 Anlaß zu noch mehr Verfehrtheiten, als ohnehin in Testamenten begangen werden. Die Erfahrung spricht entschieden dafür, den derogatorischen Clauseln jede Kraft abzusprechen (s. Abf. IV). Wie immer man übrigens über §. 716 denken mag, Eines können wir mit Bestimmtheit sagen: Die Redactoren dieses §. hätten gewiß nicht durch laye

4) Ebendort S. 201 ff. Vgl. S. 208 N. 59 („durchaus von den eigentlichen Derogator-Clauseln“).

5) Ueber diese Stelle s. ebd. S. 175 ff.

6) S. 184 unter Berufung auf Bynkershoek *Observ. iuris priv. Lib. III. cap. 6 und 7.*

7) *Erbrecht* §. 24 Anm. 5.

8) Man nimmt aber an, daß die erste Anordnung in voller Freiheit, die zweite in einer Zwangslage gemacht sei, wo der kranke Testator nicht mehr Zeugen berufen oder eigenhändig schreiben oder doch das Geschriebene nicht mehr an sicherem Orte verwahren kann. Zudringlichkeiten sind ja erfahrungsmäßig gerade Sterbende mehr als Andere ausgeföhrt.

9) Wer eine derogirende Clausel macht, sorgt schon dafür, daß Diejenigen, deren Eigennuß er fürchtet, nichts von seiner Anordnung erfahren. — Ueberzeugender scheinen uns die weiteren Argumente.

10) Entwurf eines d. Reichsges. über das *Erbrecht* nebst *Notizen*, S. 249. In §. 162 (S. 40) spricht er beiden Arten der derog. Clausel jede Kraft ab.

11) Trivial gesprochen: Wer so was schreibt, weiß schon, warum er es thut; „er kennt seine Leute“.

Beobachtung der Formvorschriften, namentlich nicht durch Nachsicht der rogatio testium Seitens des Testators, der Unterschiebung und Zudringlichkeit Voranschub geleistet. Wohin kommen wir, wenn man es gestattet, daß die Umgebung des Kranken sich Testamentszeugen einlädt, um Jenen zu Aeußerungen zu verleiten, die dann für ein Testament ausgegeben werden, wie in manchen Fällen geschehen ist!¹²⁾

III. Geschichtliches. Seit Glossatoren-Zeiten ist über die „clausula derogatoria“ geschrieben und gestritten worden. Das zwar ist stets allgemein anerkannt gewesen, daß sie nicht die Kraft habe, eine letztwillige Verfügung unabänderlich zu machen. Ein Verzicht auf das Widerrufsrecht ist ein Unding.¹³⁾ Aber das ist in alter Zeit vielfach behauptet worden, daß auch nach gemeinem Rechte das zweite Testament (Codicill) nur dann zerstörlische Kraft habe, wenn darin die derogatorische Clausel ausdrücklich zurückerommen ist.¹⁴⁾ Später wurde diese Meinung immer allgemeiner verworfen¹⁵⁾, wenn auch immerhin noch vielfach für wirksam erklärt wurde die verwandte Clausel der Formvorschrift für eine spätere Willenserklärung. Heute werden alle solche Clauseln im gemeinen Recht für kraftlos gehalten (arg. l. 6 §. 2 D. 29. 7). In Frankreich wurden sie durch ein Edict von 1735 verboten.¹⁶⁾ Der herrschenden gemeinrechtlichen Lehre folgen das Zürcher G. B. (§. 2102) und das sächsische G. B. (§. 2211), während unser §. 716 auf den heftischen Entwurf (Art. 180) Einfluß gehabt hat.

IV. Sprachgebrauch. „Derogatorische Clausel“ (wofür sich auch die geschmacklose Form „Derogatorclausel“ findet) bedeutet 1) die Anordnung, daß ein späteres Testament oder Codicill überhaupt nicht gelten solle; 2) dann im weiteren Sinne beide in §. 716 erwähnte Clauseln. 3) Zuweilen meint man damit aber gerade umgekehrt den Zusatz, womit ein früheres Testament oder Codicill ausdrücklich entkräftet wird. Sowohl in der ersten als in der dritten Bedeutung wird für „derog. Clausel“ manchmal (selten) gesagt „cassatorische Clausel“.¹⁷⁾ Nach gewöhnlichem Sprachgebrauch aber bedeutet „clausula cassatoria“ das in §. 720 behandelte Verbot.

V. Dogmatisches. Auch nach unserem Recht hat die derog. Clausel (im Sinne 1) nicht die Kraft, das Testament oder Codicill unabänderlich zu machen; nur muß die spätere Anordnung die derog. Clausel ausdrücklich widerrufen. Die zweite Clausel läßt dem Testator drei Möglichkeiten offen: a) er beobachtet die selbst vorgeschriebene Form, oder b) widerruft speciell diese Vorschrift, oder c) generell jede etwaige frühere derogatorische Clausel. Darum ist es ohne Gefahr, wenn er den Inhalt seiner Clausel selbst nicht mehr genau kennt, wenn er nur nicht ganz auf ihr Vorhandensein vergessen hat.¹⁸⁾ Wenn er nichts davon thut, so hat die spätere Anordnung keine, mithin auch keine zerstörlische Kraft. Daß er darin das frühere, oder jedes frühere Testament widerruft, ist nicht genügend (ändert also nichts), wenn er dabei der cassatorischen Clausel gar nicht gedenkt.¹⁹⁾ Die Behauptung

¹²⁾ S. Ger. Rtg. 1857 Nr. 134; vgl. über und gegen Sammlung III Nr. 1141, V Nr. 2371 in diesem Werke S. 154 f., bes. bei und in Nr. 12.

¹³⁾ Wobei zunächst an einen einseitigen gedacht ist. Ob im Erbvertrag ein Verzicht auf das Widerrufsrecht enthalten sei, darüber s. Hofmann in Grünhuts Ztschft. III S. 666 ff.

¹⁴⁾ A. Faber nennt dieses einen „inveteratus error, quem antiqui glossatores invexerunt“ (s. Mühlenbruch S. 173 Nr. 88).

¹⁵⁾ S. die reichen Literaturnachweise bei Mühlenbruch S. 174.

¹⁶⁾ Mühlenbruch S. 209 Nr. 59.

¹⁷⁾ Winivarter III (S. 259) überschreibt den §. 716 „Wirkung der cassatorischen Clausel“ und spricht S. 260 von „cassatorischer oder derogirender Clausel“, ihm folgt Stubenrauch.

¹⁸⁾ Vgl. Zeiller II S. 696.

¹⁹⁾ So müssen wir de lege lata entscheiden, so bedenklich es de lege ferenda ist; und zwar ist es um so bedenklicher, je genauer das frühere Testament bezeichnet ist (z. B. mit dem genauen Datum). Denken wir uns ihn von Erbischleimern bedrängt. Entweder wissen diese von jener Anordnung, dann werden sie die Vernichtung der Urkunde oder

Stubenrauch's²⁰⁾, daß, wenn der Testator seine Clausel weder befolgt, noch widerruft, „vermuthet (werde), daß das spätere Testament oder Codicill unecht oder erzwungen sei“, beruht auf einer Verwechslung der ratio (legis) der gesetzlichen Norm, mit dem Grunde der richterlichen Entscheidung des concreten Falles.²¹⁾ — Die zweite in §. 716 erwähnte Clausel kann entweder eine erhöhte Solennitäts-Form vorschreiben, z. B. Zuziehung von fünf statt drei Zeugen, Zuziehung von zwei Zeugen zum holographen Testament — oder ganz äußerliche Merkmale angeben, an denen man die aus freiem Entschlusse hervorgegangene abändernde Anordnung erkennen werde; z. B. ein Kreuzzeichen über der Urkunde, symmetrische Nadelstiche oder Punkte in einer Ecke, oder ein Lösungswort am Anfang, Ende oder am Rande u. dgl. — Ob es sich nun um Förmlichkeiten oder Erkennungszeichen handelt, macht praktisch keinen Unterschied. — Die Zurücknahme der Clausel muß in dem späteren Testamente selbst enthalten sein (§. 716: „in der späteren Verordnung“); eine abge-sonderte nachträgliche formlose Zurücknahme hätte keine Kraft. Würde sie aber in Testamentsform und mit genügend deutlicher Angabe des beabsichtigten Effectes geschehen²²⁾, so wäre u. E. einer solchen Reparatur allerdings Statt zu geben. Hiefür spricht in entscheidender Weise die Zulassung sog. mystischer Anordnungen (§. 582).²³⁾ — Zu wie vielen Scrupeln diese leidigen Clauseln Anlaß geben, zeigt auch folgender Fall: Die in dem verclausulirten Testamente Eingesezten sind gestorben, weshalb ein neues Testament gemacht wird. Ist auch hier die ausdrückliche Zurücknahme nothwendig? U. E. ja! Freilich kann man sagen: das erste Testament sei ja ohnehin zerfallen.^{23 a)} Aber es ist doch nicht geradezu ungültig, sondern höchstens unwirksam, und auch das nicht nothwendig (§. 726). Auch muß die Clausel nicht gerade nur zum Schutze des verclausulirten Testaments beigefügt sein; es kann auch die Ungültigkeit späterer (halb erzwungener) Anordnungen selbständiger Zweck sein, der auch dann noch bleibt, wenn das erste Testament zerfällt.^{23 b)}

VI. Aus der Praxis. 1) Der Erblasser testirte 1840 mit dem Zusatz „bis Ende Jänner 1842 unwiderruflich“, behält sich aber vor, über eine gewisse Summe zu disponiren. 1841 neues Testament „unter Entkräftung aller Legate, Testamente . . ., unwiderruflich bis Ende 1842“. 1843 testirt er wieder u. s. w. in Widerwillen ermedender Weise.²⁴⁾ Der oberste G. H. bezweifelte, ob das „un-

die Zurücknahme der derogatorischen Clausel erschmeicheln oder erzwingen. Wissen sie aber von jenem Testamente nichts, und der Erblasser will bei ihm bleiben, dann ist es geradezu unbegreiflich, wozu er des früheren Testaments überhaupt gedenkt, und gar es ausdrücklich widerruft. Thut er solches, so müssen wir glauben, daß es ihm mit dem Widerruf Ernst war, und doch können wir nach §. 716 nur das erste, nicht das zweite Testament gelten lassen. Solche Fälle bieten allerdings ein starkes Argument für Unger. Anders liegt die Sache, wenn in der späteren Anordnung „jede frühere“ in allgemeinem Ausdrucke widerrufen wird. Dergleichen könnte auch von Erbschleichern und Fälschern herrühren, die von dem verclausulirten Testamente keine Kenntniß haben.

²⁰⁾ 1. Aufl. II S. 558 (in der 4. Aufl. I S. 870 f. mit Recht geändert).

²¹⁾ Gegen Stubenrauch s. auch Unger System II §. 130 R. 34 (S. 590) und Erbrecht §. 24 Anm. 5 a. E.

²²⁾ Beispiel: „In meinem Testamente vom 10. Mai 1880 habe ich vergessen, die in dem Testamente vom 4. Februar 1872 enthaltene cassatorische Clausel zu widerrufen. Indem ich dieses nun nachträglich thue, erkläre ich hiermit ausdrücklich, daß nicht mein Testament v. J. 1872, sondern das v. J. 1880 Geltung haben solle. Brünn, 6. Octbr. 1881. N. N.“

²³⁾ Die gleiche Entscheidung, doch ohne diese Begründung, hat Tagliani V p. 147 (N. 577). Was die Berufung auf §. 575 und §. 579 sagen soll, ist uns nicht verständlich; vielleicht ist es ein Druckfehler (§§. 578, 579?).

^{23 a)} Und leicht kann dies den Testator verleiten, den Widerruf für überflüssig zu halten.

^{23 b)} Auf trügerische Unterscheidungen und Vermuthungen läßt sich ein Basevi (3. 2), gegen den Sinn des §. 716.

²⁴⁾ Es ist, als ob er, seine eigene Wankelmuthigkeit erkennend, sich selbst einen Hemmschub hätte anlegen wollen!

widerrücklich“ schon eine derog. Clausel sei, und bemerkte, daß diese jedenfalls nicht über die beigestigte Zeit hinaus wirken könnte. Wir erwähnen dieses Falles nur wegen dieser Eigenthümlichkeit. Jedenfalls kann auch eine derog. Clausel zeitlich beschränkt sein. (Sammlung I Nr. 183.)²⁵⁾ — 2) Jede künftige Anordnung ist nichtig, wenn sie nicht die Devise führe „Dominus nos benedicat“ etc. Kurz vor dem Tode testirte der Erblasser, ohne Zurücknahme oder Beobachtung jener Formel, aber mit der Erklärung, daß jenes andere Testament nichtig sein soll. (Sammlung I Nr. 147.) Das erste Testament wurde mit Recht für gültig erkannt.²⁶⁾ — 3) Jede spätere „testamentarische Anordnung“ sollte ungültig sein, wenn sie nicht mit den Worten endet: „Jesu mi amatissime“ etc. Schon vier Tage später folgte ein Codicill, worin jenes Testament („welches mit den Worten endet: Jesu . . .“) ausdrücklich aufrecht erhalten wurde; das Codicill endete nicht mit jener Formel. Die I. Instanz sagte: ein Codicill ist keine „testamentarische Anordnung“. Die II. und III. Instanz dagegen erklärten mit Recht, jenes Wort werde (zumal von Laien) in der Regel im weiteren Sinne verstanden; und darum sei das Codicill, das nicht mit der Formel „Jesu“ etc. endete, ungültig. (Sammlung I Nr. 161.) — 4) Schluß eines Testaments: „A porta inferi Wenn diese Clausel nicht Wort für Wort aufgenommen oder aufgehoben wird, so soll immer mein gegenwärtiges Testament . . . als mein letzter Wille gelten.“ In einem späteren wurde „jedes frühere“ einfach aufgehoben. Alle drei Instanzen erklärten das erste Testament für allein gültig. (Sammlung I Nr. 239.)²⁷⁾ — 5) Ein Codicill von 1850 begann mit den Worten: In aggiunta al mio testamento scrivo il presente codicillo . . . und schloß so: dies solle sein „il mio codicillo ed ultima volontà, annullando qualecunque mia anteriore disposizione ed successiva, che non contenesse le seguenti parole: Amour à ma soeur.“ Es fand sich nur ein Testament von 1844, und dieses enthielt nicht die besagten Worte.²⁸⁾ War es aufgehoben? Die I. Instanz sagte: Nein, die II. Ja, die III. Nein. (Sammlung I Nr. 296.)²⁹⁾ — 6) Der oberste G. H. erklärte (Sammlung V Nr. 2428)³⁰⁾: die Bezeichnung eines Testaments als „unwiderrücklich“ sei noch keine derogatorische

²⁵⁾ Identisch mit dem Falle in der Ger. Ztg. 1856 Nr. 81.

²⁶⁾ Treffend bemerkte der oberste G. H.: §. 716 fordere kategorisch den ausdrücklichen Widerruf der Clausel, und mache „aus diesem Widerruf selbst“ (bez. der Beobachtung), „sozusagen eine besondere wesentliche Förmlichkeit späterer Testamente oder Codicille. Wenn nun dieser Widerruf unterlassen wird, so ist jede Untersuchung über die Absicht des Testators . . . verboten. Die frühere Anordnung ist nicht in der vom Gesetzgeber vorgeschriebenen Weise aufgehoben, während der Letztere eben für Fälle, wie der vorliegende, die Entscheidung über den wahren Willen des Erblassers von äußeren Zeichen abhängig machen, und die Verletzung des . . . trügerischen Feldes der Vermuthungen nicht zulassen wollte.“

²⁷⁾ Unter anderem heißt es da: „Wenn auch die derogatorische Clausel, sowie sie der Erblasser angewendet hat, nicht gerade den Worten des §. 716 entspreche“, so sei sie dennoch gültig; denn dieser §. stelle kein Formular für solche Clauseln auf.

²⁸⁾ Eine der grellsten Illustrationen des im Abf. II (gegen Ende) über verkehrte Anordnungen Gesagten! Am Eingange wird ausdrücklich gesagt: dies Codicill sei die Ergänzung eines früheren Testaments. Am Ende wird ebenso ausdrücklich gesagt: jede letztwillige Disposition, gleichviel ob älter oder jünger als das Codicill, sei null und nichtig, wenn es eine gewisse Phrase nicht enthält. Es findet sich überhaupt nur ein Testament und dieses enthält die Phrase nicht! — Wenn der Testator es darauf angelegt hätte, seinen Willen in pythischen Dunkel zu hüllen, um Erben und Gerichte zu veräzern, er hätte es nicht geschickter machen können!

²⁹⁾ Identisch mit dem Falle der Ger. Ztg. 1857 Nr. 63. — Eine sichere Entscheidung ist hier fast unmöglich. Die der II. Instanz entspricht mehr dem *ius strictum*, die der III. der Billigkeit. Für diese ließe sich etwa sagen: Anfang und Ende des Codicills stehen (zwar nicht an sich, aber im concreten Falle) in Widerspruch, heben also einander auf (L. 2 D. de his quae 34. 8); aber dieses Argument ist nicht unangreifbar.

³⁰⁾ Auch in der Ger. Halle 1866 Nr. 58 (S. 300).

Clausel, und sei ganz bedeutungslos (vgl. auch hier Z. 1).³¹⁾ — 7) Clausel: „Dieses Testament soll allein Gültigkeit haben, und jedes etwa vorfindige spätere null und nichtig sein.“ Ein späteres Testament enthielt den Satz: „Alle meine letztwilligen Anordnungen, Testamente und Codille, sollen aufgehoben sein.“ Alle drei Instanzen erkannten mit Recht das frühere Testament als gültig an. Der allgemeine Widerruf des Testaments genüge nicht, es bedürfe eines speciellen Widerrufs der Clausel, der hier eben nicht vorliege. (Sammlung XIV Nr. 6013.)³²⁾ — 8) Drei aufeinander folgende Testamente: das erste mit derog. Clausel, das zweite, welches das frühere sammt der Clausel ausdrücklich widerrief, später aber durch das dritte aufgehoben wurde. Es wurde erkannt: a) daß man sich nicht des Wortlautes der Clausel zu erinnern brauche, um sie zu widerrufen (gewiß richtig); b) auch ein widerrufenes Testament habe noch immer die Kraft, die Clausel zu beseitigen.³³⁾ Diese Entscheidung bedarf aber einer Einschränkung im Sinne des §. 723.

2. durch Widerruf.

§. 717.*)

Will der Erblasser seine Anordnung aufheben, ohne eine neue zu errichten; so muß er sie ausdrücklich entweder mündlich, oder schriftlich widerrufen, oder die Urkunde vertilgen.

§. 718.

Der Widerruf kann nur in einem solchen Zustande gültig geschehen, worin man einen letzten Willen zu erklären fähig ist. Ein gerichtlich erklärter Verschwender kann seinen letzten Willen gültig widerrufen.

I. Redaction. a) Dem §. 717 entsprach §. 504 pr. Westgal. G. B. II, dessen zweiter Satz jetzt den Schluß von §. 721 bildet. Die erheblichste Variante zwischen §. 504 pr. und dem von Zeiller formulirten einstimmig angenommenen (S. v. 4. Juni 1804) §. 717 ist diese: dort hieß es „ordentlich widerrufen“, während es jetzt heißt: „ausdrücklich entweder mündlich oder schriftlich widerrufen.“ — b) §. 718 fehlt im Westgal. Texte und dem der ersten Lesung. Er kam erst bei der Revision (3. Septbr. 1807) auf Zeiller's Antrag hinzu.*)

II. Auch dieser §. 717 ist, wie so mancher andere im Testamentsrechte, im Sinne einer populären Belehrung abgefaßt; vgl. den Eingang desselben mit dem von §. 578, dann §§. 584 und 587 pr. — Aus §. 717 erhellt das Schema, das den Redactoren hinsichtlich der „Aufhebung des letzten Willens“ vorschwebte.¹⁾

³¹⁾ Hier ist es wirklich schwer, sich zu entscheiden. Einerseits ist eine Einengung des Gebietes jener leidigen Clausel wünschenswerth. Andererseits widerspricht obige Entscheidung der in N. 27 mitgetheilten Aeußerung desselben Gerichtshofes (vgl. auch Mühlenbruch 38. Bd. S. 172, „wodurch ein Testator seinen gegenwärtigen letzten Willen für unabänderlich erklärt“); endlich war sie in concreto bedenklich, weil das spätere Testament nicht einmal den einfachen Widerruf des früheren aussprach, sondern desselben gar nicht gedachte.

³²⁾ Identisch mit dem Falle in den Jurist. Blättern 1876 Nr. 12 und in der Ztschft. f. Notariat 1877 Nr. 8. — Basevi (bei §. 716 Z. 1) erzählt, daß die Praxis (in den damaligen italienischen Provinzen Oesterreichs) zweifeln die ausdrückliche Widerrufung der Clausel für unnötig halte, wenn nur feststehe, daß die spätere Anordnung gemacht sei „con piena cognizione e prudenza“. Die Geßekwidrigkeit solcher Praxis ist unzweifelhaft. Basevi selbst vertritt nicht entschieden genug die richtige Ansicht.

³³⁾ Wir kennen den Fall nur aus der kurzen Mittheilung von Basevi (zu §. 716 Z. 3). Er verweist auf das Giornale di giurisprudenza pratica di Venezia, IV p. 136. Man beachte, daß in sämmtlichen obigen Fällen die Testatoren Italiener waren, wie überhaupt die spitzfindigsten (klug oder unklug erkünstelten) Testamente aus den italienischen Gegenden herrühren — eine Nachwirkung des römischen Rational-Charakters. Vgl. auch die Bemerkung in den Excursen II. S. 291.

* Eine in der Reinschrift der Texte I. Lesung eingeschaltete „nachgetragene Bemerkung“ spricht Zeiller's Vorfat aus, diesen §. zu beantragen. Das Wort „gültig“ vor „geschehen“ fehlt noch im Texte II. Lesung.

¹⁾ Vgl. die dem §. 713 vorausgeschickte Uebersicht.

A. Wenn man ein neues Testament errichtet, so ist (arg. a contr. aus §. 717) ein ausdrücklicher Widerruf nicht nöthig, sondern umgekehrt: man muß das frühere bestätigen, wenn es aufrecht bleiben soll (§. 713).

B. Will man aber kein neues Testament errichten, dann ist erforderlich:
entweder I. ein ausdrücklicher Widerruf, der ein mündlicher oder schriftlicher sein kann (§. 719);
oder II. Vertilgung der Urkunde (§. 721).

Nr. I ist anwendbar sowohl auf schriftliche als auf mündliche Testamente, Nr. II nur auf schriftliche, nicht auch auf das test. nuncupativum in scripturam redactum.^{1a)}

III. Bei der Frage, ob mit dem Testamente auch die testamentarischen Codicille widerrufen seien, muß man mehrere Fälle unterscheiden, deren ersten (1) wir bei §. 713 Abs. VIII besprochen haben; 2) im Falle des §. 726 ist die Frage zu verneinen; 3) bei der Vernichtung, Zerreißung, Durchstreichung kann ein Zweifel nicht bestehen. Stand das Codicill auf demselben Blatte wie das Testament und ist dieses zerrissen, so ist das Codicill aufgehoben; steht es in einer besonderen, intact gelassenen Urkunde, dann natürlich nicht, u. s. w. 4) Was endlich den ausdrücklichen Widerruf (ohne eine neue positive Anordnung) betrifft, so entscheidet nicht der (römische) formalistische Gedanke, daß mit dem Testamente auch die testamentarischen Codicille fallen, sondern es ist alles quaestio voluntatis; s. Unger §. 22 N. 2 und §. 56 N. 3.²⁾

IV. Nach römischer Ansicht³⁾ konnte ein Testament nur wieder durch ein Testament entkräftet werden; eine bloß negative Erklärung genügte nicht (§. 7 J. quib. mod. test. infirm. 2. 17). Dann kam die in §. 721 behandelte Widerrufsart auf⁴⁾, zuletzt der ausdrückliche bloße Widerruf (sog. Verbal-Revocation) (§. 719), für den aber wunderliche (L. 27 Cod. de testam. 6. 23), nur geschichtlich begreifliche Rechtsfälle galten.⁵⁾ Nur der miles konnte nuda voluntate widerrufen (L. 15 §. 1 D. de test. mil. 29. 1). — Das ältere österreichische Recht⁶⁾ ließ einen Widerruf beim schriftlichen Testamente nur zu, wenn zugleich die Urkunde zerrissen (zerstört) oder aber ein neues Testament errichtet wurde; mündliche Testamente dagegen konnten wirksam widerrufen werden, auch ohne daß ein neues Testament wäre errichtet worden. — Die deutsche Praxis hat sich größtentheils über die L. 27 cit. hinweggesetzt, und die Mehrzahl der deutschen Gesetzgebungen der letzten drei Jahrhunderte hat ausdrücklich die bloße Verbal-Revocation für wirksam erklärt. So z. B. stimmen mit unserm heutigen österreichischen Rechte überein das hinterpfälzische L. R. (v. 1610) III. 16. §. 3, das churmainzische L. R. (v. 1755) Tit. 13 §. 7, das preuß. L. R. I. 12. §. 587 ff.⁷⁾

V. Jeder Widerruf kann im gewissen Sinne selbst eine Erklärung des letzten Willens genannt werden, weil er die rechtlichen Schicksale des Nachlasses bestimmt.⁸⁾ Dies trifft zu, ob nun ein positives oder negatives Testament, ein Codicill, eine einzelne Anordnung (Erbeinsetzung oder Vermächtniß, Substitution, Enterbung, Bedingung u. s. w.) widerrufen wird. Welche Folgen der Widerruf in jedem dieser

1a) Vgl. Mühlenbruch 39. Bd. S. 99—103.

2) Vgl. Zeiller II S. 488 Z. 2. Nicht richtig Stubenrauch II S. 367 (4. Aufl. S. 753 a. E.).

3) Vgl. Hofmann Kritische Studien im Röm. Rechte. S. 170. Sehr ausführlich behandelt den Widerruf der Testamente im römischen Rechte Mühlenbruch im 38. und 39. Bde. des Glück'schen Commentars; und zwar in §. 1429 (38. Bd. S. 250 ff.) die sog. Verbalrevocation, in §. 1430 (S. 335 ff.) die Widerrufsart des §. 713, in §. 1434 (39. Bd. S. 79 ff.) die des §. 721.

4) Ausführlich behandelt diese Widerrufsart P. Krüger in seinen Krit. Versuchen (1870) S. 1—40, und in der Ztschft. f. Rechtsgesch. XIV. Rom. Abth. S. 53 ff.

5) S. bef. Mühlenbruch Bd. 38 S. 267 ff., 288 ff.

6) Walter Tract. II cap. XIV in Suttinger's Consuetudines austriacae (Ausg. v. 1718) S. 956 und N. D. Landtafel v. 1573 (= Jus consuet. Austr.) lib. III. tit. 36.

7) Vgl. die fleißig gesammelten Notizen bei Gruchot II S. 274 ff.

8) Vgl. Zeiller II S. 697, Winwartner III S. 260 f.

Fälle habe, ergibt sich ganz von selbst; nur eine Singularität kommt noch bei §. 723 zur Sprache. Es ist, wie aus der ersten Bemerkung sich ergibt, nur consequent, daß hinsichtlich der Fähigkeit des Erblassers (§. 718) und hinsichtlich der Form der Erklärung des Verbal-Widerrufs dieselben Erfordernisse gelten, wie für die Errichtung eines Testaments oder Codicilles. „Ein gültiger Widerruf kann also überhaupt (§. 717) nur von einem fähigen Erblasser, in einem von Zwang und Irrthum freien Zustande, mit voller Besonnenheit . . . geschehen; folglich von einem Minderjährigen, der vor zurückgelegtem 18. Jahre gerichtlich testirt hat,^{8a)} nur wieder vor Gerichte“ (bez. jetzt auch vor dem Notar). „Aber ein gerichtlich erklärter Verschwender kann, obgleich er seine gesetzlichen Erben eingesetzt hätte, seinen Willen gültig widerrufen; nur kann er ihnen die gebührende Hälfte der Verlassenschaft nicht entziehen (§. 568).“⁹⁾ Durch diese Bemerkung Zeiller's, der ja der Urheber des §. 718 ist, wird unsere auf §. 111 Z. 7. gegebene Entscheidung vollends außer Zweifel gesetzt.¹⁰⁾ — Zwischen dem Verbal-Widerruf (§. 719) und dem stillschweigenden Widerruf des §. 721 besteht ein großer Unterschied in der Form, dagegen keiner hinsichtlich der Fähigkeit des Erblassers (s. bei §. 721).

VI. Aber nicht nur in Hinsicht auf Form und Fähigkeit stimmen die Errichtung und der Widerruf letztwilliger Anordnungen überein. Auch die Grundsätze über Zwang, Betrug, Irrthum finden beim Widerruf Anwendung. Namentlich ist dieser relativ ungültig, wenn der an der Aufrechthaltung des letzten Willens Interesse zu erweisen vermag, daß der Widerruf einzig durch einen Irrthum des Erblassers veranlaßt wurde, z. B. weil dieser das Testament durch ein neueres ersetzt glaubte, während das neuere wegen Formfehler ungültig ist. Dabei sind wieder zwei Fälle zu unterscheiden: das neue Testament sollte nur eine stylistisch verbesserte Wiederholung des älteren sein; dann liegt in dem Zerreißen dieses gar kein Widerrufswille (Analogie aus §. 721 a. E.). Oder das zweite Testament unterscheidet sich sachlich von dem ersten. Dann ist ein wahrer Widerruf in dem Durchstreichen oder Zerreißen ausgedrückt; aber dieser Wille beruht auf einem irrigen Motive, welches die Bedeutung einer Voraussetzung hatte.¹¹⁾ Vgl. oben §. 118 ff.

a) einen ausdrücklichen;

§. 719.

Ein mündlicher Widerruf einer gerichtlichen oder außergerichtlichen letzten Anordnung erfordert so viele und solche Zeugen, als zur Gültigkeit eines mündlichen Testaments nöthig sind; ein schriftlicher aber, eine von dem Erblasser eigenhändig geschriebene und unterschriebene, oder wenigstens von ihm und den zu einem schriftlichen Testamente erforderlichen Zeugen unterfertigte Erklärung.

I. Redaction. a) §. 505 Westgal. G. B. II lautet:

Die Willensänderung erhellt vorzüglich aus dem von einem Erblasser eigenhändig geschriebenen und unterzeichneten Widerruf. Ein mündlicher Widerruf erfordert so viele und solche Zeugen, als zur Gültigkeit eines begünstigten mündlichen Testaments nöthig sind. Der Erfüllungseid findet hier nicht Statt.

Mit Rücksicht auf ein Monitum des niederösterreich. App. Ger. nahm Zeiller in den Text auch den allographen Widerruf auf. Er und Wichen wollten das Wort „begünstigten“ beibehalten, welches aber von der Majorität gestrichen wurde; es sollten zwei Zeugen nicht genügen, sondern drei erforderlich werden. Der Text der ersten Lesung unterschied sich von dem jetzigen zumeist*) durch den Schlusssatz: „Die

^{8a)} „Und nun vor dieser Altersgrenze auch widerrufen will“ hätte Zeiller hinzuzufügen sollen.

⁹⁾ Zeiller S. 697.

¹⁰⁾ Richtig Stubenrauch II S. 560 (4. Aufl. I S. 872).

¹¹⁾ Wir können, die Worte Papinian's in l. 72 §. 6 D. de condit. 35. 1 paradirend, sagen: „si testator probetur alias revocaturus non fuisse.“ Ein Beispiel hiezu s. unten bei §. 721 f. Note 27.

*) Im Eingange fehlten die Worte, die jetzt zwischen „Widerruf“ und „erfordert“ stehen; ebenso fehlte (3. Zeile) „mündlichen“. Der jetzige Schluß (damals Mitte) lautete:

Aussage eines Zeugen und der Erfüllungseid sind zum Beweise des Widerrufs nicht hinreichend.“ — Daß man diesen Satz bei der Super-Rev. (4. Decbr. 1809) gestrichen hat (s. Note*) sollte offenbar keine meritorische Aenderung sein; denn die jetzige (damals festgestellte) apodiktische Formulirung schließt ohnehin jeden Gedanken an den Erfüllungseid aus; zudem sagt es Zeiller (Comm. II S. 698) ausdrücklich.

b) Von keinem eregetischen, aber von historischem Interesse ist folgende Mittheilung. Bei der Super-Rev. eiferte Pratobera gegen mündliche außergerichtliche Testamente, da Betrug, Irrthum, Zudringlichkeit zu besorgen seien. In den preussischen, französischen und bisherigen polnischen¹⁾ Gesetzen seien sie mit Recht verboten. Wolle man nicht soweit gehen, so möge man doch folgenden §. annehmen:

Ein mündliches außergerichtliches Testament wird für widerrufen angesehen, wenn der Erblasser nach seiner Errichtung noch ein Jahr lebt und in dieser Zeit eine neue Verfügung treffen konnte.

Zeiller fand es allerdings wünschenswerth, daß, wenn Jemand in einer Krankheit oder Gefahr testirt und ihr entgeht, er ein neues Testament mache. Dagegen sollte ein in gesundem Zustande errichtetes mündliches Testament die gleiche Kraft haben, wie ein schriftliches.

Die Uebrigen aber verwarfen alle diese Anträge. Jene Besorgnisse könne man bei jedem Testamente hegen. Man dürfe nicht präsumiren, „daß der Testator das Testament nur für jenen Fall errichtet habe, wenn er in dieser Krankheit.. (oder) Gefahr sterben sollte“. „Sonst würde ein kränklicher Mensch in der Lage sein, daß er alle Jahre testiren müßte“. —

II. Geschichtliches über die sog. revocatio verbalis (so nannte man früher den ausdrücklichen reinen Widerruf, §. 719) s. bei §. 717f. Abs. IV.

III. Erfordert wird für den ausdrücklichen Widerruf Beobachtung irgend einer Testamentsform, nicht gerade derjenigen, in welcher das fragliche Testament errichtet wurde. Ein privates Testament kann gerichtlich (und auch umgekehrt, s. oben S. 177), ein schriftliches kann mündlich (und auch umgekehrt) widerrufen werden.²⁾ Alle auf S. 138 aufgezählten Formen sind auch hier anwendbar; nur müssen für die privilegierten selbstverständlich die Voraussetzungen vorhanden sein.³⁾ „Demnach kann eine begünstigte letzte Anordnung, sobald die Begünstigungszeit [d. h. die Zeit der Schifffahrt oder Seuche] verstrichen ist,^{3a)} nur durch einen, in der allgemeinen... Form geschehenen Widerruf; und dagegen eine unbegünstigte... letzte Anordnung zur Zeit der eintretenden Begünstigung in der begünstigten Form widerrufen... werden.“⁴⁾

IV. Wenn ein gerichtliches (schriftliches) Testament aus der Verwahrung des Gerichtes herausgenommen wird (wozu selbstverständlich nur der Testator ein Recht hat⁵⁾), so könnten Zweifel über die Wirkung dieser Handlung entstehen. Man könnte

„geschriebene oder wenigstens eine von ihm und den gedachten Zeugen unterfertigte Erklärung“. Der Text II. Lesung lautete unverändert, wurde aber in der osterwähnten Reinschrift später (nach der Super-Rev.) durch Zusätze und Unterstrichelungen von Zeiller's Hand dem jetzigen §. 719 gleichgemacht.

1) Pratobera besaß eine briefliche sich gen. auf galizische Verhältnisse, die er aus zehnjähriger Praxis genau kannte. S. Fdch. v. Maasburg Geschichte der obersten Justizstelle in Wien (1879) S. 159ff.

2) Winivarter III S. 262. Unger §. 24 (vor N. 10).

3) Nur ergibt sich hiebei die Incongruenz, daß ein privilegiertes Testament von zeitlich beschränkter Gültigkeit ist, was vom Widerrufe doch wohl nicht gesagt werden kann. Vgl. Unger §. 24 N. 10.

3a) D. h. in den folgenden sechs Monaten; denn später ist ein Widerruf unnöthig.

4) Zeiller II S. 699.

5) Dem Testator wird der Empfangschein auch schon darum ausgestellt „damit er seine Urkunde wieder zurücknehmen, und gänzlich vertilgen, oder erweitern, einschränken oder abändern könne. Im Falle einer solchen Zurücknahme ist abermal ein Protokoll zu verfassen, dabei die Beobachtung der obigen Vorschriften vor Augen zu halten, und dem Erblasser der Empfangschein oder ein Gegensehein abzufordern“. Zeiller II S. 471.

sagen: Beobachtung einer Solennitäts-Form ist ein einmomentiger Act (vgl. §. 722!); das Formgerechte wird nicht hinterdrein formwidrig und das Formwidrige nicht formgerecht (es sind „immanente“ Eigenschaften). Und dieses ist ja unzweifelhaft richtig. Aber die gerichtliche Verwahrung ist nicht bloße Formsache. Das gerichtliche Testament unterscheidet sich nur hinsichtlich des Beweises von dem privaten, sonst hat es keine größere Kraft. Die höhere Beweiskraft nun beruht u. a. auch darauf, daß das gerichtlich verwahrte Testament der Gefahr der Verfälschung entzogen ist⁶⁾, was natürlich mit der Verwahrung aufhört. Daher verliert das gerichtliche Testament durch die Zurücknahme jene höhere Beweiskraft (s. S. 184.) Daraus aber, daß der Testator diese preisgibt, folgt noch nicht die Widerrufsabsicht (vgl. Cod. Ther. II Cap. XVIII §. 5 Nr. 77.) Eine gültige Anordnung kann nur durch einen (erklärten) bestimmten Willensentschluß aufgehoben werden, während die Zurücknahme eine vieldeutige Handlung ist, aus der etwa die Absicht, das Testament künftig irgendwie abzuändern, erschlossen werden kann (und selbst diese nicht mit Sicherheit). Hier, wie bei der Errichtung, muß die Absicht, künftig etwas zu thun, unterschieden werden von dem Willen, jetzt die entscheidende Rechtshandlung zu setzen (vgl. S. 95f.); der animus revocandi muß wie der animus testandi ein certum consilium und ein auf die Gegenwart gerichteter Wille sein. Ein solcher Widerrufswille folgt aber aus der Zurücknahme keineswegs. Auch würde es einem solchen, wie Unger (§. 24 N. 10) treffend bemerkt, an der erforderlichen Form fehlen. Hieraus, und aus der Immanenz der Formrichtigkeit, würde nun logisch folgen: daß das zurückgenommene Testament zwar die höhere Beweiskraft verliert, aber gleichwohl bis auf weiteres gültig bleibt.

Dennoch muß, aus historischen Gründen, eine Mittelmeinung für richtig gehalten werden: die Zurücknahme hebt das Testament nicht auf, wenn es als Privat testament bestehen kann.⁷⁾ Hiefür haben wir das directe Zeugniß Zeiller's (II. S. 701 Z. 2), und auch fortan blieb dies die Ansicht der österr. Legislatoren (s. Not. Ddg. v. 1855 §. 64 und N. D. v. 1871 §. 75). Es läßt sich auch de lege ferenda für sie dieses sagen: der Erblasser habe das Testament nicht mehr als ein gerichtliches gelten lassen wollen (vgl. bei §. 721 f. Note 15).⁸⁾

Wie die Zurücknahme nicht immer das Testament entkräftet, so ist andererseits ein Widerruf auch ohne Zurücknahme ausführbar; es genügt hiezu die Beobachtung irgend einer Testamentsform. Dieses muß schon darum betont werden, weil bei dem test. apud acta conditum der Testator kein Recht auf Herausnahme hat⁹⁾, sondern nur eine Testamentsabschrift erhält¹¹⁾, wenn er sie als Material zur Abfassung eines neuen Testamentes wünscht.

Hinsichtlich notarieller Mitwirkung muß man unterscheiden: 1) den notariellen Widerruf irgend eines (gerichtlichen, notariellen oder Privat-) Testamentes; 2) den notariellen Widerruf eines bei demselben Notar errichteten notariellen Testamentes (§. 75 N. 2); 3) den über einen Widerruf errichteten Notariatsact im engeren Sinne; 4) den Widerruf eines Testamentes, worüber derselbe Notar einen Notariatsact im engeren

⁶⁾ Vgl. Zeiller II S. 469 Z. 2.

⁷⁾ Sie ist auch die herrschende: Zeiller II S. 701 Z. 2; Winiwarter III S. 265f.; Rippel IV S. 440; Unger §. 12 N. 3, §. 24 N. 10; Stubenrauch 1. Aufl. II. Bd. S. 568 Z. 7 (den Unger mit Unrecht als Dissidenten anführt; auch S. 351 widerspricht nicht).

⁸⁾ Nur darf man dieses nicht (wie z. B. Winiwarter thut) für ein logisch zwingendes Argument halten.

⁹⁾ Andere Gesetzgebungen sprechen dem aus der öffentlichen Verwahrung herausgenommenen Testamente kurzweg alle Kraft ab; so §. 565f. preuß. L. R. I. 12; sächs. G. B. §. 2215; zürcher G. B. §. 2106f. Dafür de lege ferenda Mommsen §. 167.

¹⁰⁾ S. oben S. 184 Note 44.

¹¹⁾ Vgl. Unger §. 12 Anm. 3.

Sinne aufgenommen hatte; 5) den nicht-notariellen (s. oben Abf. III) Widerruf eines notariellen Testaments; 6) die juristisch gleichgültige Herausnahme eines bloß deponirten (N. D. §. 104) Testaments.

Dieses Schema, das oben über das gerichtliche Testament Gesagte, verglichen mit Comm. S. 186 f. N. 59 und Excursus S. 116, 117 genügt zur Erklärung des §. 75 der N. D.

V. Aus der Praxis. 1) Richtig wurde in einem bei Ellinger verzeichneten Falle entschieden, daß ein schriftliches Testament auch mündlich widerrufen werden könne; falsch aber war die gleichzeitige Behauptung, daß die drei Zeugen nicht alle zugleich gegenwärtig zu sein brauchen, weil §. 719 dieses nicht vorschreibe. Der §. 719 will nur auf die nuncupative, die holographe und die allographe Form verweisen, die genau so zu beobachten sind, wie bei der Testamentserrichtung. Zu allem Ueberflusse ist dieses von Zeiller (S. 698) ausdrücklich bezeugt: „ein ausdrücklicher Widerruf... muß durchaus in der nämlichen äußeren Form geschehen, welche für Erklärungen des letzten Willens... vorgeschrieben ist (§§. 577—596)“. Es müssen demnach auch beim mündlichen Widerruf alle drei, beim allographen wenigstens zwei Zeugen gleichzeitig anwesend sein (§§. 585, 579). 2) Neben ein Legat hatte der Testator an den Rand geschrieben: „in suspenso“. Mit Recht erkannte der oberste O. H. auf Gültigkeit; denn es fehlt hier einmal die Form des Verbalwiderrufs und ebenso die des stillschweigenden Widerrufs nach §. 721, dann aber auch das certum consilium.¹²⁾

§. 720.

Eine Anordnung des Erblassers, wodurch er dem Erben oder Legatar unter ange drohter Entziehung eines Vortheiles verbiethet, den letzten Willen zu bestreiten, soll für den Fall, daß nur die Echtheit oder der Sinn der Erklärung angefochten wird, nie von einer Wirkung seyn.

I. Redaction. Dieser §. ist hervorgegangen aus einem kleinen Theile des bunten Inhaltes von §. 508 Westgal. G. B. II, von dem wir schon an anderer Stelle berichtet haben¹⁾, und dem Ende von §. 510. Dort hieß es: „Wer... den letzten Willen des Erblassers als gesetzwidrig ansieht²⁾,... verliert das Vermächtniß³⁾ auch ohne ausdrücklichen Widerruf.“ Hier (§. 510) folgte nach den drei Fällen des jetzigen §. 725 nach der Satz: „wenn endlich nicht der letzte Wille, sondern die Rechtheit, oder der Sinn der letztwilligen Verordnung angefochten wird, so besteht das Legat.“

In der S. v. 4. Juni 1804 zeigte sich hier eine große Meinungsverschiedenheit. Zeiller wollte jenen Punkt des §. 508 streichen, weil nur muthwillige Ansechtung geahndet werden sollte, und es schwer sei zu beurtheilen, ob ein solcher Fall vorliege. Dagegen wollten Sonnenfels und Schmidfeld die Weibehaltung jener Bestimmung. Wer aus einer von ihm bestrittenen Anordnung etwas anspreche, gerathe mit sich selbst in Widerspruch, indem er theilweise Gültigkeit und doch wieder Ungültigkeit behaupte, je nachdem es ihm passe. (Dieses ist offenbar falsch. Es wird neben einander gestellt, was sich nach einander abspielt. Nicht „theils, theils“ — sondern „erst so, dann so“. Der Widerspruch läge also höchstens in einer Meinungsänderung. Jemand

¹²⁾ Ger. Halle 1860 Nr. 19; auch in der 5. Aufl. v. Stubenrauch's Comm. I S. 878. N. 6.

¹³⁾ Ein klarer bestimmter Anwendungswille wird nur durch einen eben so klaren Ademtionswillen entkräftet, nicht durch einen schwankenden, unklaren. Vgl. Kohler in Grünhut's Ztschrift. VII S. 727 ff.

¹⁾ In den Excursen II S. 20 ff. (über Erbunwürdigkeit).

²⁾ „Ansieht“ (in der Z. G. S.) ist Druckfehler, der sich auch in zwei uns vorliegenden Separatausgaben nicht findet.

³⁾ Das Wort hat hier den weiteren Sinn, s. in diejem Commentar II S. 10.

bestreitet ein Testament, es wird aber auf seine Gültigkeit erkannt. Ist es dann tadelnswerth, wenn er sich durch den richterlichen Spruch — oder vielleicht schon durch private Aufklärungen — überzeugen läßt? Aber es ist dieses gar nicht nothwendig. Der Anfechtende kann sagen: „Entweder ist das Testament ungültig, dann gebührt mir x, oder es ist gültig, dann gebührt mir y.“ Wo ist da ein Widerspruch? — Mit ihnen stimmte Vicepr. v. Haan unter Berufung auf das römische Recht, auf die in der Anfechtung liegende Undankbarkeit, worin ihm der Präf. Gf. Kottenhann zustimmte, jedoch unter Beschränkung auf die „calumniöse Anfechtung“. Die Majorität aber bestritt mit Recht, daß jede Anfechtung eine Impietät gegen den Testator sei. Gegen ein drittes Argument v. Haan's, daß „sonst das Testament zum Theil befolgt, zum Theil nach Belieben nicht befolgt würde“, wendete die Majorität ein: wenn der anfechtende Legatar das Legat verliere, so käme dieses gegen des Verstorbenen Willen dem Erben zu Gute, also würde dann auch das Testament „zum Theil befolgt, zum Theil nicht befolgt“. (Und doch lag eine triftigere Antwort auf jenen leeren Einwand so nahe! Die Anfechtung bleibt ja in der Mehrzahl der Fälle, an die hier zu denken ist, erfolglos, so daß die Anordnung ihrem ganzen Inhalte nach zur Ausführung kommt. Beide streitenden Theile dachten aber, wie es scheint, nur an ähnliche Fälle, wie sie der cautela Socini zu Grunde liegen, und an erfolgreiche Anfechtung einer einzelnen Anordnung in einem übrigens gültigen Testamente.)

Von den vier Punkten des §. 508 wurden in erster Lesung zwei gestrichen, einer modificirt, dieser in zweiter Lesung (3. September 1807) gestrichen, der einzige noch übrige aber und damit der ganze §. bei der Super-Rev. (4. December 1809) beseitigt.^{3a)}

Obgleich demnach Zeiller die Anordnung verwarf, daß jede Anfechtung schon ex lege solche Nachtheile bringen solle, so war er doch nicht dagegen, daß der Testator eine solche Folge mit der Anfechtung verbinden könne. Noch im Verlaufe derselben S. (4. Juni 1804) schlug er bei Verathung des §. 725 den §. 720 vor⁴⁾, der mit Stimmenmehrheit angenommen wurde. Man wollte ihn damals hinter §. 488 (= jetzt §. 700) einreihen. Am richtigsten stünde er wohl hinter §. 712. Ganz unpassend ist die Stelle, an welcher er jetzt steht.⁵⁾ Man suchte die Einreihung damit zu rechtfertigen, daß man in der fraglichen Clause einen „vorläufigen Widerruf“ erblicke.⁶⁾ Stärkere Gedankenfäden verknüpfen diesen §. mit räumlich entlegenen §§. des Gesetzbuches, wie er denn — auf den ersten Blick einfach und fast selbstverständlich scheinend — genauerer Betrachtung neue Seiten und auch unerwartete Schwierigkeiten enthüllt.

^{3a)} In der Reinschrift der Texte I. Lesung stand vor dem jetzigen §. 724 (unter dessen jetziger Nr. N.) folgender §. (423): „Wer die im Testamente unter der Bedingung oder zum Zwecke der Erbschaft oder des Legates aufgetragene Vormundschaft ablehnt, wer eine Sache von Werth aus der Verlassenschaft unterschlägt, verliert die Erbschaft oder das Vermächtniß auch ohne ausdrücklichen Widerruf.“ Dazu ist später die Bemerkung geschrieben: der 1. Satz sei nach dem über die Bedingung und den Auftrag allgemein Angeordneten überflüssig. In II. Lesung lautete der §. (709): „Wer eine Sache von Werth“ u. s. w. Daneben hat in der Reinschrift Zeiller hingeschrieben: „Bleibt weg.“

⁴⁾ Zeiller's Text unterschied sich von dem jetzigen nur durch die gleichgültige Variante „Berordnung“ statt „Anordnung.“

⁵⁾ Wie unpassend es ist, wenn Winivarter auf dem Titelblatte seines Comm. seine Darstellung eine „systematische“ nennt, zeigt sich am grellsten darin, daß er selbst bei offenbaren *leges fugitivae* (wie z. B. §§. 570—572 und §. 720) von der Legal-Ordnung nicht abweicht.

⁶⁾ Zeiller II S. 699, Winivarter III S. 262, §. 154 pr. — Wir haben davon im Eingange dieses Hauptstückes gesprochen.

II. Cassatorische Clausel (clausula cassatoria)⁷⁾ nennt man die Erklärung des Testators, „daß ein Honorirter der Vortheile aus dem Testamente verlustig gehen solle, wenn er daselbe nicht bestehen lassen (wolle), oder die darin festgesetzten Modalitäten und Auflagen nicht erfüllen werde“⁸⁾ — oder, wie Zeiller (II. S. 699) sagt: „die Androhung, daß (der Honorirte) den Vortheil ganz oder zum Theil verwirken soll, wenn er den letzten Willen bestreiten würde“. Manche nennen diese Clausel clausula privatoria.⁹⁾ Unser Gesetz bestimmt nun diesbezüglich richtig, aber selbstverständlich, daß dieses Verbot sich nicht auf die Bestreitung der Echtheit oder eines vom Gegner behaupteten Sinnes (einer Auslegung) erstrecke. Denn wie soll das eine Impietät oder eine Aufsehnung gegen den Willen des Verstorbenen sein, daß man sich Gewißheit verschaffen will, ob etwas des Verstorbenen Wille wirklich sei? Daß man den Behauptungen irgend eines Interessenten nicht ohne weiteres Glauben schenkt, ist doch keine Unhöflichkeit gegen den Erblasser!¹⁰⁾ — Wäre nicht der Rechtsatz des §. 720, so könnte sich ein Fälscher sein Geschäft durch Einschaltung einer Clausel sehr erleichtern. Darum würde u. G. dieser Rechtsatz gelten, auch wenn er im G. B. nicht ausgedrückt wäre, und darum halten wir §. 720 nicht für eine Auslegungsregel¹¹⁾, sondern für durchgreifendes Recht, wie er denn auch ganz kategorisch lautet: „soll für den Fall nie von einer Wirkung sein“. Wäre ein Testator so albern, die Untersuchung der Echtheit zu verbieten, so könnte man sich an dieses Verbot nicht kehren¹²⁾, schon darum, weil wir nicht sicher wissen können, ob es wirklich sein Verbot sei!

Der §. 720 sagt: Trotz cassatorischer Clausel trifft Denjenigen kein Nachtheil, der „nur die Echtheit oder den Sinn der Erklärung bestreitet“. Selbstverständlich ist damit gemeint: es trifft ihn kein Nachtheil, wenn sich hinterdrein sein Zweifel als ein unbegründeter erweist.¹³⁾ Denn „behält er Recht“, so ist ja ohnehin eine Anordnung des Erblassers nicht vorhanden, beziehentlich nicht eine Anordnung des vom Gegner behaupteten Inhaltes.

III. Von hier aus betrachtet, scheint die Frage leicht zu beantworten, ob die cassatorische Clausel nur unbegründete, oder auch wohlbegründete Bestreitungen treffe. Wie dort bei den erlaubten, könne auch hier bei den verbotenen Bestreitungen es auf Wahrheit oder Unwahrheit derselben nicht ankommen. Für diese Regel spreche die Analogie des eben (Abs. II a. G.) Gesagten.¹⁴⁾ Aber man könnte die Analogie auch für die umgekehrte Regel anrufen; wie dort, so könnten auch hier nur die Fälle in Betracht kommen, wo sich die Bestreitung als eine ungegründete erweist. Es ist mithin rathsam, mit concreteren Erwägungen zu beginnen.

Wo die Rechtskraft des ganzen Testamentes bestritten wird — wegen angeblich mangelnder Rechts- oder Handlungs-Fähigkeit des Testators oder wegen Formfehler — da entfällt obige Frage ganz. Denn daß grundlose Bestreitung

7) Daß dieses Wort von Manchen auch für die derogatorische Cl. verwendet werde, haben wir bei §. 716 Abs. IV erwähnt.

8) Mühlensbruch Bd. 38 S. 171 N. 84.

9) Z. B. Mühlensbruch a. a. D., Mommsen S. 222.

10) Es sei hier ein Vergleich gestattet. Ein (angeblicher) Bote erscheint bei einer Frau mit einem Zettel (angeblich von ihrem Manne) des Inhaltes, sie möge ihm Geld schicken. Könnte es der Mann übelnehmen, wenn sie ängstlich prüft, ob der Auftrag wirklich von ihm herrühre?

11) A. M. Unger §. 16 Anm. 11 a. G.

12) Vgl. unsere Bemerkung oben S. 189 Abs. IV.

13) Bleiben wir bei unserem Vergleiche (N. 10). „Ein verständiger Mann nimmt das nicht übel“ heißt soviel als: „er nimmt es nicht übel, obgleich er wirklich den Auftrag gegeben hat“. Denn wer möchte erst ausdrücklich versichern: der Mann werde es nicht übel nehmen, daß sie sein Geld einem Gauner nicht ausgeliefert habe!

14) Dort: die erlaubte Bestreitung schadet nicht, auch wenn ungegründet; hier: die verbotene schadet, auch wenn gegründet.

schade, ist ja (im Allgemeinen) unbezweifelt. Ist aber die Bestreitung von Erfolg, so zerfällt ja das ganze Testament mit seinen Vortheilen und Androhungen, selbst mit seinen etwaigen negativen, die Intestat-Erbfolge betreffenden Bestimmungen.¹⁵⁾ Ebenso, wenn wegen Trunkenheit, Zwang, Betrug, Irrthum das Testament umgestoßen würde.

Zweifelhaft könnten hier nur folgende Punkte sein: a) Ob nicht Formfehler der Unrechtheit gleichzuachten, also die Behauptung eines Formfehlers von der cassatorischen Clausel exempt sei? Daß man dies früher nicht selten bejaht hat¹⁶⁾, hängt mit der einseitigen Auffassung der Form, von der wir oben S. 132f. Abs. II gesprochen haben, zusammen.¹⁷⁾ Die Frage ist zu verneinen. Wer einen Formfehler behauptet, ohne ihn erweisen zu können, unterliegt der cassatorischen Clausel.¹⁸⁾ b) Wohl aber darf man behaupten, daß Zwang eine so große Ähnlichkeit mit Fälschung und Unterschlebung habe, und daß die in Abs. II angestellten Betrachtungen so sehr zutreffen, daß man auch in der Behauptung des Zwanges keine Aufsehnung gegen den Willen des Erblassers erblicken könne.¹⁹⁾

Wenden wir uns jenen Bestreitungen zu, welche den Rechtsbestand des Testamentes oder Codicills in toto nicht betreffen. Da ist zunächst a) die vielgenannte cautela Socinica²⁰⁾, von der noch im Pflichttheilsrechte zu handeln ist. Unterliegt der Bestreitende, so erhält er selbstverständlich nur seinen Pflichttheil. Erweist sich aber seine Behauptung der Ueberbürdung als wahr, so unterliegt er zwar ebenfalls der cassatorischen Clausel, hat aber keinen Nachtheil davon. Denn hätte er sich bei der letztwilligen Anordnung beruhigt, so würde er effectiv weniger als seinen Pflichttheil erhalten haben.²¹⁾ b) Das Verbot der Errichtung eines Inventariums ist — in welche Form²²⁾ es immer gekleidet sein mag — null und nichtig (§. 803), selbst als socinische Cautel ganz wirkungslos.²³⁾ c) Wenn eine Bedingung pro non scripta zu halten ist (§. 698, §. 700), so kann der Testator auch durch eine cassatorische Clausel ihr keine Kraft verleihen.

Alle bisherigen Entscheidungen haben wir nicht aus einer abstracten Regel, sondern aus der Natur der verschiedenen Fälle abgeleitet. Von dem noch erübrigenden Gebiete ist wieder ein Stück auszuscheiden, das in Absatz IV besprochen wird; jonach bleiben nur sehr wenige Fälle denkbar, in welchen die Frage nach der abstract-

15) Daß ein nichtiges Testament weder nützen, noch schaden kann, versteht sich ja doch von selbst; also kann es auch nicht schaden, wenn die cassatorische Clausel sogar auf eventuelle Ausschließung von der Intestat-Erbfolge lauten würde.

16) Andeutungsweise selbst von Zeiller S. 700 vb. „unförmliche“; ausführlich von Rippel IV S. 439 (am Ende des §. 720).

17) Dies wird durch Rippel's Motivirung bestätigt. Dagegen treffend Winwarter III S. 264 Note. Diefem stimmen bei: Erkinger, Stubenrauch, Unger (§. 18 A. 7) u. A.

18) So wurde richtig von der I. und III. Instanz erkannt (unrichtig von der II.) in dem Falle, der in der Sammlung III Nr. 1347, in der Ger. Btg. v. 1862 Nr. 28 und andeutungsweise auch in der Ger. Halle v. 1862 Nr. 12 berichtet ist.

19) Hingegen scheint uns die Ausdehnung der Exemption auf das schwer abzugrenzende Gebiet eines angeblichen Irrthums zu bedenklich. Mit a. W. wer unter dem unwahren Vorwand eines Irrthums des Testators eine Anordnung angreift, unterliegt der cassat. Clausel.

20) Auch diese ist offenbar — man vergleiche die Definitionen in Abs. II — eine cassatorische Clausel; denn sie besagt: „N soll x (das größer ist als der Pflichttheil) bekommen, aber §. 774 nicht geltend machen (d. h. die Lasten sich gefallen lassen); sonst soll er auf den Pflichttheil eingeschränkt sein.“

21) Formal steht die Sache so: die Clausel trifft ihn, mag er Recht oder Unrecht haben. Materiell steht es aber so: Schaden hat er von der Bestreitung nur, wenn sie sich als unbegründet erweist. Wer also, trotz der socinischen Cautel, den §. 774 geltend macht, soll vorher seiner Sache sicher sein, sonst schädigt er sich selbst.

22) Modus, Bedingung (vgl. Unger §. 42 A. 3 und die dort Citirten), poenae nomine relictum.

23) Vgl. Unger §. 81 A. 5.

ten Formel überhaupt einen Sinn hat; und hier entscheiden wir uns für die in Note 14 gegebene Formel, die auch Zeiller's Autorität für sich hat.²⁴⁾

IV. Eine in fraudem legis gemachte cassatorische Clausel ist unwirksam. Dieser, auch den Entscheidungen b und c zu Grunde liegende Gedanke gilt allgemein. Er versteht sich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen von selbst und läßt sich überdies aus den Vorschriften des 12. Hauptstückes ableiten. Das Verbot: „Du sollst nicht bestreiten“ hat immer die Bedeutung einer Resolutiv-Bedingung, wenn es auch eine andere Form hätte.²⁵⁾ Wäre es dieser nach ein Modus, so ist die Gleichstellung ohnehin im Gesetze ausgesprochen (§. 709), und die Gleichstellung ist hier eine vollständige, weil §. 710 keine Anwendung findet. Wäre das Verbot in eine negative Suspensiv-Bedingung eingekleidet, so ist diese (abermals nach ausdrücklicher Gesetzbestimmung, §. 708) als Resolutiv-Bedingung zu behandeln.²⁶⁾ Eine unerlaubte Resolutiv-Bedingung aber ist zu streichen.²⁷⁾ Nun hat man freilich eingewendet²⁸⁾: „Die Nichtbestreitung eines letzten Willens (sei) durchaus keine unerlaubte Handlung.“ Aber offenbar ist die Setzung einer Bedingung unerlaubt, wenn damit ein rechtswidriger Erfolg herbeigeführt werden soll. Ein Beispiel wird dieses verdeutlichen: Jemand ist gegen das Verbot des §. 543 honorirt und dem Onerirten die Bestreitung des Legates verboten. Oder er ist mit einem Föhigen zusammen ohne Theilangabe zum Erben eingesetzt. Wer soll (nach der gegnerischen Ansicht von der Gültigkeit der Clausel) die Einsetzung bestreiten? Die gesetzlichen Erben? Sie würden ja durch Accrescenz ausgeschlossen! Der Föhige? Er würde (nach jener Ansicht) alles (auch seinen eigenen Theil) an die gesetzlichen Erben verlieren! Die Bestreitung durch Nichtinteressenten aber widerspricht den Elementarbegriffen des Privatrechtes und Processes. Somit wäre die cassatorische Clausel ein bequemes Mittel, alle derartigen Gesetze illusorisch zu machen.²⁹⁾

Die Streichung der in rechtswidriger Absicht gesetzten cassatorischen Clausel ist somit erwiesen; denn sie entspricht 1) dem allgemeinen Grundsatz „quod in fraudem legis factum est, non valet“³⁰⁾, 2) den §§. 709, 708 pr., 698 (vgl. auch §. 700, §. 803); 3) wird sie auch dadurch indirect erwiesen, daß man ohne sie zu unmöglichen Resultaten gelangt (sog. Beweisführung ad absurdum).

V. Daß Derjenige, der nur seinen Pflichttheil verlangt, sich an keine cassa-

²⁴⁾ Er sagt in seinem Commentar II. S. 700 von der erlaubten Bestreitung: sie bleibe es, „obgleich die Behauptung in der Folge durch richterlichen Ausspruch ungegründet befunden wurde“, und von der verbotenen: sie schade, wenn der Bestreitende „allenfalls auch obsiegen würde.“

²⁵⁾ So auch Rippel IV S. 436f., der überhaupt das Verdienst hat, den §. 720 tiefer und vielseitiger durchdacht zu haben, als vor und nach ihm geschehen ist.

²⁶⁾ Diese Behandlung beruht nicht auf singularärer Vorschrift, sondern ist die einzig natürliche und dem Willen des Erblassers gemäß. Um so weniger kann man Unger's Einwendung (§. 18 A. 7) gelten lassen, daß „nur die gültige ausschließende negative Bed. in die entgegengesetzte auflösende verwandelt werden“ könne — eine Behauptung, für die er keinen Grund vorbringt.

²⁷⁾ Richtig Rippel S. 437f., Winwartter III S. 263.

²⁸⁾ Stubenrauch bei §. 720 Z. 3 b (1. Aufl. II S. 563, 4. Aufl. I S. 873f.), dem Ellinger und Unger zustimmen.

²⁹⁾ Der juristisch einzig denkbare, aber unbillige Ausweg, Exemption durch den Fiscus, den Unger §. 16 A. 7. i. f. einschlagen will, ist im österr. R. verschlossen. Das fiscalische Exemptionsrecht ist — üblicher Weise — unserm Rechte fremd. S. oben S. 21 und Excursus II. S. 10. Und gerade bei Unger, der nicht einmal die Indignität in der von uns behaupteten modificirten Gestalt anerkennt (s. Erbrecht §. 5 A. 4), ist jene Entscheidung nicht consequent.

³⁰⁾ Steht nicht den Worten, aber dem Gedanken nach in den Quellen. L. 64. §. 1. D. de condic. et demonstr. 35. 1: ipso iure rescindi, quod fraudandae legis gratia esset adscriptum. Arg. a contr. aus L. 7. §. 7. D. de pactis 2. 14. Cf. L. 29. 30. D. de leg. 1. 3. L. 5. Cod. de legib. 1. 14.

torische Clausel zu kehren braucht, ist (wegen §. 774) unbestreitbar und auch unbestritten.

VI. Von theoretischem Interesse sind folgende Bemerkungen: 1) §. 720 liefert ein sicheres Beispiel eines negativen Modus, eines auf Unterlassen gerichteten Auftrages. Schon die Redactoren haben dies erkannt. Dieses erhellt aus folgender Parallele: In §. 508 Westg. G. B. (f. Red. Gesch.) hieß es auch: „wer . . . die im Testamente ihm aufgetragene Vormundschaft ablehnt . . . , verliert das Vermächtniß auch ohne ausdrücklichen Widerruf“. Dieses wurde (in derselben Sitzung, in welcher §. 720 formulirt ward, 4. Juni 1804) auf die Fälle eingeschränkt, wo die Uebernahme der Vormundschaft als Bedingung oder Modus gesetzt wäre. (Bei der Revision (3. Sept. 1807) wurde dann der so modificirte Satz als selbstverständlich gestrichen — mit Recht; denn wenn die Bedingung vereitelt oder der Modus nicht erfüllt wird, versteht sich ja der Verlust der Honorirung von selbst.) Zeiller bemerkt (S. 699) zu §. 720: „Eine solche Androhung kann man als eine auflösende Bedingung (§. 709) . . . betrachten.“

2) Die cass. Clausel kann auch mit einer bloß theilweisen Verwirkung des Zugewendeten drohen (s. Abs. II pr.); und der Verlust könnte auch in der Entziehung eines Vermächtnisses bestehen; dann läge ein poenae nomine relictum vor (s. bei §. 712).

3) Es besteht eine Verwandtschaft zwischen der cassat. Clausel und den Indignitätsgründen des §. 542. Und zwar ist diese Verbindung nicht bloß eine ideelle, sondern auch eine genetische. §. 720 ist hervorgegangen aus §. 508 Westg. G. B. II, wo der Verlust nicht als Folge einer Clausel, sondern ex lege angedroht war. Im preuß. R. sind die unseren §§. 540, 542 correspondirenden §§. 598 ff., 605 ff. R. I 12 an die Lehre vom stillschweigenden Widerruf angeknüpft, was freilich nicht zu billigen ist. Und im römischen Recht handelt es sich sowohl bei den Bestimmungen, welche dem §. 542 a. b. G. B., als bei denen, die dem §. 508 Westg. G. B. zum Vorbilde dienten, gleichmäßig um Indignität.³¹⁾

4) Endlich stehen §. 720 und §. 542 in einem gewissen Gedanken-Zusammenhang mit §. 808. Es handelt sich überall da um eine Auflehnung gegen den wahren Willen des Erblassers hinsichtlich der Schicksale seines Nachlasses. Und so erweist sich der auf den ersten Blick isolirt scheinende §. 720 als ein an Beziehungen reicher.

b) stillschweigenden;

§. 721.

Wer in seinem Testamente oder Codicille die Unterschrift durchschneidet;*) sie durchstreicht;**) oder,***) den ganzen Inhalt auslöscht, vertilgt es. Wenn von mehreren gleichlautenden Urkunden nur Eine vertilgt worden; so kann man daraus auf keinen Widerruf schließen.

§. 722.

Sind die gedachten Verletzungen der Urkunde nur zufällig geschehen; oder, ist die Urkunde in Verlust gerathen; so verliert der letzte Wille seine Wirkung nicht; wenn anders der Zufall durch die in der Gerichtsordnung bestimmten Beweisarten, und der Inhalt der Urkunde auf die Art erwiesen wird, wie eine mündliche letzte Anordnung erwiesen werden muß.

³¹⁾ Vgl. §. 542 mit Arndts Pand. §. 520 Anm. 2 Z. 1 lit. f; und §. 508 Westg. Gb. (s. 720 a. b. G. B.) mit Arndts ebd. lit. e.

*) So die erste offic. Ausgabe; die F. G. C. hat statt des Strichpunktes einen Weisstrich.

***) Wie Note *).

*) In der F. G. C. fehlt der Weisstrich.

I. Redaction. a) §. 506 Westg. G. B. II lautet: „Wer . . . vertilgt es.“¹⁾ Wird nur ein Theil des Inhaltes ausgelöscht, so ist der übrige gültig“. §. 507 (vgl. §. 722): „Dadurch, daß die Urkunde i. B. g., daß sie zufälliger Weise durchgestrichen“²⁾ oder sonst verlegt worden ist, verliert Zufall und der Inhalt . . . wird, wie der mündliche Widerruf eines Testaments erwiesen w. m.“

b) Zu §. 506 beantragte das ostgaliz. App. Ger. die principielle Aenderung: „Wenn es erwiesen wird, daß ein Erblasser . . . durchgestrichen hat . . .“, wogegen sich Zeiller entschieden aussprach. „Die Absicht der Vertilgung“³⁾ wird vermuthet, und der Zufall muß bewiesen werden.“ Die übrigen Botanten waren mit B. einverstanden; nur der Präsident Gf. Kottenhann erklärte sich lebhaft dagegen. Mit so vielen Garantien habe man die Errichtung eines letzten Willens umgeben, und mit so wenig wolle man sich bei der Vernichtung begnügen. Wie leicht sei es dritten Personen, die Urkunde zu zerreißen, zu durchschneiden, zu durchstreichen. Gleichwohl blieben die Andern bei ihrer Ansicht; namentlich wünschte es Pitreich deutlich ausgedrückt, daß der Zufall stets erwiesen werden müsse. Er wollte beide §§. in den folgenden zusammenziehen:

Wer in . . . vertilgt es (= §. 506 pr.). Wer behaupten will, daß es zufällig geschehen, muß den Zufall erweisen. Wäre die Urkunde nicht mehr bestehend, so müßte sowohl der Zufall des Verlustes, als der abgeschlossene Inhalt, wie ein mündlicher Widerruf erwiesen werden. Wird nur ein Theil des Inhaltes ausgelöscht, so ist der übrige gültig.

Der Vicepr. v. Haan war für Beibehaltung des Westgal. Textes. — Es wurde aber in der S. v. 4. Juni 1804 ein Text beschloffen, der sich von dem jetzigen §. 721 fast gar nicht unterscheidet.⁴⁾

c) Zu §. 507 (722): Die Wiener Fac. wollte statt „oder sonst verlegt . . .“ sagen: „oder auf eine Art verlegt worden ist, die nach §. 506 eine Vertilgung anzeigt“. Zeiller proponirte einen Text, dessen Anfang (bis: „wenn anders“) mit §. 722 pr., dessen Ende mit §. 507 i. f. wörtlich übereinstimmte.⁵⁾ Vicepräfr. v. Haan beanstandete (ohne genügenden Grund) das Wort „gedachte“ (Verletzungen), weil in §. 506 von absichtlichen, hier von zufälligen Verletzungen die Rede sei. (Es ist aber offenbar nur die gleiche äußerliche Beschaffenheit der Verletzungen gemeint.) — Hier (vgl. seine obige Bemerkung) wollte Gf. Kottenhann deutlicher ausdrücken, „daß, wenn das Testament sich nicht vorfindet, seine Vernichtung angenommen werden soll, derjenige aber, welcher den Zufall des Verlustes anführet, denselben beweisen müsse“. Die Uebrigen fanden diese Regel schon in dem vom

1) Wörtlich wie §. 721 pr., wo nur die Worte „oder Codicille“ späterer Zusatz sind (Antrag der Wiener Fac.).

2) Daß in §. 721 „auslöscht“ nur eine Sprachvariante für „durchstreicht“ und nur als der weitere Begriff sachlich davon verschieden ist, hätte nie bezweifelt werden sollen (s. im Texte Abf. III). Es läßt sich, so unnöthig dieses ist, auch historisch erhärten. In §. 506 pr. und §. 507 pr. correspondiren die Worte „Inhalt auslöscht“ und „Urkunde . . . durchgestrichen oder sonst verlegt“. Und daß eine Aenderung diesbezüglich nicht beabsichtigt war, darüber lassen die Protokolle keinen Zweifel übrig. Vgl. R. 3. Cf. auch Cod. Ther. II. cap. XVIII §. 5, Nr. 69 ff., Forten's Umarbeitung II 14 §. 3 ff.

3) Auch dieses Wort, zusammen mit dem „durchgestrichen“ in dem bekämpften Monitum, bestättigt das soeben (R. 2) Gesagte.

4) Einzige (und gleichgültige) Variante: jetzt „nur Eine vertilgt“, damals „nur einige vertilgt“. Der zweite Satz von §. 721 bildete früher den Schluß von §. 504 Westgal. G. B. II, und wurde auf Zeiller's Antrag hierhergestellt.

5) Keine Beachtung verdiente und fand die unüberlegte Aeußerung Pitreich's, man solle den „Verlust“ gar nicht erwähnen; entweder sei die Urkunde ganz verloren, man erfahre nie mehr etwas von derselben, dann sei der Erblasser ab intestato verstorben; oder aber: sie findet sich hinterdrein, dann sei es so, als ob sie gleich beim Tod des Erblassers gefunden worden wäre. — Hierbei war schon das Eine nicht bedacht, daß man doch mit Sicherheit wissen kann, ein Testament sei vorhanden gewesen, ohne es jetzt finden zu können.

Referenten vorgeschlagenen Texte, dem sie beistimmten, enthalten. — Bei der Revision (3. Sept. 1807) wurde auf Zeiller's Antrag, unter allgemeiner Zustimmung, die jetzige Unterscheidung zwischen dem Beweise des Zufalles und dem des Inhaltes beschlossen — eine wichtige und löbliche Abänderung des früheren Textes.^{5a)} Der jetzige wurde damals festgestellt.

II. Ältere Schriftsteller pflegten eine *revocatio verbalis* und eine *r. realis* zu unterscheiden; jene ist der Widerruf durch ausdrückliche Erklärung (§. 719), diese der W. durch *concludente* Handlungen, nämlich a) durch Errichtung eines neuen Testaments (§. 713), b) durch Verletzung der Urkunde (§. 721). Etwas Ähnliches ist die *tacita legatorum ademptio*, welche in unserem Gesetze (§. 724) als „vermutheter“ W. von dem „stillschweigenden“ W. (§. 721) — offenbar willkürlich — unterschieden wird. Die §§. 721, 722 zeigen dieselbe Antithese, wie das correspondirende Paragraphen-Paar 724, 725: wenn gewisse Thatfachen auf den freien Willen des Testators zurückzuführen sind, so erschließt das Gesetz aus ihnen die Widerrufs-Absicht (§§. 721, 724) — wenn jenes nicht zutrifft, ist auch dieser Schluß unstatthaft (§§. 722, 725). L. 1. pr. D. de his quae in test. del. 28. 4: „... inconsulto deleta et inducta nihilominus valent, consulto non valent.“ Cf. I. 2 §. 8. D. de B. P. sec. tab. 37. 11.

Wie auch sonst zuweilen (z. B. in der Lehre von den casuellen Bedingungen, vom *periculum*, vom Umfang der Restitutionspflicht bei *Vindicationen*) gebrauchen die Juristen hier den Ausdruck „Zufall“ in einem viel weiteren, als dem eigentlichen Wortsinne. Jede Verletzung ist eine „zufällige“, die nicht vom Testator (eigenthändig oder durch einen Beauftragten, s. Abs. IV) in Widerrufsabsicht und in testirfähigem Zustande gesetzt worden ist⁶⁾; denn daß auch dieser Widerruf Testirfähigkeit erfordert, versteht sich von selbst.⁷⁾ „Zufall“ ist namentlich auch jede fremde unbefugte Einwirkung auf die Urkunde.

III. Als den Widerruf ausdrückende Handlung erscheint „nicht nur die von dem Erblasser absichtlich vorgenommene gänzliche Vernichtung der Urkunde, sondern auch die Auslöschung oder Durchstreichung des ganzen Inhaltes, oder auch bloß seiner Unterschrift (oder seines Handzeichens §. 580), wodurch er zu erkennen gibt, daß der Aufsatz nicht (mehr) als sein letzter Wille betrachtet werden solle.“⁸⁾ „Die absichtliche Löschung eines Theils des Codicills oder Testaments ist zwar keine gänzliche Aufhebung, wohl aber desjenigen Inhaltes, welcher gelöscht worden ist, z. B. des Vermächtnisses oder der Erbeinsetzung.“⁹⁾ Die in der Praxis wiederholt hervorgetre-

^{5a)} Im Texte I. Lesung hieß es (§. 421) „... Zufall und der Inhalt... wie der mündliche Widerruf eines Testaments erwiesen werden muß“. Daneben schrieb später Zeiller (in der Reinschrift): „Warum soll denn auch der Zufall so wie der Inhalt des Testaments durch drei Zeugen bewiesen werden? Ich glaube zu sagen.“ (= §. 722, mit einer gleichgültigen Variante). Der §. 707 der II. Lesung stimmt wörtlich mit §. 722 überein.

⁶⁾ Vgl. Zeiller II S. 702 Z. 1, vgl. S. 700 f., Dworzak in d. Ger. Ztg. 1865 Nr. 85 (Abdruck aus Haimerl's Wtschft. XVI S. 108 ff.), Graßl in der Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1833, Bd. I S. 36 ff.

⁷⁾ Vgl. Zeiller S. 697, wo die Worte „überhaupt (§. 717)“ zu beachten sind. S. oben bei §. 717 f. Abs. V. — Graßl betont m. R., daß auch die in einer Schwägerung der Rechtsfähigkeit begründete Testirfähigkeit den Erblasser hindere, sein Testament gültig zu widerrufen. (Der Beweis, daß der Testator in unfähigem Zustande das Test. zerrissen habe, steht gleich dem Beweis einer zufälligen Verletzung.) Das war damals wegen §. 574 von Wichtigkeit; heute ist es nahezu belanglos. Vgl. oben S. 130 f.

⁸⁾ Zeiller S. 701 Z. 1. Die weitere Aeußerung aber (Z.), daß die Durchstreichung der Zeugenunterschrift nicht schade, ist unhaltbar. M. R. bemerkt Dworzak, daß auch dieses eine *concludente* Handlung sei, wenn die Unterschrift der Zeugen eine nothwendige war; anders, wenn überflüssige Unterschriften (bei einem holographen T., oder überzählige bei einem allographen T.) durchstrichen wurden.

⁹⁾ Zeiller S. 701 Z. 3. Vgl. Mommsen S. 166. Eine gänzliche Aufhebung liegt nicht einmal in der Tilgung aller Erbeinsetzungen (arg. §. 726). Vgl. Dworzak a. a. D., Mommsen S. 252.

tene ungeheuerliche Behauptung, daß das Durchstreichen einer Anordnung zu ihrer Tilgung nicht genüge¹⁰⁾, erklärt sich nur aus stummer Opposition gegen die in §. 722 normirte Vertheilung der Beweislast; sofern diese Opposition eine berechnete ist, läßt sich ihr durch eine restringirende Auslegung des §. 722 Rechnung tragen, nicht aber durch eine silbenstechende Worterklärung des §. 721.¹¹⁾ — Der Schlußsatz dieses §. (= L. 4 D. de his quae in test. delent. 28. 4) bedarf keiner Erklärung.^{11a)} Schon erwähnt wurde (bei §. 717 f. Abs. II), daß §. 721 keine Anwendung findet auf die Scriptur, welche die Zeugen eines mündlichen Testaments aufgesetzt haben (§. 585).

IV. Ob der Erblasser eine Anordnung eigenhändig austreibt, zerreißt, verbrennt u. s. w., oder durch einen Anderen (z. B. den Schreiber des Testaments) es thun läßt, ist gleichgültig. Selbst eine Rathhabition ist nicht gerade undenkbar. Wenn ein Bruder oder Freund z. B. ein im ersten Verdruß geschriebenes Testament in wohlmeinender Absicht vor des Testators Augen zerreißt, so ist das gewiß ungehörig. Wenn aber dieser sich dabei beruhigt, so hat es dabei sein Bemenden.¹²⁾ Wenn er hingegen über die Einmischung sich entrüstet zeigt, und das Testament perfect war, so gehört der Fall zu §. 722; sowohl in diesem, als in dem Falle, wo es noch nicht perfect war, wird dieser Eingriff in der Regel unter §. 542 fallen.¹³⁾ Das bloße Schweigen ist vieldeutig; es kann ebensogut Einschüchterung, als halb unwillige Genehmigung befunden.¹⁴⁾ Verzeihung ist natürlich noch lange nicht Genehmigung.

V. Zu §. 722. Die Beobachtung der Testamentsform ist ein sog. einmomentiger Act; darum kann ein dauernder Zustand nicht Theil einer Rechtsgechäftsform sein. Mit der Urkunde geht darum das Testament nicht zu Grunde, sofern die Vernichtung nicht ein Ausdruck des Widerrufswillens gewesen ist. Aber gleichgültig ist der intacte Bestand der Testamentsurkunde darum nicht, weil sie zugleich dem Beweise dient.¹⁵⁾ Das mit Beobachtung der gesetzlichen Form errichtete

¹⁰⁾ a) Sammlung III Nr. 1240 (= Ger. Ztg. 1861 Nr. 43). Eine Vermächtniß-Anordnung war Zeile für Zeile durchstrichen („ausgeringelt“); dies genüge nicht, so lange sie noch überhaupt lesbar sei! — b) Sammlung X Nr. 4716 (= Ger. Halle 1872 Nr. 105). Die Anordnung war mit drei Linien durchstrichen. — c) In dem Falle, der im „Jurist“ V S. 386 ff. erzählt ist (und in der Hauptsache nicht hergehört), war eine Stelle so durchringelt, daß die Parteien darüber stritten, ob sie überhaupt noch lesbar, bez. wie zu lesen sei. „Bei Schöpfung des Urtheils wurde, da beide Parteien zugaben, daß das Durchringeln von dem Erblasser herrühre, als gleichgültig angesehen, ob die durchringelte Stelle noch lesbar sei oder nicht.“ (S. 387 Note.)

¹¹⁾ Das „Durchstreichen“ genüge nur bei der Unterschrift; der Inhalt dagegen müsse „ausgelöscht“, d. h. gänzlich unleserlich gemacht sein. (Non oportere ius civile calumniari neque verba captari, sed qua mente quid diceretur animadvertere convenire — mahnt Alfenus! L. 19. D. ad exhib. 10. 4.) Auch bediene sich der §. 717 des Ausdrucks „die Urkunde vertilgen“. (Aber dieses „vertilgen“ in jenem flüchtig andeutenden Uebersichtsparagraphen (§. 717) wird ja eben erst durch den §. 721 näher bestimmt; wie verkehrt ist es, diesen durch jenen erklären zu wollen!) — Diese Deutleiten werden durch die Reactions-Geschichte (s. Nr. 2 und 3) und das Zeugniß Zeiller's (§. 701 „Auslöschung oder Durchstreichung des Inhaltes“) widerlegt; sie bedürfen aber gar keiner Widerlegung. — Vgl. etwa auch Mommsen S. 166 und S. 251 f.

^{11a)} Vgl. etwa Mühlensbruch 39. Bd. S. 98 ff.

¹²⁾ Es handelt sich z. B. um eine Enterbung, von welcher der Freund in so drastischer Weise abredet. Der Testator sagt: „Nun wohl! ich will es mir noch überlegen“ oder „Du hast Recht; es ist besser so“ u. dgl.

¹³⁾ Allerdings gibt es Fälle, wo man Bedenken gegen die Anwendung dieses strengen §. haben kann; aber wir wollen auf die Schwierigkeiten des §. 542 nicht nochmals zurückkommen.

¹⁴⁾ Vgl. den Fall im Eco dei tribunali (Venedig 1851) sez. civile p. 30 sg.

¹⁵⁾ Eine Parallele bietet die gerichtliche Verwahrung. Als Zustand ist sie nicht Theil der Testamentsform, so wichtig sie für den Beweis ist. Hört sie durch „Zusall“ auf, so wird das Testament nicht ungültig, wenn auch vielleicht factisch unwirksam. Die Zurücknahme durch den Erblasser steht in der Mitte zwischen jenem Ereignisse und dem

Testament wird durch den Untergang der Urkunde nicht formwidrig¹⁶⁾; leicht aber kann es unbeweisbar werden. Durchaus löblich¹⁷⁾ ist die Schlussbestimmung des §. 722, da es unzumuthmäßig und inconsequent wäre, hier einen leichteren Beweis¹⁸⁾ zuzulassen, als beim mündlichen Testamente (§. 586).¹⁹⁾ Die feine, echt juristische Unterscheidung zwischen dem Beweise des Zufalles und dem des Inhaltes gereicht Zeiller zur Ehre.^{19a)}

Wenn ein Testament oder Codicill eine der erwähnten Verletzungen aufweist, so ist natürlich die erste Frage: ist sie mit oder ohne Willen des Testators gesetzt? Und was ist zu beweisen: die Absicht oder der Zufall? Nach rein theoretischer Betrachtung müßte man den Beweis des „consulto a testatore deletum“ verlangen. Zwar ist die Streichung keine rechtszerstörende, aber doch in gewissem Sinne eine rechtshindernde Thatsache; und wer sich auf ein Testament beruft, braucht nur dessen gültige Errichtung außer Zweifel zu setzen.²⁰⁾ Vom praktischen Standpunkte aus erscheint aber diese Vertheilung der Beweislast unbillig; recht bedenklich freilich in ihrer Allgemeinheit auch die umgekehrte, in §. 722 beliebte.²¹⁾ „Der Beweis“ — sagt Zeiller²²⁾ — „wird hier demjenigen, der den Zufall, nicht jenem, der die Absicht behauptet, aufgebürdet²³⁾; theils, weil die in die Augen fallende Fälschung für den

Widerruf; sie wird von unserer Gesetzgebung als Ausdruck des Willens gedeutet, das Testament nicht mehr als gerichtliches bestehen zu lassen.

¹⁶⁾ Es ist ein wunderlicher Fehlschluß, wenn man zur Rechtfertigung der Aufrechterhaltung eines nichtperfecten schriftlichen Testaments durch Umdeutung in ein mündliches sich auf §. 722 beruft. Nachdem sogar, wenn ein Testament verloren gegangen sei, dessen Inhalt durch Zeugen erwiesen werden könne, um wieviel mehr müsse jenes gestattet sein! Dabei ist übersehen, daß im Falle des §. 722 das Testament correct perficirt wurde, in jenen anderen Fällen dagegen das Testament noch nicht vollendet, noch nicht perfect war. Diese unsere Bemerkungen richten sich z. B. gegen Sammlung I Nr. 44, und XIV Nr. 6287 (= Ger. Halle 1877 S. 345). Vgl. oben S. 139 f. vor und in Note 4.

¹⁷⁾ S. auch Unger §. 24 Anm. 12.

¹⁸⁾ Ueber das gemeine Recht s. Mühlenbruch a. a. O. S. 108 ff. und die bei Dworzaf (Ger. Jtg. 1865 Nr. 86, S. 344, bez. in der Wjsscht. S. 115) Citirten.

¹⁹⁾ Dem klaren Wortlaut (vgl. auch Zeiller S. 703) und dem Geiste des Gesetzes widerspricht die Behauptung mancher Juristen (Nippel, Ellinger u. A.), daß Beweiszeugen hier — anders als nach §. 586 — nicht nur die Testamentszeugen sein können. Daß nach unserer gegenheiligen und strengeren Ansicht der Beweis oft genug unmöglich sein wird (z. B. bei holographen Testamenten), worauf sich Nippel IV S. 441 f. beruft, ist kein genügender Grund für jene Behauptung. Wenn schon den mündlichen Testamenten ernste legislative Bedenken entgegenstehen, so steigern sich diese noch erheblich gegenüber Nippel's Ansicht, durch deren Annahme Unterschleibungen sehr erleichtert würden. — Wichtig Winivarter III S. 267; Stubenrauch II S. 567 Note ** (4. Aufl. I S. 875 N. 3); Unger §. 24 N. 12; Dworzaf in d. Ger. Jtg. 1865 Nr. 86 (bez. Wjsscht. S. 114). — Auch sonst hat man sich ganz an das Vorbild des mündlichen Testaments zu halten, z. B. wenn die Zeugen unvollständig oder widersprechend aussagen; s. oben S. 174 f. Zu allgemein einerseits Nippel IV S. 443 Z. 5 für Ungültigkeit, andererseits Winivarter III S. 268 für Gültigkeit des unvollständig bekannnten (bezeugten) Testaments.

^{19a)} Sie findet sich im preuß. Rechte nicht; s. §. 602 f. L. R. I 12; dazu Gruchot II S. 296 f.

²⁰⁾ Vgl. das Citat aus Bethmann-Hollweg bei Gruchot II S. 290.

²¹⁾ Diese Bemerkung widerspricht nicht dem obigen Lobe; denn hier fragt es sich: „ob“, dort: „wie“ der Zufall bewiesen werden solle.

²²⁾ Commentar II S. 702 f. Wir theilen die Stelle in extenso mit, weil sie so wichtig ist, als die aus irgend welchem Motivenbericht.

²³⁾ De lege lata und de lege ferenda waren über diese schwierige Frage die Ansichten immer getheilt. Die obige Entscheidung vertrat z. B. Mascardus de Probat. concl. 256: Cancellatio testamenti praesumitur in dubio facta voluntate testatoris, et sic testamentum nihil valet. Andere umgekehrt; wieder Andere (z. B. Hofacker §. 1356) vermittelnd. Vgl. Gruchot II S. 289—291. — Ueber die in der einschlägigen Literatur eine so große Rolle spielenden „Vermuthungen“ ist nach Unger's berühmter Darstellung im System II (bes. S. 586 ff.) kein Wort zu verlieren.

Nichtbestand oder die Aufhebung das Wort führt, theils weil man mit Grund vermuthet, daß der Erblasser für die sichere Bewahrung einer so wichtigen Urkunde werde Sorge getragen haben. Der Beweis des Zufalls ist durch die gewöhnlichen . . . Beweisarten (z. B. durch zwei Zeugen, oder durch einen Zeugen und den Erfüllungsseid, oder durch den Hauptseid) zu führen; wobei von dem Richter . . . auf die Umstände billiger Bedacht zu nehmen ist, besonders, ob die Art der Föschung das Gepräge der absichtlichen oder zufälligen an sich trage, ob die Urkunde in einer mehr oder minder vorsichtigen, fremden oder eigenen Verwahrung des Erblassers war u. dgl.“ — Wir handeln demnach im Geiste des Urhebers des §. 722, wenn wir seine gefährliche Regel verständigt restringiren²⁴⁾, und beseitigen damit den Anreiz zu anderen unzulässigen Auskunftsmitteln.²⁵⁾

Ziemlich allgemein wird zugegeben, daß §. 722 nicht ganz vorsichtig textirt und darum nicht wörtlich zu nehmen ist, insoferne der Anfang und das Ende des §. so lauten, als ob der Inhalt in allen Fällen nach der Regel des §. 586 erwiesen werden müßte; während doch bei leserlichem Inhalt der als echt anerkannten Urkunde hieran nicht zu denken ist.²⁶⁾ Aber auch mit dem Beweise des Zufalls darf man es nicht wörtlich nehmen. Sobald feststeht, daß die Urkunde unversehr in die Hände eines Dritten (oder des Gerichtes oder des Notars)^{26a)} kam, bei welchem sie dann verlegt gefunden wurde, muß man annehmen, daß die Verletzungen nicht vom Erblasser herrühren; sonst käme man zu der Absurdität, in Fällen, wo die Verletzung durch einen Dritten erwiesen ist, den weiteren Beweis zu verlangen, daß er nicht im Auftrage des Testators gehandelt habe. Vollends kann man einen weiteren Beweis nicht verlangen, wenn das Testament beim Tode des Erblassers erwiesener Maßen unversehr war, und später im Nachlasse durchstrichen, zerrissen u. dgl. aufgefunden wird.²⁷⁾

Was in §. 722 für den Beweis des Inhaltes vorgeschrieben ist, darf nicht ausgedehnt werden auf den Beweis der Beobachtung der Formvorschriften bei Errichtung des Testaments. Wenn z. B. die Unterschriften eines allographen Test.

²⁴⁾ Wir nähern uns damit der vermittelnden Ansicht mancher älteren (z. B. Hofacker's); s. vorige Note.

²⁵⁾ S. die Bemerkungen vor und in Note 11.

²⁶⁾ Vgl. Zeißler S. 703 Z. 3; Dvorzak in d. Ger. Ztg. 1865 Nr. 85 (bez. Bjscht. S. 112). Es ist also dieser Beweis nur dann nothwendig, wenn die Urkunde vernichtet oder verloren ist.

^{26a)} Vgl. Stubenrauch 1. Aufl. II S. 567 Z. 6; 4. Aufl. I S. 876.

²⁷⁾ Vgl. Dvorzak a. a. D., Nr. 85 und 86 (Bjscht. S. 110 ff.), welcher richtig bemerkt: es müsse „nicht jederzeit das besondere Ereigniß, das die Urkunde betroffen, nachgewiesen werden“, sondern nur „Umstände, welche die Annahme ausschließen, daß der Testator das Testament aufheben wollte“. — Dvorzak erzählt folgenden merkwürdigen Fall. Ein Vater testirte, um den jüngsten Sohn, der ihn viel weniger geliebt hatte, als die anderen, zu begünstigen. Als diese seine Geldhilfe wieder stark in Anspruch nahmen, machte er ein dem jüngsten Sohne noch günstigeres allographes Testament. Ein unfluger Freund rieth ihm, nur zwei Zeugen zuzuziehen, so daß das zweite Test. ungültig war. Beide Testamente übergab der Vater dem jüngsten Sohne, welcher über Anrathen des unflugen Hausfreundes das ältere Testament zerriß, dann aber die Stücke aufbewahrte, so daß der Inhalt lesbar blieb. Der Beweis, daß der Vater dem Sohne beide Testamente unverlezt übergeben, soll in jenem Falle leicht gewesen sein, schwer dagegen ein weitergehender Beweis des „Zufalls“. Dieser war auch u. E. nicht zu verlangen. — Die richtige Entscheidung wäre diese: Das zweite Testament ist wegen Formfehler von Anfang an ungültig, hat also keine zerstörende Kraft; aber auch die Zerreißung hatte diese Kraft nicht (§. 722); darum ist das ältere, zerrissene Testament gültig. — Wir glauben aber noch weiter gehen zu dürfen. Wenn in diesem Falle der Vater in Widerrufsabsicht die Verletzung vorgenommen hätte, so wäre dieser Widerruf — nach Analogie von §. 572 — relativ ungültig, und der jüngste Sohn dürfte sich noch immer auf das zerrissene Testament berufen. Denn der Vater widerrief nicht, um den Sohn schlechter, sondern um ihn günstiger zu stellen, bez. verleitet durch den Irrthum, das erste Testament sei durch ein gültiges günstigeres Testament ersetzt. Vgl. oben bei §. 717 f. Abj. VI.

abgeschnitten sind, so genügt die eidliche Aussage von zwei einfachen Beweiszeugen (d. h. solchen, die nicht Testamentszeugen sind), daß sie das Test. mit den erforderlichen Unterschriften ausgestattet gesehen haben.²⁸⁾

VI. Das Pat. v. 1854 verordnet im §. 125, daß bei widersprechenden Erbs-erklärungen das Gericht zu entscheiden habe, welche Partei gegen die andere als Kläger aufzutreten habe. Für diese (selbstverständlich auch für den Beweis wichtige) Vertheilung der Parteierolle stellt §. 126 den verständigen Grundsatz auf, daß Derjenige den Vortheil der Beklagtenrolle genießt, welcher anscheinend den stärkeren Erb-rechtstitel für sich hat, also der Vertragserbe jedem Gegner, der Instituirte den gesetz-lichen Erben, der (an sich) näher berechnigte Verwandte dem entfernteren gegen-über u. s. w. Dabei ist aber löblicher Weise hervorgehoben, daß um dieses Vortheiles theilhaftig zu werden, der angebliche Vertragserbe oder Instituirte einen in der ge-hörigen Form errichteten und hinsichtlich der Echtheit unbestrittenen (oder als echt erwiesenen) Vertrag oder letzten Willen für sich anführen müssen. Dieses ist alles gerecht und billig; wie wir denn in ausführlicher Begründung erwiesen haben²⁹⁾, daß schon nach allgemeinen Grundsätzen die Echtheit und (großentheils auch) die Formrichtigkeit eines Testaments stets (im Bestreitungs-falle) von Demjenigen zu erweisen ist, der es zu seinen Gunsten geltend macht; Unechtheit und Ungültigkeit ist dabei ja nicht zu verwechseln, da ja ein fingirtes (gefälschtes) „Testament“ überhaupt kein Testament ist; und doch selbstverständlich vor allem die erste Frage zuverlässig beantwortet sein muß: ob überhaupt ein Testament vorhanden sei.³⁰⁾

Da nun Beweis und Parteierolle innig zusammenhängen, so ist §. 126 des Pat. durch unseren §. 722 zu ergänzen. Ein durchstrichenes, zerrissenes Testa-ment ist darum noch weder unecht, noch formwidrig; aber, wenn die Verletzung vom Testator animo revocandi vorgenommen wurde, ist es annullirt. Daß aber die Verletzung so entstanden sei, wird nach §. 722 (innerhalb der oben angedeuteten Grenzen) bis auf weiteres angenommen. So wenig also ein hinsichtlich seiner Form-lichkeit oder Echtheit bestrittenes Testament die Vortheile des §. 126 gewährt, so wenig vermag ein zerrissenes (durchstrichenes...) Testament dies zu bewirken, wie auch von den Gerichten wiederholt anerkannt worden ist.³¹⁾ Noch weniger kann ein angeblich verlorenes Testament als Basis für die Beklagtenrolle dienen.³²⁾

²⁸⁾ So Dworzak a. a. O. (Nr. 86), der übrigens der Ansicht ist, daß nicht die in §. 579 erwähnte mündliche Bestätigung, sondern eventuell deren Mangel zu beweisen wäre (vgl. dagegen oben S. 162 bei R. 47).

²⁹⁾ In den Excursen II S. 78—88. Dazu sind jetzt auch die gründlichen, die Praxis sorgfältig berücksichtigenden, Erörterungen von Ferd. Schuster, Comm. z. Ges. über das Verfahren außer Streitsachen (2. Aufl. 1878, S. 161 ff. 3. Aufl. 1886, S. 199 ff.), zu vergleichen.

³⁰⁾ Genaueres a. a. O. S. 80. Auf die viel subtilere, im Detail nicht unzweifel-hafte Frage (s. z. B. hier Nr. 28), welche Momente der Form zu erweisen seien, welche nicht, können wir uns hier nicht nochmals einlassen; s. oben S. 162 f., 173 ff., 183, 209.

³¹⁾ Sammlung XV Nr. 6405 (= Jurist. Bl. 1877 Nr. 19). Die Erbs-erklärung des A stützte sich auf ein angeblich jenseits der italienischen Grenze errichtetes, bei einem (die Ausfolgung an unsere Gerichte verweigern-den) italienischen Notar deponirtes Testament. Nach eigener Angabe des A sei das Test. in 4 gleiche Theile zerrissen und zusammen-geliebt. B erklärte die Annahme der Erbschaft ab intestato. Selbstverständlich wurde dem A die Klägerrolle zugewiesen. — Sammlung XVII Nr. 7569 (= Not. Ztschft. 1879 Nr. 43). Die Unterschrift des Testators war mit Bleistift durchstrichen und ebenso dazu geschrieben „ungültig“. Die I. Instanz wies dem Instituirten, die II. und III. den gesetzlichen Erben die Klägerrolle zu. Wahrscheinlich war die letztere Entscheidung gerecht; aber sie hätte durch die concreten Umstände, die den Verdacht unbefugten fremden Eingriffes erweckten, gerechtfertigt, und nicht allgemein und principieell so motivirt werden sollen: da „das Test. in gehöriger Form errichtet und hinsichtlich der Echtheit unbestritten ist“, so müßten nach §. 126 des Pat. die gesetzlichen Erben klagen. Denn dieser §. ist u. E. allerdings aus §. 722 zu ergänzen.

