

Motive.

1. Abschnitt: Allgemeine Vorschriften.

§. 1.

Das Wort „Erbrecht“ ist festgehalten zur Bezeichnung des Inhaltes des fünften Buches, obgleich auch „Erbrecht“ im subjektiven Sinne nicht zu entbehren ist (vgl. §§ 1384, 1385, 1387, 1624, 1628). Allein diese Bezeichnung ist die übliche; überdies empfiehlt sich das Wort durch seine Kürze, und sind Mißverständnisse nicht zu besorgen. — Das Erbrecht befaßt sich nur mit dem für alle Kreise der Gesellschaft und der Bevölkerung geltenden Rechte; Vorschriften über das bürgerliche Erbrecht (Anerbenrecht), über die Erbfolge in Fideikommiß-, Stamm- und Lehngüter gehören nicht an diese Stelle. Die erforderlichen Vorschriften werden in das CG. aufgenommen (vgl. Art. 35, 83—87, G. 59, 64).

Erbrecht.

Der Entw. zerlegt den Stoff in Ansehung der Erbfolge in 6 Abschnitte. Vorausgeschickt sind im Abschn. 1 einige Vorschriften, die für alle übrigen Abschnitte gelten, und aus welchen insbes. die Grundbegriffe sich ergeben, mit welchen der Entw. zu rechnen hat. Die Abschn. 2—4 enthalten die einzelnen Delationsgründe: letztwillige Verfügung, Verfügung von Todeswegen durch Vertrag, sodann Gesetz. Im 6. Abschn. finden sich die für alle Delationsgründe geltenden Vorschriften über die Rechtsstellung des Erben. Der zwischen dem 4. und 6. Abschn. eingefügte Abschnitt enthält die Vorschriften über den Erbverzicht. Dieses Institut, das in Ansehung des Rechtsgeschäftes Verfügung von Todeswegen ist, bildet inhaltlich keinen Delationsgrund, beseitigt aber einen gesetzlichen Delationsgrund (Verzicht auf die gesetzliche Erbfolge).

Zerlegung des Stoffes.

Die Vorschriften über Vermächtnisse, Auflagen, Ernennung eines Vollstreckers und über Pflichttheilsrecht (Pflichttheilsanspruch eine Geldforderung gegen den Erben) sind als Beschränkungen oder Beschränkungen des Erben am entsprechenden Orte eingefügt (Abschn. 2 Tit. 4, 5, Abschn. 4 Tit. 2).

Ueber das Verhältniß der Delationsgründe (Verfügung von Todeswegen und Gesetz) spricht sich der § 1751 aus. Er bestimmt nicht einen grundsätzlichen Vorzug des einen oder anderen Delationsgrundes. Hierfür ist auch die äußere Reihenfolge, in welcher der Entw. die Vorschriften über Verfügung von Todeswegen und gesetzliche Erbfolge enthält, ohne Belang. Diejenigen neueren Kodifikationen, die, wie der Code, das sächs. GB., Mommsen und der hess. Entw., die gesetzliche Erbfolge voranstellen, haben ebenfalls damit nicht grundsätzlichen Stellung nehmen wollen zu der Frage, ob die Verfügung von Todeswegen oder das Familienerbrecht zum Ausgangspunkte zu nehmen sei. — Von besonderer Bedeutung ist der Unterschied zwischen zwingendem und nachgiebigem Rechte. Auch im 5. Buche ist von dem Versuche, den Charakter der einzelnen Vorschriften in diesem Sinne überall ersichtlich zu machen, Abstand genommen worden. Die Erwägungen, welche zu einem gleichen Ergebnisse in Ansehung der übrigen Bücher geführt haben (Mot. Bd. 1 S. 17, oben Bd. 1 S. 366), sind dafür auch hier maßgebend. Nur in solchen Fällen, in welchen in dieser Richtung erhebliche Zweifel entstehen könnten, oder in welchen ein Hinweis auf die Zulässigkeit der Ausschließung durch Rechtsgeschäft von besonderer Wichtigkeit erschien, ist der dispositive Charakter der Vorschrift durch einen hierauf sich beziehenden Zusatz ersichtlich gemacht worden. Daß im 5. Buche Auslegungsregeln in größerem Umfange als in den ersten Büchern aufgestellt sind, rechtfertigt sich dadurch, daß die Willensauslegung in Ansehung der Verfügungen von Todeswegen vielfach auf größere Schwierigkeiten stößt, da der Mund des Verfügenden sich geschlossen hat, und daß manchen Streitigkeiten durch solche Vorschriften vorgebeugt werden kann.

§. 2.

Verhältniß der Delationsgründe.

Nachgiebiges Recht. Auslegungsregeln.

Die Erbrechtsnormen befassen sich mit der Succession in das Vermögen. Auf dem Gebiete des Rechtes der Schuldverhältnisse ist anerkannt, daß zum Wesen der Obligation nicht ein vermögensrechtliches Interesse des Gläubigers gehört (Mot. dazu S. 5). Auch solche Obligationen

Succession in das Vermögen.

unterliegen den allgemeinen Successionsgrundsätzen. Dies wird nicht zweifelhaft sein. Die höchstpersönlichen Rechte scheiden selbstverständlich aus. Ob und inwieweit eine Succession in sonstige persönliche Rechte (Mitgliedschaft bei einem Personenvereine, Ehrenrechte, Patronat usw.) stattfindet, müssen die der Spezialmaterie angehörenden Normen ergeben. Allgemeine Vorschriften lassen sich darüber nicht geben.