³²⁾ Sammlung VII Nr. 3327 (= Not. Ztschft. 1869 Nr. 44). A berief sich
42*

§. 723.

Hat ein Erblasser eine spätere Anordnung vernichtet, die frühere schriftliche Anordnung aber unverfehrt gelassen; so kommt die frühere schriftliche wieder zur Kraft. Eine mündliche frühere Anordnung lebt dadurch nicht wieder auf.

I. Redaction. Dieser §., dem keiner im Westg. G. B. entspricht, wurde auf Zeiller's Antrag mit Stimmenmehrheit angenommen, obgleich Aichen und Pitreich dagegen opponirten. Das frühere Testament sei durch das spätere gänzlich entkräftet, aufgehoben, und lebe nicht wieder auf, auch wenn das spätere seine Kraft verliere. Vielmehr solle dann Intestat-Erbfolge eintreten. In erster Lesung (4. Juni 1804) lautete er so: „Hat . . . gelassen“ (= §. 723 pr.); „so wird vermuthet, daß er die erstere bestehen lassen wollte.“*) Bei der Revision (S. v. 3. Septbr. 1807) wollte Zeiller seinen eigenen Text dahin abändern: „Hat e. E. seine sp. A. ausdrücklich widerrufen oder vernichtet, die . . . gelassen, oder die frühere mündliche nicht ausdrücklich widerrufen, so . . .“**) Er drang aber damit nicht durch. Mit Recht erklärte man sich gegen die Gleichstellung mündlicher und schriftlicher Testamente und so wurde der jetzige Text des §. 723 beschloffen (nur hieß es a. E. statt „dadurch“: „darum“).

II. Wenn der Erblasser bei Abfassung eines neuen Testaments das ältere unverfehrt aufbewahrt hat, spätere das zweite Testament vernichtet, und das ältere abermals unverfehrt läßt, so lebt dieses wieder auf. Darin sind zwei Rechtsätze enthalten: 1) Der Erblasser kann, wenn er will, auf solche Weise einem veralteten schriftlichen Testamente neue Kraft verleihen. 2) Der Wille, es zu thun, wird beim Vorhandensein jenes objectiven Thatbestandes vermuthet; er braucht nicht bewiesen, ja nicht einmal ausgesprochen zu werden. Dieser Rechtsatz ist von Zeiller (S. 704) bezeugt und in der Textirung des §. 723 implicite enthalten; denn mit Vorbedacht wird nur der objective Thatbestand angeführt¹⁾ und auch die Wirkung unpersönlich ausgedrückt.²⁾ — Das Wort „vernichten“ ist gleichbedeutend mit „vertilgen“; also nicht buchstäblich zu nehmen; die in §. 721 erwähnten Verletzungen stehen auch hier der Zerstörung (durch Verbrennen u. s. w.) gleich. Vorausgesetzt ist demnach, daß beide T. schriftliche seien, wie in L. 11. §. 2. D. de B. P. sec. tab. 37. 11, die zum Vorbilde gedient hat. Ausdrücklich sagt das Gesetz: (3) „Eine mündliche frühere Anordnung lebt dadurch nicht wieder auf.“

III. Zeiller spricht in seinem Commentar von den Gründen, warum im ersten Falle die Absicht des Testators, das erste Testament gelten zu lassen, vermuthet, im zweiten dagegen nicht vermuthet werde. Er bringt dieses so vor, als ob der §. 723 einen anderen Inhalt gar nicht hätte. U. E. enthalten aber seine Aeußerungen nur eine ungenaue Motivirung des Gesetzes, auf die man keine Schlüsse bauen darf. Denn während sich aus dem klaren Wortlaut des §. 723 ergibt, daß ein früheres mündliches oder zerrissenes (durchgestrichenes . . .) schriftliches Testament durch Vernichtung des späteren schriftlichen Testaments niemals zu Kräften kommt, könnte man durch jene Motivirung zu dem Fehlschluß verleitet werden, als ob es

auf ein angeblich verloren gegangenes allographes Testament. Die Test-Zeugen wurden über den Inhalt desselben summarisch vernommen, wie bei der Publication des mündlichen (s. oben S. 173 f.). M. R. wurde von beiden Obergerichten erkannt, daß dieses den nach §. 722 erforderlichen Beweis nicht zu ersetzen vermöge, auch nicht so weit, um dem A den stärkeren Titel im Sinne des §. 126 zuzusprechen. Der angeblich Instituirte habe zu klagen.

*) In der Reinschrift I. Lesung: „wolle“.

***) Steht auch als „nachgetragene Bemerkung“ in jener Reinschrift.

1) Es wurde vermieden zu sagen: „hat ein Erblasser . . . in der Absicht vernichtet, um die frühere wieder gelten zu lassen, so . . .“ Allerdings muß diese Absicht vorhanden sein; aber sie wird bis zum Beweise des Gegentheils angenommen.

2) Nicht: „er bringt es wieder zur Kraft“, sondern: „es kommt wieder z. R.“

dann doch der Fall wäre, wenn die Absicht wörtlich ausgedrückt ist.³⁾ Bei der singulären Natur des §. 723 dürfen wir dieses nicht annehmen, wie es eben deshalb auch sehr bedenklich ist, der Vernichtung den Verbal-Widerruf des zweiten Testamentes gleichzustellen.⁴⁾ Ebenjowenig halten wir es für richtig (obwohl es allgemein gelehrt wird), daß der Schlusssatz von §. 723 sich auf gerichtliche und notarielle mündliche Testamente nicht beziehe.⁵⁾

oder c) vermuteten.

§. 724.

Ein Legat wird für widerrufen angesehen, wenn der Erblasser die vermachte Forderung eingetrieben und erhoben; wenn er die jemanden zuge dachte Sache veräußert, und nicht wieder zurück erhalten; oder,^{*)} wenn er sie auf eine solche Art in eine andere verwandelt hat, daß die Sache ihre vorige Gestalt und ihren vorigen Rahmen verliert.

§. 725.

Wenn aber der Schuldner die Forderung aus eigenem Antriebe vernichtet hat; wenn die Veräußerung des Legats auf gerichtliche Anordnung geschehen; wenn die Sache ohne Einwilligung des Erblassers verwandelt worden ist; so besteht das Legat.

I. Redaction. Vor diesen Paragraphen stand im Texte der ersten und zweiten Lesung ein §. (423, bez. 709), der bei der Superrevision gestrichen wurde. S. oben bei §. 720 vor und in N. 3^a. — Ueber unsere §§. ist zu bemerken: a) In §. 724 wurde statt des Präsens das Perfectum erst bei der Superrevision (4. Decbr. 1809) eingesetzt, auf die Bemerkung Haan's: daß das Eintreiben oder Einklagen nicht einer Veräußerung, sondern nur dem Versuche derselben gleichstehe (darum auch der Zusatz „und erhoben“), während in der ersten Lesung (4. Juni 1804) sich die Majorität dahin äußerte, daß „das Wort 'eintreiben' die Absicht des Erblassers, das Legat der vermachten Forderung zu cassiren, hinlänglich bezeichne.“¹⁾ Zwei von Zeiller beantragte Einschaltungen²⁾ wurden abgelehnt.³⁾ Eine wichtigere (als die obige) Variante⁴⁾ zwischen unserem §. und dem sonst fast wörtlich gleichen §. 509 Westf. G. B. II ist die Einschaltung der Worte „und nicht wieder erhalten“, welche bei der Revision (3. Septbr. 1807) auf Zeiller's Antrag „aus dem preuß. Ges. B.“⁵⁾ hinzugesetzt wurden (Prot. d. Rev. S. 389).

³⁾ Denn Zeiller (S. 704 f.) stellt die Sache so dar, als ob alles nur auf den Willen des Erblassers ankäme. Das Aufbewahren lasse die Absicht vermuthen u. s. w. Das mündliche habe er wohl schon vergessen; man könne daher jene Absicht nicht vermuthen. Ist nun der Wille der Repristinirung des ersten Testamentes wörtlich ausgesprochen, so brauchen wir keine Vermuthungen. Auf diese Art käme man auf den obigen Gedanken, der aber u. E. falsch wäre.

⁴⁾ Wie Stubenrauch unter Berufung auf Mattei thut.

⁵⁾ Ungenau ist die oft wiederholte Behauptung, daß diese Testamente die Natur schriftlicher hätten. Vor allem aber können solche Testamente zwar widerrufen, nicht aber im Sinne des §. 723 (resp. des §. 721) vernichtet oder vertilgt werden. S. oben S. 184 Note 44; vgl. Unger §. 12 N. 3.

^{*)} Der Beistrich fehlt in der F. G. S.

¹⁾ Doch ist nicht ganz klar, in welchem Zusammenhang und Sinn diese Bemerkung gemacht wurde.

²⁾ a) ... „eintreibt oder sie mit Einwilligung des Schuldners in eine andere umändert.“ Dabei dachte sich Zeiller offenbar die Novation als ein Seitenstück zu der a. E. von §. 724 erwähnten Specification. b) ... „wenn er die seinem Gläubiger vermachte Schuld bezahlt.“

³⁾ Wie es scheint: nicht als unrichtig, sondern als überflüssig.

⁴⁾ Wann das „freiwillig“ vor „veräußert“ (§. 509) gestrichen wurde, apparirt nicht.

⁵⁾ Gemeint ist §. 316 R. I. 12: „Dagegen schadet es der Gültigkeit des Vermächtnisses nicht, wenn der Testator die vermachte Sache zwar veräußert, vor seinem Ableben aber dieselbe wieder zurück erhalten hat, und sie also in dem Nachlasse wirklich vorhanden ist.“ — Der Text des §. 724 (damals 424) lautete in I. Lesung: „Fordg.

b) §. 725 ist aus §. 510 Westg. G. B. II entstanden, dessen Ende als nicht hergehörig mit Recht gestrichen wurde (s. bei §. 720). Im übrigen unterscheiden sich die beiden Texte fast⁶⁾ nur hinsichtlich des zweiten Falles, wo es früher hieß: „nicht wohl vermeidlich gewesen“, wofür bei der Revision (3. Sept. 1807) gesetzt wurde: „auf gerichtliche Anordnung gesehen.“⁷⁾

II. Die Marginalien zu §. 719 ff. unterscheiden a) einen ausdrücklichen Widerruf (§. 719), b) einen stillschweigenden (§. 721) und c) einen vermutheten Widerruf (§. 724). Dieser soll sich (nach Zeiller's Angabe, S. 700 und S. 705) von dem vorigen dadurch unterscheiden, daß der „stillschweigende W. durch an der Urkunde vorgenommene Handlungen geschieht“, der „vermuthete“ dagegen „aus Handlungen, die der Erblasser in Rücksicht der vermachten Gegenstände vorgenommen hat, geschlossen wird“. Daß die Fälle des §. 721 und die des §. 724 verschieden sind, ist gewiß; dort handelt es sich um stricte Vorschriften, hier um Regeln über die Auslegung des letzten Willens; dort um Testamente, Codicille und einzelne letztwillige Anordnungen jeder Art; hier nur um Vermächtnisse. Willkürlich aber ist der obige Sprachgebrauch; in beiden Fällen handelt es sich um eine durch concludente Handlungen erklärte Willensänderung; höchstens könnte man sagen: das Wort „vermutheter W.“ deute die nachgiebige Natur der in §. 724 f. enthaltenen Regeln an, welche den Vorschriften in §. 721 f. nicht zukomme. — §. 725 setzt den concludenten Handlungen des §. 724 Vorgänge entgegen, die nicht aus des Erblassers freiem Willen entspringen; §. 725 verhält sich zu §. 724, wie §. 722 zu §. 721.

III. Wenn der Erblasser die vermachte Forderung eingetrieben und erhoben hat, so besteht das nomen nicht mehr, also auch nicht das *legatum nominis*. Wenn die Sache (x) eine andere (y) geworden ist, so ist das Vermächtniß der Sache x als solches zerfallen. Darum findet Unger (unter Zustimmung von Gruchot II S. 42 Note 2) es „unpassend“, daß unser Gesetzbuch „die ganze Frage auf das Gebiet des Widerrufs hinüberspielt“. „Die Frage kann vielmehr nur die sein, ob der Erblasser an die Stelle der vermachten Forderung den erhaltenen Schuldgegenstand treten lassen wollte, ob er also das Vermächtniß des Geschuldeten in das Vermächtniß des Empfangenen umwandeln wollte“ (§. 72 Anm. 2.); resp. „ob er die Absicht hätte, in Ansehung der Zuwendung die neue Sache an die Stelle der alten treten zu lassen. Es kommt also m. a. W. auf den Surrogirungswillen, nicht auf den Abentionswillen an“. (§. 67 Anm. 6.) So bestechend das ist, so darf man doch nicht verkennen, daß für die unbefangene praktische Auffassung es sich um ein Legat, nicht um zwei auf einanderfolgende Legate handelt; das Legat hat eine Umänderung erfahren, ohne damit seine Identität zu verlieren; ähnlich, wie ein Pfandrecht trotz den Wandlungen seines Objectes die alte Priorität behält. Aber auch theoretisch ist die Auffassung Unger's sehr bedenklich. Das alte Vermächtniß soll vernichtet, ein anderes an die Stelle gesetzt worden sein. Also ist das nach §. 725 bestehende Vermächtniß nicht am Tage der Testament- (bez. Codicill-) Errichtung, sondern am Tage der Leistung des Schuldgegenstandes u. s. w. angeordnet worden? Aber dann hätten wir hier eine formlose Legat-Anordnung, welche sonst unserem Rechte durchaus fremd ist. Und wie, wenn die Schuldner das Geschuldete gerichtlich deponirt (§. 1425)? wie, wenn die Specification ohne Wissen des Eigenthümers vor sich gegangen ist? Wie endlich, wenn die Veränderung der Sache vom Erblasser in unzu-

eintreibt, wenn Sache freiwillig veräußert oder auf eine solche verliert.“ In II. Lesung (§. 710) „eintreibt, wenn“ Daneben hat Zeiller in der Heinschrift hingeschrieben: „eingetrieben und erhoben.“

⁶⁾ Vor „Einwilligung“ stand in erster und zweiter Lesung (wie im Westg. G. B.) „vorläufige“ (im Texte II. Lesung ist dies Wort unterstrichen, womit nicht eine Hervorhebung, sondern Streichung gemeint war).

⁷⁾ Ueber die Motive dieser Aenderung erfahren wir nichts, weil die Protokolle der zweiten Lesung viel kürzer gehalten sind, als die der ersten.

rechnungsfähigem Zustande geschehen wäre? Dann gibt es in dem Zeitpunkte, der nach jener Ansicht der entscheidende sein müßte, gar keinen auf das Legat gerichteten Willen! Die §§. 724, 725 verlangen mit gutem Grunde zur Gültigkeit der Vermächtnisse nicht Vorhandensein eines neuen Zuwendungswillens, sondern Abwesenheit des Ademtionswillens. Alles dieses beweist, daß es sich hier unmöglich um ein neues Legat, sondern nur um das Fortbestehen des alten handeln könne. Hätte Unger Recht, so müßte für die Wirkung des §. 725, nicht für die des §. 724, ein darauf gerichteter Wille des Erblassers erfordert werden, während es sich genau umgekehrt verhält; ist doch bekanntlich die Antithese „Wille“ (in §. 721 und §. 724) und „Nichtwille“ (in §. 722 und §. 725) Grundlage des Schema dieser §§! Within fragt es sich allerdings um einen Ademtions-, und nicht um einen Surrogierungswillen.⁸⁾ Nun könnte man noch versucht sein, auf den Willen zur Zeit der Errichtung des alten Legates zurückzugehen, und zu sagen: „In manchen Fällen war der Wille eventuell auch auf das neue Object gerichtet, in anderen nicht.“ Aber auch dieser Ausweg ist verschlossen. Es war damals an die späteren Aenderungen gar nicht gedacht; offenbar kann es sich nicht um die damalige Absicht (*ambulatoria voluntas!*), sondern nur um diejenige fragen, welche der Erblasser bei der Veräußerung der Sache, bei der Entgegennahme der Leistung gehabt oder nicht gehabt hat. — Wir fassen zusammen: Daß es sich hier um das Fortbestehen alter, nicht um die Begründung neuer Legate handelt, ist dadurch erwiesen, daß: 1) so weit überhaupt eine Absicht in Betracht kommt, die im zweiten (nicht im ersten) Zeitpunkte vorhandene maßgebend ist; und 2) daß zur Gültigkeit und Wirksamkeit des Legates schon die Abwesenheit irgend einer auf dasselbe gerichteten Absicht in dem zweiten Zeitpunkte genügt.⁹⁾ — Mag man nun die Surrogierungsabsicht in die Zeit der Testamentserrichtung zurückverlegen, oder aber eine solche im Augenblicke der fraglichen Aenderungen (Zahlung, Veräußerung, Specification) annehmen^{9a)} — immer erweist sich diese Theorie als unhaltbar. Im ersten Falle, weil, was immer die ursprüngliche Absicht gewesen sein möge, doch noch gefragt werden müßte, ob der Testator seine Honorierungsabsicht nicht etwa später aufgegeben habe. Im zweiten Falle, weil in dem fraglichen Zeitpunkte weder ein Wille, noch Willensfähigkeit, noch Beobachtung einer Form erforderlich ist.

IV. Es fragt sich in §. 724 um Handlungen, die an sich eine verschiedene Deutung zulassen. Das Gesetz kommt uns nun hier zu Hülfe durch Schlüsse, die es von diesen Handlungen auf den Ademtionswillen zieht. Es erklärt jene „als *concludent*, um daraus auf den Widerruf des Legats zu schließen.“¹⁰⁾ Man kann sagen, daß es „eine Präsumtion für die Concludenz der Handlungen aufstellt.“¹¹⁾ Aber im engsten technischen Sinne ist dies Wort (Präsumtion) hier nicht gebraucht. Es sind (wie Unger an anderer Stelle¹²⁾ treffend bemerkt) aus Wahrscheinlichkeitsannahmen abgeleitete Interpretationsregeln, zwar nicht für Worte, aber für Handlungen. „Daß

⁸⁾ Es ist ein Widerspruch, wenn Unger im Erbrecht §. 67 Anm. 6 sagt: „Es kommt auf den Surrogierungswillen, nicht auf den Ademtionswillen an, nur daß allerdings das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein des Surrogierungswillens daraus zu entnehmen ist, ob ein Dritter oder der Erblasser selbst die Erlöschung des ursprünglichen Legats bewirkt hat, da in letzterem Falle auf eine Aenderung des Honorierungswillens“ — also doch wohl auf den Ademtionswillen — „zu schließen ist“. Und wo ein Dritter die Aenderung bewirkt, geschieht dies stets ohne Willen (also ohne Ademtionswillen), nicht immer mit (Surrogierungs-)Willen des Erblassers. Unger hat noch im II. Bd. seines Systems die richtige Ansicht getheilt; s. §. 85 N. 16 und 18.

⁹⁾ Damit ist auch die Annahme eines Zusammenwirkens zweier Entschlüsse (in beiden Zeitpunkten) — ähnlich wie in §. 723 — ausgeschlossen.

^{9a)} Unger thut in §. 72 N. 2 bald das eine (Zeile 11—17), bald das andre (gegen Ende der Anmfg.).

¹⁰⁾ Unger System II §. 85 Note 16.

¹¹⁾ Unger a. a. O. N. 15.

¹²⁾ System II S. 598.

man auch hier von Vermuthungen spricht, erklärt sich theils daraus, daß die gesetzliche Vorschrift über die Concludenz einer Handlung aus Vermuthungen [im vulg. S.] hervorgeht, theils daraus, daß diese Auslegungsregel nicht apodiktisch auftritt, sondern den Beweis (den gewöhnlich, aber irrig sog. Gegenbeweis) zuläßt, daß sie im concreten Fall nicht anwendbar sei.¹³⁾

Es ist nicht bloß in theoretischer Hinsicht von Interesse, wie man über die Natur der Normen der §§. 724, 725 denkt. Zeiller sagt (S. 708): Diese Vermuthungen entheben von allem Beweise. „Es können zwar außer den vom Gesetze aufgestellten Vermuthungen noch andere . . . eintreten.¹⁴⁾ Bei diesen aber bleibt die Beurtheilung ihres Gewichts, ob und inwiefern Derjenige, welcher selbe für sich anführt, sie noch mit andern Beweismitteln unterstützen müsse, der richterlichen Beurtheilung vorbehalten.“ Den Sinn dieser treffenden Worte mißverstehend, widerspricht ihnen Nippel (IV S. 447) so: „Allein da der §. 105 der G. D. die Regel aufstellt, daß Vermuthungen, welchen insbesondere durch das Gesetz keine Kraft beigelegt wird, von der Beweislast nicht befreien, . . . so kann ich mich dieser Ansicht nicht anschließen.“ „Man würde sehr Unrecht thun, die Vermuthung (der §§. 412, 413 preuß. L. I. 12) auch nach österr. R. geltend zu machen.“ Gut bemerkte hiegegen Winiwarter (III. S. 272f.): Die Berufung auf §. 105 G. D. treffe nicht zu; „denn es handelt sich hier nicht um Vermuthungen, welche die Stelle des Beweises vertreten sollen, sondern um solche Umstände, aus welchen man eine Abänderung des Willens (er-)schließen kann. Der §. 725 zeigt, daß man nicht geradezu bei den Worten des §. 724 stehen bleiben darf, sondern vielmehr auf das zu sehen hat, was mit Ueberlegung aller Umstände Ueberzeugung gewährt.“ Stubenrauch¹⁵⁾ äußert sich ausweichend, während Unger¹⁶⁾, wenigleich in anderem Ausdrucke, wieder (mit Recht) auf Zeiller's Ansicht zurückkommt.

V. Der §. 724 stellt drei Regeln auf, wozu der §. 725 in augenfälligem Parallelismus die negativen Ergänzungen gibt. Diese letzteren bloße „Folgerungen“ oder „Anwendungen“ von jenen zu nennen, ist darum ungenau, weil die Argumentation a contrario aus den Regeln des §. 724 an sich recht bedenklich wäre.¹⁷⁾ Die Regeln aber sind:

1) „Wenn der Erblasser die vermachte Forderung eingetrieben und erhoben“ (§. 724) (§. 21 Inst. II. 20; L. 75 §. 2. D. de leg. I) oder aber erlassen hat (L. 82 §. 5. D. eod.; L. 21 pr. D. 34. 3), so ist das Legat im Zweifel für widerrufen anzusehen; dagegen nicht, „wenn der Schuldner die Forderung aus eigenem Antriebe berichtigt hat“ (§. 725) (L. 11 §. 13. D. de leg. III). Im letzteren

¹³⁾ Unger a. a. D., Note 48. Richtig wird daselbst bemerkt, daß bei techn. Präsumtionen der Beweis erleichtert (für x bloß y), hier erlassen sei. Freilich ist der Beweis von y so leicht, daß er praktisch wenig in Betracht kommt. Daher begreift man die theoretisch ungenaue Aeußerung Zeiller's (II. S. 708): „Die gesetzlichen Vermuthungen haben auch hier, wie in allen anderen Fällen, die Wirkung, daß Jener, welcher sich darauf beruft, von allen weiteren Beweisen enthoben ist.“

¹⁴⁾ Beispielsweise erwähnt er §§. 411—413 preuß. L. R. I. 12 (vgl. Gruchot II S. 41f. und die dort S. 42 N. 3 cit. römischen Gesetzstellen) natürlich nicht in dem Sinne, als ob sie für uns gesetzliche Bedeutung hätten. Das Gegentheil spricht ja doch der Text aus: gleichwohl wurde Zeiller darin von Nippel mißverstanden (s. weiter im Texte).

¹⁵⁾ 1. Aufl. II. S. 572 Z. 2; 4. Aufl. I. S. 878. Trotz gesundem Tact, der das Richtige erräth — welche theoretische Rathlosigkeit in diesen gewundenen Aeußerungen! Hätte St. statt der Worte „Hiergegen läßt sich wohl mit Nippel einwenden“ geschrieben: „Hiergegen hat zwar Nippel eingewendet . . .“ so wäre alles Uebrige in Ordnung.

¹⁶⁾ System II S. 108 Note 15 a E. — Die Behauptung Unger's (Erbrecht §. 61 N. 5), daß nach österr. R., im Unterschiede vom römischen, „zur Ademption des B. der Beweis der Willensänderung des Erblassers“ nicht genüge, sondern „Legate nur durch ausdrückliche Erklärung in einer der zur Errichtung erforderlichen Formen . . . aufgehoben werden“ — muß wohl dahin abgeschwächt werden, daß unser Recht nicht so leicht, wie das römische, den Ademtionswillen annimmt.

¹⁷⁾ Dies gegen Winiwarter S. 272, obwohl seiner Bemerkung etwas Nichtiges

Falle liegt keine concludente Handlung vor, weil die Initiative nicht vom Gläubiger ausging; im Falle, wo zwar die Bezahlung verlangt, aber noch nicht erhoben wurde, liege — meinten die Redactoren — noch „kein thätiger Wille, das Legat aufzuheben“ vor (Zeiller S. 706). Die Einforderung sei einem Veräußerungsversuche, erst die Einhebung einer wirklichen Veräußerung vergleichbar (s. die Redactionsgeschichte).^{17a)} Aus dieser Vergleichung des ersten mit dem zweiten Falle (die mit dem dritten wäre wohl treffender gewesen) erfahren wir zugleich, daß ein mißlungener Versuch, die legitime Sache z. B. zu verkaufen, nicht als Ausdruck eines Ademtionswillens zu betrachten sei (s. unten §. 2). — Daß der positive, wie der negative Theil obiger Auslegungsregel wenig zuverlässig ist, leuchtet fast von selbst ein, ohne daß es durch eine weitläufige Casuistik erläutert zu werden brauchte.¹⁸⁾ Der Richter hat also immer den aus allen, von den Parteien dargelegten, Umständen mit Sicherheit erkennbaren Willen des Erblassers zur Geltung zu bringen (vgl. L. 64 de leg. III. und L. 31. §. 3. D. 34. 4) und nur im Zweifel sich nach den §§. 724, 725 zu richten. — Hätte der Schuldner erst nach des Gläubigers Tode an dessen Erben geleistet, so hat der Legatar nur einen Anspruch auf den Schuldgegenstand (L. 21. §. 2. D. de lib. leg. 34. 3).

VI. (Fortf.) 2) „Wenn (der Erblasser) die (vermachte) Sache (species legata) „veräußert und nicht wieder zurückerhalten hat“, so „wird das Legat für widerrufen angesehen“ (§. 724); dagegen nicht, „wenn die Veräußerung des Legats¹⁹⁾ auf gerichtliche Anordnung geschehen“ ist. Somit gilt a) die freiwillige Veräußerung als tacita legati ademptio, die unfreiwillige nicht, namentlich auch nicht die Expropriation.²⁰⁾ b) Der Versuch der Veräußerung, die an den Tag gelegte Absicht, es thun zu wollen, hat diese Wirkung nicht (s. oben I. V.). c) Hat der Testator zwar die vermachte Sache veräußert, aber wieder zurückerhalten, so wird (wie nach §. 316 preuß. V. R. I. 12) der Widerruf als widerrufen, also das Vermächtniß als wiederhergestellt, angesehen. Auch diese Regeln fordern die Kritik heraus. Am wenigsten die erste Hälfte der Regel a; auch sie ist nicht absolut zu nehmen, als Regel aber

zu Grunde liegt. Die Regeln des §. 724 sind primär, die des §. 725 secundär; und wenn schon die ersteren nicht als erschöpfend zu betrachten sind, so gewiß noch weniger die letzteren. Dies meint auch W. mit den Worten „nur einige Anwendungen“.

^{17a)} „Nur bei dem Befreiungsvermächtnisse“ (liberatio legata) „würde das bloße Eintreiben einen Widerruf andeuten, wenn nicht dargethan werden könnte, daß der Erblasser von dieser Eintreibung wieder abgestanden ist“. Winiwarter III S. 272; ebenso Basevi bei §. 724 Z. 1. Der Unterschied zwischen diesem Falle und dem des nomen legatum besteht hierin: wenn der Erblasser vom Dritten einfordert, so braucht darin keine Aenderung der Honorirungsabsicht zu liegen; wohl aber ist diese dort, wo sie gleichbedeutend ist mit Erlaß-Absicht, offenbar geändert, wenn der Erblasser vom Legatar Zahlung verlangt. Dieses verkennt Stubenrauch I. Aufl. II S. 570 R. *** (richtig die 4. Aufl. I S. 877 N. 2).

¹⁸⁾ Treffend bemerkt Unger §. 72 N. 2: „Wie aber steht es einerseits, wenn der Erblasser, weil er Insolvenz oder Entfernung des Schuldners befürchtete, die Zahlung eingetrieben hat, oder genöthigt war, um nicht die ganze Forderung auf's Spiel zu setzen, dieselbe im Concurs- oder Ausgleichungsverfahren geltend zu machen, und andererseits wenn der Erblasser die vom Schuldner aus freiem Antrieb geleistete Sache veräußert oder die freiwillig bezahlte Summe verthan hat? Wenn vollends das Legat etwa lautet: 'ich vermache dem A die Uhr, die ich von B zu fordern habe', so ist schon von vornherein gar kein Zweifel, daß eigentlich der Gegenstand der Forderung, und diese selbst nur als ein Mittel zum Zweck, vermacht ist, daher auch im Falle der freiwilligen Eintreibung der Forderung eine Willensänderung des Erblassers im Zweifel nicht anzunehmen ist.“

¹⁹⁾ „Wenn die Veräußerung des Legats . . . , so besteht das Legat“; s. über diese mißlungene Textirung oben §. 389 N. 22.

²⁰⁾ So schon Zeiller S. 706 f.; dann Winiwarter III S. 272 mit guter Begründung. Es ist dies (nämlich: daß das Wort „gerichtliche Anordnung“ nicht zu urgiren ist) auch die allgemeine Ansicht. So Basevi, Stubenrauch, Ellinger, Unger §. 67 N. 4. Abweichend nur Fügler II. S. 313 Note.

zutreffend. Sehr bedenklich dagegen ist die negative Hälfte. Es ist doch wahrscheinlicher, daß der Testator den Fortbestand des Legates unter so veränderten, von ihm nicht vorhergesehenen Umständen nicht gewollt habe. Es wäre in diesem Falle zweckmäßiger gewesen, sich mit der Abwesenheit einer Aeußerung des Ademtionswillens nicht zu begnügen, sondern ein auf Fortdauer der Honorirungsabsicht deutendes Benehmen zu erfordern.²¹⁾ Vollends wenn man an executive Veräußerung (den Hauptfall der unfreiwilligen) denkt, welche doch meistens auf eine ernstliche Minderung des Vermögens schließen läßt. Die Regel b ist nicht so schlimm, wie die eben besprochene; aber immerhin wird die an den Tag gelegte Veräußerungsabsicht Zweifel an der Fortdauer des Honorirungswillens erwecken, und zwar umso mehr, je näher jene Kundgebung der Zeit des Todes steht. Noch verfehlter ist die dritte Regel²²⁾, deren Gegentheil mit gutem Grund im franzöf. (a. 1038) und sächsischen Gesetzbuch (§. 2418) verordnet ist. Vgl. auch L. 15. D. de adim. v. transfer leg. 34. 4 und Cod. Ther. II. Cap. XVI. §. 29 Nr. 397 a. E. — Als Grund der ersten Regel (Ademtion durch freiwillige Veräußerung) geben alle unsere Juristen an²³⁾, daß das Vermächtniß hierdurch zum ungültigen Legat der fremden Sache (§. 662) werde. Dieses ist theoretisch falsch (s. oben S. 436 N. 53), sonst aber bei den Meisten unschädlich. Es ist aber auch ein praktischer Irrthum, wenn Unger daraus an anderer Stelle (§. 67 N. 4) folgert, daß auch im Falle einer unfreiwilligen Veräußerung oder Verwandlung ein legatum rei alienae eintrete, nur sei dies ein wirksames. Der Dnerirte hätte sich also nach §. 662 a. E. zu benehmen. Mit Recht wird von fast allen Andern (namentlich auch von Zeiller S. 707 Z. 2) angenommen, daß an die Stelle der Sache eine dem Verkaufspreis gleiche Summe trete. Jene Entscheidung hat nichts für sich, als die Analogie der unmittelbar vorher angeführten.²⁴⁾ Mit unserer Bemerkung auf S. 436 N. 53 zerfällt dieser ihr einziger Grund; und sonst spricht doch alles gegen sie und für die herrschende Ansicht. So die Symmetrie der drei Fälle in §. 725: an die Stelle des nomen tritt das Geleistete, an die Stelle der veräußerten Sache der Preis, an die Stelle der verwandelten Sache die nova species. Auch würde die ohnehin verfehlte und für den Dnerirten drückende Regel durch jene Deutung noch drückender.

VII. (Fortf.) 3) „Das Vermächtniß einer einzelnen Sache wird auch dadurch widerrufen, daß der Erblasser sie in eine andere, der Form und dem Namen nach verschiedene, Sache umstaltet, z. B. aus dem legirten Bauholze Bretter schneiden, aus dem Stücke Tuch Kleider, aus der goldenen Dose Schnallen verfertigen läßt und dgl.; weil nun weder das vermachte Bauholz, oder das Stück Tuch, noch die goldene Dose vorhanden ist. Andere Veränderungen, wodurch keine solche wahre Umstaltung (Specification) geschieht, wie wenn der legirte Schmuck noch reicher verziert, das legirte Haus um ein Stockwerk erhöht wird, heben das Legat nicht auf. Selbst eine wahre Umstaltung ist . . . für keinen Widerruf anzusehen, wenn sie ohne Auftrag oder Genehmigung des Erblassers . . . oder durch einen Zufall, wodurch z. B. der vermachte Wein in Essig übergang, geschehen ist. In diesem Falle muß also das Vermächtniß“ [= vermachte Sache] „in der Gestalt und Beschaffenheit, worin es sich jetzt befindet, entrichtet werden.“ So äußert sich Zeiller (S. 707) über die Specification der vermachten Sache, wobei dieses Wort nicht die Erwerbungsart²⁵⁾

²¹⁾ Insofern stimmen wir mit Unger §. 67 Anm. 4 überein.

²²⁾ S. Gruchot I S. 588.

²³⁾ Selbst Zeiller (II S. 706 Z. 2) und Unger (§. 67 N. 10) nicht ausgenommen.

²⁴⁾ Hierin ist Unger consequenter, als die Uebrigen, die aber u. E. in der Sache Recht haben.

²⁵⁾ Handelt ja doch §. 724 von einer Specification durch den Eigenthümer. Freilich nehmen Viele auch hier einen neuen Erwerb an, „quia quod factum est, antea nullius fuerat.“ (L. 7 §. 7 D. de acquir. rer. dom. 41. 1).

— es ist vorausgesetzt, daß das Eigenthum unverändert bleibt — sondern den thatsächlichen Hergang bedeutet, und in so weitem Sinne gebraucht ist, daß selbst Ereignisse ohne menschliches Zuthun mitverstanden sind. Mit Recht gibt er dem Legatar einen Anspruch auf die Sache selbst²⁶⁾, nicht etwa auf ihren Werth zur Zeit der Umgestaltung²⁷⁾ (vgl. oben §. 2 a. E.). Sind aber durch die Specification die Eigenthumsverhältnisse alterirt, so gebühren²⁸⁾ dem Legatar eben die Rechte, die dem Erblasser nach §. 415 zustanden.

Im einzelnen Falle hat der Richter seine Untersuchung nicht darauf zu richten, ob eadem res oder nova species²⁹⁾, sondern sich zu fragen, ob nach allen ihm dargelegten Umständen Fortdauer oder Aufhören der Honorirungsabsicht anzunehmen sei. Ein wichtiges Moment dabei ist es allerdings, ob die Aenderung gering oder tiefgreifend, ein andres, ob sie mit oder ohne Willen des Erblassers geschehen sei.³⁰⁾ Auf die Casuistik hier einzugehen³¹⁾ ist unthunlich, weil zuletzt doch alles auf den Wortlaut und die sonst erkennbare Absicht der Anordnung und auf die concreten Umstände ankommt.

VIII. Aus der Praxis. 1) Der Testator veräußerte die vermachte Sache an den Legatar selbst. Damit war das Vermächtniß widerrufen, und konnte auch von dem substituirtten Legatar (§. 652) nicht geltend gemacht werden.³²⁾ 2) Jedemdem waren alle in einem Schranke befindlichen Werthpapiere vermacht. Der Testator nahm bald darauf einige heraus und gab sie einem Dritten in Verwahrung. Die Gerichte erkannten darin die Absicht, jenes Vermächtniß zu schmälern, eine tacita ademptio hinsichtlich der herausgenommenen Stücke.³³⁾ 3) In einem Testamente hieß es: „Auf der Herrschaft N soll eine fromme Stiftung . . . im Capitalbetrage von 100.000 fl. errichtet werden.“ Später verkaufte der Testator die Herrschaft und verwendete den Kauffchilling.³⁴⁾ Der oberste Ger. H. entschied für Fortdauer des Legates. Ein Widerruf nach §. 724 könne aus dem Verkaufe der Herrschaft nicht gefolgert werden, weil nicht diese, sondern die Summe von 100.000 fl. Gegenstand des Vermächtnisses sei. So richtig das Letztere ist, so gibt es doch auch andere concludente Handlungen als die in §. 724 aufgeführten (s. Abs. IV). Es ist fraglich³⁵⁾, ob nicht aus dem ganzen Benehmen des Erblassers der Ademtionswille hervorleuchtete, wie die I. Instanz annahm. 4) Vermächtniß des Schulverlasses (liberatio legata); später cedirte der Testator seine Forderung gegen den Legatar einem Dritten. Mit Recht erkannte darin der oberste Ger. H. einen Widerruf des Vermächtnisses.³⁶⁾

²⁶⁾ Richtig auch Rippel IV S. 447, Ellinger bei §. 725, Unger §. 67 N. 6.

²⁷⁾ Wie — verkehrter Weise — Winwarter (III S. 273) und Stubenrauch (I. Aufl. II S. 572, 4. Aufl. I S. 878) wollen.

²⁸⁾ „Gebühren“, d. h. der onerirte Erbe hat sie auf ihn zu übertragen.

²⁹⁾ Welche legislativen Motive und praktischen Erwägungen hat man schon in der römischen Specificationenlehre gesucht, während es sich größtentheils um Schulweisheit, um Grübeleien über Individualität und Identität gehandelt hat. Auch hier war römische Ontologie von Einfluß, wie bei der von Göppert so elegant erklärten Lehre der L. 30 pr. D. de usurp. 41. 3.

³⁰⁾ §. 725 beweist ja handgreiflich, daß die scholastische Erörterung, ob das Vermachte noch als fortexistierend betrachtet werden könne, hier nicht am Plage, sondern alles quaestio voluntatis sei. Nicht ganz übereinstimmend Unger §. 67 N. 7, vgl. N. 6.

³¹⁾ Einige Exemplificationen s. bei Unger §. 67 N. 7.

³²⁾ Ger. Ztg. 1855 Nr. 130, S. 533 Z. 18.

³³⁾ Sammlung IV Nr. 1856 = Ger. Ztg. 1864 Nr. 71.

³⁴⁾ Sammlung V Nr. 2423 = Ger. Ztg. 1867 Nr. 80; ganz kurz auch in der Ger. Halle 1868 Nr. 8.

³⁵⁾ Um Sicheres darüber sagen zu können, müßte man den Fall bis in die Einzelheiten genau kennen.

³⁶⁾ Sammlung XII Nr. 5277 = Ger. Halle 1874 S. 258.

IX. Ueber das Verhältniß dieser Paragraphe zu §. 661 f. haben wir uns oben S. 429—437 ausgesprochen (bes. S. 432 f.). Damit stimmt auch Basevi (bei §. 724 Z. 2 u. 3) überein, indem er das arg. a contr. aus den Worten „und zwar unentgeltlich“ für unvermeidlich hält, so daß alle Erwägungen über den wahrscheinlichen Willen des Erblassers nur dazu dienen können „a censurare la legge“, aber nicht dazu, „a spiegarne il tenore“. ³⁷⁾

3. durch Entfagung der Erben.

§. 726.

Will oder kann weder ein Erbe, noch ein Nacherbe die Verlassenschaft annehmen; so fällt das Erbrecht auf die gesetzlichen Erben. Diese sind aber verpflichtet, die übrigen Verfügungen des Erblassers zu befolgen. Entfagen auch sie der Erbschaft; so werden die Legatäre verhältnißmäßig als Erben betrachtet.

I. Redaction. Der §. 512 Westgal. G. B. II stimmt fast wörtlich mit unserem §. überein, nur war im ersten Satze zwischen dem Vorder- und dem Nachsatz eingeschaltet „so wird die letztwillige Verordnung vereitelt, und . . .“ Diese Worte wurden auf Zeiller's Antrag (S. v. 18. Juni 1804) gestrichen, da ja außer den Erbeinsetzungen die übrigen Anordnungen bestehen bleiben. Damit war der §. ohne Debatte erledigt. — Erst aus der nachträglich uns bekannt gewordenen Reinschrift der Texte I. Lesung erfahren wir, daß Zeiller mit diesem §. nicht einverstanden war. Er hat dort (damals §. 427) an den Rand geschrieben: „Warum die Legatarien (sic!) am Ende Erben sein sollen, läßt sich nicht wohl rechtfertigen. Der Fall, daß kein gesetzlicher Erbe die Erbschaft will, wird wohl fast immer da eintreffen, wo für den Erben ohnehin nichts übrig bleibt. Erübriget etwas, so wird und darf es der Fiscus als letzter subsidiarischer, gesetzlicher Erbe nicht ausschlagen. Der letzte Satz kann also wegleiben.“ Solche „nachgetragene Bemerkungen“ pflegte dann Zeiller bei der II. Lesung wörtlich vorzubringen. Entweder hat er dieses Mal seine Ansicht selbst noch geändert oder blieb er mit ihr vereinzelt. Jedenfalls wurde nichts geändert.

II. Erster Satz des §. 726. Wenn der Instituirte aus irgend welchem Grunde nicht Erbe wird, so kann an seine Stelle ein Substitut (§. 604, §. 608 i. f., vgl. oben S. 216 Abs. VI) oder Transmissar (§. 537, §. 809) treten; sonst tritt Accrescenz ein (§. 560); in manchen Fällen aber, wo diese nach gemeinem Rechte eintreten würde, kommt bei uns der erledigte Theil an die gesetzlichen Erben (§. 562). [Der Anfangssatz des §. 726 ist schlecht stylisirt; denn er klingt so, als ob die gesetzlichen Erben nur dann an die Reihe kämen, wenn kein einziger testamentarischer Erbe die Erbschaft annimmt; auch fehlt in der ersten Zeile das Wort „testamentarischer“.] Wenn keiner der im Testamente Berufenen Erbe wird, „so fällt das Erbrecht [soll heißen: „die ganze Erbschaft“] auf die gesetzlichen Erben.“ (§. 726 pr.) Während diese sonst oft neben den eingesetzten Erben erwerben (§§. 534, 554, 556, 562, 727, 728), sind sie hier nach (hinter) ihnen berufen. Eine vom Gesetze supplirte Vulgar-Substitution, wie solche in manchen Fällen des §. 779 vorliegt, darf darin nicht erblickt werden, — schon wegen der oben S. 89 N. 26 angegebenen Reihenfolge.

III. Zweiter Satz. Wenn keiner der Instituirten Erbe wird, so ist nach römischem Recht ein solches testamentum desertum (oder destitutum) gänzlich entkräftet, namentlich auch hinsichtlich der Vermächtnisse. (§. 2 i. f. Inst. de lege Falc. II. 22 = 1. 73 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2; 1. 9 D. de test. tut. 26. 2; §. 2. Inst.

³⁷⁾ So treffend seine, hier ausnahmsweise ausführlichen, Darlegungen sind, so kann man nicht zustimmen, wenn er zuletzt doch noch einen schüchternen Versuch macht, die Gesetzesvorschrift zu vertheidigen.

quib. mod. test. inf. II. 17.) Dieser heute unbestrittene Satz war es nicht immer¹⁾; Zeiller bezeichnet ihn ausdrücklich als „zweifelhaft“ (§. 709 Note.). Der Grund der verschiedenen Bedenken war vornehmlich die Nov. 1, welche von dem Falle verweigerter Auszahlung der Vermächtnisse handelt, aber oft von dem Falle verstanden worden ist, wo ein Testament durch Ausschlagung der Erbschaft von Seite der Eingesezten desituirt wird.²⁾ Diese irrige Auslegung fand um so mehr Anhang, als es dem modernen Rechtsbewußtsein widersprach, daß die Vermächtnißnehmer so vom Belieben der Eingesezten abhängen sollten.³⁾ Der deutschen Rechtsanschauung blieb jene rigorose Folgerung des römischen Testamentformalismus („caput et fundamentum totius testamenti heredis institutio“ Gaius II. 229) fremd. Die Vermittelung mit dem recipirten fremden Rechte suchte man theils in jener Umdeutung der Nov. 1, theils in der Redewendung, daß sich die Codicillar-Clausel bei uns immer von selbst verstehe.⁴⁾ — Darum hat die neuere Gesetzgebung die Vermächtnisse von der Erbantrittung unabhängig gemacht. So schon der Cod. Maxim. Bav. civ. III. 3. §. 29, so das preussische F. R. I. 12. §. 279, so unser §. 726, und später das sächsische (§. 2386) und das zürcherische G. B. (§. 2090).⁵⁾ — Damit ist auch der Satz, daß erledigte Erbtheile cum onere auf eventuell Berechtigte übergehen, zur consequenten Durchführung gebracht; denn §. 726 harmonirt mit §. 606 und mit §. 563. Zeiller sagt (§. 709 Z. 1), jener Satz gelte „zufolge des in unserem Gesetzbuche herrschenden Grundsatzes (§. 534)“ — ohne ein weiteres erplanirendes Wort. Dieser Dratelspruch blieb unbeachtet. Den Grundsatz der Unabhängigkeit der Vermächtnisse von der Wirksamkeit der Erbeinsetzung kann man gewiß nicht eine einfache Folge (Consequenz) des Grundsatzes von der Compatibilität der Delationsgründe nennen. Zeiller's Gedanke ist wahrscheinlich dieser: Der römische Rechtsatz über das test. desertum ist nur eine Anwendung des „nemo pro parte“ etc. Wenn kein Testamentserbe da sei, so könnten auch die anderen Honorirungen nicht gelten, sonst wäre er doch „pro parte testatus“. Es mag dahingestellt bleiben, ob auch dieses mit jener Regel, die bekanntlich zunächst etwas anderes besagt, ausgedrückt sein sollte. Aber ein Gedankenzusammenhang mit §. 534 kann, wie uns scheint, in anderer Weise gewonnen werden. Wenn gesetzliche Erben neben testamentarischen erben (mag es nun ein Fall der §§. 554, 556, oder ein Fall des §. 562 sein), und es ist über die Tragung der Legate nichts angeordnet, so sind auch die gesetzlichen Erben pro partibus hereditariis onerirt (§. 649). Käme nur ein Institut daran, und erhielte z. B. $\frac{1}{6}$, so würden die gesetzlichen Erben $\frac{5}{6}$ der Lasten tragen, erhalten sie $\frac{11}{12}$ des Nachlasses, so tragen sie auch $\frac{11}{12}$ der Vermächtnißlast; erhalten sie endlich den ganzen Nachlaß (§. 726), so ist es billig und consequent, daß sie die ganzen Vermächtnisse tragen.

IV. Wenn unter den nächsten Intestaterben sich Legatäre befinden, so ändert dieses an sich nichts. Sie werden durch diesen Umstand nicht etwa von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen; die Legate werden zu Prälegaten (§. 648). Selbst eine einschränkende Redewendung⁶⁾ des Testators ändert in der Regel nichts; denn die Einschränkung ist meistens relativ (nicht absolut) gemeint⁷⁾; selbst bei der auf den

1) S. Mühlenbruch 39. Thl. (v. Glück's Comm.) S. 51 ff.

2) Zur Zeit von Sam. Strypf war dies sogar die herrschende Meinung (s. Mühlenbruch S. 55 N. 49). Gerade auf Strypf beruft sich Zeiller a. a. D.

3) Den Universal-Vermächtnißnehmern half bekanntlich schon das S. C. Pegasianum.

4) Vgl. die interessanten Belege bei Gruchot I S. 540 f. N. 2 u. N. 3.

5) Vgl. Gruchot I S. 541 N. 4. Mommsen S. 365.

6) Etwa: sie sollten sich mit diesen Legaten begnügen u. dgl.

7) M. a. W.: Daraus, daß der Testator sie dem Institutirten zu Liebe einschränkte folgt nicht, daß sie im Verhältnisse zu (anderen) gesetzlichen Erben auf ihre Legate beschränkt sein sollen. Man wende nicht ein, daß Prälegate das gerade Gegentheil von Einschränkung, daß sie ein Voraus sind. Da, nach unserer Voraussetzung, hier bedachte mit gar nicht erwähnten Intestaterben zusammentreffen, so ist ein Voraus für jene gerechtfertigt.

Pflichttheil ist dieses nicht selten⁸⁾; doch kann sie allerdings als Strafe, und somit absolut gemeint sein.⁹⁾

V. Dritter Satz des §. 726. Nicht sowohl die Quelle, aber doch der Anlaß dieser eigenthümlichen Bestimmung ist, wie uns scheint, die vielbesprochene Aufzählung in Nov. 1 cap. 1.¹⁰⁾ Ihren tieferen Grund aber hat sie in der löblichen und vornehmen Gesinnung, welche unsere Gesetzgebung zur Beseitigung so vieler privilegia fisci und zur äußersten Einschränkung des Heimfallsrechtes führte. Darum z. B. die geradezu übertriebene Ausdehnung des Verwandten-Erbrechtes. Nur in äußersten Fällen sollte ein Nachlaß vom Fiscus eingezogen werden.¹¹⁾ Es war also nur consequent gedacht (wie es auch psychologisch richtig ist), „daß der Erblasser seinen Nachlaß lieber den Legataren, als dem Fiscus gönnt.“¹²⁾ Nichts kann also verkehrter sein, als die Meinung: „der Grund“ (des dritten Satzes), „scheine der zu sein, daß in diesem Falle außer den angeordneten Vermächtnissen ohnehin nichts oder nur wenig mehr erübriget.“¹³⁾ Wenn der Staat einen Nachlaß den Verwandten der sechsten Linie gönnt, warum sollte er ihn nicht den Legataren gönnen?

VI. (Fortf.) Das Wort „entsagen“ am Eingang des Satzes hat die Meinung hervorgerufen, als ob die Legatäre nur dann dieses Recht hätten, wenn die gesetzlichen Erben die Erbschaft ausschlagen, während der Sinn doch offenbar der ist: daß die Legatäre nach den gesetzlichen Erben daran kommen, d. h. wenn solche nicht da sind, oder doch nicht erben. Dafür spricht: 1) der Grundgedanke (s. Abs. V), der jedem Unbefangenen sofort einleuchtet; 2) die Aufzählung in Nov. 1; 3) die Betrachtung, daß es doch auch sonst in der Regel gleichgültig ist, warum der Vorgehende nicht erbe (z. B. bei näheren und ferneren Intestaterben; vgl. §. 537, §. 809). — Dagegen scheint freilich zu sprechen das Wort „entsagen“, welches für „verzichten, ausschlagen, ablehnen“ gebraucht wird. Aber welch' ein schwaches Argument, um so weitgehende Folgerungen zu rechtfertigen! Ihm stehen wieder folgende Gründe entgegen: 1) Wenn die Redactoren für andere Fälle den Fiscus den Legatären hätten vorziehen wollen, so würden sie dieses hier gewiß gesagt haben. 2) Ist der Fall der Entsagung wirklich der häufigste, und die Bezeichnung a potiori nicht auffallend. Der Fall, wo keine gesetzlichen Erben da wären, kommt (man denke nur: sechs Linien!), außer bei Unehelichen, fast gar nie vor, so wenig als der Fall, daß alle vorhandenen erbunfähig wären. 3) Dem Bestreben nach stylistischer Abrundung, der Scheu vor schleppender, übelklingender Wiederholung, haben die Redactoren auch sonst nicht selten die Präcision des Ausdrucks geopfert. Sie wollten hier nicht nochmals sagen: „will oder kann Keiner von ihnen“ od. dgl. Daß dieses gleichwohl ihr Gedanke war, beweist geradezu das Wörtchen „auch“. „Will oder kann weder ein Erbe, noch ein Nacherbe annehmen . . . (dann) gesetzliche Erben . . . Ent-

8) Diese beweist an sich weder Lieblosigkeit, noch Unzufriedenheit des Testators. Sie kann in reichlichen Vorausgaben, in der ohnehin günstigen ökonomischen Lage des auf den Pflichttheil Beschränkten, oder in dem Vertrauen zu dem überlebenden Gatten, dem die Hälfte des Vermögens zugewendet wird, ihren Grund haben. Aber auch wo sich darin eine Vorliebe für ein anderes Kind ausspricht, ist die Verfügung noch immer relativ gemeint.

9) Relativ gemeint war sie auch in dem in der Ger. Ztg. 1852 Nr. 140 erzählten Falle; aber dort traten an die Stelle der vorverstorbenen „Haupterbin“ deren Kinder — nicht als Repräsentanten, nicht als Transmissare, sondern kraft gesetzlich suppletiver Substitution (§. 779). Damit zerfallen alle unklaren Scrupel, die sich a. a. D. ausgesprochen finden.

10) S. Mühlenthaler S. 55.

11) Mit dieser Tendenz der Gesetzgebung geräth freilich die Praxis nicht selten in schreienden Widerspruch; vgl. Excursus II S. 146 ff. Abs. VI.

12) Unger Erbrecht §. 25 Anm. 3.

13) Winivarter III S. 275. — Das wäre ungefähr die Großmuth Dessen, der hergibt, was nicht mehr zu brauchen ist!

sagen auch sie . . .“ 4) Eine überraschende Bestätigung erhält dieses durch Zeiller's Commentar II S. 709, welcher so umschreibt: „durch freiwillige oder nothwendige Entfagung“. Gewiß ein unpassender Ausdruck; aber um nichts schlimmer, als die „nothwendige und freiwillige Entschuldigung“, die Feder aus der Lehre von der Vormundschaft kennt (s. Marg. Noten zu §§. 191—195). — Der letzte Zweifel verschwindet, wenn man sieht, wie der (heute weitverbreitete) Irrthum entstanden ist. Zeiller behandelt aus praktischen Gründen den häufigsten Fall (der Ausschlagung) und geht auf die seltenen anderen nicht ein. Dieses verleitete Nippel (IV S. 448 f.), der die frühere, soeben citirte, Aeußerung Zeiller's nicht beachtete¹⁴⁾, jenen Fall für den einzigen zu halten. Er macht noch selbst beachtenswerthe Einwendungen, glaubt aber doch einen genügenden Unterschied zwischen dem Falle der Ausschlagung und den übrigen zu entdecken, und beruhigt sich dabei. Seine Argumente, aber unter Weglassung der Bedenken, wiederholt Winwarter (III S. 274 f.), dem die Späteren (Ellinger, Stubenrauch . . .) nachschreiben. Basevi sagt: Die Ansicht, daß die Legatäre nur dann berufen sind, wenn die Instituirten ausschlagen, ist die herrschende und dem Wortlaute des Gesetzes gemäße; die andere Ansicht, welche gleiches für alle Fälle des Nichterbens der Eingesezten lehrt, „sembra più equa e più razionale“ (bei §. 726 Z. 2).

VII. (Fort.) Folgende Fälle sind denkbar:

1) Die gesetzlichen Erben wollten die Erbschaft nicht annehmen (der unbestrittene Fall). Das werden sie thun (um uns der Worte des SC. Pegasianum zu bedienen) entweder bei einer hereditas suspecta (illis) quasi damnosa, oder aber ob minimum aut nullum lucrum (Gai. II. 258. 254), m. a. W. wegen Werthlosigkeit des Nachlasses, oder wegen letztwilliger Ueberlastung, noch anders (a potiori) wegen zu großer Schulden- oder Vermächtniß-Last.

2) Sie können nicht erben: a) wegen Erbsunfähigkeit oder Erbnunwürdigkeit; b) weil sie letztwillig ausgeschlossen sind.¹⁵⁾

3) Es sind keine gesetzlichen Erben vorhanden (was nur bei unehelich geborenen Erblassern vorkommt), oder (was praktisch dasselbe ist) es melden sich keine (nicht selten, weil die Verwandten der ferneren Parentelen in der Regel keine Kenntniß von dem Tode des Erblassers und von ihrer Verwandtschaft haben).

Die Gleichbehandlung der Fälle 1, 2a, 2b steht historisch fest; Zweifel könnten nur im 3. Falle erhoben werden. „Wollte man“, sagt Nippel am Schluß seines IV. Bds., „den Ausdruck 'Entfagen' in (jener) erweiterten Bedeutung nehmen, so könnte man die gegenwärtige Vorschrift doch nie auch auf den Fall ausdehnen, wenn gar kein gesetzlicher Erbe vorhanden ist, und doch ist es einerlei, ob die gesetzlichen Erben bereits verstorben oder zu erben unfähig sind.“ Gerade, weil dies (wie allgemein angenommen wird) einerlei ist, müssen wir auch den Fall 3 dem Falle 1 gleichstellen, nachdem die Gleichheit der Fälle 1 und 2 (wie wir gezeigt) erwiesen ist.

VIII. (Fort.) Dies führt uns zur Besprechung des Verhältnisses von §. 726 i. f. und §. 760. Es ist eine petitio principii der Gegner, daß dem Fiscus nur die gesetzlichen Erben, nicht die Legatäre vorgehen. Wo steht das? In §. 760 gewiß nicht! Aber — denken Jene — es müßte in §. 760 ausdrücklich gesagt sein, daß die Legatäre vorgehen. Wozu? entgegenen wir, nachdem es in §. 726

¹⁴⁾ Oder, wie seine hier in Abs. VII citirte Aeußerung vermuthen läßt: nicht beachten wollte.

¹⁵⁾ In einem negativen oder auch positiven (testamentirten) Testament. Dieser Fall (2b), an den bisher Niemand gedacht hat, ist viel praktischer, als der Fall 2a. In einem uns bekannten Falle hatte der Testator erklärt: „Vor allem verordne ich, daß meine Verwandten auch nicht das mindeste von meinem Nachlasse bekommen sollen.“ Darauf folgten Vermächtnisse; in einem späteren Codicille weitere Vermächtnisse, die aber den Nachlaß nicht erschöpften. Der Testator wollte offenbar noch weitere Codicille folgen lassen.

schon genügend deutlich gesagt ist. Erst handelt unser Gesetzbuch von den testamentarischen, dann von den Intestatserben. Was im Falle eines Testamentes zu geschehen habe, sagt eben §. 726; im 13. Hptstck. ist — von §. 730 an — gar nicht mehr an letztwillige Anordnungen gedacht, weshalb auch in §. 760 mit keinem Worte die Pflicht des Fiskus zur Auszahlung der Legate erwähnt ist (vgl. N. 23). Der einfacheren Darstellung wegen ist vorausgesetzt, daß eine solche nicht vorliegt (oder ungültig ist); indem die — so leichte — Combination dieser Vorschriften (§. 730 ff.) mit denen der §§. 554, 556, 562, 726 dem Leser überlassen ist. Selbst wenn §. 726 an späterer Stelle stände, müßte gleiches gelten (man denke an §. 779!); vollends aber schließt die Stellung des §. 726 vor dem 13. Hptstck. jeden Zweifel aus.

Dieses Verhältniß von §. 760 und §. 726 i. f. hat selbst Unger, der doch sonst hinsichtlich des letzteren mit uns stimmt, außer Acht gelassen, da er (§. 25 A. 3 a. E.) sagt: Die Vorschrift des §. 726 i. f. „möchte sich immerhin rechtfertigen lassen, wenn nur consequenter Weise daselbe bei Intestatcodicillen für den Fall, daß die gesetzlichen Erben hinweggefallen, angeordnet wäre.“ Es hindert uns ja nichts, diese Analogie anzunehmen; vielmehr müssen wir es thun, sobald wir bedenken, wie gleichgültig es ist, ob die Vermächtnisse in einem Testamente oder testamentarischen Codicille, ob in einem positiven oder negativen Testamente, ob in diesem oder in einem Intestatcodicille stehen.¹⁶⁾

Wir können das Resultat unserer Ausführungen nicht besser zusammenfassen, als mit den kurzen und treffenden Worten Hüttner's¹⁷⁾: Der §. 726 „handelt zwar von dem Falle, wenn ein Testament vorhanden ist; allein die Analogie scheint zu fordern, ihn auch auf die gesetzliche Erbfolge auszudehnen. Ebenso scheint man die in diesem §. erwähnte 'Entsagung' der gesetzlichen Erben auf das Wegfallen und die Ermangelung derselben überhaupt ausdehnen zu müssen.“

IX. (Fort.) Mit Bezug auf den Fall 1 (f. Abs. VII) lehrt Zeiller: es sei keine Erbsklärung nothwendig, wogegen sich mit Recht die Meisten erklärt haben.¹⁸⁾ Der Curator (f. §. 690) werde das Nothwendige zur Ermittlung des Nachlasses, der Passiven u. s. w. veranstalten; dann werde nach §. 691, §. 692 die Masse an die Legatäre vertheilt. Bleibe dagegen ein Ueberschuß, so werde auch dieser an sie proportionell vertheilt. — Wir werden dagegen ganz allgemein sagen müssen: mag der Rein-Nachlaß so groß, größer oder kleiner sein, als die ausgesetzten Vermächtnisse, er wird verhältnißmäßig an die Legatäre vertheilt — gütlich oder im iudicium familiae ereiscundae¹⁹⁾ — welche nach derselben Proportion die Passiven zu tragen haben²⁰⁾, und, wenn sie bei einem verschuldeten Nachlasse gegen Schaden sicher sein wollen, um Inventarisirung ansuchen müssen.²¹⁾ Wie aber, wenn sie nicht Erben sein wollen? Aufgenöthigt kann ihnen diese Rolle nicht werden²²⁾, aber ebensowenig dem Fiskus ein Nachlaß, der ihm nur Belästigungen ohne irgendwelchen Vortheil bringen könnte.²³⁾ Dann würde durch einen ex officio bestellten Curator (vgl.

¹⁶⁾ Fälle, wie der in der vorigen Note erzählte, stehen in der Mitte zwischen testamentarischen und Intestat-Vermächtnissen.

¹⁷⁾ F. v. d. gesetzlichen Erbfolge (1819) S. 320 Note.

¹⁸⁾ „Ohne Erbsklärung keine Einantwortung.“ Ellinger zu §. 726, Stubenrauch 3. 2. Vgl. aber auch N. 24.

¹⁹⁾ Die Bemerkung Rippel's IV S. 448 3. (i. f.), daß bei legata specierum „noch eine verhältnißmäßige Darauszahlung in Geld“ erfolge, wenn ein Ueberschuß da sei — kann nicht als durchgreifende Regel gelten. Ueber die Art der Vertheilung gelten hier dieselben Regeln, wie bei jeder Nachlaßtheilung.

²⁰⁾ Werthermittelung — Umrechnung der Proportion in Quoten, wie in dem oben S. 14 N. 4 besprochenen Falle.

²¹⁾ Vgl. Winiwarter III S. 274.

²²⁾ Es gibt in Oesterreich keine heredes necessarii.

²³⁾ Unger §. 25 A. 4 lehrt: „Die Legatäre, welche die angebotene Erbschaft aus-

§. 690) der Nachlaß unter die Gläubiger, und der nach ihrer Befriedigung erübrigende Rest unter die Legatäre vertheilt werden. Vgl. Pat. v. 1854, §. 129.²⁴⁾

X. Noch bleibt eine Frage, an die bisher, so viel wir sehen, Niemand gedacht hat. Nach §. 562 gehört einem bestimmt (ex certa parte) eingesetzten Erben „in keinem Falle das Zuwachsrecht“. Der erledigte Theil fällt an die gesetzlichen Erben. Wie aber, wenn „auch sie der Erbschaft entsagen“ (§. 726)? Soll dieser Theil nun an den Fiscus fallen?! Wenn diesem die Legatäre vorgehen, um wie viel mehr die eingesetzten Erben; sie erwerben dann aber nicht durch Accrescenz, sondern nach Analogie des Schlusssatzes von §. 726. — Wie aber, wenn auch Legatäre da sind? Wir glauben, daß die testamentarischen Erben den Legatären vorzuziehen sind, da ja auch die gesetzlichen Erben diesen vorgehen.

Wenn Jemand seine „gesetzlichen Erben“ oder „Verwandten“ von der Erbfolge direct ausgeschlossen, aber keine Erbeinsetzungen, sondern nur Legate angeordnet hätte — wäre dann §. 726 i. f. analog anzuwenden? Im Zweifel: nein; denn dieser Fall ist schon darum erheblich anders, als diejenigen, an welche bei §. 726 gedacht war, weil hier der Erblasser möglicher Weise das Heimfallsrecht eintreten lassen wollte, was in keinem der in §. 726 vorausgesetzten Fälle denkbar ist. Nur dann wäre §. 726 analog anzuwenden, wenn sich die Absicht erkennen ließe, das Vermögen durch Legate zu erschöpfen, es in dieser Art auszutheilen; hingegen dann gewiß nicht, wenn die Vermächtnisse nur einen kleinen Theil des Nachlasses ausmachen. In solchen Fällen liegt entweder überhaupt keine perfecte (also keine gültige) letztwillige Anordnung vor (s. oben S. 98, 147, 171 N. 10), oder der Erblasser hat wirklich sein Vermögen dem Fiscus hinterlassen wollen, wo dann dieser die Vermächtnisse auszuzahlen hätte. Doch ist es schwer zu begreifen, warum er diesen seinen Willen nicht ausgesprochen hat; treten dann noch andere auffallende Umstände hinzu²⁵⁾, so können leicht Zweifel entstehen, ob denn der Erblasser überhaupt sanae mentis gewesen sei.

Sicher aber ist, daß die Redactoren, weder vorher (z. B. bei §. 562), noch nachher (z. B. bei §. 760) an §. 726 gedacht, sondern ihn als Singularität aufgenommen und seine Consequenzen, seine Einfügung in das System, nicht überlegt haben; kaum angenommen, war er auch schon vergessen.²⁶⁾

Das zwölfte Hauptstück behandelt die Lehre von der nachträglichen Ungültigkeit und Unwirksamkeit nicht erschöpfend; und auch wir werden hier anhangsweise nur wenige Bemerkungen anschließen.

Eine Anordnung — sowohl eine einzelne Honorirung, als ein ganzes Testament oder Codicill — kann unwirksam werden, ohne ungültig zu sein; so das test. desertum (§. 726), so eine Erbeinsetzung, ein Legat, wenn der Honorirte vor dem

schlagen, behalten ihre Vermächtnißansprüche gegen den Fiscus.“ Richtig, wenn der Fiscus annimmt, was er aber bei einer Erbschaft, die schlechterdings Niemand haben will, meistens wohl bleiben lassen wird. Ist aber die Erbschaft mehr werth als die Legate, dann werden die Legatäre nicht ablehnen. So wird die Pflicht des Fiscus zur Entrichtung der Legate (Unger §. 90 N. 10) bei uns kaum praktisch (vgl. oben im Text Abf. VIII) — außer, wenn man die gegnerische Auslegung des §. 726 i. f. annimmt. Vgl. Ellinger, Stubenrauch §. 3.

²⁴⁾ Dieses der richtige Kern von Zeiller's Ausführungen S. 709 f. Z. 2. Zur Vertheilung des Nachlasses an die Legatäre ist allerdings eine Erbserklärung derselben nicht erforderlich.

²⁵⁾ Wie in einem uns zufällig bekannt gewordenen Falle.

²⁶⁾ Um so weniger kann es auffallen, daß unsere Commentatoren sich ihn nicht gegenwärtig halten, außer wenn sie ex professo von ihm handeln.

Erblasser stirbt, erbunfähig wird, ausgeschlägt. Die Fälle dieser Art und die der nachträglichen Ungültigkeit umfaßt das Wort „Entkräftung“. Sie kann durch den Willen des Testators geschehen, und heißt dann „Aufhebung“ oder „Widerruf“ (im weit. S.), oder ohne dessen Willen. Von der absichtlichen Entkräftung handeln die §§. 713 ff. Ohne den Willen des Erblassers tritt nachträgliche Ungültigkeit ein: 1) zuweilen, aber keineswegs immer, als Folge des Verlustes der Testirfähigkeit des Erblassers. Von dieser im österreichischen Rechte complicirten Lehre war schon an verschiedenen Stellen ausführlich die Rede; so S. 105, 108, 122, 127, bef. S. 130 f. und auch in dem Excurse zu §. 574. — 2) Privilegirte Testamente verlieren von selbst durch das Aufhören der außerordentlichen Verhältnisse und durch Zeitablauf ihre Kraft (S. 599), s. oben S. 204, 206 Abf. IV. — 3) Zuweilen wird ein Testament durch nachträgliche Geburt eines Notherven rumpirt (test. ruptum), wovon bei §. 778 zu handeln ist.

Ueber anfängliche Ungültigkeit s. oben S. 128 f.; über Vermächtnisse S. 394 Note 8.

Dreizehntes Hauptstück.

Von der gesetzlichen Erbfolge. *)

Bekanntlich wurde unter Kaiser Joseph II. mit Pat. v. 1. Novbr. 1786 (J. G. S. Nr. 591) „der zustandegebrachte erste Theil dieses bürgerlichen Allgemeinen Gesetzbuches“ kundgemacht.¹⁾ Er handelte im I. Hptstücke. „von den Gesetzen“, in den folgenden vom sog. Personenrechte, nämlich im II. Hptstücke.: „von den Rechten der Unterthanen überhaupt“, im III. Hptstücke.: „von den Rechten zwischen Eheleuten“ (Eherecht und Ehegüterrecht, entsprechend dem jetzigen 2. Hptstücke. des I. Theiles und dem 28. Hptstücke. des II. Thls.), im IV. Hptstücke.: „von den Rechten zwischen Aeltern und Kindern“ (s. jetzt I. Thl. 3. Hptstck.), im V. Hptstücke.: „von den Rechten der Waisen und Anderer, die ihre Geschäfte selbst nicht besorgen können“ — so daß also im III.—V. Hptstücke. das Familienrecht enthalten war. Es scheint nun, wenn man die Geschichte nicht zu Rathe zieht, kein Zufall zu sein, daß kurz vorher ein einzelnes Capitel (das 16.) des damaligen Entwurfes des Gesetzbuches leicht umgearbeitet und selbständig publicirt wurde, als Pat. v. 11. Mai 1786 (J. G. S. Nr. 548), welches nach seinen eigenen Eingangsworten „eine allgemeine, für alle Stände ohne Unterschied gleiche Ordnung der gesetzlichen Erbfolge (successionis ab intestato) des frei vererblichen Vermögens eingeführt“ hat. Der Zusammenhang beider Gesetze ist klar; ist doch die gesetzliche Erbfolge auch ein Stück des Familienrechtes, u. zw. des Familiengüterrechtes.²⁾

*) Literatur: C. J. v. Hüttner, Ausführliche Entwicklung der Lehre von der gesetzlichen Erbfolge in dem freivererblichen Vermögen nach dem österr. allg. G. B., nebst einer kurzen Geschichte derselben in dem Erzherzogthume Oesterreich (Wien 1819) — eine tüchtige, und namentlich in Anbetracht der Zeit ihrer Abfassung sehr rühmliche Monographie. Weitere Literaturangaben dort S. 56—58 und bei Michel S. 201. (Keinen wissenschaftlichen Charakter hat die Schrift von Jos. Voglhueber: Vollständige und durch Stammtabellen vorgetragene Erklärung . . . der Erbrechtsordnung v. 11. Mai 1786. — Wien 1786.) — Ueber die romanistische und germanistische Literatur s. die Excurse.

1) S. oben im I. Bd. S. 17 fg.

2) Vom Standpunkte der allgemeinen Rechtsgeschichte betrachtet ist alles Erbrecht Familienrecht. Für die Römer gilt dies viel weniger, als für alle anderen Völker, weil bei jenen seit alter Zeit die Testir- und Legirfreiheit eine große Rolle spielt. Wie verkehrt

So schön dies a priori zu stimmen scheint, so verhält es sich dennoch anders. Es war ein Zufall; und nicht die Rücksicht auf irgend welchen systematischen Zusammenhang, sondern ein äußerer Anlaß führte zur Publication des Erbfolgepatentes.

Es ist von uns und Anderen (für Oesterreich namentlich von Harrasowsky in verschiedenen Arbeiten, für Preußen von Stölzel in seinem schönen Buche über Svarez) gezeigt worden, wie in Oesterreich und Preußen die Einverleibung der polnischen Länder der oft gefährdeten Codificationsidee endlich zum Siege verholfen hat. Und so war es auch bei diesem kleinen Gesetz der Fall. Als die Compilations-Commission 1782 ein Gutachten über eine für Galizien vorgeschlagene Successions-Ordnung abgeben sollte, widerrieth sie das Erlassen eines Specialgesetzes. Als ihr gleichwohl 1785 die Vorlage eines solchen Gesetzes aufgetragen wurde, erstattete sie einen Vortrag über die Grundsätze, auf welchen ein allgemeines Gesetz über die gesetzliche Erbfolge beruhen sollte. Weder das römische Recht, noch die unter einander so verschiedenen Landesrechte seien zu berücksichtigen, sondern nur die natürliche Billigkeit. Auch seien die Sonderbestimmungen, welche für den ständischen Adel galten, zu beseitigen, wofür sich schließlich selbst Präsident Sinzendorf aussprach. Nur Kottenhann war gegenheiliger Meinung. Man solle wenigstens die Stände zuvor sich äußern lassen. Ein wohlhabender Adel sei für die Monarchie unentbehrlich. Die Anderen fanden namentlich die Zurücksetzung der weiblichen Descendenz (welche mit den früheren Einrichtungen des Kriegsdienstes zusammengehangen habe) ungerecht; sie erschwere das Heiraten, und sei auch inconsequent, da bei der Beerbung einer Mutter die Gleichberechtigung der männlichen und der weiblichen Nachkommenschaft unbefritten sei. Der Staat habe nicht das mindeste Interesse, einer Vermengung der Vermögen entgegenzuwirken; der Werth des gebundenen Vermögens sei ohnehin zu groß. Unter Hinweis auf die *salus publica* wurde die Vernehmung der Stände für weder nothwendig, noch empfehlenswerth bezeichnet. — Jedermann merkt hier die Atmosphäre, in welcher sich schon das große Gewitter der französischen Revolution vorbereitete! —

Die kais. Entschliebung genehmigte diese Ansicht der Mehrheit, und verlangte baldige Vorlage des Entwurfes. Demzufolge redigirte Horten (auf Grund des 16. Capitels seines Gesetzbuch-Entwurfes) das Erbfolge-Patent (v. 11. Mai 1786).^{2 a)}

Dieses Patent nun ist in seinen §§. 1—22 die Grundlage unseres Hauptstückes bis einschließlich §. 751, während der Rest dieses Capitels und jenes Patentes von einander sehr verschieden sind.³⁾ Dieser genetische Zusammenhang bestimmt uns, jedem §. den ursprünglichen Text (d. h. den des Patent^{3 a)}) und die in der Mitte

übrigens die Einreihung des Erbrechtes in dem Institutionen-System ist, darf als bekannt vorausgesetzt werden (vgl. II. Bd. S. 1). Daß wir so sehr gewöhnt sind, Familien- und Erbrecht gänzlich zu sondern, erklärt sich weniger aus der allerdings theilweise vollzogenen Differenzirung dieser Rechtstheile, als aus der Macht des Herkommens, aus der römischrechtlichen Grundlage der Civilrechts-Wissenschaft.

^{2 a)} Vgl. Harrasowsky *Der Codex Theres. IV* S. 6, 246 ff. Note 1.

³⁾ Die Erbfolge der ehelichen Verwandten ist der Sache nach ganz unverändert aus dem Patente ins a. b. G. B. herübergenommen. §. 757—760 (Recht des Gatten und des Fiscus) stimmen theilweise mit §§. 23, 24 des Patent³⁾ überein, zeigen aber auch große Unterschiede (s. bes. §. 758). Die §§. 752—756 und 761 sind ohne Analogien im Patente, und umgekehrt entspricht hier den Schlußparagraphen (§§. 25—27) nichts in unserem Hauptstücke. (§. 25—§. 27 A. 1 handelt von der Erbnwürdigkeit, wobei sich eine dem §. 542 analoge Bestimmung findet.)

^{3 a)} Noch älter ist allerdings Horten's Text im 16. Spitzde. des II. Theils seiner Bearbeitung des *Codex Theresianus*. Die §§. 1—23 des Patent³⁾ und dieser Bearbeitung stimmen der Sache nach vollständig überein, während sie sich stylistisch meist nur unbedeutend, in einzelnen Paragraphen jedoch nicht unerheblich unterscheiden. Dagegen hat Horten's Entwurf (§§. 24—33) Besonderes für jene Personen des Herren- und Ritterstandes, die das Recht der Landmannschaft haben, und (§. 34 cf. II. 13 S. 4 ff.) auch für jene, die es nicht haben, bez. rückfichtlich der vor- und nach erworbener

stehende Redaction (im Westgal. G. B.)^{3b)} vergleichend zur Seite zu stellen.^{3c)} — Dagegen ist die Vergleichung mit dem älteren Rechte für das dogmatische Verständniß unserer gesetzlichen Erbfolge meistens ohne Werth. Denn diese hängt mit dem römischen Rechte (von einer äußerlichen Uebereinstimmung in §§. 757, 758 abgesehen) gar nicht, mit dem älteren deutschen Rechte höchstens (nach der herrschenden Lehre) durch den leitenden Gedanken des Parentelen-Systems zusammen. Nichts kann für die Rechtswissenschaft jener Zeit bezeichnender sein, als die Art und Weise, wie Horten die von ihm vorgeschlagene (in unser Gesetzbuch aufgenommene) Erbfolgeordnung motivirt. Kein Versuch einer geschichtlichen Anknüpfung, keine Berufung auf ein volksthümliches Rechtsbewußtsein, sondern nur apriorische Gedanken. Der Gesetzgeber müsse den Nachlaß denjenigen zuthellen, von denen er überzeugt ist, daß sie der Erblasser am meisten geliebt habe. Bei der Frage, welche Personen dies seien, „muß das Gesetz sich vorzüglich auf das Universum beschränken.“ Hinter dieser abgeshmactten Redensart steckt jener Gedanke, den wir in unseren Exkursen II. 1 S. 3 (oben) angedeutet haben. Andererseits berief sich Horten auf den „Grundsatz des natürlichen Rechtes *conserva te ipsum*“. Zunächst will der Mensch sein Individuum aufrecht erhalten und wird sein Vermögen dazu verwenden. Kann er dies nicht länger, so müsse man annehmen, daß er „dasjenige Ganze habe aufrecht erhalten wollen, wovon er ein Theil ist“. Nun ist dieses selbst Theil eines anderen Ganzen; „dieses letztere Ganze ist abermals ein Theil eines noch größeren Ganzen und so immer fort. Aus diesem folget, daß ein jeder Erblasser, da er ein Theil eines kleinen Ganzen ist, zugleich ein Theil aller derjenigen Ganzen sei, von welchen das erstere Ganze ein Theil ist.“ Auf diesem Wege kam er zur Parentelen-Ordnung (s. Harrasowsky IV S. 250 f. Note 3). Die durchgreifende Repräsentation aber eines vorgestorbenen Ascendenten durch seine Nachkommen begründete er so: Die Erbfolge der Seitenverwandten hänge im römischen Rechte von Zufälligkeiten ab; es könne dort geschehen, daß mit Uebergehung von Nachkommen eines Ascendenten der Nachlaß einer fremden Familie zufalle. Richtiger wäre es „das Haupt einer Familie als Canal anzusehen“ (Haupt und Canal!), „durch welchen die Erbschaft, die diesem Haupte von dem Gesetze gegeben wird, sämmtlichen Gliedern, die sich unter diesem Haupte mit dem Erblasser vereinigen, mittelbar zufließen solle“. (S. Harrasowsky a. a. D. S. 248.)

Aber auch die älteren österreichischen Gesetze bieten keine Anknüpfungspunkte, da noch die Gesetzgebung Kaiser Carl VI. (v. 1720 und 1729) sich an das Justinianische Recht anschließt, mit welchem das Pat. v. 1786 gänzlich gebrochen hat. Auch auf das böhmisch-mährische Recht, das noch auf den Codex Ther. Einfluß gehabt hatte, und das Recht der anderen Länder wurde principiell keine Rücksicht genommen. Da man sich so energisch gegen eine eigene Successions-Ordnung für Galizien ausgesprochen hatte, schien es consequent, über alle Partikularrechte achtlos hinwegzugehen.

Angeichts dieser Sachlage enthalten wir uns hier vorerst fast aller rechtsgeschichtlichen und rechtsvergleichenden Bemerkungen, und behalten solche für eine spätere Stelle vor. Dort werden wir es auch versuchen, die Licht- und Schattenseiten unserer

Landmannschaft erzeugten Kinder. Ebenso steht das Patent §. 24 ff. (Erbfolge des Ehegatten neben der von Verwandten, Erbunwürdigkeit) auf einem anderen Standpunkt als Horten's Entwurf.

^{3b)} Die Differenzen zwischen diesem G. B. und dem jüngst veröffentlichten Entwurf Martini's (Bd. V in Harrasowsky Der Cod. Ther. und seine Umarbeitungen) II. Thl., 16. Hptst. sind nur stylistischer Natur; die §§. 16, 18, 21, 23, 25 und 27 sind wörtlich übereinstimmend mit Westgal. G. B. II §§. 544, 546, 549, 551, 553 und 555.

^{3c)} Den Redactoren des Westgal. G. B. lag auch das Elaborat eines Ausländers vor, das belobt, belohnt und — nicht berücksichtigt wurde! — S. Harrasowsky V Bd. S. 141 f. Note.

Erbfolgeordnung gerecht zu würdigen. Denn es scheint uns zweckmäßig, zuerst dem Leser den vollständigen Ueberblick der geltenden gesetzlichen Erbfolge zu geben, bevor wir vergleichende und kritische Betrachtungen anstellen.^{3d)}

Ursprüngliche Völker haben keine Testamente. Auch hierin sind die Römer ein Ausnahmenvolk, daß ihre Testirfreiheit so alt ist, als ihre beglaubigte Geschichte.⁴⁾ Die Gründe dieser Erscheinung gehören nicht her, wohl aber die Bemerkung, daß es etwas spezifisch Römisches ist, die testamentarische Vererbung so energisch in den Vordergrund zu stellen, daß jede andere nach der negativen Thatsache „ab intestato“ bezeichnet wird, nicht nach dem positiven Delationsgrunde. Bei dem Umstände, daß die Privatrechtswissenschaft der Deutschen und vieler anderer Völker ganz abhängig von der der Römer ist, und noch mehr war, kann es nicht auffallen, daß auch heute sehr oft von der „Intestat-Erbfolge“ gesprochen wird, welcher nicht passende Sprachgebrauch vielen Schaden angerichtet hat.^{4a)} Denn nicht nur gab er, wie wir am Anfange dieses Bandes (S. 4—6) gezeigt haben, der Speculation über das ganze Institut des Erbrechtes eine falsche Richtung, sondern er hat auch zur unrichtigen Entscheidung von Fragen des positiven Rechtes verleitet^{4b)}, und noch heutzutage ist er der Hauptgrund, auf dem manche ungerechte Urtheile der Gerichte beruhen. Unsere Redactoren haben ihn vermieden und durch den (zwar nicht guten, aber doch weniger verwerflichen) Ausdruck „gesetzliche Erbfolge“ ersetzt. Aber von dem romanistischen Einflusse hatten sie sich nicht befreit, da auch die naturrechtliche Schule (zum Theile unbewußt) unter ihm stand (sie hatten eben fast keine anderen geschichtlichen Kenntnisse, als romanistische), und auf diesen Einfluß ist es zurückzuführen, daß in den Hauptstücken 9—12 von den Erklärungen des letzten Willens, und erst im 13. von der gesetzlichen Erbfolge gehandelt wird. Denn, obwohl dies wegen der praktischen Rangordnung der Delationsgründe nicht unrichtig und durch uraltes Herkommen gerechtfertigt ist⁵⁾, so verbanden doch die Redactoren mit dieser Reihenfolge eine unrichtige Vorstellung, die in dieser Verallgemeinerung auch gar nicht römisch ist. Sie gründeten alles Erbrecht auf den gewissen, oder zu vermuthenden, oder doch zu unterstellenden Willen des Erblassers.^{5a)} Dieser hat kein Testament gemacht, weil er mit der vom

^{3d)} Wir müssen ja doch immer auch an solche Leser denken, die den Gesetzesstoff noch nicht beherrschen, sondern sich erst aneignen.

⁴⁾ Vgl. Hofmann Kritische Studien S. 174 f.

^{4a)} Intestatus oder intestato mori ist allerdings richtig gesagt; aber die Ausdrücke delatio, successio, bonorum possessio ab intestato sind unbehülliche archaische Ausdrücke, die sich aus dem Wortlaute der bekannten, einem Solonischen Sage nachgebildeten Stelle der zwölf Tafeln erklären (vgl. Hofmann Kritische Studien S. 212) und unter dem Einflusse einer nationalen römischen Anschauung forterhalten haben. Für uns passen sie nicht; sie sind nicht viel besser, als wenn man statt „weibliches Geschlecht“ sagen würde „das nicht-männliche Geschlecht“.

^{4b)} S. Excursus II S. 78 ff., bes. S. 81. — Vgl. hier N. 17.

⁵⁾ L. 1 pr. D. si tabulae test. nullae 38. 6 (Ulpian. l. 44 ad edict.): Posteaquam praetor locutus est de bonorum possessione eius qui testatus est, transitum fecit ad intestatos, eum ordinem secutus, quem et lex XII tab. secuta est: fuit enim ordinarium, ante de iudiciis testantium, dein sic de successione ab intestato loqui.

^{5a)} Vgl. Cod. Ther. II Cap. XX §. 2 Nr. 7—9 (S. 374), bes. aber Horten's oben mitgetheilten Gedankengang. Zeiller läßt sich in seinem natürlichen Privatrecht auf die Frage darum nicht näher ein, weil er das Erbrecht überhaupt nicht für naturrechtlich begründet hält. Aber die Art, wie er diese letztere Streiffrage behandelt, zeigt, daß auch er, so gut wie die Gegner, das testamentarische Erbrecht für das begrifflich primäre hält; denn statt zu sagen: „das Naturrecht hat nicht das Institut des Erbrechtes“, sagt er (in der Absicht, dasselbe zu sagen), „daß alle Anordnungen auf den Todesfall ungültig seien“. Nur nebenbei sagt er §. 140 (S. 200): „Die Intestat-Erbfolge wird aus dem vermutheten Willen des Erblassers, die Erbschaft seinen nächsten Angehörigen zu verschaffen, gefolgert“; und §. 141 Anm. ***): daß im Staate „die ausdrücklichen oder aus wahrscheinlichen Gründen zu vermuthenden Verfügungen auf den Todesfall zu einer rechtmäßigen Erwerbungsart erhoben . . . werden sollen“. Im Commentar

Gesetzgeber aufgestellten Ordnung (gleichsam dem allgemeinen subsidiären Testamente) einverstanden ist; und andererseits verordnet der Gesetzgeber dasjenige, was der Verstorbene wahrscheinlich selbst verordnet hätte, wenn er seinen Willen überhaupt erklärt haben würde. Wie unrichtig, ja in ihrer naivsten Fassung kindisch, diese einst sehr verbreitete und noch immer nicht ganz beseitigte Vorstellung⁶⁾ ist, haben wir an einem anderen Orte eingehend gezeigt.⁷⁾ Es muß aber auch andererseits betont werden, daß jener Gedanke nicht schlechthin, sondern nur in dieser Allgemeinheit abzuweisen ist.⁸⁾ Denn sobald Jemand wirklich testirt hat („testirt“ im weit. S.), aber sich dabei auf einen Theil des Nachlasses, oder auf Aussetzung von Vermächtnissen, oder auf eine Modification der gesetzlichen Erbfolge durch Ausschluß eines Erben von derselben beschränkt, hat es allerdings einen guten Sinn, den Eintritt der gesetzlichen Erbfolge auf den Willen des Erblassers zurückzuführen. Der erste Fall ist der des *pro parte testari*, wo unsere Schriftsteller unpassend (s. unten) von „gemischter Erbfolge“ sprechen (§§. 554, 556, vgl. 562); der zweite Fall ist der des *Testat-Codicill*, wo auch schon die römischen Juristen die gleiche Anschauung haben⁹⁾, der dritte der des sog. negativen Testaments, welches den Römern durchaus fremd war und auch im heutigen gemeinen Rechte ungültig ist.¹⁰⁾ Bei uns sind solche Anordnungen (vom Volksmunde „Enterbungen“ genannt) statthaft; sie sind zwar nicht ganz selten, aber auch nicht häufig. (Ein instructives Beispiel in der Sammlung I Nr. 160.) Die Wissenschaft hat sich bisher mit ihnen nicht beschäftigt, wir widmen ihnen deshalb einen eigenen Excurs. (S. auch oben S. 538 f.)

Um die Zulässigkeit der negativen Testamente und die dispositive Natur des 13. Hauptstückes oder seine Stellung im System zu begründen, bedarf es nicht der Berufung auf jene naturrechtliche Theorie von dem vermuthlichen Willen des Erblassers; es genügt, zu sagen: Diese Ordnung des Nachlasses tritt ein, wenn nicht ein gegentheiler Wille des Erblassers rechtsgültig erklärt ist. Sogar ausdrücklich kann der Erblasser, selbst in testirfähigem Zustande, seinen abweichenden Willen

spricht er sich besonnener und richtiger darüber aus (s. hier N. 6). Im natürlichen Br. R. §. 141 Anm. **) referirt er: „Schlettwein Rechte der Menschheit (§. 141 und §. 258) bestreitet die Gültigkeit der Testamente nach dem Naturrechte, nimmt aber eine natürliche Erbfolge der Familie aus dem Miteigenthum an“ — eine überraschende Ahnung des wahren geschichtlichen Zusammenhangs, der dann von Gans so ausführlich dargelegt worden ist. Den Gedanken des Miteigenthums nimmt im Commentar II S. 719 auch Zeiller an, unmittelbar nachdem er alles Erbrecht auf den vermutheten Willen des Erblassers zurückgeführt hat!

⁶⁾ Sie ist bei unseren Commentatoren die vorherrschende. Winwartner III S. 278: „Die Testat-Erbfolge ersetzt oder ergänzt die Willenserklärung des Erblassers, indem sie jene zur Erbschaft beruft, welche der Erblasser wahrscheinlich bedacht haben würde, wenn er eine letztwillige Anordnung gemacht hätte“ — und nochmals S. 280. Aehnlich Hüttner S. 96, Stubenrauch zu §. 727 ff. B. 7; vorsichtiger Zeiller II S. 383: „In Abgang dieser Erklärungen bestimmt das Gesetz die Erbfolge, theils nach dem vermutheten Willen des Eigenthümers, theils nach politischen Gründen.“ Auf S. 718 aber fällt er ganz in die falsche Vorstellung zurück. Es werde vom Gesetze „auf den vermutheten Willen des Erblassers Rücksicht (genommen), wodurch auch die gesetzliche Erbfolge dem, das ganze Erbrecht beherrschenden, allgemeinen Grundsatz: daß der Wille des Erblassers befolgt werden soll (§. 534), untergeordnet ist.“ Wenige Zeilen später (S. 719) folgt wieder eine ganz andere Begründung! — Bekämpft wird jene naturrechtliche Ansicht von Basevi §. 727 nr. 2, während sie, u. zw. in ihrer crassesten Gestalt, noch in einem 1881 veröffentlichten Vortrage des Dorpater Professors Erdmann („Der Tod im Rechte“) vertreten wird.

⁷⁾ Excursus II S. 1—6.

⁸⁾ Wir haben dies schon an verschiedenen Stellen dieses Werkes angedeutet.

⁹⁾ L. 8 §. 1 D. de iure codic. 29. 7 (Paulus): Sed ideo fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus; quoniam creditur paterfamilias sponte sua his relinquere legitimam hereditatem.

¹⁰⁾ Götschen Vorlesungen V S. 22.

erklärt haben, und doch bleibt es bei der gesetzlichen Erbfolge, wofern es nämlich dieser Willenserklärung an der vorgeschriebenen Form fehlt. Damit ist die gänzliche Unhaltbarkeit jener Theorie erwiesen.¹¹⁾

Die römischen Juristen sagen: „So lange eine Beerbung aus dem Testamente auch nur möglich ist, tritt die andere Delation nicht ein.“¹²⁾ Da nun in Oesterreich der Satz „nemo pro parte.“ nicht gilt (§. 534), so fügen wir hinzu: „So lange und soweit . . .“, m. a. W. hinsichtlich jenes Theiles des Nachlasses, der nicht gültig und wirksam vergeben ist, tritt die sog. Intestat-Erbfolge ein, weil eben über ihn nicht testirt ist.¹³⁾ Die Intestat-Erbfolge tritt also in manchen Fällen für den ganzen Nachlaß, in anderen nur für einen Theil des Nachlasses ein; von beiden handeln die §§. 727, 728. Will man neben der „testamentarischen, vertragsmäßigen und gesetzlichen Erbfolge“ noch von einer „gemischten“ reden, nämlich dort, wo zwei oder drei Delationsgründe neben einander wirksam werden (§. 534), so ist dies harmlos, wenngleich nicht logisch. Denn nicht die „Erbfolge“, sondern genau genommen die „Verufung“ ist entweder testamentarisch oder vertragsmäßig oder gesetzlich, und eine „gemischte“ Verufung gibt es nicht, sondern es kann die gesetzliche neben der testamentarischen, diese neben der vertragsmäßigen oder alle drei neben einander eintreten. Völlends verkehrt ist es, die gesetzliche Erbfolge in „eine reine und eine gemischte“ einzutheilen, wie nach Zeiller's Vorgang (§. 727 ff. Z. 4) alle

¹¹⁾ Ohne Zweifel denkt Unger über diese naturrechtliche Theorie ebenso wie wir (s. Erbrecht, Einleitung Anm. 1 und §. 4 Anm. 1). Wenn gleichwohl §. 30 so geschrieben ist, daß ihn auch Zeiller geschrieben haben könnte, so spricht dort Unger gewiß *ex anima tertii*; er reproducirt den Gedankengang der Redactoren. Aber die Anm. 3 zeigt, daß der Verf. diesen Gedankengang als einen für uns durchaus maßgebenden ansieht, während er doch sonst gegen falsche theoretische Vorstellungen der Redactoren weniger nachgiebig ist. Daß zuweilen jener Gedanke (der Erblasser habe absichtlich die gesetzliche Erbfolge eintreten lassen) richtig ist, gehen auch wir zu, und das allerdings hat Stubenrauch in der dort citirten Stelle verkannt.

¹²⁾ L. 39 D. de acquir. v. om. hered. 29. 2: Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur. L. 89. D. de R. J. Quamdiu possit valere testamentum, tamdiu legitimus non admittitur. L. 8. Cod. commun. de success. 6. 59: . . . testamentariae successiois spe durante intestati bona defuncti non recte vindicentur. Damit ist natürlich die vage Möglichkeit, daß eine Testamentsurkunde doch noch gefunden werden könnte, nicht gemeint; s. Nippel V S. 2; aber auch Pat. v. 9. Aug. 1854 §. 39 Z. 7, §§. 40–42, §. 180.

¹³⁾ Unger §. 29 Anm. 2 sagt: „Der Name 'Intestat-Erbfolge' paßt für das österr. Recht (§. 534) nicht genau; vgl. Schirmer S. 125 Note *.“ Daß und warum jener Name besser vermieden würde, haben wir oben gesagt; aber nicht daran denkt Unger, sondern (wie das Allegat des §. 534 zeigt) daran, daß die gesetzliche Erbfolge auch im Falle eines gültigen Testaments eintreten kann. Sie tritt aber dann nicht für den Theil ein, über welchen bestimmt ist, sondern nur für den, über welchen nicht bestimmt ist. „Intestat-Erbfolge“ ist nicht bloß diejenige, welche eintritt, wenn der Erblasser nicht testirt hat, sondern diejenige, welche sich nicht auf eine letztwillige Verfügung (im weit. S.) gründet. Nur dann wäre Unger's Tadel zutreffend, wenn man die in solchem Falle „eintretende Erbfolge überhaupt“ Intestat-Erbfolge nennen wollte (s. Unger's Bemerkung am Ende der Anm. 2). Aus diesem Gesichtspunkte ist u. E. der Ausbruch nicht zu beanstanden, und die römischen Juristen würden, wenn §. 534 bei ihnen gegolten hätte, ihn gleichwohl unbedenklich angewendet haben. Dies zeigt L. 6 D. de legitim. tutor. 26. 4. (Paulus l. 38 ad edictum): Intestato parente mortuo adgnatis defertur tutela. „Intestatus“ autem videtur non tantum is, qui testamentum non fecit etc. Der von Unger citirte Schirmer betont übrigens, daß der Name „Intestat-Erbfolge“ darum heute nicht mehr genau passe, weil nicht nur die Abwesenheit eines Testaments, sondern auch eines Erbvertrages vorausgesetzt werde (vgl. auch Roth Bayrisches Civilrecht III §. 297 N. 1); dieses Argument kann aber gerade Unger am wenigsten gelten lassen. Wie wenig ängstlich die Römer das Wort „intestatus“ selbst in persönlicher Beziehung auf den Erblasser gebraucht haben, zeigt L. 64 D. de V. S. (aus Paul. l. 67 ad edict.): „Intestatus“ est non tantum qui testamentum non fecit, sed etiam cuius ex testamento hereditas adita non est. Um so weniger ist das Wort in der Zusammen-
setzung „Intestat-Erbfolge“ eng zu nehmen.

älteren österreichischen Commentatoren thun.¹⁴⁾ Die Fälle, die sie unter der einen, und die sie unter der anderen begreifen, werden wir bei §§. 727, 728 kennen lernen.

Eine andere, in der älteren Theorie ganz allgemeine, und auch heute noch sehr verbreitete Vorstellung ist die, welche in der Eintheilung der Rechte in „unmittelbar gesetzliche“ und andere (mittelbar gesetzliche) Ausdruck findet. Sie spielte auch in der Lehre von den zeitlichen Grenzen der Anwendbarkeit der Rechtsnormen eine große Rolle. Zu der ersten Kategorie zählte man auch das Intestat-Erbrecht, und Viele können sich noch heute von dieser Ansicht nicht trennen.^{14a)} Und doch ist sie falsch. Unmittelbar aus dem Gesetze fließen nur die eigentlichen Privilegien im subj. S. (s. Bd. I bei §. 13). Die testamentarische Erbfolge gründet sich genau ebenso auf das Gesetz, wie die anderen¹⁵⁾; und das eine Erbrecht fließt so wenig unmittelbar aus dem Gesetze, wie das andere; überall vermittelt eine concrete Thatsache die Berufung: dort das Testament, hier die Verwandtschaft oder das Gattenverhältniß.¹⁶⁾ Wenn hienach auch der Ausdruck „gesetzliche Erbfolge“ unpassend ist, so wird er sich doch, weil althergebracht, so wenig verdrängen lassen, als der noch viel unpassendere „Intestat-Erbfolge“. Richtig ist der Ausdruck: „Familien-Erbfolge“ oder: „Verwandten- und Gatten-Erbfolge“, weil diese Ausdrücke auf den Delationsgrund hinweisen, also dem Ausdruck „testamentarische Erbfolge“ parallel gehen.¹⁷⁾

Manche unserer Schriftsteller¹⁸⁾ sprechen von einer „gesetzlichen Erbfolge im weit. S.“, welche auch das Notherbrecht mitumfassen soll, so daß „gesetzliche E.“ und „Intestat-E.“ nicht synonym wären. Dieser Sprachgebrauch ist aber gerade für das österreich. Recht nicht passend (s. bei §. 729). Andere Eintheilungen und Unterscheidungen unserer Schriftsteller sind: 1) Ordentliche und außerordentliche

¹⁴⁾ Auch die italienischen, s. z. B. Castelli III p. 135 (la successione legitima pura e mista). — S. dagegen auch Unger §. 29 Anm. 2 a. E.

^{14a)} Von den Älteren s. z. B. Hüttner S. 95, Winwarter III S. 277: „Gesetzliche Erbfolge heißt diejenige, welche ihren Grund unmittelbar in der gesetzlichen Verfügung hat.“ Noch unrichtiger unter den Neueren Baron Pandekten §. 390: „Die Delation kann geschehen a) durch ein Testament, b) durch das Gesetz.“

¹⁵⁾ L. 130 D. de V. S. Lege obvenire hereditatem non improprie quis dixerit et eam, quae ex testamento defertur, quia lege XII. tab. testamentariae hereditates confirmantur. (Ulpian.) Cf. L. 88 §. 17 D. de leg. II: ... pro iure legitimo haberi debet hominis sani voluntas. Zum gültigen Testamente gehört auch die „legitima testamenti factio“ (L. 35 pr. Cod. de inoffic. test. 3. 28), der „legitimus testium numerus“ (Gaius II §. 109) u. s. w.

¹⁶⁾ Dies übersieht selbst Windscheid III §. 529 Note 1, so richtig er den anderen Punkt (s. hier die vorige N.) hervorhebt. Ganz ähnlich wie Windscheid äußert sich schon Hüttner S. 95 Note: „Gesetzlich in dem Sinne, daß sie unmittelbar in dem Gesetze gegründet ist, nicht aber als ob die anderen Erbfolgearten ungesetzlich wären, indem auch die testamentarische und vertragsmäßige von den Gesetzen gebilligt sind und nur unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften gültig Statt finden können. Ich unterscheide daher mit Glück ... zwischen rechtmäßiger (oder vielleicht besser gesetzmäßiger) und gesetzlicher Erbfolge. Jede Erbfolge muß den Gesetzen gemäß geschehen, aber nicht jede gesetzmäßige E. ist die gesetzliche.“ — Gegen das „unmittelbar“ ist zu bemerken: das Gesetz beruft einmal den, der in einem so beschaffenen Testamente eingesetzt ist, das andere Mal den, der in einer so beschaffenen Familienbeziehung zum Verstorbenen gestanden hat.

¹⁷⁾ Es kann nicht oft genug betont werden, daß es unumgänglich ist, jene falschen durch diese richtigen Vorstellungen über den Delationsgrund zu ersetzen, wenn man über gewisse Beweisfragen Klarheit gewinnen will. Nebenbei gesagt, hätte man die von uns (in dem in Note 4b cit. Excursus) bekämpften Irrthümer nicht begangen, wenn man folgende Stelle aus Zeiller (II S. 715 Z. 2) beachtet hätte: „Für die gesetzlichen Erben freitet aus dem Gesetze die Vermuthung; doch nur so lange, bis der Beweis vorliegt, daß der Erblasser eine Erbeseinsetzung zurückgelassen hat.“ So schief damit das Verhältniß zwischen den beiden Berufungen ausgedrückt ist, so ist damit doch anerkannt, daß die gesetzlichen Erben nicht die Abwesenheit (bez. Unechtheit) eines Testaments, sondern die angeblich Eingesetzten dessen Vorhandensein (die Echtheit) zu beweisen haben.

¹⁸⁾ Z. B. Stubenrauch bei §. 727 ff. Z. 2.

Erbfolge, erstere nach §. 730 ff., letztere nach §. 752 ff., 757 ff.¹⁹⁾ Mit Recht haben sich die Späteren dagegen erklärt.²⁰⁾ Treffend bemerkt Unger, daß ja doch die Erbfolge der Legitimierten oder gar des Ehegatten nichts Außerordentliches ist, das etwa nur unter besonderen Voraussetzungen eintrete. 2) „Allgemeine und besondere E.“ Von letzterer spricht man dort, wo Abweichungen vom regelmäßigen Recht eintreten (bei Geistlichen, früher beim Bauernstande).²¹⁾ Winivarter gebraucht hiefür die Ausdrücke „ordentliche und außerordentl. Intestat-E.“ 3) Nachfolge in das freivererbliche und in das nicht-freivererbliche (gebundene) Vermögen (bes. Lehen, Fideicommiss); s. oben S. 12, 13 und Excurse II S. 186 ff.

Inhalt und Gliederung des 13. Hauptstücks ergeben sich aus den Marginalnoten. Nach drei einleitenden §§. wird I. die Erbfolge der ehelichen Verwandten behandelt (§§. 730—751), II. das Erbrecht der legitimierten, III. der unehelichen, IV. der Wahl-Kinder (II—IV = §§. 752—755); V. das „Erbrecht der Eltern in Rücksicht der in den §§. 752—754 erwähnten Kinder“ (§. 756); VI. das Erbrecht des Gatten (§§. 757—759). Unsere Schriftsteller sprechen in Folge dessen (nicht ganz passend) von „sechs Classen“ von Intestat-Erben; da nun die erbberechtigten ehelichen Verwandten in „sechs Linien“ (d. h. Parentelen) eingetheilt sind, so sehen sich jene Schriftsteller zu der (vom Sprachgebrauche abgesehen, richtigen) Bemerkung veranlaßt: man dürfe nicht die sechs Classen und die sechs Linien verwechseln; die nähere Linie schließt alle entfernteren aus, wohingegen die verschiedenen Classen neben einander erben können.²²⁾ — Die Schlußparagraphen (760, 761) handeln von den erblosen Verlassenschaften und den Abweichungen von der allgemeinen Erbfolgeordnung.

Im übrigen mögen zur allgemeinen Charakteristik des Systems unserer Intestat-Erbfolge hier vorläufig diese Sätze genügen: Auf die Beschaffenheit und Herkunft des Vermögens (wenn es nur frei vererblich ist) kommt nichts an, m. a. W. es wird zwischen beweglichem und unbeweglichem, erworbenem und ererbtem Vermögen, zwischen bona paterna und b. materna kein Unterschied gemacht²³⁾ — also ebenso wie nach preuß. L. R. II 2 §. 499, aber anders als in vielen älteren deutschen Rechten. Vom römischen Rechte (dem R. vor Nov. 118) ist das unsere ebenfalls sehr verschieden, da es bei uns weder Sinität noch Agnation gibt, daher väterliche Gewalt und Geschlecht²⁴⁾ gleichgültig sind, sowohl auf Seiten des Erblassers, als des Erben, als der die Verwandtschaft vermittelnden Person.²⁵⁾ Die wichtigsten Unterschiede vom Justinianischen (gemeinen) Rechte sind: Geschwister erben nicht als solche, sondern nur als Repräsentanten der Eltern; also gar nicht, wenn beide am Leben sind (während sie nach Nov. 118 neben ihnen erben). Halbbrüder erben nicht hinter, sondern neben den vollbrüderigen. Die Verwandten sind nicht unbeschränkt berufen (s. §. 751). Der Gatte erbt neben den Verwandten. Die hauptsächlichsten Erben sind aber die ehelichen Verwandten, von denen sechs Parentelen

¹⁹⁾ So z. B. Zeiller, Nippel, Hüttner.

²⁰⁾ So Winivarter III S. 278 f. und Note 1; Unger §. 30 Anm. 2.

²¹⁾ Vgl. Unger §. 88 ff. (die Ueberschriften); Stubenrauch §. 5. Die Marginalrubrik zu §. 761 lautet richtig: „Abweichungen von der allgemeinen Erbfolgeordnung.“

²²⁾ Winivarter III S. 280; Stubenrauch §. 8.

²³⁾ Paterna paternis, materna maternis, d. h. das von der Vaterseite herührende (unbewegliche) Vermögen sollen die Verwandten dieser Seite bekommen, und umgekehrt — ist ein Grundsatz, der sich in vielen deutschen Rechten findet, aber dem heutigen österreichischen wie dem römischen Rechte fremd ist (eine Ausnahme im spätrömischen, d. h. byzantinischen Rechte s. bei Arndts §. 417 Z. 1 und 4, Note d und h). — Ueber jenes „Fallrecht“ (ius recadentiae oder revolutionis) s. Stobbe Handbuch V S. 105, Gengler Deutsches Privatrecht in f. Grundzügen (3. Aufl.) S. 648 f. Dieser glaubt, daß sich das Fallrecht vom Frankenslande aus verbreitet habe, was uns nicht wahrscheinlich vorkommt. Mehr davon in den Exkursen.

²⁴⁾ Daß auf das Alter nichts ankommt, ist vollends selbstverständlich.

²⁵⁾ Vgl. etwa Stubenrauch §. 8.

so berufen sind, daß die nähere die entfernteren ausschließt, so daß also Personen, die zu verschiedenen Parentelen gehören, niemals mit einander (neben einander) erben können. Das Nähere über die Ordnung und die Verteilung wird bei §. 730 dargestellt werden. Die uneheliche Verwandtschaft findet (im Unterschiede vom römischen Rechte) nahezu keine Berücksichtigung; die Behandlung der Unehelichen ist eine sehr harte (s. §. 754). — Ein durchgreifender Grundsatz ist einmal der der Repräsentation des vorverstorbenen Verwandten durch seine ehelichen Descendenten (worüber bei §. 732); dann der der Reciprocität der Erbanwartschaft, d. h. wenn A Erbe des B werden könnte, so könnte bei anderer Sachlage B Erbe des A sein; kann A niemals Erbe des B werden, so kann auch B niemals den A beerben, wobei aber wohlgemerkt nicht von den persönlichen Eigenschaften (Erbsfähigkeit, Erbunwürdigkeit), sondern von dem Familienbände als dem Delationsgrund die Rede ist. Von diesem Grundsatz der gegenseitigen Erbanwartschaft giebt es nur eine Ausnahme: bei dem Adoptiv-Verhältnis, s. §§. 755, 756 a. E.

Fälle der gesetzlichen Erbfolge.

§. 727.

Wenn der Verstorbene keine gültige Erklärung des letzten Willens hinterlassen; wenn er in derselben nicht über sein ganzes Vermögen verfügt; wenn er die Personen, denen er kraft des Gesetzes einen Erbteil zu hinterlassen schuldig war, nicht gehörig bedacht hat; oder, wenn die eingesetzten Erben die Erbschaft nicht annehmen können oder wollen; so findet die gesetzliche Erbfolge ganz oder zum Theile Statt.

§. 728.

In Ermangelung*) einer gültigen Erklärung des letzten Willens fällt die ganze Verlassenschaft des Verstorbenen den gesetzlichen Erben zu. Ist aber eine gültige Erklärung des letzten Willens vorhanden; so kommt ihnen derjenige Erbteil zu, welcher in derselben Niemanden**) zugeadcht ist.

I. Redaction. Das Patent vom 11. Mai 1786 (J. G. S. Nr. 548)¹⁾ beginnt so: „Zum gemeinschaftlichen Besten unserer Unterthanen wird in den gesammten Deutschen Erbländern eine allgemeine, für alle Stände ohne Unterschied gleiche Ordnung der gesetzlichen Erbfolge (successionis ab intestato) des frey vererblichen Vermögens eingeführt.“ Dann folgt

§. 1. Wenn Jemand stirbt, der nach Vorschrift des Gesetzes über sein Vermögen keine Anordnung gemacht hat, soll dasselbe denjenigen zufallen, die zur Zeit seines Todes seine nächsten Verwandten sind.

§. 2. Diese Erbfolge soll bei allen in den vorgenannten Ländern offen werdenden Erbschaften dergestalt die Nichtschnur abgeben, daß das hinterlassene Vermögen denjenigen allezeit zufalle, welche nach Anordnung dieses Gesetzes die nächsten sind; sie mögen nun Einwohner eben dieser Erbländer, Unterthanen aus anderen Staaten, oder auch erbsfähige Ausländer sein.

Der erste dieser §§. war sehr mangelhaft.^{1a)} Denn a) der Gedanke, daß rechtlich nichtige Testamente so gut wie keine sind, daß es gleichgültig ist, ob kein oder kein gültiges Testament da sei, findet in dem ersten Relativsatz keinen glücklichen Ausdruck. b) Der Fälle der sog. gemischten Erbfolge wird gar nicht gedacht, und doch wäre anzudeuten gewesen, ob der Satz Nemo pro parte gelten solle oder nicht. c) „Nächste Verwandte“ ist ein irreführender Ausdruck; allerdings wird er im folgenden §. näher bestimmt. d) Auch

*) J. G. S.: „Ermanglung“.

***) J. G. S.: „niemanden“.

1) Auf den ersten Band der J. G. S. folgen zwei dünne Hefte, welche separat paginiert und separat ausgegeben sind. Im zweiten (in der „zweiten Fortsetzung der Gesetze und Verfassungen im Justizfache“) S. 44 ff. steht unser Patent.

1a) Etwas besser ist die Textirung in Horten's Entwurf (Cod. Ther. Bd. IV)

paßt dieser Ausdruck nicht auf den überlebenden Gatten. — Das Wort „allen“ im zweiten §. bezog sich kaum auf die Gleichstellung der Stände (da dieser Gedanke schon im Eingange ausgesprochen ist und auch in §. 27 wiederkehrt, indem „von nun an alle sowohl über die gemeine Erbfolge, als über die Erbfolge der Landstände bisher bestandenen Gesetze gänzlich für aufgehoben“ erklärt werden), sondern auf die sofortige Anwendbarkeit des Patentes auf alle in seinem Geltungsgebiet sich ereignenden Erbfälle. Die in dem früheren Rechte gegründeten einfachen Anwartschaften waren keine iura quassita. Wer Erblasser sei, war nicht gleichgültig, wohl aber in der Regel, ob der Erbe ein Oesterreicher war oder nicht.^{1b)} Die Dreitheilung erklärt sich daraus, daß nicht alle Länder des habsburgischen Reiches zu den „deutschen Erbländern“ gehörten (Italien, Belgien, Ungarn u. s. w.); sie werden hier „andere Staaten“ genannt. Im Westgal. G. B. ist die Dreitheilung anders gefaßt. Der §. 532 lautet: „Es macht in Ansehung der gesetzlichen Erbfolge keinen Unterschied, ob die nächsten Verwandten Einwohner der deutschen Erbländer, ob sie Unterthanen aus einem andern Theile des österreichischen Staates, oder ob sie erbfähige Ausländer sind.“ Wir dürfen hier den historisch-politischen Betrachtungen nicht nachgehen, zu denen diese Ausdrucksweise anregt. — Zeiller (S. v. 13. August 1804) wollte für „nächste Verwandte“ setzen: „die gesetzlichen Erben“. Es wurde aber mit Stimmenmehrheit beschlossen, den ganzen §. (532) wegzulassen.

Die Vorlage für §. 727 war §. 529 Westgal. G. B. II; er lautet:

Wenn d. B. kein gültiges Testament errichtet, wenn er in dem errichteten Testamente nicht . . . verfügt, oder die Personen, . . . bedacht hat: so findet die gesetzliche E. ganz oder zum Theile statt.²⁾

Die Fac. Wien wollt am Anfange auch den Erbvertrag erwähnen, das oberösterreich. App. Ger. am Ende anfügen: „oder endlich die eingesetzten Erben die Erbschaft nicht annehmen können oder wollen.“ Zeiller bemerkte: Man dürfe nicht sagen: „Wenn . . . in dem Erbvertrage nicht über das ganze Vermögen verfügt . . .“, da $\frac{1}{4}$ immer frei bleibe; andererseits solle man auch nicht mit dem Entwurfe sagen „wenn er in dem Testamente nicht über sein ganzes Vermögen verfügt“; denn wenn theils durch Erbvertrag, theils durch Testament über das ganze Vermögen verfügt sei, so komme es ja auch nicht zur Intestat-Erbfolge. „Errichtet“ sei auch ungenau, man könne ein Testament errichtet und wieder aufgehoben haben. Der vom oberöstr. App. Ger. gewünschte Zusatz sei unnöthig. Den Punkt, der sich auf die Pflichttheilsverletzung bezieht, wollte Zeiller (mit Recht!) weglassen. Allerdings könne es [§. 778] zur Intestat-Erbfolge kommen, dann aber sei das Testament ungültig, wovon am Eingange die Rede sei. Wo aber bloß der Anspruch auf den Pflichttheil besteht, entspricht diesem eine Schuld des Erben; hier trete also auch nicht theilweise eine gesetzliche Erbfolge ein. Er schlug einen Text vor, der sich von dem jetzigen durch Weglassung des 3. und 4. Falles unterschied. Aber Sonnenfels opponirte. Man müsse alle Punkte genau aufzählen, „weil man es in Gesetzen nicht auf Erklärungen und Schlussfolgerungen ankommen lassen müsse“. Er billigte das Wiener Monitum, und widersprach auf das entschiedenste dem Ref., der „dem Notherben sein Erbrecht, die Eigenschaft eines Erben entziehen, und ihn nur als Schuldner (soll heißen: Gläubiger) betrachten wolle“. Das sei wegen des Anwachsungsrechtes, der Abhandlungsgebühren u. s. w. wichtig. Ihm stimmte Schmidfeld bei. Aichen Ehrenberg, Pitreich, Orlandini billigten das Amendement Zeiller's, daß man

1b) Vgl. Horten's Entw. §. 2: „. . . so soll sie demjenigen zugesprochen werden, der nach diesem Unserem Gesetze der Nächste ist, obwohl er nach den Gesetzen seines Vaterlandes nicht der Nächste wäre, oder auch von dem alda gelegenen Theile der Erbschaft ausgeschlossen würde.“

2) Im übrigen wörtlich wie §. 727; der Hauptunterschied besteht also darin, daß der vierte Fall noch nicht erwähnt war.

„den sowohl ein Testament als einen Erbvertrag in sich schließenden Ausdruck: gültige Erklärung gebrauchen“ solle; im übrigen aber waren sie gegen ihn, nämlich für Beibehaltung des Punktes 3 und Aufnahme des Punktes 4. Mit Stimmenmehrheit wurde der jetzige Text beschlossen. So siegte das Votum des berühmten, aber nicht fachverständigen Mannes (das Privatrecht war nicht Sonnenfels' starke Seite) über das des einsichtigeren Referenten. Wie sehr dieser Recht hatte, wird aus der Darstellung des sog. Notherbrechtes sich von selbst ergeben und schon bei §. 729 angedeutet werden.

Der folgende §. (728) fehlte im Patent; im Westgal. G. B. (§. 530) lautet er so:

In Ermanglung eines gültigen Testaments fällt nämlich die . . . seinen nächsten Verwandten zu. Ist aber ein gültiges T. vorhanden; so kommt ihnen . . . demselben Niemanden zugedacht worden ist.

Auch hier entschied man sich (S. v. 13. August 1804) für den allgemeinen Ausdruck „Erklärung des letzten Willens“. Statt „nächste Verwandte“ wurde auf Zeiller's Antrag einstimmig beschlossen zu setzen „gesetzliche Erben“, und überhaupt der jetzige Text festgestellt.

II. Ueberblick. Die §§. 726—729 gehören nach der Vorstellung der Redactoren zusammen; in §. 727 werden vier Fälle aufgezählt, in den anderen drei §§. wird gesagt, was in diesen Fällen zu geschehen habe. a) „Wenn der Verstorbene keine gültige Erklärung . . . hinterlassen hat“ (§. 727), so „fällt die ganze Verlassenschaft . . . den gesetzl. Erben zu“ (§. 728a). b) „Wenn er in derselben nicht über sein ganzes Vermögen versüget“ (§. 727), „so kommt ihnen derjenige Erbtheil zu“ u. s. w. (§. 728b). c) Wenn er die Notherben nicht gehörig bedacht hat (s. §. 727 med.), so gilt §. 729. d) „Wenn die eingesetzten Erben die Erbschaft nicht annehmen können oder wollen“ (§. 727 i. f.), so kommt §. 726 zur Anwendung, der darum an's Ende des 12. Hptstcks. gestellt wurde, weil er das Bindeglied zwischen dem 12. und 13. Hptstck. ist.

III. Die gesetzliche Erbfolge tritt hinsichtlich des ganzen Nachlasses ein³⁾: 1) „wenn kein Testament oder gültiger Erbvertrag (§. 1249), folglich keine Erbesetzung vorhanden“ ist⁴⁾); 2) „wenn, was auf das Nämlische hinausgeht⁵⁾, das Testament oder der Erbvertrag, wenigstens in Hinsicht der Erbesetzung, aus Mangel der inneren oder äußeren Form⁷⁾ ungültig ist (§§. 564—601)“. 3) Es

³⁾ Von den österr. Commentatoren unpassend sog. reine gesetzliche E.

⁴⁾ Da Zeiller's Darstellung (S. 716 f.) allen folgenden zur Grundlage gedient hat, legen auch wir sie theilweise zu Grunde, um daran ergänzende und kritische Bemerkungen zu knüpfen.

⁵⁾ Hüttner S. 97 schaltet hier den unglückseligen Satz zur vermeintlichen Ergänzung Zeiller's ein: „Daß der Verstorbene selbst kein Testament gemacht habe, ist noch nicht genug; es muß ihm auch keine Person, die, wie z. B. die Eltern bei der pupillarischen Substitution (§. 609), dazu berechtigt war, ein Testament gemacht haben.“ Dies ist ein sehr grober error iuris, bei einem sonst so tüchtigen Autor unbegreiflich. Gar Niemand ist in Oesterreich berechtigt, statt eines Anderen ein Testament zu machen; eine pupillarische Substitution gibt es nicht (s. bei §. 609 b. G. B. und schon Cod. Ther. II Cap. XIII §. 1 Nr. 5 ff., Horten's Umarbeitung II. 11 §. 4); und was soll vollends das „z. B.“? Ist etwa auch an die gesetzlichen Vertreter gedacht? Dagegen s. oben S. 101 (über ihre Mitwirkung bei Erbverträgen s. §. 1250). Rippel V S. 3, der die Unrichtigkeit jenes Satzes mehr fühlte als einsah, aber sich von seiner Vorlage (Hüttner) nicht weit entfernen wollte, stylisirt etwas vorsichtiger. Er sagt nicht: A hat für den B ein Testament gemacht, sondern: er hat ihn verpflichtet, das von ihm herrührende Vermögen „nach seinem Tode bestimmten Personen zu überlassen“. Auch dies ist falsch; denn dann wird hinsichtlich dieses Vermögens nicht B, sondern A beerbt; und vollends ist es sonderbar, von einer „reinen gesetzl. E.“ nach dem B zu reden!

⁶⁾ Zeiller will sagen: ein ungültiges Testament ist für das Recht eben kein Testament.

⁷⁾ Ueber diesen unpassenden veralteten Sprachgebrauch s. oben S. 58.

war ein gültiges Testament vorhanden, ist aber nachträglich ungültig geworden: a) durch Widerruf (der aber natürlich beim Erbvertrag nur mit Willen beider Theile erfolgen kann), vorausgesetzt, daß keine andere Anordnung an die Stelle gesetzt wurde⁸⁾; b) wenn der einzige Notherbe aus Irrthum übergangen wurde (bez. alle so übergangen wurden): §. 778; c) wenn der kinderlose Erblasser nach der letztwilligen Erklärung einen Notherben bekommt, für welchen nichts vorgesehen war: §. 778.⁹⁾ — 4) Das gültig errichtete Testament wird nicht sowohl ungültig, als unwirksam (ver-eitelt, t. destitutum oder desertum), indem „alle eingesetzten Erben (mit Einschluß der Nacherben) die Erbschaft nicht annehmen, oder nicht annehmen können (§. 726)“.¹⁰⁾

Vgl. mit dieser Uebersicht folgende römische Stellen: pr. J. de hered. quae ab intest. def. 3. 1: „Intestatus“ decedit, qui aut omnino testamentum non fecit aut non iure fecit, aut id, quod fecerat, ruptum irritumve factum est, aut nemo ex eo heres exstitit. L. 1 pr. D. de suis et legitimis hered. 38. 16 (Ulp. l. 12 ad Sab.): „Intestati“ proprie appellantur, qui, cum possent testamentum facere, testati non sunt. Sed et is, qui testamentum fecit, si eius hereditas adita non est, vel ruptum vel irritum est testamentum, „intestatus“ non improprie dicitur decessisse. Plane, qui testari non potuit, proprie non est intestatus, puta impubes furiosus vel cui bonis interdictum est. . .“ Man sieht hieraus, daß die Römer das Wort „intestatus“ bald in einem engeren, bald in einem weiteren Sinne gebraucht haben. Vgl. die oben (S. 679 N. 13) abgedruckte L. 64 D. de V. S. (Paul.); ferner L. 1 §. 8 D. si tab. test. nullae 38. 6.

IV. Die gesetzliche Erbfolge tritt nur für einen Theil des Nachlasses ein (sog. gemischte Erbfolge): 1) „wenn die Erbeinsetzung sich nicht auf die ganze Erbschaft erstreckt, folglich der übrige Theil den gesetzlichen Erben zufällt (§. 534, §. 713)“¹¹⁾; 2) wenn die Erbeinsetzung zwar auf die ganze Erbschaft lautet, aber, weil in einem Erbvertrage enthalten, hinsichtlich eines Viertheils unwirksam ist, zufolge der singulären Anordnung des §. 1253¹²⁾; 3) wenn die Erbeinsetzungen zwar zusammen auf die ganze Erbschaft lauten, aber hinsichtlich der Hälfte (oder eventuell

⁸⁾ Vgl. Hüttner S. 98 Z. 3. — Zeiller hat diesen Fall in der Commission erwähnt und dennoch im Commentar weggelassen; wahrscheinlich, weil er dachte, „ein widerrufenes Testament ist eben ungültig“, und weil sein Bestreben sichtlich dahin geht, alle Fälle auf einen einzigen (nullum testamentum) zurückzuführen. Aber offenbar stehen der Subsumirung unseres Falles unter seine lit. b die Worte „aus Mangel der inneren und äußeren Form“ entgegen.

⁹⁾ Hüttner a. a. D. — Zeiller macht dazu die Bemerkung: „ein Fall, der auf den vorigen in b) zurückgeführt werden könnte: §. 570“. Er will damit sagen: „das Testament ist wegen Irrthum ungültig“. Aber dies ist insoferne ungenau, als a) die positive Satzung des §. 778 manche sonst noch nöthige factische Untersuchung und Ermägung abschneidet; als ferner b) nicht nothwendig der ganze Inhalt des Testaments zerfällt (§. 778); als endlich c) nicht §. 570 (error in persona), sondern „arg. §. 572“ (error causam dans) zu allegiren gewesen wäre. Vgl. oben S. 119—121. — Auch hier also sehen wir wieder das in der vorigen Note bezeichnete Bestreben Zeiller's, die Fälle zusammenzuziehen.

¹⁰⁾ Zeiller S. 716 Z. 5 lit. d. Er fügt hinzu, daß „der letztere Fall ebenfalls auf jenen in b) bezogen werden kann, §. 538 ff.“ (vgl. den Schluß der vorigen N.). Indem er aber doch den Fall des Ausschlagens als selbständigen gelten läßt, räumt er damit ein, daß nicht jede Unwirksamkeit auch Ungültigkeit ist. Was nun die Fälle des Nicht-annehmens-könnens betrifft, so sind sie verschieden: a) die Eingesetzten waren von vornherein unfähig, dann waren die Einsetzungen von vornherein ungültig; ß) die Eingesetzten sind nachträglich unfähig, und damit erst die Einsetzungen ungültig geworden; γ) die Eingesetzten erleben nicht den Erbansfall; hier kann man nicht von Ungültigkeit, sondern nur von Unwirksamkeit oder Vereitelung des T. sprechen.

¹¹⁾ Zeiller S. 716 Z. 6 lit. a.

¹²⁾ Zeiller zieht diesen Fall stillschweigend zu dem vorigen, indem er neben den §§. 534, 713 auch den §. 1253 allegirt. Also auch hier wieder das Streben nach Zusammenziehung der Fälle; vgl. N. 8, N. 9 a. E., N. 10 z. A.

eines kleineren Theiles) ungültig sind, zufolge der singulären Vorschrift des §. 568¹³⁾; 4) „wenn nur ein oder einige eingesezte Erben und Nacherben die Erbschaft nicht antreten wollen oder können, und den übrigen das Zuwachsrecht nicht zusteht“¹⁴⁾ (s. §§. 560—563); 5) wenn aus mehreren notherbberechtigten Descendenten einer präterit ist, und erwiesen wird, daß die Uebergehung nur daher rühre, weil dem Erblasser die Existenz oder Notherbenqualität des Uebergangenen unbekannt war, s. §. 777.¹⁵⁾ [Dahingegen gehört nicht her (s. bei §. 729) der gewöhnlich angeführte Fall, wo der Erblasser einen Notherben abichtlich verkürzt hat.¹⁶⁾]

V. Ältere gemeinrechtliche Schriftsteller haben die Regel „semel heres, semper heres“ und die andere „nemo pro p.“ in den engsten Zusammenhang gebracht, und gesagt: *Nemo pro parte honorum vel temporis testatus, p. p. intest. d. p.*¹⁷⁾ Da nun im österr. Recht jene beiden Principien beseitigt sind (die Nacherbeinsetzung ist bei uns nur Erbeinsetzung, nicht ein Zwitterding von Vermächtniß und Einsetzung), so können die testamentarische und die gesetzliche Erbfolge auch zeitlich einander ablösen, indem auf die gesetzlichen Erben die Eingesezten folgen, oder umgekehrt (s. §§. 707, 708).¹⁸⁾ Auch eine Combination des Neben- und des Nach-einander ist möglich, indem z. B. hinsichtlich der einen Hälfte die testamentarische Erbfolge sogleich, hinsichtlich der anderen erst später, inzwischen aber die gesetzliche Erbfolge eintritt. — Dieses „Nacheinander“ findet immer Statt, so oft das testamentarische Erbrecht durch einen Anfangs- oder Endtermin, eine aufschiebende oder auflösende Bedingung eingeschränkt ist. Aber auch von solchen Fällen abgesehen, kann eine zeitliche Modification derart sich ergeben, daß die *delatio ex lege* nicht gleich mit dem Tode des Erblassers, sondern erst in einem späteren Zeitpunkte eintritt¹⁹⁾; so wenn der eingesezte Erbe ausschlägt, erbunfähig wird, bevor er erworben hat, oder auch darnach erbunwürdig;²⁰⁾ wenn die Witwe schwanger war und ein todtes Kind zur Welt bringt; ferner, wenn die nächsten gesetzlichen Erben ausschlagen u. s. w. und jetzt eine neuerliche (*successive*) Delation an die Folgenden eintritt. In allen diesen Fällen ist der Zeitpunkt der Delation, und nicht der des Todes des Erblassers der für das Erforderniß der Existenz und Erbfähigkeit (§§. 545, 546) entscheidende, und auch sonst für die Intestat-Erbfolge maßgebende (s. namentlich §. 732).²¹⁾

VI. Ein Seitenstück zu der objectiven Einschränkung der *delatio ex lege* ist die subjective Einschränkung hinsichtlich der Berufenen. Es können nämlich ein oder mehrere der gesetzlichen Anwärter von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen werden: entweder durch ein negatives Testament oder durch einen Erbverzicht. Es ist eine verbreitete, aber falsche Vorstellung, daß durch diese Rechtsgeschäfte die ausgeschlossenen Personen definitiv aus dem Kreise der Anwärter ausscheiden, daß ihr „Erbrecht“ vernichtet, die Erbverbindung zwischen ihnen und dem Erblasser gelöst sei. Es braucht nur das negative Testament einseitig, der Erbverzicht zweiseitig widerrufen zu werden, und alles steht in *statu quo*. Denn der Delationsgrund, die Verwandtschaft (oder das Gattenverhältniß), ist ja doch offenbar durch jene Rechts-

¹³⁾ Dies ist aber keineswegs bei jedem Testamente eines erklärten Verschwenders der Fall. S. oben S. 110.

¹⁴⁾ Zeiller S. 717 lit. c.

¹⁵⁾ Vgl. Hüttner S. 99 Z. 3.

¹⁶⁾ Zeiller freilich stellt ihn her (lit. c), aber gegen die eigene bessere Einsicht, dem Beschlusse der Majorität sich fügend. Ihm haben dann die Späteren nachgeschrieben.

¹⁷⁾ S. darüber Hofmann Kritische Studien S. 125—127.

¹⁸⁾ Es ist auffallend, daß sich unsere Schriftsteller diesen Fall der „gemischten Erbfolge“ haben entgehen lassen, und ebenso den des §. 568. Nur Michel hat an beide gedacht, wie seine Allegate zu §. 727 zeigen.

¹⁹⁾ Vgl. zu dem Folgenden Hüttner §. 22, wo uns jedoch die in der Note angegebene Construction gekünstelt scheint.

²⁰⁾ S. oben S. 21.

²¹⁾ Vgl. Unger §. 29 Num. 4, und Hüttner §. 33. Vgl. hier oben S. 30.

acte nicht geändert worden. Durch sie wird der Delationsgrund nicht zerstört, sondern, solange sie in Kraft sind, wird seine Wirksamkeit gehemmt, verhindert.²²⁾ Die Wirkung aber jener Rechtsacte ist entweder a) die, daß einer oder einige der Anwärter von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen sind, oder b) daß der einzige nächste oder daß alle nächsten Anwärter ausgeschlossen werden, und daß die zweitnächsten an die Reihe kommen. Dieses erklärt sich daraus, daß auch die entfernteren Verwandten einen Delationsgrund, ein „virtuelles Erbrecht“ für sich haben, welcher (bez. welches) wirksam wird, sobald das entgegenstehende stärkere Recht der näheren Anwärter außer Wirksamkeit gesetzt ist. — Auch die Erbunfähigen sind ausgeschlossen, aber in anderer Art; ihr „Recht“ ist zerstört, nicht bloß behindert; der Grund ihrer Ausschließung liegt in ihnen selbst, in jenen anderen Fällen dagegen in einem äußeren Hindernisse, nämlich in einem Rechtsgeschäfte, das — solange der künftige Erblasser lebt — beseitigt werden kann. In der Mitte zwischen jenen und diesen Fällen steht die Erbunwürdigkeit, weil sie zwar eine Eigenschaft der Person ist, aber durch Verzeihung des Erblassers beseitigt werden kann.

VII. Eine weitere Modification der gesetzlichen Erbfolge endlich ist die durch Intestat-Codicille, in welche sich nach österr. Recht *testamenta deserta* verwandeln können (s. §. 726).²³⁾ In unserem Hauptstück geschieht davon keine Erwähnung, darum, weil die Redactoren die Combination dieser Materie und der Lehre von den Vermächtnissen für die einfachste Sache von der Welt gehalten haben. Und im Allgemeinen mit Recht. Sind die gesetzlichen Erben zugleich Notherben, so ist der §. 774 maßgebend. — Und doch hat dieses Schweigen Zweifel und Irrthümer verursacht. Man bezweifelt oder bestreitet, daß auch im Falle von Intestat-Codicillen die Vermächtnisnehmer dem Fiscus vorgehen, während die testamentarischen Legatäre durch §. 726 zur Erbschaft berufen sind. Es läßt sich kein triftiger Grund angeben, warum jene Legatäre schlechter stehen sollten als diese, zumal, wie gesagt, das deserte Testament in den Fällen des §. 726 einem Intestat-Codicill gleich zu achten ist. Vgl. oben bei §. 726.

Vorschrift für den Fall des verkürzten Pflichttheiles.

§. 729.

Ist eine Person, welcher der Erblasser kraft der Gesetze einen Erbtheil zu hinterlassen schuldig war, durch eine letzte Willenserklärung verkürzt worden; so kann sie sich auf die Vorschrift des Gesetzes berufen, und den nach Maßgabe des folgenden Hauptstückes ihr gebührenden Erbtheil gerichtlich fordern.

I. Redaction. Der §. fehlt im Pat. und lautet im Westgal. G. B. (531) so:

Ist eine vom Gesetz besonders begünstigte Person durch eine letztwillige Verordnung verkürzt . . . gerichtlich einklagen.

Die Fac. Freiburg wollte a. G. beifügen: „wenn sie nicht rechtmäßig darauf Verzicht gethan hat“. Zeiller: Man solle die Entscheidung über §. 531 und §. 511 bis zum Cap. v. Pflichttheile verschieben. Deshalb ließ man sich (S. v. 13. Aug. 1804) ins Meritorische nicht ein, nur rücksichtlich der Textirung wurde vorerst beschlossen, den Anfang abzuändern; so daß der damalige Text in der ersten Hälfte mit dem jetzigen, in der zweiten mit dem des Westgal. G. B. übereinstimmte. Text I gebraucht „Erbtheil“ als neutrum, Text II als mascul.; beide Texte haben

²²⁾ Vgl. den Excurs über den Erbverzicht (oben S. 31 ff., bes. S. 38—42) und den Excurs über das negative Testament.

²³⁾ „Können“; denn nicht jedes Testament ist dazu geeignet. Vorausgesetzt wird, daß alle Erbeinsetzungen unwirksam werden, andererseits aber gültige Vermächtnisse darin angeordnet sind, welche dieses Schicksal nicht theilen, welche also namentlich nicht auf bestimmte Duerthe beschränkt sind; eine solche Beschränkung tritt ein: entweder weil der Erblasser sie angeordnet hat, oder weil die Leistung eine persönliche Eigenschaft (Kunstfertigkeit u. s. w.) des Belasteten voraussetzt.

„gerichtlich einklagen“, so daß „fordern“ eine Besserung letzter Hand sein muß. — Daß Zeiller an diesem §., der (sowie der dritte Fall im §. 727) besser weggeblieben wäre, nicht schuldig ist, haben wir schon oben, in der Redactionsgeschichte des §. 727, erfahren. Und so sagt er denn auch im Commentar II S. 715: „Aber (das Gesetz) legt dem Erblasser weder die Pflicht auf, daß er ihnen (den Notherben) den Pflichttheil in Gestalt einer Erbeseinsetzung zuwende (§. 774), noch kann auch wegen Verkürzung in dem Pflichttheile die Erbeseinsetzung entkräftet, sondern nur der volle Pflichttheil gefordert werden (§. 775)“.

II. Schon für das römische Recht kann es falsche Vorstellungen erwecken, wenn man das Notherbrecht als ein qualificirtes (gesteigertes) gesetzliches Erbrecht erklärt.¹⁾ Denn das römische (d. h. vorjustinianische) formelle Notherbrecht ist nur ein Inbegriff von Formvorschriften, und verleiht gar kein subj. Erbrecht.²⁾ Ist das Testament wegen Präterition eines suus ungültig, so kommt es zur gesetzlichen Erbfolge, genau ebenso, als wenn das Testament ohne die nöthige Zahl von Zeugen errichtet worden wäre.³⁾ Wird das Testament adgnatione postumi rumpirt, so ist dies der Intestat-Erbfolge bei einem widerrufenen Testamente zu vergleichen.⁴⁾ Das materielle römische Notherbrecht dagegen gewährt allerdings subjective Rechte, aber der Pflichttheil konnte auch in Rom in beliebiger Form hinterlassen werden. Wurde freilich der Pflichttheil in keiner Form hinterlassen und die querela inofficiosi test. siegreich durchgeführt, dann bekam der Bekrante allerdings einen „Erbtheil“, aber eben nicht den Pflichttheil, sondern den gesetzlichen Erbtheil.⁵⁾ Ein Recht auf Erbeseinsetzung war den Römern fremd; Justinian erst hat es eingeführt, doch auch er nicht in der Art, daß man gerade auf seinen Pflichttheil hätte zum Erben eingesetzt werden müssen.⁶⁾ Vielmehr genügte die Einsetzung auf ein Minimum (z. B. $\frac{1}{100}$) der Erbschaft. Der Pflichttheil konnte durch Vermächtnisse ausgefüllt werden. Vollends aber ist es für das österreich. R., dem ein sog. formales Notherbrecht gänzlich fremd ist, unpassend, den Pflichttheil einen „Erbtheil“ zu nennen, wie §. 729 thut; auch der im 14. Hptstck. festgehaltene Ausdruck „Notherbe“ ist nur seiner Kürze wegen zu vertheidigen.

Hat der Testator dem sog. Notherben einen Erbtheil hinterlassen, der dem

1) Wie dies gewöhnlich geschieht. S. z. B. Köppen ^{Lehrbuch} des heutigen römischen Erbrechts (1886) I S. 60, 62. Kuntze Coursus des römischen Rechts. 2. Aufl. (1879) S. 583: „Man kann die Intestat-Erbfolge in eine primäre und eine subsidiäre sondern. Jene geht dem etwa vorhandenen Testamente vor, diese tritt nur in Ermangelung eines solchen ein: sog. Notherbrecht (successio contra tabulas) und einfaches Intestat-Erbrecht (succ. ab intestato). Dort muß ein Widerstand, der entgegengesetzte letzte Wille des Erblassers, überwunden werden, hier hat dagegen der gesetzliche Successionsgrund freie Bahn. So ist das eine das qualificirte, das andere aber das einfache gesetzliche Erbrecht.“ Besser ist desselben Verf. Bemerkung auf S. 589: „Der zur Aufsehung eines lieblosen Testaments befugte Pflichttheilsberechtigte steht... außerhalb des eigentlichen Delationsystems; denn er selbst tritt nicht einfach als Intestaterbe auf, und das ansehbare Testament, welches an sich nicht ungültig ist, begründet zunächst die testamentarische Delation zu Gunsten der Honorirten.“ Beachtenswerthe Bemerkungen bei Schröder Notherbenrecht (1877) S. 3 ff. und S. 153 ff. Das Notherbenrecht sei kein Successionsgrund, dem eine selbständige Bedeutung neben der testamentarischen und der gesetzlichen Erbfolge zuzahme.

2) Hofmann Kritische Studien im römischen Rechte (1885) S. 197 ff.

3) Nicht also wegen des angeblichen gesteigerten Erbrechts, sondern wegen der Verletzung der Vorschriften des objectiven Rechtes. Das Testament gilt eben nicht; darum paßt hier der Ausdruck contra tabulas nicht. Dieser gehört dem prätorischen Rechte an; bei der B. P. contra tab. wird aber ein nach Civilrecht gültiges Testament vorausgesetzt.

4) Also auch hier besteht kein gültiges Testament. — Eigenthümlich gestaltet sich das Verhältniß im Falle sog. Accrescenz-Erben, worauf hier nicht eingegangen werden kann. S. Schröder S. 17 ff.

5) Vgl. Schröder S. 216 ff.

6) Auch diesem Irrthum begegnet man zuweilen.

Pflichttheil gleichkommt oder ihn übertrifft, so erfolgt offenbar eine delatio ex testamento⁷⁾; hat er ihm Vermächtnisse in jener Höhe hinterlassen, so muß er sich damit zufrieden geben und wird gar nicht Erbe. Wird ihm sein Pflichttheil vorenthalten oder geschmälert, so steht ihm lediglich ein Anspruch auf Auszahlung des Werthes des Pflichttheils zu. Nur der irrtümlich präterirte pflichttheilberechtigte Descendent hat ein singuläres Erbrecht — nach §. 777 und §. 778; aber dies ist eine Ausnahme, und zwar eine praktisch äußerst selten vorkommende Ausnahme.

Gesetzliche Erben;

I) Die Verwandten aus einer ehelichen Abstammung.

§. 730.

Gesetzliche Erben sind zuvörderst diejenigen, welche mit dem Erblasser vermittelst ehelicher Abstammung durch die nächste Linie verwandt sind. Die Verwandtschafts-Linien werden auf folgende Art bestimmt.

Erbfähige Linien derselben.

§. 731.

Zur ersten Linie gehören diejenigen, welche sich unter dem Erblasser, als ihrem Stamme, vereinigen, nämlich: seine Kinder und ihre Nachkömmlinge.

Zur zweiten Linie gehören des Erblassers Vater und Mutter, sammt denjenigen, die sich mit ihm unter Vater und Mutter vereinigen, nämlich: seine Geschwister und ihre Nachkömmlinge.

Zur dritten Linie gehören die Großältern sammt den Geschwistern der Aeltern und ihren Nachkömmlingen.

Zur vierten Linie gehören des Erblassers erste Urgroßältern, sammt ihren Nachkömmlingen.

Zur fünften Linie gehören des Erblassers zweite Urgroßältern, sammt denjenigen, die von ihnen abstammen.

Zur sechsten Linie gehören des Erblassers dritte Urgroßältern, sammt denjenigen, die von ihnen entsprossen*) sind.

I. Redaction. A. Von §. 730. Pat. §. 3 pr.

Für die nächsten Anverwandten sind stets diejenigen zu halten, die mit dem Erblasser durch die nächste Linie verwandt sind.

Westgal. G. B. II §. 533:

Für . . . Verwandten werden diejenigen gehalten, welche . . .

Zeiller änderte unter allgemeiner Zustimmung diesen Anfang, weil ja auch der überlebende Ehegatte zu den gesetzlichen Erben gehöre, dahin ab:

Gesetzliche Erben sind zuvörderst des Verstorbenen nächste Verwandte. Für diese aber werden diejenigen gehalten . . .

Dem entspricht auch Text I (nur durch Schreibfehler fehlt hier, nicht auch in Text II, das Wort „aber“). In der Marg. R. hieß es statt „aus einer ehelichen Abstammung“: „aus einer gültigen Ehe“ (Text I und II). Im Text I war noch, wie im Westgal. G. B. der §. (damals 443) ungetheilt, im Text II schon so getheilt und numerirt wie jetzt (§. 730, §. 731). — Mehrdeutig ist das, noch im Westgal. G. B. fehlende Wort „zuvörderst“ in §. 730. Legt man den Ton auf „die nächste Linie“, so hat es eine juristische Bedeutung, betont man die „eheliche

7) Oder, wie man auch sagt, „secundum tabulas“, welcher Ausdruck aber auf das prätorische Recht beschränkt werden sollte (s. Note 3). — Nach röm. Civilrecht gibt es eine testamentarische und eine gesetzliche Erbfolge; letztere tritt in Ermangelung eines Testaments oder bei Ungültigkeit desselben ein. Zu den letzten Fällen gehört auch die Intestat-Erbfolge der Notherben. Nach prätorischem Recht dagegen ist das Schema dieses: I. Bon. possessio „ex testamento“: a) b. p. contra tabulas, b) b. p. secundum tabulas; II. b. p. ab intestato. C. §. 3. Inst. de bon. possess. III. 9.

*) Die ältesten officiellen Sep. Ausgaben haben theils diese Schreibung, theils — wie die J. G. S. — „entsprossen“.

Abstammung¹⁾, so ist es nur eine sprachliche Einleitung der Aufzählung, mit der so wenig ein juristischer Vorrang ausgesprochen sein soll, als mit dem „I“ in der nebenstehenden Marginalnote²⁾; denn, wenn eine Frau eheliche und uneheliche Kinder hinterläßt, so haben sie „gleiche Rechte“, und auch der Gatte erbt ja neben (nicht hinter) den Verwandten. Daß die Redactoren selbst daran gedacht haben, zeigt obige Bemerkung Zeiller's. In dem „Zuwörderst“ ist aber auch noch der Gedanke angedeutet, daß die ehelichen Verwandten, wenn man unser gesetzliches Erbrecht im Ganzen betrachtet, die hauptsächlichsten Erben sind, was ja auch, bei der relativen Seltenheit der Fälle II—V (§§. 752—756) und bei der ungünstigen Behandlung des überlebenden Ehegatten, richtig ist. Daß dies wirklich Zeiller's Vorstellung war, beweist sein Sprachgebrauch, indem er (bei §. 752) die Erbfolge der ehelichen Verwandten als die „ordentliche“, jede andere (auch die des Gatten) als eine „außerordentliche“ bezeichnet — gewiß sehr unpassender Weise.

B. Von §. 731. Pat. §. 3^{2a)}, aus dessen erstem und zweitem Alinea §. 730 entstanden ist, lautet im übrigen ungefähr wie §. 731 — von ganz gleichgültigen Varianten abgesehen („deren“ statt „ihren“, „so“ statt „die“; in der 1. Z. „Kinder und weiteren Nachkömmlinge“, in der 4. Z. „samt jenen, die von denselben abstammen“, in der 6. Z. „jenen, die von denselben entsprossen sind“). Im Westgal. G. B. findet sich (was §. 731, nicht auch §. 730, anlangt) schon der jetzige Text, nur daß §. 730 und §. 731 noch einen §. (533) bildeten. Bei der 4. Linie wollte die Wiener Facultät vor „Urgroßeltern“ einschalten „erste“. Zeiller (S. v. 20. Aug. 1804) erklärte dies Wort für überflüssig, gleichwohl steht es jetzt im Texte.³⁾

II. Wir haben oben (§. 681 fg.) eine allgemeine Charakteristik unseres Intestat-Erbrechtes überhaupt gegeben; hier ist nun insbesondere die Erbfolge der gesetzlichen Verwandten (§§. 730—751) zu charakterisiren.^{3a)} Der Begriff der ehelichen Verwandtschaft, die Eintheilungen und Grade sind nicht hier, sondern im Familienrechte zu behandeln.⁴⁾ Wir fragen nur: nach welcher Ordnung erben diese Verwandten, und wie theilen sie die Erbschaft?

Bei uns gilt das Parentelen-System, der sog. ordo parentelaris, und zwar das reine lineal-System (nicht das lineal-Gradual-System). „Parentelen (parentelae, parentillae, lineae) nennt man die innerhalb der Gesamt-Sippe allmählig entstehenden engeren Geschlechtsverbände mit gemeinsamen Stammeltern-Paaren als Ausgangspunkten an der Spitze. Sie werden treffend als „„geschlossene, in gleichen Distanzen sich umfangende concentrische Ringe““⁵⁾ bezeichnet. Es lassen sich . . . mit Bezug auf den Erbgang . . . sechs in der Sippe ausscheiden: Die erste

1) Die Entstehungsgeschichte läßt beide Deutungen zu. Wir glauben, daß Zeiller das Wort gerade zur Ablehnung desselben Gedankens eingeschaltet hat, der dadurch erst recht nahe gelegt wird (s. folg. N.).

2) Gerade so, wie wir eine Aufzählung oft mit „ferner“ fortleiten, ohne ein Nachstehen im Range damit andeuten zu wollen. (Unger §. 31 pr. sagt statt „Zuwörderst“ „zunächst“, was eben so zweideutig und bedenklich, aber gewiß auch eben so farblos gemeint ist.) Zeiller scheint bei dem „Zuwörderst“ gedacht zu haben: „aber nicht ausschließlich, nicht immer allein“; vgl. seine obige Aeußerung.

2a) Ganz Aehnliches gilt auch von Horten's Umarbeitung II. 16 §. 3.

3) Als einzige Variante vom Westgal. G. B. — Da es ein Monitum der Wiener Facultät ist, welches so resituirt wurde, so läge am nächsten die Annahme, es sei dies durch Dolliner oder Egger bei der Correctur geschehen (s. oben I S. 32 Note 174), da sie „zur genaueren Correctur der Auflage unter manchen zugleich über den Text angebrachten Erinnerungen sehr nützlich mitgeholfen“ haben (Präs. Vortr. v. 24. Juni 1811). Allein nicht nur die „Druckabschrift“, sondern auch ein älterer Text enthält bereits die jetzige Fassung.

3a) Vgl. zu dem Folgenden: Hüttner §. 48, Voglhueber S. 15 fg. (bes. §§. 27, 31).

4) Gleichwohl handelt davon ausführlich Hüttner §§. 29—34, S. 102—117.

5) Dies Citat innerhalb des Citats ist aus einer Abhandlung von F. Blumhe.

Parentel ist jene des Erblassers selbst und wird durch seine sämtlichen Descendenten gebildet; die zweite ist die der Eltern des Erblassers und umfaßt außer jenen alle von ihnen ausgegangenen Nachkommen; die dritte ist die der Großeltern des Erblassers“ u. s. w.⁶⁾ „Das ältere deutsche Recht berief“ — nach einer seit langer Zeit weiterverbreiteten Ansicht — „die Erben parentelenweise, so daß immer die nähere Parentel . . . , so lange innerhalb derselben ein tüchtiger Erbnehmer vorhanden war, die entfernter stehende ausschloß“.⁷⁾ Wenn diese Ansicht richtig wäre, was aber sehr bestritten ist⁸⁾, so stünde hier unser Recht auf dem Boden des älteren deutschen. Hingegen ist diesem gewiß fremd⁹⁾ das für unser Recht (namentlich seit der Kenntniß der Protokolle) ganz außer Zweifel stehende¹⁰⁾, wenn auch oft bestrittene, durchgreifende Repräsentations- oder Vorstellungsrecht, wornach jeder vor dem Erblasser oder doch vor der Delation^{10a)} gestorbene Anwärter durch seine eheliche Nachkommenschaft (niemals durch seine Eltern!) ersetzt wird; und zwar ist diese Repräsentation nicht nur in dem Sinn „durchgreifend“, daß sie in allen Erbenklassen sich wiederholt, sondern auch in dem Sinne, daß sie unbeschränkt ist, d. h. abwärts in's Unendliche geht. (Wir besprechen die Repräsentation gleich bei der ersten Linie, bei §. 732.) Eine Folge hiervon ist die absolute Gleichgültigkeit der Gradesnähe^{10b)}; ein entfernterer Verwandter kann einen näheren von der Erbschaft ausschließen; ja selbst innerhalb einer und derselben Parentel gibt der nähere Grad keinen Vorzug, was in den entfernten Parentelen zu einer Zerspaltung des Nachlasses führen kann.¹¹⁾ Da nun unser Gesetzbuch die Parentelen „Linien“¹²⁾ nennt, so ist damit die Bezeichnung „reine Lineal-Ordnung“ erklärt. — Eine weitere Folge des durchgreifenden Repräsentationsrechtes ist, daß halbblütige Geschwister neben vollblütigen erben, doch nicht zu gleichen Theilen (§. 736), und daß mehrfache Verwandtschaft mehrfache Erb-

6) Gengler Das deutsche Privatrecht in seinen Grundzügen. 3. Aufl. S. 625.

7) Gengler S. 632 f. — Ein „tüchtiger Erbnehmer“; also er ist tauglich und er nimmt auch an („Erb-Neher“). Hüttner S. 118 §. 36: „solange aus der ersteren auch nur Eine erfähige Person vorhanden ist“ und ebenso nochmals S. 144 Z. 3; wörtlich genommen wäre dies falsch; es erklärt sich aber aus einer unpassenden Verwendung des Wortes „erfähige“, die Hüttner selbst (S. 144 Note) aufklärt; als Gegensatz bezeichnet er Personen, die nicht erben können oder nicht wollen. Demnach ist nicht sein Gedanke, sondern nur sein Ausdruck unrichtig, da man den Ausschlagenden nicht „erbunfähig“ nennen darf.

8) Ueber diese Streitfrage später.

9) S. Gengler S. 635, 641 ff. (vgl. S. 547); Stobbe Handbuch des deutschen Privatrechts V. Bd. (1885) S. 87, 94 ff. — Zur Zeit, als Horten das Erbfolgepatent verfaßte, glaubte man noch vielfach, das Repräsentationsrecht sei von jeher bei den Deutschen in Uebung gewesen. Diese Meinung war nämlich um die Mitte des vorigen Jahrhunderts wiederholt schriftstellerisch vertheidigt; freilich aber schon 1778 von Fischer in seiner Geschichte der deutschen Erbfolge bestritten worden. Vgl. Gengler Lehrb. d. deutschen Privatrechts 1862, II S. 1314 Note 7.

10) Davon in den Excursen.

10a) In den seltenen Fällen einer erst einige Zeit nach dem Tode des Erblassers eröffneten gesetzlichen Erbfolge (s. bei §. 727 f. Abs. III. 4) kann auch ein Verwandter, der den Erblasser überlebt hat, durch Repräsentanten ersetzt sein.

10b) D. h. für die Frage, ob Einer Erbe wird, ist der Grad seiner Verwandtschaft gleichgültig; daß in Folge der Sturptheilung Entferntere oft kleinere Portionen bekommen, gehört nicht her.

11) Unger §. 32 Anm. 2.

12) Dieses Wort ist vieldeutig; in der Verbindung „divisio per lineas“ ist linea soviel als Vater-Seite, Mutter-Seite. Andere Bedeutungen s. in den Excursen zu §. 626 S. 203, dann Hüttner §. 30. — Dieser Schriftsteller sagt (S. 108 Note, S. 142), im 13. Hptstck. sei das Wort „Linie“ in einer uneigentlichen Bedeutung genommen; immerhin! — aber wenn er S. 143 sagt, „Linien“ seien hier gleichbedeutend mit „ordines“, „Erbenklassen“, so ist das ein Irrthum; die römischen Erbenklassen kann man so nicht nennen. Nicht wegen ihrer Eigenschaft als Erbenklassen werden die Parentelen so genannt, und diese Bezeichnung ist keineswegs etwa erst von unseren Redactoren aufgebracht.

anwartschaften begründet (§. 750)¹³⁾; ferner, daß Geschwister des Erblassers zwar neben einem Parens desselben, niemals aber neben beiden erben, und daß jeder andere Verwandte durch seinen, die Verwandtschaft mit dem Erblasser vermittelnden, Parens von der Erbschaft ausgeschlossen wird, ganz gleich, ob dieser selbst erbt oder nicht erbt — nur selbstverständlich vorausgesetzt, daß der Parens noch am Leben ist.¹⁴⁾ — Nur ein anderer Ausdruck für das vorher Gesagte ist es, daß selbst Geschwister, die doch so nahe verwandt sind, kein selbstständiges Erbrecht (ius proprium) haben; wenn sie überhaupt erben, dann erben sie nicht als Geschwister, sondern als Kinder (Repräsentanten) der Eltern des Erblassers. Und Ähnliches gilt von allen Collateralen, wie sich denn auch die Redactoren dieser Consequenz klar bewußt waren. So sagt Zeiller (S. 719 f.): „Es gibt daher auch eigentlich nur zwei Classen von Verwandten, die mit einander in einer unmittelbaren Familienverbindung stehen, nämlich die Erzeuger und die Erzeugten. Und auf eben diese zwei Classen (der Descendenten und Ascendenten, oder Kinder und Eltern) wird auch das verwandtschaftliche Erbrecht von unserem Gesetze eingeschränkt. Alle . . . Seitenverwandte haben . . . auf die Erbfolge nur insofern Anspruch, als sie mit ihren Ascendenten . . . für eine Person anzusehen sind. Sie treten nur an die Stelle ihrer verstorbenen Ascendenten, die zugleich Ascendenten des Erblassers waren, und gelangen auf diese Art, vermöge Repräsentationsrechtes, mittelbar zum Erbrechte.“ Gewiß ein sehr consequenter, aber doch wohl auch gekünstelter Gedanke, daß in den fernen Parentelen die längst verstorbenen Ahnen die eigentlichen Erbberechtigten seien. Und wie wunderbarlich auch dieser Uebergang eines niemals angefallenen Erbrechtes (§. 536)¹⁵⁾

III. Immerhin aber muß anerkannt werden, daß das ganze System sehr consequent ausgedacht ist. Denn mit den einfachen Gedanken: a) sechs Parentelen, wovon die nähere die entfernteren ausschließt, b) durchgreifende Repräsentation — ist eigentlich alles gesagt; es ergiebt sich daraus nicht nur die Ordnung der Erbfolge, sondern auch die Theilung der Erbschaft für alle erdentlichen Thatbestände. Denn sowohl die sich vervielfältigende Theilung per lineas unter den Ascendenten, als die Theilung per stirpes unter den Descendenten (des Erblassers und seiner Ascendenten) ist damit schon gegeben. Und in gewissem Sinne ist selbst die Theilung per capita unter den nächsten Kindern von der Theilung per stirpes nicht verschieden; wie die mehreren Kinder zusammen den einen Erblasser vorstellen (§. 547), so die mehreren Glieder einer stirpes den einen vorverstorbenen Verwandten. — Von selbst folgt aus allem bisher Gesagten, daß alle Regeln der ersten Linie sich in der zweiten wiederholen, wo nur noch eine neue hinzutritt, alle Regeln der zweiten in der dritten u. s. w.

Sonderbar aber bleibt es, daß ein Recht, welches im Erbsystem alles von der

¹³⁾ Weil umgekehrt in der vierten Justinianischen Erbenklasse nur die Gradesnähe entscheidet, so ist Vollbürtigkeit oder Halbbürtigkeit und ebenso mehrfache Verwandtschaft dort ganz gleichgültig, sowohl für das „an“, als für das „quantum“ des Erbens. Vgl. Glük Erörterung der L. v. d. Intestat-Erbfolge (2. Aufl. 1822) S. 137—147.

¹⁴⁾ Ist der Parens vor dem Erblasser gestorben, so treten seine Kinder kraft der Repräsentation ein; stirbt er später, ohne erworben zu haben, aber auch ohne ausgeschlossen zu sein, bez. ohne ausgeschlagen zu haben, dann erfolgt Transmissio (§. 537); stirbt er nach dem Erwerb, dann tritt Vererbung des Ererbten ein. Wegen der Allgemeinheit der Transmissio haben und brauchen wir keine successio graduum im römischen Sinne. Vgl. Hüttner S. 146. Und wo sie noch etwa ein Bedürfniß wäre, da steht die Repräsentationslehre im Wege. Schlägt z. B. „der Sohn (die Erbschaft) aus, oder ist er zur Zeit erbsunfähig, so fällt (sie) nicht auf seine Descendenten, sondern es gelangt nunmehr die zweite Classe zur Erbfolge“.

¹⁵⁾ Vgl. oben S. 19 Abs. VII.

Parentel, nichts von der Gradesnähe abhängig macht, die Verwandtschaftsgrade nicht nach deutscher, bez. canonischer, sondern nach römischer Art rechnet (§. 41)!¹⁶⁾

IV. Die Linien oder Parentelen sind in einer bestimmten Reihenfolge im Gesetze berufen, in der Art, daß die nähere die entfernteren ausschließt. Ein ähnliches Verhältniß zwischen Erbsassen (wie immer diese selbst beschaffen sein mögen) findet sich selbstverständlich in der ganzen Welt. Bei der *bonorum possessio* des prätorischen Rechtes wird ein „*successorium edictum*“ erwähnt. Dieser Namen nun kommt nicht davon her, daß es sich um die Succession nach dem Erblasser handelt, auch nicht davon, daß die Classen in einer bestimmten Reihenfolge gerufen sind, sondern davon, daß hier die dem alten römischen Civilrechte fremde *successio ordinum et graduum* anerkannt war (arg. vbs: „*beneficium edicti successorii*“ L. 2. D. h. t. 38. 9). Die *successio ordinum* hat auch unser Recht; wenn nämlich die Delation an die nächste Linie erfolglos geblieben ist, erfolgt eine neue an die nächstfolgende (eventuell eine dritte u. s. w.). Eine *successio graduum* dagegen ist durch das ganze System unseres Intestat-Erbrechtes ausgeschlossen (wovon später die Rede sein wird).

Wir müssen uns nun aber mit dem Leser über das Wort „*successive Delation*“ verständigen, weil hier eine bedauerliche Ungleichheit des Sprachgebrauches unter den Juristen herrscht, zuweilen auch eine noch mehr bedauerliche Unklarheit der Vorstellungen.

Die Thatfache, daß die zweite Linie in Ermangelung der ersten, die dritte in Ermangelung der beiden ersten u. s. w. berufen ist, nennen wir nicht „*successive Delation*“, weil hier vorausgesetzter Maßen noch gar keine frühere Delation stattgefunden hat. Unmöglich indeß wäre ein solcher Sprachgebrauch auch nicht, sobald man nämlich das Wort „*Delation*“ (Berufung) im abstracten S. nimmt (d. h. im Hinblick auf den Inhalt des Gesetzes, ohne Rücksicht auf einen concreten Fall); aber rathsam ist er darum nicht, weil man dann ungleichartige Fälle zusammenfaßt (nämlich diese und die der eigentlichen succ. Del.). — Jenem Falle steht theoretisch gleich der Fall, wo die nähere Parentel wegen anfänglicher Erbsunfähigkeit oder Erbsunwürdigkeit ihrer Glieder nicht erbt; denn es ist ein ungenauer Ausdruck hier von einer erfolglosen oder unwirksamen Delation zu sprechen, da vielmehr gar keine erfolgt ist. Eine *successive Delation* im wahren Sinne ist erst dann vorhanden, wenn an eine nähere Parentel bereits deferirt war, die Delation aber — wegen nachträglicher Unfähigkeit oder Unwürdigkeit oder wegen Ausschlagung — nicht zum Erwerbe geführt hat.¹⁷⁾ Diesem Falle steht gleich der, wo ein Testament nach der Delation unwirksam wird, weil sämtliche Instituirte ausschlagen, und wo dann den nächsten gesetzlichen Erben deferirt wird.¹⁸⁾ Keine *successive Delation* ist vorhanden

¹⁶⁾ Aber dadurch ist es noch immer nicht entschuldigt, daß Voglhuber (S. 8 f. S. 10) die canonische Zählung für die des österreichischen Rechtes gehalten hat.

¹⁷⁾ Wenn Unger §. 32 (Mitte des Textes) den Ausdruck „succ. Del.“ in der eigentlichen Bedeutung nimmt, so ist dort der Fall übergegangen, wo Verwandte einer näheren Linie überhaupt nicht vorhanden sind. Dachte er dagegen auch an diesen Fall, dann ist der Ausdruck in jener schillernden Bedeutung genommen, von der wir oben gesprochen haben.

¹⁸⁾ Schirmer Handb. d. röm. Erbrechts S. 52 meint, man müsse „wohl unterscheiden“ die succ. Delation, d. h. die erneuerte Delation aus demselben Delationsgrunde“ von der „Ablösung des einen Delationsgrundes durch den anderen“. Wir sehen keinen genügenden Grund hiefür; vielmehr ist 1) beiden Fällen (im Texte) gemeinschaftlich: a) daß schon früher wirklich deferirt war, b) daß diese Delation zu keinem Erwerbe geführt hat, und c) daß eben deshalb neuerlich deferirt wird. 2) Unsere schulbuchmäßige Trennung der beiden Delationen ist der römischen Gesetzgebung fremd. Sowohl im alten Civilrecht als im prätorischen Recht sind die Testamentserben gleichsam als erste Classe gedacht. (B. P. a) *secundum tabulas*, b) *ex ed. unde liberi*, c) *ex ed. unde legitimi* etc.) 3) Schirmer selbst beschränkt den Ausdruck nicht auf die Fälle der *successio ord. et grad.*, indem er S. 254 Note 2 sagt, daß auch *ex testamento* eine *success. Del.*

bei der Repräsentation, der Transmission, der Accrescenz; denn hier wird überall nur einmal deferirt.¹⁹⁾

V. Schließlich sei schon hier ein für alle Mal bemerkt, daß wir — dem Beispiele des Gesetzes folgend — die Verwandten-Erbfolge zunächst ohne Rücksicht auf das Recht des Gatten (§§. 757, 758) darstellen, was der Kürze und Klarheit dient. Die Verhältnisse unter den miterbenden Verwandten werden ja nicht durch dies Recht alterirt, sondern nur die zu vertheilende Größe. Erbt z. B. die zweite Parentel, so wird nach denselben Grundsätzen unter ihre Angehörigen getheilt, mag nun ein überlebender Gatte concurriren oder nicht; nur daß das eine Mal drei Viertel, das andere Mal vier Viertel unter sie vertheilt werden.²⁰⁾ Die Correctur ergibt sich aus §. 757 ff. von selbst.²¹⁾ Ebenso wird hier auf die Collation der Descendenten vorerst keine Rücksicht genommen, durch welche ohnehin nicht die quotative, sondern nur die quantitative Berechnung der Erbtheile alterirt wird. Wenn wir also z. B. sagen: „unter die Kinder ersten Grades wird die Erbschaft gleich (oder in gleiche Theile) getheilt“, so ist hinzuzudenken: immer vorbehaltlich etwaiger Collation (Sammlung I Nr. 292).

1. Linie: Die Kinder;

§. 732.

Wenn der Erblasser eheliche Kinder des ersten Grades hat, so fällt ihnen die ganze Erbschaft zu; sie mögen männlichen oder weiblichen Geschlechtes; sie mögen bey Lebzeiten des Erblassers oder nach seinem Tode geboren seyn. Mehrere Kinder theilen die Erbschaft nach ihrer Zahl in gleiche Theile. Entel von noch lebenden Kindern, und Urentel von noch lebenden Enteln haben kein Recht zur Erbfolge.

I. Redaction. Pat. §. 4:

Den Kindern des Erblassers, sie mögen . . . Geschlechtes sein, bei dem Tode des Erblassers bereits geboren sein oder erst nach seinem Tode geboren werden, fällt die ganze Erbschaft zu. Sind mehrere Kinder vorhanden, so theilen sie die Erbschaft ohne allen Unterschied nach der Anzahl der Personen in gleiche Theile. Entel . . .

Westgal. G. B. II §. 534 lautete schon wörtlich wie unser §. 732, nur hieß es am Anfang: „Wenn also der Erblasser eheliche Kinder hat, so fällt . . .“ Im Westgal. G. B. (ebenso auch schon in der diesem vorausgehenden Umarbeitung Martini's II. 16 §§. 7, 8), nicht auch im Patente, folgten hier zwei §§. über Collation.

Monitum der böhmischen Stände: Weil „die Männer erwerben und ihre Weiber versorgen müssen, letztere aber auf die Versorgung aller ihrer standesmäßigen

stattfinde. 4) „Eine neuerliche Delation aus demselben Delationsgrund“ gibt es gar nicht. Für Jeden ist nur die in seiner Person zutreffende Thatfache Delationsgrund; statt „aus demselben“ soll es also heißen „aus einem generisch gleichen Delationsgrund“; und selbst dies wäre noch ungenau, auch wenn man die Verschiedenheit der Verwandtschaft (Descendent, Ascendent u. s. w.) nicht betonen will; denn wenn ex ed. unde vir et uxor deferirt wurde, so geschah dies auf Grund des Gattenverhältnisses, das doch mit irgend welcher Verwandtschaft nicht generisch gleich ist. Was soll also daran liegen, ob die frühere Vererbung auf Grund irgend einer Verwandtschaft oder aber einer institutio erfolgt war? 5) Ist „successive Delation“ überhaupt kein quellenmäßiger Ausdruck, und ein sprachlicher Grund für die von Schirmer verlangte Einschränkung wird sich nicht angeben lassen; vielmehr deutet der Wortsinn auf jeden der von uns darunter verstandenen Fälle.

¹⁹⁾ S. oben in diesem Bande S. 19 f. Abs. VII.

²⁰⁾ Aus der Stellung der §§. 757—759 hinter der Lehre von der Erbfolge der Verwandten sind zuweilen absurde Schlüsse gezogen worden; z. B. der Gatte habe in §. 757 kein wahres Erbrecht, weil schon durch §. 732 „die ganze Erbschaft“ den Kindern zugesprochen sei (!). Auch wenn es Zeiller (S. 756 Z. 1) nicht ausdrücklich sagte, würde es sich von selbst verstehen, daß diese Stellung oder Reihung der §§. nur der bequemen und klaren Darstellung wegen beliebt wurde.

²¹⁾ Im Lehrvortrage freilich kann man nicht früh genug darauf aufmerksam machen.

Bedürfnisse von Seiten der Männer Anspruch haben“, so sei „besonders in Hinsicht der höheren Stände“ folgende Abweichung wünschenswert: „Mehrere Kinder theilen die Erbschaft so, daß die eine Hälfte den Söhnen, die zweite Hälfte aber allen Kindern nach ihrer Anzahl in gleiche Theile zufalle“. Zeiller fand diesen Antrag höchst unbillig; auch sei es „den Männern selbst nützlich, wenn sie Personen ehelichen, welche ein eigenes Vermögen besitzen“. Man beschloß (S. v. 20. Aug. 1804), ihm beistimmend, den Text von §. 534 unverändert zu lassen.¹⁾ Gleiches, wie hier von den böhmischen Ständen, war bei anderer Gelegenheit²⁾ für Tyr ol als altes Gewohnheitsrecht beansprucht worden.³⁾ Wollte man es aber nicht dabei belassen, so sollte wenigstens dem Herrn- und Ritterstande ein praecipuum für die Söhne zugestanden, und bei Testamenten bewilligt werden, die Töchter mit einer kleineren Legitima abzufertigen.

II. Es wurde schon oben erwähnt, daß im österr. Rechte nur Kinder ersten Grades (und in diesem engeren Sinne, nicht in dem von §. 42, ist das Wort in §. 732 gebraucht) und Ascendenten iure proprio erben, und daß jeder vorverstorbene Erbe durch seine Nachkommen repräsentirt wird. So erben denn auch schon die Enkel iure representationis. Wenn wir nun von diesem, für die ungeheure Mehrzahl aller Fälle nur theoretischen Unterschiede zwischen ius proprium und ius representationis absehen, so können wir sagen: Die nächsten Erben sind die Nachkommen des Verstorbenen. Der nähere Grad als solcher schließt den entfernteren nicht aus⁴⁾ (sonst müßten die Enkel auch durch solche Kinder des Erblassers ausgeschlossen werden, welche ihre Eheime und Tanten sind); sondern überall (und dies ist ein allgemeines Gesetz der Verwandten-Erbfolge) wird man durch die Person von der Erbfolge ausgeschlossen, durch welche man mit dem Erblasser verbunden ist; z. B. der Enkel durch seinen Vater, bez. seine Mutter.^{4a)} Der praktische Grund dieser Ausschließung ist die Erwägung, daß in der Regel die Enkel, deren Parens erbt, thatsächlich dadurch bereichert werden; der theoretische und weit durchgreifendere Grund ist die Repräsentationslehre.

III. Diese gründet sich nämlich in dem Satze: Statt des verstorbenen Kindes (bez. in anderen Linien: Parens, Bruders, Eheims . . .) erbt dessen Nachkommen-

1) Nur das Wort „also“ wurde auf Antrag von Sonnenfels gestrichen. — Text I §. 444: „zu Lebzeiten“. M. R. „erste Linie“. „Nachgetragene Bemerkung“: „Nach dem im I. Thl. angegebenen weitläufigeren Begriff von Kindern wäre es besser, hier zu sagen: Mehrere Söhne oder Töchter theilen . . . Theile.“ Text II hat den Zusatz von Zeiller's Hand: „Die ehelichen Kinder, d. i. die Söhne und Töchter und ihre Nachkömmlinge.“ Der Zusatz ist gestrichen und restituirt.

2) Nämlich bei der Verhandlung der Frage, welche Provinzialrechtsätze neben dem a. b. O. B. beibehalten werden sollten.

3) Vgl. Excurse zu §§. 10, 11 (Nr. VII a. N.), u. zw. die dort mitgetheilten Bemerkungen des App. Rathes v. Dipauli, enthalten in der Beilage zum Bericht des Zunsbruder App. Gerichtes v. 30. April 1805.

4) Zur Illustration der Worte „als solcher“ diene ein Widerspiel obiger Regel: Nach Justinianischem Rechte sind an sich alle Ascendenten in der zweiten Erbklasse berufen, doch so, daß in concreto der nähere Grad als solcher den entfernteren ausschließt; das heißt praktisch: die Mutter z. B. schließt nicht bloß ihre Eltern, sondern auch ihre Schwiegereltern aus.

4a) Kann man sagen, die Gradesnähe sei bei unserer Erbfolge ganz gleichgültig? Theoretisch ist dies rundweg zu bejahen; praktisch ist Folgendes zu erwägen: 1) Descendenten zweiten Grades können, müssen aber nicht, durch einen Descendenten ersten Grades ausgeschlossen werden (s. Text); Kindern ersten Grades kann selbstverständlich nichts Aehnliches begegnen. 2) Hinterläßt Jemand zwei Kinder A, B, und von einem vorverstorbenen Kinde C zwei (oder sechs) Enkel, so bekommen die Kinder je $\frac{1}{2}$, die Enkel je $\frac{1}{6}$ (bez. in dem anderen Beispiele je $\frac{1}{18}$); dies ist die Folge der Repräsentation, aber keine nothwendige und allgemeine Folge des entfernteren Grades; denn wenn C nur ein Kind D hinterlassen hätte, so bekäme dieser Enkel genau so viel als A oder B. — Diese Bemerkungen gelten, mutatis mutandis, auch für alle anderen Parentelen.

schaft dasjenige, was jenes — ohne seinen vorzeitigen Tod — selbst geerbt haben würde. Bei seinem Tode geht die Erbanwartschaft auf seine Nachkommen über. Dieser Grundgedanke befhätigt sich nun positiv und negativ. a) Positiv: a) die Kindesfinder erben, obwohl noch andere nähere Descendenten da sind; β) sie erben zusammen genau so viel, als das vorverstorbene Kind (bez. der Parens, der Bruder, die Schwester, der Oheim u. s. w.) geerbt haben würden (divisio per stirpes). — b) Negativ: α) hatte der Verstorbene kein Recht, so haben seine Repräsentanten auch kein Recht. Sie bekommen so viel, als jener bekommen haben würde, also: nichts, so daß nach der negativen Seite an und quantum sich gar nicht scheiden lassen. — Keine Konsequenz jener Regel, sondern sie selbst — von der Rehrseite betrachtet — ist der Satz: Lebende werden im Erbrechte nicht repräsentirt. On ne représente pas les personnes vivantes, mais seulement celles, qui sont mortes (Cod. civ. art. 744). Davon die Anwendung auf unsere erste Linie: „Enkel von noch lebenden Kindern, und Urenkel von noch lebenden Enteln haben kein Recht zur Erbfolge.“ (§. 732 a. E.)

IV. Diese „Repräsentation“ gehört zu den Grundlehren des österr. Rechtes, wurde von den Redactoren ausdrücklich als solche erklärt und in ihre Konsequenzen durchgeführt. Diese wurden im §. 541 (und folgewise im §. 780) abgeschwächt, unter Berufung auf humane Erwägungen.⁵⁾ Aber selbst dies ist keine ganze, sondern nur eine halbe Ausnahme; denn überlebt der Unwürdige den Erblasser, so sind auch seine Nachkommen ausgeschlossen, so daß der Schlusssatz von §. 732 auch hier Geltung hat. Und indem selbst die halbe Ausnahme ausdrücklich als solche und nur mit Stimmenmehrheit aufgenommen wurde⁶⁾, trifft der Satz „exceptio firmat regulam“ nirgends besser zu, als in unserem Falle. Eine andere Ausnahme aber findet sich im bürgerlichen Gesetzbuche nicht. Außerhalb desselben finden sich zwei Strafbestimmungen, wonach der unbefugt Ausgewanderte⁷⁾ und der Deserteur⁸⁾ hinsichtlich der ihm sonst anfallenden Erbschaften gleichsam als bürgerlich todt, als nicht vorhanden betrachtet werden soll. (Vgl. oben S. 23, Note 29.) (Der erste jener Fälle ist heute antiquirt [s. S. 23 ff. unter Z. 3]). Dieses kann in seltenen Fällen praktisch zu einer Ausnahme⁹⁾ von §. 732 i. f. führen; theoretisch war es nicht als eine Durchbrechung des Repräsentationsprincips gedacht. Dennoch wurde unter Berufung auf diese Vorschriften, dann auf §. 541 und §. 780, und unter Vermengung dieser Lehre mit der vom Pflichttheil, in der Mitte der 30er Jahre die Behauptung aufgestellt, das Repräsentationsrecht gelte in Oesterreich nicht! Bis dahin hatte seit der Einführung des heutigen Erbrechtes (1786) — also während eines halben Jahrhunderts — Niemand an dem Repräsentationsrechte gezweifelt¹⁰⁾, für welches Zeiller ein ebenso nachdrückliches, als classisches Zeugniß ablegt. Seither aber ist die richtige Einsicht bis heute getrübt geblieben. Näheres darüber in einem ausführlichen Aufsatze über das Repräsentationsrecht in den Excursen. Vorläufig aber verweisen wir auf die gute Darstellung von Hüttner in §. 38 und §. 52 seiner verdienstlichen Monographie.

5) S. Commentar und Excurse zu §. 541.

6) S. am eben cit. D.

7) Pat. v. 24. März 1832 §. 10 lit. c.

8) Mil. Straf-Ges. §. 208 lit. e. Vgl. über beide Fälle Stubenrauch oder Ellinger zu §. 732.

9) Eine dritte solche Ausnahme behauptete in willkürlicher Weise Winwarter III S. 290 hinsichtlich der „Nachkommen derjenigen, welche dem Rechte, etwas zu erwerben, überhaupt entzogen, oder das feierliche Gelübde der Armuth abgelegt haben“. Dies blieb aber ohne Nachfolge; s. dagegen Stubenrauch Z. 6 (in der 4. Aufl. II. Bd. S. 7 Note) und Unger S. 33 Anm. 1 a. E.

10) Nur für die Enkel wollte es Pratobevera bestreiten, dem aber sofort seine Collegen entgegen traten. S. Excurse II S. 26, 27.

V. Die praktischen, aus diesem Principe fließenden Rechtsätze sind, wie schon gesagt, theils positiver, theils negativer Art. Die positiven sind in §. 733 und §. 734 zusammengestellt, die negativen sind theils in den §§. 732—734 enthalten, theils zerstreut und müssen hier aufgeführt werden: 1) Ist der Zwischenparent erbunfähig, so bekommen (von dem singulären Falle des Deserteurs abgesehen) seine Kinder auch nichts; dabei ist es gleichgültig, ob er noch lebt, oder vor dem Erblasser gestorben ist; denn der Lebende kann nicht repräsentirt werden (§. 732 a. E.), und die Repräsentanten des Verstorbenen bekommen so viel, als er bekommen hätte, also hier: nichts.^{10a)} 2) Ist Jener erbunwürdig und lebt noch, so sind seine Kinder ausgeschlossen; ist er vor dem Erblasser gestorben, so wird diesen *humanitatis causa* die von jenem verwirkte Portion zugebilligt (§. 541).¹¹⁾ 3) Hat ein Anwärter auf sein Erbrecht Verzicht geleistet, so „wirkt (diese) Verzichtleistung auch auf die Nachkommen“ (§. 551).¹²⁾ Dies tritt besonders hervor, wenn der Verzichtende vor dem Erblasser gestorben ist; denn im anderen Falle sind seine Nachkommen schon durch §. 732 i. f. ausgeschlossen.¹³⁾ Letzteres gilt auch 4) im Falle der Ausschlagung der Erbschaft, welche ja bei Lebzeiten des Erblassers nicht geschehen kann; wohl aber könnte sie (ein höchst seltener Fall) nach dessen Tode noch vor der Delation in eventum geschehen (vgl. hier Note 22). Jedenfalls sind demnach sowohl die Kinder des Verzichtenden, als die des Ausschlagenden ausgeschlossen.^{13a)} Vgl. hierzu §. 537, wo aber freilich nicht von Repräsentation, sondern von Transmissio die Rede ist. Nur wenn die Ausschlagung¹⁴⁾ ausdrücklich zu Gunsten der Kinder

^{10a)} Die gegentheilige und (wie sich bis zur Evidenz zeigen läßt) unrichtige Ansicht vertritt für den Fall, daß der Unfähige vorverstorben ist, u. A. auch Unger (§. 33 Anm. 4 und Text dazu), während er für den Fall, wo der Unfähige noch lebt, die richtige Entscheidung als „leider keinem Zweifel“ unterliegend zugibt (§. 33 Anm. 1). Durchweg richtig für diese, wie für alle Fälle Hüttner §. 52.

¹¹⁾ Unger behauptet (§. 33 Anm. 4): „Der §. 541 enthält nicht etwa, wie man meint, eine Ausnahme von der Regel, sondern vielmehr eine bei passender Gelegenheit . . . ausgesprochene Bestätigung derselben.“ Dagegen ist zu bemerken, daß das „derselben“ unzulässig und verwirrend ist, da Unger dabei an eine angebliche Regel denkt, die das Widerpiel derjenigen Regel wäre, an die zwei Zeilen früher gedacht ist. Was aber das Sachliche der Behauptung betrifft, so wird es durch die Protokolle ausdrücklich und direct widerlegt.

¹²⁾ Näheres oben §. 56 f. Abs. X und den Excurs dazu Abs. XIII.

¹³⁾ Was schon längst auch von Anderen erkannt worden ist. (E. Excurs II. Bd. §. 53.) Auch Unger §. 30 Anm. 11 gibt dies zu, und ebenso räumt er ein, daß es mit der damaligen Auffassung des Repräsentationsrechtes zusammenhänge. — Ueber §. 632 pr. f. in diesem Bande §. 57 und §. 335 Abs. II.

^{13a)} In der Gerichtshalle 1857 Nr. 29 (S. 257 f. bez. in der 2. Aufl. S. 207 f., auch mitgetheilt bei Peitler 2. Aufl. Nr. 343 S. 278 ff.) ist folgender Fall erzählt. Eine Tochter hatte ausgeschlagen, deren Tochter nahm aber das Ausgeschlagene in Anspruch. Dem trat eine andere Tochter des Erblassers (also eine Schwester der Ausschlagenden und Tante der Erbprätendentin) entgegen; die Ausschlagung schließe nicht nur den Ausschlagenden, sondern auch seine Kinder aus. Das Urtheil der I. Instanz, das von beiden Obergerichten bestätigt wurde, entschied zu Gunsten der Tochter (Tante) gegen die Enkelin (Nichte), und motivirte dies so: a) durch Hinweis auf §. 732 a. E. (nicht entgegen sei §. 735 pr.); b) durch die Natur des Repräsentationsrechtes; c) wer seinem Erbrechte entsagt hat, kann es nicht übertragen; dabei wurde auf §. 537 und §. 809 verwiesen. Die stirps (dort unpassend „eine Linie“ genannt) stelle eine Person vor, nur ihr Haupt könne, wenn es noch da sei, das Recht zur Erbfolge ausüben (richtiger Gedanke in nicht gelungenem Ausdruck); „und die Mutter der Beklagten hat es ausgeübt“ durch die Ausschlagung. (Dies ist wahr; das Recht aus der Delation wird ebenso durch die Ausschlagung als durch die Antretung ausgeübt und consumirt, s. §. 809.) De Ausschlagung stehe also in ihrer Wirkung dem Tode nicht gleich. d) Durch Hinweis auf die Analogie zwischen Ausschlagung und Erbverzicht (§. 551). e) Durch arg. a contr. aus §. 541 (als Beleg für das Repräsentationsrecht). — Dieses Urtheil ist nicht nur richtig, sondern auch sehr gut motivirt.

¹⁴⁾ Ueber den Verzicht zu Gunsten bestimmter Personen s. oben §. 55 f. Abs. V und Excurs dazu Abs. VIII.

des Recusirenden geschehen würde, wäre es anders. Dann läge nur ein verfehlerter Ausdruck für die Annahme und Veräußerung der Erbschaft vor (s. §. 1278 und §. 1282 i. f.). 5) Ist das Kind rechtmäßig enterbt, und überlebt es den Erblasser, so sind seine Descendenten auch ausgeschlossen (§. 732 i. f. und arg. a contr. aus §. 780); ist das Kind vorher gestorben, so bekommen seine Descendenten humanitatis causa den Pflichttheil (nach §. 780, der gleichzeitig mit §. 551 in das Ges. Buch aufgenommen wurde).¹⁵⁾ Der Vollständigkeit wegen führen wir hier noch einen für die erste Linie allerdings unpraktischen Fall an, nämlich: 6) Wenn ein Anwärter durch ein negatives Testament von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist (untechnisch sog. Enterbung), so sind im Zweifel auch seine Nachkommen, mag er nun leben oder nicht, ausgeschlossen. Dies ergibt sich aus der Analogie mit dem vom Erbverzicht Gesagten.¹⁶⁾ Ob ein gegenheiliger erklärter oder doch erweislicher Wille des Erblassers^{16a)} einer Erbeinsetzung der Descendenten des Enterbten gleichkomme, wird in dem Excurse über die negativen Testamente untersucht. Jedenfalls muß dieser Wille respectirt werden, nicht nur, weil hier ein Testament vorliegt, sondern auch vom Standpunkt der gesetzlichen Erbfolge aus. Denn diese ist ja von unserer Gesetzgebung (wie Unger das gelegentlich ausgedrückt hat) gleichsam als ein subsidiäres General-Testament gedacht. Und darum muß jenes auch bei dem (vom Erblasser entgegengenommenen) Erbverzicht gelten, wenn die Wirkung auf die Nachkommen darin ausgeschlossen ist. (Vgl. Excurse II. Bd. S. 54.)

Wir fassen zusammen: Ausschließung, Ausschlagung, Verzicht, Erbunfähigkeit wirken auch auf Repräsentanten, wie auf Transmissare; denn hinsichtlich eines zerstörten Rechtes (bez. einer solchen Anwartschaft) kann es ebensowenig ein Aufrücken, als eine Uebertragung geben (vgl. Note 19).

VI. Das Repräsentationsrecht kommt nur den ehelichen Kindern zu, also weder den unehelichen, noch den Adoptivkindern.¹⁷⁾ Die Qualität des Repräsentirten dagegen ist gleichgültig; auch die Anwartschaft eines unehelichen und eines Adoptivkindes geht auf seine eheleiblichen Nachkommen über (s. §. 183 pr.).¹⁸⁾ — Hat der Zwischenparens die Delation erlebt, so tritt nicht Repräsentation, sondern Transmissio ein. Beide Institute sind sehr verschieden. Repräsentanten sind nur Kinder des Ausgefallenen, und sie behalten jene Eigenschaft selbst dann, wenn sie ihren Parens nicht beerbt haben¹⁹⁾; Transmissare dagegen sind die Erben des Delaten, gleichviel ob Kinder oder anderweitige Verwandte oder auch fremde Personen.²⁰⁾ Wann die Accrescenz Platz greift, wurde bei §. 560 ff. gezeigt, und wird in einem Excurse zu §§. 733, 734 näher ausgeführt. Eine successio graduum im röm. Sinne gibt es bei uns nicht, und kann es nach dem ganzen System unseres Intestaterrechts gar nicht geben.²¹⁾ Denn: stirbt der Zwischenparens vor der De-

15) Davon später bei §. 780.

16) Vgl. Excurse II S. 39 f.

16a) Ein Beispiel in der Sammlung I Nr. 160; vgl. den Exkurs über die negativen Testamente.

17) Vgl. Hüttner S. 120 lit. f.

18) Mehr davon bei §. 754 und §. 755.

19) Die Repräsentation ist ein gesetzlicher Uebergang der Anwartschaft, ein Aufrücken in die Stelle eines Anderen, nicht aber ein ererbtes Recht. Daher ist sie unabhängig a) von der Beerbung des Zwischenparens (Hüttner S. 121), b) von dessen Willen, „und in dieser Beziehung ist es freilich auch ein eigenes Recht“ (Hüttner S. 158 N. **) — wie es ja auch sonst in jeder Gesetzgebung Fälle gibt, wo man kraft eigenen Rechtes in ein fremdes Recht eintritt.

20) D. h. testamentarische ebensowohl als Intestaterben des Delaten.

21) Vgl. Hüttner S. 146. — Es ist dies eine nothwendige Folge des Repräsentationsprinzips. Unger nennt §. 33 Anm. 2 das Fehlen der succ. graduum einen „Mangel“ unserer gesetzlichen Erbfolge; aber was er dagegen sagt, kommt darauf hinaus, daß die negativen Folgen des Repräsentationsprinzips hart sind; und so liegt in jener

lation, so tritt Repräsentation²²⁾, stirbt er später, so tritt Transmiffion ein; war er aus irgend einem Grunde ausgeschlossen, so sind es auch seine Repräsentanten (s. oben Abf. V und vgl. hier Note 21).

VII. Die vorstehenden Ausführungen über die Repräsentation (II—VI) gelten für alle Linien; wir haben sie an den Eingang der Lehre von der Erbfolge gestellt,²³⁾ und kehren nun zur speciellen Besprechung des §. 732 zurück.

Der erste Satz des §. 732 lautet allgemeiner als er gedacht ist; er erhält seine nothwendige Einschränkung durch §. 733 (und eine andere durch §. 757). Würde man jenen Satz wörtlich nehmen, so würde er besagen, daß Kinder ersten Grades jedenfalls „die ganze Erbschaft“ bekommen, somit Enkel nur in Ermangelung von Kindern zur Erbschaft gelangen. Bekanntlich verhält es sich aber ganz anders, wie §. 733 sehr klar sagt. Man pflegt zu sagen: „die nächsten Erben sind des Erblassers Kinder“; dies ist in dem Sinne wahr, als es keine näheren Erben gibt; insofern aber nicht ganz zutreffend, als Enkel ebenso nahe Erben sein können. Bedenkt man freilich, daß Kinder im engeren Sinne iure proprio, Enkel iure repraesentationis erben, so kann man (in diesem Sinne) den obigen Satz als einen allgemeinen gelten lassen.

Ob die Descendenten männlich oder weiblich (s. Einleitung zu diesem Hptst., zwischen N. 23 und 25), ehelich erzeugt oder legitimirt (§. 752), bei Lebzeiten des Erblassers oder nach seinem Tode geboren sind, ist gleichgültig (§. 732). Der Fall, daß das Kind (ganz kurze Zeit) nach dem Tode der Mutter sein extra-uterinales Leben beginnt, gehört selbstverständlich zu den größten Seltenheiten; während die Geburt eines Kindes nach dem Tode seines Erzeugers nicht gerade seltener ist (postumus im vulgären Sinne). Entferntere Descendenten können auch in dem Sinne postumi sein²⁴⁾, daß sie zwar bei Lebzeiten des Erzeugers, aber nach dem Tode des Erblassers geboren sind. Dieser Umstand ist im Principe gleichgültig^{24a)}; nicht aber auch, wann z. B. Enkel erzeugt sind. Der Erbe muß zwar nicht in allen Fällen bei Lebzeiten des Erblassers erzeugt sein²⁵⁾, jedenfalls aber schon im Momente, wo die

Kritik eine unwillkürliche Anerkennung der, sonst von ihm geläugneten, Geltung des Repräsentationsprinzips im österr. Rechte.

²²⁾ Dies gilt auch in den seltenen Fällen, wo die Intestat-Delation später eintritt als der Tod des Erblassers. Wenn ein Anwärter in der Zwischenzeit stirbt, so treten seine Nachkommen als Repräsentanten an seine Stelle.

²³⁾ Systematisch richtiger ständen diese Bemerkungen bei §§. 730, 731; doch daran liegt bei einem Commentar wenig, und in diesem Falle nichts; denn wir haben dort der Uebersichtlichkeit wegen nur das Allgemeinste gesagt und wegen des Näheren hierher verwiesen.

²⁴⁾ Das Wort „postumus“ ist in der Sprache der römischen Juristen ein wahrer Proteus. Die vielen, dadurch gebotenen, sehr subtilen Begriffsabgränzungen kommen für unser Recht nicht in Betracht.

^{24a)} „Zwar bei Lebzeiten des Erzeugers, aber nach dem Tode des Erblassers“; folglich hat beim Tode des Erblassers der Erzeuger noch gelebt. Ist der Erzeuger der Sohn des Erblassers, so wird er ihn beerben; ist er der Schwiegerohn, so wird seine Frau, die Tochter des Erblassers, dessen Erbin sein. In beiden Fällen wird also der Enkel den Großparens nicht beerben. Aber auch, wenn der Vater (bez. die Mutter) stirbt, ohne erworden zu haben (als Delat), so bekommt der Enkel die Erbschaft des Großparens nicht als sein Erbe, sondern als Transmissar des Parens. Weil demnach ein Enkel, der im obigen Sinne postumus ist, in den meisten Fällen nicht oder doch nicht als Enkel erbt, haben wir im Texte gesagt „im Principe gleichgültig“. Undenkbar ist es aber keineswegs, daß die delatio ab intestato erst nach dem Tode des Sohnes (der Tochter) eintritt (vgl. hier Note 27), und dann ist der Enkel der directe Erbe seines Großparens. — Die Reihenfolge der Ereignisse wäre also z. B. diese: Erst ist gestorben der Großparens, dann wurde geboren der Enkel, sehr bald darauf starb die Tochter (bez. Mutter), und darnach erst wird (durch Ausschlagung Seitens der testamentarischen Erben) die Intestat-Erbfolge eröffnet. Der Erzeuger des Enkels (der Schwiegerohn des Erblassers) lebt noch.

²⁵⁾ Unserem Rechte ist der römische Satz fremd, daß eine Verwandtschaft im tech-

Intestat-Erbfolge eröffnet wird (Delation ab intestato, im obj. Sinne), als nasciturus existiren.²⁶⁾ S. oben S. 29, 30 Abf. II. 27) — Der zweite Satz gibt die römische, dem modernen bürgerlichen Rechtsgefühl selbstverständlich erscheinende Regel, daß zwischen den Kindern weder das Geschlecht, noch das Alter einen Unterschied begründet, sondern sie nach Köpfen theilen (divisio, successio per capita).²⁸⁾ Damit wurden die Eingangs erwähnten Monita mit Recht verworfen.²⁹⁾

Der dritte Satz lautet ganz allgemein und ist auch ebenso gemeint: er darf also nicht willkürlich auf erbfähige oder gar auf wirklich erbende Kinder (bez. Enkel) eingeschränkt werden. Er will keineswegs bloß das Selbstverständliche sagen, daß Enkel nicht mit ihrem Patens zusammen erben, daß weder zwei Portionen in eine stirps kommen, noch auch die eine Portion zwischen das Kind und dessen Kinder untergetheilt werde.³⁰⁾ Sondern der Schlusssatz von §. 732 will auch das einschließen, was wir oben (Abf. V) entwickelt haben. Die Redaktionsgeschichte verschiedener §§., bes. die von §. 541 und die von §. 734 (s. unten S. 702) läßt nicht den leisesten Zweifel daran bestehen.

VIII. Dem Sage, daß das Geschlecht der Kinder keinen Unterschied mache, pflegen unsere Schriftsteller beizufügen: auch sei es gleichgültig, ob die Kinder aus einer oder aus mehreren Ehen stammen. Dies ist selbstverständlich, da ja nicht die Beerbung eines Ehepaars, sondern (selbst bei gleichzeitigem Versterben der Eltern) immer nur die Beerbung eines Patens abgesondert in Betracht kommt. Geradezu absurd ist es, wenn Zeiller, S. 725, Z. 4, sich so ausdrückt: Kinder ver-

nischen Sinne, eine solche, die einen Erbgrund abgeben kann, nothwendig eine Coexistenz des Erben und Erblassers voraussetzt. Julian (lib. 49 dig.) sagt in L. 6. D. de suis et legit. hered. 38. 16: Qui post mortem avi sui concipitur, is neque legitimam hereditatem eius tamquam suus heres neque bon. poss. tamquam cognatus accipere potest; quia lex XII. tab. eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit. Und der von Ulpian in L. 6 pr. D. de iniusto rupto 28. 3 citirte Marcellus: ... Sed haec ita, si mortis avi tempore in utero nepos fuit; ceterum, si postea conceptus est, ... neque ut suum neque ut nepotem aut cognatum ad hereditatem vel ad bon. poss. posse admitti. Cf. §. 8. J. de hered. qu. ab int. 3. 1 und Ulp. in L. 1 §. 8 D. unde cogn. 38. 8 („quia non fuit proximus cognatus ei, quo vivo nondum animax fuerit“). — Die Geltung dieses Satzes für das heutige gemeine Recht ist besritten: Schirmer S. 189 ff. Note 157 und S. 270 bei und in Note 41. Vgl. Windscheid §. 535 R. 5.

²⁶⁾ Die Fälle, wo die Delation später erfolgt als der Tod des Erblassers, sind oben S. 29 Abf. I angegeben.

²⁷⁾ Dazu Hüttner S. 152 Z. 5: „Bei entfernteren Descendenten kommt es nicht einmal darauf an, ob sie zur Zeit des Todes des zu beerbenden Ascendenten auch nur gezeugt waren, wenn sie nur zur Zeit des Erbanfalles gezeugt waren und ihnen das Repräsentationsrecht zu Statten kommt, z. B. Jemand stirbt mit Hinterlassung eines Sohnes, welchen er in dem Testamente auf den bloßen Pflichttheil einschränket. Während der Testamentserbe überlebet, verhehlicht sich der auf den Pflichttheil beschränkte Sohn, und stirbt bald darauf mit Hinterlassung einer schwangeren Witwe; und nun schlägt der eingesezte Erbe die Erbschaft aus. Wenn hierauf die Witwe ein lebendes Kind zur Welt bringt, so ist dasselbe, ungeachtet es zur Zeit des Todes des Erblassers noch gar nicht gezeugt war, der nächste gesetzliche Erbe.“ Dieser Fall unterscheidet sich von dem in Note 24^a angenommenen darin, daß dort (24^a) der Enkel beim Tode des Großpatens noch nicht geboren, hier (27) noch nicht einmal erzeugt ist.

²⁸⁾ Manche älteren Theoretiker wollen diesen Ausdruck vermieden sehen, wenn nur ein Kind vorhanden ist (successio in assem). Indes hat dieser Fall nichts wesentlich Unterscheidendes an sich; der Mathematiker spricht auch von einer „Division durch eins“.

²⁹⁾ Wollte man alle historischen Notizen über Bevorzugung der Söhne vor den Töchtern zusammenstellen, so würde ein dickes Buch daraus werden. Indessen hat man sich die Zurücksetzung des weiblichen Geschlechtes bei der altdeutschen Erbfolge noch ärger gedacht, als sie wirklich gewesen ist. — Die Begünstigung des Erstgeborenen war (was Viele nicht wissen) den meisten europäischen Völkern fremd; sie gehört dem späteren Adels- und Bauernrechte an.

³⁰⁾ Wie es nach der nova clausula Juliani zuweisen beim emancipatus der Fall war.

schiedener Ehen beerben . . . nur ihren gemeinschaftlichen Vater oder ihre gemeinschaftliche Mutter, ohne Vorzug der zweibändigen vor den einbändigen.“ „Zweibändige Kinder“! Zwischen dem Parens und seinem Kinde gibt es immer nur ein Band: das der Zeugung bez. Geburt. Es versteht sich ja doch von selbst, daß uns nur die Beziehung des Erben zum Erblasser, nicht aber die zu dessen Gatten oder zu den Geschwistern des Erben angeht. Darum ist es auch selbstverständlich, daß zwischen Stiefeltern und Stiefkindern keine Erbbeziehung stattfindet, da sie ja gar nicht verwandt sind, und die Affinität bei uns überhaupt kein Erbgrund ist. „Die Einkindschaft, das ist ein Vertrag, wodurch Kinder aus verschiedenen Ehen in der Erbfolge einander gleich gehalten werden sollen, hat“ in Oesterreich „keine rechtliche Wirkung“ (§. 1259). Weiter ist hierüber nichts zu bemerken.³¹⁾

IX. Ueber die Accrescenz s. bei den folgenden §§. Abf. IV.

§. 733.

Ist ein Kind des Erblassers vor ihm gestorben, und sind von demselben Ein oder mehrere Enkel vorhanden; so fällt der Antheil, welcher dem verstorbenen Kinde gebührt hätte, diesem nachgelassenen Enkel ganz, oder den mehrern Enkeln zu gleichen Theilen zu. Ist von diesen Enkeln ebenfalls Einer gestorben*) und hat Urenkel nachgelassen; so wird auf die nämliche Art der Antheil des verstorbenen Enkels unter die Urenkel gleich getheilt. Sind von einem Erblasser noch entferntere Nachkömmlinge vorhanden; so wird die Theilung verhältnißmäßig nach der eben gegebenen Vorschrift vorgenommen.

§. 734.

Auf diese Art wird eine Erbschaft nicht nur dann getheilt, wenn Enkel von verstorbenen Kindern mit noch lebenden Kindern, oder entferntere Nachkömmlinge mit nähern Nachkömmlingen des Erblassers zusammentreffen**); sondern auch dann, wenn die Erbschaft bloß zwischen Enkeln von verschiedenen Kindern; oder zwischen Urenkeln von verschiedenen Enkeln zu theilen ist. Es können also die von jedem Kinde nachgelassenen Enkel, und die von jedem Enkel nachgelassenen Urenkel, ihrer seyn viele oder wenige, nie mehr und nie weniger erhalten, als das verstorbene Kind oder der verstorbene Enkel erhalten hätten, wenn sie am Leben geblieben wären.

I. Redaction. a) von §. 733.

Pat. §. 5: Wenn aber ein . . . gestorben ist, und von demselben Enkel vorhanden sind, so wird der Antheil, der auf das verst. K. gefallen wäre, unter die von demselben nachgelassenen Enkel gleich getheilt; wenn von . . . gestorben ist und Urenkel nachgelassen hat, so wird der Antheil, der dem verst. E. gebührt hätte, unter die von dems. nachgel. Urenkel wieder gleich getheilt. Ebenso soll es auch gehalten werden, wenn sich ereignete, daß von einem Erblasser noch entferntere Nachkömmlinge vorhanden wären.

Westgal. G. B. II. §. 537:

Ist . . . und sind durch dasselbe E. vorhanden, so wird der Antheil, welcher auf dieses verst. K. gefallen wäre, unter diesen nachgel. Enkeln gleich getheilt. Ist von diesen E. . . .***)

Man ließ diesen §. in der G. v. 17. Sptbr. 1804 unverändert. Text I (§. 445), Text II (§. 733) = §. 733 „ . . . und sind durch dasselbe Enkel . . . so wird der . . . welcher auf dieses verstorbene Kind gefallen wäre, unter diese (X. II: diesen) nachgelassenen Enkel gleich getheilt. Ist . . .“

³¹⁾ Hüttner S. 158 ff. behandelt in einem eigenen §. (53) das „gesetzliche Erbrecht der Kinder verschiedener Ehen“. Alle seine Entscheidungen sind richtig, aber unzutreffend dargestellt. Es ist irreführend, zu sagen, daß die eine Gruppe von Kindern dieses, die andere jenes „zum voraus erhalte“. Indem Hüttner die Beerbung der verschiedenen (2, 3, 4) Gatten in Eins mengt, macht er sich nicht vorhandene Schwierigkeiten, löst Probleme, die der moderne Jurist nicht zu stellen braucht, und versteht sich künstlich auf den Standpunkt der laienhaft unbeholfenen Gesetzformulirung des Mittelalters.

*) J. G. S. setzt hier einen Beistrich, der in der ersten officiellen Ausgabe fehlt.

**) J. G. S.: „zusammen treffen“.

*** In der J. G. S. fehlt im §. 537 Westgal. G. B. II durch einen Druckfehler das Wort „Antheil“ vor: „des verstorbenen Entels“.

b) Redaction von §. 734.

Pat. §. 6: Diese Theilungsart soll nicht nur alsdann beobachtet werden, wenn Enkel von vorgestorbenen Kindern m. noch leb. P., oder sonst weitere Nachf. zu vertheilen ist, dergestalt, daß die von jedem Kinde nachgel. . . . Urenkel, es mögen ihrer mehrere oder wenige sein, nie mehr noch weniger erhalten sollen, als das vorgestorbene Kind oder der vorgest. Enkel, wenn er lebte, erhalten hätte.

Westgal. G. B. §. 538 lautet wie jetzt §. 734.¹⁾

Das innerösterreich. App. Ger. fragte: „a) ob die Enkel²⁾ der durch das Gesetz ausgeschlossenen, oder unwürdigen, oder enterbten, oder freiwillig verzichteten (sic) Kinder, wenn sie bei Lebenszeit des Vaters³⁾ allein, oder nach dessen Tode mit Enkeln (s. N. 2) von verschiedenen, jedoch gleichmäßig unfähigen Kindern zusammentreffen, von der gesetzlichen Erbfolge gänzlich, oder nur so lange ihre Eltern leben, oder auch wenn diese früher verstorben sind, ebenfalls ausgeschlossen sein, und die Erbfolge auf eine andere Linie übergehen soll? oder ob die unschuldigen Enkel in einem solchen Falle nicht iure proprio proximitatis erben? — b) wenn sie iure p. proxim. erben, ob auch alsdann noch eine Anrechnung nach dem Sinne des §. 535 und 536 statthaben soll?“ —

Von größter Wichtigkeit für die Feststellung des geltenden Rechtes ist die Antwort, welche Zeiller in der S. v. 17. Sptbr. 1804 unter allseitiger Zustimmung auf diese Fragen ertheilte:

„ad a) folge aus dem klaren Texte, daß die Enkel immer nur das erhalten sollen, was das verstorbene Kind erhalten haben würde, von selbst: daß die Enkeln all dieser vorbelegten Kinder von der großväterlichen Erbschaft gänzlich ausgeschlossen sind. Es scheine (dies) zwar hart, allein die Enkeln könnten ihren Anspruch doch nur von ihren nächsten Eltern ableiten, denen aber in den erwähnten Fällen kein Recht zusteht. Die Großeltern mögen der Billigkeit Gehör geben und eine andere Anordnung treffen.“ — ad b) Aus dem Texte erhelle, daß den Enkeln angerechnet wird, was nach den cit. SS. „dem verstorbenen Kinde anzurechnen ist“. Nur darüber fehle es an einer Bestimmung, was zu geschehen habe, wenn der Enkel nach des Patens Tode etwas von den Großeltern bekommt? Zeiller proponirte den Zusatz: „Wenn Großeltern nach dem Tode eines Kindes einem von demselben hinterlassenen Nachkömmlinge etwas zugewendet haben; so sind zur Anrechnung die oben (hier sollten die betreffenden SS. allegirt werden) gegebenen Vorschriften zu beobachten.“ Doch sei die Verathschlagung bis zum Kapitel vom Pflichttheile auszusprechen. — Man war durchweg mit dem Ref. einstimmig einverstanden, weshalb an §. 538 nichts geändert wurde.⁴⁾

Text II §. 446 . . . „verstorbenen Kindern oder entferntere . . . wären.“ Text II §. 734 wie jetzt, nur a. G. „wenn er am Leben geblieben wäre.“ Text I enthält die „nachgetragene“ Bemerkung: „Da sich das gesetzliche Erbrecht der Abstammlinge auf das Vorstellungsrecht gründet, so folgt, daß sie, wenn sich ihre Eltern nach dem §. 254 u. s. f. des Erbrechtes unwürdig gemacht haben, ebenfalls von dem gesetzlichen Erbrechte ausgeschlossen sind. Wollte man diese Folge der Billigkeit wegen nicht bestehen lassen, so müßte man hier eine Ausnahme machen.“ [S. oben bei §. 541.]

II. Selbst wenn die Redactoren es nicht so ausdrücklich gesagt hätten, wie wir oben gehört haben, könnte doch kein unbefangener Leser der §§. 733, 734 bezweifeln, daß auch in ihnen nicht bloß die positive, sondern auch die negative Seite des

1) Daß einmal statt Enkel „Kinder“ steht, ist keine beabsichtigte Variante, sondern ein Schreib- oder Druckversehen („die von jedem Kinde nachgel. Urenkel“).

2) Soll heißen „Kinder“; gemeint sind: solche Enkel, welche Kinder von . . . ausgeschlossenen . . . Kindern sind.

3) Soll heißen „Patens“.

4) Das in N. I erwähnte Versehen wurde (wie es scheint) stillschweigend berichtigt.

Repräsentationsprincips ausgedrückt ist, vbs.: „der Antheil, welcher dem verstorbenen Kinde gebührt hätte“; (§. 733) „der Antheil des verstorbenen Enkels“ (ebend.); bef. aber: „Es können also die von jedem Kinde nachgelassenen Enkel . . . nie mehr und nie weniger erhalten, als das verstorbene Kind . . . erhalten hätte, wenn (es) am Leben geblieben wäre.“

III. Zeiller (S. 725, Z. 3) faßt die Theilungsvorschriften der §§. 732—734 kurz und gut so zusammen: „Die Kinder des ersten Grades erben nach Köpfen, die Nachkömmlinge der ferneren Grade nach Stämmen; ohne Unterschied, ob sie mit Kindern des ersten Grades oder mit entfernteren Nachkommen zusammen treffen.“ Betrachtet man die Stirpsportion als Einheit, so wiederholt sich innerhalb der *divisio per stirpes* für die Kindesfinder die *divisio per capita*, wie denn überhaupt die Theilungsregeln in diesem System sich beständig wiederholen. Wo Urenkel berufen sind, zerfällt die stirps in Unterstirpes u. s. w. §. 734 fügt ausdrücklich bei, daß die *div. per stirpes* nicht bloß gemischt mit der Capitaltheilung, sondern auch rein vorkommen kann, z. B. wenn alle Kinder vorverstorben sind und ihrerseits Kinder (also Enkel des Erblassers) hinterlassen haben. Eigentlich ist dies selbstverständlich; und vielleicht wäre diese Entscheidung nicht so breit ausgeführt worden, wenn nicht im gemeinen Rechte bei der Erbfolge von Neffen und Nichten so wunderliche Fragen entstanden und durch den Reichsabschied v. Speyer (i. J. 1529) so inconsequent wären entschieden worden.⁵⁾ Hinsichtlich der Enkel war freilich auch dort kein Zweifel möglich.

Die Theilungsregeln der §§. 733, 734 sind so einfach und klar, daß sie einer Verdeutlichung durch Beispiele oder gar Schemen, wie sie in Commentaren sich oft finden⁶⁾, nicht bedürfen. Wohl aber verdient dieses mehr hervorgehoben zu werden, als gewöhnlich geschieht, daß die *div. per stirpes* niemals durch die *div. per capita* ersetzt werden darf, auch wenn sie zufällig das gleiche Resultat ergibt. Wenn Jemand keine Kinder, aber von zwei vorverstorbenen Kindern je zwei Enkel hinterlassen hat, bekommt jeder von diesen $\frac{1}{4}$. Dennoch ist es falsch, sich den Nachlaß direct in vier gleiche Theile getheilt zu denken, sondern es sind Hälften, die zufällig wieder zu halbiren sind; die Hälften blieben ja auch dann, wenn auf der einen Seite zwei, auf der anderen drei Repräsentanten vorhanden wären. Und jene Weisung ist keine müßige Pedanterie; ihre praktische Bedeutung zeigt sich bei der *Accrescenz*.

IV. Das Zuwachsrecht in der ersten Linie.⁷⁾ a) Wenn nur Kinder ersten Grades da sind, und eines stirbt, ohne erworben zu haben, so fällt sein Theil auf die Repräsentanten bez. Transmissare; sind aber auch solche nicht vorhanden, oder erfolgte die Erledigung des Erbtheils durch Ausschlagung, so wächst er den anderen Kindern gleichmäßig zu.⁸⁾ b) Wenn beim Zusammentreffen von Capital- und Stirpsstheilen ein

⁵⁾ Wir kommen darauf bei §. 735 zurück.

⁶⁾ Nippel V S. 11, 12 löst sein eigenes Beispiel falsch auf; N würde dort nicht ein Sechstheil (die Portion des H), sondern als einziger noch übriger Repräsentant des C dessen ganzes Drittel erhalten; dabei ist es gleichgültig, ob der G oder der H früher gestorben ist, wenn nur beide vor dem A gestorben sind.

⁷⁾ Die Behauptung von Mühlfeld, Winiwarter und Stubenrauch, daß es bei der gesetzlichen Erbfolge kein Zuwachsrecht gebe, ist unhaltbar (s. oben S. 88 N. 23) und kommt größtentheils auf einen Wortstreit hinaus. Daß freilich die *Accrescenz* im österr. R. überhaupt von geringerer praktischer Bedeutung ist, als im römischen R., darüber s. den *Excurs*.

⁸⁾ Wenn z. B. eines von vier Kindern in dieser Art ausfällt, so bekommen die übrigen je $\frac{1}{3}$ des Nachl. s. s. Es ist gleichgültig, ob man sagt: das vacante Viertel wird unter sie vertheilt, oder der Nachlaß wird direct gedrittelt; denn

$$\frac{1}{4} + \frac{1}{12} = \frac{3+1}{12} = \frac{4}{12} = \frac{1}{3}.$$

Theoretisch ist die Vortheilung, wornach von vornherein Drittel und nicht Viertel vorhanden waren, so daß man hinterher nur die Größe erfährt, die genauere und tiefere.

Capitaltheil (eine Virilportion) erbedigt wird, so vermehren sich nicht bloß die übrigen Capital-, sondern auch die Stirpsitheile.⁹⁾ c) Wenn dagegen eines von mehreren Gliedern einer stirps ausfällt, so kommt dies lediglich den Genossen derselben stirps zu Gute¹⁰⁾, also in der Regel, aber nicht nothwendig¹¹⁾, den Geschwistern des Ausfallenden¹²⁾, niemals seinen Onkeln und Tanten. Diese lucriren nur, wenn die ganze Stirpsportion erbedigt wird, was allerdings auch durch den Tod eines einzigen Onkels geschehen kann. d) Das Wegfallen eines Urenkels vergrößert die Portionen seiner Geschwister (der Genossen der Unterstirps); nur wenn er keine hat oder alle wegfallen, wachsen die Antheile der zu derselben stirps gehörigen Enkel (Enkelinnen), nicht aber die der Nachkommen eines anderen Kindes des Erblassers. Stirpes und Unterstirpes bilden ein Seitenstück zur Conjunction testamentarischer Erben. e) Wir haben oben, S. 88 Abs. III, es für zulässig erklärt, den Ausdruck „Accrescenz“ (Anwachsung, Zuwachs) auch auf Fälle auszudehnen, wo ein Anwärter bei Lebzeiten des Erblassers ausfällt. Man darf nun hiegegen sich nicht darauf berufen, daß der Tod eines Kindes den Enkeln auch dann zu Statten kommt, wenn ihr Parens noch früher gestorben war. Auf den ersten Blick kann dies paradox erscheinen, weil die Enkel hier eine größere Anwartschaft haben, als ihr Parens hatte. In Wahrheit ist dies aber weder ungehörig, noch ein Unterschied von der Accrescenz im engsten technischen Sinne; denn auch diese kommt den Erben des Accrescenz-Berechtigten selbst dann zu Statten, wenn er die Erbedigung nicht erlebt hatte. S. oben S. 87, 88 Abs. II (zwischen N. 16 und 17). Vgl. hier oben N. 6.¹³⁾¹⁴⁾

2. Linie: Die Aeltern und ihre Nachkömmlinge;

§. 735.

Ist Niemand*) vorhanden, der von dem Erblasser selbst abstammt**); so fällt die Erbschaft auf diejenigen, die mit ihm durch die zweite Linie verwandt sind, nämlich: auf seine Aeltern und ihre Nachkömmlinge. Leben noch beyde Aeltern; so gebührt ihnen die ganze Erbschaft zu gleichen Theilen. Ist Eines dieser Aeltern verstorben; so treten

9) Beispiel: Drei Kinder und zwei Enkelstämme (Kinder zweier vorverstorbenen Kinder). Ein Kind ersten Grades entfällt; aus Fünfteln werden Viertel, was natürlich auch den Enkelstämmen zu Gute kommt.

10) Wenn in dem früheren Beispiel ein Enkel ausfällt und Geschwister hat, so bleibt es bei den Fünfteln; nur wird das eine Fünftel jetzt unter weniger Personen untergetheilt.

11) Nicht nothwendig nur den Geschwistern; denn es können Unterstirpes vorhanden sein, wo dann auch Neffen und Nichten des Ausfallenden participiren.

12) In dem Beispiele in Abs. III würde das Ausfallen eines der vier Enkel nicht allen drei anderen, sondern nur einem zu Gute kommen, und darin zeigt es sich praktisch, daß jene Viertel halbirtre Hälften waren.

13) Eine neue Bearbeitung der P. v. d. Accrescenz nach römischem Rechte findet sich jetzt in Hofmann kritische Studien im N. N. (1885) im III. und V., aber auch (passim) im IV. Aufsatze. Dadurch erfahren die kurzen Bemerkungen im Commentar nicht nur eine nähere Ausführung, sondern vor allem Vertiefung, und der eine Satz, daß der Grund der römischen Accrescenz nicht in dem zu vermuthenden Willen des Erblassers zu suchen sei (S. 85 Abs. II pr.), eine Einschränkung.

14) Hüttner widmet der ersten Linie oder, wie er sie nennt, der „ersten Classe“ sechzig Seiten (S. 148 ff.), worin die von uns hereingezogene Lehre von der Repräsentation nicht enthalten ist! Man wird erstannt fragen, wie denn solche Weitläufigkeit dann möglich sei? Sie erklärt sich daraus, daß er die Lehre von der Anrechnung aufgenommen hat (S. 182 ff.), was sich bei einer Monographie immerhin rechtfertigen läßt. Denn die Collation gehört systematisch am richtigsten zur Lehre von der gesetzlichen Erbfolge der Descendenten. Er zieht aber auch die Lehre von der Geburt und — anläßlich der postumi — die von den nascituri herein (§§. 22, 23 b. G. B.), was nicht zu billigen ist; dabei macht er überdies Abschweifungen ins Gebiet der forensischen Medicin, die zum Theile recht kindisch sind und das hübsche Werk verunzieren.

*) J. G. S.: „niemand“.

***) J. G. S. setzt statt des Strichpunktes einen Weistrich.

dessen nachgelassene Kinder oder Nachkömmlinge in sein Recht ein, und es wird die Hälfte, die dem Verstorbenen gebührt hätte, unter sie nach jenen Grundsätzen getheilt, welche in den §§. 732—734 wegen Theilung der Erbschaft zwischen Kindern und entferntern Nachkömmlingen des Erblassers festgesetzt worden sind.

I. Redaction. Patent §. 7:

Wenn niemand vorh. ist, der vom . . . , dann gelangen diejenigen als die nächsten zur Erbschaft, die . . . : seine beiden Aeltern und die von seinen Aeltern abstammen. Leben beide Ae. des Erblassers noch, so . . . diesen . . . und wird zwischen ihnen in gleiche Theile getheilt. Ist Eines von den Aeltern gestorben, . . . die von denselben nachgel. Kinder und deren Nachf. in sein Recht ein, und wird diejenige Hälfte, so dem Verstorbenen gebührt hätte, unter dessen Kinder und die Nachf. derselben nach eben den Grundsätzen getheilt, welche in den §§. 4. 5. 6 zur Theilung der Erbschaft zwischen den K. und weiteren Nachf. d. Erbl. bestimmt sind.

So klar dieser §. 7 war, so entstanden doch hie und da, durch das ältere Recht veranlaßt, Zweifel, die das Hfd. v. 4. Mai 1787 (J. G. S. Nr. 675) beseitigte, vbs: (In Folge §. 7 . . .) „findet die aus den alten nunmehr nicht mehr bestehenden Gesetzen hergeleitete Idee, als ob der Mutter, wenn sie zu einer zweiten Ehe geschritten, nur der Fruchtgenuss, und nicht das Eigenthum des ihr von einem vorverstorbenen Kinde der ersten Ehe anfallenden Erbtheils gebühre, nicht Statt“.

§. 539 Westgal. G. B. II lautet fast wörtlich so wie §. 735.¹⁾ In d. G. v. 17. Septbr. 1804 wurde nichts geändert. Text I „ . . . gestorben, so . . . welche oben in den §§. 444, 445, 446 . . . sind.“ M. R. „2. Linie“. Text II ebenso, nur hat er die Ziffern §§. 732—735, und in der M. R. den Zusatz von Zeiller: „Die ehelichen Eltern und deren Nachkömmlinge“ (er ist gestrichen und restituirt).

II. Die zweite Parentel wird berufen: a) wenn eine erste nie vorhanden war oder doch beim Tode des Erblassers nicht vorhanden ist (nur diesen, weitaus häufigsten Fall nennt das Gesetz im §. 735 pr.); b) wenn die Kinder (im w. S.) erbunfähig oder erbunwürdig sind; c) wenn alle nach geschetzener Delation erbunfähig oder erbunwürdig²⁾ werden; oder endlich d) wenn sie die Erbschaft ausschlagen. In den Fällen a) und b) ist die Berufung eine primäre, in den Fällen c) und d) eine successive. Diese zweite Linie nun besteht aus den Eltern (bez. ihren Repräsentanten). „Kurz: die Erbschaft eines kinderlosen Erblassers wird . . . unter den Eltern gleich getheilt, und des einen kinderlos Vorgestorbenen Antheil wächst dem andern Elternteile (mit Ausschluß der entfernteren Ascendenten) zu. Haben sie aber Kinder, so fällt des einen, oder der beiden Vorverstorbenen Antheil nach dem Repräsentationsrechte auf ihre Nachkömmlinge.“³⁾ — Die Halbierung der Erbschaft zwischen Vater und Mutter (auch hier ohne Unterscheidung der bona paterna und b. materna) nennt man *divisio per lineas*. Sind beide Eltern am Leben, so bekommen die Geschwister nichts (während sie nach gemeinem und nach franzöf. Rechte selbst neben beiden Eltern erben). Ist aber ein Parent vorverstorben, so fällt dessen Hälfte an seine Kinder (während nach preussischem l. R. II. 2. §§. 489 bis 492 auch der einzelne Parent die Geschwister schlechthin ausschließt). Hier erben nun freilich die Geschwister⁴⁾, aber nicht als solche, sondern als Vertreter des todten Parents; und darum auch nicht nothwendig alle Geschwister, sondern nur die, welche Kinder gerade dieses Parents sind⁵⁾; diese aber andererseits ohne Unterschied

1) Einmal steht „gestorben“ statt „verstorben“, und selbstverständlich stehen in dem Allegate andere Ziffern (534, 537, 538).

2) Erbunwürdig möglicher Weise auch noch nach vollzogenem Erwerbe.

3) Zeiller S. 729 f. Z. 1.

4) Die demnach im österr. R. günstiger als im preussischen, aber minder günstig als im gemeinen R. behandelt werden.

5) Darin liegt ein Doppeltes: a) die Kinder des lebenden Parents aus einer anderen Ehe bekommen in solchem Falle nichts; b) die Kinder des vorverstorbenen Parents bekommen auch dann, wenn sie halbbürtige Geschwister des Erblassers sind, gleiche Theile mit den vollbürtigen.

zwischen „ein- und zwei-bändigen“ (halb- und voll-bürtigen) Geschwistern des Erblassers (s. Note 4).

III. Die Repräsentation des vorverstorbenen Parens kann auch durch entferntere Descendenten desselben geschehen; ja solche werden hier öfter vorkommen, als in der ersten Linie, da ja der Parens längst gestorben sein kann. Die Vertheilung unter die Repräsentanten geschieht dann auf dieselbe Art, als ob sie jetzt den Repräsentirten beerben würden, also nach den Regeln der ersten Linie (s. §. 735 i. f.).

Beispiele: Jemand hinterläßt die Mutter, zwei Brüder, eine Schwester.⁶⁾ Die Mutter bekommt eine Hälfte, jedes der drei Geschwister (ohne Unterschied des Geschlechtes) $\frac{1}{6}$ d. h. $\frac{1}{3}$ der Hälfte. Ein Anderer hinterläßt den Vater, drei Geschwister, von einem vorverstorbenen Bruder F zwei, von einer vorverstorbenen Schwester B vier Kinder. Der Vater bekommt die eine Hälfte, die andere wird in fünf gleiche Theile getheilt, deren einer in zwei, ein anderer in vier Theile untergetheilt wird. Jedes der Geschwister bekommt $\frac{1}{10}$, die Kinder des F bekommen je $\frac{2}{10}$, die der B je $\frac{4}{10}$. ($\frac{1}{2} + \frac{1}{10} + \frac{2}{10} + \frac{4}{10} = \frac{1}{2} + \frac{1}{10} = 1$).

IV. Anwachsung. Der Ausfall des einen Elternteiles hat nur dann eine Accrescenz zur Folge, wenn weder Repräsentanten, noch Transmittare an seine Stelle treten. S. bei §. 737. — Wäre der eine Parens erbunfähig oder erbunwürdig, so würde die ganze Erbschaft dem anderen Parens, bez. dessen Repräsentanten deferirt werden. Welche Folgen aber der Ausfall eines Bruders, einer Schwester, eines Neffen u. s. w. hat, ergibt sich von selbst aus dem über die Accrescenz in der ersten Linie Gefagten (s. oben S. 703 f. Abs. IV).

§. 736.

Wenn beyde Aeltern des Erblassers verstorben sind, so wird jene Hälfte der Erbschaft, welche dem Vater zugefallen wäre, unter seine hinterlassenen Kinder und derselben Nachkömmlinge; die andere Hälfte aber, welche der Mutter gebührt hätte, unter ihre Kinder und derselben Nachkömmlinge nach den §§. 732—734 getheilt. Sind von diesen Aeltern keine andere als von ihnen gemeinschaftlich erzeugte Kinder, oder derselben Nachkömmlinge vorhanden; so theilen sie die beyden Hälften unter sich gleich. Sind aber außer diesen noch Kinder vorhanden, die von dem Vater oder von der Mutter, oder von einem und der andern in einer andern Ehe erzeugt worden sind; so erhalten die von dem Vater und der Mutter gemeinschaftlich erzeugten Kinder oder ihre Nachkömmlinge sowohl an der väterlichen, als an der mütterlichen Hälfte ihren gebührenden, mit den einseitigen Geschwistern gleichen Antheil.

I. Redaction. Patent §. 8¹⁾:

Sind . . . gest. . . S. d. Erbschaft, so dem noch lebenden²⁾ Vater zugef. w. . . ihre Nachf. . . , und die andere S., so der . . . Mutter, wenn sie lebte³⁾, . . . zwischen ihren K. und den Nachf. dieser K. nach §. 4. 5. 6 getheilt.

Sind keine andern Kinder vorhanden, als welche von des Erblassers Vater und Mutter gemeinschaftlich gezeugt worden, oder nur die Nachf. dieser gemeinschaftlichen K., so theilen sie sowohl die väterliche als die mütterliche Hälfte unter sich gleich. Wenn aber nebst ihnen noch Kinder vorh. sind, die von dem Vater, oder der Mutter, oder von beiden Aeltern⁴⁾ in einer andern Ehe gezeugt worden, so haben die von V. und M. gemeinschaftlich erzeugten, oder derselben Nachkömmlinge, sowohl an der väterlichen, als an der mütterlichen Hälfte ihren gebührenden, mit den einseitigen Geschwistern gleichen Antheil.

⁶⁾ Wo nicht das Gegentheil gesagt ist, sind immer vollbürtige Geschwister gemeint.

¹⁾ Die Aenderungen, welche dieser Text später erfahren hat, sind durchwegs Verbesserungen, wie die folgenden Noten zeigen.

²⁾ Eine der deutschen Sprache widerstrebende Participial-Construction für „dem Vater, wenn er noch leben würde“.

³⁾ Diese Worte wurden mit Recht als überflüssig gestrichen.

⁴⁾ Mit Recht wurde dafür gesetzt „oder von einem und der andern“; da die Eltern nicht als Paar, nicht als mit einander verbunden gedacht sind, wurde auch die sprachliche Zusammenfassung durch das Wort „beide“ vermieden.

§. 540 Westgal. G. B. II lautet fast wörtlich wie jetzt §. 736.⁵⁾

In der S. v. 17. Septbr. 1804 wurde erwähnt, ein Votant des nieder-östr. App. Ger. wünsche zur leichteren Uebersicht Successions-Tabellen. Zeiller erklärte: dergleichen gehöre nicht in ein Gesetzbuch; übrigens verwies er auf die von Voglhueber herausgegebenen Tabellen. Das oberöstr. App. Ger. wollte den Schluß textiren: „den gemeinschaftlichen Erzeuger erben alle gleich, den eigenen hingegen jeder ausschließend, weil er für die anderen fremd ist“. Zeiller mißbilligte dieses Amendement; der Text sei deutlich genug. Die Wiener Facultät bemerkte: „Damit man nicht glauben könne, daß bei der Concurrenz der Kinder und Enkel die successio in capita statthabe, so solle nach den Worten ‚unter sich gleich‘ beigefügt werden, ebenfalls nach den in §§. 534—537 und 538 enthaltenen Grundsätzen.“ Zeiller billigte die Allegirung des §. 538 neben den §§., aber eine andere von der Facultät beantragte (unbedeutende und nicht glückliche) Textänderung ablehnend, beantragte er, den §. 540 im übrigen (d. h. von dem Allegat abgesehen) unverändert zu lassen, was auch einstimmig beschloffen wurde.

II. Im Grunde genommen sind die Vorschriften dieses §. für den juristisch gebildeten Leser selbstverständlich, da sie nothwendige Consequenzen des nun einmal von unserem Gesetze angenommenen Repräsentationssystems sind. Wir sprachen oben von dem Falle, wo Vater oder Mutter repräsentirt werden; die Anwendung auf den Fall, wo Vater und Mutter repräsentirt werden, macht sich von selbst. Alles was das Gesetz ausführlich über die Geschwistergruppen sagt, und was manche Autoren noch breiter ausführen, erscheint selbstverständlich, wenn man nicht ihr Verhältnis zum Erblasser, sondern das zum Repräsentirten ins Auge faßt. Beispiel: Jemand hinterläßt drei germani, zwei uterini, vier consanguinei; d. h. offenbar mit anderen Worten: von den neun Geschwistern sind sieben (die drei germ. und die vier cons.) Kinder des Vaters, fünf (drei germ. und zwei uter.) Kinder der Mutter.⁶⁾ Die Hälfte des Vaters wird demnach in sieben, die der Mutter in fünf Theile untergetheilt. Jeder der uterini bekommt $\frac{1}{10}$, jeder der consanguinei $\frac{1}{4}$, jeder der germani $\frac{1}{6}$ und $\frac{1}{4} (\frac{1}{6} + \frac{1}{4} + \frac{1}{6} + \frac{1}{4} = \frac{5}{6} + \frac{1}{4} = \frac{1}{2} + \frac{1}{2} = 1)$. Zugleich zeigt dies Beispiel, daß und warum man nicht sagen darf, die germani bekämen doppelte Portionen, sondern sagen muß: sie bekommen zwei Portionen.

III. Nirgends zeigt sich deutlicher als hier, daß die Geschwister bei uns kein eigenes Erbrecht haben (m. a. W. daß sie nicht als Geschwister erben). Denn jeder allgemeine Satz, den man über sie in diesem Sinne aussprechen möchte, wäre falsch. Nach gemeinem Recht werden bekanntlich die Halbgeschwister durch die Vollgeschwister ausgeschlossen, indem diese in der zweiten, jene in der dritten Classe der Nov. 118 stehen. Ebenso verhält es sich nach preussischem Recht.⁷⁾ Bei uns gilt nichts Aehnliches. Nun könnte man durch das frühere Beispiel verleitet werden, zu sagen: „hinsichtlich des an? stehen sich alle Geschwister gleich, nur nicht hinsichtlich des quantum?“^{7a)} Dieses wäre aber zwiefach unrichtig; denn a) können sie auch in der Größe ihrer Erbtheile gleichstehen, wenn nämlich nur der eine Patrens ver-

⁵⁾ „Gestorben“ statt „verst.“; „gezeugt“ statt „erz.“; „der lebenden Mutter“; „Nachf. in der Ordnung nach dem §. 534 und 537 getheilt“. Ebenso Text I §. 448 und Text II §. 736 (nur lautet das Allegat: „nach den §. 444, 45, 46 getheilt“, im Text II: „nach den §§. 732—735 . . .“). Statt „Hälften unter sich gleich . . .“ heißt es „unter sie“.

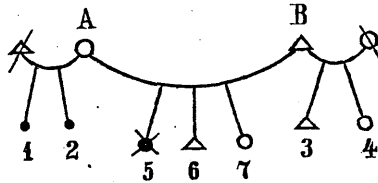
⁶⁾ Gleichwohl sind nicht zwölf, sondern nur neun Geschwister vorhanden; die germani sind nämlich Repräsentanten sowohl auf der Vater-, als auf der Mutter-Seite.

⁷⁾ L. R. II §. 35: „Vollbürtige Geschwister und deren Abstammlinge schließen die Halbbürtigen aus.“

^{7a)} Wirklich sagt Unger §. 34 (bei R. 3): „Vollbürtigkeit oder Halbbürtigkeit der Geschwister begründet keinen Unterschied in der Ordnung der Erbfolge, sondern nur in der Größe der Erbportion (§. 736).“ Dieses ist oft, aber nicht immer richtig.

storben ist, und die Halbgeschwister Kinder dieses Parens sind; b) es können die Halbgeschwister ganz leer ausgehen, wenn sie nur Kinder des lebenden, also nicht des zu repräsentirenden Parens sind.⁸⁾ Man kann also weder sagen: Halbgeschwister stehen den Vollgeschwistern nach — noch: sie stehen ihnen gleich — noch: sie erhalten kleinere Portionen — noch: sie erhalten gleiche Theile. Sondern man muß sagen: der Theil eines vorgestorbenen Parens (des Erblassers) kommt an seine Descendenz nach den Regeln der ersten Linie. Ob diese Descendenten Brüder oder Schwestern, Voll- oder Halbgeschwister, Nissen oder Nichten, Großnissen u. dgl. seien, kommt primär nicht in Frage; d. h. ihre directe Verwandtschaft zum Erblasser ist irrelevant.

IV. Während Halbgeschwister wirkliche Geschwister und ebenso nahe verwandt sind als Vollgeschwister⁹⁾, sind Stiefgeschwister (im eng. S.) fremde Leute, gar nicht verwandt, nicht einmal verschwägert.¹⁰⁾ Es versteht sich demnach von selbst, daß sie kein Erbrecht haben; m. a. W. unter den erbenden Geschwistern können nicht Stiefgeschwister des Erblassers sein, wohl aber können die Miterben unter einander in diesem Verhältnisse stehen. Beispiele: 1) Ein Witwer mit Kindern heiratet eine Witwe mit Kindern. Die Eltern sterben, dann stirbt eines der Kinder; es kann nur von seinen wirklichen Geschwistern¹¹⁾, nicht von seinen Stiefgeschwistern beerbt werden.¹²⁾ 2) Wären aus jener Ehe mehrere Kinder entsprossen, deren eines (5) der Erblasser war, so wird dieser von allen drei Kindergruppen seiner Eltern beerbt, weil sie zu ihm theils germani (6, 7), theils consanguinei (1, 2), theils uterini sind. Das Verhältniß der Miterben unter einander aber ist dieses, daß sie theils Voll-, theils Halb-, theils Stief-Geschwister¹³⁾ sind, wie ein Blick auf das nachfolgende Schema zeigt. Das Paradoxe an dem Verhältnisse ist, daß 1



und 2 gegenüber von 3 und 4 fremde Menschen und dennoch alle ~~im~~ ^{im} Verhältnisse zum Erblasser wirkliche Geschwister sind.¹⁴⁾ Wäre dagegen 1 der Erblasser, so würde er von 2, 5, 6, 7, nicht aber von 3 und 4, beerbt werden. Wäre 3 die Erblasserin, so würde sie von 4, 5, 6, 7, nicht aber von 1 und 2 beerbt werden. — Ein Witwer mit Kindern heiratet ein junges Mädchen; aus dieser Ehe gehen Kinder hervor; zehn Jahre später stirbt der Mann; zwei Jahre später heiratet die junge Witwe und bekommt abermals Kinder. Der Fall ist faktisch von den früheren verschieden¹⁵⁾; juristisch liegt alles so wie früher. Ein Kind der ersten Gruppe

⁸⁾ Wegen beider Fälle vgl. oben bei §. 735 Note 5.

⁹⁾ Leicht kann es vorkommen, daß Vollgeschwister einander gar nicht, Halbgeschwister einander in hohem Grade ähnlich sehen.

¹⁰⁾ Wunderlicher Weise haben die meisten Laien (man schlage nur recht viele Wörterbücher nach) kein Verständniß für den so großen, natürlichen und wichtigen Unterschied zwischen Halb- und Stief-Geschwistern.

¹¹⁾ Und zwar in großer Regel: Voll-Geschwistern (wenn nämlich die Ehe für beide Theile eine zweite, d. h. nicht eine dritte . . . war).

¹²⁾ Selbstverständlich sind in diesem Beispiele auch die Miterben unter einander durchweg wirkliche Geschwister.

¹³⁾ Z. B. haben 1 und 3 weder Vater noch Mutter mit einander gemeinschaftlich.

¹⁴⁾ Dies pflegt Laien besonders schwer einzuleuchten, daß einander fremde Menschen einen gemeinschaftlichen Bruder haben können.

¹⁵⁾ Denn hier gibt es nicht, wie dort, „zusammengeheiratete“, „zusammengebrachte“

würde von der ersten und zweiten, eines der dritten Gruppe von der dritten und zweiten, eines der zweiten Gruppe von allen drei Gruppen beerbt werden. Die erste und dritte Gruppe sind einander fremd.

V. Der Stiefvater oder die Stiefmutter des Erblassers sind mit ihm zwar nahe verschwägert, aber gar nicht verwandt¹⁶⁾; mithin haben sie selbstverständlich kein Erbrecht. Dennoch können sie (praktisch und paradox ausgedrückt) einen Theil des Nachlasses ihres Stiefkinds ab intestato erhalten — nämlich als Transmissare.¹⁷⁾ Aber genau (und theoretisch allein richtig) gesprochen beerben sie nicht ihr Stiefkind, sondern ihr eigenes Kind, welches z. B. als Halbbruder den Erblasser beerbt hatte. Allerdings aber kann sich sogar das, praktisch sehr unbefriedigende, Resultat ergeben, daß z. B. eine Stiefmutter den ganzen Nachlaß ihres Stiefkinds erhält, während etwa die Eltern der wirklichen Mutter leer ausgehen.¹⁸⁾

VI. An die Stelle vorverstorbenen Geschwister treten deren Nachkommen, auch wenn noch andere Geschwister am Leben sind. Dagegen haben Kinder von noch lebenden Geschwistern kein Recht zur Erbfolge (Anal. v. §. 732 i. f.) und zwar in der Regel auch dann nicht, wenn die Geschwister selbst nicht erben, weil sie z. B. die Erbschaft ausschlagen (s. bei §. 732 Abs. V; bei negativen Testamenten ist es quaestio voluntatis; s. Sammlung I Nr. 160). — Nach dem früher Gesagten erben also die Neffen und Nichten neben Geschwistern (d. h. ihren Oheimen und Tanten). Sie erben per stirpes, und nicht anders erben sie auch dann, wenn nur Neffen und Nichten erben.¹⁹⁾ Auch hier kann sich eine stirps wieder in Unterstirpes spalten. — Wenn Voll- und Halb-Geschwister concurriren, und eines von jenen durch Kinder repräsentirt ist, so bekommen auch diese Neffen oder Nichten zwei Erbtheile, indem sie sowohl an der Vater- als an der Mutterhälfte des Nachlasses participiren. Noch ließe sich viel Casuistik hinsichtlich der Accrescenz beibringen; aber bei richtigem Verständniß der bisher vorgetragenen Grundsätze kann die Entscheidung in keinem Falle Schwierigkeiten machen.

§. 737.

Wenn Eines der verstorbenen Aeltern des Erblassers*) weder Kinder, noch Nachkömmlinge hinterlassen hat; so fällt die ganze Erbschaft dem andern noch lebenden Aeltern-

Kinder. Dort sind die gemeinschaftlichen Kinder von A und B der Zeit nach die letzten, hier sind sie die mittleren. Dort ist das Altersverhältniß von 1, 2 und 3, 4 ein zufälliges (z. B. 1 kann älter oder jünger als 3, oder auch ganz gleich alt sein), hier hingegen ist die Alters-Reihenfolge durch das Beispiel schon gegeben.

¹⁶⁾ Mit Unrecht nennt das Publicum auch den zweiten Gatten eines Stief-Parens mit den obigen Namen, während dies in Wahrheit fremde, nicht einmal verschwägte Menschen sind. Man kann entweder einen Stief-Vater oder eine Stief-Mutter, niemals aber Stief-Eltern haben. Gleichwohl darf man sagen „Stiefeltern haben kein Erbrecht“; es ist dies eben abstract (d. h. ohne Rücksicht auf einen und denselben Erblasser) gesprochen.

¹⁷⁾ Der Seltenheit des Falles wegen verweisen wir nur auf Hüttner's Werk S. 216 f., wo er ausführlich besprochen ist.

¹⁸⁾ Vgl. Hüttner S. 217.

¹⁹⁾ Jedem Unbefangenen erscheint es selbstverständlich, daß es keinen Unterschied machen kann, ob Neffen und Nichten mit Oheimen und Tanten, oder nur mit Vettern und Nuhnen zusammentreffen. Dennoch wurde für die Nov. 118 durch Jahrhunderte hindurch neben der richtigen auch die falsche Ansicht vertheidigt, daß im letzteren Falle divisio per capita gelte; ja es wurde diese absurde Meinung auf dem Reichstage zu Speyer (1529) zum Reichsgesetze erhoben, das noch heute in den Ländern des gemeinen Rechtes maßgebend ist. Ausführlich hierüber Büchel Streitfragen aus Novelle 118 (Marburg 1839) (bildet zugleich die zweite Abtheilung des zweiten Bandes der „Civilrechtlichen Erörterungen“) S. 190—217 (der Wortlaut des R. Abschiedes steht S. 214 f.); kürzer Schirmer Handb. des Röm. Erbrechts S. 278—283.

*) So lesen übereinstimmend sowohl die erste officiële Ausgabe, als auch der Abdruck in der J. G. S. Vgl. im Text Nr. II.

theile zu. Ist dieser Theil auch nicht mehr am Leben; so wird die ganze Erbschaft unter seinen Kindern und Nachkömmlingen nach den bereits angeführten Grundsätzen vertheilt.

I. Redaction. Patent §. 9:

Hätte Eines der vorgestorbenen Aeltern des Erbl. w. K., noch sonst Nachf. hinterl., dann fällt die ganze Erbschaft dem andern Aelterntheile, wenn er noch lebt, zu: oder, wenn derselbe ebenfalls gestorben ist, wird d. g. Erbschaft u. f. K. und weiteren Nachf. nach den oben festgesetzten Grundsätzen getheilt.

Der §. 541 Westgal. G. B. II lautet wörtlich wie §. 737¹⁾, da er in der S. v. 17. Sept. 1804 unverändert blieb.

II. Je mehr Sorgfalt sonst an die Ausfeilung der Texte gewendet wurde, um so befremdender ist es, daß die ärgerlichen Redactions-Versehen, wie sie im Patent, in Horten's und Martini's Umarbeitung und im §. 541 Westgal. G. B. standen, in diesem §. unverändert stehen blieben. „Eines der verstorbenen Aeltern“, also wären beide verstorben; und gleich darauf wird von „dem anderen noch lebenden Aelterntheile“ gesprochen! Es sollte heißen: „Wenn Eines der Aeltern des Erblassers verstorben ist, und weder Kinder“ u. f. w. — Ein anderer Fehler der Textirung (der jedoch im Patent v. „noch sonst Nachkömmlinge“ nicht vorkommt) ist enthalten in den Worten des Einganges „weder Kinder, noch Nachkömmlinge“; als ob Kinder nicht auch „Nachkömmlinge“ wären. Ebenso verfehlt sind die (gegen Ende des §. stehenden) Worte „unter seinen Kindern und Nachkömmlingen“. Wollte man den Text etwa damit entschuldigen: unter „Nachkömmlingen“ seien eben nur entferntere Descendenten zu verstehen, so widerprücht dem der so deutliche Text von §. 731. Von dem letzten Fehler ist Horten's Bearbeitung und das Patent („weiteren Nachkömmlingen“) frei.

III. „Wenn ein vorverstorbenen Elterntheil gar keine erbfähigen Descendenten hinterläßt, so fällt die ganze Verlassenschaft dem andern Elterntheile, oder in Ermangelung desselben seinen Descendenten zu. Diese Regel kann nur dann eine Anwendung finden, wenn gar keine zweibändigen Geschwister des Erblassers oder Descendenten derselben vorhanden sind; denn so lange dergleichen Geschwister oder ihre Descendenten leben, solange wird der verstorbene Elterntheil von denselben repräsentirt, und fällt daher auf den andern und dessen Nachkömmlinge immer nur die Hälfte der Erbschaft.“²⁾ Z. B. wenn mit der Mutter des Erblassers auch nur ein Großneffe desselben (ein Urgroßvater von ihr) concurrirt, so bekommt sie nur die eine Hälfte, während die andere Hälfte auf den Großneffen (als einzigen Repräsentanten des Vaters des Erblassers) fällt. Der Fall ist nicht so unwahrscheinlich, als er vielleicht Manchem scheint, da ja z. B. schon eine 55 jährige Frau sehr wohl Urgroßmutter sein kann.³⁾

IV. Aus §. 737 erhellt: 1) daß die ganze Erbschaft an einen Parens (gleichviel ob Vater oder Mutter) fallen kann; 2) daß sie an Halbgeschwister (sowohl consanguinei als uterini) fallen kann; 3) daß, solange auch nur ein Parens da ist, die entfernteren Ascendenten schlechthin ausgeschlossen sind. Wenn z. B. die Mutter todt ist und auch keine Descendenten von ihr vorhanden sind, aber ihre Eltern noch leben, so können sie dennoch nicht an ihre Stelle treten; es gibt keine Repräsentation durch Ascendenten.^{3a)} Dies ist eine selbstverständliche Folge des Parentelen-Systems; es ist aber auch in dem, sonst so verschiedenen, gemeinen Rechte nicht anders;

¹⁾ Daß vor „bereits“ der Artikel fehlt, ist kein Druckfehler, wie Text I (S. 449) beweist.

²⁾ Hüttner S. 215.

³⁾ Z. B. ein Mann in mittleren Jahren hinterläßt eine 70 jährige Mutter. Seine einzige (verstorbene) Schwester hatte eine Tochter, die als junge Frau mit Hinterlassung eines Knaben gestorben ist. Dieser Knabe ist Großneffe des Erblassers; er bekommt die eine Hälfte des Nachlasses, die Mutter des Erblassers bekommt die andere Hälfte.

^{3a)} Vgl. Zeißler S. 721 f. lit. e.

auch da schließt der Parens alle Großeltern (nicht bloß seine Eltern, sondern auch seine Schwiegereltern) aus; und auch das preussische Recht stimmt hierin mit dem unsern überein.⁴⁾ Gleichwohl wurde diese Bestimmung des bgl. G. B. bei seinem Erscheinen von Manchem getadelt⁵⁾, mit der Wendung: es wäre natürlicher, daß das einmal getheilte Vermögen nicht mehr zusammenfließe und nicht mehr von einem Stamme in den anderen übergehe.

V. Endlich ist noch zu den §§. 735—737 zu bemerken, daß es auch in der zweiten Linie keinen Unterschied macht, wenn ein Erbe (z. B. ein Nefse oder Großneffe) postumus im vulg. oder auch einem anderen Sinne ist, d. h. wenn er nach dem Tode seines Vaters oder auch (zwar bei dessen Lebzeiten, aber nach dem Tode) des Erblassers⁶⁾ oder endlich nach dem Tode beider geboren ist. (Vgl. hiezu das bei §. 732 in Abs. VII gegen Ende Gesagte.) Da nun dies für alle Linien gilt, wird diese Bemerkung nicht mehr wiederholt werden.

3. Linie: Die Großältern und ihre Nachkommenschaft.

§. 738.

Sind die Ältern des Erblassers ohne Nachkömmlinge verstorben; so kommt die Erbschaft auf die dritte Linie, nämlich: auf des Erblassers Großältern und ihre Nachkommenschaft. Die Erbschaft wird dann in zwey gleiche Theile getheilt. Eine Hälfte gehört den Ältern des Vaters und ihren Nachkömmlingen; die andere den Ältern der Mutter und ihren Nachkömmlingen.

§. 739.

Jede dieser Hälften wird unter den Großältern der einen und der andern Seite, wenn sie beyde noch leben, gleich getheilt. Ist Eines^{*)} der Großältern; oder sind beyde von der einen oder andern Seite gestorben; so wird die dieser Seite zugefallene Hälfte zwischen den Kindern und Nachkömmlingen dieser Großältern nach jenen Grundsätzen getheilt, nach welchen in der zweyten Linie die ganze Erbschaft zwischen den Kindern und Nachkömmlingen der Ältern des Erblassers getheilt werden muß. (§§. 735—737.)

§. 740.

Sind von der väterlichen oder von der mütterlichen Seite beyde Großältern verstorben, und weder von dem Großvater, noch von der Großmutter dieser Seite Nachkömmlinge vorhanden; dann fällt den von der andern Seite noch lebenden Großältern; oder, nach derselben Tode, ihren hinterlassenen Kindern und Nachkömmlingen die ganze^{**)} Erbschaft zu.

I. Redaction. Patent §. 10:

Wenn weder die Ältern d. E. mehr am Leben sind, noch von einem oder andern ein Nachkömmling vorhanden ist, dann wird die dritte Linie zur Erbfolge berufen, nämlich d. E. Großältern und diejenigen, die von diesen G. abstammen. In diesem Falle wird die E. in zwei gl. T. g.; ein Theil gebührt den . . . , der andre . . .

Patent §. 11 pr. = §. 739, nur fehlen die Worte „der einen und der andern Seite“. Uebrigens hat der §. nur gleichgültige Varianten.¹⁾

Pat. §. 12: Wären entweder von vätl. od. mützl. E. . . gestorben, auch weder . . .²⁾, dann gebührt den . . . Gr., oder nach dem Tode derselben . . . weiteren Nachf. die ganze Erbschaft.

4) S. Gruchot III S. 308 f.

5) Darüber und dagegen Zeiller S. 729 Note (vgl. S. 722 Note, a. E.).

6) Auf den ersten Blick scheint es, als ob er hier nur als Transmissar eintreten könnte. Es ist aber möglich, daß bald nach dem Tode des Erblassers z. B. ein Nefse geboren wird, dessen Vater dieses Ereigniß nicht lange überlebt. Nach dem Tode Dieses wird das Testament Jenes unwirksam, und es kommt nun zur Intestat-Erbfolge, bei welcher der Nefse als directer Erbe eintritt.

*) F. G. S.: „eines“.

***) F. G. S. hat den Druckfehler: „Ganze“.

1) „Ist eines oder sind beide Gr. gestorben, . . . zufallende H. . . weiteren Nachf. . . eben den Grundsätzen.“ Die Worte „in der zweyten Linie“ fehlen. Statt „der Eltern d. E.“: „von des E. Eltern“.

2) Die Worte „dieser Seite“ fehlen.

§. 542 Westgal. G. B. = §. 738³⁾; §. 543 = §. 739⁴⁾; §. 544 = §. 740.⁵⁾

II. Wenn die erste und zweite Parentel nicht vorhanden ist, oder Niemand aus ihnen erben kann oder Niemand die Erbschaft antritt (hier wie überall macht sich der Mangel peremptorischer Deliberationsfristen fühlbar), „so kommt die Erbschaft auf die dritte Linie, nämlich auf des Erblassers Großältern und ihre Nachkommenschaft.“ (§. 738 pr.) Hier wiederholt sich die *divisio per lineas*, indem jede Hälfte unter den Eltern des Vaters bez. der Mutter wieder halbt wird. Zeiller (S. 733 f.) drückt sich darüber so aus: „Von hier an beginnt die Vertheilung der Erbschaften nach Stämmen der aufsteigenden Linie . . . Jeder dieser Stämme ist als eine Einheit zu betrachten; einen derselben bilden die väterlichen Großeltern . . ., den andern die mütterlichen Großeltern . . .“ Die Großeltern selbst theilen die Erbschaft in gleiche Theile, nach Köpfen.“ Dieser letztere Satz ist irreführend; darnach könnte man glauben, die Erbschaft werde direct gewiertheilt, was nicht wahr ist, sondern es werden die Hälften halbt, was wegen der Accrescenz wichtig ist; dennach ist es auch falsch, von einer Theilung „nach Köpfen“ zu reden, da dies vielmehr eine (wiederholte) *divisio per lineas* ist. Er fährt dann richtiger fort: „Die Nachkommen (der Großeltern theilen), wie bei den Eltern, nach dem Vorrangsrechte. Und der einem Stamme zufallende Antheil wird, solange ein Sprosse vorhanden ist, nur in eben diesem Stamme vererbt; erst, wenn der ganze Stamm erloschen ist, fällt der Antheil dem andern Stamme zu.“

III. Am kürzesten kann man so sagen: Auch in der dritten Parentel wird der Nachlaß in die Vaterhälfte und in die Mutterhälfte zerlegt (§. 738). Jede dieser Hälften wird weiter so getheilt, als ob der Vater, bez. die Mutter die Erblasser wären, m. a. W. nach den Regeln der zweiten Linie (Parentel) (s. §. 739). Und zwar gilt dies auch hinsichtlich der Accrescenz im engeren und weiteren Sinne.⁷⁾ Nur wenn die eine Hälfte ganz erledigt ist, fällt sie dem anderen „Stamme“ zu, wo sie genau ebenso behandelt wird, wie die von vornherein diesem Stamme gebührende Hälfte (§. 740).

IV. Bei der Repräsentation ist nicht zu übersehen, daß auch hier nie ein Ehepaar als solches, sondern immer nur der einzelne Großparentel in Betracht kommt. Wenn z. B. der Vater des Vaters todt ist, während die drei anderen Großeltern

³⁾ Einzige und gleichgültige Variante (im pr.) „gestorben; so fällt die E.“ (ebenso Text I §. 450 und Text II §. 738). Die M. N. lautete noch in Text II: „3. Linie“ und wurde nachträglich von Zeillers Hand ergänzt.

⁴⁾ Varianten: Im ersten Satze fehlten die Worte: „der einen und der andern (Seite)“; ebenso im zweiten. Gegen Ende hieß es nicht „in der zweiten Linie“, sondern „in dem oben angeführten Falle“. Auch fehlte a. E. das Allegat. Im I. Texte stimmt §. 451 wörtlich mit §. 543 Westgal. G. B. überein. Dabei findet sich die nachgetragene Bemerkung: „Deutlicher würde der Text so lauten:“ und folgt der jetzige Text. Auch sieht man aus dieser Handschrift, daß im zweiten Satze der Artikel vor „andern Seite“ nicht absichtlich, sondern durch Versehen weggeblieben ist, woran die Vergleichung mit dem ersten Satze keinen Zweifel übrig läßt.

⁵⁾ „Gestorben“ für „verstorben“ (ebenso Text I und II). Text I hat zu den Worten „Großmutter Nachkömmlinge“ die „nachgetragene Bemerkung: Zur Deutlichkeit will ich nach dem Worte „Großmutter“ hinzufügen: „dieser Seite.“

⁶⁾ Diese Ausdrücke gehören zu den unvermeidlichen Uebelständen unserer Sprache; „väterliche Großeltern“ kann an sich ebensowohl die Großeltern des Vaters, als seine Eltern (die durch den Vater vermittelten Großeltern) bedeuten; hier — und überhaupt im Zweifel — sind darunter (wie auch Zeiller in einer Klammer beifügt) die letzteren gemeint. — Es ist ein ähnlicher Uebelstand wie der Ausdruck „Enkel von noch lebenden Kindern“ in §. 732 i. f., wo damit Kinder von noch lebenden Kindern gemeint sind. Die lateinische Sprache vermeidet solchen Doppelsinn; der nepos filii Sempronii kann nicht verwechselt werden mit dem nepos ex filio Sempronio, und der avus paternus ist verschieden vom avus patris.

⁷⁾ Hierzu und zum folgenden Satze vgl. Füttner S. 219 fg. lit. c, d, e, f.

leben, so fällt jenes Viertel nicht nothwendig an Kinder, die der Großvater von der Großmutter gehabt hat, sondern auch an solche von einer dem Erblasser fremden Frau. Aber auch wenn beide Eltern des Vaters todt wären, ist nicht ihre Hälfte, sondern das Viertel jedes von ihnen gesondert zu betrachten; wenn beide Großeltern nur einmal verheiratet waren, liegt praktisch allerdings nichts daran; um so mehr aber, wenn Eines von ihnen oder gar Beide Kinder aus zwei (oder mehreren) Ehen hinterlassen haben. Die gemeinschaftlichen Kinder, d. h. die vollbürtigen Onkel und Tanten des Erblassers, figuriren dann eben zweimal als Repräsentanten (vgl. bei §. 736 Abs. II). Ist in einem Stamme nur der eine Großvater zu repräsentiren, so stehen die vollbürtigen und die von dieser Seite her verbundenen (*ex hoc latere innoti*) halbbürtigen Oheime und Tanten einander gleich, während die halbbürtigen von der anderen Seite nichts bekommen. — Die Behauptung von Hüttner (S. 219 lit. b), daß es sich dabei „treffen kann, daß bloße Stief-Verwandte des Erblassers zur Erbfolge gelangen“ ist falsch; in seinem Beispiele handelt es sich um wirkliche (halbbürtige) Verwandte.⁸⁾ Nur durch Transmission könnte solches geschehen⁹⁾; aber Transmissare sind eben für unseren Erblasser nicht Erben, sondern Erbes-Erben, oder genauer gesagt: Erben eines Delaten.

4. Linie: Die Urgroßältern und ihre Nachkömmlinge.

§. 741.

Nach gänzlicher Erlöschung der dritten Linie kommt die gesetzliche Erbfolge auf die vierte. Zu dieser Linie gehören die Aeltern des väterlichen Großvaters und ihre Nachkömmlinge; die Aeltern der mütterlichen Großmutter mit ihren Nachkömmlingen; die Aeltern des mütterlichen Großvaters mit ihrer Nachkommenschaft;* und die Aeltern der mütterlichen Großmutter mit der ihrigen.

§. 742.

Sind von allen diesen vier Stämmen Verwandte vorhanden; so wird die Erbschaft zwischen denselben in vier gleiche Theile getheilt, und jeder Theil wieder zwischen den zu jedem Stamme gehörigen Personen nach eben den Grundätzen untergetheilt, nach welchen zwischen den Aeltern des Erblassers und zwischen ihren Nachkömmlingen eine ganze Erbschaft gesetzmäßig getheilt wird.

§. 743.

Ist Einer von den zu dieser Linie gehörigen vier Stämmen bereits erloschen; so fällt dessen Antheil nicht allen übrigen drey Stämmen zu; sondern, wenn der erloschene Stamm von der väterlichen Seite ist,**) so fällt dem andern Stamme von der väterlichen Seite die Hälfte der Erbschaft zu; und, wenn der erloschene Stamm von der mütterlichen Seite ist; so fällt dem andern Stamme von der mütterlichen Seite ebenfalls die Hälfte der Erbschaft zu. Sind aber beyde Stämme von der väterlichen und***) mütterlichen Seite erloschen; so fällt auf die zwei Stämme von der andern Seite, und, wenn auch von diesen schon Einer erloschen ist, auf den einzigen von dieser Seite noch übrigen Stamm die ganze Erbschaft.

I. Redaction.

Pat. §. 13: Wenn die 3. L. gänzlich erloschen ist, berufen Wir zur Erbfolge die 4. L.¹⁾

⁸⁾ In jenem Beispiele ist F. ein Halbbruder (*frater consanguineus* im modernen Sinne) des Vaters des Erblassers; D. und P. sind Söhne eines solchen halbbürtigen Onkels.

⁹⁾ S. ein Beispiel bei Hüttner selbst: S. 220 lit. g.

^{*}) Statt des Strichpunktes setzt F. G. S. einen Bistrichpunkt.

^{**)} Die officielle Ausgabe für Siebenbürgen hat hier einen Strichpunkt; der Fehler wurde berichtigt in der F. M. Wdg. v. 27. Mai 1860, R. G. B. N. 133.

^{***)} Dieser Text steht sowohl in der ersten offiziellen Ausgabe, als auch in der F. G. S. Vgl. darüber hier I.

¹⁾ Gleichgültige Varianten: dreimal „und“, wo jetzt „mit“ steht, einmal „samt“ für „mit“. Beachtenswerth ist das Streben der späteren Redactoren nach sprachlicher Abwech-

Pat. §. 14: fast wörtlich wie §. 742.²⁾

Pat. §. 15 pr. = §. 743 pr.³⁾ (Dann:) „väterl. Seite die Hälfte ganz zu, . . . mütterl. S. d. Hälfte ganz zu. Wären aber b. St. von väterlicher oder mütterlicher S. erloschen, so bekommen die beiden Stämme . . . Seite, oder, wenn auch noch von diesen Einer erloschen ist, der einzige . . . übrige . . .“

Westgal. G. B. §§. 545—547 = §§. 741—743; nur steht zu Anfang des §. 545 „fällt“ statt „kommt“; sonst stimmen die Texte wörtlich überein. Der berichtigte Fehler „und“ statt „oder“ gegen Ende des §. 743 steht auch schon im Westgal. Texte, während er sich weder in Horten's (§. 15), noch in Martini's (§. 19) Umarbeitung fand. Zeiller machte auf ihn aufmerksam (S. v. 5. Novbr. 1804) unter Berufung auf den Sinn des §. und auf den §. 15 des Patentes. Auch wurde einstimmig beschlossen, statt „väterlicher und mütterlicher Seite“ zu setzen: „väterlicher oder mütterlicher Seite“. Im Text I (§. 455) steht denn auch richtig „oder“; aber schon der Text II hat wieder das unrichtige „und“, das auch bei der Correctur nicht beseitigt wurde und so denn in der officiellen Ausgabe des a. b. G. B. stehen blieb! Ein Druckfehler ist dies also nicht, aber auch kein Redactionsfehler, sondern ein Schreibfehler in der der Staatsdruckerei übergebenen Abschrift⁴⁾, der sich in diese aus Text II verpflanzte. Es ist nun merkwürdig, daß dieser in der Abschrift des Textes zweiter Lesung unterlaufene Fehler, auf den Zeiller in jener Sitzung aufmerksam gemacht hatte (s. oben), seinem unermüdetlich forschenden Auge und seiner bessernden Hand in der noch so geraume Zeit und so emsig fortgesetzten Arbeit, sowohl in der dritten Lesung, bei der Revision der Manuscripte⁵⁾ und bei der Correctur des Druckes, als auch bei der Ausarbeitung seines Commentars und bei dessen Drucklegung entgangen ist. Aufmerksam hat auf ihn erst 1828 M. Schuster gemacht⁶⁾, der ihn für einen Druckfehler hielt, während Rippel⁷⁾ 1832 ihn richtig als einen Schreibfehler erkannte, was auch ohne Einblick in die Protokolle (diese für sich allein betrachtet, würden vielmehr für die Annahme eines Druckfehlers sprechen), durch Vergleichung etwa mit dem italienischen Texte geschehen konnte.⁸⁾ Seither wurde in allen Commentaren auf ihn aufmerksam gemacht. Um so wunderlicher ist es, daß er sich in die sonst sorgfältig revidirte Ausgabe für Ungarn und auch in die ältesten Manz'schen Ausgaben eingeschlichen hat, als ob ein neckender Kobold mit diesem „und“ sein Spiel getrieben hätte! In den späteren Ausgaben ist neben dieses „und“ in einer Klammer beigelegt „oder“.

II. Die vierte Parentel bilden die Urgroßeltern des Erblassers, bez. deren Nachkommenschaft.⁹⁾ Sie kommt nicht bloß „nach gänzlicher Erlöschung der dritten

lung: im Pat. kommt das Wort „Nachkömmlinge“ viermal vor, im Westgal. und jetzigen Texte nur zweimal, indem man es einmal durch „Nachkommenschaft“ ersetzt, am Schlusse des §. aber ganz vermiehen hat.

²⁾ In der 1. Zeile fehlt „vier“; später heißt es: „zwischen den vier Stämmen“ . . . „Theil abermahl . . . diesem (statt: jedem) Stamme . . . eben den Regeln (statt: Grundregeln) . . . die ganze Erbschaft getheilt w.“

³⁾ „Vier“ und „drei“ fehlen.

⁴⁾ Hiernach ist theilweise zu berichtigen sowohl das in Grünhut's Ztschft. II, S. 301 Nr. 85, als das im Commentar I, S. 111 Note 132 (gegen Ende) Gesagte. Erst die (uns lange nach der Veröffentlichung von Comm. I/1 bekannt gewordenen) Textabschriften I und II ermöglichen ein abschließendes Urtheil über die Entstehung dieses Fehlers.

⁵⁾ S. in unserem Comm. I S. 32 Note 174.

⁶⁾ Ztschft. f. österr. RechtsgeL. 1828. II. S. 187, 188.

⁷⁾ In seinem Commentar („Erläuterung“) Bd. V, S. 19.

⁸⁾ Dies hat Winwartner nicht überlegt, als er (Bd. III S. 295 Note) es unentschieden ließ, ob dies ein Schreib- oder ein Druckfehler sei.

⁹⁾ Selbstverständlich handelt es sich in der 4.—6. Linie wenig oder gar nicht um die Ascendenten des Erblassers, sondern um deren Nachkommenschaft. Selten werden irgend welche Urgroßeltern da sein; der Fall, daß alle acht den Erblasser überleben würden, ereignet sich nicht, wie Püttner sagt, „selten“, sondern niemals.

Linie" (§. 741), sondern immer an die Reihe, wenn — aus welchem Grunde immer — Niemand aus den drei ersten Parentelen erbt. Der Nachlaß wird hier wieder in die Vater- und die Mutterhälfte getheilt, und jede derselben wird nach den Grundsätzen der dritten Parentel behandelt.¹⁰⁾ Die Halbierung wiederholt sich hier dreimal und führt zu Achten für jeden der Urparentes; doch soll man auch hier die Art der Entstehung dieser Achtel (die wiederholte Division) nicht vergessen, weil sie für die Anwachsung maßgebend sein kann. Was aber den Uebergang von einem „Stamm“ auf andere betrifft, so ist schon hier die später vorkommende gesetzliche Regel zu beachten: „(Es) fallen die(ßen) Antheile (der erloschenen Stämme) auf diejenigen Stämme, die . . . mit den erloschenen Stämmen in der nächsten Verbindung stehen“ (§. 749 = Pat. §. 20), wozu Voglhuber (S. 32 §. 26) erläuternd beifügt: „Jene Stämme stehen mitammen in der nächsten Verbindung, welche sich in absteigender Linie in demselben nächsten Abkömmling vereinigen.“¹¹⁾ Es wird sohin das Achtel einer stirps an eine nächstverbundene fallen; fehlt auch diese, so kommt das erledigte Viertel zusammen an zwei verbundene stirpes (bez. den einzigen von ihnen übrigen); in deren Ermangelung fällt die erledigte Hälfte an die vier stirpes der anderen Seite, wo sie genau so behandelt wird, wie die schon ursprünglich für diese Seite bestimmte Nachlaßhälfte.¹²⁾ — Uebrigens sind die Vorschriften der §§. 741—743 so ausführlich und (von dem in der Note 12 gerügten Punkte abgesehen) so genau, daß sie einer Erklärung oder einer Verdeutlichung durch Beispiele oder gar Zeichnungen nicht bedürfen.¹³⁾

5. Linie: Die zweiten Urgroßältern und ihre Nachkömmlinge.

§. 744.

Wenn von der vierten Linie kein Verwandter mehr am Leben ist; so fällt die Erbschaft auf die fünfte, nämlich: auf des Erblassers zweyte Urgroßältern und ihre Nachkömmlinge. Zu dieser Linie gehört der Stamm der väterlichen Großältern des väterlichen Großvaters; der Stamm der mütterlichen Großältern des väterlichen Großvaters; der Stamm der väterlichen Großältern der väterlichen Großmutter; der Stamm der mütterlichen Großältern der väterlichen Großmutter; der Stamm der väterlichen Großältern des mütterlichen Großvaters; der Stamm der mütterlichen Großältern des mütterlichen Großvaters; der Stamm der väterlichen Großältern der mütterlichen Großmutter; und der Stamm der mütterlichen Großältern der mütterlichen Großmutter.

§. 745.

Jeder von diesen acht Stämmen hat mit den übrigen gleiches Erbrecht, und, wenn von jedem Stamme Verwandte vorhanden sind; so wird die Erbschaft unter ihnen in acht gleiche Theile getheilt, und jeder Theil unter den zu diesem Stamme gehörigen Personen nach der bey den vorigen Linien vorgeschriebenen Ordnung wieder untergetheilt.

¹⁰⁾ Denn denken wir uns den Vater (die Mutter) als Erblasser, so handelt es sich für ihn (für sie) nicht um die vierte, sondern um die dritte Linie.

¹¹⁾ Vgl. etwa auch Castelli li codice c. gen. austr. III p. 142.

¹²⁾ Wir sagen hier überall „stirpes“ und nicht „Stämme“, obgleich es an sich ganz richtig wäre, die Descendenz eines der acht Urparentes einen „Stamm“ zu nennen. Aber unser Gesetz verwendet dies Wort für je ein Paar von Vorfahren und für dessen Nachkommenschaft; und darum mußten wir es oben vermeiden (wie auch Hüttner thut, der aber unpassend hier von „Linien“ redet). Damit wird freilich die Darstellung vereinfacht, indem das Gesetz von 4 (statt 8), 2 (statt 4) Stämmen spricht. Aber genau ist dieser Sprachgebrauch nicht, weil es sich ja nicht allein um die gemeinsamen Nachkommen jener Ehepaare, sondern auch um die einseitigen jedes Einzelnen von ihnen (m. a. W. nicht allein um die vollbürtigen, sondern auch um die halbbürtigen Verwandten des Erblassers) handelt.

¹³⁾ Wer sie wünscht, findet sie bei Hüttner S. 222—225. (Nippel S. 19, 20 hat Jenen ausgeschrieben.) Auch Voglhuber gibt dergleichen Verdeutlichungen; für die II. Linie auf S. 19—21, für die III. auf S. 21—22, für die IV. auf S. 22—25, für die V. auf S. 25—30, für die VI. auf S. 31—35.

§. 746.

Wenn Einer dieser acht Stämme erloschen ist; so fällt dasjenige, was den väterlichen Großältern eines Großvaters oder einer Großmutter gehört hätte, dem Stamme der mütterlichen Großältern eben dieses Großvaters oder dieser Großmutter zu; und, was den mütterlichen Großältern eines Großvaters oder einer Großmutter gebühret hätte, fällt dem Stamme der väterlichen Großältern eben dieses Großvaters oder eben dieser Großmutter zu.

§. 747.

Sind beyde Stämme eines Großvaters oder einer Großmutter erloschen; so bleiben die Antheile, die zu der väterlichen Seite des Erblassers gehören, bey den noch übrigen Stämmen der väterlichen Seite; und die Antheile, die zu der mütterlichen Seite des Erblassers gehören, bleiben bey den noch übrigen Stämmen von der mütterlichen Seite. Wenn aber von allen vier Stämmen der väterlichen Seite; oder von allen vier Stämmen der mütterlichen Seite kein Verwandter mehr vorhanden ist; so erhalten die von der andern Seite vorhandenen Stämme die ganze Erbschaft.

I. Redaction.

Pat. §. 16: Wenn . . . Anverwandter vorhanden ist, dann fällt . . . nämlich an diejenigen, so sich mit dem Erblasser unter seinen zweiten Urgr. vereinigen. Zu dieser Linie gehört: . . . (übrigens wörtlich wie §. 744).

Pat. 17: Jedem von . . . gebührt gleiches Erbrecht: Anverwandte zum Vorschein kommen Personen nach Maß dessen, was bei den vorigen Linien verordnet worden, weiter untergetheilet.

Pat. 18 (entspricht §. 746 + 747): Wenn ein Stamm erloschen ist, so fällt Wenn beide Stämme . . . erloschen sind,) Seite niemand mehr vorh. ist, so bekommen die von der andern S. Erbschaft.

Westgal. G. B. §. 548 = §. 744; §. 549²⁾ = §. 745; §. 550³⁾ = §. 746; §. 551 = §. 747. Diese §§. blieben in d. C. v. 5. Novbr. 1804 unverändert. Die Marg. R. lautete in Text I und II kurzweg: „5. Linie“ und wurde erst nachträglich von Zeiller's Hand so ergänzt, wie sie jetzt lautet.⁴⁾

II. Der Anfangssatz von §. 744 ist nicht genau, sondern a potiori genommen.⁵⁾ — Gewiß ist es möglich, daß der (z. B. zweijährige) Erblasser von Ururgroßeltern überlebt wird.⁶⁾ Aber kaum denkbar ist es, daß hier aus der 2., 3., 4. Linie gar Niemand vorhanden wäre; eher kann es geschehen, daß Niemand sich meldet. Von diesen seltenen Fällen werden wieder nur sehr wenige so beschaffen sein, daß die Erbschaft an die Ascendenten käme; factisch handelt es sich hier fast immer um eine Collateralen-Erbsfolge. Ueber den Ausdruck „Stämme“ s. bei §. 741 ff., Note 12.

Auch hier können wir uns die Sache vereinfachen, indem wir die Erbschaft uns gleichsam in zwei Nachlässe zerlegt denken, deren jeder nach den Regeln der vorigen Linie zu vertheilen ist. Hinsichtlich der Accrescenz ist zu bedenken, daß ein erledigter „Stammtheil“ „zuwörderst auf den zunächst verbundenen Stamm (fällt), hierauf auf die übrigen Stämme derselben väterlichen oder mütterlichen Seite, und zuletzt auf die noch vorhandenen Stämme der anderen Seite.“⁷⁾

Bei der Ausführlichkeit des Gesetzes und der Seltenheit der hier subsumirbaren

1) Nach „Antheile“ steht beide Male „so“ für „die“.

2) Am Anfang steht „acht“ (ebenso in Text I, S. 457).

3) A. C. steht „oder Großmutter zu“; dies ist jedoch nur ein Druckfehler für „oder eben dieser Großmutter zu“; denn schon das Patent hat die richtige Stylisirung. Gleichwohl ist jener Fehler nachgeschrieben in Text I; in Text II steht „einer Großmutter“; das Richtige ist erst von Zeiller's Hand hineincorrigirt.

4) Zuerst hatte er geschrieben: „die ferneren Urgr.“, dann ersetzte er dies durch: „die zweiten U.“

5) S. bei §. 741 ff. Abs. II zwischen Note 9 und Note 10.

6) Als Mittelglieder durchweg Frauen angenommen, könnte z. B. die Ururgroßmutter 75, ihr Mann 80 J. alt sein, wobei wir voraussetzen, daß dies Paar mit 17, bez. 22 Jahren geheiratet hat.

7) Unger §. 34 Text (nach Anm. 4).

Fälle enthalten wir uns aller Casuistik.⁸⁾ Schwierigkeiten, die hier vorkommen können, betreffen die Feststellung der factischen, nicht der rechtlichen Seite.

6. Linie: Die dritten Urgroßältern und ihre Nachkommenschaft.

§. 748.

Wenn endlich auch die fünfte Linie ganz erloschen ist; so fällt die gesetzliche Erbfolge auf die sechste, nämlich: auf des Erblassers dritte Urgroßältern und ihre Nachkommlinge. Zu dieser Linie gehören sechzehn Stämme, nämlich: die Stämme derjenigen Aeltern, aus welchen die Stammältern der fünften Linie entsprossen sind. Wenn von jedem dieser Stämme Verwandte am Leben sind; so wird die Erbschaft in sechzehn gleiche Stammtheile getheilt, und jeder Stammtheil zwischen den zu diesem Stamme gehörigen Verwandten nach den bereits angegebenen Grundsätzen wieder untergetheilt.

§. 749.

Sind von einigen dieser Stämme keine Verwandten mehr am Leben; so fallen ihre Antheile auf diejenigen Stämme, die nach Vorschrift der §§. 743 und 746 mit den erloschenen Stämmen in der nächsten Verbindung stehen. Sind nur von einem einzigen Stamme Verwandte übrig; so gebührt ihnen die ganze Erbschaft.

I. Redaction.

Pat. §. 19: W. e. auch aus der fünften L. kein Anverwandter des Erblassers vorhanden ist, dann wird zur Erbfolge die sechste L. berufen, nämlich diejenigen, die sich mit dem Erblasser unter seine dritten Urgr. vereinigen. Zu dieser L. gehören wovon (statt: aus welchen) entsprossen sind; und ergäbe es sich, daß von jedem dieser Stämme Anverwandte vorhanden wären, Anverwandten nach den bereits oft bestimmten Regeln untergetheilt.

Pat. §. 20: Kommen aber von Anverwandte zum Vorschein, so fallen die Antheile derselben allezeit denjenigen St. zu, die nach Maß des 15. und 18. §. stehen. Wenn nun von Anverwandte vorhanden sind, so bekommen diese die ganze Erbschaft.

Westgal. G. B. §. 552 = §. 748; §. 553 = §. 749 (nur stehen dort selbstverständlich in dem Allegate die Ziffern 547 und 550). Diese §§. blieben in d. C. v. 5. Novbr. 1804 unverändert. Mit der M. R. verhielt es sich, wie bei der vorigen Linie.¹⁾

II. Von dem Anfangssatze des §. 748 gilt dasselbe, was wir von den Anfangssätzen von §. 744 und §. 741 gesagt haben. Die sechste Linie besteht aus den Ur-ur-ur-Großeltern, oder wie unser Gesetz hübscher sagt: aus den „dritten Urgroßeltern“ und deren Nachkommenschaft. Wir können auch sagen: Die sechste Parentel ist die der fünften Ascendenten. Auch hier wieder eine Verdoppelung der Theilung im Sinne der vorigen Linie; auch hier wieder dieselben Grundsätze über die Anwachsung (im weit. S.), nur daß noch ein weiterer Fall hinzutritt; „je zwei und je vier Stämme derselben Seite stehen hier in näherer Verbindung unter einander“²⁾, wie dies Hüttner an einer Stammtafel versinnlicht.³⁾

Je weniger juristisches Interesse diese Materie (besonders die Gruppe der §§. 738—749) darbietet, um so leichter mögen hier, am Ende derselben, einige nicht-juristische Betrachtungen entschuldigt werden, zu denen der Anblick der Linienfolge anregt.

⁸⁾ Diese findet man, durch ein Schema veranschaulicht, bei Hüttner S. 227 bis 229. Vgl. etwa auch Winivarter S. 296—298.

¹⁾ Auch hier schrieb Zeiller erst: „die noch ferneren U.“, dann: „die dritten Urgr.“ — Daß Text II von §. 748 lautet: „so fällt die ganze gesetzliche . . .“, ist Schuld des Schreibers; weder früher, noch später stand dieser unsiunige Zusatz in dem §.

²⁾ Unger §. 34 Text g. E.

³⁾ Sie ist zwischen C. 230 und C. 231 seines oft citirten Werkes eingefügt und in §. 81 ebendort erklärt. — Daß die auf jeden Stamm entfallenden Sechzehntel durch fortschreitende Halbierungen entstehen, und dies den Fingerzeig für die Vertheilung erledigter Portionen gibt, macht Winivarter's Darstellung S. 298—300 anschaulich.

I. Die sechste Parentel geht von den fünften Ascendenten aus; ihre Zahl ist 32. Da nun mit jeder Linie die Ahnenzahl sich verdoppelt, so steigt sie rasch ins Ungeheure, wie — zur Ueberraschung aller Kinder — die Zahl der Weizenkörner, welche in dem bekannten Märchen der Erfinder des Schachspiels als Belohnung sich erbeten hatte.⁴⁾ Man braucht keine tausend Jahre zurückzugehen, um zu den 32sten Ascendenten zu gelangen.⁵⁾ Die schematische Zahl derselben ist über viertausend dreihundert Millionen (genau: 4300.087.296)!! D. h. dreimal soviel, als gegenwärtig Menschen auf der Erde wohnen!

Der Unterschied zwischen einem wirklichen Stammbaum und einem Verwandten-Schema liegt darin, daß ein und derselbe wirkliche Ahnherr für eine entfernte Posterität eine ungeheure Anzahl von Ahnen-Rollen in sich vereinigt. Gleichwohl muß die Zahl auch der wirklichen Ahnen aus jener Zeit für jeden Einzelnen von uns eine sehr große gewesen sein. Und doch war die Bevölkerung damals eine so viel geringere als heute. Daraus folgt nun mit mathematischer Nothwendigkeit, daß Tausende von uns die ganz gleichen, Millionen von uns größtentheils identische Ahnen haben.⁶⁾ W. a. W. daß alle Menschen (wenigstens derselben Rasse) tausendfach mit einander verwandt sind.

Daß eine kleine Schaar in einigen Jahrhunderten zu einem zahlreichen Volke sich erweitern kann, ist uns eine von Jugend an gewohnte Vorstellung. Seltener aber pflegt man zu bedenken, wie in Jedem von uns Tausende von Menschen, die theils gleichzeitig, theils successiv gelebt haben, nachwirken und fortleben⁷⁾; und auch damit vertieft sich der Sinn der Rede, daß Jeder ein Kind seines Volkes ist.

II. Menschen, welche gemeinschaftliche Ascendenten haben, nennen wir Verwandte. Wie aber nennen wir Menschen, welche gemeinschaftliche Descendenten haben? Wir nennen sie gar nicht, und keine Sprache nennt sie. Nur scheinbare Ausnahme sind die Bezeichnungen für die Eheleute (Gatten, maritus et uxor u. s. w.) und für deren Eltern (z. B. in semitischen Sprachen). Denn diese Bezeichnungen sind gleichgültig dagegen, ob aus der Ehe eine Nachkommenschaft erwächst oder nicht. Woher nun dieses Schweigen aller Sprachen? Sind doch die Nachkommen des Menschen theuerstes Besitztum, Gemeinschaft derselben sohin eine innige societas! — Der Grund liegt wohl darin, daß die Beziehung zwischen den ersten Ascendenten (und auch die zwischen den zweiten, wofern ihr Verhältniß unter einander in einzelnen Sprachen einen Namen trägt) schon durch eine frühere (d. h. der gemeinschaftlichen Descendenz vorausgehende) Thatsache (die Ehe) hergestellt und darnach benannt, und daß die ungeheure Mehrzahl jener oben angedeuteten Beziehungen eine posthume ist, also nie zum Bewußtsein der betreffenden Personen kommt. Soweit aber das Gegentheil gilt, hat die Umgangssprache auch dafür den weiten (nicht den römischen, technischen) Begriff der „Schwägerschaft“.

Dem sinnenden Gemüthe aber drängt sich der wunderliche Gedanke auf, daß man niemals wissen kann, mit welchen Zeitgenossen vereint man in Menschen künftiger Perioden weiter leben werde. Mag man den Blick in die Vergangenheit oder in die Zukunft wenden, immer und überall sieht man die große Thatsache, daß so viel-

4) Das Paradoxe und nicht allein Kinder Verblüffende liegt darin, daß man von dem kleinsten Multiplicanden (1) ausgeht, daß es um eine scheinbar so bescheidene Multiplication (immer nur mit 2) sich handelt, und daß dennoch das Ergebnis rasch ins Unfaßbare wächst.

5) Da die Menschen früher zeitlicher geheiratet haben als jetzt, kann man wohl nicht mehr als 30 Jahre auf eine Generation rechnen. Wir brauchen also unsere 32sten Ascendenten nicht weiter zurück zu verlegen, als etwa in die Zeit des großen deutschen Königs Heinrich I.; möglicher Weise lebten sie beträchtlich später.

6) Uebervältigend werden die Zahlenverhältnisse, wenn man den Calcül in die Zeiten der Völkerwanderung oder noch weiter zurück verfolgt.

7) Der Leser erinnert sich wohl der gemüthlichen Verse Goethe's über Originalität („Vom Vater hab' ich die Statur, Des Lebens ernstes Führen“ u. s. w.).

fache Schicksals-Genossenschaften, daß unzählige Bande das, trotz alle dem, „nie ver-
föhrte menschliche Geschlecht“⁸⁾ verbinden.⁹⁾

§. 750.

Wenn jemand mit dem Erblasser von mehr als einer Seite verwandt ist; so genießt er von jeder Seite dasjenige Erbrecht, welches ihm als einem Verwandten von dieser Seite insbesondere*) betrachtet, gebührt (§. 736).

I. Redaction. Pat. §. 21: „Ist jemand . . . verwandt, . . . zukünftig“ (sonst wörtlich, wie §. 750). Westgal. G. B. §. 554 stimmt mit dem jetzigen Texte wörtlich überein (in d. C. v. 5. Nov. 1804 wurde nichts verändert), nur fehlt das Citat am Schlusse; ebenso in Text I und II. Im Texte II stand von Zeiller's Hand die M. Rubr. „Wirkung einer Verwandtschaft von mehreren Seiten.“

II. Aus den obigen Betrachtungen ergibt sich von selbst, daß in den entfernteren Parentelen eine mehrfache Verwandtschaft häufig ist. Daß in Folge derselben Jemand mehrere Portionen erhalten kann, ist eine Folge des Repräsentations-Systems. Ein Beispiel davon haben wir schon in der zweiten Linie, bei der Concurrrenz von voll- und halbblütigen Geschwistern, kennen gelernt, worauf auch das Citat a. C. von §. 750 hinweist. Wir sagen „erhalten kann“, aber nicht „erhalten muß“, wie wir auch dieses schon an jenem Beispiele gezeigt haben.¹⁾ Einen Anspruch auf mehrere Erbtheile hat Derjenige, der Repräsentant mehrerer Verwandten des Erblassers ist, welche vor diesem gestorben sind, welche aber, wenn sie noch leben würden, jetzt zur Erbfolge berufen wären.

III. Wenn Geschwisterkinder (Cousin und Cousine) einander heiraten, so sind deren Kinder mit ihrem Urgroßvater zweifach verwandt, indem er der Großvater sowohl des Vaters als der Mutter ist. Jene Kinder sind durch ihre Eltern eventuell (wenn auch diese gestorben sind) Repräsentanten zweier Kinder des Erblassers (Urgroßvaters). Man braucht nun dies Beispiel nur umzukehren und sich den Urgroßvater als Erben nach einem Urenkel zu denken, so hat man einen zweifach erbberechtigten Ascendenten. Dieser Fall ist nun, so genommen, freilich höchst selten; dennoch „verliert dadurch das Gesagte doch nichts an praktischem Nutzen, weil die Repräsentanten der Urgroßeltern unter sich dasselbe Rechtsverhältniß anerkennen müssen, welches zwischen letzteren Statt fand.“²⁾ Ein einfaches Beispiel für Seitenverwandte ist etwa dies, daß Jemand Enkel zweier Geschwister des Erblassers ist.

Eine Häufung von Beispielen und eine graphische Versinnlichung derselben scheint uns unnöthig.³⁾

Daß nach gemeinem Rechte (von den Geschwistern abgesehen) auf Voll- oder Halbblütigkeit, und auf mehrfache Verwandtschaft gar nichts ankommt⁴⁾, erklärt sich einfach daraus, daß dort für die Collateralen die Gradualfolge gilt, jene Umstände aber auf die Nähe des Grades keinen Einfluß haben.⁵⁾

⁸⁾ (Alex. v. Humboldt.)

⁹⁾ Juristisch sind obige Betrachtungen allerdings nicht, aber sie ergeben sich einfach genug aus dem Anblick eines nüchternen Parentelen-Schema's und sind insofern nicht gar fernliegend, als sie das Factische des Verwandtschaftsverhältnisses beleuchten.

*) F. G. S.: „ins besondere“.

1) C. bei §. 735 Note 5 und bei §. 736 Abf. III. ¹

2) Hüttner S. 234 Note *.

3) Ausführlich handelt von der mehrfachen Verwandtschaft Hüttner, und zwar a) ohne Rücksicht auf das Erbrecht in §. 34 (S. 112—117), b) mit Rücksicht darauf in §. 82 (S. 231—235). — Auf den von ihm spitzfindig und unwahrscheinlich ersonnenen Fall, wo Jemand eine Erblasserin sowohl als ihr Adoptivsohn, wie als ihr wirklicher Enkel beerbt (S. 232, 233), brauchen wir nicht näher einzugehen.

4) Was z. B. Hüttner S. 235 Note * einfach als Thatfache registrirt.

5) Vgl. Glück Instat.-Erbfolge (nach röm. R.) 2. Aufl. (1822) S. 139—147 und S. 721—725.

IV. Denkbar ist es, daß der überlebende Gatte erbberechtigter Verwandter des verstorbenen ist, wo er in der ersten Eigenschaft $\frac{1}{4}$ nach §. 758 und daneben in der zweiten Eigenschaft irgend einen anderen Theil bekommt. Dieser Fall gehört nicht direkt zu §. 750, ist aber nach dessen Analogie zu beurtheilen.

Ausschließung der entferntern Verwandten.

§. 751.

Auf diese sechs Linien der ehelichen Verwandtschaft wird das Recht der Erbfolge in Ansehung eines frey vererblichen Vermögens eingeschränkt. Entferntere Verwandte des Erblassers sind von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen.

I. Redaction.

Pat. §. 22: A. d. 6 L. wollen Wir das Recht der verwandtschaftlichen Erbfolge in Anf. des . . . beschränket haben. Wer mit d. Erbl. nicht anders, als durch die 7. oder eine noch entferntere L. in Verwandtschaft steht, hat auf die Erbschaft desselben keinen Anspruch zu machen.

Westgal. G. B. §. 555: A. d. 6 L. wird das Recht der verwandtschaftlichen Erbfolge . . . Wer mit d. Erbl. nur in der siebenten od. in einer noch entf. L. verwandt ist, hat auf das von demselben hinterlassene Vermögen keinen Anspruch.¹⁾

Die Facultät Freiburg hatte den verständigen Antrag gestellt, die Erbfolge der Verwandten auf vier Linien zu beschränken! Leider! wurde derselbe auf einige sehr oberflächliche Bemerkungen Zeiller's hin abgelehnt. „Für die Verwandten streite die Vermuthung.“ Was für eine Vermuthung? Daß der Erblasser sie zu Erben haben wollte? wohlgemerkt: irgend welche Vettern, von deren Existenz er gar nichts gewußt hat! Oder gar die Vermuthung: daß die Verwandten der sechsten Linie seinem Herzen näher standen, als der Ehegatte?! Das ist doch gewiß etwas Schlimmeres, als „unrichtig“! — „Das gemeine Recht setze der Verwandten-Erbfolge gar keine Grenze.“ Ganz richtig; aber si duo faciunt idem, non est idem. Auch noch im sinkenden römischen und byzantinischen Reiche wurden nahezu bei jeder Ehe Ehepacten errichtet, in welchen für den überlebenden Ehegatten vorgesorgt war; daher ein geringes Bedürfniß nach einem gesetzlichen Erbrechte des Gatten. Das aber haben die Redactoren nicht bedacht. Zeiller schloß: Es läge gar kein Grund vor, „in der Beschränkung (der Verwandten-Erbfolge) noch weiter (!) zu gehen, als das Gesetz bisher gegangen ist.“ „Noch weiter“, eine wahre Ironie! von den Verwandten der sechsten Linie weiß man (vom Adel abgesehen) in der Regel gar nichts. Zeiller dachte dabei nur an das Recht des Fiscus auf bona vacantia, welches auf die äußersten Fälle einzuschränken, allerdings des Staates würdig erscheinen konnte. Aber es wäre auch zu bedenken gewesen, ob es nicht unerträglich sei, wenn Verwandte der 5. oder 6. Linie (also in Wahrheit fremde Menschen) dem überlebenden Gatten $\frac{3}{4}$ der Erbschaft wegnehmen. — Und hier, wo es sich um so tiefgreifende principielle Fragen handelte, hielt man nicht einmal eine Debatte für nothwendig, die man oft an eine gleichgültige Textvariante wendete. Ohne weiteres erklärten sich alle Botanten mit Zeiller einverstanden, wo doch das Freiburger Monitum das Nachdenken provocirt hatte. Der Vorwurf der Oberflächlichkeit kam hier den Redactoren nicht erspart werden. —

II. Zeiller's Commentar ist hier eine interessante Ergänzung der Protokolle. Er bestätigt, daß die Redactoren des Ehegatten in diesem Zusammenhang ganz

¹⁾ Ebenso Text I (§. 463) und Text II (§. 751). Marg. R. wie jetzt. In Text II verweist Zeiller auf ein „heillegendes Blatt“, das sich aber nicht vorfindet. Die „Abänderungen“ besagen: (nach §. 751) „folgen unmittelbar die §§. 754—758 und nach dem letzteren der §. 753 mit diesem Eingange: „Dem überlebenden . . . Unterschied, ob er . . .“ (= §. 757). Dann der §. 752 mit der Anfangsstelle: (= §. 759): „ . . . §. 754—758 näher berufenen . . . zu“. Am Rande von Zeillers Hand: = §. 759 i. f. und §. 760.

vergesen hatten, und nur an die Alternative „entfernte Verwandte oder Fiscus“ dachten. Während Zeiller sich in der Sitzung gegen eine engere Begränzung der Verwandten-Berufung aussprach, wendet er sich im Commentar gegen deren Ausdehnung. Seine Worte verdienen hierher gesetzt zu werden:

„Eine besondere Zuneigung des Erblassers gegen sehr entfernte Verwandte, die ihm kaum der Existenz nach bekannt sind . . . ²⁾ kann man vernünftiger Weise nicht vermuthen. Auch bleiben die Nachforschungen verdunkelter Verwandtschaften höchst unsicher, und laden zu vielen Streitigkeiten ein, worüber doch am Ende die Beweise sehr unzuverlässig und trüglich sind. Eine zu enge Beschränkung der erbfähigen Linien wäre jedoch unbillig, unpolitisch, und erregte den nicht ungegründeten Verdacht: die Kammer durch Heimfälligkeit (§. 760) auf Kosten der Bürger bereichern zu wollen. Wenn unser Gesetz die Mittelstraße nicht getroffen haben sollte, so wird man ihm wenigstens den letzteren Vorwurf nicht mit Grund machen können.“ ³⁾ — Nein, den wahrlich nicht! ⁴⁾ Der Fehlgrieff geschah nach der entgegengesetzten Richtung.

III. Gerade darum, weil die Gränzen so enorm weit gesteckt sind, berührt der Wortlaut: „Auf diese sechs Linien . . . wird das R. d. Erbfolge . . . eingeschränkt“ sonderbar; und doch ist er ganz richtig und nothwendig, da das gemeine Recht ⁵⁾ und ihm folgend das preußische ⁶⁾ der Verwandten-Erbfolge gar keine Gränzen setzt.

II.) Gesetzliches Erbrecht legitimirter Kinder.

§. 752.

Außer der Ehe geborne und durch nachher erfolgte Vermählung ihrer Aeltern legitimirte Kinder; wie auch diejenigen, welchen, ^{*)} ungeachtet eines bey der Verehelichung ihrer Aeltern bestandenen Hindernisses, die besondere Begünstigung des §. 160 zukommt, genießen unter den in eben diesem §. 160, und dem §. 161, ^{**)} enthaltenen Beschränkungen auch in Rücksicht der gesetzlichen Erbfolge die Rechte ehelicher Kinder.

I. Redaction. Dieser §. fehlte im Pat., welches überhaupt die legitimirten, die unehelichen und die Wahlkinder nicht erwähnte, weil die Entscheidung über die Frage ihrer Erbberechtigung durch den ersten Theil des b. G. B. (des Jof. G. B.) erfolgen sollte. Harrasowsky, Der Cod. Ther. IV. §. 258 R. 10. In Horten's Entw. I. 4 §. 37, 38, II. 16 §. 36 war dagegen die Gleichstellung sowohl der durch nachfolgende Ehe legitimirten Kinder (nur konnten nicht alle unehelichen Kinder so legitimirt werden) als auch jener Kinder mit den ehelichen ausgesprochen, welche einer Ehe entstammen, die „für gültig gehalten wurde, doch in sich ungültig war“. Ueber die Verhandlungen von 1773, die zur Statuirung eines Erbrechtes von

²⁾ Er fügt — sehr unüberlegter Weise — hinzu „und die bloß den Namen, den oft auch fremde Personen führen, mit ihm gemein haben.“ Von den sechzehn Ascendenten-Paaren in der sechsten Linie hat ja doch nur eines den Namen des Erblassers geführt, fünfzehn hießen anders! Dazu kommt, daß auch die Nachkommen der Töchter, Schwestern, Tanten diese und andere Ascendenten repräsentiren u. s. w., so daß eine Menge verschiedener Namen von den Erben geführt werden kann.

³⁾ Zeiller's Commentar II. Bt. S. 742 fg.

⁴⁾ Um so weniger lassen sich die (allerdings nur vereinzelt) Entscheidungen billigen, welche bei Erbchaften den Fiscus begünstigen; z. B. in den Excursen II S. 146 ff.; und eben darum sind auch die verschiedenen englischen Einschränkungen des §. 726 durch viele Theoretiker und Praktiker nicht im Geiste des bgl. G. B.

⁵⁾ Nov. 118 c. 3. §. 1. Schon nach altem römischen Civilrecht „adgnationis iure hereditas etiam longissimo gradu ultro citroque capitur“ §. 3. Inst. de legit. adgn. succ. 3. 2.

⁶⁾ L. R. II. 3. §. 46 ff. Aber dem überlebenden Watten gegenüber ist dort das Erbrecht der Verwandten auf den sechsten Grad eingeschränkt (II. 1 §. 622), wodurch sich das preuß. Recht vortheilhaft von dem unsren unterscheidet.

^{*)} In der F. G. S. fehlt dieser Beistrich.

^{**)} Auch dieser Beistrich fehlt in der F. G. S.

Kindern aus Putativehen führten, s. Harrafsowsky a. a. D. S. 257 Note 9. Im Westgal. G. B. lautet der §. 558 so:

Außer . . . Kinder mit den ehelich erzeugten die nämlichen Rechte, und werden auch in Ansehung der gesetzlichen Erbfolge wie alle andern ehelichen K., jedoch nach Maßgabe des 135. §. des I. Theils behandelt.¹⁾

Die Fac. Freiburg stellte den Antrag: die §§. 558—560 gleich nach §. 538 (I. Linie) einzureihen. Zeiller (S. v. 5. Novbr. 1804): Da schon §. 135 des I. Thls. andeutet, daß die durch nachfolgende Ehe legitimirten Kinder den ehelichen gleichstehen, so brauche man hier nur zu sagen: „. . . genießen, unter der in §. 135, I. Thl. enthaltenen Beschränkung, auch in Ansehung der gesetzlichen Erbfolge gleiche Rechte mit den ehelich erzeugten Kindern.“ Der Vorsitzende (v. Haan) bemerkte: Dieser §. harmonire nicht ganz mit §. 136 (correspondirend I. 4 §. 22 von Martini's Umarbeitung), der auch die in einer Putativehe erzeugten Kinder berücksichtige. Dieses fordere auch die Billigkeit; die unschuldigen Kinder sollten nicht für das Vergehen der Eltern bestraft werden. Gegen Zeiller und Pitreich wurde mit allen übrigen Stimmen folgender Text beschlossen (Text I §. 466):

Außer . . . diejenigen, welche in einer ungültigen Ehe erzeugt worden sind, genießen, unter den in den §§. 135, 136 I. Thl. enthaltenen Beschränkungen, auch in Rücksicht der gesetzl. E. . . . (wie oben).

Pitreich stimmte mit Zeiller, welcher sich dahin äußerte: Es sei gegen den vermutheten Willen der Großeltern, daß das in einer ungültigen Ehe (z. B. von einem Geistlichen oder Bigamen) erzeugte Kind nach ihnen erbe. Pitreich und Zeiller „wären also mit dem von dem inner-österreich. N. G. vorge schlagenen Beisatze einverstanden²⁾, welchen Pitreich nur dahin mäßigen würde: „daß, falls noch vor dem Tode das Ehehinderniß entdeckt würde, das unehelich erzeugte Kind in Hinsicht desjenigen Ehegatten, auf dessen Seite sich die Schuld befindet, gleiche Rechte mit den von ihm erzeugten ehelichen Kindern haben sollte“.

Text II §. 754 lautet wie der obige Text I, nur mit der Variante: „unter den in §§. 150, 151 . . .“ Marg. R. in beiden Texten: „3. Gesetzliches Erbrecht legitimirter oder aus einer ungültigen Ehe erzeugter Kinder.“

II. Schematisch richtiger sollte die ganze Lehre von der Legitimation bei §§. 160—162 abgehandelt werden. Doch folgen wir dem Beispiele des Gesetzes, und werden diese Materie theils hier, theils dort besprechen. Alle hier nicht berührten Fragen sollen also dereinst dort beantwortet werden.^{2a)}

Kinder aus einer sog. Putativehe (d. h. einer ungültigen Ehe, welche noch zur Zeit der Erzeugung des Kindes [Zeiller Comm. I S. 355 Z. 4] von beiden Theilen oder wenigstens von einem Theile für gültig gehalten wurde, und zwar

¹⁾ Sachlich übereinstimmend auch schon der Entwurf Martini's II. 16. §. 30. — Zwischen dem Erbsolgepat. v. 1786 und dem Westgal. G. B. liegt das Pat. v. 22. Febr. 1791, worüber Winwarter III S. 302 Note 1 zu vergleichen ist (Z. G. S. Nr. 115, §. 4 lit. k und m).

²⁾ Gemeint ist der zum Westgal. G. B. I §. 135 gestellte Antrag, es solle heißen: „in die Familie eingetreten sind, oder Kinder, welche in einer anfangs ungültigen, aber durch Dispensation oder durch freiwillige Hebung des Hindernisses gültig gemachten Ehe geboren sind.“ Diesen Antrag hatte Zeiller schon in der Sitzung vom 14. Juni 1802, als zu I §. 136 gehörend, in jener von ihm herrührenden allgemeineren Fassung zur Annahme empfohlen, in welcher er in §. 160 (c. m.) a. b. G. B. steht. — Die Ausschließung der aus einer nach §§. 62—64 ungültigen Ehe stammenden Kinder gehört erst der Superrevision an.

^{2a)} So z. B. die Frage nach dem Sinne der Worte des §. 160: „wenn das Ehehinderniß in der Folge gehoben worden ist“ (wir bezeichnen diesen Fall hier vorläufig kurzweg als Convallation der Ehe); die Frage nach dem Umfang der Aenderung, welche §. 160 durch die f. Vdg. v. 3. Juni 1858 erfahren hat, u. m. a.

fordert unser Gesetz, §. 160, (schuldlose Unwissenheit) werden im wissenschaftlichen Sprachgebrauche nicht „legitimirt Kinder“ genannt. Gleichwohl thut dies die Marginal-Rubrik zu §. 160 und ebenso die zu unserem §. (752). Dagegen werden sie in §. 756 als „von dem Gesetze besonders begünstigte uneheliche Kinder“ von den „legitimirt“ deutlich unterschieden. Diese terminologische Frage bei Seite lassend, unterscheiden wir vier Fälle: a) *matrimonium putativum*, b) *convalidatio matrimonii*, c) *legitimatio per subsequens matrimonium*, d) *l. per rescriptum principis*. Der letzte Fall wird im folgenden §. besprochen.

a) Kinder aus einer Putativehe „bleiben von Erlangung desjenigen Vermögens ausgeschlossen, welches durch Familienanordnungen der ehelichen Abstammung besonders vorbehalten ist“ (§. 160), namentlich sind sie von Familien-Fideicommissen ausgeschlossen; von Familienstipendien nur dann, wenn diese ausdrücklich („besonders“) für die ehelichen Verwandten gestiftet sind. In Hinsicht des „freivererblichen“ Vermögens dagegen stehen sie den ehelichen vollkommen gleich, und zwar nicht nur rückfichtlich ihrer Eltern, sondern rückfichtlich der ganzen Familie.³⁾

b) Bei einer *convalidatio matrimonii* ist die Gleichstellung der Legitimirt mit den ehelichen eine unbeschränkte, eine absolute.

c) Auch Kinder, welche *per subsequens matrimonium* — d. h. durch eine ihrer Geburt nachfolgende gültige⁴⁾ Ehe ihrer Erzeuger — legitimirt werden⁵⁾, sind zur Nachfolge in Fideicommissen (mögen es nun Primogenituren, Majorate oder was immer für F. sein) berechtigt.⁶⁾ Die in §. 161 gemachte Einschränkung wird nur in den seltensten Fällen praktisch.

III. Wir haben bei §. 545 gesagt, daß man schon im Zeitpunkte, wo die gesetzliche Erbfolge eröffnet wird, diejenige Eigenschaft haben muß, die den Delationsgrund bildet; daß es also z. B. nichts nütze, wenn man später in die eheliche Verwandtschaft des Verstorbenen eintrete (§. 30 oben); wir haben aber auch schon dort (N. 4) bemerkt, daß dieser richtige Satz von sehr geringer praktischer Bedeutung sei. Denn um die Vererbung eines (verstorbenen) Elterntheils kann es sich selbstverständlich nicht fragen, wenn die Legitimation durch *subsequens matrimonium* der Eltern stattfindet. Es könnte also nur die Vererbung in der zweiten oder einer höheren Parentel in Frage kommen. Da aber vorausgesetzt Weise beide Eltern leben, so steht ohnehin der eine Parent dem Legitimirt im Wege (§. 732 a. E.) und zwar selbst dann, wenn er verzichtet (§. 551) oder ausgeschlagen hätte, oder erbunfähig oder unwürdig wäre (§. 541). Wäre freilich der Vater ein Deserteur, so stünde er dem Legitimirt nicht im Wege, und hier erst würde obiger Rechtsatz für diesen praktisch empfindlich. Aber wie selten wird sich ein solcher Fall ereignen! — Vgl. übrigens beim folgenden §. den Abf. IV.

§. 753.

Einem unehelichen, durch die Begünstigung des Gesetzgebers legitimirt, Kinde kommt auf die väterliche Verlassenschaft nur dann ein gesetzliches Erbrecht zu, wenn es auf Ansuchen des Vaters, um gleiche Rechte mit den ehelichen Kindern in dem frey vererblichen Vermögen zu genießen, legitimirt worden ist.

³⁾ Zeiller S. 744 (i. f.), 745 (pr.). Vgl. Horten's Entw. §. 36: „in Ansehung der ganzen verwandtschaftlichen Erbfolge...“

⁴⁾ S. Hüttner S. 88.

⁵⁾ Die Legitimation der Kinder ist eine notwendige Folge der Verehelichung der Eltern (also nicht etwa ihrer Willkür anheimgegeben). — Hüttner S. 85: „Damit ein solches Kind das gesetzliche Erbrecht ansprechen könne, hat es in dem Falle des Widerspruchs lediglich zwei Umstände zu erweisen: a) daß es von diesen Eltern außer der Ehe erzeugt und geboren sei; b) daß sich die Eltern in der Folge gültig verehelicht haben.“

⁶⁾ S. Sammlung XV Nr. 6488.

I. Redaction. Der §. fehlt im Pat.¹⁾ und lautet im Westgal. G. B.^{1a)} (§. 559) so:

Einem . . . , nur durch Begünstigung des Gesetzgebers . . . väterl. Erbschaft nur soviel Recht zu, als ihm der Vater bei der Legitimation wirklich eingeräumt hat, und ohne Verletzung etwa vorhandener anderer Kinder hat einräumen können.

Die Prager Fac. wollten den Schluß so textiren: „u. o. Verletzung des Pflichten theils . . .“; die Wiener Fac. so: „u. o. Verletzung der etwa anderen Kindern gebührenden Rechte hat e. l.“ Letztere Textirung wurde in der S. v. 5. Novbr. 1804 von den Redactoren einstimmig angenommen. Der jetzige Text wurde bei der Revision (7. Sept. 1807) auf Zeiller's Antrag beschloffen, unter Hinweisung auf eine nachträgliche Erinnerung zu §. 126 des I. Thls.^{1b)2)}

II. Aus der Textirung folgt: 1) mit voller Sicherheit (arg. vb. „nur dann . . . , wenn . . .“) daß eine legitimatio per rescriptum principis auch ohne das Ansuchen des Vaters vorkommen kann. Zeiller (S. 746 a. E.) bemerkt dazu: „Daß die Mutter für sich allein ein solches Ansuchen stellen und bewirken soll, ist kaum gedenkbar (§§. 165 u. 754)“. Die Allegate deuten seinen Gedankengang an: auf den Namen und den Nachlaß der Mutter habe ja das Kind ohnehin Anspruch^{2a)}; über Namen und Vermögen des Mannes aber habe nicht sie zu disponiren. Darauf wäre zu erwidern: Da es sich um einen Gnadenact des Kaisers handelt, ist jene — überdies dem Wortlaute des Gesetzes widerstrebende — Einschränkung unhaltbar. Auch ist die Zulässigkeit einer ohne des Vaters Ansuchen erfolgten Legitimation um so unbedenklicher, als eben unser §. anordnet, daß dem Kinde solchenfalls kein Erb recht gegenüber dem Vater, geschweige denn gegenüber dessen Familie, zusteht. Zeiller's Bemerkung dürfte wohl auch nur das Faktische meinen, daß ein solches Gesuch kaum je gestellt, und gegen des Vaters Willen wohl niemals gewährt würde. Wie aber, wenn der Vater den Wunsch geäußert hat, daß sein Kind seinen Namen fortführen möge, wenn er dies etwa im Testamente gleichzeitig mit einer Erb einsetzung des Kindes ausgesprochen hätte, warum sollte da die Mutter ein solches Gesuch nicht mit Hoffnung auf Gewährung stellen dürfen?³⁾ — 2) Folgt aus dem Texte

1) Herten's Entw. II. 16 §. 37 verweist auf I. 4 §. 39, wonach das so legitimirte Kind „die Erbfolge und andere verwandtschaftliche Rechte nur alsdann (erlangt), wenn Wir dieselbe namentlich mit eingestehen; doch auch in diesem Falle mag Unsere Gnade über den buchstäblichen Inhalt nicht erstreckt werden“.

1a) Sachlich stimmt damit überein, wenn auch in der Fassung abweichend, Martini's Entw. II. 16. §. 31.

1b) Text I, §. 467 = §. 559 Westgal. G. B. II, mit der obigen Abänderung des Schlusses, der aber durch Schreibversehen bis ins Sinnlose entstellt ist. — Dazu die „nachgetragene Bemerkung“: „In Uebereinstimmung mit meiner nachträglichen Erinnerung zu §. 126 I. glaube ich den §. zu textiren . . . (= §. 753) . . . gleiche Rechte in dem freivererblichen . . .“ Die Einschränkung 'ohne Verletzung . . .' scheint mir überflüssig.“ Text II. §. 755 = jetzt §. 753 (nur fehlten noch die Worte „mit den ehelichen Kindern“ hinter „gleiche Rechte“).

2) Anlässlich eines concreten Falles (Verlassenschaft des Thomas Springer in Napagedl in Währen) war der Redactionscommission aufgetragen worden, in das a. b. G. B. eine klare Entscheidung darüber aufzunehmen: „Ob das einem unehelichen Kinde gehörige Vermögen auch dann, wenn es von eigenem Erwerb herrührt, und ein l. f. Legitimationsbrief ihm Mittel liegt, in Intestatsfällen dem Fiscus zufallen, oder vielmehr an die nächsten Verwandten mütterlicher und auch väterlicher Seits, wenn der Vater sich als solchen bei der Taufe bekennet hat, zu übergehen habe?“ — In einer Note v. 26. Oct. 1807 an die vereinigte Hofkanzlei wird geantwortet: daß der neue Entwurf des a. b. G. B. die gewünschte deutliche Bestimmung hierüber enthalte. S. übrigens Excurs zu §§. 753, 754.

2a) Darum erwähnt auch der §. 753 nur das „Ansuchen des Vaters“, nicht das der Mutter. Vgl. Schuster in d. Ztschr. f. österr. Rechtsgel. 1830 I S. 332 f.

3) Das Intestat-Erbrecht bliebe freilich immer verfaßt, wo nicht ein förmliches Gesuch des Vaters vorliegt; dies ist aber auch gar nicht hart. Ueber sein Vermögen kann ja der Vater testamentarisch verfügen, über seinen Namen nicht. Eine mildere Ansicht

(„... Vaters, um gleiche Rechte u. s. w., legitimirt worden ist“), daß der Vater in dem Gesuche um Legitimation Einschränkungen zum Nachtheile des Kindes machen kann⁴⁾, die der Monarch im Falle der Gewährung des Gesuches berücksichtigen würde. Dafür spricht auch der Westgal. Text. Die Weglassung der betreffenden Worte bei der Revision dürfte sich vielleicht daraus erklären, daß es ja streng genommen nicht der Vater, sondern der Kaiser ist, der diese Rechte einräumt. — Die erbrechtliche Gleichstellung des so legitimirten Kindes mit ehelichen ist also keine nothwendige Folge der Legitimation. Es kann ja sogar gegen den Wunsch des Vaters dem Rescripte eine Beschränkung beigelegt werden.⁵⁾

III. Aber auch im günstigsten Falle gibt die *leg. p. rescriptum principis* kein so uneingeschränktes Erbrecht, wie etwa die *convalidatio matrimonii*. Denn hier handelt es sich immer nur a) um das freivererbliche Vermögen, und zwar b) das der Eltern, nicht um das der beiderseitigen Großeltern, folgeweise auch nicht um das der väterlichen und mütterlichen Verwandten. Gleichwohl ist der Schlusssatz des §. 162 („In Rücksicht auf die übrigen Familienglieder hat diese Begünstigung keine Wirkung“) viel zu weitgehend. Wenn eheliche Kinder nun kleinere Erbtheile bekommen, oder wenn, in Ermangelung von Kindern, die zweite Parentel durch das legitimirte Kind von der Erbschaft ausgeschlossen wird, so sind das doch sehr ernste Wirkungen!⁶⁾7)

IV. Prüfen wir, wie es sich hier mit der beim vorigen §. in Abs. III. erörterten Frage verhalte. Hier handelt es sich immer nur um die Beerbung des Vaters; denn hinsichtlich der Mutter bedarf das Kind keiner Legitimation, hinsichtlich anderer Verwandten nützt ihm die *leg. per rescriptum principis* nichts. Damit aber ein Erbrecht nach dem Vater gewährt werde, muß diese Legitimation über Antrag des Vaters, also in großer Regel bei seinen Lebzeiten erfolgt sein. Die Frage nach der Rückziehung der vom Vater zwar beantragten, aber erst nach seinem Tode perfect gewordenen Legitimation gehört zu §. 162. So ist die auf §. 30 besprochene Regel auch hier von verschwindender praktischer Bedeutung.

III.) Der unehelichen Kinder.

§. 754.

In Rücksicht auf die Mutter haben uneheliche Kinder bey der gesetzlichen Erbfolge in das frey vererbliche Vermögen gleiche Rechte mit den ehelichen. Zu dem Nachlasse des Vaters und der väterlichen Verwandten, dann der Aeltern, Großältern und übrigen Verwandten der Mutter gebührt den unehelichen Kindern keine gesetzliche Erbfolge.

siehe sich nur dann vertheidigen, wenn der Vater erblos verstirbt. Warum könnte nicht der Gnadenact des Kaisers das Heimfallsrecht des Fiscus ausschließen? —

⁴⁾ Vgl. Zeiller's Commentar I S. 361 Z. 5.

⁵⁾ An diesen letzten Fall denkt Zeiller (S. 747): Es „beruht auf der Vorsicht der Behörden, denen das Gesuch vorzulegen ist, und des Landesfürsten, in welchem Maße das legitimirte Kind, ohne den etwa bereits vorhandenen Kindern Abbruch zu thun, an der Erbfolge nach den Eltern Theil zu nehmen hat“.

⁶⁾ Solche nicht (oder doch nicht primär) bezielte Effecte nennt Fhering „Neslerwirkungen“.

⁷⁾ Der Punkt wurde übrigens von den Redactoren keineswegs übersehen. Als bei der Berathung über die Annahme an Kindesstatt der entsprechende Passus des §. 183 a. b. G. B. von Zeiller beantragt wurde (Sitzung v. 5. Juli 1802), bemerkte Sonnenfels, es sei zwar richtig, daß das Wahlkind die Verwandten der Wahlktern nicht beerbe, aber es schließe sie doch, „wenn es anderst als ein rechtes Kind angesehen werden soll“, bei einer Erbschaft ab intestato von der Erbschaft der Wahlktern aus; es sei also nicht richtig, wenn der Text des Referenten besage, daß die Adoption auf diese Verwandten keinen Einfluß habe. Als aber Zeiller replicirte, hier sei nicht von dem Erbrecht die Rede, da dieses dem II. Theil vorbehalten bleibe, wurde sein Antrag unter dieser Voraussetzung unberändert angenommen.

I. Redaction. Der §. fehlt im Pat.¹⁾ und lautet im Westgal. G. B. (§. 560)^{1a)} so:

In . . . eheliche und uneheliche Kinder . . . Erbsfolge gleiche Rechte. Doch steht es der Mutter frei, sich mit den unehel. K. abzufinden, und wegen einer (sic) gänzlichen Verzicht auf die Erbschaft sich mit ihnen zu vertragen.

Dazu kamen folgende Monita ein:

I. Der Wiener Fac. erschien dies Erbrecht der Unehelichen noch zu günstig, die Ehe dabei zu wenig begünstigt (!); es wäre genug, „wenn den Unehelichen bloß der Pflichttheil zugedacht würde“. (!) II. Eine Stimme des nieder-österreich. App. G. wünschte den Beisatz „in ein freivererbliches Vermögen“ (im Gegensatz zu Fideicommissen). III. Das inner-österreich. App. G. wollte hinzufügen: a) „in Rücksicht auf die Mutter und ihre Abkömmlinge“ (wonach also namentlich uneheliche Geschwister unter einander ein Erbrecht gehabt hätten); b) „Zu dem Nachlasse der Eltern, Großeltern . . .“ (= §. 754 a. G.).

Zeiller äußerte sich in der S. v. 5. Nov. 1804 zu I so: Da die unehelichen Kinder ohnehin das traurige Loos haben, von der Erbsfolge nach dem Vater ausgeschlossen zu sein, so solle man ihnen wenigstens das Erbrecht nach der Mutter vollständig lassen — womit auch alle Uebrigen einverstanden waren. Das Monitum II wurde allseitig gebilligt (nur statt „ein“ „das“ gesetzt). Das Monitum III a (das wichtigste und verständigste von allen) wird in den Protokollen gar nicht weiter erwähnt; das Resultat zeigt, daß es abgelehnt wurde. Mit III b erklärte sich Zeiller und mit ihm die Majorität einverstanden. Dagegen glaubten die beiden Haan, Schmidfeld und Pyro, „daß die unehelichen Kinder von der mütterlichen Repräsentations-Erbsfolge nicht auszuschließen seien“; leider! sind sie mit dieser Ansicht in der Minderheit geblieben.

Diesen Beschlüssen zufolge wurde §. 560 Westgal. G. B. II dahin abgeändert:

In R. . . . eheliche und uneheliche K. . . . gleiche Rechte. Doch steht . . . (= §. 560 a. G.) vertragen. Zu dem Nachlasse der Eltern . . . (übrigens wie §. 754 a. G.).

Text I §. 460: 1. Satz = jetzt §. 754 pr. 2. Satz = 2. Satz in Westgal. G. B. §. 560. 3. Satz: Zu dem N. der Eltern u. s. w. (M. R. „4. Die unehel. K.“). Dazu die „nachgetragene Bemerkung“ (Z.'s): „Der Satz ‚Doch . . . vertragen‘ dürfte bei genauerer Erwägung wohl überflüssig befunden werden, weil doch nur eine Abfindung in rechtlicher Form verstanden werden kann, welche auch mit ehelichen Kindern stattfindet.“

Demgemäß wurde denn auch wirklich bei der Revision dieser Satz auf Zeiller's Antrag als überflüssig gestrichen, und lautete der Text II §. 756 wie jetzt §. 754; nur fehlten auch dort noch die Worte „des Vaters und der väterlichen Verwandten, dann“; sie sind also eine Einschaltung letzter Hand (M. R. im Text II: „4. Der unehel. K.“).

II. Nachdem die unehelichen Kinder im Joseph. G. B. (4. Hptstck. §§. 15—17) maßlos begünstigt worden waren, trat auch hier nach dem Tode des Kaisers eine extreme Reaction ein. Das Pat. v. 22. Febr. 1791 kann nicht anders als barbarisch genannt werden. So hart das jetzt geltende Recht (eben unser §. 754) ist, so erscheint es als eine Milderung des früheren. Die Geschichte der Behandlung der Unehelichen, die Kritik des dormaligen Rechtes und dessen Vergleichung mit auswärtigen Gesetzen behalten wir übrigens den Excursen vor, woselbst wir auch über die zu §. 754 einschlägige Literatur und Praxis sprechen werden.

¹⁾ Forten's Entw. II. 16 §. 38 mit II. 13 §. 49 gibt den unehelichen Kindern Anspruch auf $\frac{1}{6}$ oder auf $\frac{1}{12}$ des mütterlichen Vermögens, je nachdem eheliche Kinder nicht vorhanden sind, oder solche concurriren — jedoch ohne Schwämerung des Pflichttheils der Eltern oder der ehelichen Kinder.

^{1a)} Ganz ähnlich auch Martini's Entw. II. 16 §. 32.

III. Der §. 754 enthält drei Rechtsätze: a) Im Verhältnisse zur Mutter stehen die unehelichen Kinder den ehelichen gleich. Aber dies bezieht sich nur auf die Erbfolge in das freivererbliche Vermögen, nicht auf die in Fideicommissen (auch nicht, in sog. weibliche Fid.). In jenem Satze liegt wieder ein Doppeltes: α) Nicht nur haben uneheliche Kinder einer Mutter, die nur solche Kinder hat, die gleichen Rechte ihr gegenüber, als ob sie ehelich wären; sondern β) auch wenn sie eheliche Kinder hat, werden ihnen die unehelichen gleichgehalten.²⁾ Der zweite Satz ist um so gewisser, als früher das Gegentheil galt, die uneingeschränkte Textirung des Satzes (§. 754 pr.) also mit klarer Absicht gewählt wurde.³⁾ b) Gegenüber dem Vater haben sie kein gesetzliches Erbrecht (folglich, §. 763, auch kein Pflichttheilsrecht), mag auch die Vaterschaft gerichtlich erwiesen oder selbst freiwillig vom Vater anerkannt sein. Eine selbstverständliche Folge hiervon ist der weitere Satz, daß sie gegenüber den väterlichen Verwandten keine Rechte haben.⁴⁾ c) Sie treten (im Gegensatz zu dem humaneren Rechte der Römer) auch nicht in die Familie der Mutter ein; nicht einmal die Eltern (geschweige denn andere Verwandte) derselben werden von ihnen beerbt. In dem ganz allgemein gehaltenen Schlusse des §. 754 steckt auch der furchtbar harte Satz, daß uneheliche Geschwister, selbst wenn sie Zwillinge wären, einander ab intestato niemals beerben können!⁵⁾ Folglich fällt ein Theil des Vermögens der vorgestorbenen Mutter an den Fiskus, wenn eines der unehelichen Kinder unverheiratet und ohne Testament (z. B. als 10 jähriges Kind) stirbt!⁶⁾

IV. Nicht ausdrücklich in §. 754 enthalten, aber nichtsdestoweniger gewiß, sind folgende Sätze: a) wenn ein uneheliches Kind (gleichviel ob Mann oder Weib) eheliche Nachkommen erhält, so sind diese — wie überall — so auch hier Repräsentanten; folglich beerben sie die uneheliche Großmutter, wenn ihr Parens vor ihr gestorben ist.⁷⁾⁸⁾ — b) Alle unehelichen Kinder sind nach §. 754 zu behandeln, mögen sie auch in was immer für einer unerlaubten Verbindung erzeugt sein.⁹⁾ Nach römischem

2) M. a. W. Die Worte „mit den ehelichen“ sind nicht bloß abstract, sondern auch in Bezug auf Kinder derselben Mutter gemeint.

3) Ueberdies haben wir Zeiller's ausdrückliches Zeugniß dafür. Er sagt im Commentar II S. 748 f.: „Sie und ihre Nachkommen beerben daher die Mutter nicht nur, wenn sie allein, sondern auch, wenn mit ihnen ehelich erzeugte Kinder der nämlichen Mutter vorhanden sind, zu gleichen Theilen . . .“ Vgl. Hüttner S. 260.

4) Dies ist in §. 754 ausdrücklich gesagt, aber es versteht sich von selbst. Wenn sie umgekehrt ein Erbrecht gegenüber dem Vater hätten, so würde daraus noch lange keines gegenüber seinen Verwandten folgen.

5) Mögen nun alle (wie oben vorausgesetzt) uneheliche Kinder, oder einige ehelich, andere unehelich sein.

6) Und diesen Erfolg könnte selbst das umständigst abgefaßte Testament der Mutter nicht ausschließen, wenn die von uns in den Excursen II S. 146 ff. getabelte Praxis um sich griffe.

7) Auch dieser, eigentlich selbstverständliche, Satz wird von Zeiller a. a. O. ausdrücklich bezeugt: „Sie und ihre Nachkommen beerben die Mutter . . .; die Nachkommen der einen sowohl, als der andern (d. h. der unehelichen wie der ehelichen Kinder) erben nach dem Vorrangsrechte (s. 733).“ Vgl. auch Hüttner S. 260. Gleichwohl ist es, unbegreiflicher Weise, wiederholt bestritten worden! Darüber und dagegen in den Excursen.

8) Mithin: a) A uneheliche Mutter von B; C eheliches Kind von B; zwischen A und C (Repräsentanten von B) besteht eine Erbbeziehung. — b) A eheliche Mutter von B; C uneheliches Kind von B; zwischen A und C besteht (nach ausdrücklicher Anordnung von §. 754) keine Erbbeziehung. — c) A uneheliche Mutter von B; C uneheliches Kind von B; zwischen A und C besteht keine Erbbeziehung. — „Uneheliche Großmutter“, „unehelicher Enkel“ ist ein zweideutiger, zwei wesentlich verschiedene Thatbestände umfassender Ausdruck (vgl. oben S. 82). Schon darum darf man nicht sagen, die Entscheidungen a) und b) seien inconsequent, weil man die uneheliche Großmutter einmal beerben, ein anderes Mal nicht beerben soll. Eheliche Kinder repräsentiren ihren Parens, uneheliche repräsentiren ihn nicht. Vgl. Hüttner S. 260.

9) Unger §. 31 bei und in Anm. 3.

Recht waren nämlich inoestuosi (ein Begriff, der in Deutschland erweitert wurde), nach gemeiner Praxis adulterini unfähig ihre Eltern (selbst die Mutter!) zu beerben (sogar ex testamento!). Ähnliche Bestimmungen fanden sich in deutschrechtlichen Quellen und manchen Partikularrechten. Neuere Gesetzgebungen haben diese Härte, die die Schuldlosen strast, theils ausdrücklich, theils stillschweigend beseitigt, indem sie keine Unterschiede zwischen den Unehelichen machen; so das preussische und das österreichische Recht.¹⁰⁾ Aus demselben Grunde ist es c) andererseits ebenso gewiß, daß sog. Brautkinder¹¹⁾ keinen Vorzug vor anderen unehelichen Kindern genießen.¹²⁾ Es gibt keine anderen „von dem Gesetze besonders begünstigten unehelichen Kinder“ (§. 756) als die Kinder aus einer Putativehe (§. 160).¹³⁾

IV.) Der Wahlkinder.

§. 755.

Wahlkinder haben bey der gesetzlichen Erbfolge in das frey vererbliche Vermögen desjenigen, welcher sie an Kindes Statt angenommen hat, ein gleiches Recht, wie die ehelichen Kinder. In Rücksicht der Verwandten desselben oder des Ehegatten, ohne dessen Einwilligung die Annahme geschehen ist, steht ihnen kein Erbrecht zu. Sie behalten aber das gesetzliche Erbrecht in dem Vermögen ihrer natürlichen Aeltern und Verwandten. (§. 183.)

I. Redaction. Dieser §. fehlte im Patente und im Westgal. G. B.¹⁾ Er wurde auf Anregung der Fac. Freiburg eingeschaltet (S. v. 5. Novbr. 1804). Diese hatte folgenden §. beantragt:

Sind keine natürlichen K. des Erbl. vorh., sondern ein oder mehrere Wahlkinder oder deren Abstammlinge, so haben dieselben in Ansehung der frei vererblichen Verlassenschaft ihrer Wahl Eltern das nämliche Recht, wie die natürlichen K. Nur müßte den etwa noch lebenden Eltern des Verstorbenen der Pflichtenheil verabsolget werden, wenn die Annahme an Kindesstatt nicht mit ihrer ausdrücklichen Einwilligung geschehen ist. Auch erhält der überlebende Gatte in dem Falle, wo er mit Wahlkindern zusammentrifft, das unbeschränkte Eigenthum auf (sic) den vierten Theil der Verlassenschaft, wenn er nicht in die Annahme an Kindesstatt ausdrücklich eingewilligt hat.

Das Protokoll ist hier wieder einmal sehr schweigsam; von einer Debatte über die einzelnen Punkte dieses Antrages geschieht gar keine Erwähnung, ja es wird von den Differenzen zwischen dem hier beantragten und dem angenommenen §. gar nicht gesprochen. Wir erfahren nur, Zeiller habe (5. Nov. 1804) darauf hingewiesen, daß die Wahlkinder nach gemeinem und preussischem Rechte zur Erbfolge nach dem Adoptanten, aber nicht auch nach den Verwandten und dem Ehegatten desselben berufen seien. Andererseits behalten die Wahlkinder das Erbrecht nach ihren natürlichen Verwandten. Diese Verfügung sei den Principien des §. 148 des I. Thls. gemäß. Deshalb möchte er den hier einzuschaltenden §. so textiren: „Wahlkinder

¹⁰⁾ S. darüber Stobbe Handbuch des Deutschen Privatrechts V. Band (1885) S. 154 ff.

¹¹⁾ Ueber den Begriff und das gemeine Recht s. Arnolds §. 476 vor und in Anm. 4.

¹²⁾ Vgl. Hüttner §. 97 lit. a und die Note dazu.

¹³⁾ Hüttner §. 97 führt weitläufig aus, welche unehelichen Kinder unter §. 754 fallen, welche nicht (z. B. fallen unter ihn Kinder aus einer Putativehe im weiteren Sinne, bei der keinem der Eltern eine schuldlöse Unwissenheit des Hindernisses zu Statten kommt; ebenso Kinder aus einem Ehebruche u. s. w.). Aber alle diese Ausführungen sind theils nur der Revers zu §§. 160—162, theils betreffen sie die Präsumtion der ehelichen und der unehelichen Geburt, das Recht der Bestreitung der Ehelichkeit und ähnliche Fragen, die nicht ins Erbrecht, sondern ins Familienrecht gehören. Ebenfowenig gehört hierher die (ebendort §§. 100—102 besprochene) Frage nach dem Alimentationsanspruch des unehelichen Kindes gegen die Erben seines Erzeugers.

¹⁾ Er fehlt auch in Horten's und Martini's Umarbeitung. Dafür aber hat Horten I. 4 §§. 40, 44 eine Nachbildung der quarta Divi Pii, über welche aber das gesetzliche Erbrecht und Pflichtenrecht des Wahlkinds nicht hinausgehen darf. Ueber das frühere Recht s. die Notizen bei Hüttner S. 274 in der Note.

haben . . . , wie die leiblichen Kinder. In Rücksicht . . . " (sonst wörtlich wie jetzt, nur fehlt am Ende das Allegat).^{1a)} Zeiller's Text wurde einstimmig angenommen.

II. Zeiller selbst gibt den Inhalt dieses §. klar und präcis so wieder²⁾: „Das Wahlkind hat, so lange es in diesem rechtlichen Verhältnisse bleibt (§. 185), zuerst in Hinsicht auf das freivererbliche Vermögen des Adoptanten, des Wahlvaters, der Wahlmutter, oder, wenn es von beiden Ehegatten einverständlich adoptirt worden, beider Wahlkellern, sammt seiner Nachkommenschaft ein gleiches Erbrecht, wie die ehelichen Kinder (§. 183); folglich nicht nur, wenn es allein ist, sondern auch, wenn es mit leiblichen Kindern des Adoptanten zusammenträte.³⁾ Aber das Wahlkind ist sowohl von dem der ehelichen Abstammung vorbehaltenen Familien-Fideicommiss . . . , als auch von der freivererblichen Verlassenschaft aller Verwandten des Adoptanten oder dessen Ehegatten, ohne dessen Einwilligung die Annahme geschehen ist . . . , ausgeschlossen.“ Da aber „das Wahlkind seine ursprüngliche Familienverbindung mit den Eltern und Seitenverwandten . . . (behält) (§§. 182, 183); so steht ihm auch in Hinsicht (seiner ehelichen Verwandten⁴⁾) . . . das Erbsolgerecht nicht nur in dem freivererblichen Vermögen, sondern auch in dem Familien-Fideicommiss zu.“⁵⁾ — Das Wahlkind repräsentirt seinen Wahlparens nicht; wohl aber wird es selbst durch seine eheliche Descendenz repräsentirt.⁶⁾

III. Da das Wahlkind in Verhältniß zu den Wahlkellern vollkommen einem ehelichen gleichgestellt ist, überhaupt (durch §. 183) und insbesondere hinsichtlich des Erbrechtes (durch §. 755 pr.), so müssen auch die sog. Reflexwirkungen seiner Rechte die gleichen sein, wie bei ehelichen Kindern. Folglich müssen auch die Eltern des Wahlparens zurücktreten; sie werden von der Intestat-Erbfolge ebenso ausgeschlossen, als wenn eheliche Kinder vorhanden wären, woraus von selbst folgt (§. 763), daß sie auch keinen Pflichttheil ansprechen können.⁷⁾ Dies alles ist um so sicherer, als die Redactoren, durch das Freiburger Monitum auf diesen Fall aufmerksam gemacht, dennoch keine Vorsorge zu Gunsten der Eltern getroffen haben (i. hier Abs. I und oben bei §. 753 Note 7).

IV. Diese regelmäßigen Folgen können indeß durch den besonderen Inhalt des concreten Adoptionsvertrages modificirt werden (§. 184), und es erlischt jene Anwartschaft mit der Aufhebung der Adoption. Der Erbe, der sich auf §. 755 beruft, braucht aber weiter nichts zu beweisen, als eventuell die vollzogene Adoption.⁸⁾ Aus den Worten „in Rücksicht . . . des Ehegatten, ohne dessen Einwilligung die An-

1a) Genau so lautet auch wirklich Text I §. 469. In Text II §. 757 steht schon statt „leiblichen“ „ehelichen“; das Allegat fehlt auch hier. Die R. R. lautet in Text I: „5. Die Wahlkinder“, in Text II: „5. Der W. . . .“

2) Commentar II §. 751 fg.

3) Dies wird wegen der §§. 179, 180 selten sich ereignen; es ist aber durch sie keineswegs ausgeschlossen, da ja z. B. einem 52jährigen Manne nach der Adoption auch noch eheliche Kinder geboren werden können. Vgl. preuß. R. R. II 2 §. 693.

4) Zeiller §. 752 sagt — jedoch sicherlich ohne einschränkende Absicht — „in Hinsicht der Eltern und ihrer Nachkommen“. Wenige Zeilen vorher spricht er selbst von den „Seitenverwandten“. Unsere Verallgemeinerung seines Ausspruches hat übrigens den ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes (§. 755 i. f.) für sich: „ihrer Aeltern und Verwandten“.

5) Zeiller fügt in einer Note (§. 752) diese Notizen hinzu: „Damit stimmt das preuß. R. R. (II 2 §. 691 ff.) und der Code Nap. a. 350 überein. Das Joseph. Ges. gibt dem Wahlkinde (ohne besondere Verabredung) kein Erbrecht. IV. Spitskl. §. 30.“

6) Hüttner §. 270.

7) Dieselbe Ansicht vertheidigt Stubenrauch in der Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1847 I. Bd. S. 75 ff. und ebenso schon Hüttner §. 271 lit. f und Winiwarter I. Bd. S. 444. — Auch in der französischen Jurisprudenz ist dies anerkannt. Vgl. die bei Zacharia III §. 560 R. 6 Citirten.

8) Vgl. Hüttner §. 104 lit. g.

nahme geschehen ist, steht ihnen kein Erbrecht zu“ kann ein arg. a contr. nicht entnommen werden. Die bloße Billigung einer Adoption Seitens eines Vatten ist noch nicht eine Adoption.⁹⁾

V.) Erbrecht der Aeltern in Rücksicht der in den §§. 752–754 erwähnten Kinder.

§. 756.

Den Aeltern kommt auf den Nachlaß ihrer legitimirten, oder von dem Gesetze besonders begünstigten unehelichen Kinder eben das wechselseitige Recht zu, welches den Kindern auf den Nachlaß ihrer Aeltern eingeräumt worden ist*) (§§. 752–754.**)

In dem Vermögen eines unehelich gebildenen Kindes gebührt nur der Mutter die Erbfolge; der Vater, alle Großältern und andere Verwandten des Kindes sind davon ausgeschlossen. Auch die Wahlältern haben kein gesetzliches Erbrecht auf die Verlassenschaft des Wahlkinde; sie fällt nach der gesetzlichen Erbfolge dessen Verwandten zu.

I. Redaction. §. 561 Westgal. G. B. II:

Den Eltern . . . legit. R. eben das wechselseitige Erbrecht zu, . . . worden ist. Sind aber die Kinder unehelich geblieben; so geb. n. d. M. d. gesetzlichen Erbfolge. Der Vater, alle Gr. und ihre Verwandte (sic) sind davon ausgeschlossen.¹⁾

Monita: 1) Das innerösterreich. App. Ger. hatte, in Consequenz des bei §. 754 angeführten Monitum IIIa, hier beantragt, im zweiten Satze nach „Mutter“ beizusetzen: „und bei ihrem früheren Tode ihren Abstammlichen“. 2) Die Innsbrucker Fac. wollte, daß dies wechselseitige Erbrecht nicht stattfinden zwischen dem unehelichen Kinde und dessen Eltern und Verwandten. 3) Die Wiener Fac. fragte bei dem Worte „ihre Verwandte“: „wessen B.“ — 4) Die Freiburger Fac. beantragte den Zusatz: „Wahlältern haben auf die Verlassenschaft ihrer Wahlkinder gar kein gesetzliches Erbfolgerecht.“

Zeiller äußerte sich (5. Nov. 1804) so: Zufolge des bei §. 558 Westgal. G. B. angenommenen Beschlusses wäre hier zu sagen: „Den E. . . . legitimirten, oder aus einer ungünstigen Ehe erzeugten R. . . . worden ist“ (s. §. 756 pr.). — Bei den unehelichen Kindern fordere der Satz „iura successione sunt reciproca“²⁾, daß der Mutter allein das Erbrecht zustehe, folglich weder deren Abstammlichen, noch den Eltern, Großeltern und übrigen Verwandten der Mutter. Demgemäß wurde der zweite Satz tertirt^{2a)}, da auch hier (s. bei §. 754) nur die beiden

⁹⁾ Genaueres im Familienrechte; vorläufig s. Hüttner §. 105.

^{*)} Die erste officielle Ausgabe setzt hier einen Punkt.

^{**)} So die J. G. S. Die erste officielle Ausgabe hat hier kein Interpunktionszeichen.

¹⁾ Mit diesem S. schließt das 16. Hptstck. des Westgal. G. B. (II). Sachlich ganz übereinstimmend auch Martini's Entw. II. 16 §. 33. Forten's Entw. II. 16 §. 37 bestimmt, es solle, wenn einem durch Gnade des Kaisers legitimirten Kinde zu der Erbfolge eines Elternteils ein Recht verliehen sei, „dieser Elternteil, wenn das Kind vor ihm stirbt, zu dessen Erbfolge ebenfalls zugelassen werden“ — und in §. 38: „Ingleichen soll auch der unehelichen Mutter, wenn sie noch lebt und arm ist, und wenn das verstorbene uneheliche Kind weder eheliche Nachkömmlinge hinterlassen, noch auch einen letzten Willen errichtet hat, aus dessen Verlassenschaft der sechste Theil, oder wenn dieser zu ihren Bedürfnissen nicht hinreicht, auch ein Mehreres zu ihrem Unterhalte abgerechnet werden.“

²⁾ Es ist damit nicht gemeint, daß das Monitum diesem Satze widerspreche; denn das inner-österreich. App. Ger. hatte ihn berücksichtigt. Zeiller will nur sagen: Nachdem wir bei §. 754 den Antrag des innerösterreich. App. Ger. abgelehnt haben, müssen wir es hier mit dem correspondirenden Monitum auch thun.

^{2a)} Auf eine Anfrage der „vereinigten Hofkanzlei“ antwortete die Hofcommission in der S. v. 1. Febr. 1808, daß weder rücksichtlich der Testirfähigkeit noch der Intestat-Beerbung eines unehelichen Kindes im Entwurfe des a. b. G. B. eine Neuerung beantragt sei. [Es galten hinsichtlich der Beerbung solcher Kinder (passive Seite) die Bestimmungen des Hfd. v. 6. Febr. 1794 (J. G. S. Nr. 157), hinsichtlich ihres Erbrechtes (active Seite) die des Pat. v. 22. Febr. 1791 §. 4 lit. g. h. i.] Demnach sei zu wünschen, daß das bisher in dem salzburgischen Landgerichte P. tter bestehende Erbrecht des Fiscus bezüglich des Nachlasses unehelicher sogleich aufgehoben werde. — Genaueres im Exkurs zu §§. 753, 754.

Haan, Schmidfeld und Tyro die der unehelichen Verwandtschaft günstigere Ansicht vertraten. Mit dem Freiburger Monitum waren die Redactoren einverstanden. Zeiller sagte: Dieser Beisatz „sichere die Vermuthung, daß die Annahme an Kindesstatt nicht aus Eigennutz, sondern aus reineren Beweggründen geschehe“. Nach diesen Beschlüssen lautete der Text I §. 470: „Den Eltern . . . legitimirten, oder aus einer ungünstigen Ehe erzeugten R. eben das . . . worden ist. In dem Vermögen . . .“ (übrigens wörtlich wie §. 756). Ebenso lautet Text II §. 758.³⁾

II. Wie die Verwandtschaft, so ist auch die darauf beruhende Erbanwartschaft eine gegenseitige.^{3a)} Wenn man von „wechselseitigem Erbrechte“ spricht, so ist dies ganz abstract gemeint. Unrichtig wäre es zu glauben: daß, wenn B den A beerbt, bei früherem Tode des B immer A ihn beerbt haben würde; z. B. Jemand beerbt seine Mutter; würde aber er früher gestorben sein, so wäre die Mutter nicht seine Erbin gewesen, weil er Kinder hinterlassen hätte. Der Satz bedeutet also nur dieses: A und B leben noch beide; A gehört zu den möglichen dereinstigen Erben des B; dann gehört auch B zu den möglichen dereinstigen Erben des A.

III. Von diesem Grundsatz der Reciprocität gibt es bei uns nur eine Ausnahme: Walletern beerben ab intestato ihr Wahlkind nicht.⁴⁾ Das Motiv des Gesetzes ist oben angegeben.^{4a)} Williger wäre eine andere Ausnahme: Bei einer Putativehe sollte der schuldige (d. h. meistens der in mala fide befindliche) Parens kein Erbrecht nach seinem Kinde haben, wie es in anderen Rechten auch wirklich angeordnet ist.⁵⁾ Da aber davon nichts im Gesetze steht, sondern der Grundsatz der Gegenseitigkeit so entschieden ausgesprochen wird, dürfen wir diese Ausnahme in das Gesetz nicht hineinragen; lege non distinguente nec nostrum est distinguere.⁶⁾

³⁾ In der Marg. R. war im Text I für die einzusetzenden §§. eine Lücke gelassen, im Text II standen, der damaligen Föhlung entsprechend, „§. 754. 755“.

^{3a)} Vgl. Zeiller S. 753 Z. 1.

⁴⁾ Das gemeine Recht hat hierüber keinen einheitlichen Rechtsatz. Bei der adoptio plena und der arrogatio ist das Erbrecht gegenseitig, ausgenommen den Fall, wo der impubes arrogatus als impubes stirbt (hier erbt der Arrogirende nicht). Bei der adoptio minus plena hat das Adoptivkind ein Erbrecht nach dem Adoptivvater, nicht aber auch Dieser nach Jenem. Bei der singulären (auf landesherrlicher Gnade beruhenden) Adoption durch eine Frau ist die Erbanwartschaft gegenseitig. Vgl. Arndts §. 475, Windscheid II §. 524, III §. 571. — Nach preussischem R. (S. 694, §. 701 F. R. II 2) verhält es sich wie bei uns; auch nach französischem R. (Code civ. a. 351, a. 352) ist es ähnlich, nur daß dort unser Rechtsatz durch ein droit de retour abgemildert ist. Nach dem Zürcher G. B. §. 1927 fällt, wenn das Adoptivkind ohne Nachkommen stirbt, eine Hälfte seiner Verlassenschaft an die Adoptiveltern, die andere an die „natürlichen Erben“. „Ist weder Adoptivvater noch Adoptivmutter mehr am Leben, so kommt das Erbrecht der natürlichen Familie zur vollen Anwendung.“ — Vgl. Hüttner S. 278 f. R. *

^{4a)} Winawarter S. 311 bemerkt, daß die Adoption „die Verbindung des angenommenen Kindes mit seiner Familie nicht aufhebt, vielmehr derselben das gesetzliche Erbrecht in dem Vermögen des Angenommenen vorbehalten werden muß, da auch diesem das gesetzliche Erbrecht nach seinen Blutsverwandten zusteht“. Darnach erschiene die Ausnahme von der Regel (der Reciprocität) nach anderer Richtung hin als eine Consequenz derselben. Dieser Gedanke ist auf den ersten Blick bestechend; er ist aber nicht richtig. Die Consequenz würde vielmehr fordern, daß der Adoptirte, weil er beiderlei Eltern beerben könnte, auch von beiderlei Eltern zusammen beerbt werde. W. denkt übrigens auch daran, daß die Adoption eine Wohlthat für das Kind, aber kein Schöden für seine Familie sein soll (so auch Stubenrauch zu §. 756 Z. 5). Das läßt sich hören; aber wir wissen aus dem Protokolle und aus Zeiller's Commentar, daß das eigentliche Motiv des Schlußsatzes von §. 756 doch ein anderes ist, als W. supponirt.

⁵⁾ Ueber die gemeinrechtliche Praxis (denn eine Gesetzesbestimmung darüber gibt es im canon. R. nicht) s. Glück Intestat-Erbfolge S. 165 Z. 1 (S. 625 der 2. Aufl.); Schirmer §. 12 Note 11; Windscheid III §. 571 Note 17. Das preussische R. R. (II. 2 §. 54) sagt: „In so fern beide Aeltern, oder auch nur einer von ihnen, dergleichen nichtige Ehe wissenschaftlich geschlossen haben, erlangen sie über die daraus erzeugten Kinder keine älterliche Rechte.“

⁶⁾ Ebenso Hüttner S. 276 (der aber aus Versehen vom „Römischen R.“ spricht,

IV. Alles andere ergibt sich aus jenem Grundsatz und den §§. 752 ff. von selbst. a) Nach einem per rescriptum principis Legitimierten haben nur die Eltern ein Erbrecht⁷⁾, nicht auch ihre Verwandten (arg. §§. 162, 753). b) Ein per convalid. matr. oder per subsequens matr. Legitimierter gehört zur Familie des Vaters und der Mutter und kann daher von allen Familiengliedern beerbt werden, die ihn beerbt hätten, wenn er ehelich erzeugt wäre. Dies ist auch seit jeher die herrschende Ansicht.⁸⁾ c) Ein Kind aus einer Putativehe kann ebenfalls nicht bloß von seinen Eltern und ihren Nachkommen, sondern auch von den Großeltern und deren Descendenten u. s. w. beerbt werden.⁹⁾ d) Die Consequenzen hinsichtlich der Beerbung „eines unehelich gebliebenen Kindes“ hat das Gesetz selbst ausgesprochen (§. 756 Mitte). Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Großmutter und Enkel verweisen wir auf die Note 8 bei §. 754.

VI.) Gesetzliches Erbrecht des Ehegatten.

§. 757.

Dem überlebenden Ehegatten des Erblassers gebührt, ohne Unterschied, ob er ein eigenes Vermögen besitze oder nicht, wofern drey oder mehrere Kinder vorhanden sind, mit jedem Kinde ein gleicher Erbtheil; wenn aber weniger als drey Kinder vorhanden sind, der vierte Theil der Verlassenschaft zum lebenslangen Genuße; das Eigenthum davon bleibt den Kindern.

§. 758.

Ist kein Kind, aber ein anderer gesetzlicher Erbe vorhanden, so erhält der überlebende Ehegatte das unbeschränkte Eigenthum auf den vierten Theil der Verlassenschaft. Doch wird sowohl in diesem, als in dem Falle des §. 757. dasjenige, was gemäß der Ehe-Pacten, eines Erbvertrages oder einer letzten Anordnung dem überlebenden Ehegatten aus dem Vermögen des andern zukommt, in den Erbtheil eingerechnet.

§. 759.

Wenn aber weder ein Verwandter des Erblassers in den oben angeführten sechs Linien, noch ein anderer aus den in den §§. 752–756. berufenen Erben vorhanden ist; so fällt dem Ehegatten die ganze Erbschaft zu. Doch hat ein aus seinem Verhältnissen geschiedener Ehegatte weder auf die Erbschaft, noch auf einen Erbtheil des Gatten Anspruch.

während die „Putativehe“ erst dem canonischen R. angehört!), Unger §. 31 A. 9. Damit entfällt für uns die Streitfrage des preussischen Rechtes, ob auch das Erbrecht der Mutter oder nur das des Vaters durch Unkenntniß des Ehehindernisses bedingt sei. Die strengere Ansicht, für welche der Wortlaut des §. 54 spricht, verteidigt Witte Preuß. Intestat-Erbrecht §. 15, während Gruchot III S. 348 die der Mutter günstigere Entscheidung (u. E. mit Recht) vertritt, weil ja die Mutter überhaupt uneheliche Kinder beerbt. — Auch die Canonisten und gemeinrechtlichen Schriftsteller sprechen gewöhnlich von „Parens“, nicht allein vom „Vater“ (ob immer mit vollem Bewußtsein der Tragweite der Stylisirung?). —

⁷⁾ Dem Vater spricht es ab Scheidlein Miscellen 2. Heft §. 10, entgegen dem klaren Wortlaut des §. 756 pr. Richtig Rippel V S. 31 ff. und mit unnöthig weitläufiger Begründung Winwartner S. 306–309. Gründe und Gegengründe sind kurz und gut zusammengefaßt bei Stubenrauch zu §. 756 Z. 3.

⁸⁾ Gegen sie hat sich nur M. Schuster erklärt, in der Ztschr. f. österr. Rechtsgel. 1830, I. S. 323. Es lohnt nicht, seine weitläufigen Ausführungen (mehr als acht S.) zu reproduciren und zu entkräften. Er nennt die herrschende Ansicht ein „einstimmig“ angenommenes „Gewohnheitsrecht“ (S. 324) „nicht nur ohne, sondern zugleich gegen das Gesetz“ (S. 331), durch welches (erstere) man wage, „in das heiligste Recht des Gesetzgebers einzugreifen“ (S. 327), obwohl Sch. zugibt, daß die von ihm bekämpfte Ansicht „die eigentliche Absicht des Gesetzes“ allerdings treffe (S. 331)! Verdient dergleichen eine Widerlegung? — Richtig Rippel V S. 33 f.; Winwartner S. 309 f.; Stubenrauch zu §. 756 Z. 2.

⁹⁾ Auch hier dissentirt nur M. Schuster. — Alle obigen Entscheidungen haben (und damit verschwindet jeder Zweifel) auch die Autorität von Zeiller (S. 753 Z. 2) für sich.

I. Redaction.

Pat. §. 23: Eingegen berufen Wir auf den Fall, wo kein Anverwandter des Erblassers in den oben erwähnten 6 L. vorh. ist, dessen hinterlassenen Ehegatten zur Erbfolge; und nur dann, wenn auch kein Ehegatte am Leben sein sollte, ist die Verlassenschaft als ein erbloses Gut zu betrachten, und zu Händen Unserer Kammer oder Derjenigen einzuziehen, denen Wir zur Einziehung erbloser Güter ein Recht verliehen haben. *)

Pat. §. 24: Ehegatten haben, außer dem in dem vorausgehenden §. bestimmten Falle, wechselweise an die rechtliche Erbfolge zu dem Vermögen ihrer Gatten keinen Anspruch. Nur gebührt dem Ueberlebenden, ohne Unterschied, ob er Vermögen besitze oder nicht, in so lange er nicht zur zweiten Ehe schreitet, wosern drei oder mehrere Kinder vorhanden sind, von dem rückgebliebenen Vermögen zu seinem Unterhalte mit jedem Kinde gleicher Genußtheil: falls aber keine, oder weniger als drei K. vorh. sind, der Genuß von dem vierten Theile des hinterlassenen Vermögens.

In beiden Fällen wird, wenn ein Heirathsbrief errichtet worden, was dem überlebenden Ehegatten daraus zuzukommen hat, in diesen Theil eingerechnet.)

Aus dem Westgal. G. B. gehören hierher folgende zwei §§.:

§. 556. In diesem Falle, wenn nämlich in den angeführten 6 L. kein Verwandter d. Erbl. vorh. ist; bestimmt das Gesetz dessen hinterlassenen Ehegatten zum Erben. Ist auch dieser nicht mehr am Leben; so wird die Verlassenschaft als ein erbloses Gut erklärt, und entweder, welche zur Einziehung erbloser Güter ein gesetzliches Recht haben.

§. 557. Außer dem eben bestimmten Falle gebührt noch dem überlebenden Ehegatten, ohne Unterschied, ob er eigenes Vermögen besitze oder nicht, mit jedem Kinde gleicher (sic) Erbtheil zum lebenslänglichen Genuße. Das Eigenthum davon bleibt den Kindern. Ist kein Kind vorhanden; so erhält der überlebende Ehegatte das unbeschränkte Eigenthum auf den vierten Theil der Verlassenschaft. Doch wird in beiden Fällen dasjenige, was gemäß eines errichteten Heirathsbriefes (sic) einem überlebenden Ehegatten aus dem Vermögen des andern zukommt, in diesen Theil mit eingerechnet.

Die verschiedenen das Gatten-Erbrecht betreffenden Monita wurden in der S. v. 5. Nov. 1804 einzeln (abgesondert) durchberathen.

1) Die Fac. Prag wünschte den Beisatz: „Haben sie sich jedoch in der Gänze abgefunden, so bleibt es bei dieser Abfindung“ (vgl. §. 576 Westgal. G. B.).²⁾ Diese Abfindung müsse auch ab intestato wirken.³⁾ — Alle waren mit Zeiller der Ansicht, daß dieser Zusatz überflüssig sei.

2) Die steyrische Comm. machte den guten Vorschlag, zu sagen: „Kinder des Erblassers“, damit man wisse, daß es gleichgültig sei, ob die Kinder auch Kinder des

*) Sachlich ganz übereinstimmend, und auch ähnlich textirt ist Horten's Entw. II. 16 §. 23 (Harrasowsky Cod. Ther. IV S. 254) und Martini's Entw. II. 16 §. 28 (ebd. V S. 145). Anders und sehr ausführlich ist diese Materie im Cod. Ther. behandelt, im II. The. cap. XX im sechsten Artikel, §§. XXIV, XXV (Nr. 181—192) (a. a. D. II Bd. S. 401—403).

1) Pat. §§. 25 und 26 betreffen die Indignität. Dann folgt §. 27, mit welchem das Patent schließt. Er lautet:

(Al. 1.) Aus eben diesen Ursachen, aus welchen ein Anverwandter sich seines Erbrechtes unwürdig macht, wird auch ein Ehegatte der ihm in dieser gesetzlichen Erbfolge zugewiesenen Rechte unwürdig.

(Al. 2.) Hiermit also erklären Wir von nun an alle sowohl über die gemeine Erbfolge, als über die Erbfolge der Landstände bisher bestandenen Gesetze gänzlich für aufgehoben.

(Al. 3.) Was jedoch die vergangenen Fälle betrifft, soll es sowohl bey den durch die vorigen Gesetze schon erworbenen Gerechtigkeiten, als auch bey der den Landständen durch die vorigen Gesetze auferlegten Unterhaltung und Ausstattung ihrer Schwestern und Nuhmen unabgeändert verbleiben.

2) Dieser §. versagte dem Ehegatten den Pflichttheil, falls in den Ehepacten eine Vorsorge für den Todesfall getroffen war.

3) Dagegen ist zu bemerken: Wer aus den Pflichttheil verzichtet hat, ist damit noch keineswegs von der Intestaterbfolge ausgeschlossen, sondern muß nur, wenn er erbt, die Abfindungssumme in den Nachlaß zurückerstatten. Unger §. 30 Anm. 7 a. E.

überlebenden Gatten seien. — Zeiller und mit ihm alle die Andern fanden auch diesen Zusatz unnöthig; es sei ja selbstverständlich, daß es sich nur um Kinder des Erblassers handle. So richtig dieser Rechtsatz, so unrichtig ist dessen Bezeichnung als „selbstverständlich“; denn da §. 757 in mancher Beziehung an die Nov. 117 cap. 5 erinnert, so wäre es nicht so uneben gewesen, diesen Unterschied anzudeuten, namentlich da dies mit einem Worte („des Erblassers“) hätte geschehen können.

3) Das innerösterreich. App. Ger. wollte neben den Kindern auch die an Stelle eines vorderstorbenen Kindes tretenden Enkel erwähnen, was Zeiller billigte, die Uebrigen aber, auf Haan's Antrag, als überflüssig verwarfen.

4) Dasselbe App. Ger. fragte: „Ob dem Ehegatten nicht auch das, was er vermittelst eines Codicills aus dem Vermögen des (andern) Ehegatten erhält, eingerechnet werde, und ob der Ehegatte in dem Falle, daß in dem Heirathsvertrage eine Abfertigung des Ehegatten oder ein mitblischer Unterhalt bestimmt ist, dennoch das gesetzliche Erbrecht genieße?“ Ref.: hierüber werde er sich später äußern.

5) Das niederösterreich. App. Ger. wollte die Worte „aus dem Vermögen des andern“ streichen; wäre der „Heirathsbrief“ auf ein Fideicommissgut eingetragen, so könnte die Frau sagen: „Das Fideicommissgut ist kein Vermögen meines Mannes.“ Ref.: Dieser Einwand sei eine leere Spitzfindigkeit; es heiße ja nicht „freivererbliches Vermögen“. Jene Worte dürfe man nicht streichen; sonst würde dem Gatten eingerechnet, was ihm in dem Heirathsbriefe von einer dritten Person zugesichert worden ist. Der Vorsitzende (Haan) meinte: Das Monitum des niederösterreich. App. Ger. sei allerdings nur eine Spitzfindigkeit; aber was des Mannes Eltern der Witwe zugewendet haben, das solle allerdings eingerechnet werden. Das Gesetz weise der Witwe den Kindestheil nur darum an, damit sie daraus den nöthigen Unterhalt beziehe (!). Soweit ein Ehegatte von irgend Jemanden den Unterhalt beziehe, sei er ganz oder theilweise des Erbrechtes verlustig (!). — Ein wahres Glück, daß diese ungeheuerlichen Ansichten nicht durchgedrungen sind. Neben der ethischen Verwerflichkeit derselben sind sie auch ganz unjuristisch. Auf den ersten Blick muß es Jedem einleuchten, in wie grellem Widerspruche das Gesagte mit dem Passus in §. 557 Westgal. G. B. „ohne Unterschied, ob er eigenes Vermögen besitze oder nicht“ steht — und zu wie absurden und unerträglichen Konsequenzen es führen müßte, wenn man ernstlich den Gesichtspunkt des „nöthigen Unterhaltes“ festhalten wollte. Der laienhafte Standpunkt Haan's zeigt sich auch darin, daß er wiederholt in den Fehler verfällt (wie jeder Laie bei §. 757 ff.), nur an die Frau, und nicht an den Mann als Erben zu denken. Fast unglaublich klingt sein Antrag: „Was dem verwitbten Gatten aus vorgegangenen Verträgen zukommt, soll eingerechnet werden.“ Also etwa auch ein rückgezahltes Darlehen^{3a)}! — Weiter beantragte Haan, der Genuß solle nicht lebenslänglich sein, sondern nur so lange dauern, als die Witwe (sic) nicht zur zweiten Ehe schreitet. „Der Entwurf“, meinte Haan, „trete ohnehin den Kindern zum Vortheile der hinterlassenen Gattin zu nahe“ (!) und dies sei um so schlimmer, als auch die Stiefmutter mit den Kindern concurrirte, „deren oft eigenthümliche Denkungsart zum Nachtheil ihrer Stiefkinder nur allzu bekannt sei.“ Ihm stimmten Sonnenfels und Pitreich bei; nur will Letzterer den von Haan vorgeschlagenen Passus enger fassen, u. zw. so: „aus dem Vermögen des anderen oder desjenigen, der den Erblasser nothwendig hätte zum Erben ernennen müssen, zukommt.“ (!) — Die übrigen Botanten schlossen sich Zeiller'n an, wobei folgende Aeußerungen vorkamen: a) Das Gesetz nehme auf Geschenke dritter Personen keine Rücksicht; b) zwischen Mutter (und selbst Stiefmutter) und den Kindern herrsche gewöhnlich eine billige Denkungsart; c) „sprich dieser §. nicht von Stiefsöhnen, sondern bloß von leiblichen Kindern.“ [Als ob die leiblichen Kinder des Erblassers nicht Stiefkinder des

^{3a)} Dergleichen war freilich nicht in Haan's Meinung, aber doch jedenfalls in seinen Worten mitbekaft.

überlebenden Gatten sein könnten! Und diese Aeußerung im Munde derselben Männer, welche kurz vorher das steiermärkische Monitum für überflüssig, weil Selbstverständliches besagend, erklärt hatten! Demnach wurden die Worte „aus dem Vermögen des andern“ mit Stimmenmehrheit beibehalten.⁴⁾

6) Hier wurde auf das Monitum des innerösterreich. App. Ger. zurückgegriffen, worin es hieß: Es könnte scheinen, als ob die gesetzliche Erbfolge des überlebenden Gatten selbst dann eintreten sollte, „wenn im Heiratscontracte ein wittiblicher Unterhalt oder eine Abfertigung vorgesehen wäre.“ Aus den diesbezüglichen, durch Wiederholungen ermittelnden Ausführungen Zeiller's verdient nur das Meritorische mitgetheilt zu werden. Er beantragte: a) Die Legate seien in den gesetzlichen Erbtheil einzurechnen, b) ebenso Schenkungen an unbeweglichen Gütern; c) wenn eine Abfertigung oder ein „wittiblicher Unterhalt“ angewiesen sei, solle sich der Gatte damit begnügen müssen (vgl. das ältere Recht in Abf. II. C). — Mit dem Punkte a) erklärten sich die andern Botanten einverstanden, ja sie beschloßen die allgemeinere Fassung: „was ihm durch eine letztwillige Anordnung zukommt.“ Gegen den Antrag b) hingegen sprachen sich (auffallender Weise) Alle aus. Derlei Schenkungen kämen namentlich beim Bauern- und Bürgerstande vor, bei denen die Theilnahme der Frau⁶⁾ am Erwerbe hoch anzuschlagen sei. Oft werde ein solches unbewegliches Gut aus dem gemeinschaftlichen Vermögen gekauft. Nun solle man nachträglich über die Provenienz des Kaufschillings Erhebungen pflegen, solle die Anttheile separiren u. dgl. Auch Haan stimmte bei, unter dem Hinweise darauf, daß gegen pflichtwidrige Schenkungen ohnehin die querela inofficiosae donationis offen stehe. — Hinsichtlich des Punktes c) stimmte Haan mit Zeiller. Die Uebrigen wollten unterscheiden: a) Sei das in den Ehepacten Ausgesetzte als gänzliche Abfertigung gemeint, dann könne der überlebende Gatte freilich nichts mehr fordern; ß) sei es aber bloß ein „wittiblicher Unterhalt“ und nicht gesagt, daß der Gatte weiter nichts zu fordern habe, dann solle Einrechnung in den gesetzlichen Erbtheil stattfinden.

7) Das innerösterreich. App. Ger. fragte weiter: ob ein Weib⁶⁾, das einen Ehebruch begangen hat, nach §. 338 (jetzt §. 540) der Erbschaft unwürdig sei? ferner, ob nicht nach Analogie dieses §. das Gleiche von dem Gatten gelte, der den anderen boshaft verlassen oder zu immerwährender Scheidung von Tisch und Bett Veranlassung gegeben hat? Der Ref. beantragte, daß „der schuldige Gatte überhaupt durch die Vergehungen, welche zufolge §. 108, I. Thl. Entw. die gerichtliche Scheidung nach sich ziehen, sich der gesetzlichen Erbfolge unwürdig mache.“ Dies gehöre jedoch in das Kapitel vom Erbrechte, nämlich dorthin, wo von der Ausschließung gewisser Personen vom Erbrechte die Rede ist. Dort solle ein §. dieses Inhaltes eingeschaltet werden:

Ein Ehegatte, welcher wegen in dem §. 108, I. Thl. enthaltenen Verschuldens getrennt lebt, ist von dem gesetzl. Erbrechte in dem Vermögen des (andern) Eheg. ausgeschlossen.

Und wirklich wurde dieser Antrag zum Beschlusse erhoben?⁷⁾ (S. v. 5. Nov. 1804); gleichwohl ist aber diese Einschaltung in der Materie von der Erbunfähigkeit und Erbunwürdigkeit bekanntlich nicht erfolgt, wohl aber ist in §. 759 a. E. dieser Gedanke verwerthet.

Schließlich erinnerte der Ref. daran, daß §. 557 (Westgal. G. B.) in zwei

4) Hier verließ Sonnensfels die Sitzung.

5) Immer wieder denken die Redactoren beim überlebenden erbenden Gatten nur an die Frau.

6) Warum nur das Weib?!

7) Bei dieser Gelegenheit erzählte Puro: „daß in Galizien die Weiber sehr häufig sich eigenmächtig trennen, nach dem Tode des Mannes aber doch die Vortheile ziehen wollen, und daher die Erben stets mit Streitigkeiten quälen.“ — Daß sich auf diese bloß faktischen Trennungen §. 759 a. E. und §. 1266 a. E. nicht beziehen, ist gewiß.

wichtigen Stücken von dem correspondirenden §. 24 des Erbfolgepatents abweiche: 1) Nach dem Patent solle dem Gatten der Genuß nur bis zur Wiederverhehlung, nach §. 557 lebenslänglich zustehen; er (Zeiller) sei mit letzterer Bestimmung einverstanden.⁸⁾ 2) Dagegen stimme er in dem anderen Punkte mit dem Erbfolgepatent überein, das $\frac{1}{4}$ des Nachlasses als Maximum festsetze, so daß wenn weniger als 3 Kinder da sind, der Gatte doch nur den Genuß an $\frac{1}{4}$ erhalte, während nach dem Westgal. G. B. er stets den Genuß an einem Kopftheil bekomme, also wenn 2 Kinder da sind, an $\frac{1}{3}$, wenn nur 1 Kind concurrirt, an der Hälfte des Vermögens. „Diese Begünstigung scheine ihm zu weit zu gehen“; deshalb stimme er darin für das Erbfolgepatent.^{8a)}

Wir können diese Mittheilungen nicht schließen, ohne den Leser darauf aufmerksam zu machen, daß gerade die interessantesten Fragen mit keiner Silbe berührt sind. Nichts erfahren wir darüber, was den Späteren so viel Zweifel bereitet hat, ob der Gatte Erbe oder Legatar, ob der „lebenslange Genuß“ ususfructus oder was sonst sei; ob der Gatte in Geld abgefunden werden könne; wie die Einrechnung disparater Werthe zu geschehen habe u. s. w. Mit schwieriger Casuistik, mit theoretischen oder gar constructiven Fragen haben sich die Redactoren auch hier, wie überhaupt in der Regel, nicht abgegeben.

II. Geschichtliche Einleitung. A) Im römischen Rechte war die Ehe niemals ein der Verwandtschaft gleichgestellter Erbgrund. Dies erklärt sich nicht etwa aus einer niedrigen Auffassung der Ehe (bekanntlich waren die Römer darin allen alten Völkern überlegen), sondern daraus, daß im alten Rechte weder die Ehe noch die Verwandtschaft als solche für das Erbrecht in Betracht kam, sondern nur der Agnationsverband, an welchem auch die Ehefrau theilnahm. Die Witwe erbte als filia familias. Starb aber die Frau zuerst, so hinterließ sie, weil eine persona alieni iuris damals vermögensunfähig war, keinen Nachlaß, konnte also überhaupt nicht beerbt werden. Weil in ältester Zeit wohl jede Ehe eine Manus-Ehe war, knüpften die Römer alle ehgüterrechtlichen Folgen an die manus und nicht an die Ehe, und darum stand diese nach dem allmäligen Schwinden jener so entblößt da: es fehlte nun an einem gesetzlichen Ehgüterrechte. Man behalf sich mit Dotalverträgen, welche aber eben deshalb so allgemeine Uebung waren, daß sich an sie eine fein entwickelte Theorie ansetzte, und daß Sitte und Theorie zusammen jenen Mangel weniger fühlbar machten. Da in den Ehepacten gewöhnlich auch für den Todesfall vorgesehen war, so war ein Gatten-erbrecht weniger Bedürfniß, als anderswo. Gleichwohl berücksichtigte das prätorische Edict den Gatten auch, doch erst in letzter Reihe. Dieses an sich schon so subsidiäre Erbrecht ex edicto unde vir et uxor wurde durch Justinian's maßlose Erweiterung des erbberechtigten Verwandtenkreises (Nov. 118) seiner praktischen Bedeutung fast ganz beraubt. In Nov. 53 gab Justinian jedem dürftigen überlebenden Gatten ein gesetzliches Erbrecht auf ein Viertel des Nachlasses des verstorbenen wohlhabenden Ehegenossen. Später (Nov. 117) modificirte er es und beschränkte es auf die dürftige Witwe eines wohlhabenden Mannes. Es gibt nichts Unklareres als dies justinianische Zwitterding. Pflichtheil zugleich und Intestattheil, ist es halb ein Erbanspruch, halb ein Alimentenrecht und begründet bald Singular-, bald Universal-Succession. Gleichwohl ist es nicht ohne Einfluß auf spätere Gesetzgebungen gewesen;

⁸⁾ Also hat Zeiller die absurde Vorstellung, als ob es sich um eine Alimentation handle, nicht getheilt.

^{8a)} Daß man das Intestat-Erbrecht des Gatten so ungünstig gestaltet hat, sucht Zeiller in seinem Commentar (II. 2. S. 758) so zu rechtfertigen: „Ueberhaupt hat der Ehegatte vor allen Verwandten des Erblassers auch noch die Gelegenheit voraus, durch Ehepacten (wie Heirathsgut, Widerlage, Gütergemeinschaft, Fruchtnießung auf den Todesfall, §. 1218 u. ff.) sich Vortheile zu bedingen, die ihm auch dann noch verbleiben, wenn keine Erbschaft des Gatten für die Verwandten erübriget (§. 548).“

freilich mehr in der Ausmessung des Gattenerbtheils, also in etwas Aeußerlichem. Gänzlich unzulässig aber wäre es, die innere Beschaffenheit, das Wesen des österreichischen Gattenerbrechtes mit Hilfe jenes verfehlten byzantinischen Gesetzes bestimmen zu wollen; dies hieße, das Nicht-ganz-Klare durch das Ganz-Unklare erklären wollen. Sind in §. 757 die Gedanken nicht zum adäquaten und klaren Ausdrucke geziehen, so sind in Nov. 117 die Gedanken selbst confus und ungesund.

B) Es ist eine verbreitete, auch in Lehrbüchern vorgetragene Vorstellung, als ob, im Unterschiede vom römischen Rechte, das deutsche die eheliche Genossenschaft als Erbrechtsgrund in weitem Umfang anerkennen würde. Dennoch zeigt eine strengere juristische Prüfung, daß auch im deutschen Mittelalter das eigentliche Gattenerbrecht keine große Rolle spielt. Das deutsche Recht hat — und darin liegt allerdings ein großer Unterschied vom römischen — das eheliche Güterrecht in mannigfachen Systemen besonders reich entwickelt; von selbst, ohne besondere Verabredung, knüpfen sich an die gültige Ehe mannigfache vermögensrechtliche Wirkungen. Gleichwohl waren „Ehestiftungen“ (Ehepacte) häufig, theils zur nothwendigen Ergänzung des gesetzlichen Ehegütersystems (Zusagen von Heimsteuer, Bestellungen von Morgengabe, Witthum u. s. w.), theils zu seiner Abänderung. Sowohl durch das gewillfürte, als durch das gesetzliche Güterrecht wurde auch für den Todesfall vorgesehen, und für ein eigentliches Erbrecht ist weder Raum noch Bedürfniß vorhanden. Nun könnte man meinen, dies sei ein leeres Wortspiel; es stehe nichts im Wege, die Vorschriften des Ehegüterrechts, welche für den Todesfall gelten, als erbrechtliche, die betreffenden Ansprüche als Gattenerbrecht zu bezeichnen. Dies ist jedoch nicht richtig. Der Mangel der Universal-Succession freilich darf nicht angeführt werden, weil das deutsche Recht nicht nach römischen Vorstellungen dargestellt werden darf. Aber das sogenannte Gattenerbrecht ist sehr oft entweder die Herausgabe eines eingebrachten oder die Theilung eines gemeinschaftlichen Vermögens; was Jemandem bereits früher allein oder mit dem Gatten zusammen gehört hat, das kann er doch nicht im eigentlichen Sinne „erben“, auch wenn man mit diesem Worte nicht den engeren römischen Begriff verbindet. Hier und da steckt in dem sogenannten erbrechtlichen Anspruch allerdings ein Mehr über das Eingebachte hinaus, oder es ist auch die Vorstellung, daß das von der Frau Eingebachte, um die dereinstige, oft schwierige Aussonderung zu ersparen, im Vermögen des Mannes aufging, und ihr dafür als ein abstract, d. h. für alle Fälle festgestelltes Aequivalent eine Quote am Nachlasse zuzubilligen sei. Dies ist dann der Uebergang zu einem wirklichen Erbrecht im modernen Sinne. Am frühesten kam bei kinderlosen Ehen eine eigentliche Beerbung des einen Gatten durch den anderen auf, geschichtlich angebahnt durch häufige vertragmäßige Einräumungen. Seit dem Eindringen des römischen Rechts ist dann ein wahres Gattenerbrecht immer häufiger geworden. Vergessen wir also nicht, daß das sogenannte Erbrecht des verwitweten Theiles anfangs dem Eherecht angehörte, dann vielfach einen gemischten Charakter hatte (theils eherechtliche, theils erbrechtliche Momente enthielt), und erst spät dem Verwandten-Erbrecht gleichgestellt wurde. Da es nicht auf das gemeine Recht, sondern auf die Statuten der Städte u. s. w. sich stützte, sprach man gerne von der portio statutaria; im engeren Sinne bedeutet dies Wort das Plus, das der Ueberlebende zu dem erhält, was ihm schon während der Ehe gehört hat.⁹⁾

Nichts könnte verkehrter sein, als wenn man jene historischen Thatfachen für die dogmatische Untersuchung in dem Sinne verwerthen wollte, um daraus zu beweisen, dem Gatten komme bei uns kein eigentliches Erbrecht zu; gleichwohl ist auch dies schon versucht worden.

⁹⁾ Vgl. über das deutsche Recht des Mittelalters A. Heuser Institutionen des Deutschen Privatrechts II. Bd. (1886) §§. 154, 155; für die spätere Zeit s. Stobbe Handbuch des Deutschen Privatrechts V. Bd. (1885) S. 294.

C) Was nun insbesondere die österreichischen Länder betrifft, so machten sie im Mittelalter die gleiche Rechtsentwicklung in dieser Materie mit, wie andere Territorien des deutschen Reiches, und zwar herrschte bekanntlich in den Alpenländern das bairische, in den nördlichen Ländern (in den Städten) das sächsische Recht. Im 16. Jahrh. galten in Oesterreich unter d. Enns (nach dem Zeugnisse von Walthar und Suttinger) folgende Grundsätze¹⁰⁾: Sind Ehepacten da, so hat es bei ihnen sein Bemenden; über sie hinaus kann der überlebende Gatte nichts beanspruchen. Sind keine Ehepacten vorhanden, so geht der überlebende Mann leer aus; er hat weder ein Erbrecht, noch einen Fruchtgenuß. Die überlebende Frau dagegen erhält, wenn Kinder vorhanden sind, $\frac{1}{3}$, wenn nicht, $\frac{1}{2}$ von des Mannes beweglicher Habe; auf die unbewegliche hat sie keinen Anspruch. Diese Grundsätze gingen in die beiden Landtafeln von Oesterreich unter der Enns und Oesterreich ob der Enns über.^{10a)} In Steiermark hatten die überlebenden Gatten kein Intestat-Erbrecht.¹¹⁾ — Die Resultate einer im 17. Jahrh. vollzogenen Revision jener Landtafeln sind in Kaiser Carl VI. Erbrechtsordnungen (1720 für Oesterreich unter der Enns, 1729—1747 auf andere Länder ausgedehnt) enthalten.^{11a)} Auch hier wird auf die Heiratsbriefe verwiesen¹²⁾; dann findet sich eine dem §. 759 entsprechende¹³⁾ und eine an §. 757 erinnernde Vorschrift¹⁴⁾; doch unterscheidet sich diese vom jetzigen Rechte wesentlich, indem a) ein vermöglicher Erblasser, b) ein bedürftiger überlebender Gatte vorausgesetzt wird, und c) die Einschränkung des Rechtes des Gatten nur zu Gunsten der „mit dem verstorbenen ehelich erzeugten Kinder“ stattfindet. So steht denn jene Vorschrift viel näher der Nov. 117, als der §. 757. Sie unterscheidet sich aber von der Novelle darin, daß das Erbrecht nicht allein der Witwe, sondern dem Gatten („Con-Person“!) ohne Unterschied des Geschlechtes gewährt war, was der damaligen (irrigen) Theorie und Praxis des gemeinen Rechtes entsprach. So wurde hier das deutsche Recht durch eine romanisirende Gesetzgebung verdrängt.

In Böhmen und Mähren galt bekanntlich für den Adel das Landrecht, für der Bürgerstand das Stadtrecht. Nach dem Landrecht¹⁵⁾ bildete das Gesamteigenthum die Grundlage des Erbrechtes, und da die Vermögen der Eheleute selbständig waren (der Mann hatte nur eine, auf das totalicium beschränkte, eheliche Vormundtschaft), so gab es kein Intestat-Erbrecht der Gatten. Daß dies nicht schwer empfunden wurde, hatte denselben Grund wie in Rom: die allgemein übliche Errichtung von Ehepacten. In diesen, oder auch zu nachträglicher Ergänzung derselben, wurden oft sogenannte uniones¹⁶⁾ eingegangen (in Mähren häufiger, als in Böhmen), als künstliche Erweiterungen des Gesamtverhältnisses, durch welche Gatten einander gegenseitig oder einseitig verschiedene beschränkte Erbansprüche gewährten. — Auch ohne Ehepacten hatte die Witwe einen gesetzlichen Anspruch auf Herausgabe gewisser Mobilien, der in Böhmen an die Gerade und den Nustheil, in Mähren an

10) Wir benutzen hier und im Folgenden den verdienstlichen Aufsatz von Jos. v. Würth in der Ger. Ztg. v. 1854, Nr. 133—136. Ueber das ältere österreich. Recht s. Schröder Geschichte des ehelichen Güterrechts II. 1 §. 25.

10a) Von diesen Landtafeln wird in der hinter §. 759 folgenden historischen Abhandlung die Rede sein.

11) So sagt Beckmann *Idea iuris statutarii* (1668) p. 465 (vbs. *Caeterum hic notandum etc.*), dessen Angabe aber, da er von „*Tribunalibus Stiriacis et Austriacis*“ redet, mit den obigen Mittheilungen nicht harmonirt.

11a) Von diesen Gesetzen wird unten (s. Note 10a) ausführlich gehandelt.

12) Im 14. Titel §. III (Codex Austr. Supplem. I. p. 981).

13) Im 14. Titel §. I u. §. II.

14) Ebendort §. IV.

15) Czzyharz Zur Geschichte des ehelichen Güterrechts im böhmisch-mährischen Landrecht (1883).

16) Czzyharz S. 114 ff.

die Gerade und die (sächsisch) gesetzliche Morgengabe erinnert.¹⁷⁾ Diese Ansprüche und die unio als Erbgrund wurden durch die „verneuerte Landesordnung“ Ferdinand II. (1627 für Böhmen, 1628 für Mähren) aufgehoben. Sind Ehepacte oder Testamente vorhanden, so ist der Gatte auf die darin getroffenen Zuwendungen beschränkt. Im anderen Falle gelten folgende Grundsätze: Die Ehegatten haben ein wechselseitiges Erbrecht; jedoch setzt dies Wohlhabenheit des Erblassers, Dürftigkeit des überlebenden Gatten und Bestand eines „honestum matrimonium“ voraus. Mit wem der Gatte concurrirt, ist gleichgültig; mögen es Kinder (viele oder wenige), andere Verwandte oder gar der Fiscus sein — immer bekommt der Gatte ein Viertel des Nachlasses, welche Quart zugleich einen Pflichttheils-Charakter hat. „Ueber das Recht, welches der Ueberlebende an diesem Viertel erlangt, äußert sich die L. D. nicht; es muß daher wohl Eigenthum angenommen werden.“¹⁸⁾ Die Declaratorien fügen hinzu, daß Schenkungen und Vermächtnisse eingerechnet werden.¹⁹⁾ Daß die Nov. 117 einen Einfluß geübt hat, ist offenbar; aber ebenso auch, wie frei ihr Inhalt umgestaltet wurde.

Nach dem Prager Stadtrecht (103) erhält bei kinderloser Ehe die Frau ab intestato $\frac{1}{3}$ des Nachlasses des Mannes und ihren Hausrath; noch weitergehende Ansprüche hat der überlebende Mann (jedenfalls bekommt er die ganze Fahrhabe).²⁰⁾ Sind Kinder da, so bekommt die Witwe ihren „fräulichen Hausrath“, d. h. die Gerade; das übrige Vermögen theilt sie mit den Kindern nach Köpfen, doch erhält sie nie mehr als $\frac{1}{3}$. Nach Jglauer Stadtrecht gehört der Nachlaß der Witwe und den Kindern gemeinschaftlich. Kommt es zur Theilung (und diese ist nothwendig, wenn die Witwe heiraten will), so bekommt die Witwe $\frac{1}{3}$.²¹⁾ Nach Brünner Recht sind bei kinderloser Ehe Mann und Weib im Wesentlichen gleichgestellt. Jedes muß sich mit dem durch die Ehepacten ihm Zugewendeten begnügen; in Ermangelung aber besonderer Abreden (Ehepacte und anderer Vorbehalte) ist der überlebende Gatte der Alleinerbe des anderen.²²⁾ Bei „beerbter Ehe“ (d. h. wenn Kinder vorhanden sind) hat die Mutter als Vormünderin der Kinder den Weisth; die Theilung ist nicht einmal bei ihrer Verheirathung nothwendig. Ihr Antheil beträgt $\frac{1}{3}$, der der Kinder $\frac{2}{3}$. War der Mann der überlebende Theil, so dauerte (wie es scheint) die von ihm „während der Ehe geübte Alleinherrschaft bis zu seinem Tode fort“. Er theilt nicht mit den Kindern.²³⁾ — Nach dem „Deutschen Stadtrecht im Erb-Königreich Böhmen und Markgrasthum Mähren“²⁴⁾ gelten folgende Grundsätze²⁵⁾: Vor allem kommt es auf die Ehepacte an. Sind aber weder solche, noch letztwillige Verfügungen vorhanden, so soll die den Mann überlebende „Hausfrau in allem seinem Haab und Gütern des dritten Theiles genießen“ (C. 42). „Und hinwiederumb“ . . . soll der Mann „zu dem dritten Theil“ (des Nachlasses der Frau) „Recht und Gerechtigkeit haben“. Kein Zweifel, daß jenes „genießen“ und dieses „Recht und Gerechtigkeit haben“ gleichbedeutend sind, daß also bei jenem „genießen“ nicht an einen Nießbrauch zu denken ist. $\frac{2}{3}$ des Nachlasses fallen hier wie dort an die Kinder

17) Eyzharz S. 30 f.

18) Eyzharz S. 135; und überhaupt S. 19.

19) Würth a. a. D. Nr. 135.

20) Schröder II. Bb. 1. Abth. S. 208.

21) Schröder a. a. D. S. 217.

22) Schröder S. 220.

23) Schröder S. 221—224.

24) Das Prager Stadtrecht wurde 1536 reformirt (durch Brictius von Liczko); nochmals (mit dem R. anderer Städte verschmolzen) durch P. Chr. v. Roldin, und in dieser Bearbeitung 1579 für den ganzen Bürgerstand Böhmens in Kraft gesetzt. Wiederholt ward es deutsch bearbeitet, zuletzt 1720, in welcher Ausgabe es von den Gerichten seither meistens benützt wurde. Vgl. Würth Nr. 135; Stobbe Rechtsquellen II S. 406 ff.

25) Vgl. zu dem Folgenden Würth a. a. D.

oder sonstigen Verwandten des Erblassers. Das Drittel hat, wenn keine Kinder vorhanden sind, zugleich die Natur eines Pflichttheils. Sind Kinder vorhanden, so kann der Gatte den andern mit den Kindern „vergleichen“, d. h. auf einen gleichen Erbtheil wie jedes Kind einsetzen. Auf jenes Drittel kann dann natürlich kein Anspruch erhoben werden.²⁶⁾

Nirgends gab es mehr Partikularrechte als in Tyrol^(26a); wir müssen sie unberücksichtigt lassen. Die reformirte Landesordnung von 1573 unterscheidet (im III. B. 20. Tit.), ob die Gatten bei der Eheschließung Vermögen hatten (d. h. über 25 fl., die Einer dem Anderen zubrachte) oder nicht. In diesem Falle bleibt (immer vorbehaltslich anderer Verabredungen oder letztwilliger Verfügungen) das Vermögen dem überlebenden Theile zu lebenslangem Genuß; erst nach seinem Tode fällt es an die Kinder, resp. an die Verwandten des einen und des anderen Theiles zu Hälften.²⁷⁾ Im anderen Falle²⁸⁾ gehörte das während der Ehe Erworbene dem Manne und dessen Erben; die Frau erhält das von ihr Eingebachte, Ererbte und die Morgengabe (III. B. 38. Tit.), endlich ihr „Wittiben-Recht“ (III. B. 40. Tit.). Dieses umfaßt die Gerade²⁹⁾, den Mustheil und ein beschränktes Dritttheilsrecht (nämlich $\frac{1}{3}$ von des Mannes fahrender Habe, mit gewissen Ausnahmen).

Da Kaiser Joseph II. das Erbrecht uniformiren wollte, hat er alle diese historischen Besonderheiten beseitigt und im Pat. v. 11. Mai 1786 ein für alle deutschen Erbländer gemeinsames Recht aufgestellt. Es erinnert zwar in dieser Materie an die Erbrechtsordnung Kaiser Carl's VI., zeigt aber drei erhebliche Unterschiede: Wohlhabenheit und Armuth sind irrelevant, und der Gatte erhält, selbst wenn keine Kinder vorhanden sind, nicht mehr volles Eigenthum³⁰⁾, sondern nur den „Genuß an dem vierten Theile“, und verliert auch diesen durch Wiederverheirathung. Das Westgal. G. B. hat den ersten Satz festgehalten, die beiden andern beseitigt³¹⁾, und sich damit dem Gesetze von 1720 wieder genähert.³²⁾ Andererseits aber hat es sich davon entfernt, indem neben Kindern nicht mehr bald eine Quart, bald eine Virilportion, sondern immer diese letztere dem Gatten gebühren sollte; also wenn 5 Kinder da sind, $\frac{1}{6}$, wenn 3 R. $\frac{1}{4}$, wenn 2 R. $\frac{1}{3}$, wenn ein einziges Kind da ist, die Hälfte des Nachlasses. Diese Neuerung hat das gegenwärtige Gesetzbuch wieder beseitigt.

Wenn wir also diese Reihe (Nov. 117, Gef. v. Carl VI., Pat. v. 1786, Westgal. G. B., a. b. G. B.) überblicken, so sehen wir ein schwankendes Experimentiren; nicht zwei dieser Gesetzgebungen stimmen vollkommen überein. Schon dies läßt erkennen, daß sich die bei §. 757 zu erörternde Frage der Construction des Gattenrechtes mit geschichtlichen Argumenten nicht wird beantworten lassen.

²⁶⁾ Würth glaubt hier überall den Einfluß des sächsischen Rechts zu erkennen. Aber das Dritttheilsrecht ist, auch wo es im Osten (selbst in späteren sächsischen Gesetzen) vorkommt, doch wohl auf fränkischen Einfluß zurückzuführen. Vgl. Schröder II. 2. Abth. S. 201.

^{26a)} S. die Aufzählung bei F. G. Wörz's Gesetze und Verordnungen in Bezug auf die Kultur des Bodens i. d. Prov. Tirol . . . (1834) I. Bd. S. 23—44.

²⁷⁾ An die Verwandten des einen Theiles allein fiel das von diesem während der Ehe Ererbte und das wenige in die Ehe Zugebrachte.

²⁸⁾ Wo ein Gatte dem anderen über 25 fl. zugebracht hatte.

²⁹⁾ Man vgl. die Aufzählung der dahin gerechneten Sachen bei Würth Nr. 136 mit dem nach böhmischem und mährischem Rechte der Witwe Gebührenden bei Czylcz S. 30 f.

³⁰⁾ Um so gewisser auch dann nicht, wenn er mit Stiefkindern concurrirt; während er nach dem Gef. Carl's VI. hier freies Eigenthum erhält.

³¹⁾ D. h. das Gattenrecht erlischt nicht mehr mit der Wiederverheirathung, und es besteht, wenn der Erblasser keine Kinder hinterlassen hat, in vollem Eigenthum.

³²⁾ Doch bleibt immerhin der Unterschied (und diesen hat Würth S. 534 col. 2 übersehen), daß nach dem Westgal. G. B. (wie nach §. 757 des a. b. G. B.) die qualitative Beschränkung des Gattenrechtes zu Gunsten aller Kinder des Verstorbenen (also auch der etwaigen Stiefkinder des Ueberlebenden) stattfindet, nach dem Gef. v. 1720 nur zu Gunsten der gemeinsamen Kinder.

III. Allgemeiner Ueberblick über die §§. 757—759.*)

Das Erbrecht der Gatten ist, gleich dem der Verwandten, ein gegenseitiges; das Geschlecht macht keinen Unterschied.³³⁾ Voraussetzung dieses Erbrechtes ist Fortbestand einer gültigen Ehe bis zum Tode des einen Gatten. Wird die Ehe annullirt, oder (was nur bei einer/katholischen Ehe geschehen kann) dem Bande nach gelöst, so hat kein Theil, auch wenn er vollkommen schuldlos wäre, einen Erbanspruch (§. 1266 a. E.). Bei einer Scheidung von Tisch und Bett behält der schuldlose Theil sein gesetzliches Erbrecht, der schuldige verliert es (§. 759 a. E.).

A. Wenn gar keine erbberechtigten Verwandten des Erblassers vorhanden sind (bez. zum Nachlasse sich melden), so fällt dem überlebenden Ehegatten die ganze Erbschaft zu (§. 759);

B. Außer diesem subsidiären (oder, wie Zeiller sagt, „subsidiarischen“) Erbrecht hat der Gatte auch ein concurrirendes (Zeiller nennt es wiederholt das „regelmäßige“, S. 756 Z. 1, S. 759 Z. 1), und zwar

1) auf ein Viertel, wenn er mit Ascendenten oder Collateralen concurrirt (§. 758);

2) auf „lebenslangen Genuß“ an einer Quote, wenn er mit Descendenten des Erblassers zusammentrifft, denen „das Eigenthum“ der Quote vorbehalten bleibt. Die Größe derselben ist verschieden:

a) in der Regel eine Virilportion (also z. B. bei 5 Kindern $\frac{1}{6}$, bei 8 Kindern $\frac{1}{9}$ u. s. w.); jedoch

b) niemals mehr als $\frac{1}{4}$. Dieses schon an sich so ungünstige concurrirende Erbrecht wird noch durch (zum Theile widersinnige) Einrechnungen geschmälert.

Dieser Erbanspruch hat keineswegs die Natur eines Pflichttheils, welcher dem Gatten überhaupt nicht zukommt; wohl aber hat Dieser eventuell einen Alimentationsanspruch nach §. 796. Nach dieser summarischen Uebersicht wenden wir uns den einzelnen §§. zu.

Zu §. 757.

IV. Im Unterschiede vom Justin. R. handelt es sich hier (im §. 757) 1) nicht allein um die Witwe, sondern um den überlebenden Gatten ohne Unterschied des Geschlechtes, 2) um ein regelmäßiges Erbrecht, nicht um ein außerordentliches, d. h. nicht um eines, das nur unter ganz besonderen Voraussetzungen eintritt; namentlich macht es 3) keinen „Unterschied, ob er (der Gatte) ein eigenes Vermögen besitzt oder nicht“ (was im Gesetztexte selbst gesagt ist); 4) ist es gleichviel, ob die Kinder zugleich Kinder des miterbenden Gatten sind oder nicht. Alle diese Unterschiede sind schon von Zeiller erkannt worden (s. unten N. 55).

Es ist ein alter Streit, ob der Gatte in diesen Fällen Erbe sei oder nicht.³⁴⁾ Die Einen bejahen die Frage, sehen aber gleichwohl den Gatten als einen bloßen Usufructuar an, ohne sich darüber Rechenschaft zu geben, wie denn Jemand Erbe sein soll, dem kein Erbtheil gehört; denn den Fruchtgenuß (ususfructus) kann man nur an einer fremden Sache, bez. einem fremden Vermögen haben. Eben darum wollen Andere den Gatten nicht als Erben anerkennen, und bezeichnen sein Recht als ein

*) In den Excursen wird eine umfangreiche Abhandlung veröffentlicht werden: „Zur Lehre vom Gattenerbrecht.“ Sie beschäftigt sich mit den Streitfragen, welche die §§. 757—759 betreffen und gibt theils eine nähere Begründung und Ausführung mancher unserer Auffassungen, theils eine kritische Dogmengeschichte. Da wir uns im Folgenden oft auf sie beziehen müssen, so citiren wir sie kurzweg als „Excurs“.

³³⁾ Dies kann nicht genug eingeschärft werden; immer wieder verfallen Studierende, und viele unserer Schriftsteller, in den Irrthum, hier vom „Rechte der Witwe“ zu sprechen. Daran ist gewiß das Justin. R. Schuld und die dadurch angeregte falsche Vorstellung, als ob es sich um eine Unterstützung oder Versorgung handelte; dann freilich ergibt sich der Gedanke an die Frau, als den schutzbedürftigen Theil, von selbst.

³⁴⁾ S. Excurs Abschnitt II (am Anfang) und Abschnitt IV.

„gesetzliches Vermächtniß“. Der Ausdruck ist eine *contradictio in adiecto*, die dahinter stehende Vorstellung wäre an sich ganz plausibel. Warum sollte man nicht aus dem Gesetze ebenso gut Singular-, als Universal-Successor werden können?

Vor die Wahl zwischen diese beiden Lehrmeinungen gestellt, wird jeder modern geschulte Jurist sich für die zweite entscheiden, weil die erste elementaren theoretischen Wahrheiten widerspricht. Darin wird er durch die schwachen Argumente der Gegner, welche sie für ihre, und die noch schwächeren, welche sie gegen die zweite Ansicht vorbringen, nicht nur nicht erschüttert, sondern geradezu bekräftigt werden. So erging es Unger, so in früheren Jahren uns selbst. Aber wie die erste Meinung aus theoretischen, so ist die zweite aus praktischen Gründen unmöglich.^{34a)} Davon überzeugte uns die Künstlichkeit der Resultate, zu denen sie, consequent durchdacht, führt. Der Erblasser hinterläßt z. B. nebst dem Gatten sechs Kinder. Sofort wird eine zweifache Theilung nothwendig: jedes der Kinder bekommt $\frac{1}{6}$ als Erbtheil, aber es erhält nur $\frac{1}{7}$ zu sofortigem Genuß. Der Gatte bekommt den Genuß an $\frac{1}{7}$. Wo aber existirt denn dieses $\frac{1}{7}$? es gibt nur 6 gleiche Erbtheile; also steht dem Gatten an jedem dieser Erbtheile ein *ususfructus* zu, aber an jedem nur zu $\frac{1}{7}$; also 6maliger *ususfr.* an je $\frac{1}{42}$! Und jedes Kind hat *plenum dominium* an $\frac{1}{7}$ mehr der *nuda proprietas* an $\frac{1}{42}$! Durch den Tod des Gatten consolidirt sich diese letztere und damit erhöht sich der Erbtheil von $\frac{1}{7}$ auf $\frac{1}{6}$. Welche Künstlei gleich am Anfang! — Bei 5 Kindern wären Fünftel und Sechstel, bei 7 K. Siebentel und Achtel zu machen u. s. f. Wie soll man nun abstract das Object des lebenslangen Genußes des Gatten bezeichnen? „Kindestheil“? Unmöglich! „Ein gleicher Erbtheil?“ Das geht bei jener Theorie auch nicht. Also „Virilportion, Kopftheil“. Aber dieser Theil muß erst künstlich ausgesondert werden, da er durch die Erbtheilung selbst keineswegs gegeben ist. Um nun die Künstlei mit der theilweisen Belastung aller Erbtheile der Kinder zu vermeiden, sondert man eben eine Virilportion (bez. das $\frac{1}{4}$) von vornherein ab, und mißt demnach auch die Erbtheile der Kinder kleiner aus. Wem gehört aber nun der Erbtheil, an welchem der Gatte den *ususfructus* hat? „Allen Kindern zusammen.“ Ein wirkliches „Zusammen“ setzt Ungetheiltheit auch des Rechtes, mithin *Accrescenz*, einheitliches Schicksal des ganzen Erbtheiles voraus. So aber denkt man sich das nicht. Jenes Siebentel z. B. gehört den 6 Kindern zu je $\frac{1}{6}$ und damit sind wir wieder bei den Zweiundvierzigsteln angelangt, von denen — wohlgemerkt — jedes seine selbständigen Schicksale hat.

Eine Frau ist gestorben und wird ab *intestato* von ihrem Manne und 6 Kindern beerbt, wobei wir annehmen wollen, daß der Mann der Vater (nicht der Stiefvater) dieser Kinder ist. Stirbt darauf dieser Mann, so consolidirt sich nach jener Theorie das $\frac{1}{42}$, bez. der Erbtheil wächst von $\frac{1}{7}$ auf $\frac{1}{6}$. Stirbt aber vorher eines der Kinder, so fällt sein Erbtheil an seine Erben, also wenn es ohne Testament und ohne Nachkommen gestorben ist (ein sehr häufiger Fall), so vererbt sein Recht an seinen Vater und seine Geschwister, so daß Jener die eine Hälfte bekommt, diese die andere Hälfte gleich theilen. Welches war das Recht des verstorbenen Kindes? $\frac{1}{7}$ *Volleigenthum* und $\frac{1}{42}$ *nuda proprietas*. Somit erhält der Vater $\frac{1}{14}$ *dom.* und $\frac{1}{84}$ *nuda propr.* Bisher hatte er *ususfr.* an $\frac{1}{7}$; nun wird er zu $\frac{1}{12}$ ($84 : 7 = 12$) *Eigenthümer* dieses Siebentheils, zu $\frac{11}{12}$ bleibt er *Fruchtmießer*. Jedem der fünf Geschwister aber kommt $\frac{1}{70}$ *dom.* und $\frac{1}{420}$ *nuda propr.* zu! Stirbt ein zweites oder gar noch ein drittes Kind bei Lebzeiten des überlebenden Gatten, so complicirt sich das Verhältniß ins Ungeheuerliche, und schon damit allein ist jene Theorie gerichtet.

^{34a)} Nicht ernst zu nehmen ist eine dritte Meinung, nämlich, daß der Gatte bald *Eigenthum*, bald *Fruchtgenuß* erhalte, je nach der Zahl der Kinder! (Grünberg.) Und doch ist diese Meinung vielfach und sehr ausführlich discutirt und widerlegt worden. Darüber s. *Excurs Abschnitt I.*

Die Art, wie die Frage formulirt und die beiden Meinungen einander entgegengestellt wurden, erzeugte den Schein, als ob wir vor einem „aut—aut“ stünden, wo „tertium non datur“. Da nun aber beide Auffassungen als unrichtig nachgewiesen sind, so versteht es sich von selbst, daß die richtige Ansicht eben das doch existirende „tertium“ ist.

So lebhaft die Anhänger jener beiden Theorien einander bekämpft haben, so waren sie darin einig, daß der „Lebenslange Genuß“ in §. 757 nichts anderes als *usufructus* sei; ja sie haben dies als selbstverständlich ohne jegliche Untersuchung vorausgesetzt. Und dies ist ihr gemeinschaftliches *πρωτον ψευδος*, von dem aus ein verständiges Resultat nicht zu gewinnen ist. Alles ordnet sich von selbst, einfach und gerecht, sobald man die juristische Natur jenes „Lebenslangen Genußes“ erkannt hat. Daß er eine technische „Fruchtnießung“ im Sinne von §. 509 ff. nicht bedeuten kann, haben wir oben gezeigt. Vielmehr ist dieses Genußrecht gleichbedeutend mit dem Rechte, welches der §. 613 als „das eingeschränkte Eigenthumsrecht mit den Rechten und Verbindlichkeiten eines Fruchtnießers“ bezeichnet. Denkt man an die *ratio legis* des §. 757, so ist die Analogie mit ähnlichen, häufigen testamentarischen Verfügungen in die Augen springend; es ist eine fideicommissarische Substitution, welche aber hier nicht vom Testator, sondern vom Gesetzgeber angeordnet ist. Der Gatte ist gesetzlicher Vorerbe auf das $\frac{1}{4}$, $\frac{1}{7}$, $\frac{1}{8}$ u. s. w., die Kinder sind ihm fideicommissarisch substituirt, sie sind m. a. W. gesetzliche Nacherben (hinsichtlich des Gattentheils).

Wir haben oben S. 230—234 gezeigt, daß die fideicommissarische Substitution bald eine bloß betagte, bald eine durch das Erleben des Restitutionsfalles bedingte Erbeinsetzung ist, und daß darüber nur die Untersuchung der Absicht des Testators in concreto entscheide (S. 233). Statt „Testator“ müssen wir hier sagen „Gesetzgeber“. Seine Absicht nun ist offenbar diese: den überlebenden Gatten zu Gunsten der ihn überlebenden Kinder (Descendenten) des verstorbenen Gatten einzuschränken. Die Zahl der Descendenten ändert nichts an der Qualität des Rechtes. Wenn auch nur ein Kind vorhanden ist, so hat der Gatte ein beschränktes Eigenthum an $\frac{1}{4}$, nur wenn gar keine Descendenten des verstorbenen Gatten da sind, das freie Eigenthum an $\frac{1}{4}$. Mitthin wirkt diese fideicommissarische Substitution der Descendenten gleich einer durch das Erleben des Restitutionsfalles bedingten Erbeinsetzung.

Würde man ein bloß betagtes Erbrecht annehmen, bei welchem die (gleichviel ob testamentarischen oder gesetzlichen Erben) des Substituten in sein Recht eintreten, so würde man ebenso künstliche und unbrauchbare Resultate erhalten, wie die obigen sind. Der Erbtheil der Kinder wäre z. B. $\frac{1}{7}$, jedes wäre aber zugleich zu $\frac{1}{6}$ in das $\frac{1}{7}$ des Gatten substituirt, also in $\frac{1}{42}$ des Nachlasses. Stirbe ein Kind ohne Nachkommen und Testament, so würden sich die Verhältnisse ganz ebenso compliciren, wie wir oben gesehen haben; nur würde es statt „nuda proprietas“ jetzt heißen „Anwartschaft“; und beim Vater würde man nicht von Vereinigung des *usufr.* mit der *nuda propr.*, sondern von theilweiser Befreiung seines Eigenthums von der Substitutionslast sprechen. Da das verstorbene Kind zu $\frac{1}{6}$ Anwärter des $\frac{1}{7}$ war und der Vater sein Erbe zur Hälfte wird, so würde er jetzt zu $\frac{1}{12}$ freies, zu $\frac{11}{12}$ beschränktes Eigenthum an dem Siebentel haben. Es wäre also damit gar nichts gewonnen.

Dem Gatten sind also die ihn überlebenden Descendenten des erstverstorbenen Gatten substituirt.³⁵⁾ Sterben bei Lebzeiten des verwitweten Gatten einige der

³⁵⁾ Daß nicht alle überlebenden Descendenten Nacherben werden, braucht in der Formel nicht ausgedrückt zu werden. Denn es versteht sich von selbst, daß für die gesetzliche Nacherbfolge dieselben Grundsätze maßgebend sind, wie für die direkte Erbfolge; Grundsätze, die ja selbst auf heterogene Verhältnisse analoge Anwendung finden (s. §. 559 und §. 682). Es haben also auch hier „Enkel von noch lebenden Kindern, und Urenkel

Descendenten, so treten nicht etwa an ihre Stelle ihre Erben. Stirbt freilich ein Kind mit Hinterlassung von Kindern, so treten diese Repräsentanten an seine Stelle, aber nicht weil sie seine Erben, sondern weil sie Enkel des erstverstorbenen Gatten sind. So lange auch nur ein einziger Descendent am Leben ist, bleibt das Recht des Gatten beschränkt; erst wenn alle Descendenten vor ihm weggestorben wären, würde sich sein Recht in freies Eigenthum verwandeln (s. Note 37), da eben die Bedingung der Nacherbeinsetzung für sämtliche Substituten vereitelt, die Substitution also gänzlich entfallen wäre.

Die Größe der Erbtheile des Gatten und der Kinder steht gleich bei der ersten Relation fest; wem aber der Gattenerbtheil dereinst zufallen werde und zu welchen Theilen, das stellt sich erst beim Tode des zweiten Gatten heraus, obwohl es sich nicht um dessen Beerbung, sondern um ein Nachrüden in einen Theil des Nachlasses des erstverstorbenen Gatten handelt. Unter den Nacherben können Enkel sein, die bei jenem Erballe noch gar nicht (auch nicht als nascituri) vorhanden waren.³⁶⁾

Wieviel einfacher und natürlicher sich nun alles gestaltet, ist leicht einzusehen. Im obigen Beispiele ist der Erbtheil eines jeden Kindes kurzweg $\frac{1}{7}$ (nicht $\frac{1}{6}$ dom. + $\frac{1}{42}$ nuda propr.). Stirbt eines derselben, so ändert dies gar nichts an dem beschränkten Eigenthum, das der Gatte nach wie vor an seinem Siebentel hat. Und selbst wenn 3 oder gar 5 wegstürben, würde das nichts ändern; erst wenn alle, und zwar ohne Hinterlassung von Kindern, wegfielen, würde das Siebentel des Gatten sein freies Eigenthum.³⁷⁾

Wir haben bisher angenommen, daß der erbende Gatte Vater (oder Mutter) der Kinder sei. Aber auch auf Fälle, wo der Gatte Stiefparens der Kinder ist, findet — woran Niemand zweifelt³⁸⁾ — der §. 757 unverändert Anwendung.³⁹⁾ Und diese Fälle sind in gewisser Richtung noch belehrender.

Die Vergleichung der §§. 757 und 758 zeigt, daß der Gatte nur zu Gunsten der Descendenten, nicht auch anderer Verwandten des Verstorbenen eingeschränkt werden soll, am wenigsten aber zu Gunsten testamentarischer Erben eines Kindes,

von noch lebenden Enkeln kein Recht zur Erbfolge“ (§. 732 a. E.). Ob sie beim Tode des Erblassers schon lebten oder erst später geboren wurden, macht dabei keinen Unterschied.

³⁶⁾ Für directe Erben gilt freilich der Grundsatz, daß sie zur Zeit der Eröffnung der Erbfolge schon (wenigstens als nascituri) vorhanden sein müssen; für Nacherben gilt er nicht; s. Hfd. v. 29. Mai 1845 (J. G. S. Nr. 888). — Daß nicht alle Enkel daran kommen, darüber s. die vorige Note.

³⁷⁾ Heyßler (Anhänger der Legats-theorie) sagt (im Jurist II S. 78): Eine nothwendige Consequenz der Substitutionslehre wäre, daß der Gatte „von dem Augenblicke an das unbeschränkte Eigenthum des ganzen Erbtheiles oder eines aliquoten Theiles erlangt, als die Substitution durch den kinderlosen Tod eines oder aller Descendenten ganz oder theilweise erlischt (§. 615 a. b. G. B.).“ Ein solches theilweises Freiwerden des Gattenerbtheiles ist nicht möglich. Denn entweder nimmt man (richtig) an, daß die Substitution durch das Erleben des Restitutionsfalles bedingt sei, dann ändert, wie oben gezeigt wurde, der Tod einzelner Descendenten gar nichts; oder man nimmt (fälschlich) an, daß die Substitution eine unbedingte (nur betagte) sei, dann geht die Anwartschaft des verstorbenen Kindes auf dessen Erben über, wer immer sie sein mögen, und so wird kein Theil frei. — Wohlgemerkt! Heyßler spricht von dem Freiwerden, welches von selbst „durch den kinderlosen Tod eines Descendenten“ eintritt. Wenn der Gatte Parens des Kindes wäre (was ja durchaus nicht immer der Fall ist) und wenn er dasselbe ab intestato (zur Hälfte) beerbt, dann tritt freilich nach der zweiten der eben genannten Theorien eine theilweise Befreiung des Gattenerbtheiles ein, aber nicht als directe Folge des Wegfalls des Kindes, sondern vermöge der Beerbung desselben durch den Gatten (Parens). Bei der von uns vertretenen Ansicht (bedingte fideicommissarische Substitution) ist aber nicht einmal diese Complication möglich.

³⁸⁾ Uns wenigstens ist kein Buch, kein Aufsatz, keine gerichtliche Entscheidung bekannt, worin dieser Satz bezweifelt worden wäre. In einer Satzschrift freilich ist auch er, frivoler Weise, bestritten worden (s. Ger. Halle 1857 Nr. 12 S. 78, 79); aber was wird in Satzschriften nicht alles bestritten und behauptet!

³⁹⁾ Anders ist es bekanntlich im Justinianischen Rechte.

welche möglicher Weise beiden Gatten fremd sind. „Ist kein Kind . . . vorhanden, so erhält der überlebende Ehegatte das unbeschränkte Eigenthum . . .“ sagt §. 758 und wir dürfen hinzufügen: „Sobald kein Kind mehr vorhanden ist, wird sein Eigenthum unbeschränkt.“ Nach der Legatstheorie dagegen vererbt die *nuda proprietas* selbst an testamentarische Erben der Kinder, und der Gatte kann niemals zu unbeschränktem Erbrecht gelangen, wenn bei der Delation Descendenten vorhanden waren. Stirbt das Kind ohne Testament und ohne Kinder, so fällt seine *nuda pr.* zur Hälfte an dieselben Verwandten, neben denen der Gatte nach §. 758 freies Eigenthum erhalten hätte; zur Hälfte aber an die Familie des ersten Gatten des Erblassers, also an Personen, die mit jenem ersten Erblasser nur verschwägert waren. Und zu Gunsten dieser Personen soll die Einschränkung des Gattenerbrechts fort-dauern?! —

Wo freilich der überlebende Gatte der wirkliche *Parens* der miterbenden Kinder ist, dort kommen jene Widersprüche der anderen Theorie im Leben weniger oder gar nicht zum Vorschein. Erbt er neben dem einzigen Kinde und überlebt er dieses, so fällt ihm ja das ganze Vermögen des Kindes und darin das Vermögen des vorgestorbenen Gatten zu. Wenn aber nur einige von mehreren Kindern sterben, so ist ja auch nach unserer Ansicht die Fortdauer der Beschränkung gerechtfertigt; erst nach dem Tode aller soll sie entfallen, wo aber ohnehin wieder das ganze Vermögen in der Hand des überlebenden *Parens* sich vereinigt. Will man den Erbfall des §. 757 rein und durch weitere Erbfälle unverdunkelt betrachten, so muß man an Fälle denken, wo der Gatte Stiehparens der Kinder ist, sie also nicht beerbt. Hier tritt die Unbilligkeit deutlich hervor, wenn man die Beschränkung des Gattenerbrechts fort-dauern läßt, auch nachdem z. B. das einzige Kind des Erblassers (aus dessen erster Ehe) gestorben ist.

V. Ob die von uns hier gegebene wissenschaftliche Construction des im §. 757 normirten Rechtsverhältnisses auch den Redactoren zum Bewußtsein gekommen ist oder nicht, kann über deren Richtigkeit nicht entscheiden. Die Absicht, der Wille des Gesetzes, nicht die theoretische Einsicht seiner Redactoren ist für uns maßgebend. Was die Absicht bei der Beschränkung des Gattenerbrechts in §. 757 war, leuchtet sofort ein: die Wahrung der Interessen der Descendenten — dieselbe Absicht, welche den Testator leitet, der seinem Gatten die Kinder fideicommissarisch substituirt. Man hat oft das Testament und die Normen der gesetzlichen Erbfolge als *lex privata* und *lex publica* in Vergleichung gebracht. Wie es nun beim Testament h. z. T. nicht auf die richtig oder falsch gebrauchten Ausdrücke, sondern auf den nachweisbaren Willen ankommt, so auch beim Gesetz. Wissen wir den Sinn der Disposition, dann verschlägt es nichts, wenn die Redactoren nicht den adäquaten theoretischen Ausdruck dafür gefunden hätten; namentlich wo es sich um solche juristische Feinheiten handelt, wie hier. So tief eingegangen sind die Redactoren in die theoretische Seite ihrer Probleme nie, daß man von ihnen hier eine wissenschaftliche Einsicht erwarten könnte, welche man selbst bei Denjenigen vermißt, die *ex professo* über diese Frage gehandelt haben. Ueber den praktischen Inhalt des Verhältnisses (das *quid iuris?*) waren sie sich klar, die zusammenfassende wissenschaftliche Formel dafür zu finden, war gar nicht ihre, sondern ist unsere Aufgabe.

Nun bedenke man, daß die Theorie, welche hier von einem gesetzlichen Legate spricht, zwar eine einfache theoretische Bezeichnung, aber äußerst complicirte Resultate bietet; unsere Lehre dagegen die einfachsten Resultate, für welche nur der theoretische Ausdruck etwas complicirter ist. Wir sprechen von einer gesetzlichen fideicommissarischen Substitution zu Gunsten der den erbenden Gatten überlebenden Descendenten des Erblassers. Nun ist aber die Vergleichung mit einer ähnlichen letztwilligen Anordnung gerade nichts dem Sinne unserer Redactoren Fremdes; haben sie doch das 13. Spisik. sich als Generaltestament für alle Staatsbürger gedacht, welche nicht testiren wollen oder können. Bleibt der feinere Zusatz: „eine bedingte fideic. S.“ —

Aber dieser ist erst recht ganz in ihrem Sinne! Haben ja doch die Redactoren überhaupt als Regel angenommen, daß die fideicommissarische Substitution sich nur dann verwirkliche, wenn der Nachberufene den Restitutionsfall erlebt. Diese Uebertreibung, dieser theoretische Irrthum hat uns an früherer Stelle einige Verlegenheit bereitet (s. S. 229 ff. Abf. III, IV, S. 259 ff. Abf. II, III), hier dagegen ist er ein Argument für die Richtigkeit unserer Auslegung des §. 757.

Daß historische Argumente eine Frage der Construction nicht entscheiden können, scheint uns sicher. Am wenigsten aber darf man sich gegen uns auf die Nov. 117 berufen⁴⁰⁾; denn abgesehen davon, daß sie ein ganz verfehltes Gesetz ist, sind ihre Aehnlichkeiten mit §. 757 nur äußerliche, die Unterschiede dagegen so wesentliche und handgreifliche, daß wir kein Wort weiter darüber zu verlieren brauchen.⁴¹⁾

Eher wäre ein Einwand aus Zeiller's Commentar zu besorgen. Dieser fügt nämlich (II S. 757) zu den Worten „der lebenslange Genuß“ in der Klammer hinzu „die Fruchtnießung §. 480 Anm.“. Dieses eine Wort und Allegat ist aber auch alles, was er über unsere Frage hat! Bei so äußerst oberflächlicher Behandlung hat das hingeworfene Wort wenig zu bedeuten. Wenn nicht einmal die Berathungsprotokolle hier entscheiden könnten, um wieviel weniger eine so beiläufige Aeußerung im Commentar. An der allegirten Stelle (II S. 301) spricht Zeiller von den Titeln der Servituten, und führt darunter — abweichend vom Gesetztexte (§. 480) — „das Gesetz“ auf. Man sieht seine Verlegenheit, diesen Titel zu exemplificiren; denn er stellt Fälle hierher, die unter sich ganz ungleichartig sind, nämlich: a) Ersetzung einer Servitut, b) das Recht des Gatten nach §. 757, c) „die insbesondere sog. gesetzlichen Servituten (§. 364)“, womit er jene sog. Legalservituten meint, welche bekanntlich gar keine wahren Servituten sind. Weil ihn also die in den romanistischen Lehrbüchern hergebrachten Beispiele (namentlich das väterliche Recht an den Adventicien)⁴²⁾ im Stiche ließen, mußte unser §. herhalten! Dort aber, wo Zeiller sich ex professo über unsere Frage zu äußern gehabt hätte, gibt er nichts, als eine lakonische Verweisung auf diese Stelle!

Es ist mithin klar, daß Zeiller über die Construction unseres Rechtsverhältnisses und ihre praktischen Consequenzen nicht nachgedacht hat. Was er aber (II S. 757) über die ratio legis sagt, spricht entschieden für unsere Ansicht, — nämlich: „Die Ursache der Beschränkung liegt hauptsächlich in dem Besorgnisse (sic) der Wiederverhehlichung des Gatten, wodurch das Erbgut für die Kinder erster Ehe leicht ganz oder doch großen Theils verloren gehen kann.“

Wir haben also nur zu untersuchen, ob der Wortlaut der §§. 757 und 758 für oder gegen unsere Auffassung spricht. Gegen sie lassen sich die Endworte deuten: „das Eigenthum davon bleibt den Kindern.“ Es ist aber nicht zu kühn, hinzu-

⁴⁰⁾ Daß sie „dem österreich. Recht in dieser Materie zum Vorbild gedient hat“ (Unger §. 35 Anm. 6) ist nur zum geringeren Theile richtig. — Auch ist nicht zu übersehen, daß wir im österreich. Recht eine wahre Nachberufung haben, die uns einen neuen, dem röm. und justin. Recht fremden Constructionsbehelf darbietet; man denke z. B. an die §§. 707, 708.

⁴¹⁾ Weitläufige Bestimmungen über Gattenerbrecht enthielt Horten's Entwurf des bgl. G. B. im II. Thl. 16. Hptsf. §. 23, §§. 41—48. Sie sind von dem geltenden Rechte so sehr verschieden, daß das Verständniß desselben durch sie nicht gefördert werden kann. Deshalb (und ihres Umfangs wegen) enthalten wir uns einer Wiedergabe derselben. Der Leser mag sie in Harrasowsky's Cod. Ther. IV S. 254, S. 259—261 nachlesen. Sie sind ein Gemenge aus Elementen, welche theils der Nov. 117, theils dem böhmischen Rechte (namentlich den Declar. Kk. 38—43) entlehnt sind. Der Gattentheil hat zugleich die Natur eines Erbtheils, eines Pflichttheils und einer Alimentation, wie bei Justinian. Die Unterscheidung, ob ein Heiratsbrief errichtet worden oder nicht, ob er im ersten Falle wieder aufgehoben wurde oder nicht, ist dem böhmischen Rechte entnommen; ebenso, was im §. 45 über eine eventuelle eibliche Bestätigung gesagt ist.

⁴²⁾ Das übrigens auch kein gewöhnlicher ususfructus ist.

zudenken „vorbehalten“; denn warum hieße es sonst „bleibt“ und nicht „gehört“ oder „gebührt“ (vgl. §. 1236)? „Das Eigenthum bleibt vorbehalten“ ist aber nur der populäre Ausdruck für die fideicommissarische Anwartschaft. Es soll das Eigenthum den Kindern gesichert sein, ihnen „unverthunlich verbleiben“, wie es in der Erbrechtsordnung von 1720 Tit. 14 §. IV heißt.

Entschieden für unsere Ansicht sprechen die Worte: „Dem überlebenden Ehegatten . . . gebührt . . . mit jedem Kinde ein gleicher Erbtheil . . . zum lebenslangen Genuße.“ Es heißt nicht: „ihm gebührt die Fruchtnießung an einem Erbtheil“, sondern „der Erbtheil zum lebenslangen Genuße“. Die Fruchtnießung kann einem nur an einem fremden Erbtheile zustehen; hier wird aber der Erbtheil zuerst ausdrücklich dem Ehegatten zugesprochen (vbs. „dem Ehegatten gebührt ein Erbtheil“), und dann erst die Beschränkung seines Rechtes hinzugefügt.⁴³⁾ Dazu kommt, daß sich bei unserer Auffassung die Aussonderung der Virilportion von selbst macht (da ja auch der fiduciarische Erbe ein wahrer Erbe ist), während sie bei der anderen künstlich und unwahr bleibt; denn da nicht etwa ein Gesamter, sondern ein gewöhnliches Mit-Eigenthum an dem ausgefonderten Erbtheile angenommen wird, so spaltet sich derselbe sogleich wieder in so viele Untertheile, als Kinder sind. Kurz: man mag die Aussonderung vornehmen oder unterlassen, immer kommt man bei der Legatsstheorie zu dem Ergebnis, daß der ususfructus des Gatten nicht an einem Erbtheile, sondern an mehreren Erbtheilen haftet.⁴⁴⁾

Jeder Zweifel aber verschwindet vollends, wenn man mit all' dem Gesagten den §. 758 vergleicht: „Ist kein Kind . . . vorhanden, so erhält der überlebende Ehegatte das unbeschränkte Eigenthum auf den vierten Theil der Verlassenschaft.“ Der dem „unbeschränkten Eigenthum“ entgegengesetzte „lebenslange Genuß“ ist offenbar „das eingeschränkte Eigenthumsrecht mit den Rechten und Verbindlichkeiten eines Fruchtnießers“ (§. 613).⁴⁵⁾ Daß nach unserer Anschauung die Kinder sowohl Mit- als Nach-Erben des Gatten sind, ist gewiß keine Künstelei, da beide Eigenschaften von einander unabhängig sind. Kann ich doch auch einem eingesetzten Erben ebenso gut einen Miterben, als einen extraneus fideicommissarisch substituiren, und so denn auch alle Miterben.⁴⁶⁾

Ein starkes Argument dafür, daß unsere Theorie nicht nur innerlich gerechtfertigt und praktisch angemessen, sondern auch dem Gesetze gemäß ist, liefert auch die Vorschrift des §. 758 über die Unrechnung in den Gattenerbtheil, auf die wir noch unten zu sprechen kommen.

Das Resultat aber dieser ganzen Untersuchung ist folgendes: Der Gatte ist im Falle des §. 757 hinsichtlich des Viertels, resp. des Kopftheiles, fiduciarischer Erbe; Nacherben dieser Portion sind die ihn überlebenden Descendenten des Erb-

⁴³⁾ In gleichem Sinne spricht sich Weiske aus, in Haimel's Magazin V. Bd. S. 173 f.

⁴⁴⁾ Nur kommt bei der zweiten Behandlung noch die weitere Künstelei hinzu, daß von den mehreren Erbtheilen keiner ganz, sondern jeder nur theilweise von dem ususfructus ergriffen wird.

⁴⁵⁾ In Horten's Entwurf des bgl. G. B. war der Gattentheil anders ausgemessen (f. II. 16 §. 42) und dann (§. 43) bestimmt: „Dieser Antheil . . . soll dem (Ehegatten) allezeit eigenthümlich zufallen“ (Harrasowsky Cod. Ther. IV. Bd. S. 260). Damit war freies Eigenthum gemeint; die Aenderung besteht also darin, daß jetzt das Eigenthum in manchen Fällen ein freies, in anderen ein beschränktes ist.

⁴⁶⁾ Hier sind sie primär Miterben und für einen von ihnen werden die anderen später Nacherben. Ein Widerspiel dazu wäre der Fall, wo z. B. ein Universalerbe A nach einigen Jahren an B und C je $\frac{1}{3}$ herausgeben sollte; hier wären B und C primär seine Nacherben, wären aber nach erfolgter Restitution, weil diese nur eine theilweise ist, auch seine Miterben. L. 40 D. famil. ercisc. 10. 2. cf. L. 28 (27) §. 11 D. ad S. C. Trebell. 36. 1.

lassers^{46a)}, wofern sie diesen auch beerbt hätten, wenn er jetzt (d. h. unmittelbar vor dem Restitutionsfalle) als intestatus gestorben wäre.

Sterben alle Descendenten des Erblassers bei Lebzeiten des Fiduciars weg, so wird dieser von der Substitutionslast befreit; er hat also fortan unbeschränktes Eigenthum, was nicht nur an sich billig, sondern auch allein consequent ist (vgl. S. 758).

Eine Transmiffion des (lebenslänglichen!) Rechtes des Gatten ist selbstverständlich undenkbar⁴⁷⁾, ebenso das Eintreten von Repräsentanten.⁴⁸⁾ Wenn eines von mehreren Kindern ausschlägt, oder als Delat erbunfähig oder erbunwürdig wird, so tritt Accrescenz auch zu Gunsten des Gatten ein (doch nie über $\frac{1}{4}$ hinaus)⁴⁹⁾; wenn das Kind stirbt, dann nicht, weil die Transmiffion die Accrescenz ausschließt, Transmiffare aber bei einer Mehrheit von Kindern (Geschwistern) selbstverständlich immer vorhanden sind.⁵⁰⁾ Die Recusation Seitens des Gatten bewirkt eine Anwachsung für die Kindesertheile; ebenso aber auch sein Tod, weil ja das Gattenrecht nicht transmittirt werden kann.⁵¹⁾

Mit der richtigen Einsicht in die Natur des Gattenerbrechtes entfällt auch die alte Streitfrage, ob der Genuß dem Gatten „in natura oder aber dem Werthe (der Schätzung) nach“ gebühre⁵²⁾? Vom Standpunkt unserer Anschauung ist ersteres selbstverständlich; von einer Geldabfindung oder gar einer Rente⁵³⁾ kann nie die Rede sein, außer wenn sich die Erben gütlich dahin vereinigen. Diese Consequenz unserer Ansicht ist auch in den Gesetzen anerkannt⁵⁴⁾, und dies ist ein neues Argument für die Richtigkeit unserer Ansicht.

Das Erbrecht des Gatten wird nur durch die Concurrenz von Descendenten des Erblassers qualitativ beschränkt; neben allen anderen Verwandten erhält er freies Eigenthum (s. S. 758). Andererseits kommt es nicht darauf an, ob diese Descendenten zugleich auch Nachkommen des Fiduciars sind; vielmehr ist es bei Kindern irrelevant, ob sie aus des Erblassers Ehe mit dem überlebenden Gatten oder aber aus einer früheren Ehe stammen. Und diese verständige Anordnung ist im bewußten Gegensatz gegen das Justinianische Gesetz getroffen worden.⁵⁵⁾

46a) Hat der überlebende Ehegatte aus einer späteren Ehe Kinder, so haben diese selbstverständlich keine Anwartschaft, gehören nicht zu den Nacherben. Dies ist die richtige Formulirung dessen, was Hüttner S. 291 sagen will.

47) Vgl. Excurs Abschn. VII lit. a.

48) Die Repräsentation gilt ja naturgemäß nur für die Verwandten-Erbfolge; der Gatte aber ist als solcher kein Verwandter des Erblassers, kann also selbstverständlich nicht durch seine Kinder (Stiefkinder des Erblassers!) ersetzt werden. Statt dieses juristischen Grundes urgirt Hüttner S. 286 f. den Wortlaut des Gesetzes, das vom „überlebenden Ehegatten“ spricht.

49) Wenn also von zwei oder drei Kindern eines ausschlägt, so ändert das für den Gatten nichts.

50) Vgl. Excurs Abschn. VII lit. b und auch den Excurs über die Accrescenz.

51) Vgl. Excurs Abschn. VII gegen Ende, und auch den anderen Excurs (Accrescenz) gegen Ende.

52) S. die Kritik der verschiedenen Meinungen in Excurs Abschn. VI; den positiven Nachweis für die Richtigkeit unserer Ansicht s. ebendort gegen Ende.

53) Die Ansicht, welche dem Gatten nur eine Rente zuspricht und sein dingliches Recht willkürlich in eine Obligation verwandelt, ist die unrichtigste von allen, und wird als solche selbst von Anhängern der Geldabfindung anerkannt.

54) Pat. v. 9. Aug. 1854 S. 158 (Gleichstellung des Fruchtnießers mit dem Vorerben, des Proprietars mit dem Nacherben); a. h. G. B. S. 1257 (arg. a contr.: wenn der Gatte nicht heiratet, haben die Kinder das Recht der Geldabfindung nicht).

55) Zeiller hebt bei S. 757 Z. 2 hervor: Es ist gleichgültig: a) ob der überlebende Gatte der Mann oder die Frau ist, b) ob er eigenes Vermögen besitzt oder nicht, c) ob die Kinder vom Erblasser mit dem überlebenden Gatten oder aber in einer früheren Ehe erzeugt worden sind [a—c im Gegensatz zu Nov. 117]; d) ob es Kinder des ersten oder eines ferneren Grades sind, nur daß die stirps für einen Kopf zählt. — Damianiſch hat in einem kleinen Aufsatze im „Jurist“ VI S. 363 ff. in nicht glücklicher Form den richtigen Gedanken ausgeführt: Es ist gleichgültig, ob die Kinder eheliche oder

VI. Sowie über die Qualität des Gattenerbrechts. Was die Größe des Erbtheils betrifft, so ist er ein Kopftheil; der Gatte wird selbstverständlich mitgezählt.⁵⁶⁾ Concurrirt also der Gatte mit 5 Kindern, so erhält er $\frac{1}{6}$ (und nicht etwa $\frac{1}{6}$!), concurrirt er mit 7 Kindern, $\frac{1}{8}$ u. s. w. Eine Ausnahme findet nur dann statt, wenn er mit einem Kinde oder mit zwei Kindern concurrirt; hier ist der Gattentheil ein Viertel⁵⁷⁾ — ein Maximum, das auch durch Accrescenz (wie erwähnt) nicht überschritten werden kann. Die Enkel werden natürlich nach stirpes gezählt (d. h. die stirpes zählt für das repräsentirte Haupt), so daß es bei ihnen auf die Personenzahl nicht ankommt; und dies gilt sowohl dann, wenn Enkel neben Kindern, als wenn Enkel allein concurriren.⁵⁸⁾ Beispiele⁵⁹⁾: Der Gatte concurrirt mit 2 Kindern und 3 Enkeln, deren jeder von einem anderen vorverstorbenen Kinde hinterlassen ist; der Antheil des Gatten ist $\frac{1}{6}$. Sind die 3 Enkel Nachkommen eines Kindes, so ist der Theil $\frac{1}{4}$. Der Gatte concurrirt nur mit Enkeln; deren sind 20 (etwa 9 von dem ältesten Kinde, 6 von dem zweiten, 5 von einem dritten). Der Gattentheil ist $\frac{1}{4}$ (und nicht etwa $\frac{1}{21}$!). Es sind 8 Enkel da; damit kennen wir noch die Größe des Antheils nicht, sondern es entscheidet darüber die Zahl der stirpes (vielleicht sind es 2, vielleicht 3 oder 4 u. s. w.). Erben Enkel und Urenkel, so entscheidet die Zahl der Hauptstirpes, und nicht die der Unterstirpes.

Nicht gezählt werden bei der Berechnung der Virilportion die nicht erbenden; d. h. es bleiben die erbunfähigen und erbunwürdigen, die durch ein negatives Testament ausgeschlossen, die vor dem Erblasser, ohne Hinterlassung von Repräsentanten, weggestorbenen von vornherein außer Ansaß⁶⁰⁾, während die Ausschlagung Seitens erbfähiger Kinder Accrescenz (also eine nachträgliche Correctur der Erbtheile) zur Folge hat. „Wenn der Erblasser eine schwangere Witwe zurückläßt, muß mit der Ausmessung des Erbtheiles bis zur erfolgten Geburt gewartet werden, weil erst dann mit voller Gewißheit kann bestimmt werden, ob durch diese Geburt die Anzahl der Kinder“, und um wie viele werde vermehrt werden.⁶¹⁾

Zu §. 758.

VII. Die beiden Sätze dieses §. sind nur äußerlich verbunden, und es wäre technisch richtiger gewesen, den zweiten als einen eigenen §. zu zählen. Denn er enthält eine gemeinsame Bestimmung für alle Fälle des concurrirenden Gattenerbrechts, und gehört ebenso zu §. 757, als zu §. 758.⁶²⁾ Die Verbindung geschah aus Abneigung gegen viele kleine §§., und man stellte den Schein eines inneren Zusammenhangs durch das Wörtchen „doch“ her, welches auf das Beiwort „unbe-

neheliche, legitimirte oder nicht legitimirte, wirkliche oder angenommene Kinder sind; wenn sie nur den Verstorbenen ab intestato beerben. Auf ihr Verhältniß zu dem erbenden Gatten kommt es gar nicht an; also nicht darauf, ob sie seine wirklichen oder seine Stiefkinder sind; bei Adoptivkindern ist es gleichgültig, ob sie von beiden Gatten, oder aber nur vom Erblasser adoptirt waren. Vgl. auch Hüttner S. 290.

⁵⁶⁾ Auch für diese banale Wahrheit haben wir — zu allem Ueberflusse — Zeiller's ausdrückliches Zeugniß (S. 757). Gleichwohl ist auch sie bestritten worden! Ueber diese unnützigste aller literarischen Fehden s. den Excurs Abschn. I gegen Ende (bei den Noten 23a ff.).

⁵⁷⁾ Die Formulirung „drei oder mehrere Kinder“ und „weniger als drei Kinder“ (in §. 757) ist ohne Grund bestritten worden. S. darüber den Excurs Abschn. IX.

⁵⁸⁾ Vgl. Arndts Pandekten §. 481 Anm. 2; Zeiller Commentar II. 2 S. 757; Hüttner §. 118.

⁵⁹⁾ Zeiller (S. 757) gibt dieses Beispiel: „Wenn also z. B. zwei Söhne oder Töchter und Enkel aus drei vorverstorbenen Kindern vorhanden sind, so erhält der Ehegatte den sechsten, und wenn sechs Enkel von Einem verstorbenen Kinde vorhanden wären, den vierten Theil der Erbschaft.“

⁶⁰⁾ Vgl. Hüttner S. 289 ff.

⁶¹⁾ Hüttner S. 290; nachgeschrieben bei Rippel V. Bd. S. 40 Z. 8.

⁶²⁾ Selbstverständlich aber nicht zu §. 759! (S. unten.)

schränkt“ zurückweist. Der Gedanke ist wohl dieser: „Das Eigenthum (Erbrecht) ist zwar qualitativ unbeschränkt, quantitativ jedoch durch die Einrechnungen eingeschränkt.“

A. Zum ersten Satz. Nachdem der vorige §. die Concurrrenz mit Descendenten des Erblassers normirt hat, handelt dieser Satz von dem Zusammentreffen des Gatten mit Ascendenten und Seitenverwandten. Dies bedeuten die Worte: „ein anderer gesetzlicher Erbe“ in Gegensetzung gegen „ein Kind“ (s. §. 42). Gewiß ist der Fall selten, wo mit dem Gatten nur „ein anderer gesetzlicher Erbe“ concurriren würde; der Singular rechtfertigt sich aber dadurch, daß es keinen Unterschied macht, ob viele Erben oder nur einer da sind⁶³⁾, und ferner dadurch, daß im Falle der Mehrheit „ein Erbe“ als abstracter Singular im Gegensatz zu dem Falle, wo kein anderer Erbe da ist (§. 759) gedeutet werden muß.

Auch hier handelt es sich um ein gegenseitiges Erbrecht der Gatten, welches auch hier eintritt „ohne Unterschied, ob (der überlebende Gatte) ein eigenes Vermögen besitze oder nicht“ (§. 757) — also keine „Quart der armen Witwe“! Allerdings besteht eine historische Continuität zwischen dem „vierten Theil“ unseres §. und der quarta der Nov. 117; aber auf dieses äußerliche, quantitative Moment beschränkt sich auch die Uebereinstimmung; im übrigen ist das Recht des §. 758 und das der Novelle gänzlich verschieden.^{63a)} Dieses Viertel ist (und dies ist allerdings in Nov. 117 ebenso) ein absolut bemessener Erbtheil; es macht keinen Unterschied, wie viele und was für Verwandte neben dem Gatten erben. Die Beschränkung des Gatten auf $\frac{1}{4}$ mag man für gerechtfertigt halten, wenn er mit den Eltern, schon kaum, wenn er mit Geschwistern concurrirt. Sie ist aber ungeheuerlich, wenn entfernte Vettern und Basen, z. B. aus der fünften oder sechsten Parentel (also darunter vielleicht Verwandte des zwölften Grades) $\frac{3}{4}$ des Nachlasses dem Gatten entziehen⁶⁴⁾!

Dem Falle, wo „kein Kind vorhanden ist“ stehen die Fälle gleich, wo keines erben kann (Erbunfähigkeit u. s. w.) oder will (Ausschlagung). Die Worte „das unbeschränkte Eigenthum“⁶⁵⁾ sind schon in Abs. V erläutert. Eine unmittelbare Folge dieser Qualität des Eigenthums (des Erbrechts) ist, daß im Falle des §. 758 Transmision allerdings möglich ist, wenn der Gatte als Delat stirbt, während sie im Falle des §. 757 selbstverständlich nicht möglich ist.

B. Zum zweiten Satz. Dieser handelt von den Einrechnungen in den Gattenerbtheil, wodurch dieser, ohnehin so karg bemessene, empfindlich geschmälert wird.⁶⁶⁾ Daher soll man im Zweifel die für den Gatten weniger empfindliche Berechnungsart wählen.

⁶³⁾ Ebenso: ob viele stirpes oder nur eine stirps da sind. Vgl. Zeiller S. 757 Z. 4.

^{63a)} Vgl. ein beliebiges größeres Pandektenwerk.

⁶⁴⁾ Daß §. 758 pr. eine grelle, und zwar doppelte, Unbilligkeit enthält, haben wir an anderer Stelle bereits gesagt; s. Commentar I. Bd. S. 209.

⁶⁵⁾ Zeiller S. 758: Das Viertel gebührt stets „zum vollen Eigenthum“ und dazu die Note: „In dem Erbfolgepatent v. 11. Mai 1786 §. 28 hatte der . . . Ehegatte immer nur den Genuß seines Erbtheils, und nur so lange, als er nicht zur zweiten Ehe schritt.“ — Der obige Satz („stets volles Eigenthum“) ist unbestreitbar und auch unbeschränkt, und eben deshalb auch der Satz, daß im Falle des §. 758 der Gatte „durchwegs als wahrer Erbe zu behandeln ist“ (Unger), während dies nach gemeinem R. wunderlicher Weise selbst dort bestritten ist, wo die Witwe (nur um diese handelt es sich ja dort) das Eigenthum des Erbtheils erhält. Unger (§. 35) macht (in Anm. 4) den Zusatz: „Eine Ausnahme müßte dann stattfinden, wenn dem Gatten die ganze ihm zukommende Portion in Gestalt eines Vermächtnisses hinterlassen worden wäre, während er bei unzureichendem Legat das noch Fehlende immerhin als Miterbe mit der Erbschafts- oder Erbtheilungsklage fordern kann.“ Allein man kann jenen Fall kaum eine Ausnahme nennen, da die Portion dort durch Legat und nicht ab intestato dem Gatten zukommt.

⁶⁶⁾ Diese schlechte Behandlung des Gatten Seitens der Gesetzgebung sucht Zeiller im Commentar (II S. 758) so zu rechtfertigen: „ . . . der Ehegatte hat vor allen Verwandten des Erblassers auch noch die Gelegenheit voraus, durch Ehepacten (wie Heiratsgut, Widerlage, Gütergemeinschaft, Fruchtnießung auf den Todesfall . . .) sich Vortheile

Es hat einen Sinn, wenn eine Gesetzgebung den Gatten von der gesetzlichen Erbfolge gänzlich ausschließt, sobald für ihn vertragsmäßig oder letztwillig gesorgt ist. Es hat ebenso einen guten Sinn, wenn eine andere Gesetzgebung den genau entgegengesetzten Weg einschlägt, d. h. dem Gatten trotz solcher Zuwendungen den ungeschmälernten Erbtheil zuspricht. Jenes Gesetz wäre zunächst dem Gatten ungünstig, dieses günstig. Sind sie aber beide eingelebt (in weiteren Kreisen bekannt), so wird das Publikum darnach keine Maßnahmen treffen, und die Lage des überlebenden Gatten praktisch hier und dort sich gleich gestalten. Ganz verwerflich aber ist der im §. 758 eingeschlagene Mittelweg. In den Gattenerbtheil soll eingerechnet werden „dasjenige, was gemäß der Ehepacten⁶⁷⁾, eines Erbvertrages⁶⁸⁾ oder einer letzten Anordnung dem überlebenden Ehegatten aus dem Vermögen des andern zukommt.“ Dies führt in vielen Fällen zu unbefriedigenden, in manchen Fällen zu ganz absurden Resultaten. Der Erbtheil repräsentirt z. B. einen Werth von 50.000 fl., in einem Intestat-Codicill sind 10.000 fl. dem Gatten vermacht. Es ist, Dank der Einrechnung, genau ebenso, als ob ihm gar nichts vermacht wäre! — Der Witwengehalt geht durch die Wiederverehelichung verloren. So lange er dauert, ist der Erbtheil geschmälert, sobald jener erlischt, tritt nun eine Ergänzung ein; an die Stelle des verlorenen Witwengehaltes tritt ein Aequivalent; folglich bleibt der Vortheil, den die Witwe aus dem Vermögen des Verstorbenen erlangt, gleich groß, ob sie „den Witwenstuhl verrückt“ oder nicht!

Unter so bewandten Umständen ist es sehr wichtig, einzusehen, daß der zweite Satz des §. 758 kein ius cogens, sondern nachgiebiges Recht enthält; der Erblasser kann die Einrechnung erlassen, wenn nur die Pflichttheile dadurch nicht beeinträchtigt werden. Der Richter wird also die Einrechnung unterlassen, sowohl a) wenn ein günstigerer, z. B. auf ein Prälegat gerichteter Wille des Erblassers, als auch b) wenn eine ungünstigere Absicht desselben erkennbar ist, z. B. wenn er den Erbtheil schmälern wollte, etwa statt des gesetzlichen $\frac{1}{4}$ ihm letztwillig $\frac{1}{5}$ zugewiesen hat. Der Punkt a umfaßt wieder zwei Fälle: a) Der Verstorbene wollte, daß der überlebende Gatte neben dem Zugewendeten den gesetzlichen Erbtheil bekommen solle; oder β) daß er statt des Erbtheils die (werthvollere) Zuwendung erhalten solle. Bei einem Vermächtnisse geht die Absicht eher auf das „daneben“ (et—et), bei einer Erbeinsetzung eher auf das „anstatt“⁶⁹⁾, und zwar letzteres sowohl im Falle eines größeren, als eines kleineren Erbtheiles, m. a. W. sowohl im Falle einer den Gatten begünstigenden, als im Falle einer ihn beeinträchtigenden Absicht des Erblassers.

Es ist unrichtig, zu glauben, daß die Einrechnungsvoorschrift des §. 758 nur einem ausdrücklich erklärten gegentheiligen Willen des Erblassers weiche. Hier, wie überall bei nachgiebigem Recht, genügt der erkennbare Wille. Die Umstände und

zu bedingen, die ihm auch dann noch verbleiben, wenn keine Erbschaft des Gatten für die Verwandten erübrigt (§. 548).“ Darauf ist zu erwidern: Wäre die Abschließung von Ehepacten, wodurch auch die Verhältnisse beim Tode des einen Gatten umfassend geregelt würden, in allgemeiner Uebung, so wäre das (concurrirende) Gattenerbrecht ganz zu beiseite zu räumen. Da jedoch (namentlich im gebildeten Bürgerstande, wo man die besten Ehen findet) die gegentheilige Uebung herrscht, und Viele, aus mißverstandenen Zartgefühl, eine Scheu vor Ehepacten haben, so läßt sich die schlechte erbrechtliche Stellung des Gatten, namentlich nach §. 758, nicht rechtfertigen.

⁶⁷⁾ Nur von diesen war im Westfal. G. B. die Rede.

⁶⁸⁾ Dessen Erwähnung ganz überflüssig war!

⁶⁹⁾ Füller (III S. 75 f.) nimmt zu allgemein und apodiktisch an, daß im Falle einer Erbeinsetzung des Gatten dieser von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen sei. Der Satz „die testamentarische Erbfolge schließt die gesetzliche aus“, auf den sich F. beruft, gilt bei partieller Festirung nicht (§. 534). Besser ist die psychologische Erwägung: „Ist (vom Erblasser) ausdrücklich ausgesprochen, wieviel der gesetzliche Erbe erhalten soll, so kann er gegen den Willen des Erblassers nicht mehr fordern. Dieser ausdrückliche Anspruch, wieviel dem Ehegatten überlassen werden solle, liegt dann vor, wenn der Erblasser ihn zum Erben einsetzt.“

der Wortlaut der Verfügung werden sehr oft keinen Zweifel an der Absicht der Vorausbegünstigung übrig lassen, auch wenn nicht der Ausdruck „Prälegat“ oder ein anderes direktes Verbot der Einrechnung vorliegt.⁷⁰⁾

Nicht einzurechnen sind: Schenkungen⁷¹⁾, Schuldvermächtnisse, vom Manne bezahlte Schulden der Frau, die gesetzlichen Empfänge kraft eines etwaigen Verwandten-Erbrechts, oder zufolge §. 1243; auch nicht, was der Gatte inter vivos vom andern schon erhalten hat⁷²⁾, und endlich nicht, was er eigentlich nicht dem Verstorbenen verdankt, also namentlich nicht die der Frau restituirte Dos, wenn sie auch bisweilen formell zum Vermögen des Mannes gehört (§§. 1227, 1228). Nicht einzurechnen ist die Morgengabe (§. 1232), wohl aber die Widerlage (§. 1230); nicht, was der eine Gatte aus dem Vermögen des andern durch Gütergemeinschaft gewinnt, und sei es selbst eine Gütergemeinschaft von Todeswegen⁷³⁾; nicht, was der Mann in Folge §. 1239 lucrirt; allerdings aber wird der Witwengehalt eingerechnet, während bei der Advalidität der Gatte nur die Wahl zwischen diesem Rechte und dem gesetzlichen Erbrechte hat (§. 1258); ebenso verhält es sich bei dem letztwillig zugewendeten Fruchtgenusse an der Erbschaft oder einer Quote derselben; anders in den meisten Fällen, wo es sich um den ususfr. einer bestimmten Sache oder überhaupt eines aliquanten Bestandtheiles des Nachlasses handelt.

Die Einrechnung des §. 758 ist keine Collation; es wird (von dem Falle der N. 72 abgesehen) nichts zum Nachlasse hinzugefügt; §. 793 ist darum nicht anwendbar, sondern es sind die betreffenden Beträge von dem zu empfangenden Erbtheile abzuziehen. Hat der Gatte bereits den vollen Werth desselben oder noch mehr erhalten, so kann er weiter nichts beanspruchen, braucht aber keinesfalls eine Rückzahlung zu machen, es müßten denn Pflichttheilsrechte verletzt sein. Im Falle des §. 757 sind die Empfänge nicht von dem Werthe des Genußrechtes, sondern von dem Erbtheile abzuziehen, woran dem Gatten das Genußrecht (§. 613) zusteht.⁷⁴⁾ Wenn in den Erbtheil nach §. 758 pr. ein ususfr. (z. B. an einem Landhause) einzurechnen ist, so kann der Theilungsrichter die fragliche Sache dem Gatten auf seinen Erbtheil zuweisen (womit freilich der ususfr. als solcher verschwindet); oder, wenn dem der Wille des Verstorbenen oder ein sonstiges Hinderniß entgegensteht und die Parteien sich nicht gütlich vergleichen, so ist der Werth des Objectes (jenes Landhauses) vorerst von dem Erbtheil abzuziehen und ein entsprechendes Capital sicherzustellen, dessen Interessen den Miterben gehören, so lange der ususfr. dauert, — das aber beim Erlöschen dieses Rechtes an den Gatten (bez. dessen Erben) auszufolgen ist. Uebersteigt aber der Werth des Objectes den des Erbtheiles, dann wird in vielen Fällen kein anderes Auskunftsmitglied übrig bleiben, als die Wahl nach Analogie von §. 1258. Ueber die Einrechnung von Lebensrenten s. den Excurs Abschn. XII a. E. — Die Ansichten unserer Juristen über die Art der Einrechnung in diesen und anderen Fällen gehen weit auseinander; s. darüber ebend. Abschn. XIII.

Der Gatte kann zu der in §. 758 vorgeschriebenen Einrechnung nicht nur von den Kindern, sondern von allen gesetzlichen Miterben (auch Ascendenten und Collate-

⁷⁰⁾ Darum ist die in der Sammlung XVI Nr. 7044 mitgetheilte Entscheidung des obersten G. H. unrichtig, während die Entscheidung des D. L. G. Innsbruck in demselben Falle richtig war.

⁷¹⁾ Auch nicht Schenkungen von Todeswegen; der gegentheiligen Ansicht ist Stubenrauch (1. Aufl.) II S. 615 Z. 3.

⁷²⁾ Ueber die mehr scheinbare, als wirkliche Ausnahme, wenn der Mann die dos lucrirt, s. Excurs Abschn. XI Z. 1.

⁷³⁾ Gerade in diesem Falle spricht die Billigkeit für die Einrechnung; aber die ratio iuris — das Wesen der Gütergemeinschaft — verwehrt dies. Auch wäre die Einrechnung praktisch oft undurchführbar. S. Excurs a. a. O. Z. 4. (Die Mehrzahl unserer Schriftsteller ist der gegentheiligen Ansicht.)

⁷⁴⁾ Die Rechtfertigung dieses auf den ersten Blick befremdenden Satzes s. im Excurs Abschn. XII Z. 2.

ralen) verhalten werden. Er seinerseits kann die Descendenten zur Collation nicht zwingen⁷⁵⁾, ja er nimmt, auch wenn sie von Anderen schon herbeigeführt ist, an ihren Vortheilen nicht Theil, d. h. seine Portion wird von dem unvergrößerten Nachlasse berechnet; die Collation ist eine interne Angelegenheit der Descendenten.

Zu §. 759.

VIII. Auch dieser §. besteht, wie der vorige, aus zwei innerlich so unabhängigen Sätzen, daß sie besser in zwei §§. gesondert worden wären.

A) Zum ersten Satz. Schon im prätorischen Edict war dem überlebenden Gatten ein subsidiäres Erbrecht hinter den erbberechtigten Verwandten eingeräumt. Justinian hat es in Nov. 118 weder anerkannt, noch aufgehoben, sondern mit Stillschweigen übergangen; es besteht fort, aber durch maßlose Ausdehnung des Verwandten-Erbrechts entwerthet. Auch im österreichischen Recht hat es, da es selbst durch Verwandte der sechsten Parentel ausgeschlossen wird, falls sie ihr Recht geltend machen⁷⁶⁾, einen geringen Werth, ausgenommen, wenn der verstorbene Gatte von unehelicher Geburt war.⁷⁷⁾

Dieses subsidiäre Erbrecht stand dem Gatten in den österreich. Ländern keineswegs zu allen Zeiten zu⁷⁸⁾; oft fiel in Ermangelung von erbberechtigten Verwandten das Vermögen, soweit nicht durch Ehepacten oder im letzten Willen darüber verfügt war, und abzüglich der statutarischen Portion, an den Fiscus oder die heimfallsberechtigte Stadt (Corporation u. s. w.). In den romanisirenden Erbrechtsordnungen Carls VI. war das subsidiäre Erbrecht der Gatten anerkannt.⁷⁹⁾ Die Verfasser des Codex Theresianus wollten es wieder beseitigen und dem böhmischen Rechte folgen.⁸⁰⁾ Die Entwürfe von Horten (II. 16 §. 23)⁸¹⁾ und Martini (II. 16 §. 28)⁸²⁾ hinwieder stimmen schon mit dem heutigen Rechte überein.

§. 759 pr. lautet: „Wenn aber weder ein Verwandter des Erblassers in den oben angeführten sechs Linien, noch ein anderer aus den in den §§. 752—756 berufenen Erben vorhanden ist, so fällt dem Ehegatten die ganze Erbschaft zu.“ Dieser wird also auch durch ein Wahlkind (§. 755) auf $\frac{1}{4}$ eingeschränkt; ebenso der Mann durch ein uneheliches Kind seiner Frau (§. 754).

Dem Falle, wo Verwandte jener Kategorien nicht vorhanden sind, stehen gleich die Fälle, wo solche zwar da sind, aber nicht erben können, sei es, daß sie erbunfähig oder erbunwürdig oder vom Erblasser in einem negativen Testamente ausgeschlossen sind; oder wo sie die Erbschaft ausschlagen oder doch von ihrem Rechte keinen Gebrauch machen.⁸³⁾

⁷⁵⁾ Dies bestreitet niemand Geringerer, als Zeiller selbst (Commentar II S. 815 fg.). Der gleichen Ansicht wie wir, aber zum Theile aus anderen Gründen, ist Unger §. 45 Anm. 5. Ueber diese schwierige Streitfrage s. die ausführliche Darlegung des pro und contra im Excursus Abschn. XIV.

⁷⁶⁾ S. Note 83.

⁷⁷⁾ Vgl. Zeiller S. 759.

⁷⁸⁾ S. z. B. Würth in d. Ger. Ztg. v. 1854 Nr. 133 (die beiden letzten Spalten); Czjchlarz Eheliches Güterrecht (böhm.-mähr.) S. 29 f. und passim.

⁷⁹⁾ Codex Austr. Supplem. I. p. 981 (14. Titel §. 1 des Ges. v. 28. Mai 1720 für Oesterreich unter der Enns); ebenso in dem Ges. v. 16. März 1729 (für Oberösterreich) Codex Austr. Supplem. II. p. 568.

⁸⁰⁾ Man vergleiche Cod. Ther. II. Thl. Cap. XX 6. Art. §. XXIV (181) bei Harrasowsky II. Bd. S. 401 mit der Land.-Odg. Ferdinands II., O. 31. 42. 39. 48—50; Czjchlarz S. 130, 134.

⁸¹⁾ Harrasowsky IV. Bd. S. 254.

⁸²⁾ Ebendort V. Bd. S. 145.

⁸³⁾ Was sehr oft geschieht, weil sie von ihrem Rechte, ja von der Existenz des Erblassers nichts wissen, resp. wußten. Daß die bloße Existenz erbberechtigter Verwandter den Gatten nicht ausschließt, versteht sich von selbst. Vgl. Juristische Blätter von 1874

Daß im Falle von §. 759 pr. keine Einrechnung stattfindet, versteht sich von selbst, sowohl nach dem Wortlaute des §. 758, als nach der Natur der Sache; denn es ist hier Niemand vorhanden, in dessen Interesse eine solche Einrechnung (Seitens des Universalerben!) gefordert werden könnte. Nur durch ein grobes Mißverständnis hat man ein solches Interesse in der Ausmessung des Pflichttheiles finden wollen, wobei man den weiteren Fehler begehen mußte, die Einrechnung in den Erbtheil nicht nur auf die ganze Erbschaft (die populär sog. Universalerbschaft) auszudehnen, sondern sie auch von der gesetzlichen Erbfolge auf die testamentarische zu übertragen, da es ja im Falle des §. 759 gar keine Pflichttheile geben kann (s. Excurse Abschn. XI pr.).

B) Zum zweiten Satze. Dieser betrifft, ebenso wie §. 1266 i. f., die Voraussetzungen jedes Gattenerbrechts, bezieht sich also sowohl auf die Fälle des §. 757, als die des §. 758, als endlich die des §. 759 pr. Dies besagen die Worte „weder auf die Erbschaft, noch auf einen Erbtheil des Gatten“.

Die erste Voraussetzung des Gattenerbrechts ist der Rechtsbestand der Ehe bis zum Tode eines Gatten. Daraus folgt: a) War die Ehe ungültig, so steht keinem der Scheinegatten, also bei der sog. Putativehe auch nicht dem schuldlosen, ein Erbrecht zu.⁸⁴⁾ Die convalidirte Ehe dagegen steht einer ursprünglich gültigen gleich. — Es genügt übrigens nicht der Nachweis eines Ungültigkeitsgrundes, um das Erbrecht des Scheinegatten mit Erfolg zu bestreiten, sondern es bedarf einer Ungültigkeitserklärung.⁸⁵⁾ Aber diese kann von den Interessenten selbst nach dem Tode eines oder beider angeblichen Gatten verlangt werden (Hfd. v. 27. Juni 1837, J. G. S. Nr. 208, S. 131 fg.).⁸⁶⁾ Dabei haben wir die unbedingte Ungültigkeit (die Ehehindernisse des öffentlichen Rechts) im Auge; denn bei der bedingten Ungültigkeit⁸⁷⁾ (den Ehehindernissen des Privatrechts) steht den Erben kein Bestreitungsrecht zu.⁸⁸⁾ Hat aber der schuldlose Putativehegatte vor der Bestreitung der Ehe den Besitz der Erbschaft oder eines Erbtheils erlangt, so kommen ihm die Vortheile des gutgläubigen Besitzes zu Statten.⁸⁹⁾

b) Aus a) folgt, daß bei uns um so weniger von einem Erbrecht der Brautleute die Rede sein kann⁹⁰⁾, wie solches hie und da in der Schweiz vorkommt.⁹¹⁾

c) Wenn die (akatholische) Ehe „getrennt“, d. h. nicht nur der Lebensgemein-

Nr. 27 (oder Sammlung XII Nr. 5305). Das D. L. G. Lemberg wollte in dem Falle, wo Verwandte da sind, aber von ihrem Rechte keinen Gebrauch machen, $\frac{3}{4}$ dem Fiscus zusprechen! Diese Entscheidung stützt sich auf eine Buchstabeninterpretation von §. 759 pr., kann aber durch eine ebensolche von §. 758 pr. entkräftet werden; denn ein Verwandter, welcher nicht erbt, ist eben kein „gesetzlicher Erbe“ (§. 758 pr.).

⁸⁴⁾ Zeiller S. 760, Hüttner S. 113.

⁸⁵⁾ Rittner Eherecht S. 250.

⁸⁶⁾ Vgl. überhaupt Rittner S. 252—258.

⁸⁷⁾ Vgl. im allgemeinen Rittner S. 258 ff.

⁸⁸⁾ Ueber eine, aber nur scheinbare, Ausnahme s. Rittner S. 275.

⁸⁹⁾ Vgl. Hüttner S. 282.

⁹⁰⁾ Rippel V S. 37 versichert, daß bei uns „eine Braut, die vor der Hochzeit unvermüthet stirbt, [nicht] gleich einer wirklichen Gattin das gesetzliche Erbrecht ansprechen kann“. Das erinnert doch schon an den zerstreuten Professor der Fliegenden Blätter! — Rippel behauptet (S. 36 Z. 3), daß die gegentheilige Gewohnheit „in einigen deutschen Provinzen, wo das römische Recht in Wirksamkeit“, gelte. Dabei ist, außer jenem lächerlichen Redactionsversehen, doch wohl auch ein sachlicher Irrthum unterlaufen. Uns wenigstens ist von einem Erbrecht der Brautleute in Deutschland nichts bekannt; dergleichen findet sich nur in der Schweiz. Entweder verwechselt Rippel das Erbrecht der Brautleute und das der sog. Brautkinder; oder er denkt an eine längst aufgegebene Meinung (nach der aber Beischlaf vorausgesetzt wurde). Vgl. Arndts Pand. S. 476 Anm. 4.

⁹¹⁾ So z. B. noch heute im Zürcher G. B. §. 1944 (Recht auf $\frac{1}{4}$ der reinen Verlassenschaft); s. Ausgb. v. Bluntschli IV S. 56. — Vgl. Stobbe Handbuch des Deutschen Privatrechts V. Bd. §. 294 R. 8 (S. 141).

schaft, sondern auch dem Bande nach aufgelöst wird, so erlischt das „Erbrecht“ (d. h. die Erbanwartschaft) beider Theile. §. 1266 a. E.: „Die gesetzliche Erbfolge (§§. 757—759) kann ein getrennter⁹²⁾, obgleich schuldloser, Ehegatte nicht ansprechen.“⁹³⁾

Dagegen folgt aus obiger Regel nicht auch, daß die Scheidung als solche, welche ja das Eheband nicht löst, das Erbrecht zerstöre. Nach gemeinem Recht ist es freilich der Fall⁹⁴⁾, nach österr. Recht aber gelten darüber folgende Sätze:

d) Scheidung. 1) Bei der einverständlichen (freiwilligen) Scheidung behalten beide Theile ihre Erbanwartschaft (außer sie hätten, bez. ein Theil hätte darauf verzichtet)⁹⁵⁾, denn, wenn auch ein Verschulden vorgekommen wäre, so hat der gekränkte Gatte dadurch, daß er in die Scheidung eingewilligt hat, auf das Recht verzichtet, die gerichtliche Constatirung dieses Verschuldens zu verlangen.⁹⁶⁾ 2) Bei der uneinverständlichen Scheidung⁹⁷⁾ muß in dem Urtheile „zugleich ausdrücklich erkannt werden: ob der eine oder andere Ehegatte, oder jeder Theil, oder keiner von beiden, an der Scheidung Schuld trage“ (§. 12 des Hfd. v. 23. Aug. 1819, F. G. S. Nr. 1595, über das Verfahren in Ehestreitigkeiten).⁹⁸⁾ Nur der schuldige Theil verliert durch die Scheidung sein „Erbrecht“, nicht auch der schuldlose. Mit hin werden beide Theile es verlieren, wenn beide schuldig sind, bez. keiner, wenn keiner schuldig ist.⁹⁹⁾ All' dies ergibt sich von selbst aus der Combination des cit. §. 12 mit §. 759 a. E.: „Doch hat ein aus seinem Verschulden geschiedener Ehegatte weder auf die Erbschaft, noch auf einen Erbtheil des Gatten¹⁰⁰⁾ Anspruch“, und zwar auch in jenen Fällen, wo er nicht nach §. 540 erbunwürdig ist (d. h. wo die Scheidungsgründe nicht unter das Strafgesetz fallen). Ob er auf den nothwendigen Unterhalt einen Anspruch habe, ist bei §. 796 und bei §. 1264 a. E. zu untersuchen.

⁹²⁾ „Getrennte Eheleute“ ist sprachrichtig, „getrennter Ehegatte“ kaum; aber dieser Sprachgebrauch ist nicht mehr zu beseitigen.

⁹³⁾ Zeiller S. 760: „Daß im Falle einer ungültig erklärten, oder gänzlich getrennten Ehe . . . von einem gesetzlichen Erbrechte des Gatten, der es im ersten Falle nie wirklich war, . . . im zweiten . . . zu sein aufgehört hat, keine Rede sein könne, fällt von selbst in die Augen.“ Vgl. Hüttner §. 114. Die Trennung muß aber nicht blos nachgesehen, sondern auch vollzogen gewesen sein; s. Damianitsch im „Jurist“ VI S. 442 f.

⁹⁴⁾ Arndts §. 480, §. 481 i. f.; Unger §. 35 Anm. 2.

⁹⁵⁾ Das scheint in dem in Sammlung IX Nr. 4092 erzählten Falle wirklich geschehen zu sein. Selbstverständlich ist ein solcher Verzicht zu beweisen, nicht (wie die I. Instanz meinte) der Nichtverzicht! (Uebrigens gehört der Fall zu §. 126 des Pat. v. 9. Aug. 1854.)

⁹⁶⁾ Vgl. Damianitsch im „Jurist“ Bd. VI S. 441 f. Note; Winwartter III S. 318; Stubenrauch zu §. 759 (4. Aufl. II S. 24).

⁹⁷⁾ Sie wird oft „gerichtliche Sch.“ genannt, sogar im Ges. B. (s. die Marginalien zu §§. 1263, 1264), was darum nicht passend ist, weil jede (auch die freiwillige) Scheidung einen gerichtlichen Ausspruch erfordert.

⁹⁸⁾ Es ist nicht zu übersehen, daß Hüttner's §. 115 (S. 283 ff.) vor diesem Gesetze geschrieben war; sein Buch trägt auf dem Titelblatte die Zahl 1819, ist aber schon im Sommer 1818 vollendet gewesen.

⁹⁹⁾ Vgl. Winwartter und Stubenrauch a. d. a. D., Ellinger und Basevi bei §. 759. — Zeiller betont (S. 759 f. Z. 2): „Der aus seinem eigenen Verschulden von dem Gatten . . . geschiedene . . . ist sowohl von dem regelmäßigen, als (dem) subsidiarischen Erbrechte ausgeschlossen.“

¹⁰⁰⁾ Was bedeutet dieser Zusatz: „des Gatten“? Wäre nur von der „Erbschaft“ die Rede, so könnte man ihn auf den verstorbenen Gatten beziehen; wie aber der Text lautet, ist dies nicht möglich. Wahrscheinlich ist gemeint: er kann keinen Gatten-Erbtheil ansprechen, immerhin aber, wenn die concreten Voraussetzungen vorhanden sind, einen Verwandten-Erbtheil.

Allgemeine Bemerkungen zu §§. 730—759.

Erst jetzt, nachdem wir dem Leser das ganze Bild der österreichischen Familien-erbfolge vorgeführt haben, wollen wir einige kritische und geschichtliche Betrachtungen daran knüpfen (vgl. oben S. 676 fg. N. 3^a).

A. Kritik.

Unser Intestaterbrecht hat sehr verschiedene Beurtheilungen erfahren¹⁾, doch im Ganzen mehr Lob als Tadel. Wenn sich in unserem Urtheile das Verhältniß zum Nachtheile verschiebt, so möge dies nicht als Mangel an Patriotismus oder Tadelsucht gedeutet werden, sondern als wissenschaftliche Ehrlichkeit, welche die Dinge nicht schöner färben will, als sie dieselben eben sieht. Unsere Ausstellungen sind ein Niedererschlag sowohl eigenen Nachdenkens, als mancher Erfahrungen, die seit der Publication des Gesetzbuches gemacht worden sind.

Zu loben ist die consequente Durchführung klarer Principien (Parentelenordnung, durchgreifendes Repräsentationsrecht)^{1a)}, die einfache, schlichte, durchsichtige Darstellung, der man höchstens hie und da (s. z. B. S. 744) den nicht schwer wiegenden Vorwurf unnöthiger Breite machen könnte. Von der formellen Seite betrachtet, muß das 13. Hauptstück als eine sehr gelungene Leistung bezeichnet werden, welches Lob größtentheils auf Rechnung Horten's zu setzen ist.

Dahingegen ist an dem meritorischen Inhalte des 13. Hauptstückes Vieles auszustellen.

1) Die Ausdehnung der Erbberichtigung auf sechs Parentelen, die allerdings in einer löblichen, vornehmen Tendenz (Zurückdrängung der Caducität) ihren Grund hat, entspricht durchaus nicht den heutigen Verhältnissen. Diese sind von den patriarchalischen, etwa altindischen, sehr verschieden²⁾; die Verwandtenliebe war bei manchen alten Völkern (z. B. eben den Indern) eine größere, als in unserer Zeit. Aber davon ganz abgesehen, nimmt das Gefühl der Zusammengehörigkeit in dem Maße ab, als der Einzelne des Schutzes seiner Familie weniger bedarf, was auch bei Vergleichung unserer Zustände mit denen der alten Germanen nicht zu übersehen ist. Uebrigens beruht die weitreichende Verwandtenerbfolge bei alten Völkern noch auf ganz anderen Momenten, als den eben ange deuteten. Die von den unseren so verschiedenen Besitz- und Erwerbsverhältnisse, religiösen Ansichten (z. B. in Indien und China), politischen Einrichtungen erklären und rechtfertigen für jene Culturstufen eine sehr weite Ausdehnung des Familienerbrechtes, die für unsere Zustände gewiß nicht paßt.

Fast Niemand kennt bei uns seine Verwandten der fünften und sechsten Linie; Ausnahmen kommen nur beim alten Adel vor. Die Freiburger Facultät hatte vorgeschlagen, das Erbrecht auf vier Linien einzuschränken, ein sehr verständiger Rath, der leider! nicht befolgt wurde. Ja, es fragt sich, ob nicht an drei Parentelen genug wäre.³⁾

Mit dem Ausschluß der drei weiteren Parentelen entfiel das Bedürfniß nach einer Berücksichtigung der Gradesnähe, welche wiederholt verlangt worden ist.⁴⁾

1) Ein Referat darüber in den Excursen.

1a) Diese ist auch von jeher (schon 1810 von Feuerbach) bis in die neueste Zeit lobend anerkannt worden; z. B. 1874 von Binding d. Ae. (im civil. Archiv 57. Bd. S. 414—416), der in der Linearordnung das „nationale Ureigenthum unseres Volkes“ erblickt (vgl. auch das emphatische Lob auf S. 421).

2) Vgl. Gans Erbrecht I. Bd. S. 79: „Die Verwandtschaft der Sapindas geht bis zur sechsten Person absteigender oder aufsteigender Linie, die der Samanodacas aber . . . hört bloß dann auf, wenn das Andenken gemeinschaftlicher Geburt (sic) in den Familiennamen nicht mehr vorhanden ist.“ (Vgl. Kohler in d. Ztschft. f. vergleichende R. W. III S. 363—365.) Die Reihenfolge der Erbberichtigung war übrigens im indischen Rechte eine complicirte. S. Gans S. 84 ff.

3) Vgl. Excurse II S. 5.

4) S. Unger Erbrecht S. 32 Anm. 2 und die dort Citirten.

Auch Unger spricht nur von „den entfernteren Linien“. Wie er sich dies gedacht hat, zeigt seine lobende Verweisung auf das Zürcher Gesetzbuch. Dort sind vier Parentelen zugelassen⁵⁾, die Repräsentation und Stammtheilung in den beiden ersten Parentelen vollständig durchgeführt, in der dritten nur theilweise, in der vierten aber gar nicht; ja es ist in dieser sogar die Scheidung der Vaterseite und der Mutterseite aufgegeben.

Wir glauben, daß ein einfacheres und consequenteres System den Vorzug verdient. An anderer Stelle⁶⁾ werden wir zeigen, daß die Repräsentation eines vorverstorbenen Verwandten durch seine Nachkommen ein ganz verständiger Gedanke ist, der sich bei verschiedenen Völkern findet, und auch unserem heutigen Familienleben angemessen ist. Deshalb ziehen wir das reine Linealsystem der Lineal-Gradualfolge vor. Sobald die vierte bis sechste Parentel gestrichen sind, ist es meistens nicht mehr so schlimm mit der Gefahr der „Pulverisirung“ der Erbschaft. Und in der That, scheint uns kein Bedürfnis nach Zulassung der vierten Parentel vorhanden zu sein. Daß Urgroßeltern mit ihren Urenkeln gleichzeitig leben, ist nicht gar zu oft der Fall; dann aber werden meistens Jene von Diesen überlebt; äußerst selten tritt das Umgekehrte ein; wahrscheinlich aber niemals, daß Urenkel von den Urgroßeltern beerbt würden, weil immer Erben aus der zweiten oder dritten Linie vorhanden sein werden.^{6a)} Uns ist kein solcher Fall bekannt, und wir glauben bis auf weiteres nicht an ihn. Nun verdienen aber von der vierten Parentel nur die Urgroßeltern Berücksichtigung⁷⁾; ihre Repräsentanten nicht.⁸⁾

2) Die grausame, geradezu barbarische Behandlung der Unehelichen ist ein schreiender Mißton in einem sonst so humanen Gesetzbuch, wie das unsere ist. Daß das uneheliche Kind nicht zur mütterlichen Familie gezählt wird; daß uneheliche Geschwister niemals — und wären sie selbst Zwillinge — einander ex lege beerben, läßt sich durchaus nicht rechtfertigen. Wir werden darüber des Näheren an anderer Stelle⁹⁾ sprechen.

3) Der praktisch am schwersten wiegende Fehler ist die durchaus mißlungene Gestaltung des Gattenerbrechtes. Die Redactoren haben nur vor Augen gehabt, daß der Gatte im römischen Erbrechte noch viel schlechter gestellt sei. Wie sich das dort durch die allgemein üblichen Ehepacten ausgeglichen hat (ähnlich war es im älteren deutschen Rechte), das haben sie nicht überlegt. Sie haben es gar nicht verstanden, daß man das Gattenerbrecht nur im engsten Zusammenhang mit dem Ehegüterrecht befriedigend gestalten kann; nicht überlegt, wie viel darauf ankommt, ob eine Gütergemeinschaft, und was für eine, bestehe, ob und wie durch andere Ehepacten vorgesorgt sei; durch §. 758 wird diese Behauptung nicht etwa widerlegt, sondern geradezu erwiesen; wo sie darüber mehr nachdachten (§. 796, §. 1258), blieb es bei aphoristischen Gedanken; es fehlt die Beherrschung des ganzen bunten Stoffes, das Durchdenken aller Zusammenhänge.

Denkt man aber an die einfachsten Fälle, wo gar keine Ehepacten vorhanden sind, so ist der Gatte viel zu ungünstig gestellt. Selbst neben den Kindern könnte

5) §. 1938: „Mit der Parentelordnung der Urgroßeltern ist der Kreis der erbfähigen Verwandtschaft abgeschlossen.“

6) In dem Excurse über das Repräsentationsrecht.

6a) Damit ist noch nicht entfernt gesagt: „Die vierte Linie wird nie daran kommen, weil Erben aus der zweiten oder dritten da sein werden.“ Denn es ist etwas anderes, ob der Erblasser ein Kind oder aber ein Greis war. Dort ist es sehr unwahrscheinlich, daß Niemand aus der zweiten oder dritten Linie vorhanden sei; hier wäre es viel eher möglich. Andererseits können nur dort, nicht aber auch hier Urgroßeltern leben.

7) Um die Urentel handelt es sich selbstverständlich nicht; denn diese gehören zur ersten Linie.

8) Namentlich die entfernteren Repräsentanten, die mit dem Erblasser im sechsten bis achten Grade verwandt sind, werden ihm meistens gleichgültig sein.

9) Im Excurse zu §. 754.

ihm (namentlich wenn nur ein oder zwei Kinder vorhanden sind) eine bessere Stellung eingeräumt werden, als §. 757 thut. Vollends aber, wenn keine Kinder vorhanden sind! Es ist im höchsten Grade ungerecht und absurd, daß Verwandte, von denen früher nie Jemand gehört hat, etwa Vettern aus der fünften oder sechsten Parentel (vielleicht Verwandte 10., 11. Grades!) auftreten und dem Gatten $\frac{3}{4}$ des Nachlasses wegnehmen können. So unpopulär ist dieser Rechtsatz, daß der Laie schlechterdings an ihn nicht glaubt. Aber auch sonst ist der §. 758 äußerst unbillig. Oder kann man es anders nennen, wenn es keinen Unterschied machen soll, ob des Verstorbenen Eltern oder sehr entfernte Vettern und Basen mit dem Gatten concurriren?! Unvergleichlich besser ist hier der neue Entwurf eines ungarischen Erbrechts, der (in §. 34) dem Gatten neben der zweiten Parentel die Hälfte, neben der dritten $\frac{2}{3}$ der Erbschaft zuspricht, und ihn den entfernteren Verwandten schlechthin vorzieht (§. 37).¹⁰⁾ Uns scheint dieser Vorschlag annehmbar. Käme nur der Bürgerstand in Betracht (was aber bei einem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch eben nicht der Fall ist), so müßte man noch weiter gehen und den Ehegatten zwischen die zweite und dritte Parentel einschalten.

Dies scheinen uns die wichtigsten Ausstellungen zu sein; ins Einzelne wollen wir hier nicht eingehen.

B. Geschichtliche Bemerkungen.

I. Gar keine Beziehung hat unser Recht zu dem auf ganz eigenthümlichen Grundlagen aufgebauten römischen Intestaterbrecht. Dieses hat mit den allgemein menschlichen Gefühlen so wenig zu thun, daß nicht einmal zwischen der Mutter als solcher und ihren Kindern eine Erbbeziehung besteht! Die publicistische Seite der Familienverfassung ist maßgebend; Suität, Agnation, Gentilverband — Verhältnisse, die uns durchaus fremd sind, entscheiden über das Erbrecht. Theils durch das prätorische Edict, theils durch Kaisergesetze (namentlich der vierten, also eigentlich nachrömischen Periode) hat das römische Recht eine zunehmende Annäherung an das *ius gentium* erfahren, bis Justinian es in Nov. 118 auf eine neue und moderne Basis gestellt hat. U. E. ist schon dieses Recht von dem römischen so tief verschieden, durch eine solche Kluft davon getrennt, daß es nur zu Irrthümern führt, wenn man zur Auslegung der Novelle das alte Recht heranzieht, wie zuweilen geschieht.¹¹⁾

Aber auch zwischen dem Justinianischen und unserem Rechte besteht in dieser Materie weder ein genetischer Zusammenhang, noch auch nur eine zeitliche Nachbarschaft; denn vor dem Erbfolgepatent von 1786 hat bei uns nicht die Nov. 118 gegolten (s. unten).

Diese nun enthält weder ein Lineal-, noch ein Gradual-, noch ein Lineal-Gradual-System. In der ersten Classe entscheidet nicht der Grad, sondern das Repräsentationsrecht; anders in der zweiten Classe, wo der nähere Ascendent (keineswegs nur der vermittelnde) die entfernteren ausschließt, also z. B. die Mutter nicht bloß ihre Eltern, sondern auch ihre Schwiegereltern. Neben den Ascendenten erben hier vollbürtige Geschwister (also offenbar nicht als Repräsentanten der ersteren); neben den Geschwistern aber erben Kinder vorverstorbenen Geschwister, so daß hier nicht der Grad, sondern die Repräsentation entscheidet. Aber auch dieser Gedanke wird sogleich wieder dadurch getrübt, daß Enkel vorverstorbenen Geschwister weder in der zweiten, noch in der dritten, sondern erst in der vierten Classe erben. Zwischen

¹⁰⁾ Uns scheint dieser Vorschlag besser, als der von F. d. Mommjen, der (in §. 42 seines Entwurfes) dem Gatten neben der zweiten Parentel $\frac{1}{3}$, neben der dritten die Hälfte einräumt.

¹¹⁾ Dadurch ist z. B. Puchta verleitet worden, die *successio graduum* in der Descendentenclasse für das Recht der Nov. 118 zu läugnen! (Pandekten §. 458 Note e.) Auch in die todtgekehrte Streitfrage, ob die *Accrescenz* der *successio graduum* vorgehe oder umgekehrt, hat man das ältere Recht hereingezogen u. s. w.

vollbürtigen und halbbürtigen Geschwistern besteht kein Unterschied der Verwandtschaftsnähe; zählt man nach Graden, so sind alle Geschwister mit dem Erblasser im zweiten Grade verwandt; denkt man an Parentelen, so stehen alle in der zweiten Parentel. Und dennoch erben nach Nov. 118 die halbbürtigen Geschwister nur in Ermangelung erbender vollbürtiger Geschwister (und überhaupt nur in Ermangelung von Erben der zweiten Classe).¹²⁾ Die ersten drei Classen dieses Gesetzes entbehren demnach jedweden einheitlichen Gedankens. In der vierten (letzten) Classe sind alle übrigen Seitenverwandten zugelassen, doch in der Art, daß der nähere Grad alle anderen ausschließt, gleich nahe Verwandte aber nach Köpfen theilen. Hier also herrscht das Gradualprincip. Der Ehegatte hat in Nov. 118 überhaupt keinen Platz, keine Berücksichtigung gefunden. Es ist also eine ausschließliche Verwandtererbfolge.

Vergleichen wir nun die beiden Systeme von der praktischen Seite, so ist in der Descendentenclasse kein Unterschied; in der Classe der Ascendenten, wenn solche allein in Betracht kommen, ebenfalls keiner; sonst besteht aber in der zweiten justinianischen Classe der große Unterschied von unserem Rechte, daß dort Geschwister auch neben beiden Eltern erben, was bei uns nicht der Fall ist. Andererseits erben dort Großeltern neben den Geschwistern, während sie bei uns durch diese ausgeschlossen werden; so daß die Geschwister bei uns bald ein schwächeres, bald ein stärkeres Erbrecht haben, als nach Nov. 118. Noch mehr unterscheidet sich die dritte Classe von unserem Rechte, nach welchem halbbürtige Geschwister neben vollbürtigen erben können (aber freilich nicht immer erben; s. oben S. 707 fg.). Was endlich die übrigen Verwandten betrifft, so ergeben sich alle Unterschiede aus dem principiellen, daß dort das reine Gradual-, bei uns dagegen das reine Linearssystem herrscht. Beispiele: 1) Jemand hat eine weit ältere Schwester gehabt, die vor ihm gestorben ist; auch ihre Tochter ist (etwa in Folge einer Entbindung) vor dem Erblasser gestorben; der kleine Enkel der Schwester, also Großneffe des Erblassers, ist mit diesem im vierten Grade verwandt und würde durch einen Dheim des Erblassers, weil dieser im dritten Grade verwandt ist, nach Justinianischem Recht ausgeschlossen; nach unserem Recht kehrt sich das Verhältniß geradezu um, weil der Großneffe zur zweiten, der Dheim zur dritten Linie gehört. 2) Andern wir den vorigen Fall dahin ab, daß nicht der Dheim, wohl aber ein Sohn desselben am Leben ist, so wird er nach Justinianischem Recht mit dem Großneffen gleich theilen, weil beide im vierten Grade verwandt sind; nach österreichischem Recht hat der Großneffe den Vorzug vor dem Cousin. 3) Würde mit diesem Cousin nicht ein Großneffe, sondern ein Dheim und eine Tante (z. B. Geschwister des Vaters) concurriren, so würde nach gemeinem Rechte der Neffe nichts bekommen, weil er im vierten, die Mitbewerber im dritten Grade verwandt sind; nach österreichischem Recht würde er (als einziger Repräsentant eines vorverstorbenen Bruders der Mitbewerber) dem Dheim und der Tante vollkommen gleich stehen; auch er bekäme $\frac{1}{3}$. Alle drei gehören zur dritten Linie. 4) Jemand hinterläßt keine anderen nahen Verwandten, als Vettern und Nuhnen, und zwar drei Kinder eines vorverstorbenen Vaterbruders, zwei Kinder eines verstorbenen Bruders der Mutter, ein Kind einer verstorbenen Schwester der Mutter. Nach gemeinem Rechte theilen sie als gleich nahe Collateralen nach Köpfen; jeder dieser Erben erhält $\frac{1}{6}$; nach österreichischem Recht fällt der halbe Nachlaß auf die Vaterseite, und jeder der drei zuerst genannten Erben bekommt $\frac{1}{6}$; die andere Hälfte fällt auf die Mutterseite und wird hier wieder halbirt; die Kinder des Bruders der Mutter erhalten je $\frac{1}{8}$, das Kind der Tante bekommt $\frac{1}{4}$. Dabei haben wir der Einfachheit wegen vorausgesetzt, daß die vier Großeltern keine anderen

¹²⁾ Also auch wenn keine vollbürtigen Geschwister vorhanden sind, so erben die halbbürtigen nicht neben Ascendenten oder vollbürtigen Neffen und Nichten. So können hier Verwandte dritten Grades solche zweiten Grades ausschließen.

Repräsentanten hinterlassen haben, als die genannten sechs Personen; namentlich, daß weder Vater noch Mutter Halbgeschwister gehabt haben, weil sonst das Vermögen zuerst in vier Theile zerlegt werden müßte, wovon der eine den Repräsentanten des väterlichen Großvaters, der zweite denen der väterlichen Großmutter, der dritte den Nachkommen des mütterlichen Großvaters, der vierte denen der mütterlichen Großmutter zukäme.

Zufällig aber kann es sich allerdings treffen, daß die Entscheidung nach österreichischem und nach gemeinem Recht gleich ausfällt. Z. B. wenn nur nächste Oheime und Tanten von der Vaterseite erben, so werden sie nach beiden Rechten gleich theilen.

II. Bekanntlich haben die alten Deutschen (sowie ursprünglich die meisten Völker überhaupt) keine Testamente, also nur eine Art Erbfolge gefannt.¹³⁾ Ueber das altdeutsche Erbrecht gehen die Ansichten heute mehr als je auseinander; so gut wie alles ist hier bestritten, selbst die Grundlagen: das Verhältniß der Genossenschaft (Gesamtberechtigung) und der Sippe, das cognatische oder agnatische Princip, die Stellung der Frauen^{13 a)}, der Einfluß des Objectes auf die Beerbung, die Natur der Erbfolge (ob Universalsuccession oder nicht), die Haftung für die Schulden, die Bedeutung des Princips „der Todte erbt den Lebendigen“ u. s. w. Wir beschränken uns daher auf wenige Bemerkungen über die Erbfolgeordnung nach Landrecht¹⁴⁾ — das einzige Thema, das mit dem unseres Hauptstückes einen Zusammenhang hat.

Daß die Parentelenordnung deutsch sei, wurde schon im vorigen Jahrhundert von Vielen geglaubt; damit verband sich bei Manchen die Vorstellung, daß die (romantisch gedachte) Repräsentation im älteren deutschen Rechte allgemein gegolten habe.¹⁵⁾ Daraus würde eine, der unseren gleichartige, Erbfolgeordnung resultiren. Dagegen hat an der Grenze der beiden Jahrhunderte F. Chr. Majer entschieden Einsprache erhoben¹⁶⁾ und die sogenannte lineal-Gradualfolge als die nationale erklärt. Er fand Zustimmung, und namentlich als sich Eichhorn¹⁷⁾ ihm angeschlossen, war die Herrschaft dieser Lehre entschieden.¹⁸⁾ Allerdings blieb sie nicht unangefochten. Frühzeitig wurde sie von Griesinger¹⁹⁾ bestritten, in neuerer Zeit namentlich von Siegel²⁰⁾ und (in anderer Art) von Wasserfchleben²¹⁾, und (wieder anders)

¹³⁾ Nichts kann unpassender sein, als sie „Intestaterbfolge“ zu nennen; aber auch der Name „gesetzliche Erbfolge“ wird besser vermieden, weil dabei das Wort „Gesetz“ nicht im gewöhnlichen Sinne, sondern als gleichbedeutend mit „Recht“ (im objectiven Sinne) verstanden werden müßte. Will man schon überhaupt einen Namen (er ist unnöthig, wo es keinen Gegenatz gibt), so empfiehlt sich am ehesten „Familienerbfolge“ (wobei selbstverständlich „Familie“ im heutigen, nicht im römischen und von Heusler Institutionen II §. 130 auch für das altdeutsche Recht behaupteten Sinne gemeint ist) oder auch „Verwandtenerbfolge“, weil das Vattenerbrecht sich auf anderer Grundlage entwidelt hat.

^{13 a)} Darüber finden sich jetzt, mit besonderer Berücksichtigung der niederdeutschen Stämme, werthvolle Auskünfte bei Amira (s. N. 22) S. 216—218.

¹⁴⁾ Im Lehn- und Hofrecht handelt es sich um geliebtes (also streng genommen: fremdes) Gut, um Verträge und um verschiedene Zwecke, die mit dem Erbrecht als solchen nichts zu thun haben.

¹⁵⁾ Namentlich von Senkenberg vertheidigt; s. Gengler Lehrbuch (1862) S. 1314 N. 7. Beiträge zur Geschichte der Repräsentation gibt Amira (s. N. 22) auf S. 17 f., 123 f., 165 f., 215 f.

¹⁶⁾ 1798 in „Germaniens Urverfassung“ und 1805 in „Deutsche Erbfolge“.

¹⁷⁾ In seiner Staats- und Rechtsgeschichte (I §. 65, II §. 373) und in der Einleitung in das deutsche Privatrecht (S. 331).

¹⁸⁾ S. z. B. die in Siegel's Deutschem Erbrecht S. 44 Note 165 Angeführten.

¹⁹⁾ In der Fortsetzung von Danz Handbuch des deutschen Privatrechts X. Bd. (1823) S. 514 ff., 524 ff.

²⁰⁾ In seinem früher genannten, 1853 erschienenen Werke S. 44 ff., dann in seiner Schrift über die germanische Verwandtschaftsberechnung (ebenfalls 1853). Siegel hat an dieser Ansicht stets festgehalten; vgl. seine Rechtsgeschichte (1886) S. 383.

²¹⁾ Das Princip der Successionsordnung nach deutschem, insbesondere sächsischem Recht (1860). Und nochmals 1870, unter Benützung anderer, dem Westen angehöriger Quellen, in der Schrift: „Noch etwas über die Successionsordnung des deutschen Rechts.“

von Amira²²⁾ und Schanz.^{22a)} Aber fast gleichzeitig und später (also in neuester Zeit) sind ihr wieder eifrige Vertheidiger erstanden²³⁾ in Bluntschli²⁴⁾, Homeyer²⁵⁾, Brunner²⁶⁾, Vierke²⁷⁾, Heusler²⁸⁾ und (doch viel reservirter) Lewis.²⁹⁾ So ist denn auch heute die Lehre, daß die Parentelenordnung für das deutsche Erbrecht maßgebend war, die vorherrschende, doch keineswegs die allgemein anerkannte. Man vermeidet jetzt gerne den Ausdruck „lineal-Gradual-Folge“ und substituirt eine andere Formel, etwa diese: „Die nähere Generation über dem Erblasser schließt die entferntere aus und innerhalb jeder derselben gibt wieder die dem gemeinsamen Vorfahr nähere Generation ihren Angehörigen den Vorzug vor den Mitgliedern entfernterer Generationen.“³⁰⁾

Sehr merkwürdig ist der vielfach, und namentlich in den deutschen österreichischen Ländern bis ins vorige Jahrhundert hinein, bezeugte Grundsatz³¹⁾, daß Eltern (und Vorfahren überhaupt) niemals erben. Dieser Satz galt in einem großen Theile von Süddeutschland, hie und da auch in Norddeutschland, er galt in England, theilweise auch in holländischen und französischen Rechten und durchweg im Lehnrecht. Doch zeigt auch diese schlechte Behandlung der Ascendenten viele Abstufungen; die mildeste, wo die Eltern den Geschwistern nachstehen; die härteste, wo die Eltern selbst dann nicht erben, wenn gar keine Erben vorhanden sind, so daß das Gut an den Fiskus fällt!³²⁾ In sehr vielen Rechtsquellen, welche die Ascendenten nicht geradezu ausschließen, sind sie wenigstens nicht erwähnt. Es geht kaum an, dieses überall aus der faktischen Regel (daß nämlich Ascendenten selten zur Erbschaft gelangen) erklären zu wollen.³³⁾

Unter den vielen Argumenten, die man für die Parentelenordnung vorgebracht hat, sind manche, gegen welche wir principielle Bedenken haben; nämlich a) diejenigen, welche dem Lehnrechte entnommen sind (s. oben); b) die, welche sich auf die Successionsordnung des hohen Adels berufen³⁴⁾; hier waren lehnrechtliche und fremdländische

²²⁾ Erbenfolge und Verwandtschaftsgliederung nach den alt-niederdeutschen Rechten (1874). Amira sucht, durch Berücksichtigung der Rechtsfälle über Eideshilfe, Wergeld, Vormundschaft, die „Structur des germanischen Geschlechtsverbandes“ zu erforschen, und sondert das geschichtliche Material nach Stämmen (Franken, Angler und Weriner, Angelsachsen, Sachsen, Friesen) und nach Zeiten. Die Ergebnisse seiner Untersuchungen faßt der Verfasser am Schluß (S. 206—221) zusammen.

^{22a)} Erbfolgeprincip des Sachsenpiegels (Diss., Tübingen 1883).

²³⁾ Genauere Nachweisungen über diese Streitfrage findet man in Gengler's älterem Werke S. 1316 ff., bei Lewis in der Münchner krit. Bjschft. IX S. 23 ff., Amira Erbenfolge (im Vorwort), Stobbe Handbuch V. Bd. S. 79 ff.

²⁴⁾ In der Münchner krit. Ueberschau I S. 387 ff. (bes. S. 393).

²⁵⁾ Stellung des Sachsenpiegels zur Parentelenordnung (1860).

²⁶⁾ Das anglonormannische Erbfolgesystem (1869). Ferner: „Stippe und Wergeld nach niederdeutschen Rechten“ in der Btschft. f. Rechtsgesch. XVI S. 1 ff. (1882).

²⁷⁾ In der Btschft. f. Rechtsgesch. XII S. 489.

²⁸⁾ Institutionen des deutschen Privatrechts II (1886) §. 187.

²⁹⁾ In der krit. Bjschft. IX S. 23 ff. und XIV S. 1 ff.

³⁰⁾ So Heusler Institutionen S. 597. Nehulich, doch modificirt durch den Grundsatz, daß das Erbe vorwärts, nicht rückwärts falle, die Darstellung von Bluntschli in der krit. Ueberschau I S. 391, 392.

³¹⁾ S. Stobbe V S. 107 f. (§. 291 II. 1) und die daselbst Citirten. Hüttner l. v. d. gesetzl. Erbfolge S. 27, 28, 32, 35. Ungenügend schärft uns die von Oberweis versuchte Erklärung des Satzes: „Es stirbt kein Gut zurück, sondern vorwärts“, in Haimers's Bjschft. XI. Bd. S. 109.

³²⁾ Beckmann Idea iuris stat. et consuet. Stiriaci et austriaci (1688) p. 463, 464, der sich auf Walther Ius consuet. Austr. III. tit. 63, 65 beruft. Beide tabeln dieses Gewohnheitsrecht als hart, irreligiös, unsittlich. Mit Recht bemerkt Beckmann, die Folge davon sei, daß die Eltern ihre Kinder nicht gehörig ausstatten wollen, aus Furcht, daß sie bei frühem Tode der Kinder sehen müßten, wie ihr Vermögen in andere Hände fällt.

³³⁾ Wie dies Heusler will, S. 602 f.

³⁴⁾ So Homeyer a. a. O. S. 4, und ihm folgend Lewis im IX. Bde. der krit. Bjschft. S. 66, und Heusler Instit. S. 599, 600.

Einflüsse; politische Interessen, Nachahmungen der Thronfolge wirksam. Die Meinung, daß „gerade in diesem Kreise sich altgermanische Institute am längsten erhalten“ haben³⁵⁾, daß „der Adel dies alte Recht am zähesten festgehalten hat“³⁶⁾, — diese früher selten³⁷⁾ bezweifelte Meinung haben wir schon an anderer Stelle als theilweise unrichtig und irreführend nachgewiesen.³⁸⁾ c) Die Beweisgründe, welche nicht-deutschen Rechtsquellen entnommen sind, einmal weil sie eben kein deutsches Recht bezeugen, dann, weil sich ihnen Argumente aus anderen nicht-deutschen Quellen entgegenstellen lassen. Was nun speciell das normannische und englische Recht betrifft, so kommt noch das unter lit. a erwähnte Bedenken hinzu³⁹⁾, da befanntlich keine Staats- und Rechtsordnung feudalistischer geartet war, als die der Normannen diesseits und jenseits des Canals. Darum darf aus den betreffenden Untersuchungen Brunner's kein generalisirender Schluß gezogen werden.⁴⁰⁾

Wir denken über diese berühmte Streitfrage so: Die wichtigsten Theile des Familiengüterrechtes sind das Ehegüterrecht und die Verwandtenerbfolge. Auch auf dem erstgenannten Gebiete hat man lange vergeblich sich bemüht ein gemeinsames deutsches (oder gar germanisches) Recht zu finden und auf ein einfaches Princip zurückzuführen. Zahlreiche Uebereinstimmungen, welche die Güterrechte der deutschen Stämme, ja sogar der Germanen im weitesten Sinne des Wortes (von Island bis nach Italien und ins westgothische Spanien) aufweisen, luden hiezu ein. Heute, nach den Forschungen von Paul Roth, Sandhaas, Rich. Schröder und so vielen Anderen, glaubt Niemand mehr an ein solches einheitliches gemeinsames Güterrecht. Wir wissen, daß die deutschen Rechte in dieser Materie neben überraschenden Uebereinstimmungen auch die bunteste Verschiedenheit zeigen. Ebenso verhält es sich mit der Familienerbfolge. Daß so bedeutende Gelehrte, nach gründlichen Quellenstudien, sich so entschieden, die Einen für, die Anderen gegen das Parentelensystem, ausgesprochen haben, beruht zum nicht geringen Theile auf der Verschiedenheit der benützten Quellen; hat man freilich eine bestimmte Meinung sich gebildet, dann geschieht es leicht, daß auch dieselben Belegstellen widersprechend gedeutet werden.

Gewiß hat das Parentelensystem in manchen germanischen Ländern gegolten; ebenso gewiß aber auch in anderen nicht. „Weber das isländische noch das norwegische Recht kennt eine Parentelordnung.“⁴¹⁾ Von einem gemeinsamen germanischen Rechte kann da gar nicht die Rede sein. Aber auch nicht von einem deutschen. Es verhält sich genau so, wie mit dem Ehegüterrecht. Wie dieses selbst innerhalb eines und desselben Stammes nur in den Grundzügen sich gleich bleibt, im Detail aber eine große und geradezu verwirrende Mannigfaltigkeit zeigt, so ist es auch mit dem Erbrecht. Mit Fug hat Stobbe auf die von Amira dargelegte particularistische Zersplitterung in den friesischen Gegenden hingewiesen, wo allerdings auch sonst Recht und Sprache die größte Besonderung zeigen⁴²⁾; aber auch die Rechte der anderen niederdeutschen Stämme haben nach Amira's Darstellung (ob schon diese den Ton auf das Gemeinsame legt) recht erhebliche Verschiedenheiten.

Wir stimmen hierin ganz mit dem der Wissenschaft zu zeitig entrisenen.

³⁵⁾ So sagt Lewis a. a. D.

³⁶⁾ So spricht sich Heusler a. a. D. aus.

³⁷⁾ Allerdings hat schon Roth gelegentlich Widerspruch erhoben.

³⁸⁾ In unserer, Manchen unbequemen und darum von ihnen mit Stillschweigen übergangenen, Schrift über die Geschichte der Familien-Fideicommiss (Wien 1884. Separatabdruck aus den Excursen zu diesem Commentar, Band II, 3. Heft, S. 277 bis 315).

³⁹⁾ Vgl. R. Maurer in der krit. Wisschft. XII S. 310.

⁴⁰⁾ Vgl. Amira 3. Abschnitt, bes. S. 109—111.

⁴¹⁾ R. Maurer a. a. D. XI S. 415.

⁴²⁾ Es ist leichter, sich ein halb Duzend der westeuropäischen Schriftsprachen, als eine volle Kenntniß der friesischen Dialekte anzueignen.

Stobbe überein⁴³⁾, der zu dieser Ansicht auf Grund umfassender Beherrschung der weitläufigen einschlägigen Literatur und eigener Quellenstudien gelangt ist.

Es scheint uns dies die nächstliegende und auch, so zu sagen, die einzig verführnde Erklärung eines sonst so ärgerlichen Widerspruchs zwischen namhaften Forschern zu sein.

III. Nun noch wenige Notizen über das Intestaterbrecht der österreichischen Länder in den letzten Jahrhunderten.

a) Böhmen und Mähren. Hier war lange Zeit nur das Gesamteigenthum der Familie maßgebend. Wer aus diesem Verbande austrat (der abgeschichtete, abgesonderte Verwandte), hatte gar keinen Anspruch weiter, kein Erbrecht, selbst nicht den nächsten Angehörigen gegenüber; wer nicht abgesondert war, hatte allerdings ein Erbrecht, das sich aber theoretisch gleichsam als eine Art Accrescenzrecht darstellt.^{43a)} Ein weitgehendes, eifersüchtig gewahrtes und habstüchtig geübtes Caducitätsrecht der Könige ließ dem Erbrecht nicht Raum zu freier Entwicklung. Ein vom Gesamteigenthum unabhängiges Intestaterbrecht gibt es in diesen Ländern erst seit dem 15. Jahrhundert, nämlich in Mähren seit dem Jahre 1437, in Böhmen seit 1497. Der König verzichtete auf das Heimfallsrecht bezüglich des freien Eigens zu Gunsten der abgetheilten Verwandten. Dieses Intestaterbrecht trat also nur ein, wenn Niemand, weder aus einem letzten Willen, noch kraft des Gesamteigenthums berechtigt war.^{43b)} Die Schwertmagen hatten dabei den Vorzug vor den Spilmagen, und innerhalb jeder Gruppe wieder die Männer vor den Weibern.

Eine gründliche Reform erfuhr dasselbe durch die Landesordnungen Ferdinands II. von 1627 (für Böhmen) und 1629 (für Mähren) und die ergänzenden Declaratorien und Novellen Ferdinands III. von 1640. Es stellt sich darnach so: In der ersten oder Descendentenklasse beerben den Vater nur Söhne und Enkel⁴⁴⁾; erst in deren Abgang Töchter, Entfelinnen, Töchterkinder; ebenso verhält es sich mit dem Immobiliarnachlaß der Mutter, während hinsichtlich ihres beweglichen Vermögens das Geschlecht der Descendenten keinen Unterschied macht. Zweite Klasse: Zum beweglichen Nachlaß, wenn nur solcher vorhanden ist, eines männlichen Erblassers ist die zweite Justinianische Klasse berufen (nur daß die halbbürtigen Geschwister den vollbürtigen hier gleichgestellt sind). Bei gemischtem Nachlaß eines Mannes macht sich hinsichtlich der Immobilien der Vorzug der Männer vor den Frauen geltend⁴⁵⁾, während die Fahrhabe zu $\frac{1}{3}$ an die so bevorzugten männlichen, zu $\frac{2}{3}$ (gleichsam zur Schadloshaltung) an die zurückgesetzten Frauen fällt.⁴⁶⁾ Bei der Beerbung einer Frauensperson unterliegt der Mobilarnachlaß stets denjenigen Regeln, welchen er bei Männern unterliegt, sobald kein unbewegliches Vermögen vorhanden ist; der Immobiliarnachlaß aber nahezu⁴⁷⁾ denselben Regeln, wie bei Männern die Immobilien eines gemischten Nachlasses. Die bekannte Entscheidung

⁴³⁾ Handbuch d. deutsch. Pr. R. V. Bd. S. 288. (Fast genau zwei Jahre nach Vollendung dieses Denkmals selbsten Fleißes ist der Verfasser gestorben.)

^{43a)} Ueber die unio überhaupt s. Czjzylarz Zur Geschichte des ehelichen Güterrechts im böhmisch-mährischen Landrecht (1883) S. 17.

^{43b)} Man bedenke nur, wie sonderbar! Während wir das Heimfallsrecht als Ergänzung der Verwandtenerbfolge uns denken, erscheint hier die Verwandtenerbfolge als Ersatz des Heimfallsrechts, ja wird gelegentlich geradezu so (odumrtie) genannt! (Victorin v. Vsehrd IX. 10 S. 7; s. Czjzylarz S. 6 Note 23.)

⁴⁴⁾ Neben ihnen haben weibliche Descendenten bloß einen Anspruch auf angemessene Dotirung.

⁴⁵⁾ Auf das Detail gehen wir nicht ein. S. Landesordg. O. 35, Decl. Kk. 14—17.

⁴⁶⁾ Wenn nur die eine Art von Erben vorhanden ist, bekommt sie selbstverständlich alles.

⁴⁷⁾ Nur daß die uterini hier den übrigen Geschwistern gleichstehen, bei gemischtem Nachlaß männlicher Erblasser nicht, bei bloß beweglichem Nachlaß derselben hinwieder allerdings.

des R. U. v. Speyer⁴⁸⁾ (1529, Bestätigung der Lehre Azó's) ist hier nicht nur aufgenommen, sondern auch auf die Enkel ausgedehnt.⁴⁹⁾ — Die dritte Classe bilden, ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit des Nachlasses und das Geschlecht des Erblassers, die Collateralen bis zum 10. Grad einschließlicly. Dabei haben die Schwertmagen den Vorzug vor den Spindelmagen, und (innerhalb beider Gruppen) die Männer vor den Weibern. Hier wird immer nach Köpfen getheilt. Die vierte Classe bildet der Gatte, die fünfte der Fiscus.

Es ist bekannt, daß die sog. Reformationen der Stadtrechte viel zum Siege des römischen Rechtes in Deutschland beigetragen haben. Auch in Böhmen und Mähren begegnen wir einer ähnlichen Erscheinung. In den späteren Bearbeitungen der Stadtrechte nimmt das römische Recht einen breiten Raum ein. So „wird denn auch die ganze gesetzliche Erbfolgeordnung des Justinianischen Rechtes einschließlicly der bonorum possessio unde vir et uxor, im Brünner Recht und bei Brictius (von Liěsko) (knihy městských práv) als geltendes Recht dargestellt, freilich mit einer gewissen, übrigens nicht ganz klaren Bevorzugung des Mannesstammes, die später bei Koldin wieder beseitigt ist.“⁵⁰⁾ In den „Koldin'schen Stadtrechten“ von 1579 findet sich schon die Einschränkung der Collateralenerbfolge auf den 10. Grad (F. 15). Das „vollständige Deutsche Stadt-Recht im Erb-Königreich Böhmeim und Marggrafthum Mähren“ von 1721 (eine private deutsche Uebersetzung des böhmischen Originals)⁵¹⁾ gibt in einer, zum Theil recht schlechten, Darstellung folgendes Bild der „successio ab intestato“ (S. 266 ff.). 1) „Das nächste und beste Recht“ haben die Descendenten beiderlei Geschlechtes (F. VII); denn „bei denen Stadt-Rechten erben die Töchter in allen Gütern und Gerechtigkeit ihrer Eltern . . . auf gleiche Theile wie die Söhne . . .“ (F. VIII). Enkel succediren in stirpes (F. XI). — 2) In Ermangelung von Descendenten werden die Ascendenten berufen, wobei der nähere Grad die entfernteren ausschließlicly (F. XII §. 1). Neben den Eltern erben die „leiblichen Brüder und Schwestern“ (ebd. §. 2). Einbändige Geschwister erben nicht neben den Eltern, sondern nur in Ermangelung derselben, gehen aber den Großeltern vor (ebd. §. 3⁵²⁾). An die Stelle vorverstorbener Geschwister treten deren Kinder und erben in stirpes (F. XIII §. 2). — 3) Sind keine solchen Erben vorhanden, so kommen die übrigen Collateralen daran, wobei der nähere Grad alle entfernteren ausschließlicly, und gleich nahe in capita theilen. Diese Erbfolge ist „auf den zehenden Staffel“ beschränkt; während die Reihe der Descendenten und Ascendenten durch kein Gesetz, um so enger aber durch die Natur begränzt ist. Wenn nur Verwandte des elften oder eines noch ferneren Grades vorhanden wären, so fiel der Nachlaß auf den Fiscus (F. XV).

Wir sehen also, daß nach den späteren böhmischen Stadtrechten im Großen und Ganzen die Successionsordnung der Nov. 118 gegolten hat, mit einigen Modificationen.

b) In Oesterreich unter und ob der Enns galten schon im 16. Jahrhundert folgende (später auch in den sog. Landtafeln aufgezeichnete), das rasche Eindringen des römischen (Justinianischen) Rechtes beweisende Grundsätze.⁵⁴⁾ Die

⁴⁸⁾ Emminghaus Corpus jur. germ. 2. Aufl. S. 147, 148.

⁴⁹⁾ Decl. Kk. 6, 9, 11, 21 ff.

⁵⁰⁾ Czypciarz Das Brünner Schöffebuch und die knihy městských práv des Brictius von Liěsko. Separatabdrucl aus den Mittheilungen des deutschen Juristenvereins in Prag (1878) S. 13.

⁵¹⁾ S. darüber Stobbe Rechtsquellen II. Bd. S. 406 ff.

⁵²⁾ So verstehen wir den dunkeln §. 3. Der §. 4 scheint uns unverständlich.

⁵³⁾ Um so mehr muß dies letztere von den vollbürtigen Geschwistern gelten.

⁵⁴⁾ Es ist an dieser Stelle unthunlich, in das Detail einzugehen und es aus den Quellen zu belegen. Diese sind vornehmlich: 1) Der Entwurf des Landrechtes für Oesterreich unter der Enns, der niemals Gesetz wurde, aber in der Praxis fast wie ein

I. Erbklasse bilden die Descendenten, unter ihnen galt Repräsentationsrecht (mit der wenig praktischen Einschränkung auf erste Urenkel des Erblassers). Zur II. Klasse gehören die Geschwister und die Nachkommen vorverstorbenen Geschwister. Beim Zusammentreffen von voll- und halbbürtigen Geschwistern werden hinsichtlich des erworbenen Vermögens diese durch jene ausgeschlossen; hinsichtlich der Erbgüter galt sowohl in diesem Falle, als beim Zusammentreffen von uterini und consanguinei (im engeren Sinne) der Satz, daß sie den Nachkommen desjenigen Parens bleiben, von welchem sie herrühren. Die halbbürtigen Geschwister und deren Nachkommen werden aber auch durch Nachkommen vollbürtiger Geschwister ausgeschlossen.⁵⁵⁾ Nachkommen vollbürtiger Geschwister dagegen können neben vollbürtigen Geschwistern ihr Repräsentationsrecht ausüben. Zur III. Klasse gehören die übrigen Seitenverwandten nach Gradesnähe („der Nächste am Blute, der Nächste am Gute“) und mit Theilung nach Köpfen unter Gleichnahen. Doch reichte diese Klasse — im Unterschiede vom Justinianischen Recht — nur bis zum 10. Grade und es galt auch hier der Satz, daß Erbgüter nicht von dem Stamme wegfallen dürfen, von welchem sie herrühren. —

solches — also gleichsam als Rechtsbuch — benutzt wurde. Die ersten Arbeiten sind aus dem Jahre 1524—1528; an sie wurde in den Jahren 1564—1566 wieder angeknüpft und eine „Landtafel“ in vier Büchern ausgearbeitet. Von ihr existiren verschiedene Redactionen (woburch das Prüfen von Allegaten erschwert wird); die letzte, in sieben Büchern, an der auch Suttinger theilhaftig war, ist um das Jahr 1660 fertig gestellt worden. (Am Hande des Entwurfs finden sich interessante Angaben von römischen und particularrechtlichen Parallelfällen; s. Chorinsky Executivproceß S. 49.) Sie wird citirt als „Landrecht, Landtafel, Landesbrauch“ u. s. w. Es gibt Handschriften der älteren Redactionen, welche den berühmten Bernhard Walther als wahrscheinlich, andere, welche ihn kurzweg als Verfasser bezeichnen. Das Verhältniß dieses Rechtsbuches zu dem „ius consuetudinarium Austriacum“ des Walther ist nicht unbestritten; manche Handschriften vereinigen diesen Titel mit jenem deutschen, wornach beide Werke wohl identisch waren. Die häufigen Citate aus Walther's angeblichem Werk gehen offenbar auf den Entwurf der Landesordnung. (Eine nahe Beziehung, theilweise, aber nicht gänzliche Identität nimmt an Chorinsky Executivproceß S. 18 N. 12, S. 48.) Vgl. über diesen Entwurf Chorinsky Vormundschaft S. 19 fg., Executivproceß S. 41—55; Canstein Lehrbuch des östereich. Civilproceßrechtes I (1880) S. 102, 103, 106 fg. Nachweisung einiger Handschriften (von Bischoff) in den Beiträgen zur Kunde steiermärkischer Geschichtsquellen. VI. Jahrg. (1869) S. 127 f. — 2) Die Landtafel Oesterreichs ob der Enns von 1609, revidirt 1629, welche mit der vorigen großentheils übereinstimmt (s. Chorinsky a. a. D., Canstein S. 107; Luca gibt in seinem, überhaupt sehr mangelhaften Justizcober [Bd. I S. 182 ff.] nur ein dürres Inhaltsverzeichnis). Beide Landtafeln existiren in zahlreichen Handschriften und verschiedenen Redactionen. Durch Sammlung und Vergleichung jener, durch Nachweisung der chronologischen Ordnung und des genetischen Zusammenhanges und eine kritische Ausgabe könnte hier der Rechtsgeschichte ein erheblicher Dienst geleistet werden. — 3) Suttinger's Consuetudines Austriacae (1716, und viel besser 1718) unter den Schlagwörtern: „Erben, Erbrecht, Erbschaft, Erbrechtsfragen“. Diesem angehängt sind 4) die zwölf Tractatus aerei des Bernh. Walther, von denen der erste unter dem falschen Titel „Von denen Erbschaften in absteigender Linea“ die ganze Vermandtenerbfolge behandelt. [Tract. II handelt von Testamenten, Tr. III von der Abfertigung der adeligen Witwen, Tr. IV „de successione mariti uxore mortua“, Tr. V von der Theilung der Erbschaften.] — 5) Die Werke von Finsterwalder und Weingärtler (beide für Oberösterreich), Beckmann (für Steiermark), Wosius, Reutter u. A., deren Titel man z. B. bei Chorinsky Vormundschaft S. 15—20, Noten 8—19, und Executivproceß S. 22 ff. und bei Canstein S. 107—109 angegeben findet.

⁵⁵⁾ Also (immer erworbenes Vermögen vorausgesetzt): halbbürtige Geschwister (um so mehr natürlich deren Nachkommen) werden durch vollbürtige Geschwister ausgeschlossen, und auch deren Nachkommen, so daß diese nicht nur ihre fraglichen Vettern und Nichten, sondern auch die Oheime und Tanten ausschließen. Kurz: halbbürtige Geschwister und deren Nachkommen werden durch vollbürtige Geschwister und deren Nachkommen ausgeschlossen. Setzen wir in jener Formel statt „Nachkommen“ „Kinder im engeren Sinne“, so paßt sie auch für die Nov. 118. Doch ist zur Erklärung des Satzes, daß die Halbgeburt um einen Grad zurücktritt, die Annahme fremden Einflusses keineswegs nothwendig. Vgl. Siegel Erbrecht §§. 20—22.

Kein Erbrecht hatten die Ascendenten⁵⁶⁾ und der überlebende Gatte.⁵⁷⁾ Für diesen war durch Ehepacten vorgesehen, für die Witwe in deren Ermangelung auch durch gesetzliches (gewohnheitliches) Ehegüterrecht.

Beim Adel war das weibliche Geschlecht auch in Oesterreich zurückgesetzt, namentlich indem man die Töchter zu Erbverzichtin zu verhalten pflegte. Doch bezog sich der Verzicht in der Regel nur auf das väterliche Vermögen; hinsichtlich des mütterlichen standen die Töchter den Söhnen gleich.⁵⁸⁾ Uneheliche Kinder konnten ihren Vater nicht einmal ex testamento beerben; er konnte ihnen nur den lebenslänglichen Unterhalt vermachen.

Manche Punkte waren bestritten. Wenn des Erblassers patruus (Vaterbruder) mit Kindern eines anderen (vorverstorbenen) patruus zusammentraf⁵⁹⁾, so wollten a) Einige dem patruus den Vorzug geben, da er der propior gradus ist; β) Andere entschieden gerade umgekehrt, weil die Erbschaft nicht zurückfallen solle; γ) wieder Andere wollten die Cousins neben jenem Oheim kraft Repräsentationsrechtes erben lassen. Im Jahre 1554 wurde im Sinne der zweiten Ansicht (β) entschieden; im Jahre 1593 im Sinne der ersten (α), weil man sich im Zweifel an die geschriebenen Rechte (d. h. das römische Recht) halten sollte, und weil jener Landesgebrauch, wonach Erbschaften nicht zurückfallen, hart und unbillig, also eher einzuschränken, als auszudehnen sei.⁶⁰⁾ Der bekannte Reichsabschied von Speyer (1529) wurde auch in Oesterreich angewendet, und damit das österreichische Wohnheitsrecht in diesem Punkte beseitigt. Der Begriff der Erbgrüter erhielt später (unter Anrufung des Sages pretium succedit in locum rei et res succedit in locum pretii) eine erhebliche Erweiterung, wodurch der Unterschied von ererbten und erworbenen Gütern an Bedeutung verlor.⁶¹⁾ — Ueberhaupt ging der Zug der Geschichte hier, wie im böhmischen Stadtrecht dahin, daß das Justinianische Recht Schritt für Schritt das deutsche verdrängte.

In Steiermark hat das Erbrecht eine ähnliche Entwicklung durchgemacht, wie in Oesterreich. Auch dort galt der Satz, daß Erbschaften nicht zurückfallen, mithin Ascendenten ausgeschlossen sind. Später wurde er restringirend interpretirt, so daß die Eltern zwar durch Geschwister und Kinder von Geschwistern ausgeschlossen wurden, aber den übrigen Verwandten vorgingen.⁶²⁾

Kaiser Carl VI. ließ, eine schon von seinem Vater Leopold gehegte Absicht vollziehend, das IV. Buch der letzten Redaction des niederösterreichischen Landrechts (s. oben) revidiren^{62a)} und als selbständiges Gesetz über die Intestaterbfolge („Neue Satz- und Ordnung vom Erb-Recht außer Testament und anderer letzter Willen⁶³⁾, auch was deme anhängig“⁶⁴⁾) nach und nach in verschiedenen Ländern in Kraft

⁵⁶⁾ Hüttner §. XVII S. 27.

⁵⁷⁾ Hüttner §. XIX S. 28, 29.

⁵⁸⁾ Genaueres hierüber bei Hüttner §. XVI S. 25—27.

⁵⁹⁾ Sehr ausführlich behandelt diese Streitfrage Suttinger (Ausfl. von 1716 S. 153—163, Ausfl. von 1718 S. 181—191).

⁶⁰⁾ Mißverständlich ist Hüttner's Bemerkung, die Gewohnheit sei nunmehr auf die unmittlebaren Ascendenten eingeschränkt worden. Man wird doch nicht die Eltern ausgeschlossen und die Großeltern zugelassen haben! Vielmehr wurde damit anerkannt, daß sich jener harte Satz nur auf die Ascendenten selbst, nicht auch auf deren Nachkommen beziehe. S. Suttinger, bes. S. 161 der Ausg. v. 1716, oder S. 189 der Ausfl. v. 1718.

⁶¹⁾ Hüttner S. 32 lit. b.

⁶²⁾ S. Beckmann S. 464 f., der sich aber dabei nicht beruhigt, sondern Anwendung der Nov. 118 verlangt.

^{62a)} Kees schrieb in seinem 1717 erschienenen Institutionen-Commentar (S. 19, zu III. 1 §. 3): „In Oesterreich erben noch der Zeit, da die Neue Lands-Ordnung . . . noch nicht publicirt ist, die Eltern ihre Kinder nicht.“

⁶³⁾ Welche Worte namentlich auf Erbverträge gehen (vgl. a. b. G. B. §. 1254).

⁶⁴⁾ B. B. die Lehre von den Erbvereinigen, von der Collation u. dgl.

treten. Es wurde sanctionirt: am 28. Mai 1720 für Oesterreich unter der Enns, am 26. Januar 1729 für Steiermark, am 16. März 1729 für Oesterreich ob der Enns, am 9. März 1737 für Krain, am 18. Februar 1747 (also unter Maria Theresia) für Kärnthén. Diese Texte für Niederösterreich, Steiermark und Krain stimmen (großentheils sogar die Einleitungen) mit einander wörtlich überein; nur in minder wichtigen Punkten finden sich Abweichungen.⁶⁵⁾ Sehr wenig abgeändert erscheint der Text auch in dem Gesetze für Oberösterreich, aber dieses hat erhebliche und zum Theile interessante Zusätze.^{65a)} Auch das Gesetz für Kärnthén hat — bei sonst sehr geringer Verschiedenheit — manche recht umfangreiche Zusätze.^{65b)}

⁶⁵⁾ Der niederösterreichische und der steiermärkische Text stimmen fast wörtlich überein (abgesehen von der Einleitung); nur ist im 18. Titel der §. 1 gestrichen worden, so daß der §. 2 zum §. 1, der §. 7 zum §. 6 geworden ist; ferner stimmen XIX §. 4 der beiden Gesetze nicht ganz überein, weil es in Steiermark kein landmarschallisches Gericht (sondern ein Schranengericht), kein Land-Gedent-Buch und kein Weis-Voten-Amt gab. Der wichtigste Unterschied aber, betreffend das Regredient-Recht, kommt unten zur Sprache. — Die Texte für Steiermark und für Krain stimmen (sogar im Eingange) fast wörtlich überein. Die hauptsächlichste Abweichung beider vom niederösterreichischen Gesetze hebt der Kaiser selbst hervor (in Tit. XII §. 4 Al. 2): Was für Niederösterreich „wegen des Regredient-Rechts der verziehenen Töchter eingeführet und verordnet worden“ solle in Steiermark (bez. Krain) „keine Statt finden“, weil (nach abgefordertem Bericht und Gutachten) dies Recht in diesen Ländern „von unerdenklichen Jahren her unbekannt“ sei. — Die Besonderheiten des Krainer Gesetzes sind: In II §. 1 a. E. (Regelung der Fideicommiss-Nachfolge) ist eingeschaltet: „oder es vermag ein solches die wohlhergebrachte Lands-Observanz.“ In XII §. 2 lautet die Mitte so: „... Gelübde aber, einer des Herren- und respectivo Gräflichen Stands 1500 fl., einer Freyin oder Herrin 1000 fl., und einer vom Ritter-Stand 500 fl. zum Heyrath-Gut, neben vorgehend- auch halb so vil, id est respectu einer Gräfl. Tochter 750 fl., einer Freyherrlichen 500 fl. und einer Ritterlichen Tochter 250 fl. determinirt- und betragenden Beklehd- und Ausstaffung (es wäre dann . . .“ zc. In den drei anderen (älteren) Texten lautet die Stelle kurz so: „Gelübde aber, einer des Herren-Stands 2000 fl., und einer vom Ritter-Stand 1000 fl. zum Heyrath-Gut, neben vorhergehend-gebührender Beklehd- . . .“ zc. — In XVI §. 2 und §. 4 hat Oesterreich und Steiermark die Frist von 32 Jahren, Krain die Frist von 30 Jahren und 1 Tag, von Zeit der Ableibung an zu rechnen“, während deren die Obriqkeit warten muß, ob sich Erben zu dem Nachlaß melden werden. Auch XIX §. 4 (Verlautbarung der Erbeinigungen) hat Varianten.

^{65a)} Der oberösterreichische Text (Codex Austr., II. Supplem. C. 539 ff.) unterscheidet sich vom niederösterreichischen (Codex Austr., I. Supplem. C. 952 ff.) durch den kürzeren Eingang und durch eine Reihe von Einschaltungen (Zusätzen). So ist in II §. 3 ein mittleres Alinea eingeschoben, welches besagt, daß in Ermangelung ehelicher Kinder die per rescriptum principis legitimirten erben sollen, wenn nicht etwas anderes in dem Legitimationsdiplom vorgesehen sei; der Kaiser wolle nämlich vor der Legitimation auch die etwaigen Einwendungen der Agnaten „vernehmen, und darüber, was recht ist, erkennen.“ Im 14. Tit. steht nach §. 4 ein großer Zusatz, der das — in den verschiedenen Vierteln des Landes verschiedene — Gewohnheitsrecht „der Bauerschaft“ hinsichtlich des Gattenerbredits bestätigt (C. 569). Ebenso hat Tit. 16 §. 2 einen erheblichen Zusatz dieses Inhalts: Wenn anzunehmen sei, daß nähere Erben vorhanden (z. B. vom „Erb-Feind gefangen“) sein möchten, so soll die Erbschaft nur gegen eine, für 32 Jahre gültige, Sicherstellung (Hypothek oder Bürgschaft) ausgefolgt werden, damit die Ansprüche der später sich meldenden Erben nicht vereitelt würden. Auch Tit. 17 §. 7 und Tit. 18 §. 7 haben im oberösterreichischen Text Zusätze erhalten; der letztere lautet: „Welches (nämlich die theilweise Rescission einer donatio inofficiosa) dann auch auf jene Fälle sich verstehe, wann der Geschenk-Nehmer zum Nachtheil der übrigen Kinder Noth-Gebühr der Väter- oder Mütterlichen Erbschaft sich entschlagen wolte.“ (C. 578.) Das ist aber offenbar keine Aenderung, sondern nur eine Verdeutlichung. Ganz neu ist der §. 8 (was gewöhnlich darum übersehen wird, weil er nicht, wie die anderen Zusätze, mit einem Asteriscus versehen ist).

^{65b)} Zur Charakterisirung dieses Textes gehören folgende Notizen: Tit. II §. 1 a. E. lautet nicht wie der für Krain, sondern wie der niederösterreichische und steierische Text. — IV §. 2 Al. 1 nach „darbey verbleiben“ folgt: „jedoch mit dieser Clausl, daß nehmlichen solchen unehelichen Kindern auß denen Väterlichen Mitteln die Nuzung gebühre nur, so lange sie nicht im Stande seynd, sich selbst zu ernähren, und solle ihnen die von Uns etwann erlangende Lands-Fürstliche Legitimation . . .“ — Tit. V §. 4 a. E. hat nach

Im Eingange aller dieser Gesetze tadelt der Kaiser (bez. seine Nachfolgerin) den Ausschluß der Ascendenten und den zu Streit und Irrungen führenden Satz

dem Worte „aufsehen“ den Zusatz: „so nach dem Steyerischen Exemplari unter allergnädigst kaiserlich- und königlichen Resolution de dato Wienn den 6. und Regierungsintimati Grätz den 29. Jenner 1745 auch hier deutlich mit eingeführt wirdet.“ Der Titel V hat am Schlusse einen neuen §. (11), der nur eine Verweisung auf den XII. Titel hinsichtlich der „verziehenen Töchter“ enthält. Am Schlusse des XI. Titels ist (nach „Verzöhen“) hinzugefügt: „und daß solches Jus Successionis ab intestato respectu Collateralium in infinitum“ [d. h. nicht etwa nur bis zum 10. Grad] „zu verstehen seyn, und wofern die Anwartschaft genugam dargethan wurde, erstreckt werde.“ XII §. 2 stimmt sachlich (nicht auch stilistisch) mit dem Krainer Gesetz überein, und hat am Ende den Zusatz „dahingegen aber ist die Unterhaltung einer solchen verziehenen Tochter bis zu ihrer Verehelichung oder Klösterlichen Eintritt nicht nach Betrag ob-aufgesehenen Heyraths-Guts, sondern stand-mäßig zu reichen.“ Hinsichtlich des Regredientrechtes (XII §. 4 Al. 2) stimmen die Texte von Kärnthen, Krain, Steiermark überein. Neu und beachtenswerth sind die gleich darauf folgenden §§. 5 und 6. Aus §. 5 erfahren wir, daß die Kärnthnerischen Stände angefragt hatten: 1) ob „zweibändige“ Schwestern einen „einbändigen“ Bruder ercludiren? 2) ob unter den übrigen Seitenverwandten ein dem Grade näherer „Einbändiger“ den entfernteren „Zweibändigen“ ercludire, oder aber ein- und zweibändige Collateralen concurriren sollen? Die Kaiserin entschied beide Fragen im Sinne Justinians unter Berufung auf das „Jus commune und die Steyerische Successionsordnung“. §. 6. Auf die Frage, ob nicht nur die Töchter, sondern auch die Klöster für „verziehen“ gehalten werden, antwortete die Kaiserin, das gehöre nicht in die Successions-, sondern in die Landrechtsordnung. Mit Nachdruck müsse sie den nicht erstatteten Bericht wegen Verbesserung dieser letzteren „von einer Ehrfamen Landschaft in Kärnthen abfordern“ und hätten die innerösterreichischen geheimen Räte „auch auf vorangeführte Frag sowohl respectu Kärnthen und Crain, als Steyermark besonders zu reflectiren.“ Die Frage selbst und die unzufriedene Anspielung der frommen Kaiserin („wegen von der Geistlichkeit je mehr und mehr an sich ziehender temporalität“) zeigen, daß von den Klöstern ähnliche Versuche gemacht wurden, wie die, von denen wir auf §. 23 (bei und in N. 22 und 23) berichtet haben. — Neu und interessant ist auch der §. 5 im XIV. Titel Die Stände schlagen vor, daß „ob Favorem Familiae denen hinterlassenen Adlichen Wittiben (wo kein Testament, noch Heyraths-Brief, auch kein Kind vorhanden) der vierte Theil des Vermögens nur zum Frucht-Genuß, solang selbe Wittiben in Steyer und Crain, auch Oesterreich ein Viertel des Vermögens in Eigenthum zufallet“ [der Satz ist ein Anakoluth, aber der Sinn nicht zweifelhaft]. Die Kaiserin entschied, daß solchenfalls auch in Kärnthen den Wittwen „die Proprietat zueignet“, gemäß der Steyerischen Successionsordnung und dem jus commune. — Tit. XVI §. 1 a. E.: „und solches inter Praesentes über den dreißigsten Tag, und inter Absentes über Jahr und Tag, ohne erhebliche Verhinderung nicht ansehen lassen, und nach exhibirten Inventario nicht extendiret werden.“ In XVI §. 3 sind dreimal statt der steierischen 32 Jahre eingesetzt 30 Jahre; dagegen sind im §. 2 die 32 Jahre beibehalten; ein Druckfehler liegt nicht vor, da diese Zahl in Worten ausgeschrieben ist, und andererseits die Ziffer 30 in §. 3 wiederholt vorkommt. Man möchte nun diesen aufscheinenden Widerspruch etwa so zu erklären versucht sein: In §. 3 begnügte man sich mit der gemeinrechtlichen Verjährungszeit, weil es sich um Ansprüche von näheren Verwandten gegen die eingewiesenen Erben handelt; in §. 2 befehlt man die alte längere Frist bei, weil es sich um das Cabuc-werden des Nachlasses handelt. Aber diese Rechtfertigung wird schon durch Tit. XVI §. 4 unmöglich gemacht; auch spricht dagegen der Umstand, daß das Gesetz für Steiermark durchweg die Zahl 32, das Gesetz für Krain durchweg die Zahl 30 hat. Also liegt wohl ein größliches Redactionsversehen vor. — Eine große Erweiterung hat der XVI. Titel durch die ganz neuen §§. 6–9 erfahren. Die Stände hatten gegen das jus albigenatus angeführt, dies sei eine in Kärnthen ungewöhnliche Sache; die Kaiserin aber entschied, die Norm des steierischen Gesetzes solle auch für jenes Land gelten (§. 6). Die Stände wünschten, daß hinsichtlich des Intestaterbrechts das gemeine Recht, nach welchem man sich hierin immer gerichtet habe, ausdrücklich bestätigt werde. Die Kaiserin befahl, man habe sich an diese (der Steyerischen wesentlich gleiche) Successionsordnung zu halten, und nur die darin nicht entschiedenen Fälle sollen „iuxta Jus commune reguliret werden“ (§. 7). Die Stände machten den Vorschlag, daß geistliche Verlassenschaften „iuxta Jus Canonium exceptis matrimonialibus in tres partes ibi praescriptas zertheilet werden sollten, quarum una Ecclesiae, altera pauperibus, et tertia consanguineis zukommete.“ Die Kaiserin wollte davon in der Successionsordnung absehen; dagegen würde bei der Abfassung der Gerichtsordnung

paterna paternis, materna maternis. Die romanistische Tendenz verräth sich schon hier darin, daß diese gewohnheitsrechtlichen Sätze theils als „irrig“ bezeichnet, theils in Zweifel gezogen werden (vbs. „durch einen vorschützenden Lands-Gebrauch“). Demnach kann es nicht befremden, daß diese Ordnung der Verwandtenerbfolge⁶⁶⁾ im Wesentlichen mit jener der Nov. 118 übereinstimmt. Nur haben die Descendenten von Geschwistern (nicht bloß die Kinder von Geschwistern) einen Vorzug vor den übrigen Seitenverwandten.⁶⁷⁾

Die Normen dieser Gesetze sind durch Beispiele und Zeichnungen, nach Art eines Lehrbuchs, verdeutlicht.

Wenn wir die Geschichte des Erbrechtes in den bisher besprochenen Ländern überblicken, so sehen wir einen rasch vordringenden, das heimische Recht verdrängenden Romanismus, von dem sich erst die Gesetzgebung Josephs II., das Erbfolgepatent vom 11. Mai 1786, gründlich abgewendet hat; sie hat ganz neue Wege eingeschlagen, freilich aber mehr geleitet durch naturrechtliche Gedanken, als durch Rücksicht auf das einheimische Recht.

c) In mehrfacher Beziehung wesentlich anders verhielt es sich in Tirol. Während wir soeben eine Gruppe von Ländern, deren Rechtsbildung schon früher ähnlich war, durch eine romanisirende Praxis und eine uniformirende, die provinziellen Besonderheiten beseitigende Gesetzgebung^{67a)} in unserer Materie geeinigt

„darauf zu reflectiren sein“ (§. 8). Endlich hatten die Stände gebeten, daß eines Beichtvaters alleiniges Zeugniß pro testamento nuncupativo nicht gelten solle; daß nach dem österreichischen Muster auch in Kärnthn ein eigenhändig geschriebenes Testament zwei Zeugen, ein nuncupatives aber „tres omni exceptione maiores“ oder vier Zeugen erfordern solle. Mit Recht erwiderte die Kaiserin, daß mehrere nicht zur Successionsordnung ab intestato; darüber behalte sie sich die Entschließung bis zur Errichtung der innerösterreichischen Gerichtsordnungen vor (§. 9). — Der Text des XVIII. Titels stimmt mit dem für Steiermark und Krain, also weder mit dem für Niederösterreich, noch mit dem für Oberösterreich überein. Tit. XIX §. 4 ist so wie im steirischen Texte. Die übrigen Varianten sind ganz untergeordneter Natur.

Die Schriftsteller, welche von der Successionsordnung Kaiser Karls VI. handeln, und zwar sowohl die aus dem Anfang des Jahrhundert als die heutigen, kennen nur zwei bis drei Texte. In dem Werke von Domin-Petrus Hebecz Neuere österreich. Rechtsgeschichte (1869), wo man vollständigere Angaben hätte erwarten dürfen, wird nur das Gesetz für Oesterreich unter der Enns und das für Oesterreich ob der Enns erwähnt, und ersteres durchweg falsch datirt (nämlich 25. Mai statt 28. Mai; s. S. 25, 129, 362). Andere führen außerdem noch das Gesetz für Steiermark an. Die Gesetze für Krain und Kärnthn sind außerhalb dieser Provinzen in Vergessenheit gerathen. Herr College von Luschin hatte die Güte, uns auf sie aufmerksam zu machen und den Einblick in das Gesetz für Kärnthn uns zu verschaffen, so daß wir in der Lage waren, alle fünf Texte zu vergleichen. Ob es noch andere gibt? — Eine Publication für Böhmen war beabsichtigt, ist aber unseres Wissens nicht zu Stande gekommen.

⁶⁶⁾ Vom Gattenerbrecht war schon oben die Rede.

⁶⁷⁾ Genaueres bei Hüttner S. 33—42.

^{67a)} Die so große Uebereinstimmung der Texte für obige fünf Länder erklärt sich keineswegs aus einer freiwilligen Einigung. Die im Entwurfe der Landtafel für Oesterreich ob der Enns enthaltene Bearbeitung wurde nicht berücksichtigt (s. Harrajoswsky Geschichte der Codification S. 29) und wie wenig man geneigt war, auch nur sehr bescheidene Wünsche der Stände hinsichtlich Beibehaltung provinzieller Besonderheit zu gewähren, zeigen die Notizen, die wir aus dem Gesetze für Kärnthn (in Note 65^{b)}) beigebracht haben; und zwar erfahren wir dies aus dem jene Wünsche ablehnenden Gesetze selbst, das doch größtentheils nur den für andere Länder gegebenen Text wiederholt; wie viel mehr Wünsche mögen laut geworden sein, von denen wir nichts erfahren! So ist dies ein neuer Beleg für die Charakteristik, welche Harrajoswsky (S. 1—38 passim) von der Gesetzgebung dieser Zeit gegeben hat. Wir müssen uns erinnern, wie nahe diese Ereignisse schon dem Beginne der Vorarbeiten zu einem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche stehen! Diese begannen bekanntlich 1753, und die Successionsordnung für Kärnthn ist vom Jahre 1747. Es ist unter diesen Umständen nicht zu wundern, daß die Stände, obwohl sie selbst die Anregung zu der separaten Publication des das Intestaterbrecht betreffenden Abschnittes der Landtafel gegeben hatten, sich nicht überall zufrieden zeigten.

sahen; während hier eine große Annäherung sowohl an das gemeine als an das böhmische Recht sich vollzogen hat, bietet uns dagegen Tirol das Bild einer eigenthümlichen Gestaltung des Familienerbrechts. Es kann uns nicht einfallen, auf die geradezu unübersehbaren Statuten der deutschen und welschen Städte und Thäler Tirols eingehen zu wollen; nur über den Inhalt der Landesordnung von 1573 mögen hier einige Notizen Platz finden.⁶⁸⁾ Sie hat einen deutschrechtlichen Charakter. Die Verwandtenerbfolge war die Regel; lechtwillige Verfügungen erschienen als Ausnahmen und waren keine eigentlichen Testamente; denn der Bedachte war nicht Erbe, sondern Geschenknehmer. Die Gatten hatten kein eigentliches Erbrecht, sondern nur ehегüterrechtliche Ansprüche.

Die Erbschaft fällt nach tiroler Landrecht: 1) an die Descendenten, 2) an die Geschwister und die Nachkommen (nicht bloß, wie in Nov. 118, die Kinder) von verstorbenen Geschwistern; erst nach diesen 3) an die Ascendenten; 4) an die „gemeinen Erben“, d. h. die übrigen Collateralen; 5) an die landesfürstliche Kammer. Eine gewisse Aehnlichkeit mit dem Justinianischen Recht ist nicht zu verkennen, aber auch nicht die Verschiedenheit beider Ordnungen. Die Eigenartigkeit des tiroler Rechts liegt indessen viel weniger in dieser Successionsordnung (vgl. das über Steiermark Gesagte), als in den folgenden näheren Bestimmungen:

1) Eheliche Descendenz.⁶⁹⁾ Die entfernteren Descendenten haben ohne Einschränkung auf irgend einen Grad das Repräsentationsrecht; sie erben also nach stirpes. Die Söhne bekommen das *Heergeräthe*, die Töchter die *Gerade*; beides jedoch mit Einschränkungen in solchen Fällen, wo jene Vermögenstheile mehr werth sind, als $\frac{1}{3}$ des Nachlasses; auch gilt dieser Satz nur mit Einschränkungen für Enkel und Enkelinnen.

Aus dem Nachlasse des Vaters gebührte den Söhnen der „Mannsvortheil“, ein praecipuum, dessen Höhe durch Herkommen und „ehrbarer Leute oder des Gerichtes“ Wohlfinden in verschiedenen Gegenden verschieden bestimmt wurde (zwischen $\frac{1}{7}$ und $\frac{1}{3}$ des Nachlasses). Der Vater durfte den Mannsvortheil nicht ganz entziehen; andererseits durfte er $\frac{1}{3}$ der Stammgüter und $\frac{1}{2}$ der erworbenen Güter niemals übersteigen; das übrige Vermögen war allen Kindern zu gleicher Vertheilung vorbehalten. Für Kinder, deren Erziehung noch nicht vollendet war, wurde zuweilen ein praecipuum unter dem Titel „Zuchtgeld“ (d. h. für die Erziehung bestimmtes Geld) ausgesetzt.

Bei dem, mißbräuchlich sogenannten, „hohen Adel“ Tirols⁷⁰⁾ hatten nur die Söhne ein Erbrecht; die Töchter⁷¹⁾ wurden ausgestattet und abgefunden und leisteten

Dem Adel mußte ein so stark romanisirendes Erbrecht oft genug unbequem werden. Wirklich haben 1724 die Stände von Oesterreich unter der Enns gegen manche Bestimmungen der Successionsordnung bald nach ihrer Einführung remonstrirt. Adam Wolf Geschichtliche Bilder aus Oesterreich II. Bd. (Wien 1880) S. 9.

⁶⁸⁾ Genaueres s. in dem Aufsatze von Oberweis „Ueber tirolisches Erbrecht. Ein Beitrag zur tirolischen Rechtsgeschichte“ in Paimerl's Wtschft. IX. Bd. (1862) S. 322 ff. und XI. Bd. (1863) S. 108 ff. Ueber das Tridenter Statut s. Mage's Justizverwaltung in Tirol und Vorarlberg (1887) S. 20.

⁶⁹⁾ Die per subsequens matrimonium legitimirten stehen den ehelichen gleich. Die legitimation per rescriptum principis war sehr eingeschränkt. Die Unehelichen hatten nicht einmal der Mutter gegenüber ein Erbrecht!

⁷⁰⁾ Dazu gehörten die Grafen, Freiherrn und Ritter — d. h. Alle, die in der Adelsmatrikel eingetragen waren und den Titel „Tyroler Landmann“ führten.

⁷¹⁾ „Töchter“; sie waren also nicht von jedwem Erbrecht ausgeschlossen, sondern nur von dem nach den Eltern; so möchte man Oberweis S. 336 verstehen, indem er sagt: Der Verzicht „bezog sich nur auf den elterlichen Nachlaß, nicht aber auf das denselben in Rücksicht auf andere Verwandte zustehende Erbrecht“. S. 339 fügt er bei: „Die Wirksamkeit der Erbverzicht der adeligen Töchter dauerte so lange, als der Mannsstamm der Familie nicht ausgestorben war; erst dann begann das Erbrecht der Töchter wieder aufzuleben.“ Das widerspricht sich noch nicht. Aber im XI. Bde. S. 113 heißt es: „Die

vor Gericht (meistens mündlich) den Erbverzicht, der auch für ihre Nachkommen bindend war.

Vollbürtige Geschwister und Kinder von solchen (denn auch hier galt Repräsentation) hatten durchweg den Vorzug vor den Ascendenten; sie erbten (sofern nicht Heergeräthe und Frauengerade eine Modification mit sich brachten) zu gleichen Theilen, ohne Unterschied des Geschlechtes⁷²⁾, was freilich durch Erbverzichte und uniones beim Adel größtentheils vereitelt wurde.

Sehr häufig war nämlich in Tirol die brüderliche Gütergemeinschaft (fratrum nobilium unio tyrolensis). Sie war entweder von den Eltern angeordnet, oder von den Brüdern freiwillig eingegangen, wozu nicht einmal ein ausdrücklicher Vertrag erforderlich war, da schon das bloße Factum des Beisammenbleibens im Besitze als Gemeinschaft aufgefaßt, ja diese geradezu vermuthet wurde. Die Verwaltung geschah in verschiedener Weise: durch Verwalter oder von den Brüdern persönlich, von allen oder einigen oder auch nur einem aus ihnen. Zuweilen aber trat eine Parcellirung zum Zwecke der Verwaltung und des Genusses ein, ohne daß eine solche Auszeichnung die Eigenthumsgemeinschaft alterirt hätte; oft geschah sie nur auf einige Jahre oder auf Widerruf. So lange die Gemeinschaft währte, konnte von einer eigentlichen Beerbung keine Rede sein, also namentlich von keinem Erbrecht der Schwestern. An die Stelle eines verstorbenen Gemeinshafters traten seine Kinder, sodann aber trat gleichsam Accrescenz ein, indem die Ueberlebenden oder der eine Längstlebende alles behielt. — Doch konnte auch zur Theilung geschritten werden, wenn die für die Gemeinschaft festgesetzte Zeit abgelaufen war, oder wenn, bei freiwilliger Gemeinschaft, die Gemeinshaftler eben die Theilung beschloßen. Doch sollte der Besitz nicht zu sehr zersplittert werden, und konnte das Gericht die Theilung (wegen des nicht genügend großen Besitzes) untersagen. Dann entschied das Loos, welcher Genosse das Gut an sich lösen und die anderen auszahlen sollte. Die Schätzung geschah bei Nichtadeligen vom Gericht, bei Adeligen von den Brüdern selbst „auf Edelmanns Treue“.⁷³⁾

Einbändige Geschwister erben dasjenige Vermögen, welches vom gemeinsamen Parens herrührt, zu gleichen Theilen mit den zweibändigen. Von dem „gewonnenen Gut“ (d. h. nicht ererbten Vermögen) bekamen die vollbürtigen Geschwister $\frac{1}{3}$ als praecipuum, die anderen $\frac{2}{3}$ wurden unter alle Geschwister (resp. Nachkommen von solchen) zu gleichen (Kopf-, resp. Stamm-) Theilen getheilt.

Nur höchst selten erbten in Tirol die Ascendenten, nämlich nur in Ermangelung von Descendenten, Geschwistern und Geschwisterkindern. Das „gewonnene Gut“ kam an den nächsten Ascendenten, also z. B. an die Mutter, welche alle Großeltern ausschloß. Das „Stammgut“ (ererbtes Vermögen) aber folgte der Regel paterna paternis, materna maternis; d. h. das von einem väterlichen Verwandten herstammende Vermögen fiel an den Vater, das von einem mütterlichen herrührende an die Mutter. War aber der fragliche Parens nicht mehr am Leben, so fiel das Stammgut nicht etwa an den anderen Parens, sondern an den nächsten Verwandten der betreffenden (väterlichen, mütterlichen) Seite.⁷⁴⁾

Erbverzichte der adeligen Töchter beziehen sich auch auf den Nachlaß der Brüder, wie überhaupt aller Verwandten“ — und das ist denn doch ein greller Widerspruch! — Auch hier wird es gewiß auf den Wortlaut und die Absicht des concreten Verzichtes angekommen sein. Ferner genügt es u. E. nicht, zu sagen: „Die Verzichtende konnte diese Verwandten nicht beerben“; es wird ja doch wohl auch auf die Beschaffenheit und Herkunft des Nachlasses angekommen sein. — Ueber Erbverzichte adeliger Töchter vergleiche im allgemeinen Befeler System s. 173; Stobbe Handbuch V. Bd. s. 314 S. 315 ff.

⁷²⁾ Zu diesem und dem Folgenden s. Oberweis a. a. O. XI. Bd. S. 108 ff.

⁷³⁾ Glaubten sich die Andern durch die Schätzung benachtheiligt, so fiel das Gut an Jenen, der das günstigste Anbot machte. Oberweis S. 121.

⁷⁴⁾ Das Heergeräthe der Söhne fiel an den Vater, die Gerade der Töchter an die Mutter.

Endlich kamen die sogenannten gemeinen Erben an die Reihe, d. h. die Collateralen von Ascendenten (z. B. die Geschwister der Eltern). Auch hier galt für das sogenannte Stammgut die obige Regel (p. p., m. m.) und es konnte ein Vermögenstheil z. B. an einen Verwandten 8. Grades aus der Familie der Vaters fallen, obgleich Verwandte 4. Grades von der mütterlichen Seite vorhanden waren. Hinsichtlich des gewonnenen Gutes aber entschied die Gradesnähe zum Erblasser.⁷⁵⁾ — Wenn sich weder testamentarische, noch gesetzliche Erben meldeten, so schritt das Gericht zur Sperre und Inventarisirung. Meldete sich binnen Jahr und Tag Niemand, so folgte noch eine dreimalige (nach je 14 Tagen zu wiederholende) öffentliche Ausrufung; war auch diese erfolglos, so zog die landesfürstliche Kammer die Erbschaft ein und zahlte Schulden und Legate (doch nicht ultra vires hereditatis). Die Erben konnten aber noch durch 30 Jahre ihre Rechte erweisen und so den Nachlaß für sich in Anspruch nehmen.⁷⁶⁾

Die Eheleute hatten in Tirol niemals ein eigentliches gesetzliches Erbrecht, sondern nur ehgüterrechtliche Ansprüche.⁷⁷⁾

Erblose Verlassenschaft.

§. 760.

Ist auch der Ehegatte nicht mehr am Leben; so wird die Verlassenschaft, als ein erbloses Gut, entweder von der Kammer, oder von denjenigen Personen eingezogen, welche vermöge der politischen Verordnungen zur Einziehung erbloser Güter ein Recht haben.

I. Redaction. Auch zu diesem §. gehören die bei §. 757 ff. abgedruckten §. 23 Pat. und §. 556 Westgal. G. B. II (bez. die dort angeführten Stellen der älteren Entwürfe). — Die Stylisirung der Anfangszeile ist gröblich verfehlt. „Ist auch der Ehegatte nicht mehr am Leben“; als ob jeder Erblasser (etwa auch der unmündige!) verheiratet gewesen sein müßte! — Man wollte eben den §. 760 in einen deutlichen Zusammenhang mit dem vorigen §. bringen und hervorheben, daß selbst das subsidiäre Erbrecht des Gatten dem des Fiscus vorgehe. Es ist also eine nachdrückliche Einschränkung der Subsidiarität dieses Fiscalrechtes; vgl. L. 4 Cod. de bon. vac. 10. 10. — Uebrigens besteht einiger Zusammenhang auch zwischen §. 760 und §. 761, was bei diesem gezeigt wird.

II. Begriffliche Vorbemerkungen. Sowohl in den Lehr- und Handbüchern des römischen, als in denen des deutschen Rechtes, als auch in denen der modernen Rechte pflegt man neben dem Heimfallsrecht des Fiscus andere Ansprüche abzuhandeln, welche demselben bald wirklich analog, bald auch nur äußerlich ähnlich sind. Die Etymologie der Ausdrücke „Caducität“ und „Heimfallsrecht“ (die übrigens beide von dem Text unseres Gesetzbuches*) ferngehalten sind) ist verschiedenen Deu-

⁷⁵⁾ Oberweis (S. 126—128) sagt: es „entschied hier ausschließlich die Gradesnähe zum Erblasser“, dann aber wieder: „Auch in dieser Classe galt ein unbedingtes Repräsentationsrecht.“ Es wurde getheilt „nach Köpfen oder nach Stämmen“. Und wirklich finden sich im B. 3 Tit. 18 Anhaltspunkte für Beides; es solle (heißt es da) „je der nächst erben, und weitere im Grad ausschließen“; und dann wieder: es sollten Kinder und Enkel ihre Ascendenten repräsentiren. Es ist auffallend, daß sich Oberweis des Widerspruches nicht bewußt geworden ist, der darin liegt. Wo ein „unbedingtes Repräsentationsrecht“ gilt, dort ist die Gradesnähe gleichgültig; und wo die Gradesnähe entscheidet, dort gibt es keine Repräsentation und keine Theilung nach Stämmen. Eine Vermittelung jener widersprechenden Sätze wäre möglicher Weise darin zu finden, daß neben den erbenden nächsten Collateralen Kinder vorverstorbenen Verwandter ganz gleicher Kategorie eintreten konnten, z. B. neben Geschwistern der Eltern Kinder vorverstorbenen Geschwister der Eltern.

⁷⁶⁾ Oberweis S. 128—131.

⁷⁷⁾ Auf diese können wir hier nicht eingehen; s. darüber Oberweis S. 135—154

*) Anders im officiellen Register; dieses verweist unter dem Schlagwort „Caducität“ auf „Erblosigkeit“ und citirt bei diesem Wort den §. 760; bei „Heimfall“ ist §. 1149 allegirt und hinzugefügt: „S. auch Erblosigkeit“.

tungen günstig und hat zu jener Uebung beigetragen; aber die Einsicht in das Wesen der einzelnen Verhältnisse gewinnt dadurch nicht an Klarheit. Stellt man sich auf den romanistischen (oder erbrechtlichen) Standpunkt, so ist das normale Verhältniß dort vorhanden, wo ein Nachlaß als Ganzes — aber keineswegs nothwendig ein ganzer Nachlaß — aus dem Grunde an den Staat oder ein anderes Rechtssubject fällt, weil weder die testamentarische, noch die Familienerbfolge eintritt. Man sagt auch, daß er „Mangels eigentlicher Erben an den Staat u. s. w. fällt“ und nennt ihn einen „erblosen Nachlaß“.

Die gewohnheitsmäßig diesem Normalfall angereichten Fälle sind von ihm und auch unter einander wesentlich verschieden. So fehlt es bei der, in früheren Jahrhunderten häufigen, Confiscation ganzer Vermögen sehr oft an einem Erblasser; das Vermögen des Verurtheilten ist nicht nothwendig ein Nachlaß. Beim Heimfalle von Lehen, Bauerngründen u. dgl. tritt keine eigentliche Erbfolge, wemgleich oft etwas sehr Nehliches ein; das Verhältniß wird bald mehr der eigentlichen Universal-succession, bald mehr einer gewöhnlichen Singularsuccession oder Consolidation sich nähern. Zuweilen handelt es sich um einzelne Habeligkeiten, die einer Straf- oder einer Pflageanstalt zufallen, obwohl Häuser der letzteren Art auch Ansprüche univerveller Natur haben können. Man muß also bei jedem einzelnen Verhältnisse die juristische Natur desselben wissenschaftlich feststellen. Man vergleiche z. B. folgende Verhältnisse. In irgend einem Lande hat der Gatte eine so absolut beschränkte statutarische Portion, daß in Ermangelung erbender Verwandter das übrige Vermögen nicht ihm, sondern dem Staate zufällt. In einem anderen haben Krankenhäuser unter gewissen Voraussetzungen einen Anspruch auf $\frac{1}{3}$ des Nachlasses ihrer Pflöglinge, gleichviel, ob Erben da sind oder nicht. Hier wie dort ist der Anspruch univerveller (erbrechtlicher) Natur; hier wie dort concurriren Heimfall und Familienerbfolge; und dennoch besteht eine principielle Verschiedenheit zwischen beiden Fällen. Das eine Mal tritt das Heimfallsrecht ein, weil für einen Theil des Nachlasses die Familienerbfolge nicht eintritt (m. a. W. weil keine Verwandten erben und der Erbtheil des Gatten ein absolut bestimmter ist); das andere Mal werden die Erben durch das Heimfallsrecht auf einen Theil des Nachlasses eingeschränkt. Dort wird ein Nachlaßtheil caduc, weil für ihn keine Familienerbfolge eingetreten ist; hier tritt sie für ihn darum nicht ein, weil er caduc ist. Im ersteren Falle ist das Verhältniß zwischen Heimfall und Familienerbfolge analog demjenigen, welches nach §. 728 i. f. zwischen dieser Erbfolge und der testamentarischen eintritt; im letzteren Falle läßt sich dies gewiß nicht sagen.

Das Subject (ob Staat, oder Stadt, oder Corporation u. dgl.) ist für den Begriff des echten Heimfalles gleichgültig. Das Unterscheidende zwischen echten und unechten Fällen liegt in dem Rechtsgrunde, im Objecte, in den Voraussetzungen und in der Wirkung des Heimfalles, und zwar bald in allen diesen Momenten, bald in einigen derselben.

Ganz anders muß man aber gruppiren, sobald man, auf dem deutschrechtlichen Standpunkt stehend, nicht das Erbrecht, sondern das „Behaltungsrecht“ des Staates (früher Königs, Landesherrn, Gerichtsherrn . . .) in den Vordergrund stellt. Dann gehört z. B. die Einziehung alter Depositen allerdings zum Heimfallsrecht, gerade so wie nach altem Recht hier und da die Einziehung gesunderer (verlorener, geraubter, gestohlener) Sachen, zu denen sich in einer Präclusivfrist Niemand meldet. Aber daß diese Fälle nicht ins Erbrecht gehören, versteht sich von selbst. Die österreichische Gesetzgebung (in verschiedenen Patenten und Hofdecreten) steht hinsichtlich der Zusammenstellung der Fälle auf dem deutschrechtlichen Boden, hat aber das fiscalische Recht auf den erblosen Nachlaß vorwiegend romanistisch gestaltet. Von Beidem werden wir noch später sprechen.

Nach dieser den Begriff des Heimfallsrechtes betreffenden Vorbemerkung (bei der nicht gerade nur an österreichisches Recht zu denken ist), werden wir in den

nächsten Absätzen einige geschichtliche Thatsachen vorführen, um zuletzt die dogmatische Darstellung des heute in Oesterreich geltenden Heimfallsrechtes zu geben.*)

Geschichte des Heimfallsrechtes.

III. Römisches Recht. Wenn keine Erben da waren oder sich in den Besitz der Erbschaft zu setzen säumten, so konnte sich, wer wollte, durch possessio und usucapio pro herede in eine erbrechtliche Stellung bringen.¹⁾ Durch die prätorische honorum possessio wurde diese Möglichkeit eingeschränkt, aber nicht beseitigt. Die lex Julia et Papia Poppaea bestimmte, daß der erblose Nachlaß — die bona vacantia oder, wie sie zuweilen, wenngleich selten²⁾, auch genannt wurden, die bona caduca³⁾ — an das aerarium populi romani fallen sollte, welches Recht später auch den fiscus principis übertragen wurde. Der Nachlaß fiel dem fiscus ipso iure zu⁴⁾, und dieser war heredis loco⁵⁾ und hatte auch die Verpflichtungen wie ein Erbe. Später aber machte das prätorische Edict den Concurs über den Nachlaß lediglich von der materiellen Insolvenz abhängig, nicht von der Ablehnung desselben Seitens des fiscus. L. 1 §. 1. D. de iure fisci. 49. 14.⁶⁾ — „Man unterstützte diese Utilitätstheorie . . . noch durch die Denkform, daß schon der Begriff von bona einen Ueberfluß der Activen über die Passiven voraussetze, also bei einer insolventen Verlassenschaft eigentlich gar nicht von bona vacantia und dem nur auf solche gestellten Ansprüche des fiscus die Rede sein könne“⁷⁾, ohne übrigens aus dieser rabulistischen Wendung vollen Ernst zu machen. L. 11. D. eod. 49. 14. Non possunt ulla bona ad fiscum pertinere, nisi quae creditoribus superfutura sunt; id enim honorum cuiusque esse intelligitur, quod aeri alieno superest. (Javolenus.)⁸⁾ Wir würden dies gar nicht erwähnen, wenn es nicht — sonderbarer Weise — in einer orakelhaften Bemerkung Zeiller's zu §. 760 nachklinge: „In so lange noch Schulden und andere Lasten, oder cobicilliarische Anordnungen zu erfüllen sind, kann weder eine reine Erbschaft, noch ein erbloses Gut gedacht werden“⁹⁾ —! — Im Uebrigen ist hier kein Anlaß, auf die vindication und

*) Nur an einer Stelle (Abs. VII) wird sich die dogmatische Unterjochung von der historischen nicht absondern lassen; d. h. sie wird in den historischen Theil hineinverwoben werden.

1) Ueber die usucapio pro herede (welche dem österreichischen Recht durchaus fremd ist: Comm. II §. 16 Abs. VI) s. Huszka in der Zischl. f. gesch. Rechtszw. XIV S. 145—229; Scheurl Beiträge I S. 94—101; Arndt's Civil. Schftn. I S. 125—142 (nebenbei II S. 358 ff.); Keller Grundriß zu Vorlesungen (1854 ff.) S. 248 ff.; Fitting im civil. Archiv LII (1869) S. 239—282; Leif in der Fortsetzung von Glück, I S. 208—234. — Eine neue Ansicht sucht zu begründen Hölder, Beiträge zur Gesch. d. Röm. Erbrechtes (1881) S. 129—136.

2) J. B. bei Gaius II. 150.

3) Im eigentlichen Sinne wird dies Wort für jene Vermögenstheile gebraucht, welche wegen Incapacität des Honorirten von diesem nicht erworben werden. Auch diese Verhältnisse hat die l. Jul. et P. P. geregelt. Vgl. etwa Danz (s. unten) S. 185. — Dem österreichischen Rechte sind sie fremd; s. Comm. II S. 21 lit. C.

4) Ein nicht ganz klarer Punkt; s. z. B. Brinz l. Aufst. S. 972, aber auch S. 1097; jetzt in der 2. Aufl. im III. Bde. (1886) S. 450 f.: „Von selbst ist . . . nur das Recht der vindication, nicht die Succession da.“

5) Dies ist in früherer Zeit mit Unrecht von Manchen bestritten worden; s. darüber Arndt's S. 608 Anm. 1; Brinz 2. Aufl. III S. 450 R. 11.

6) So daß also der fiscus, wenn er nicht abgelehnt hatte, doch für die durch das Vermögen nicht gedeckten Schulden nicht haftete. Vgl. Keller Grundriß S. 277; Danz (2. Aufl.) II S. 169 f.

7) Keller a. a. D.

8) Eine neue, ganz eigenthümliche Auffassung s. bei Birkmeyer Ueber das Vermögen im jurist. S. (1879) S. 239 ff. (und überhaupt S. 199—248), der auf diese und einige ähnliche Stellen die Behauptung gründet, daß nach römischer Vorstellung die Schulden nicht zum Vermögen gehören.

9) Zeiller's Commentar II §. 760 (S. 760). — „Orakelhaft“ nennen wir den

Incorporation des erblosen Nachlasses seitens des römischen Fiscus näher einzugehen.¹⁰⁾

IV. Deutsches Recht.¹¹⁾ Schon in den germanischen Volksrechten war das Heimfallsrecht des Königs und des Fiscus ausdrücklich anerkannt. So z. B. sagt die Lex Baiwar. (tit. XIV. cap. 9 §. 4): Quodsi maritus et mulier sine herede mortui fuerint et nullus usque in septimum gradum de propinquis et quibuscumque parentibus invenitur, tunc illas res fiscus adquirat.¹²⁾ Dabei blieb es auch in den nächsten Jahrhunderten; doch wurde das Heimfallsrecht bald in Zusammenhang mit der Gerichtbarkeit gebracht und als nutzbares Recht der Gerichtsherrn angesehen, obgleich die „königliche Gewalt“ als Quelle sowohl aller richterlichen Macht wie des Heimfallsrechtes noch lange unvergessen blieb. Jene Verknüpfung aber bestimmte die weitere Entwicklung des Heimfallsrechtes. Zuweilen concurrirten mehrere Berechtigte, bald so, daß in gewissen Fällen Dieser, in anderen Jener das Heimfallsrecht hatte, bald so, daß sie den Nachlaß unter einander theilten. Ein Beispiel der ersteren Art bietet der Sachsenspiegel (Landr. III. 80 §. 1): Ist der erblose Grundbesitz nicht größer als drei Hufen¹³⁾, so „gehört er in das Schultheißenthum“; ist er größer, übersteigt jedoch nicht dreißig Hufen, so „gehört er in die Grafschaft“; ist er aber noch größer, dann dem König; m. a. W. es war bald der oberste, bald der mittlere, bald der unterste Richter (König, Graf, Schultheiß) zur Einziehung berechtigt. Ein Beispiel der zweiten Art bietet das Recht von Lübeck (Cod. II Art. 26), wo die eine Hälfte des erblosen Nachlasses „der königlichen Gewalt“, die andere Hälfte „der Stadt gebührt“. — Daß später mit den übrigen Hoheitsrechten auch das Heimfallsrecht vom König auf die Landesherren überging, versteht sich von selbst.

Der Gliederung der mittelalterlichen Gesellschaft gemäß hat sich das Caducitätsrecht verschieden im Landrechte, im Stadtrecht, im Lehen- und im Hofrechte entwickelt.¹⁴⁾

Auspruch, weil man aus ihm für und auch gegen unsere Ausführungen bei §. 726 argumentiren könnte — heides mit Unrecht, weil er gedankenlos (entweder direct dem Favolenus oder, wahrscheinlicher, irgend welchem Romanisten) nachgeschrieben ist, wie denn überhaupt Zeiller's Bemerkungen zu §. 760 sehr flüchtig und oberflächlich sind.

¹⁰⁾ Wir verweisen auf Glüd's Fideicommissum (2. Aufl. 1822) S. 206 ff. S. 766 ff.; Keller Grundriß S. 296 S. 275 ff.; Danz Lehrb. d. Gesch. d. Röm. Rechts 2. Aufl. II (1873) S. 184 S. 169 ff. (speciell über das Verfahren bei der Incorporation S. 170); Pernice Labeo I S. 345 ff.; Vangerow Pand. II S. 564; Windscheid II S. 622. Weitere Literaturnachweise s. bei Keller, Danz, Vangerow und Windscheid. — Ueber die Bedeutung der in den römischen Gesetzen erwähnten vier Jahre sind verschiedene, u. E. unrichtige, Ansichten verbreitet, gegen die wir uns in Arndts' Pandekten (Ausfl. 11 ff.) S. 608 Anm. 3 ausgesprochen haben.

¹¹⁾ Stobbe Handbuch des deutschen Privatrechts V. Bd. (1885) S. 297 (S. 160 ff.) und auch §. 287 (S. 73 ff.); Gengler Lehrb. des deutschen Privatrechts II. Thl. (1892) S. 1285—1296 (gibt reiches, aber unverarbeitetes Material, nach Art eines Grundrißes; einen wesentlich anderen Charakter hat desselben Verfassers Buch.) Das deutsche Privatrecht in seinen Grundzügen 3. Aufl. (1876); hier ist in §§. 187—189 (S. 688 ff.) eine gute, lehrbuchmäßige Darstellung gegeben. — Vgl. Roth Bayrisches Civilrecht 3. Thl. (1875) S. 359 (S. 645 ff.) (vorwiegend gemeinrechtlich); Siegel Das deutsche Erbrecht nach den Rechtsquellen des Mittelalters (1853) S. 203 ff. — Eine verdienstvolle monographische Darstellung ist die von Tomaszek, Das Heimfallsrecht. Mit einem Rechtsgutachten über die Heimfallsrechte der Städte Wien und Prag (Wien 1882. 121 S.). Gleiches Lob gebührt (trotz einiger Versehen) der gründlichen Untersuchung von Jar. Celsakovsky Das Heimfallsrecht auf das freivererbliche Vermögen in Böhmen. Ein Beitrag zur böhmischen Rechtsgeschichte (Prag 1882. 85 S.).

¹²⁾ Andere Belegstellen s. bei Gengler D. Privatrecht (3. Aufl.) S. 688 N. 1, und bei Tomaszek S. 8 fg.

¹³⁾ Ungenau Gengler: „weniger als drei Hufen“; es soll heißen „drei Hufen oder weniger“ (dre hufen ader dar beneden).

¹⁴⁾ S. Tomaszek S. 10 ff. (Landrecht), S. 14 ff. (Stadtrecht), S. 23 ff. (Lehenrecht), S. 25 ff. (Hofrecht).

Der Heimfall des Lehens, der aus sehr verschiedenen Gründen eintreten konnte¹⁵⁾, ist, genau betrachtet, von der uns beschäftigenden Caducität wesentlich verschieden. Das geliehene Gut fällt an den Obereigenthümer in ähnlicher Weise¹⁶⁾, wie nach Erlöschung eines Fruchtgenusses das Eigenthum sich consolidirt und der Eigenthümer sich wieder in den Besitz (die Innehabung) der Sache setzt. Weber handelt es sich hier um eine Erblosigkeit im wahren Sinne¹⁷⁾, noch um einen Gesamtnachlaß, sondern zunächst um ein einzelnes Gut. Da sich aber an dieses eine ganze Wirtschaft mit Mobilien, Geld, Forderungen und Schulden¹⁸⁾ ansetzt, so entsteht ein Sondervermögen, dessen Uebergang an die Nachfolger Lehnlichkeit mit der Erbfolge¹⁹⁾, und dessen Heimfall an den Lehnherrn Lehnlichkeit mit der Caducität der bona vacantia hat. — Analog verhielt es sich mit den Gründen, an denen Bauern von den Gutsherren erbliche Nutzungsrechte geliehen erhalten hatten.²⁰⁾ Auch auf diese wurde die Theorie vom getheilten Eigenthum angewendet. Ein Heimfall war hier wie dort möglich (wegen zeitlicher Beschränkung des Rechtes, wegen Mangels von Erben . . .). Aber dieses dingliche Verhältniß war keineswegs die alleinige Ursache des Heimfalls nach Hofrecht. Bei den leibeigenen Bauern war er eine Folge ihrer persönlichen Unfreiheit und der Herr hatte selbst beim Vorhandensein nächster Erben Anspruch auf ein mortuarium (Vesthaupt, Todfall, Sterbfall). Es ist bekannt, wie die verschiedenen Arten persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit der Bauern, resp. ihrer Besitzungen²¹⁾, mehr und mehr einander angenähert wurden, und in den letzten Jahrhunderten in der allgemeinen Vorstellung von Gutsherren und unterthänigen Bauern aufgingen. Da man nun längst gewohnt war, das Heimfallsrecht gleichsam als Corollar der Gerichtsbarkeit sich zu denken, so reichte zuletzt das Heimfallsrecht der Gutsobrigkeiten so weit, als ihre Patrimonialgerichtsbarkeit.

Was nun die Städte betrifft, so liegt der Gedanke nahe, ihr Heimfallsrecht theils mit der Gerichtsbarkeit, theils mit dem gutsherrlichen Verhältniß in Zusammenhang zu bringen, theils endlich (bei den Reichsstädten) sich daselbe als Seitenstück zu dem landesherrlichen zu denken. Eine solche apriorische Vorstellung aber würde irreleiten. Zu der Zeit freilich, als das deutsche Reich faktisch in viele Staaten zerfallen war (also z. B. sicher im vorigen Jahrhundert), konnte es für das Recht des Fiscus auf bona vacantia keinen Unterschied machen, ob es ein königlicher oder ein herzoglicher, markgräflicher, landgräflicher oder ein städtischer Fiscus war; m. a. W. das Fiscalrecht war das gleiche z. B. in Hamburg wie in Preußen, Württemberg,

¹⁵⁾ S. statt Aller: Stobbe Handbuch des deutschen Privatrechts II. Bd. (2. Aufl. 1883) §. 128 (S. 488 ff.).

¹⁶⁾ Der Vergleich paßt allerdings nicht für alle Fälle. — Dieser theoretische Gesichtspunkt wird noch heute im englischen Rechte für den Heimfall alles erblosen unbeweglichen Nachlasses an die Krone geltend gemacht, was sich aus der Art der Gründung des normannischen Staates erklärt.

¹⁷⁾ Der Kreis der Lehnnsnachfolger deckt sich ja nicht mit dem der (Allodial-) Erben, wie man jene überhaupt nur im uneigentlichen Sinne „Lehenserben“ nennt. Uebrigens ist ja der Mangel solcher „Erben“ nicht der einzige Grund des Heimfalls gewesen.

¹⁸⁾ Ueber die Lehnschulden Stobbe §. 126; über Fideicommissschulden s. unsere Excursus II S. 259 ff.

¹⁹⁾ Aehnlich wie beim Familienfideicommiss, wovon in den Excursen II S. 186 ff.

²⁰⁾ Am meisten (d. h. am wenigsten durch persönliche Momente verdeckt) tritt die dingliche, lehenähnliche Seite des Verhältnisses hervor in jener Erbleihe, die in den Städten „Burgrecht“, in den slavischen Ländern jus teutonicum genannt wurde. Tomaszek S. 25 fg.

²¹⁾ Es kann selbstverständlich nicht versucht werden, hier einen Ueberblick über die sehr mannigfachen und complicirten bäuerlichen Verhältnisse des Mittelalters und der Neuzeit zu geben. Wir verweisen auf das neuere Werk von Gengler §§. 98—104, und auf Stobbe II S. 130 ff. (S. 499 ff.); Weseler (2. Aufl.) S. 183 ff. Ueber Leibeigenschaft: Siegel Rechtsgesch. S. 286 ff.; Böpfel II. Thl. §. 30. Ueber die „Abmeierung“ von Colonen s. Gengler §. 101; Stobbe II S. 518 ff. Auch die Abmeierung hat ein lehenrechtliches Seitenstück, an der Entziehung nämlich des Lehens wegen Felonie.

Baden, Hessen u. s. w. Aber dies ist erst der Abschluß einer Entwicklung und die Folge der gänzlichen Lockerung des Reichsverbandes. Wie die königlichen Rechte nur allmählig größtentheils auf die Landesherren übergegangen sind, so auch auf die selbstständigen (reichsunmittelbaren) Städte. Dazu kommt, daß viele Städte, die später in der Geschichte eine stolze Rolle spielen, anfangs (selbst wenn sie Reichsstädte waren) von einem Stadtherrn (sehr häufig vom Bischofe) abhängig gewesen sind. Deshalb genügte im Mittelalter nicht ein allgemeiner staatsrechtlicher Gedanke zur Begründung des Heimfallsrechts, sondern es bedurfte eines speciellen Titels (oder doch der praescriptio immemorialis). So erhielt z. B. Frankfurt am Main das Caducitätsrecht erst 1592 durch ein Privilegium Kaiser Max II. In älterer Zeit war eine Theilung zwischen der Stadt und dem Stadtherrn nicht selten, so daß hierin keine durchgreifende Verschiedenheit zwischen Reichsstädten und Territorialstädten (landsässigen Städten) bestand, nur daß diese ihre Privilegien von den Landesherren hatten. — Jenes Heimfallsrecht, welches Städte ihren Bauern gegenüber ausübten, hat allerdings die gleiche Natur, wie das der adeligen Gutsherren; aber daraus erklärt sich kein Recht den Bürgern gegenüber. Ebenjowenig genügt die Herleitung jenes Rechtes aus der Gerichtsbarkeit; denn es bestand auch in solchen Städten, in denen damals königliche Richter oder Beamte der Stadt- oder Landesherren die Rechtspflege ausübten. — Die regelmäßige Grundlage städtischer Heimfallsrechte sind sonach kaiserliche oder landesherrliche Privilegien, die auch den Umfang jener Rechte angeben.

Ein Beispiel merkwürdiger Entwicklung zeigt Lübeck; zuerst fielen erblose Nachlässe der königlichen Gewalt ganz zu; später nur zur Hälfte, während die andere Hälfte der Stadt zufiel; zuletzt nimmt die Stadt den ganzen Nachlaß. In Freiburg im Breisgau fiel $\frac{1}{3}$ an den Herzog, $\frac{1}{3}$ an die Stadt (für Bauzwecke), $\frac{1}{3}$ an die Armen (pro salute animae defuncti). In Braunschweig fiel $\frac{1}{3}$ an die Kirche, in deren Kirchspiel der Erblasser gestorben, $\frac{1}{3}$ an die Armen, $\frac{1}{3}$ an den Vogt. Ähnliche Drittelungen sind häufig.²²⁾

V. Das im vorigen Absatz Gesagte gilt selbstverständlich auch für jene Länder, welche früher zum deutschen Reiche gehörten und jetzt Kronländer des österreichischen Kaiserstaates sind. Wir beschränken uns deshalb auf einige Daten, welche diese Gebiete betreffen.²³⁾

Nach dem Wiener Stadtrecht von 1221 und 1244 fiel der Nachlaß eines als intestatus Verstorbenen nur dann an die nächsten Erben, wenn diese „infra terminos nostros“ wohnten; waren sie dagegen „extranei“, so bekamen sie nichts, außer wenn sie sich dauernd in „unseren Städten“, d. h. in österreichischen babenbergischen Städten, niederließen; der Nachlaß kam an den Landesherrn. Gleiches galt in Hainburg. Nach dem Recht von Enns (1212) bekam der Landesherr solchenfalls nur eine Hälfte, die andere erhielten die Verwandten. Nach dem Wiener Stadtrecht von 1278 und 1340 (und ebenso nach dem Recht von Wiener-Neustadt) kam die Hälfte von dem erblosen Nachlasse eines Fremden der Stadt zu, die andere Hälfte wurde für das Seelenheil des Erblassers verwendet.²⁴⁾

Nach Jglauer Recht (1248) wurde der erblose Nachlaß so getheilt: $\frac{1}{3}$ pro anima sua, $\frac{1}{3}$ ad vias et pontes, $\frac{1}{3}$ ad negotia civitatis; ähnlich nach Brünner Recht (1243), nur wird das zweite Drittel „iudici“ zugesprochen. Wien erhielt 1383 von Herzog Albrecht III. das Heimfallsrecht hinsichtlich des ganzen Nachlasses; ebenso Klosterneuburg.²⁵⁾ — Verschieden von diesem auf speciellen Privilegien

²²⁾ Vgl. überhaupt Tomaszek S. 17 ff.

²³⁾ Vgl. Tomaszek S. 18 ff.

²⁴⁾ Man beachte den Unterschied, daß hier von einem fremden Erblasser, in den früheren Stellen von fremden Erben die Rede ist.

²⁵⁾ Von den Städten in Böhmen wird weiter unten die Rede sein.

beruhenden Heimfallsrechte war das, welches nach Ausbildung der ständischen Verfassung den freien landesfürstlichen Städten als dem „vierten Stande“ zukam²⁶⁾; und wieder etwas anderes war das Recht auf heimfällige Besitzungen der einer Stadt unterthänigen Bauern.²⁷⁾²⁸⁾

VI. Nirgends aber hat das Heimfallsrecht eine so große Bedeutung gehabt, wie in Böhmen und Mähren. Dabei muß man Landrecht und Stadtrecht unterscheiden.

A. Im Anwendungsgebiete des ersteren waren Caducitäten darum sehr häufig, weil selbst die nächsten Verwandten, wenn sie abgesondert waren, kein Erbrecht hatten, und letztwillige Verfügungen der Standesherrn einer speciellen königlichen Erlaubniß bedurften (und zwar nicht bloß letztwillige Vergabungen, sondern auch die Eingehung einer unio [spolek], als der künstlichen Grundlage eines Erbrechtes). Der Adel strebte Jahrhunderte lang nach Testirfreiheit und nach einer Ausdehnung der Verwandtenerbfolge. Immer dringender wurden die Beschwerden (unter den Königen Johann, Karl IV., Sigmund, Georg . . .) nicht nur über diesen drückenden Rechtszustand, sondern auch über den Gebrauch, den die Könige von ihrem Heimfallsrechte machten. Im 15. und 16. Jahrhundert bediente man sich eines neuen Mittels zur Umgehung des Gesetzes: man verschrieb seine Güter Denjenigen, die man zu Erben oder doch Treuhändern haben wollte, indem man Forderungen derselben fingirte. Trotz allerlei hiebei üblichen Cautelen²⁹⁾ waren diese Scheingeschäfte nicht ohne Gefahr, und deshalb brachte der Adel immer wieder seine beiden Desiderata vor. Welche Concessionen er, zuerst in Mähren, dann in Böhmen, hinsichtlich der Verwandtenerbfolge den Königen abgedrungen hat, wurde schon oben angedeutet (S. 763); auch hinsichtlich der Testirfreiheit erreichte er einiges; doch durfte Niemand den Grundbesitz seinen (zumal männlichen) Descendenten entziehen.

Die ungeheuren Umwälzungen unter Ferdinand II. haben auch da tief eingegriffen. Der böhmische Adel wurde zum großen Theile vernichtet, seine Güter wurden confiscirt und an den neuen Adel, die Parteigänger des Siegers, vertheilt (vielsach als Familiensfideicommiss). Dieser neue Adel sollte eben nicht nur belohnt, sondern in jeder Art an das Herrscherhaus gefesselt werden. Fortan durfte jede Standesperson ohne königlichen Machtbrief testiren, und zwar hinsichtlich der Fahrhabe und der Hälfte des unbeweglichen Allodialvermögens sogar ohne Rücksicht auf die Kinder. Andererseits wurde die Eingehung von uniones und von simulirten Verpfändungen verboten. Die Umgestaltung der Intestaterbfolge haben wir schon kennen gelernt. Wenn keine Verwandten bis inclusive 10. Grades sich melden, so fällt der Nachlaß (abzüglich $\frac{1}{4}$ für den Gatten) an den Fiscus, dessen Recht in romanistischer Art gedacht ist. Später verschwand (in dieser Hinsicht) der Unterschied zwischen landtätslichen und städtischen Gütern, zwischen Adel und Bürgerschaft.³⁰⁾

B. In den Städten gab es, was schon die hohe Bedeutung des persönlichen Erwerbes mit sich führt, ein freieres Verfügungsrecht, namentlich wo süddeutsches Recht galt.³¹⁾ Wenn Jemand ohne letztwillige Verfügung und ohne Leibeserben starb, so fiel nach dem Brünner und Jglauer Recht der Nachlaß an die nächsten Verwandten; in Ermanglung erbberechtigter Angehöriger zogen in Jglau die Geschwornen den Nachlaß ein ($\frac{1}{3}$ pro anima, $\frac{1}{3}$ ad vias et pontes, $\frac{1}{3}$ ad negotia civitatis).³²⁾

²⁶⁾ S. Tomasek S. 29, 30, 39, 40. Wir kommen darauf unten (in Note 44) zurück.

²⁷⁾ Auch davon unten in Abf. VII.

²⁸⁾ Nach obigem Schema käme hier das Recht der Gutsherren an die Reihe; wir sprechen aber davon unten im Abf. VIII.

²⁹⁾ S. Celakovsky S. 12 fg.

³⁰⁾ Wir folgen bei dieser Darstellung (bei der selbstverständlich an Lehen nicht gedacht ist) der Untersuchung von Celakovsky S. 3—19.

³¹⁾ Ungünstiger verhielt es sich nach Magdeburger Recht.

³²⁾ In Brunn wird von dem Nachlasse der dort verstorbenen Fremden gesagt,

Der Umfang der Verfügungsfreiheit war bestritten; König Johann bestimmte (1331), daß die Brünnner Bürger nur über ihre Baarschaft testiren können; das Brünnner Schöffnenbuch (1333) weiß aber nichts von einer solchen Einschränkung. Sein Intestaterbrecht ist dem römischen nachgebildet.

In Prag war sowohl die freie Verfügung, als das Erbrecht der entfernteren Verwandten bestritten. Karl IV. ertheilte (1366) den Altstädter Bürgern das Recht, frei zu testiren, und gab jenen Verwandten, „welche mit der Stadt Gutes und Uebles leiden“, das Intestaterbrecht.³³⁾ Das gleiche Privilegium verließ er 1371 Kuttenberg und Brüx, und 1372 allen übrigen königlichen Städten. Waren nur Verwandte der in Note 33 angegebenen Art da, so fiel der Nachlaß an den König. Unzufrieden über die Art der Ausübung dieses Heimfallsrechtes, bemühten sich die Städte, es selbst zu erwerben. Dies gelang Pilsen 1372, Kuttenberg 1386, der Prager Altstadt 1499, der Neustadt 1504. Andere Städte kauften das Heimfallsrecht. 1547 wurde es allen Städten (Pilsen allein ausgenommen) confiscirt. Als Ferdinand I. den Pragern einige Privilegien zurückgab, nahm er das Heimfallsrecht ausdrücklich aus. Nachdem auch die anderen Stände für die Städte baten, wurde diesen die Hälfte der Caducitäten eingeräumt, mit dem Versprechen, auch die andere Hälfte ihnen wieder zu geben, wenn sie diese Einnahmen in löblicher Art verwenden würden. Dieses Versprechen blieb unerfüllt. Friedrich v. d. Pfalz gewährte freilich auch dies Begehren, aber nach Ferdinand's Siege wurden alle städtischen Freiheiten für verwirkt erklärt, und später (1627, 1628) nur theilweise hergestellt. Die Vorstellung der Altstädter, daß ja ihr Recht (seit 1577) auf einem Gesetze (Landtagsbeschuß), nicht auf landesherrlichem Privilegium beruhe, wurde 1633 als richtig anerkannt. 1638 wurde von Ferdinand III. allen königlichen Städten, die zum freien vierten Stände gehörten, die Hälfte der Caducitäten zugesprochen³⁴⁾; 1648, 1649, 1657 erhielten die drei Prager Städte (Altstadt, Neustadt, Kleinsseite) wieder das ganze Heimfallsrecht.³⁵⁾

Daß die Verwandten „extra moenia“ nicht berücksichtigt wurden, erweckte später viele Beschwerden; andererseits wurde behauptet, daß im anderen Falle das städtische Heimfallsrecht ganz entwerthet würde. Als die Kaiserin Maria Theresia dies Recht der Prager 1761 bestätigte, gestattete sie jene Zurücksetzung der in anderen Städten ansässigen Verwandten nur für solche Fälle, wo die fragliche Stadt ebenso gegen die Prager verfare. Kaiser Joseph II. aber verordnete bei der Bestätigung der Privilegien von Königgrätz, daß nichts darauf ankomme, wo die Verwandten wohnen, was auch bei späteren Gelegenheiten unter ihm und Kaiser Franz wiederholt wurde. Durch die Bestätigung im Jahre 1808 gingen die Privilegien der „Prager Städte“ auf die vereinigte Gemeinde Prag über.

VII. (Prag und Wien.) Es ist eine in neuester Zeit lebhaft besprochene Frage, ob dieses Recht der Stadt Prag (und ebenso das der Stadt Wien, s. unten) noch heute in Kraft stehe oder nicht. Daß das Erbfolgepatent von 1786 und unser §. 760 nichts geändert haben, versteht sich von selbst. Das Prager Heimfallsrecht, und die Existenz städtischer Heimfallsrechte überhaupt, war im vorigen und auch in diesem Jahrhundert wiederholt anerkannt worden.³⁶⁾ Beim Regierungsantritt Kaiser Ferdinands I. erfolgte nicht die früher übliche Erneuerung von Privilegien. Es sollten bis auf Weiteres alle von seinem Vorgänger bestätigten Privilegien weiter gelten,

daß (wenn sich binnen Jahr und Tag keine Erben melden) $\frac{1}{3}$ an den Richter fallen, $\frac{1}{3}$ pro anima, $\frac{1}{3}$ in usus civitatis verwendet werden solle.

³³⁾ Außerhalb der Stadtgemeinde Wohnende hatten kein Erbrecht. Die Zugehörigkeit zu derselben städtischen Corporation war Voraussetzung des Erbrechtes.

³⁴⁾ Eine größere Begünstigung besaß damals nur Pilsen.

³⁵⁾ Ebenso Gradischin, aber erst seit der Erhebung zur vierten Prager Stadt, 1756.

³⁶⁾ Z. B. 1761, 1808 (s. oben); vgl. auch Gub. Vdg. v. 2. Jänner 1823 und Hftzd. v. 15. Juli 1839.

welche „nicht mit bestimmten Gesetzen und Einrichtungen im Widerspruche stehen“. Sollten gegen ein Privileg von Privaten oder Behörden Anstände erhoben werden, so habe im einzelnen Falle die „höchste Behörde“ zu entscheiden, ob dasselbe „fortdauern könne oder nicht“ (Hfd. v. 16. Jänn. 1836, f. im I. Bde. dieses Commentars S. 347 N. 241).

Eine ähnliche Weisung gab den Behörden der jetzt regierende Kaiser bei seinem Regierungsantritte; doch war darin nicht von der „höchsten Behörde“, sondern von „den einschlägigen Ministerien“ die Rede; auch erhielt diese Weisung nicht die Form und Kraft eines Gesetzes, da die für Gesetze unerlässliche Publication unterblieb.³⁷⁾ — Im Jahre 1836 begann die Finanzprocuratur (zwar nicht die Geltung, aber) den Umfang des Prager Heimfallsrechtes, die Bedeutung des Wortes „hereditates civicae“³⁸⁾ in Frage zu stellen. Der Stadt wurde (1846) die Klägerrolle, dem Fiscus aber interimistisch (ausdrücklich: ohne Präjudiz für die Rechte der Stadt) jeder auf diese Art streitige Nachlaß zugewiesen. Bevor der Streit zu einer gerichtlichen Entscheidung kam, erklärte ein Erlaß des Ministeriums des Innern (v. 6. Juni 1853), daß die Caducitätsprivilegien der Stadt Prag, „als mit den neuen Gesetzen und Einrichtungen im Widerspruche stehend“, vom 7. September 1848 an gerechnet als erloschen anzusehen seien“ —! —³⁹⁾

Die Absicht der beiden Kaiser ging offenbar dahin, kein Privilegium durch die Unterlassung der Erneuerung (Bestätigung) aufzuheben; alle sollen fort dauern, wofern sie fort dauern können, d. h. wofern sie nicht mit bestimmten Gesetzen im Widerspruch stehen. Ob dies der Fall sei, sollte bei Bestreitung eines Privilegs das Ministerium untersuchen und erklären. Es sollte dies eine erkennende, declaratorische, nicht eine gesetzgebende Thätigkeit der obersten Verwaltungsbehörden sein; eine causae cognitio, nicht eine souveräne Willkür; das Recht, Privilegien aufzuheben, wurde den Ministerien nicht eingeräumt. — Es scheint uns nun, daß jene Weisung, welche niemals Gesetz war, mit der Einführung der jetzigen Verfassung erloschen ist. Zu erkennen, ob ein wohlherworbenes Recht besthe oder erloschen sei, ist auch bei Privilegien (arg. S. 13 a. b. G. B., f. Bd. I S. 337 ff.) eine richterliche Thätigkeit, und ein diesbezüglicher Rechtsstreit kann nicht den Gerichten entzogen und der Verwaltung vorbehalten werden (Staats-G. G. über die richterl. Gewalt v. 21. Dec. 1867, N. G. Bl. Nr. 144) (vgl. Bd. I S. 282). — Aber auch angenommen, daß jene Weisung noch fortwirke, könnte jenem Ministerialerlaß keine Kraft beigemessen werden. Jener Vorgang des Ministeriums entsprach nämlich keineswegs der kaiserlichen Weisung, und der Inhalt des Ministerialerlasses stand mit der Wahrheit im Widerspruch; denn a) es lag die Voraussetzung nicht vor, unter welcher allein das Ministerium so hätte vorgehen dürfen: die Existenz des Prager Heimfallsrechtes war von gar Niemandem bestritten, im Gegentheil stets (implicite auch noch bei jenem Streite) anerkannt worden; b) nennt der Erlaß kein Gesetz, mit welchem das Privileg unverträglich sei; nur das Datum, von dem angefangen es erloschen sein soll, deutet an, daß das Gesetz über Grundentlastung gemeint ist; c) diese Behauptung aber ist handgreiflich unrichtig. Mit dem Gesetze vom 7. September 1848 sind die gutherrlichen Caducitätsrechte der Städte hinsichtlich der ihnen unterthänigen Bauerngründe entfallen; auf die „hereditates civicae“ hat jenes Gesetz auch nicht den mindesten Bezug. Was hat denn das Recht der Stadt, erblose Nachlässe ihrer Bürger (oder Einwohner) einzuziehen, mit der Grundentlastung zu thun?! Dieses

³⁷⁾ Vgl. oben im I. Bde. S. 347 f. N. 242; Celakovsky S. 62, 67, 78.

³⁸⁾ Celakovsky hat gezeigt, daß dieser Ausdruck in den Majestätsbriefen keineswegs bloß die Erbschaften von Bürgern, sondern überhaupt von Bewohnern bedeutete, welche „mit der Stadt litten“ (S. 50 f., 63 f.).

³⁹⁾ Vgl. Celakovsky S. 69.

Recht ist von dem der Gutsherren nach Grundlage⁴⁰⁾, Umfang⁴¹⁾ und Natur⁴²⁾ so gänzlich verschieden, daß nicht einmal ein Scheingrund für jenen Erlaß vorgebracht werden könnte.⁴³⁾ Da also das Ministerium die ihm gewordene Ermächtigung überschritten, oder richtiger: da es den ihm gewordenen Auftrag weder formell noch sachlich richtig befolgt hat, so kann dem Erlasse desselben eine rechtsvernichtende Kraft, noch dazu einem so oft und so feierlich bekräftigten Privilegium gegenüber, nicht zuerkannt werden. Denn (nochmal sei es gesagt) das Ministerium war nicht ermächtigt, irgend ein Privilegium aufzuheben, sondern nur im Bestreitungsfall zu erkennen, ob es durch ein Gesetz bereits aufgehoben sei. Das Ministerium hat eine derartige Erklärung abgegeben, ohne daß die Existenz des Privilegs bestritten war, folglich hat sein Erlaß keine Bedeutung. Das Heimfallsrecht der Stadt Prag besteht also noch heute in Geltung.⁴⁴⁾

Ebenso verhält es sich mit dem Rechte der Stadt Wien. Auch dieses ist nicht die Folge irgend welches politischen Rechtstitels, sondern beruht auf ganz specieller Verleihung, und ist so gut ein *ius quaesitum*, als irgend ein Privatrecht. Herzog Albrecht III. hat es der Stadt am 4. Juni 1381 verliehen, Kaiser Ferdinand I. hat es am 12. März 1526 ausdrücklich bestätigt und auch spätere Landesherrn haben dies wiederholt gethan.⁴⁵⁾ In ebenso ungerechtfertigter Weise, wie das Recht von Prag, wurde bald darauf (3. April 1855) von demselben Ministerium das Recht von Wien für erloschen erklärt. Ja die Grundlosigkeit des Vorganges tritt hier noch greller hervor: indem man 1) es gar nicht mehr für nöthig hielt, sich auf irgend welche a. h. Entschließung zu berufen⁴⁶⁾; 2) indem es nicht mehr (wie früher Prag betreffend) heißt, „zu erkennen befunden“, sondern „zu bestimmen (!) befunden“⁴⁷⁾; endlich 3) beachte man den gesteigerten Lafonismus dieses letzteren Erlasses — nach allen Richtungen nur ein *sic volo*, *sic jubeo!*

Die gründlichen Untersuchungen von Tomášek und Celakovský haben den Beweis erbracht⁴⁸⁾, daß die Caducitätsrechte von Wien und Prag⁴⁹⁾ noch zu Recht

⁴⁰⁾ Einerseits ein Privilegium, andererseits getheiltes Eigenthum.

⁴¹⁾ Dem Gutsherrn fällt der Bauergrund heim, der Stadt das Vermögen des Bürgers (Einwohners), gleichviel, worin es bestehen mag (Geld, Werthpapiere, Haus u. f. w.).

⁴²⁾ Hier Universalsuccession, dort nicht.

⁴³⁾ Ganz anders, als jener Ministerialerlaß, aber ebenso falsch, will Ellinger die Erlöschung des Caducitätsrechtes daraus ableiten, daß es den städtischen Magistraten als Gerichtsbehörden zugestanden habe, also mit der städtischen Gerichtsbarkeit entfallen sei. Diesen Irrthum haben Tomášek und Celakovský gründlich widerlegt.

⁴⁴⁾ Zweifelhaft ist es, ob das Heimfallsrecht der königlichen Städte in Böhmen und Mähren, die zu dem freien vierten Stande gehörten und denen es nicht individuell, sondern generell verliehen worden ist (im Jahre 1372, s. Celakovský S. 28), noch bestche oder nicht. Celakovský (S. 81 f. N. 124) ist der affirmativen, Tomášek (S. 44 f.) der negativen Meinung. Wir glauben mit dem Letzteren, daß dies Recht den Städten in ihrer Eigenschaft als vierter Stand verliehen war, und mit der ständischen Verfassung entfallen ist. Ebenso verhält es sich mit dem Rechte der niederösterreichischen „landesfürstlichen Städte und Märkte“, das ihnen, „als dem vierten Stand“, von Maria Theresia verliehen war (Tomášek S. 45).

⁴⁵⁾ S. Tomášek S. 63—67; Linden I S. 20 ff.

⁴⁶⁾ Celakovský S. 69 N. 113.

⁴⁷⁾ Vgl. die beiden Texte: den für Prag bei Celakovský S. 68 f., den für Wien bei Tomášek S. 71.

⁴⁸⁾ Diese Zustimmung erstreckt sich nicht auf alle einzelnen Argumente ihrer Ausführungen. — Treffend bemerkt Tomášek S. 56—58, daß das einzelnen Corporationen und Städten eingeräumte Heimfallsrecht mit den Principien des modernen Staates keineswegs im Widerspruch stehe. Ebenso wahr ist Celakovský's Bemerkung (S. 84 f.), daß die Willigkeit weit mehr für solche städtische Heimfallsrechte, als für das Erbrecht sehr entfernter Verwandter spreche.

⁴⁹⁾ Es ist unthunlich, in eine Untersuchung der Rechte der kleineren Städte, denen die Caducität speciell verliehen war, hier einzugehen. S. Tomášek S. 115, 117 (i. f.), 118. Wegen Pilsen s. Celakovský S. 32, 49. — S. übrigens hier Note 44.

bestehen.⁵⁰⁾ Wie soll nun dieses Recht geltend gemacht werden?⁵¹⁾ Die Antwort hängt davon ab, wie man über die Competenz des Ministeriums des Innern denkt. a) Nimmt man an, daß dieses auch heutzutage noch über die Existenz derartiger Privilegien zu erkennen habe, so ist damit folgender Weg angezeigt. Die Stadt macht vorkommenden Falles ihr Recht geltend; die Finanzprocuratur wird widersprechen. Jetzt erst läge jener Bestreitungsfall vor, von dem die kaiserliche Weisung sprach; jetzt erst ein genügender Anlaß für das Ministerium, sich über die Existenz des Privilegialrechtes auszusprechen. Lautet dann die Entscheidung des Ministeriums ungünstig, so könnte sich die Stadt an den Verwaltungsgerichtshof wenden. Dieser könnte sich als incompetent nur aus dem Grunde erklären, weil dies „eine Angelegenheit sei, über welche den ordentlichen Gerichten die Entscheidung zusteht“. Damit aber wäre das Erkenntniß des Ministeriums als ungültig erklärt. b) Ist das Ministerium incompetent, so klagt die Stadt vor dem ordentlichen Gerichte. Dieses darf sich durch den Erlaß vom 6. Juni 1853 (bez. vom 3. April 1855) nicht beirren lassen, da dieser in noch viel stärkerem Sinne ungültig ist, als irgend eine, dem Sinne eines Gesetzes widersprechende administrative Vorschrift; denn für jenen Erlaß erkennender Natur⁵²⁾ fehlte es an der ersten Voraussetzung einer solchen Thätigkeit: an einem Streite um die Existenz des Privilegialrechtes! Jener Erlaß ist also buchstäblich richtig, nämlich juristisch nicht existent.

VIII. Das ehemalige Heimfallsrecht der Guts herrschaften. Auch in den österreichischen Ländern waren die Rechtsverhältnisse der Bauern sehr verschieden gestaltet: Vollkommen freie Bauern und andererseits Hofleute, und diese wieder Eigeneute oder aber censuales, die einen zinspflichtigen Grund bebauten und der Vogtei des Grundherrn unterstanden, oder endlich coloni, deren Verhältniß zu dem Letzteren nur auf Vertrag beruhete, welche aber später auch unter seine Gerichtsbarkeit geriethen.⁵³⁾ Aber im Laufe der Zeit vermischten sich diese Unterschiede mehr und mehr, wie wir das schon oben angedeutet haben.⁵⁴⁾ Dadurch und durch den Mangel an historischem Sinne in den letzten Jahrhunderten ist es schwer geworden, eine wissenschaftlich klare Vorstellung von den zuletzt bestandenen Eintheilungen und Unterschieden zu gewinnen.⁵⁵⁾ Unter Dominical- oder emphyteutischen Gründen scheint man diejenigen verstanden zu haben, bei denen die Verleihung seitens der Guts herren an die Unterthanen eine historisch feststehende, oft nicht einmal sehr weit zurückliegende Thatsache war; während man Rusticalgründe diejenigen nannte, welche schon in den alten Katastern als von den Unterthanen besessen angeführt

⁵⁰⁾ Das Gleiche behaupten preussische Juristen für Berlin; s. Stobbe Handbuch V. Bd. S. 164 Note 16. Zweifelhaft kann nur der Umfang dieser Rechte sein. Wegen Wien, für welches der Umfang begrenzt wurde durch das Hofamterd. v. 21. Sept. 1819, was aber den Zweifeln kein Ende machte, s. Linden I S. 23 f., II S. 4—10, und Tomaszek S. 68 f., S. 85 ff., S. 110—113; — wegen Prag s. Celakovsky S. 82—84.

⁵¹⁾ Vgl. die weitläufigeren, vielfach mit den unseren übereinkommenden Ausführungen Tomaszek's auf S. 98 ff.

⁵²⁾ Eine derartige Verordnung (s. im I. Bde. S. 135) ist ein Analogon eines Gesetzes, der fragliche Erlaß war ein Analogon eines richterlichen Ausspruches. Dort ist die Thätigkeit eine befehlende, hier eine erkennende. Was würde man von einem Urtheil sagen, das ohne vorausgegangenen Rechtsstreit gefällt wäre?!

⁵³⁾ Daraus ist die spätere Unterscheidung zwischen Leibeigenen, Rusticalisten und Dominicalisten hervorgegangen.

⁵⁴⁾ Vgl. Tomaszek S. 49 ff.

⁵⁵⁾ So beginnt selbst Köstler Erbrecht und Erbfolge des Bauernstandes (in der „Themis“ N. F. 7. Hft. S. 87 ff.) seine Definitionen mit einem theilweisen idem per idem: „Dominicalgründe sind jene, welche als solche dem Landeskataster inneliegen, mit dem Extraordinarium belegt . . . sind“ u. s. w. Das ist doch offenbar nur ein äußerliches Erkennungszeichen, aber keine Erklärung des Wesens und noch weniger des Ursprunges dieses Verhältnisses.

waren, also entweder niemals im wahren Eigenthum der Herren gestanden hatten, oder von ihnen in unvordenklicher Zeit den Bauern überlassen worden waren. Aber selbst wo der Grund und Boden ursprüngliches Eigenthum der Bauern gewesen ist, waren diese als „Untertanen“ in der Verfügung über denselben vielfach behindert. Daraus erklärt sich die Eintheilung der Rusticalgründe in eingekaufte und in uneingekaufte. Die eingekauften standen im „freien Nutzungseigenthume“ des bäuerlichen Besitzers, d. h. er konnte über sie frei verfügen, sowohl unter Lebenden, als von Todeswegen, während er beides hinsichtlich der uneingekauften nicht konnte. Als Object dieses sogenannten Kaufes ist also jene Freiheit zu denken, keineswegs der Grund⁵⁶⁾, wie dies die rein nominellen (z. B. 5 fl. statt 5000 fl.) und oft ganz nachgelassenen Preise zeigen. Außerdem gab es noch eine Menge besonderer Arten des Grundeigenthums in den verschiedenen Ländern; z. B. in Böhmen und Mähren: Freisassenhöfe, Lehnbauernhöfe, Schoßhöfe (bürgerliche Gründe) u. s. w.⁵⁷⁾, in Niederösterreich sogenannte Deutellehn⁵⁸⁾, d. h. Bauernlehen, welche auch in anderen Kronländern, wenngleich nicht unter diesem Namen, vorhanden waren; in Kärnten und einem Theile von Steiermark sogenannte „heimfällige Untertanengüter“⁵⁹⁾ u. s. w. Es ist unthunlich auf alle diese Unterscheidungen einzugehen.⁶⁰⁾ Nur die zuletzt genannte Besonderheit verdient, daß wir bei ihr verweilen, weil sie in enger Beziehung zu dem uns beschäftigenden Heimfalle steht. Das Verhältniß der Bauern war bei diesen Gründen ein lehenähnliches. Die Gründe vererbten nur auf die eheliche Descendenz (oft nur die männliche D.) des jeweiligen Inhabers, der sie an extranei auch nicht letztwillig vergeben konnte. In Ermanglung solcher Nachkommen fiel die Besitzung dem Gutsherrn heim. Ohne Erlaubniß des Letzteren durfte der Grund weder verpfändet, noch veräußert werden. Bei jeder Besitzveränderung mußten übermäßige Abgaben (meist $\frac{1}{3}$ des Schätzwertes) dem Herrn entrichtet werden. Waren beide Gatten im Mitbesitze, so mußte der überlebende Gatte die Hälfte ablösen oder aber den Grund verkaufen und in den Erlös (deducto aere alieno) sich mit dem Herrn theilen! Das Heimfallsrecht also hat hier eine spezifische (lehenähnliche) Natur gehabt.⁶¹⁾ — Durch eine Reihe von Gesetzen wurde dieses Rechtsverhältniß erst (1786—1788) pro futuro verboten, dann durch das Hofdecret vom 7. September 1789 so gut wie abgeschafft. Die Herrschaften sollten nämlich nur unter Vorweisung eines ordentlich ausgefertigten Lehenbriefes ein Heimfallsrecht geltend machen können, wonach, mit Ausnahme des Lehnfalls, alle Caducitätsrechte der Grundobrigkeiten beseitigt gewesen wären, vielleicht ohne daß die Gesetzgebung selbst sich dieser Tragweite bewußt war. Selbstverständlich remonstrirten die steirischen Grundherren lebhaft; sie wurden zwar zunächst (Hfd. v. 2. Nov. 1789) abgewiesen, erlangten aber bald (Hfd. v. 24. Juni 1790) die große Abmilderung, daß sie ihr Heimfallsrecht nicht nur durch Lehnbriefe, sondern auch andere Verträge und Urkunden erweisen konnten. Das Verbot, jenes Verhältniß neu zu begründen, blieb aufrecht; fiel ein derartiger Grund heim, so mußte er wieder

⁵⁶⁾ Das Gegentheil möchte man nach der unklaren Darstellung Rößler's auf S. 90 glauben.

⁵⁷⁾ S. darüber Rößler §. 11 (S. 112—118).

⁵⁸⁾ Darüber gibt jedes Lehrbuch des österreichischen Lehenrechts Aufschluß.

⁵⁹⁾ Davon handelt der verdienstliche Aufsatz von Waltenhofen, über das Heimfälligkeitsrecht der Grundobrigkeiten, mit besonderer Rücksicht auf Steiermark, in d. Ztschft. f. österr. Rechtsgel. (1841) I. Bd. S. 239—262. (Daß er die bäuerlichen und lehenrechtlichen Verhältnisse, von der geschichtlichen Seite betrachtet, nicht genug geschieden hat, wird ihm kein billiger Denker verübeln, andererseits freilich kaum als Verdienst anrechnen, daß er sich durch die Ausdrücke „emphyteutisch“ u. dgl. nicht hat beirren lassen.)

⁶⁰⁾ Ueber die verschiedenen Arten der Bauerngründe nach deutschem Rechte überhaupt s. Gengler Deutsches Privatrecht 3. Aufl. §§. 98—102.

⁶¹⁾ Auch das ganze Rechtsverhältniß an diesen „heimfälligen Kaufrechtsgründen“ wurde zuweilen „Heimfälligkeitsrecht“ genannt, und in diesem Sinne sagt das Hfd. v. 24. Juni 1790: das §. R. ist eine species feudi.

hintangegeben werden, aber nicht mehr in seiner früheren Eigenschaft, sondern als veräußerliches Erbzinsgut.⁶²⁾

Es gab vier Arten von, den Grundherren zustehenden, Heimfallsrechten: a) das eben geschilderte, in Kärnten und Steiermark nicht seltene; b) den eigentlichen Lehnsheimfall der bäuerlichen Lehen; c) das grundobrigkeitliche Heimfallsrecht in Bezug auf freivererbliche Unterthansgründe; d) das durch Privilegien übertragene landesherrliche Caducitätsrecht.⁶³⁾ Dies letztere unterschied sich (gleich dem städtischen)^{63 a)} von dem eigentlichen grundherrlichen handgreiflich dadurch, daß es den ganzen Nachlaß ergriff, während dieses sich nur auf den Bauerngrund⁶⁴⁾ und dessen Zubehör bezog und der übrige Nachlaß dem Fiscus zufiel. Wollte also ein Herr ein weitergehendes Recht ausüben, so mußte er „sich mit einer besonderen Verleihung oder dem rechtskräftigen Besitze gegen den Fiscus ausweisen“. Diese Grundsätze enthielt das Patent vom 20. December⁶⁵⁾ 1790, das zunächst für Oesterreich ob und unter der Enns gegeben, mit Hfd. vom 26. Juni 1792 für Mähren und Schlesien kundgemacht, und später als allgemein gültig betrachtet wurde⁶⁶⁾; doch war diese — u. E. richtige — Ansicht nicht unbefritten.⁶⁷⁾ Damit wäre denn auch für Steiermark und Kärnten das normale gutsherrliche Heimfallsrecht wieder hergestellt gewesen, falls dies überhaupt mit jenem Hofdecret vom 7. September 1789 abgeschafft war.⁶⁸⁾ Dieses normale Recht der Gutsherrn betrifft auch der §. 1149 a. b. G. B.⁶⁹⁾

Alle Caducitätsrechte der Grundobrigkeiten wurden durch Absatz III des epochemachenden kaiserlichen Patentens vom 7. September 1848 (des Grundentlastungspatentes) aufgehoben.^{69 a)} Diese Gesetzstelle besagt nämlich: „Alle aus dem Unterthänigkeitsverhältnisse entspringenden, dem unterthänigen Grunde anliehenden Lasten, Dienstleistungen und Siebigkeiten jeder Art, sowie alle aus dem grundherrlichen Obereigenthume, aus der Zehent-, Schutz-, Vogt- und (Wein-)Vergherrlichkeit

⁶²⁾ Wie sich der Rechtszustand hinsichtlich dieser Gründe (s. N. 61) zuletzt darstellte, ersieht man aus Waltenhofen S. 257—262.

⁶³⁾ Waltenhofen S. 255 ff.; vgl. S. 239—241, 243, 244. — Weil sie diese Verschiedenheiten nicht hervorhebt, ist die Darstellung bei Linden (s. unten) §§. 3, 4 verwirrend, die (besser geschriebene) bei Hüttner s. 141 und Rippel V S. 49 unrichtig; sie kannten eben nicht die eigenthümlichen Rechtsverhältnisse, auf welche sich das Hfd. v. 7. Sept. 1789 zunächst bezog, und haben seinen Inhalt auf das gewöhnliche Unterthansverhältniß bezogen.

^{63 a)} Vgl. Celakovsky S. 74 N. 119.

⁶⁴⁾ Auf diesen mußte sofort wieder „ein unterthäniger Besitzer gestiftet“ werden.

⁶⁵⁾ Aus Versehen steht bei Waltenhofen wiederholt „20. September“.

⁶⁶⁾ Einmal wegen der Aufnahme in die F. G. S. (Nr. 97), dann wegen s. 1149 und Hfd. v. 18. Mai 1825. Vgl. Waltenhofen S. 244 und S. 252. — Daß der erste Grund unstichhältig ist, folgt aus dem, was wir im I. Bde. S. 140 gesagt haben. Gerade an diesem Beispiele läßt sich die Richtigkeit unserer vorigen Behauptung deutlich zeigen: a) Das Pat. v. 20. Dec. 1790 hat in der F. G. S. die Marginalnotiz „für Niederösterreich [im alten S.] ob und unter der Enns“. b) Der betreffende Band der F. G. S. erschien 1791; wäre durch die Aufnahme des Patentens in die Sammlung ihm eine allgemeine verbindliche Kraft verliehen worden, welchen Sinn hätte es gehabt, daselbe mit Hfd. v. 26. Juni 1792 für Mähren und Schlesien kundzumachen? — Vgl. gegen die Ansicht, daß die Aufnahme in die F. G. S. einem Gesetze allgemeine verbindliche Kraft ertheilt habe, auch E. Tomaszek in d. Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1840, I. Bd. S. 84.

⁶⁷⁾ Rippel V S. 49 und Kößler S. 127 beschränken die Geltung auf jene vier Provinzen.

⁶⁸⁾ Man hatte bei dessen Abfassung nämlich ein exceptionelles Heimfallsrecht im Auge (s. oben), drückte sich aber zu allgemein aus.

⁶⁹⁾ Er bezeichnet es ganz richtig als die Vereinigung des Nutzungseigenthums mit dem Obereigenthume, und legt den Gutsherrn die Pflicht auf, „alle Schulden des Nutzungseigenthümers, die aus einem anderen Vermögen nicht getilgt werden können, (zu) berichtigen.“

^{69 a)} Es ist abgedruckt in der officiösen „Sammlung der Gesetze und Verordnungen im Justizfache“ (s. diesen Comm. Bd. I S. 76 a. E.) Bd. I S. 70 ff. in der Note.

und aus der Dorfobrigkeit herrührenden, von den Grundbesitzungen oder von Personen bisher zu entrichten gewesenem Natural-, Arbeits- und Geldleistungen, mit Einschluß der bei Besitzveränderungen unter Lebenden und auf den Todesfall zu zahlenden Gebühren sind von nun an aufgehoben.“

Dieser für den Bauernstand und die Entwicklung des modernen Staatswesens so segensreiche Befehl wurde durch das kaiserliche Patent vom 4. März 1849 (R. G. Bl. Nr. 152) und durch das kaiserliche Patent vom 31. December 1851 (R. G. Bl. 1852 Nr. 2) bestätigt. In einer großen Reihe von Ministerialverordnungen für die einzelnen Kronländer wurden dann die näheren Modalitäten der Grundentlastung, namentlich die Art der Entschädigung bestimmt.⁷⁰⁾ Unter denjenigen Rechten der Grundobrigkeiten, welche ohne Entgelt aufgehoben wurden, ist auch ihr Heimfallsrecht ausdrücklich genannt.^{70a)}

Dogmatische Darstellung des österreichischen Heimfallsrechtes.^{70*)}

IX. Die gemeinrechtliche Streitfrage (s. N. 5), ob das Recht des Fiskus aus den erblosen Nachlaß die Natur eines Erbrechtes oder aber die eines Occupationsrechtes habe, kehrt auch im österreichischen Rechte wieder. Für das römische Recht wird die Frage heute allgemein im ersteren Sinne beantwortet, während für das ältere deutsche Recht mit gutem Grunde ein anderer Gesichtspunkt geltend gemacht wird⁷¹⁾, welcher bei oberflächlicher Betrachtung mit dem der Occupation verwechselt werden kann. Den letzteren theilten auch manche Naturrechtslehrer. Diejenigen österreichischen Juristen, welche sich ihnen anschlossen^{71a)}, wurden zum Theile auch durch das Bestreben bestimmt, unter Heimfallsrecht oder Caducität auch solche Fälle mitzubefassen zu können, wo es sich nicht um das Vermögen eines Verstorbenen

⁷⁰⁾ Eine vollständige Uebersicht derselben, wobei die eigentlichen „Grundentlastungs-Durchführungs-Verordnungen“ mit fettem Druck hervorgehoben sind, findet man in der eben citirten Sammlung Bd. I S. 81 ff. Sie stehen theils im R. G. Bl., theils in den Landes-G. Bl.

^{70a)} Es heißt in einem der ersten §§.: „Ohne Entgelt entfallen das obrigkeitliche Heimfalls-, Einstands- und Vorkaufsrecht“ u. s. w. Z. B. für die Bukowina §. 1 (R. G. Bl. 1853 Nr. 234), für Krakau §. 3 u. f. f.

^{70*)} Der Aufsatz von Linden in seinen „Abhandlungen über Cameral- und fiscal-ämthliche Gegenstände“ (1834) S. 1–26, und in den „Zusätzen“ zu diesen Abhandlungen (1844) S. 1–17 und S. 100, enthält wenig anderes, als unvollständigen und schlecht geordneten Gesetzstoff. — Ueber das frühere ungarische Recht s. Stubenrauch I. Aufl. II S. 624–630; Hüger III S. 81 ff.

⁷¹⁾ Siegel Das deutsche Erbrecht S. 204: „Dieses erblose Gut . . . nimmt der Richter . . . wie jedes andere Gut, dessen Berechtigter unbekannt ist, in seine Gewalt und hält es in derselben unverthan Jahr und Tag, bez. 31 Jahre, je nachdem das Hinterlassene in fahrender Habe . . . oder in unbeweglichem Gute besteht; wartend, ob inzwischen ein Berechtigter komme.“ S. 205: „Die Quellen sagen in diesem Falle sehr bezeichnend, das Erbe sterbe ab.“ S. 206: „Daß dies Recht demnach überall nicht als ein Erbrecht, wie dies bisweilen geschieht, aufgefaßt werden darf, sondern aus der Befugniß des Richters, herrenlose Sachen an sich zu ziehen, erklärt werden muß, dürfte klar sein.“ — Gengler Das deutsche Privatrecht in seinen Grundzügen (3. Aufl.) S. 689: „Es ist mithin nach deutschen Vorstellungen kein Erbrecht, was der Staatsgewalt an erblosen Gütern zufam, sondern lediglich eine Anwendung des bezüglich aller herrenlosen Sachen von den Gerichten ausgeübten ‚Behaltungsrechtes‘, worin die beiden successiven Befugnisse des Bewahrens und Aneignens sich mit einander vereinigen.“ — Später tritt die erbrechtliche Auffassung der im §. 760 gemeinten Fälle immer mehr hervor, namentlich seit der Reception des römischen Rechts. In den österreichischen „Landtafeln“ und Successionsordnungen (XV. Titel, §. 3) ist sie schon ausdrücklich formulirt. Aber in der Zusammenfassung scheinbar ganz heterogener Fälle unter den Gesichtspunkt der Caducität machte sich in der österreichischen Gesetzgebung immer die Erinnerung an das alte deutsche Recht geltend.

^{71a)} Z. B. Linden I S. 1 §. 1 („Majestätsrecht zur vorzugsweisen Occupation herrenloser Sachen“), S. 12, 13 (jenes fiscalische Recht habe nicht die Natur eines Erbrechtes).

handelte. Andererseits entsteht nun die Frage, warum nicht alle ursprünglich herrenlosen oder derelinquirten Sachen dem Staate gehören.⁷²⁾ Das Richtige ist, daß es sich im deutschen Rechte nicht sowohl um herrenlose Sachen, als vielmehr um solche handelt, zu denen sich Niemand meldet. Dieser Gesichtspunkt hat auch heute noch einige Berechtigung, aber für §. 760 ist er unbrauchbar; noch unbrauchbarer freilich ist der Occupationsgedanke; denn es muß sich sofort das Bedenken aufdrängen, wie das Fortbestehen der erbchaftlichen Obligationen sei zu erklären sei? Deshalb macht Zeiller⁷³⁾ die ausweichende Bemerkung: „Ein erbloses Gut ist aber inner dem Staatsgebiete, obschon es keinen Privateigentümer hat, nicht als ein herrenloses, Jedermann zur Besitznehmung offenstehendes, sondern als ein der Gesamtheit, dem Staate oder der Kammer zur Bedeckung der Staatsbedürfnisse angehöriges Vermögen und das Recht, selbes einzuziehen, als ein Finanzregale zu betrachten (§. 287).“⁷⁴⁾ Doch sei dies Recht nicht wesentlich mit der obersten Gewalt verbunden und werde oft „anderen moralischen Personen“⁷⁵⁾ überlassen, theils weil die betreffenden Caducitätsrechte „ihrer Erforschung und Entdeckung näher liegen“, „theils aus dem Grunde eines Obereigentums, theils zur Bestreitung und Entschädigung für mannigfaltige öffentliche Lasten.“ Der heutigen Gestaltung (nicht aber auch der Geschichte) des Heimfallsrechtes viel angemessener ist, was Hüttner (S. 319) bemerkt; er spricht sich ungefähr so aus: Das Heimfallsrecht sei nicht sowohl aus dem landesfürstlichen Occupationsrecht, als vielmehr aus der Nothwendigkeit zu erklären, die activen und passiven Obligationen des Verstorbenen aufrecht zu erhalten. Zugleich macht Hüttner^{75a)} die sehr verständige Bemerkung: „obgleich das Gesetz dem Fiscus eigentlich kein Erbrecht erteilt, was der Ausdruck 'erblose Verlassenschaft' andeutet“⁷⁶⁾, so hat er doch (oder wer sonst den Nachlaß einzieht) „die nicht ganz persönlichen rechtlichen Verhältnisse“ fortzusetzen; m. a. W. er ist des Verstorbenen Universal-successor.⁷⁷⁾ In der That werden wir unten sehen, daß der Fiscus in der Hauptsache einem Erben gleichsteht, aber doch nicht in allen Punkten.

X. Der erblose Nachlaß („die erblose Verlassenschaft“ sagt die Marg. Rubrik zu §. 760) „fällt an den Fiscus.“^{77a)} „Als eine erblose Verlassenschaft (aber) ist

72) Freilich hatte man auch dafür eine Antwort zur Hand: Allerdings gehörten sie eigentlich dem Staate, aber dieser gestatte, daß „alle Mitglieder des Staates“ (§. 382 a. b. G. B.) sie durch Zueignung erwerben können. (Also Fremde dürfen das nicht?!)

73) Commentar II. Bd. S. 760 f.

74) Durch dieses Citat wird das Caducitätsrecht mit dem Münz-, Post-, Salzregal, mit Steuern und Zöllen zusammengestellt.

75) Als ob nur juristischen Personen das Recht zugestanden hätte! Noch schlimmer ist die Note. Dort spricht er von den Grundherren und „anderen Körpern“! — Diese Ausdrucksweise Zeiller's ist um so befremdender, als der Gesetztext (§. 760) in dieser Hinsicht correct stylisirt ist.

75a) S. 319; vgl. auch ebd. S. 61 Note *.

76) Also finden wir schon 1819 bei Hüttner eine Bemerkung, die man als ein „apte dictum“ aus Puchta's Vorlesungen (II S. 564) zu citiren pflegt. — Daß der Fiscus in unserem Gesetzbuche nicht als eigentlicher Erbe (gleichsam als letzte Erbenklasse) gedacht ist, zeigen die Marginalien des 13. Hauptstückes, die man in ihrem Zusammenhang überblicken muß. Gelegentlich (aber nicht im Commentar) hat allerdings Zeiller den Fiscus „als letzten subsidiarischen gesetzlichen Erben“ bezeichnet (s. oben S. 668, bei §. 726 Abf. I).

77) Römisch gesprochen: Der Fiscus ist nicht heres, aber heredis loco, welches Wort nicht eine volle Gleichstellung bedeutet (z. B. bon. possessor est heredis loco). Pausanias sagt: Hi, qui in universum ius succedunt, heredis loco habentur. L. 128. D. de R. J. — Vgl. auch Winivarter III S. 319; Unger §. 90 Nr. 2 und Anm. 9.

77a) Wenn der Erblasser der Militärgerichtsbarkeit unterstand, so war der erblose Nachlaß zum Invalidenfonde, und in der Militärgrenze zum Gränzproventfonde abzuführen (die betreffenden Normen sind bei Stubenrauch 1. Aufl. S. 621 f., 3. Aufl. S. 359 allegirt; auch bei Ellinger zu §. 760). Nun sind (seit 1. Jänner 1876) caduc. Nachlässe von Militärpersonen ebenso zu behandeln, wie die von Civilpersonen. Just. M. E. v. 26. Sept. 1875, Z. 12922. Manz'sche Sammlung III. 3 S. 108 (der 10. Ausg.).

diejenige anzusehen, auf welche weder ein testamentarischer noch ein gesetzlicher Erbe Anspruch macht, und welche auch von den etwa vorhandenen Legataren (§. 726) nicht erworben wird.“⁷⁸⁾ Nach den Verwandten hat der Gatte ein subsidiäres Erbrecht auf den ganzen Nachlaß (§. 759), erst nach diesem kommt der Fiscus. Dieser Satz, dem §. 760 pr. eine verunglückte Wendung gibt (s. Abf. I), ist gar nicht so selbstverständlich, als er uns in Folge langer Gewöhnung erscheint. Nicht immer und überall schloß und schließt der Gatte den Fiscus aus. Hatte ja doch der Gatte nach manchen Volksrechten kein Erbrecht⁷⁹⁾, und auch später noch oft nur ehegüterrechtliche Ansprüche; ja ausnahmsweise ist er noch heute hie und da so gestellt.⁸⁰⁾ Als man jene Ansprüche erbrechtlich, zur sogenannten portio statutaria, gestaltete, hatte das nur die Folge, daß der Gatte neben dem Fiscus erbt; so bekam z. B. nach der „verneuerten Landesordnung“ in Böhmen und Mähren der Gatte $\frac{1}{4}$ und der Fiscus $\frac{3}{4}$.⁸¹⁾

Ein Nachlaß kann erst dann als erblos behandelt werden, wenn trotz wiederholter Aufforderung keine Erben sich melden, bez. wenn die, welche sich melden, ihr Erbrecht nicht darzuthun vermögen. Gegenwärtig⁸²⁾ gelten darüber die §§. 128 ff. des Patentes vom 9. August 1854.⁸³⁾ Sind die Erben dem Gerichte unbekannt, oder machen sie von ihrem Rechte in der bestimmten Frist keinen Gebrauch, so ist ein Verlassenschaftscurator zu bestellen, und die unbekannteren Erben sind durch Edict mit der Warnung vorzuladen, daß, wenn sie sich nicht binnen Jahresfrist melden, die Abhandlung ohne Rücksicht auf sie durchgeführt, der unerworbene Theil, bez. wenn sich Niemand erbserklärt, der ganze Nachlaß vom Staate als erblos eingezogen werden würde (§. 128).^{83a)} Der Curator hat alle zur Ausforschung der Erben und ihres Aufenthaltes dienlichen Mittel anzuwenden, kann aber keine Erbserklärung überreichen (§. 129). „Wird der Edictalvorladung ungeachtet in der festgesetzten Frist von Niemand ein Erbrecht angemeldet und ausgewiesen, so hat die Abhandlungsbehörde, ohne daß eine Erbverhandlung zu pflegen wäre, den Nachlaß als erblos dem Fiscus zu übergeben, und zu diesem Ende der zuständigen Behörde die Anzeige davon zu machen“ (§. 130).⁸⁴⁾ Damit ist der Nachlaß noch immer

⁷⁸⁾ Diese Formel, mit der Stubenrauch die Besprechung des §. 760 eröffnet, ist gut und vorsichtig abgefaßt; sie verträgt sich mit jeder Ansicht über den §. 726. — Vgl. Hüttner §. 139.

⁷⁹⁾ Stobbe Handbuch V. Bd. S. 141 Abf. II.

⁸⁰⁾ So nach bündnerischem Recht; Stobbe a. a. O. S. 140 Note 2a.

⁸¹⁾ S. oben S. 739.

⁸²⁾ Ueber die älteren Vorschriften s. Hüttner §. 140; über die Gesetze seit 1835 f. Winigarter und Ellinger (Kaleffa) bei §. 760, Michel II Nr. 1114.

⁸³⁾ Vgl. dazu den Commentar von Ferd. Schuster. — In der Hauptsache ebenso war es schon nach der Tiroler Landesordnung. „Nach Verscheinung Jahrs und Tags zu dreym 14 Tagen“ erfolgte (in der Kirche und auf andere übliche Weise) eine Verlautbarung, es sollten sich alle Interessenten mit ihren Besseren melden, und es wurde ein Verlassenschaftscurator ernannt, gegen den sie (Erben, Gläubiger . . .) ihre Ansprüche geltend machen konnten (Buch III Tit. 29). Nach Tit. 30 sollte nur der Ueberfuß (das „Uebertheur“) nach Bezahlung der Gerichtskosten und „aller mit Recht zugelassenen Klagen, Ansprachen, Gläubiger und Gelter“ der Kammer „frey lediglich haimfallen und zuweisen: doch vorbehalten den rechten Erben ihre Erbs-Gerechtigkeit in der Zeit rechtlich zu erjuchen“ (sic). Diese Zeit war (nach Buch III Tit. 26) eine 30jährige Frist (also wie jetzt, jedoch) vom Tage der Einantwortung an die Kammer zu rechnen. — Der Fiscus haftete nie ultra vires hereditatis, wofür sich die Praxis auf L. 1 §. 1 und L. 11 D. de iure fisci 49. 14 berief. S. Oberweis in Haimler's Btschft. XI. S. 128—131.

^{83a)} Sammlung XVIII Nr. 8178. Die so aufgeförderten Erben meldeten sich an dem Tage, der dem Datum des Edictes kalendernmäßig entsprach, also am letzten Tage der Frist, nicht (wie die I. Instanz behauptete) einen Tag zu spät (richtig erkannten beide Obergerichte). Die Erben hatten zugleich um Bewilligung einer mehrmonatlichen Frist zur Darthnung ihrer Verwandtschaft. Dieses Gesuch wurde von der I. Instanz abgeschlagen, von beiden Obergerichten mit Recht (arg. Pat. §. 122) bewilligt.

⁸⁴⁾ Ist dagegen nur der Aufenthaltsort unbekannt, so wird für den bekannten Erben,

nicht wirklich caduc; denn „denjenigen Erben, welche sich etwa später melden, bleiben ihre Ansprüche so lange vorbehalten, als sie durch Verjährung nicht erloschen sind“ (§. 128 a. E.).^{84a)} „Der Fiscus hat sowohl in Rücksicht der Früchte eingezogener erbloser Verlassenschaften als der freien Verfügung über das Erbschaftsvermögen alle Rechte eines redlichen Besitzers“ (Hfd. v. 12. Oct. 1835, bei Michel II Nr. 1114). Die 30 jährige (bei eingesezten juristischen Personen 40 jährige) Frist⁸⁵⁾ für die später sich Meldenden ist von der Zeit der Delation an zu berechnen.⁸⁶⁾ Andererseits kann der Fiscus auch nach geschעהer Einantwortung sein Recht noch immer geltend machen, wenn diese z. B. auf Grund eines gefälschten Testaments geschעה ist und gesetzliche Erben nicht vorhanden sind.⁸⁷⁾

XI. Daß ein Nachlaß auch theilweise caduc werden könne, wird in §. 128 des citirten Patentes ausdrücklich vorausgesetzt; aber wann geschieht dies? Selbstverständlich nicht immer, so oft ein Delat nicht erwirbt; denn in den meisten Fällen treten Transmissare, Substituten oder Accrescenzberechtigte an seine Stelle. Am nächsten liegt der Gedanke an §. 562, wo der erledigte Erbtheil nicht an die Mit-eingesetzten, sondern an die gesetzlichen Erben, also (könnte man glauben) in deren Ermangelung an den Fiscus fällt⁸⁸⁾; und dies ist wohl auch die herrschende Ansicht.^{88a)} Jedoch in solchen Fällen erwerben u. E. den erledigten Theil die anderen testamentarischen Erben, allerdings nicht durch Accrescenz, wohl aber nach §. 726 (arg. a. minori ad maius).⁸⁹⁾ Man könnte ferner daran denken, daß der nach §. 758 erbende Gatte kein Accrescenzrecht hat; fallen nun die anderen gesetzlichen Erben nachträglich aus, so scheinen drei Viertel caduc zu werden.⁹⁰⁾ Aber dies widerspricht nicht nur jedem gesunden Rechtsgefühl, sondern dem §. 760 selbst (vb. „Ist auch der Ehegatte nicht mehr am Leben“). Dieser Erwerb nun erfolgt nicht nach Analogie von §. 726, sondern allerdings kraft Zuwachsrechtes. Der Gatte ist nämlich auf das Viertel nur zu Gunsten der Verwandten des Verstorbenen eingeschränkt, was aus der Vergleichung der §§. 758 und 759 unwidersprechlich sich ergibt. Wenn einer von mehreren Verwandten entsele, so würden nur die mitberufenen Verwandten davon profitieren, der Gatte nicht (insofern hat er kein

falls er in der Edictalfrist nicht selbst etwas vorkehrt, von dem curator absentis die Erbschaft angetreten.

^{84a)} Es versteht sich von selbst, daß sie ihre Rechte im Wege einer Klage, und nicht etwa durch eine bloße Erbserklärung geltend zu machen haben. Wichtig die I. und III. Instanz in der Sammlung XIX Nr. 8561. Das Gegentheil behauptete die II. Instanz, weil §. 823 a. b. G. B. nur gegen Erben, nicht auch gegen den Fiscus Anwendung leide!

⁸⁵⁾ Vgl. §§. 1478, 1479, 1472, 1485, 1473. Die alten Successionsordnungen von 1720—1747 hatten da — so sehr sie übrigens übereinstimmten — provinziellen Gewohnheiten Rechnung tragend, die einen die Frist von 32, die anderen die von 30 Jahren (im XVI. Titel, womit der XV. zu vergleichen ist); s. oben S. 767, 768 die Notizen 65, 65a, 65b; vgl. unten S. 796 Note 137.

⁸⁶⁾ Stubenrauch (1. Aufl.) II S. 621; Unger §. 90 Al. 1 i. f. — Auch wenn Transmissare auftreten, ändert das an der Berechnung der Frist nichts; maßgebend bleibt der Zeitpunkt der Delation an ihren Erblasser, wie Mitlacher und Stubenrauch mit Recht hervorheben (s. unten Note 103).

⁸⁷⁾ Unger §. 90 Anm. 5. — Ueber die Verjährung in diesem Falle s. unten den Text nach R. 112.

⁸⁸⁾ Wahrscheinlich dachten auch die Redactoren des citirten §. 128 daran; aber dies ist ganz irrelevant; denn es ist absolut sicher, daß dies Gesetz nichts an dem diesbezüglichen materiellen Rechte ändern wollte.

^{88a)} So beispielsweise Mitlacher in der Ger. Ztg. von 1852 Nr. 156 S. 618 col. 1; ebenso Stubenrauch (1. Aufl.) II S. 620.

⁸⁹⁾ S. oben S. 673 Abf. X.

⁹⁰⁾ Dies behauptet Mühlfeld in Schopp's Archiv Bd. I (des Hauptblattes) S. 169 Note **.

Zuwachsrecht). Entfallen aber alle erbberechtigten Verwandten, so bekommt der Gatte alles (arg. §. 759).⁹¹⁾

Gleichwohl ist der Fall partieller Caducität im österreichischen Rechte, wenn auch gewiß sehr selten, doch keineswegs undenkbar. Die auf certae partes eingesetzten Erben können bald nach dem Erwerbe diesen bereuen; nun wird ein Theil vacant; accrescenzberechtigt sind Jene nicht; der Erwerb nach §. 726 ist aber, im Unterschiede von der Accrescenz, keine iuris necessitas. Sie lehnen ab, gesetzliche Erben sind (angennommener Weise) nicht vorhanden, die portio vacans wird caduc. Einen anderen Fall theilweiser Caducität eines Nachlasses werden wir bei §. 761 (Beerbung von Geistlichen) kennen lernen.

In diesem Zusammenhang müssen wir eines wunderlichen literarischen Streites gedenken. Die Grundlage des oben citirten §. 128 ist der unvollständig und undeutlich stylisirte §. 79 des Patentes vom 28. Juni 1850, welcher hinwieder an die Hofdecrete vom 26. August 1788 (F. G. S. Nr. 880) und 10. December 1791^{91a)} (F. G. S. Nr. 226) sich anlehnte. Es entstand nun in der Praxis die Frage, ob der Fiscus auch die Portionen einziehen könne, welche im Falle des Todes oder der Ausschlagung der Berufenen an die Accrescenzberechtigten oder aber an die gesetzlichen Erben fallen würden, — nämlich, wenn ein solches Ereigniß nicht erwiesen ist. Das Bedenken war, daß ja der Theil so lange nicht erledigt sei, als der Berufene weder ausgeschlagen hat, noch erbunfähig, noch todt ist. Die Consequenz daraus wäre gewesen, anzunehmen, daß ein solcher Theil dem Berechtigten während der ganzen Verjährungszeit aufgehoben werden müsse, wofern der Fall nicht so liegt, daß statt des Abwesenden ein curator die Erbserklärung abgibt. Statt dessen aber nahmen die Urheber jenes Bedenkens an, daß nach fruchtlos verstrichener Edictalfrist der Staat interimistisch den nicht angetretenen Theil einziehen und ihn definitiv behalten solle, sobald das Erbrecht verjährt ist. Mit gutem Grunde sprach sich hiegegen Mitlacher aus⁹²⁾; doch war er in der Formulirung seiner Argumente nicht überall vorsichtig⁹³⁾, so richtig in merito seine Ausführungen waren. Gegen sie und für die obige verkehrte Meinung sprach sich sofort aus R. Bayer in einem durch Wiederholungen und unrichtige Behauptungen ermüdenden Aufsätze.⁹⁴⁾ So klammert er sich an die Worte „gesetzliche Erben“ in dem citirten §. 79, und kommt immer wieder darauf zurück, der §. 79 sei auf testamentarische Erben unanwendbar (§. 74, 83 und oft)⁹⁵⁾; der Erbe oder die mehreren Erben, die sich melden, müßten dem Gerichte „den Abgang anderer mitberechtigter Erben nachweisen“ (!), um die ganze Erbschaft zu erhalten (§. 76 f., 83); das gesetzliche Erbrecht sei „von positiver Natur“ und könne von Niemandem über das ihm vom Gesetze eingeräumte Maß hinaus ausgeübt werden (z. B. §. 83); die gesetzlichen Erben hätten kein Zuwachs-

⁹¹⁾ Der Fall liegt wesentlich anders, als bei dem außerordentlichen Erbrecht der unehelichen Kinder nach gemeinem und preussischem Recht; s. Arndts §. 608 lit. c, F. R. II, 2 §. 652 (Gruchot III S. 352). Ueber einen anderen Fall theilweiser Caducität nach römischem Recht s. Arndts §. 608 lit. d.

^{91a)} Die Frist war hier 1 Jahr und 6 Wochen.

⁹²⁾ Die Ausübung des Heimfallsrechtes durch den Staat nach §. 79 des Patentes vom 28. Juni 1850, in der Ger. Ztg. von 1851, Beilage zu Nr. 141.

⁹³⁾ Z. B. der Erbe, der sich während der Edictalfrist nicht meldet, verzichte, und hiemit trete das Zuwachsrecht oder das gesetzliche Erbrecht ins Leben — eine Behauptung, aus der der Verfasser selbst nicht Ernst machte, da er den Erben auf §. 823 a. b. G. B. verwies. Diese schwachen Stellen hat sich Bayer (s. unten) nicht entgehen lassen.

⁹⁴⁾ Beitrag zur Erklärung des §. 79 des Patentes vom 28. Juni 1850, in Haimertl's Magazin V. Bd. S. 72—88.

⁹⁵⁾ S. 87: „Die unbekanntenen Testaments- oder Vertragserben werden daher nur mit dem Beisatze vorgeladen werden können, daß der von ihnen nicht angetretene Theil der Verlassenschaft durch die Verjährungszeit von einem Curator verwaltet werden und nach eingetretener Verjährung des Erbrechtes Jenen, denen er nach dem Gesetze gebührt, eingewantwortet werden wird.“

recht, da die §§. 560—562 nur auf die testamentarische Erbfolge sich beziehen⁹⁶⁾; der Staat verleihe also jedenfalls kein Accrescenzrecht; weder eines der Testaments-erben, weil §. 79 sie nicht betrifft, noch eines der gesetzlichen Erben, weil diese keines haben.⁹⁷⁾ „Die Heimfälligkeit des §. 79 ist von einer ganz anderen Natur, als jene des §. 760 a. b. G. B. Bei dieser wurde (sic) vorausgesetzt, daß keine der Personen, der (sic) ein gesetzliches Erbrecht zusteht, vorhanden sei, bei jener wird die bloße Nichtanmeldung gefordert und das Vorhandensein der Erben ausdrücklich zu-gegeben, weil diesen ihre Erbanprüche durch die Verjährungszeit bewahrt werden.“

Gleich nach diesem Aufsatze erschien die Erläuterungsvorschrift vom 11. März 1852, wornach jeder Zweifel hätte schwinden müssen⁹⁸⁾, bald darnach der Aufsatz eines Ungenannten⁹⁹⁾, der sie offenbar noch nicht gekannt hat. Er theilt in Kürze zwei Rechtsfälle mit und versichert, der klare Wortlaut des §. 79 lasse keinen Zweifel übrig, „daß derselbe wirklich einen neuen Caducitätsfall normirt“; denn bei dieser Einziehung durch den Staat bleiben dem Erben und dessen Transmissaren ihre Rechte während der Verjährungsfrist vorbehalten. (Als ob dies nicht allgemein gelten würde und auch vor dem Jahre 1850 gegolten hätte!)

Dieser Aufsatz veranlaßte Mitlacher zu einer Replik¹⁰⁰⁾, worin er die richtige Ansicht nochmals vertheidigte¹⁰¹⁾ und hinzusetzt¹⁰²⁾: nicht nur dem Erben, sondern auch seinen Transmissaren stehe es frei, das Erbrecht noch geltend zu machen; dieses verjähre vom Zeitpunkt der an den Ersteren erfolgten Delation¹⁰³⁾ angefangen.

Hierher gehört der Fall der Sammlung VIII Nr. 3780, wo der oberste Gerichtshof die richtige Ansicht bestätigt hat¹⁰⁴⁾; ebenso in III Nr. 1403.^{104a)}

⁹⁶⁾ Dies behauptet auch Mühlfeld a. a. O. S. 167 fg.; es kommt jedoch bei ihm nur auf einen Wortstreit hinaus; praktisch weicht er von der richtigen Ansicht nicht ab; anders Bayer.

⁹⁷⁾ Dennoch spricht er ihnen den erledigten Erbtheil auch zu, jedoch nur, wenn der Mißberechtigte sein Recht nicht ausüben kann oder es durch Verjährung verliert. (!)

⁹⁸⁾ Der §. 128 des Patentens von 1854 ist eine mit Rücksicht hierauf vorgenommene Umarbeitung jenes §. 79.

⁹⁹⁾ In der Ger. Ztg. von 1852 Nr. 119, gezeichnet „(B—r)“.

¹⁰⁰⁾ In der Ger. Ztg. von 1852 Nr. 156, 157. Auf die Ausführungen von Bayer läßt er sich gar nicht ein.

¹⁰¹⁾ Zustimmung haben sich geäußert Stubenrauch (1. Aufl.) II S. 620 fg. (ausführlich) und Unger S. 90 A. 1 (ganz kurz).

¹⁰²⁾ Dies Neue ist aber keine Polemik gegen die früher Erwähnten, sondern gegen sie und da in der Praxis aufgetauchte Bedenken.

¹⁰³⁾ Also nicht etwa vom letzten Tage der Edictalfrist an, und auch nicht vom Anfall der zweiten Erbschaft an die Transmissare, da das in dieser enthaltene Erbrecht durch den Uebergang auf die Erbeserben nicht verändert wird.

¹⁰⁴⁾ Der verschollene M wurde 1868 für todt erklärt; sein Vermögen bestand in einem, 1830 ihm angefallenen Erbtheile, bez. in Werthpapieren, welche gerichtlich deponirt und nach 32 Jahren als caduc eingezogen wurden. Das Intestaterbrecht vertheilte sich gleichmäßig auf fünf Stämme, deren zwei verschollen waren. Das Abhandlungsgericht beschränkte die Einantwortung auf $\frac{3}{5}$, das Oberlandesgericht erkannte auf vollständige Aufhebung der Caducität, wegen Zuwachsrechtes der drei übrigen Stämme. Die Finanzprocuratur machte ähnliche Einschränkungen, wie oben Bayer. Der oberste Gerichtshof erkannte richtig: Nach §§. 759, 760 sei eine Verlassenschaft als erblos nur dann einzuziehen, wenn gar kein Erbe vorhanden sei; nach dem Geiste des Gesetzes müsse das Zuwachsrecht auch bei Intestaterben angenommen werden; der §. 128 des Patentens beschränke das Einziehungsrecht des Fiscus auf den nicht angetretenen Theil der Verlassenschaft; hier aber haben sich die Repräsentanten der drei Stämme zum ganzen Nachlasse des M erbserklärt.

^{104a)} Sechs Kinder; zwei lehnten die Erbschaft ab, zwei nahmen sie an, zwei weigerten sich, eine Entscheidung zu treffen und behielten sich ihre Rechte nach §. 823 vor. Ein Erbe klagte die drei noch Interessirten auf Herausgabe der halben Erbschaft; die beiden zuletzt erwähnten widersprachen (sie hätten ja noch nicht abgelehnt). Das Oberlandesgericht Venedig behauptete, $\frac{2}{4}$ müßten iacentes bleiben! I. und III. Instanz hatten die richtige Ansicht. Der oberste Gerichtshof erklärte: §. 128 des Patentens beziehe sich nur auf den Fall, wo der nicht angetretene Erbtheil caduc werde, „wie durch die Stellung

XII. Der Fiskus ist heredis loco, d. h. in den meisten und wichtigsten Beziehungen ist er in der gleichen rechtlichen Stellung, wie ein eigentlicher Erbe; aber doch nicht in allen.¹⁰⁵⁾

A. Die Uebereinstimmungen.^{105a)} Schon die romanisirenden Successionsordnungen Carls VI. sagen im XV. Tit. §. 3: „daß so wohl von . . . (der) Cammer, als andern, denen dergleichen erblose Güter heimfallen, alles dasjenige geleistet (werden müsse), was sonst ein rechtmäßiger Erbe mit Abzahlung des Verstorbene[n] Schulden (sic), und in andere Wege zu thun verbunden gewesen wäre.“¹⁰⁶⁾ Auch nach dem heutigen Rechte verhält es sich im wesentlichen¹⁰⁷⁾ ebenso. Der Fiskus tritt in alle Forderungen und Schulden wie ein anderer Erbe ein, nur haftet er (gleich manchen anderen juristischen Personen und gleich pflegebefohlenen Erben) immer beschränkt^{107a)}, weil ein Inventar von Amtswegen errichtet werden muß (Pat. v. 9. Aug. 1854, §. 92).¹⁰⁸⁾ Der Fiskus ist im Princip auch zur Entrichtung der Legate verbunden (arg. a. b. G. B. §§. 563, 606, 650, 726 med., Pat. §. 129)¹⁰⁹⁾, welcher Satz jedoch durch §. 726 den größten Theil seiner praktischen Bedeutung verloren hat (s. oben S. 672 f. Note 23). Die Befriedigung der Erbschaftsgläubiger (im weiteren Sinne) geschieht in der Regel schon durch den Verlassenschaftscurator (Pat. §. 129) vor der Einantwortung an den Fiskus¹¹⁰⁾; aber keineswegs erlösen mit dieser ihre Ansprüche.¹¹¹⁾

dieses §. und durch die Entgegenhaltung der §§. 560 ff., 689, 727 und 760 außer Zweifel gesetzt ist“. An Caducität aber sei nicht zu denken (dies implicite). S. oben S. 40 Note 65 und S. 88 bei Note 19.

¹⁰⁵⁾ Für das preussische Recht wird gelehrt (Gruchot III S. 397, Dernburg III S. 528), daß der Fiskus „in jeder Beziehung einem gemeinen Erben“ gleichstehe. Eine Detailuntersuchung hierüber ist uns nicht bekannt.

^{105a)} Vgl. Unger §. 90 Anm. 2 und Anm. 9, 10.

¹⁰⁶⁾ Vgl. §. 25 preuß. L. R. II. 16: „Der Fiskus hat, in Beziehung auf einen solchen Nachlaß, alle Rechte und Pflichten eines gemeinen Erben.“ §. 26: „Tritt (er) . . . in die Stelle des . . . Testamentserben: so muß er aus dem Testamente alles leisten, wozu der ernannte Erbe, wenn derselbe wirklich Erbe geworden wäre, nach den Gesetzen verpflichtet sein würde.“

¹⁰⁷⁾ Der Unterschied hinsichtlich der Erbgebühren (wovon später) galt wohl auch schon damals.

^{107a)} Sammlung XIX Nr. 8687: Der oberste Gerichtshof entschied, „daß der Fiskus, gleich einem Vorbehaltserven, für die eingelagte Schuld im Umfange der Erbschaft, d. i. im Betrage des inventarischen Nachlaßwerthes (pro viribus hereditatis) mit seinem ganzen Vermögen (nicht nur cum viribus h.) haftet.“ [Unger war früher hinsichtlich der Vorbehaltserven derselben Ansicht, später hat er sie geändert (pro viribus und auch nur cum viribus). Erbrecht §. 42 Anm. 8.]

¹⁰⁸⁾ Ueber die Divergenz in anderen Gesetzgebungen s. Gruchot III S. 397 f.

¹⁰⁹⁾ Darin stünde er (von §. 726 abgesehen) im österrömisches Rechte den gesetzlichen Erben gleich, während er nach römischem Rechte sich dadurch von ihnen unterscheidet. S. Vangerow II S. 564 Abs. III.

¹¹⁰⁾ Vgl. Unger §. 90 vor und in Note 11. — Ebenso war es schon nach älterem tiroler Recht; s. oben Nr. 83. — Im Falle der Sammlung XVIII Nr. 8008 war ein Nachlaß als caduc angezeigt, aber dem Fiskus noch nicht ausgefolgt. Ein Gläubiger klagte eine Nachlaßschuld ein, richtete seine Klage gegen die Erbschaft und brachte sie bei dem die Abhandlung pflegenden Gerichte ein, gemäß §. 37 der C. Z. N. Der Streit drehte sich um die Competenzfrage und implicite um die Frage, gegen wen die Klage zu richten sei. Die beiden unteren Instanzen betonten, die Finanzprocuratur sei ja schon in Vertretung des erblosen Nachlassers eingeschritten (vgl. in diesem Bande S. 38, 40); der oberste Gerichtshof dagegen: Der Nachlaß sei dem Fiskus noch nicht ausgefolgt, die Ausfolgung vielmehr gerade durch die Eintragung der Nachlaßschuld sistirt; also habe sich der Kläger in der Competenzfrage nicht geirrt; der §. 37 C. Z. N. sei allerdings maßgebend.

¹¹¹⁾ Dem Fiskus ist nach Thunlichkeit nur der reine Nachlaß herauszugeben. Diese Regel ist nicht im Interesse des Fiskus, sondern in dem der Gläubiger aufgestellt. Gewiß können diese auch später den Fiskus belangen; manche Rechte sind vielleicht vorerst bedingt, andere nicht liquid, andere kommen erst später zur Kenntniß der Berechtigten. (Man beachte in §. 129 die Worte: „sobald es mit Sicherheit geschehen kann“.) — Für

Alle Klagen, die gegen einen Erben angestellt werden können, können es auch gegen den Fiskus. Alle Klagen, die dem Erben gegeben sind, stehen auch dem Fiskus zur Verfügung^{111a)}, also auch die Erbschaftsklage¹¹²⁾ oder, wenn man lieber will, eine derselben vollkommen analoge Klage. Sie verjährt in 40 Jahren (§. 1485); sind aber die Voraussetzungen der Nullitätsquerel (Impugnationsklage) vorhanden (Unger Erbrecht §. 22 Anm. 6), dann tritt die Verjährung in drei (nicht etwa in sechs) Jahren ein (§. 1487 pr.). (S. den Beschluß des obersten G. G. v. 20. März 1858, Jud. B. Nr. 18.)^{112a)} Handelt es sich um Klagen, die schon dem Erblasser zustanden (z. B. Darlehens-, Kaufklagen u. s. w.), so gehen sie auf den Fiskus, wie auf Erben unverändert über, und der Fiskus kann sich nicht auf §. 1485 berufen. So hat richtig und in principieller Allgemeinheit der oberste Gerichtshof erkannt im Falle der Sammlung III Nr. 1415.^{112b)}

Der Fiskus erwirbt sein Recht wie jeder Erbe in Oesterreich: durch Annahme, also nicht ipso iure. Nicht ipso iure im Sinne eines unabweislichen Erwerbes — es ist bei uns, wie überall, unbestritten, daß der Fiskus den Nachlaß ausschlagen kann¹¹³⁾ —; aber auch nicht ipso iure in dem anderen (schwächeren) Sinne.¹¹⁴⁾ Ob dies nach römischem Recht der Fall war, ist bestritten; zu der deutschen, auch unsere Gesetzgebung beeinflussenden, Auffassung vom „Behaltungsrechte“ (s. Note 71) oder vollends zu der naturrechtlichen Occupationstheorie paßt der ipso iure-Erwerb gewiß nicht¹¹⁵⁾; es ist aber auch kein praktisches Bedürfnis ersichtlich, weshalb hier der Fiskus dem Erben nicht gleichgestellt sein sollte.¹¹⁶⁾ Auch ist die Erbschaftserklärung im Namen des Fiskus bei uns in allgemeiner und constanter Übung.

Es versteht sich von selbst, daß der Fiskus falsche Erbprätendenten bei Seite schieben kann¹¹⁷⁾, da seinem Rechte nur wahre Erbrechte, nicht fälschlich vorgegebene im Wege stehen. Es muß ihm freistehen darzutun, daß ein Erbprätendent kein erbberechtigter Verwandter^{117a)}, oder daß ein Testament (gleichviel, aus welchem

das ältere Recht lehrte Linden (1834) I S. 14, daß der Curator sich von dem Zeitpunkte an, wo der Eintritt des Caducitätsrechtes sich zeigt, jeder weiteren Einmischung zu enthalten habe.

111a) So die Klagen, die schon dem Erblasser zustanden, z. B. die Eigenthumsklage; s. Sammlung XXI Nr. 9769.

112) Wenn manche dies leugnen (z. B. E. Sturm), so ist dies entweder ein Wortstreit oder unrichtig.

112a) Vgl. auch Unger II §. 120 Nr. 14.

112b) Unger System II §. 120 Nr. 15 läßt die Frage, welchen Einfluß der Uebergang des Klagerrechtes von einer unbegünstigten Person auf eine begünstigte habe, vorerst unbeantwortet. Aber seine Hästitation gilt gewiß nur der Singular-, nicht auch der Universal-erbschaft. — Der Finanzministerialerlaß vom 19. September 1853 gehört nicht hierher; er betrifft den §. 1472 (also die Erstigung).

113) Ueber einen Nachlaß, den Niemand haben will, wird der Concurrs eröffnet; natürlich aber nicht nur über einen solchen. Concurrsordnung §. 62 Z. 2: „Wenn nach dem Tode des Schuldners der Erbe oder der Verlassenschaftscurator die Eröffnung des Concurrses verlangt, so ist der Concurrs sogleich zu eröffnen.“

114) Der entgegengesetzten Ansicht ist Unger Anm. 6.

115) Auch nach preussischem Landrecht war dieser Punkt fraglich. Der „Anhang“ zum Landrecht entschied im §. 9: „Es bedarf gar keiner Erklärung des Fiscus über die Antretung oder Entgung der Erbschaft.“ S. darüber Dernburg III §. 194 Nr. 14. Ein Schluß für das österreichische Recht kann daraus — bei der principiell verschiedenen Behandlung des Erbswerbes in beiden Rechten — nicht gezogen werden.

116) Verschieden von dieser materiell-rechtlichen Frage ist die nach dem Verfahren (der „Abhandlung“); davon später.

117) Je nach der Sachlage in defensiver Weise (negative Litiscontestatio) oder aber aggressiv (durch Erbschaftsklage).

117a) Vgl. Sammlung VI Nr. 3035 (der Schwerpunkt des Streites lag übrigens in §. 799). Auch kann der Vertreter des Fiskus darthun, daß die an sich erbberechtigten Verwandten durch ein negatives Testament ausgeschlossen seien. Vgl. Sammlung XX Nr. 9103. — Unzulässig aber ist es, daß die Finanzprocuratur das Erbrecht, bez. die

Grunde) ungültig sei (s. auch oben S. 208 N. 12).¹¹⁸⁾ Es ist unbegreiflich, wie dies jemals ernstlich bestritten werden konnte.¹¹⁹⁾ Die richtige Ansicht ist sehr oft vom obersten Gerichtshof anerkannt worden, z. B. (wir greifen die erstbesten Fälle¹²⁰⁾ heraus) in der Sammlung V Nr. 2164¹²¹⁾ und Nr. 2473¹²²⁾, XV Nr. 6528¹²³⁾, XXII Nr. 10156.^{123 a)}

B. Die Unterschiede. 1) Eine eigentliche Erbsverhandlung findet nicht statt (Pat. §. 130).¹²⁴⁾ Dies hindert aber den Fiskus nicht, eine Gläubigercon-

eheliche Verwandtschaft im Recurswege (statt im Klagewege) bestritte. S. Jurist. Bl. 1885 S. 314 (Nr. 26).

¹¹⁸⁾ Auch die Nullitätsquerel ist ja eine Art Erbschaftsklage.

¹¹⁹⁾ Dies geschah in einem ganz verkehrten Aufsatz von Kaleffa im Jurist VII. Bd. S. 314—319. — Sein Hauptargument ist der Wortlaut des Hofdecretes vom 15. October 1792, wornach nur gesetzliche Erben (testamentarische nicht?) das Recht haben, eine letztwillige Anordnung zu befreien. Allerdings sagt dies Hofdecret (F. G. S. Nr. 60): „nur die gesetzlichen Erben“ hätten dieses Recht; aber als Gegensatz zu dem „nur“ wird ausdrücklich angegeben: Der Richter hat sich von Amtswegen nicht einzumengen. (Vgl. Hfd. v. 12. Aug. 1812, F. G. S. Nr. 1002: „kein Gericht darf ein Testament von Amtswegen verwerfen.“) Jenen Wortlaut nun mißverständlich urgierend, behauptet Kaleffa: der Fiskus könne nicht befreien; denn er sei gar kein Erbe; er habe nur ein ausschließendes Occupationsrecht. Sein Einziehungsrecht trete erst dann ein, wenn der Nachlaß erblos ist, „d. h. wenn Niemand, weder aus dem Gesetze, noch aus einem Erbvertrage, noch aus einem letzten Willen darauf Anspruch hat“ (S. 315). Wenn eine wegen Formfehler ungültige Anordnung vorliege, so habe der darin Berufene „auf die Verlassenschaft einen Anspruch“ (!). „Freilich könnte (diese Anordnung) wegen Mangels der wesentlichen Förmlichkeiten von den gesetzlichen Erben bestritten werden; allein dieses Recht . . . kann auf den Fiskus nicht ausgedehnt werden.“ Man müßte sonst der Abhandlungsinstanz ein Urtheil über die Gültigkeit letztwilliger Anordnungen einräumen, das ihr nicht zusteht. (Freilich, wenn man dem Fiskus das Klagerecht abspricht!) — Daß ein ungültiges Testament den Fiskus ebenso ausschließen soll, wie ein gültiges, widerspricht dem gesunden Menschenverstand. Kaleffa sucht seine ungeheuerliche Behauptung dadurch abzuschwächen, daß er in eine Casuistik der Ungültigkeitsgründe eingeht und dabei einige principlose Concessionen macht. — Unrichtig ist auch die Behauptung von E. Sturm (Ger. Ztg. 1855 Nr. 86): der Fiskus könne sein Heimfallsrecht nur dann geltend machen, wenn die Ungültigkeit der Anordnung von Amtswegen zu berücksichtigen ist, was früher niemals geschehen durfte, jetzt aber (arg. §. 123 des Pat. v. 1854) dann geschehen kann, wenn die Anordnung wegen eines die Form oder den Inhalt betreffenden Fehlers offenbar ungültig ist. Dadurch und auch durch §. 130 des Patentes sei dem Fiskus die Geltendmachung seines Rechtes jetzt wesentlich erleichtert. Dies ist darum nicht richtig, weil ihm das Befreiungsrecht zu allen Zeiten freigestanden hat. Unrichtig auch Ellinger (bei §. 760) und Stubenrauch (I. Aufl. II S. 619 N. **); gegen dessen Berufung auf §. 129 f. Unger Ann. 4 a. E. — An anderer Stelle (Jurist IX S. 138 f.) bringt Kaleffa folgende, nicht minder absurde Behauptung vor: Kinder schlugen die überschuldete Erbschaft ihres Vaters aus; später fand sich dennoch Vermögen vor; die Enkel überreichten eine Erbserklärung zu der großväterlichen Erbschaft. Der Fiskus könne ihnen §. 551 a. E. nicht entgegenhalten, nur ein Erbe könne dies. Dabei verwechselt Kaleffa Verzicht und Ausschlagung und verkennt die oben S. 696 bis 698 entwickelten Rechtsätze. Noch viel schlimmer aber ist die Behauptung, die Erbschaft könne an eine fernere Linie nicht kommen, so lange Jemand aus einer näheren Linie! S. dagegen S. 705 Abs. II, S. 712 i. A., und besonders S. 714, 715 Abs. II.

¹²⁰⁾ Bei denen übrigens das eigentliche Interesse andere Fragen betrifft.

¹²¹⁾ S. über diesen Fall oben S. 483.

¹²²⁾ Identisch mit dem Falle in der Ger. Halle 1867 Nr. 95; Ausführliches über ihn s. in den Excursen II S. 146 ff.

¹²³⁾ Die Finanzprocuratur hat dort das mündliche Testament eines für wahnsinnig erklärten Erblassers bestritten. Die Hauptfrage betrifft dort die Beweislast und die Verteilung der Parteivollen.

^{123 a)} Die Legatäre überreichten eine gerichtliche Annahmeerklärung; die Finanzprocuratur begehrte deren Zurückweisung, weil dem Codicill die gesetzlichen Förmlichkeiten fehlten. Der oberste Gerichtshof erkannte, daß die Geltendmachung der Legate nicht zur Verlassenschaftsabhandlung, sondern auf den Rechtsweg gehöre.

¹²⁴⁾ Durch diese ausdrückliche Gesetzbestimmung wurde ein alter Zweifel der Praxis beseitigt. S. Kaleffa im IX. Bd. (1843) S. 137. Die richtige Ansicht hatte Linden (I S. 13 §. 7).

vocation nach §. 813 a. b. C. B. zu begehren.¹²⁵⁾ — 2) Der Fiscus leistet nur jene Gebühren, „welche den gar nicht oder nur theilweise aus dem Staatsschatze dotirten Fonden zukommen“ (Pat. §. 155).¹²⁶⁾ — 3) Hinsichtlich der §§. 554, 556, 562 steht der Fiscus den eigentlichen gesetzlichen Erben nicht gleich; die testamentarischen Erben schließen ihn auch dann aus, wenn sie kein Accrescenzrecht haben (s. Abf. XI). — 4) Wir haben folgende Rangordnung kennen gelernt (S. 89 N. 26): Transmission, Accrescenz, gesetzliche Erbfolge, Caducität; so kommt der Fiscus erst als der Letzte. Wie aber, wenn im erblosen Nachlasse ein Recht zur Erbfolge (§. 536) steckt? wenn der Fiscus selbst der Transmissar wäre? Der edle Sinn, in welchem unser Gesetzbuch abgefaßt ist, wollte, daß ein Nachlaß nur im äußersten Falle dem Staate zufallen solle. Stellt man sich aber auf den Standpunkt, daß der Fiscus durchaus dem Erben gleichstehe (ein Satz, dessen Unrichtigkeit wir soeben gezeigt haben), so käme man dahin, daß der Fiscus zwei Nachlässe einzöge, nämlich auch den seinem Erblasser (sit venia verbo) deferirten. Und dies selbst dann, wenn accrescenzberechtigte testamentarische Erben oder sehr nahe Verwandte da wären! Nichts könnte mehr gegen den Geist unseres Gesetzes sein. Wo also an sich der Fiscus Transmissar wäre, muß man sich nicht sagen, „es ist der Transmissar“, sondern „es ist der Fiscus“, dessen Position in Frage steht. In solchem Falle also ist die an den Verstorbenen geschene Delation als vereitelt anzusehen.¹²⁷⁾ — S. auch schon oben S. 20 Abf. VIII und bes. ebd. Note 17. — 5) Nicht de lege lata, wohl aber de lege ferenda behaupten wir, daß die Ansprüche aus verletztem Nothwehrrecht auf den Fiscus nicht übergehen sollten.¹²⁸⁾

Keine Ausnahme kann es genannt werden, daß die Finanzprocuratur zu einer Zeit, wo man noch gar nicht weiß, ob Erben da sind oder nicht, nicht berechtigt ist, sich in die Vermögensverwaltung des Curators einzumengen; denn auch der Erbe darf dies nicht, so lange sein Erbrecht noch ganz dunkel, seine Erbserklärung z. B. noch gar nicht angenommen ist.^{128a)}

XIII. Im Völkerrechte nennt man das Recht des Staates, den Nachlaß eines innerhalb seiner Grenzen gestorbenen Ausländers für sich einzuziehen^{128b)} droit d'aubaine¹²⁹⁾ (ius albinagii¹³⁰⁾, ius albigenatus¹³¹⁾ und erklärt es als

¹²⁵⁾ S. Ferd. Schuster's Commentar bei §. 130.

¹²⁶⁾ Ueber das ältere Recht s. Linden a. a. O. Ob der Fiscus das Mortuar unter Umständen nicht doch zu entrichten habe, war bestritten. Kaleffa im Jurist IX S. 135 fg.

¹²⁷⁾ Aus dieser Formel ergibt sich in jedem Falle die richtige Entscheidung, die je nach der Sachlage zu Gunsten testamentarisch oder ab intestato Mitberufener oder Nachberufener ausfallen wird.

¹²⁸⁾ Ueberhaupt ist die unbeschränkte Vererblichkeit dieser Ansprüche ein Mißgriff unserer Gesetzgebung.

^{128a)} S. Jurist. Blätter 1886, Beilage zu Nr. 40, S. 481, 482. Der oberste Gerichtshof hätte dort, um die Finanzprocuratur zurückzuweisen, es gar nicht nötig gehabt, den (in solcher Allgemeinheit falschen) Satz aufzustellen, daß „das Aerar in Beziehung auf einen erblosen Nachlaß keineswegs die rechtliche Stellung eines Erben einnimmt.“

^{128b)} Manche nennen so auch die Einschränkung der Freizügigkeit des Vermögens, wornach eine Erbschaft nicht ins Ausland (an außen wohnende private Erben) gehen durfte. In früheren Jahrhunderten war die Engherzigkeit so groß, daß die Städte die Erbschaften nicht aus ihrem Gebiete heraus ließen! S. oben die Notizen über das Heimfallrecht in Böhmen.

¹²⁹⁾ Aubain (m.) heißt der Ausländer; aubaine (f.) kommt u. B. nur in obiger Verbindung und in dem familiären Ausdruck „une bonne aubaine“, ein guter, unverhoffter Fund, vor. — Um eine sichere Meinung über die Etymologie zu gewinnen, müßte man das Alter dieses und der mittellateinischen Ausdrücke (s. N. 130, 131) genau kennen.

¹³⁰⁾ Angeblich von alibi und agere; uns scheint diese Etymologie keineswegs gesichert zu sein.

¹³¹⁾ Ist dies nicht vielleicht eine späte Wortbildung nach dem Muster von indigenatus?

einen Ausfluß des „Heimfallsrechtes“, des *droit d'épave*¹³²⁾, als des Rechtes des Staates, auf seinem Gebiete befindliche, herrenlos gewordene Sachen einzuziehen. Daraus lernen wir ein Doppeltes: 1) daß frühzeitig die Verwechslung von Sachen, deren Eigenthümer man nicht kennt und zu denen sich Niemand meldet, und von herrenlos gewordenen Sachen sehr allgemein wurde¹³³⁾; damit war die Vermengung des germanischen Behaltungsrechtes und des naturrechtlichen Occupationsrechtes gegeben, welche noch heute nicht aufgehört hat, die Vorstellungen zu verwirren. Es ist dieselbe Unklarheit, der das Hauptstück (II. 3) „von der Erwerbung des Eigenthums durch Zueignung“ seine Entstehung verdankt; wird doch darin gehandelt von verlaufenen Thieren (§. 384), verlorenen (§. 388 ff.) und verborgenen (§. 395 ff.) Sachen, das Strandrecht (ablehnend) erwähnt (§. 388) und der Vergelohn gestreift (§. 403). Das „Behaltungsrecht“ ging zunächst nicht auf herrenlose Sachen; denn gestohlene, geraubte, verlorene Sachen, entlaufene Thiere, festerfristige Güter sind noch nicht ohne Eigenthümer. Sie wurden in alter Zeit unter Umständen eingezogen, doch nicht darum, weil kein Eigenthümer da war (*res nullius*), sondern dieser verlor sein Recht dadurch, daß sie eingezogen wurden; die Ausgleichung beider Gedanken liegt dort, wo an gewisse Voraussetzungen zugleich die „Verschweigung“ und die obrigkeitliche Einziehung geknüpft war. 2) Ist obige, seit lange im Völkerrecht herkömmliche Auffassung ein neues Zeugniß für die deutschrechtliche (oder besser: germanische) Auffassung der *Eaducität*. Der Fall des §. 760 erscheint da nicht als der Hauptfall, an den sich andere, unechte ansetzen, sondern als eine der vielen Anwendungen eines allgemeinen Princips.¹³⁴⁾

In Frankreich wurde der Fremde nach dem engherzigen Satze behandelt: „*peregrinus liber vivit, servus moritur*“¹³⁵⁾; er konnte weder erben, noch beerbt werden, sein in Frankreich befindliches Vermögen wurde von der Krone eingezogen. Dies rief auch in Oesterreich, das ein solches Recht spontan nicht ausübte, Retorsion hervor, und wiederholt wurde eingeschärft, daß gegen Frankreich in den sämmtlichen kaiserlichen Erbbländen das *ius albinagii* anzuwenden sei; so im Patente vom 27. Mai 1713¹³⁶⁾, wo gesagt wird, daß es „jetzt auch *Jure belli et Repressaliorum*, und über alles dieses auch *Jure Reciprocationis* des in Frankreich üblichen Albigenats“ ausgeübt werden müsse; hiermit werde es nicht etwa neu eingeführt, da es „vielmehr *iure talionis* schon vorher erlaubt“ war. In den Erbfolgepatenten Carl's VI. heißt es (im XVI. Titel §. 4): Wenn „bei einem Hauswirth ein Innman, oder bei einem Gastgeb ein fremder oder reisender Gast mit oder ohne Geschäfte“ letztwillige Anordnung „abstirbt“, so soll dies der Obrigkeit angezeigt, und was der Verstorbene bei sich gehabt, ihr überantwortet werden. Kennt man seine Herkunft, so soll der Sterbefall (amtlich) seiner Obrigkeit angezeigt werden, „sofern es das *Jus Albigenatus* oder andere landesfürstliche Gerechtigame zugeben“. Weiß man nicht,

¹³²⁾ *Épave* (f.) heißt eigentlich ein schon gewordenes, verlaufenes Thier [vom lateinischen *expavidus* (bei Gellius); im classischen Latein findet sich *expavescere*; etwas später und selten *expavere* und *expavescere*]; dann (in mißverständlicher Verallgemeinerung) eine herrenlos gewordene Sache. *Epaves maritimes* heißen festerfristige Güter daher *droit d'épave* auch Strandrecht bedeutet.

¹³³⁾ Man bedente, daß ein verlaufenes Thier juristisch einer verlorenen Sache gleich ist; und so bedeutet *épave* doch wohl auch die verlorene Sache; und nun beachte man, daß „bonne aubaine“ familiär auch „guter Fund“ bedeutet, und daß sehr oft *droit d'aubaine* und *droit d'épave* als Synonyma gebraucht werden; das macht uns die herkömmliche Etymologie von *aubaine* (s. N. 129, 130) verdächtig.

¹³⁴⁾ Wir erinnern daran, daß auch die gefundenen (verlorenen) Sachen nach altheutischem Rechte oft dem Landesherrn oder Richter zufielen. Der Sachsenpiegel spricht dem Richter $\frac{2}{3}$, dem Finder $\frac{1}{3}$ zu; der Schwabenspiegel dem Reiche $\frac{1}{2}$, einem Gotteshaufe $\frac{1}{2}$. Manche Weistümer geben alles dem Grundherrn, andere der Obrigkeit, andere dem „Hochgerichtsherrn“. Delbrück in d. dogmat. Jahrb. III. Bd. S. 13.

¹³⁵⁾ Also wie in Rom der *Latinus Junianus*.

¹³⁶⁾ In Luca Justizcodex II S. 31 f. Nr. 459.

woher er war, so soll seine Habe, wenn nach Bezahlung seiner „Zehrung, Cur, Arznei, Begräbniß“ wenig (nicht über 20 fl.) übrig bleibt, unter die Armen vertheilt werden; bleibt mehr, so behält den Nachlaß die Obrigkeit, welcher das Jus Fisci von Rechts-Gewohnheits halber oder ex Privilegio zustehet“, wenn sich nämlich „in 32 (bez. 30) Jahren¹³⁷⁾ niemand darzu erblich anmeldet und legitimiret“. In dem Gesetz für Kärnthen wird (Tit. XVI §. 6) erwähnt, daß die Stände das jus albigenatus „als eine in Kärnthen ungewöhnliche Sache“ bezeichnet haben; die Kaiserin aber befahl, „daß es dießfalls bey der in der Steyerischen Successions-Ordnung vorgesehenen Norma sein Verbleiben haben, mithin allenfalls gegen Französische Unterthanen, nicht minder respectu aller jener Orten, wo das Jus Albigenatus üblich, ein gleiches Recht in Kärnthen gebraucht werden solle.“

Der Wiener Vertrag vom 24. Juni 1766 hat jenem gehässigen Verhältniß (ius albigenatus) zwischen Oesterreich und Frankreich ein Ende gemacht; nur unter Napoleon I. lebte es für kurze Zeit wieder auf. Durch das Gesetz vom 14. Juli 1819 hat Frankreich ganz allgemein die volle Freizügigkeit der Nachlässe zugestanden. Dieses Princip haben seither die meisten Staaten angenommen; Oesterreich hat mit sehr vielen Staaten diesbezügliche Verträge abgeschlossen^{137a)}, so daß heutzutage selbst die Veibringung von Reversen über die Reciprocität zu den Seltenheiten gehört.¹³⁸⁾ — So lange Erben da sind, kommt bei uns heutzutage das droit d'aubaine nicht zur Anwendung, sondern nur wenn der Nachlaß nach §. 760 caduc ist und die Erbschaftsabhandlung unseren Gerichten zustehet (Jurisd.-N. §§. 77—82; Pat. v. 1854 §§. 21—25).^{138a)}

Länger aber als das droit d'aubaine hat sich ein droit d'épave in einem

¹³⁷⁾ Die Verjährungsfristen waren in den österreichischen Ländern verschieden. Die Erbschaftsfrage verjährt unter Carl VI. in beiden Oesterreich und in Steiermark in 32 Jahren, in Kärnthen und Krain in 30 Jahren. — Hierzu nun einige Notizen, die uns Herr College v. Luschin auf mündliches Befragen sofort (also unvorbereitet) nachgewiesen hat: Das alte steirische Landrecht (aus dem 14. Jahrh.) hat für die Verjährung von Geldbrieffen (Schuldbrieffen) (im Art. 83) 30 Jahre und 1 Tag (Bischoff Steiermärkisches Landrecht des Mittelalters S. 109); die steirische Landgerichtsordnung von 1503 (Art. 7) 32 Jahre und 3 Tage (Bischoff S. 197); die steirische Landrechtsreform von 1574 (Art. 38) 32 Jahre rund (die 3 Tage hatte man schon fallen lassen); die kärnthnerische Landgerichtsordnung von 1578 (Art. 26) hat 30 Jahre und 1 Tag. In dieser letzteren Frist wurden Immobilien in Steiermark und Kärnthen erlassen.
^{137a)} So z. B. wurde schon am 14. April 1770 das ius albinagii gegen Toscana aufgehoben.

¹³⁸⁾ Ueber das ius albinagii s. Vesque v. Püttlingen Behandlung der Ausländer in Oesterreich (1842) S. 65 ff.; derselbe Handbuch des in Oesterreich geltenden internationalen Privatrechts (1860) S. 94 fg. (S. 204 ff.) (dies Werk ist im Verhältniß zum vorigen theils eine Abkürzung, theils eine Erweiterung und Umarbeitung.) Eine neue Auflage erschien im Jahre 1878 unter dem Titel: Handbuch des in Oesterreich-Ungarn geltenden internationalen Privatrechts. Zweite vermehrte und verbesserte Auflage (in der That ist es aber eine dritte Auflage). Aus dieser Auflage gehören her S. 95 f. S. 338 ff. Ueber das Absahrtsgeld s. in der neuen Auflage S. 98 (S. 345—348), in der vorigen S. 97; über Freizügigkeitsverträge §§. 99—102 (S. 348—355), in der älteren Auflage §§. 98—101. Sehr ausführliche Mittheilungen über diese Verträge geben die beiden Werke von Fr. Starr Behandlung des Nachlasses u. f. w. (1873) und Rechts-hilfe in Oesterreich gegenüber dem Auslande (1878); eine erweiterte Umarbeitung des vorigen Buches) und F. Schuster's Commentar zum Gesetz über das Verfahren außer Streitfachen, im Anhang II (3. Aufl. S. 313—356 und S. 439—442).

^{138a)} Dem Falle, wo eine juristische Person aufgelöst wird, steht keineswegs gleich der Fall, wo eine erst zu creirende eingesetzt, bez. substituirt wird, und dann factisch gar nicht zu Stande kommt, oder aber staatlich nicht anerkannt wird. Es ist dann der Honorirte einfach nicht vorhanden; was weiter mit dem zugewendeten Vermögen geschieht, hängt von der Sachlage im concreten Falle ab; es kann an testamentarische oder gesetzliche Erben des Erblassers fallen; sind gar keine Erben vorhanden, so fällt es freilich an den Staat, aber nicht als Vermögen einer juristischen Person, sondern als erblosler Nachlaß jenes Testators. Im Falle der Sammlung XVI Nr. 7117 hatte der Testator im Jahre 1690 ein Fideicommiss zu Gunsten der Familie A (Reslie), und nach deren Er-

besonderen Sinne erhalten. Wird nämlich eine juristische Person aufgehoben¹³⁹⁾, so wird ihr auf fremdem Staatsgebiete befindliches Vermögen von dem fremden Staate als herrenlos eingezogen. Auch hier war es Frankreich, das den Anfang gemacht hat. Die großen Umwälzungen in den letzten Decennien des vorigen und zu Beginn dieses Jahrhunderts (Aufhebung des Jesuitenordens, die österreichischen Klosteraufhebungen, die Gewaltmaßregeln der französischen Revolution, die deutschen Säkularisirungen) haben zur Ausbildung dieses Institutes geführt, welches, weil private Interessen seltener verletzt werden, weit weniger gefährlich ist, als das alte droit d'aubaine. Durch eine „allerhöchste Entschließung“ (nicht Patent oder Hofdecret)^{139a)} vom 26. September 1846 (J. G. S. Nr. 985) und eine vom 28. September 1854^{139b)} wurde das Verfahren bei dieser „Epavirung“ festgestellt; durch jene gegenüber den deutschen, durch diese gegenüber allen Staaten.¹⁴⁰⁾

Eine andere Frage des internationalen Rechtes ist die, wie es zu halten sei, wenn der Nachlaß eines Inländers oder eines Ausländers theils im Inlande, theils im Auslande sich befindet. Da diese Frage keineswegs auf erblose Nachlässe eingeschränkt ist, gehört sie in einen anderen Zusammenhang.¹⁴¹⁾

XIV. Den romanistisch geschulten Juristen befremdet es, wenn er in der älteren österreichischen Gesetzgebung neben das Recht des Staates auf erblose Nachlässe sein Recht auf alte Depositen¹⁴²⁾ gestellt findet, und zwar ohne Unterschied, ob diese Depositen zu einem Nachlasse gehören oder nicht. Und doch ist diese Zusammenstellung historisch vollkommen gerechtfertigt. Gelder oder körperliche Sachen (Pretiosen u. dgl.) befinden sich in gerichtlicher Verwahrung; sehr lange Zeit meldet sich — trotz edictaler Ladung — Niemand zu ihnen: weder der Erleger, noch der Destinatar, noch irgend ein Rechtsnachfolger des Einen oder des Andern. Entweder ist also ein Berechtigter nicht mehr vorhanden, oder aber: er ist zwar da, hat sich jedoch seines Rechtes verschwiegen; darin liegt also wieder eine Anwendung des deutschrechtlichen „Behaltungsrechtes“, auf dem ursprünglich auch der Heimfall erbloser Nachlässe beruhte. Hier wie dort wird ein Vermögen vom Staate erst bewahrt, werden die Interessenten aufgefordert, sich zu melden (Edictalfrist: 1 Jahr 6 Wochen 3 Tage) und werden den Säumigen alle Rechte vorbehalten, bis sie endlich, nach abgelaufener Verjährungszeit, derselben verlustig gehen; hier wie dort waren (in unseren Ländern) die gleichen Fristen (von 32, 30 Jahren u. s. w., s. Note 137). Noch das Hofkanzleidecret vom 18. Mai 1825 hat die Frist von 32 Jahren, seit 1842¹⁴³⁾ ist

löschen zu Gunsten der Familie B (einer Linie der Familie Dietrichstein) gestiftet. Erst wenn auch diese erloschen wäre, sollte das Vermögen (nämlich der Kauffchilling der dann zu veräußernden Herrschaft) an die katholische Mission in Schottland kommen. Eine solche aber besteht nicht, jedenfalls nicht als juristische Person, und hat, wie es scheint, überhaupt nicht bestanden (s. auch oben S. 380 f. Nr. 25—27). U. E. gehörte das Vermögen den Mobiliterben des letzten Besitzers (nach §. 645 a. b. G. B.). In die verwickelte Frage nach jener *placita causa* und die noch verwickelteren processualischen Fragen gehen wir hier nicht ein; aber als geradezu unbegreiflich müssen wir es bezeichnen, daß die Finanzprocuratur den Nachlaß aus Grund des droit d'épave für den Staatsschatz in Anspruch nahm.

¹³⁹⁾ Besque v. Püttlingen §. 84. Wir werden davon im I. Bde. bei §. 33 ff. handeln.

^{139a)} Diese Ueberschrift des Gesetzes ist eine seltene; gewöhnlich lauten sonst die Ueberschriften: Hofdecret (Patent) vom Datum x, auf Grund der a. h. Entschließung vom Datum y.

^{139b)} Auch hier der gleiche Titel (s. vorige Note); aber während jene a. h. Entschließung in die Justizgesetzsammlung aufgenommen ist, findet sich diese weder im Reichsgesetzblatt, noch in der officösen „Sammlung der Gesetze im Justizfache“; vielleicht darum, weil diese Vorschrift sich nur an die höchsten Behörden wendet.

¹⁴⁰⁾ Besque v. Püttlingen 2. Aufl. §. 96; 3. Aufl. §. 97.

¹⁴¹⁾ Auch davon ist im ersten Bande zu handeln. S. Besque §. 83 ff.; Unger System I. Bd. §. 23 Nr. V.

¹⁴²⁾ Darüber s. Finden Abhandlungen I S. 15 ff., II S. 3 f.; Rippel V S. 51 f.; Ellinger (Kalejsa) bei §. 760.

¹⁴³⁾ Finden II S. 3, 4; Ellinger a. a. D.

sie auf 30 Jahre (vgl. S. 1479) herabgesetzt. Da diese Caducität nicht ins Erbrecht gehört, begnügen wir uns mit dieser Aufzeigung des Zusammenhanges und verweisen übrigens auf die gesetzlichen Vorschriften.¹⁴⁴⁾

Unter den gleichen theoretischen Gesichtspunkt fällt die (abgeschaffte) Anordnung des alten Strafgesetzbuchs (I. Thl. §§. 517—520): Die bei einem Beschuldigten gefundenen („nach allem Anscheine“) fremden (d. h. gestohlenen, geraubten, verhehlten) Sachen seien aufzubewahren, und die Eigenthümer zur Geltendmachung ihrer Rechte durch Edict aufzufordern; meldeten sie sich binnen Jahresfrist nicht, so wurden die Sachen verkauft und der Erlös aufbewahrt. Nach der Verjährungsfrist fiel er der Casse zu, aus welcher insgemein die Criminalgerichtskosten bestritten wurden.¹⁴⁵⁾ Auch nach altem deutschen Rechte hatte „der Richter“ an gestohlenen und geraubten Sachen ein „Behaltungsrecht“. — Nach §§. 375—379 der Strafproceßordnung von 1873 ist der Erlös solcher Sachen an die Staatscasse abzuführen; doch können die Geschädigten ihre Ansprüche binnen 30 Jahren im Civilrechtswege geltend machen. — Unter einen anderen Gesichtspunkt fallen strafweise Con fiscationen, die sich aber heutzutage immer auf einzelne Sachen beschränken.¹⁴⁶⁾

XV. 1) Das freie Vermögen der Ritter und Priester des deutschen Ordens fällt, wenn sie kein gültiges Testament hinterlassen, dem Orden zu^{146a)}; ein echter Caducitätsfall ist dies darum nicht, weil hier der Orden die Verwandten ausschließt. Theilweise gilt Aehnliches beim Maltheserorden.^{146b)}

2) Ein Heimfallsrecht der Krankenhäuser in Böhmen behauptet Celakovsky (S. 43 f. Note 82) auf Grund der sogenannten Koldin'schen Stadtrechte E. 38, wornach die Verlassenschaft eines Fremden, zu der sich in der gesetzlichen Frist Niemand meldet, zu $\frac{1}{3}$ der Kirche heimfallen soll, wo er begraben ist, zu $\frac{1}{3}$ dem Spital (oder den Armen) der Stadt, zu $\frac{1}{3}$ denen, die ihn in seiner letzten Krankheit gepflegt haben. — Wir müssen dies dahingestellt sein lassen.

3) Ganz anderer Natur ist das Recht des Lemberger Krankenhauses. Diesem gehören die von einem Kranken und dort Gestorbenen mitgebrachten Effecten, wenn sie binnen drei Monaten weder von der Abhandlungsinstanz, noch von den Erben abgefordert werden (Hftzd. v. 21. April 1815).¹⁴⁷⁾ Hier handelt

¹⁴⁴⁾ S. Manz'sche Gesetzsammlung III. Bd. 3. Heft (10. Aufl.) S. 107 f. (in der 4. Aufl. S. 93 f.). — Am Ende des citirten Hoffanzleidecretes von 1825 heißt es, daß durch dasselbe „diejenigen Gerechtsamen (sic) keine Aenderung erleiden, die aa) in Ansehung caduker Güter dem Criminalgerichte nach §. 519 des I. Thls. . . ., bb) den Erbpacht- und Erbzinsherren als Grundherrn nach §. 1149 a. b. G. B. . . ., cc) anderen Personen aus besonderen Privilegien, oder endlich dd) den Schuldnern aus dem Rechtsinstitute der Verjährung zu Statten kommen.“ Stünden die hier gesperrt gedruckten Worte vor dem „aa“, so wäre kein Zweifel, daß sie auch zu dd gehören; sie stehen aber nach aa und gehören, äußerlich betrachtet, nur zu dieser lit.; bei lit. bb ist ihre Ergänzung entbehrlich, bei ce aber nicht; und so waren sie wohl als zu allen vier Punkten gehörig gedacht. Dennoch darf man dem Gesetze nicht den Unstun impuniten, als ob die Befreiung des Schuldners durch Verjährung als ein Caducitätsrecht bezeichnet würde! Gemeint ist: im Falle der extinctiven Verjährung dürfte das Heimfallsrecht nicht zum Schaden des Schuldners ausgeübt werden, sondern der Schuldbrief sei ihm zur Vernichtung anzufolgen (Hoffammerd. v. 14. Nov. 1811 und Circ. Vdg. v. 13. Sept. 1820). S. Linden I S. 25.

¹⁴⁵⁾ S. Linden I S. 18—20.

¹⁴⁶⁾ Ueber Vermögensconfiscationen s. Arndts §. 610. Schon die Carolina (Art. 218) mißbilligt dieselben. S. überhaupt Wahlberg in Holtendorff's Handbuch des deutschen Strafrechts II. Bd. (1871) S. 512 ff. Ueber Con fiscationen einzelner Gegenstände s. auch Hälschner Das gemeine deutsche Strafrecht I. Bd. (1881) §. 253 (S. 631 ff.).

^{146a)} Tomaschek S. 55 B. 2.

^{146b)} S. Tomaschek a. a. D.

¹⁴⁷⁾ Ein ähnliches Recht des Wiener allgemeinen Krankenhauses (Hft. v. 28. Febr. 1814, Pol. G. S. 42. Bd.) wurde durch das Hoffanzleidecret vom 5. August 1829

es sich um einzelne Sachen, nicht um das Vermögen des Verstorbenen¹⁴⁸⁾, also um keine Universalsuccession. Ein eigentlicher Caducitätsfall ist dies weder im romanistischen, noch im germanistischen Sinne, ebensowenig als

4) das Recht der Strafanstalten auf den „Ueberverdienst“ der in ihnen verstorbenen Sträflinge (Hffzb. v. 4. März 1836, Pol. G. S. 64. Bd.).

5) Mit der ersten österreichischen Sparcasse ist eine allgemeine Versorgungsanstalt verbunden. Der Fiskus nahm die Einlagen erblos verstorbener Mitglieder für sich in Anspruch, die Anstalt behauptete, daß sie zu ihren Gunsten verfallen (s. Statuten §§. 27, 31). Darüber kam es in den dreißiger Jahren zum Proceß. Die I. Instanz entschied zu Gunsten der Anstalt, die II. zu Gunsten des Fiskus; über die von der Anstalt ergriffene Revision wurde vom Kaiser das (der Anstalt günstige) landrechtliche Urtheil bestätigt (Hfd. v. 18. Juni 1837).¹⁴⁹⁾¹⁵⁰⁾

Abweichungen von der allgemeinen Erbfolgeordnung.

§. 761.

Die Abweichungen von der in diesem Hauptstücke bestimmten gesetzlichen Erbfolge in Rücksicht auf Bauerngüter, und die Verlassenschaft geistlicher Personen sind in den politischen Gesetzen enthalten.

I. Redaction. Dieser §. hat weder im Patente noch im Westgal. G. B. ein Seitenstück. Eine seine Abfassung betreffende Debatte ist uns nicht überliefert.*) — Die Gedankensäden, welche diesen §. mit dem vorigen verknüpfen, sind: 1) der Zusammenhang zwischen dem Heimfall unterthäniger Bauerngründe und die „Erbfolge“ in dieselben¹⁾; und 2) die Aehnlichkeit zwischen dem Kirchendrittel und dem Armen-drittel bei der Beerbung geistlicher Personen und jenen Dritteln, welche beim Heimfall erbloser Nachlässe im Mittelalter nicht selten waren²⁾, und 3) überhaupt eine entfernte Aehnlichkeit dieser Ansprüche mit dem Heimfallsrechte, und in Folge davon die herkömmliche Zusammenstellung dieser Rechte in den gemeinrechtlichen (namentlich deutschrechtlichen) Lehr- und Handbüchern.³⁾ 4) Ergibt sich bei Nachlässen von Geistlichen zuweilen eine partielle Caducität zu Gunsten des Staates. Wir werden unten eine Streitfrage kennen lernen, die ebenso sehr zu §. 760, als zu §. 761 gehört. — Sowohl dieser als jener §. verweist auf die „politischen“ Gesetze und Verordnungen. Dennoch besteht hierin ein Unterschied, indem §. 760 einen Rechtsjag ausspricht, §. 761 aber einfach auf jene Normen verweist, und zwar in der Form einer Mit-

(Z. G. S. Nr. 2422) aufgehoben. — Ueber die, unter einander sehr verschiedenen, Rechte solcher Anstalten in Deutschland s. Stobbe Handbuch V S. 166 f.

¹⁴⁸⁾ Dies meint wohl auch Unger §. 90 Anm. 3 a. E. mit seiner undeutlichen (von Tomaszek S. 55 beanstandeten, aber ungenau wiedergegebenen) Aeußerung: Die fraglichen Objecte seien „weder die bona defuncti, noch vacantia“; Unger meinte kaum, es seien nicht res eines defunctus, sondern dachte bei „die bona“ an das Vermögen, an die Erbschaft.

¹⁴⁹⁾ S. darüber Linden II S. 10—17.

¹⁵⁰⁾ Auch nach römischem Rechte (Arndts §. 609), deutschem Wohnheitsrechte und vielen Particularrechten (Gengler 3. Aufl. §. 188 a. E., §. 189; Tomaszek S. 38, 39; Stobbe V S. 166 f.) haben verschiedene Corporationen und Anstalten sogenannte Heimfallsrechte. Diese sind bald wahre Analogien des fiscalischen Rechtes auf bona vacantia, bald ihm nur entfernt ähnlich; die Unterschiede liegen dann darin, daß diese Rechte auch beim Vorhandensein von Erben gelten, daß sie nicht auf den ganzen Nachlaß, sondern nur auf Quoten desselben oder bestimmte einzelne Sachen gehen; und endlich darin, daß der Wille des Erblassers diese Ansprüche nicht zu beseitigen vermag.

*) Eine der Handschriften des Ges. B. hat die Variante: „auf jene in Bauerngütern“.

1) Bei manchen Arten von Bauerngründen war die Erbfolge im Interesse des gutherrlichen Heimfallsrechtes eingeschränkt. Vgl. bei §. 760 Abs. VIII.

2) Vgl. bei §. 760 Abs. III a. E. und Abs. IV. Stobbe Handbuch V. Bd. §. 297 S. 163 N. 10.

3) Vgl. Stobbe §. 297, die Ueberschrift auf S. 160, dann S. 168 f.; Gengler (3. Aufl.) §. 188 a. E., §. 189.

theilung oder Belehrung. Sachlich ist der Unterschied unbedeutend; denn beide §§. disponiren (befehlen) dadurch, daß sie in anderen Gesetzen enthaltene Rechtsätze bestätigten und aufrecht erhalten. — Zu der Marg.-Note des §. 761 f. oben S. 681.

Bauernerbrecht.

II. Geschichte des Bauernerbrechts.^{4) 5)} Die Individualfolge in Bauerngütern erinnert durch einige äußerliche Aehnlichkeit an die Verhältnisse des Fideicommiss-Grundbesitzes, und sind auch beide oft, besonders in politischen Diatriben, verglichen worden. Aber nicht nur sind die juristischen Verschiedenheiten principiell und handgreiflich, sondern auch socialpolitisch und historisch betrachtet haben sie fast nichts mit einander gemein. Während die Fideicommissse den Glanz einer (adeligen) Familie aufrecht erhalten sollen, ist die Untheilbarkeit der Bauernhöfe (oder wie man bei uns lieber sagt: Bauerngründe) nicht in irgend welchem Familieninteresse, sondern in anderen Absichten begründet. Es soll nämlich dadurch ein kräftiger Bauernstand und eine erspriessliche Bodencultur gesichert werden; daneben wirkten früher auch noch andere Triebfedern: der Bauer sollte seinem adeligen Gutsherrn und auch dem Fiscus gegenüber leistungsfähig („contributionsfähig“) erhalten werden. Alle diese Gedanken sprechen auch für den Vorzug des männlichen Geschlechtes und für die Forderung, daß die etwaige Anerbin an einen zur Wirthschaft tüchtigen Bauer verheiratet sein solle. Nur dem Interesse des Bauernstandes gilt das Gebot, daß der Grund „mit Rücken besessen“ werden solle, und das Verbot der Cumulirung zweier oder mehrerer Bauerngründe in Einer Hand. — Die Anwendbarkeit der einschlägigen Normen hängt theils von der Beschaffenheit des Objectes (Bauerngut) ohne Rücksicht auf die Personen, theils von der Beschaffenheit der Subjecte ab. So gilt das Cumulirungsverbot für alle Menschen, die Regeln der sogenannten bäuerlichen Erbfolge nur für Bauern, nicht für bürgerliche Besitzer von Bauerngründen. Der Bauernstand war früher ein juristischer und ein socialer Begriff; jetzt ist er nur ein socialer.⁶⁾

4) Eduard Tomasek Ueber die in Galizien geltende Erbfolge in Bauerngütern, in der Ztschr. f. österr. Rechtsgel. 1840, I. Bd. S. 82—105. Dieser Aufsatz behandelt keineswegs, wie man nach der Ueberschrift glauben möchte, specifisch-galizische Zustände und Verordnungen, sondern stellt den Rechtszustand dar, welcher auch in den übrigen österreichischen Ländern bis zum Jahre 1790 gegolten hat (davon noch unten). An diese Arbeit schließt sich (zuweilen recht eng) an die gut geschriebene „Abhandlung über das Erbrecht und die Erbfolge des Bauernstandes“ von E. F. Köhler, in Wessely's Themis, N. F. 7. Heft (1843) S. 87—128. [Manche citiren anstatt dieser Arbeit die Schrift desselben Verfassers über das Ausgedinge auf Bauerngütern, 1842, was den Verdacht erweckt, daß sie weder die eine, noch die andere gelesen haben; vollends gar nicht hierher gehören die Aufsätze von Laufenberger und Wjzdalek.] Auf das engste an Köhler lehnt sich an die Darstellung in Stubenrauch's Commentar (1. Aufl.) II S. 630 ff. Eine lichtevolle, den Stoff unter theoretische Gesichtspunkte kurz zusammendrängende, mehr dogmatische als geschichtliche Darstellung gibt Unger's Erbrecht §. 44 a. — Die auf einzelne Provinzen bezüglichen Arbeiten werden wir später nennen.

5) Vgl. auch die Lehr- und Handbücher des deutschen Rechtes; namentlich hat Stobbe am Ende seines großen Werkes (V. Bd. S. 375 ff.) diese Materie ausführlich behandelt. (Ein auffallender Irrthum ist seine Behauptung, „daß das Auerbenrecht wesentlich dem niederländischen Recht angehört“, S. 375, eine Behauptung, die er S. 383 größtentheils zurücknimmt.) Eine kürzere Darstellung gibt Gengler (3. Aufl.) §§. 183, 184 S. 669 ff. [Eine kühne Behauptung ist es, daß der Vorzug des jüngsten Sohnes „die naturgemäße und darum auch am meisten verbreitete“ Erbordnung sei (S. 671). Dagegen s. Stobbe S. 384 Note 42.]

6) Eine Definition des Bauernstandes s. bei Köhler S. 87; Unger System I S. 41 S. 309, 310. Dieser tadelt, daß Stubenrauch die Definition von Köhler festhält, nachdem es doch Bauerngründe mit den ehemaligen rechtlichen Qualitäten und unterthänige Bauern nicht mehr gebe. „Zum Bauernstande gehören nunmehr alle Personen, welche das Land selbst bebauen und diesen unmittelbaren Betrieb der Landwirtschaft zu ihrem Hauptberufe gemacht haben.“