§§ 1749—1752 (II 1799, 1800, B. 1900, 1901, R. 1898, 1899, G. 1922, 1923).

Begriffsbestimmungen.

1. Der § 1749 enthält im Abs. 1 die Begriffsbestimmungen für Erbschaft, Erben und Erbfall. Neben dem Tode des Erblassers ist nicht besonders der Todeserklärung als Veranlassung des Eintrittes des Erbfalls gedacht. Dies ist wegen des § 21 Abs. 2 entbehrlich (vgl. Mot. Bd. 1 S. 47). Die besondere Erwähnung der Todeserklärung könnte zu dem Mißverständnisse Anlaß geben, der Todeserklärung solle in Ansehung des Ueberganges des Vermögens einer verstorbenen Person auf deren Erben eine über § 21 hinausgehende Bedeutung beigelegt werden. —

| S. 3. |
Vermögen als
Erforderlich.

Keines der in Deutschland geltenden Rechte erfordert für die Beerbung, daß der Erblasser Vermögen habe oder hinterlasse (Roth, bayer. PrM. § 296 Anm. 2; Stobbe § 280). Nach einigen Rechten ist jedoch erforderlich, daß der Erblasser vermögensfähig war, und tritt in Ansehung der Nichtvermögensfähigen der Erbfall bereits früher ein, zB. bei bürgerlich Todten und Religiosen (Roth § 296 Anm. 3—5; Stobbe § 280 III; WM. II 11 §§ 1199 ff.). Der Entw. kennt das Institut des bürgerlichen Todes nicht. Ueber den Anfall an Religiose vgl. das GG. [Art. 48, G. 87].

Universal-
succession.

In jeden Nachlaß findet, unabhängig vom Willen des Erblassers, Universalsuccession statt. Dies spricht der Abs. 2 aus, der zugleich den Begriff der Erbfolge erläutert. Die praktische Bedeutung der Vorschrift liegt darin, daß eine Disposition wirkungslos ist, die sich darauf beschränkt, den Eintritt der Erbfolge zu verbieten, und daß, wenn der Erblasser ohne ausdrückliche oder stillschweigende Einsetzung eines Erben lediglich über einzelne Stücke des Nachlasses verfügt, die gesetzliche Erbfolge eintritt. Eine besondere Vorschrift dieses Inhaltes ist mit Rücksicht auf deren fundamentale Bedeutung zweckmäßig. Die zwingende Natur der Vorschrift zu betonen, erscheint angemessen.

Mehrere
Erben.

2. Auf mehrere Erben geht die Erbschaft nach Bruchtheilen über. Dies bestimmt der § 1750 Abs. 1, der zugleich die Begriffsbestimmung für Erbtheile enthält. Der ausgesprochene Grundsatz gilt für alle Berufsungsgründe und ist deshalb in den 1. Abschnitt aufgenommen (vgl. sächs. GB. § 2002; Mommsen § 3, dessen Mot. S. 135, uA.). Die Vorschrift trifft selbstverständlich auch den Fall, daß durch Verfügung von Todeswegen ein Erbe, aber nur zu einem Bruchtheile der Erbschaft eingesetzt ist. In solchem Falle treten in Ansehung der übrigen Bruchtheile nach §§ 1751 Abs. 2, 1790 Abs. 1 die gesetzlichen Erben ein. Mitbin sind auch dann mehrere Erben vorhanden. — Die Ausnahme der allgemeinen Vorschrift, daß, soweit nicht aus dem Gesetze ein Anderes sich ergibt, auf einen Erbtheil die auf die Erbschaft sich beziehenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden (Abs. 2), erspart für zahlreiche Vorschriften, zB. §§ 2028—2030, 2032—2034, 2038, 2039, 2042 usw., die Wiederholung, daß die Vorschriften außer auf die Erbschaft auch auf den Erbtheil sich beziehen.

Erbschaft und
Erbtheil.

Erb-
einsetzung.

3. Die Begriffsbestimmung der Erbeinsetzung enthält der § 1751 Abs. 1 im Wesentlichen in Uebereinstimmung mit allen geltenden Rechten (Windscheid §§ 528, 551; Stobbe § 278; WM. I 12 §§ 4, 44; sächs. GB. §§ 2000, 2002, 2011, 2063, 2166, 2168; öst. GB. §§ 532, 553; Mommsen §§ 2, 3, 17, 133, 135; hess. Entw. 23, 41, 42, uA.) dagegen | ist nach dem Code der Testamentserbe nur wirklicher Erbe, wenn er auf den ganzen Nachlaß eingesetzt ist und Notherben nicht gegenübersteht; in allen anderen Fällen ist der eingesetzte Erbe zwar gegenüber den Gläubigern und Vermächtnisnehmern Erbe, gegenüber den gesetzlichen (Noth-) Erben ist er aber nur Legatar à titre universel; er hat gegen diese Erben lediglich Anspruch auf Ausantwortung des Nachlasses (vgl. 1006 mit 1004—1009, 1012, 1013). Der Entw., welcher nur einen obligatorischen Pflichttheilsanspruch kennt, hat keinen Anlaß, dem Code sich anzuschließen. — Der Erblasser kann, wenn er will, zum Erben einsetzen, soweit nicht das Gesetz etwas Abweichendes bestimmt.

| S. 4.

Verhältnis
der De-
lations-
gründe.

Zugleich regelt der § 1751 das Verhältnis der Delationsgründe zu einander (Abs. 2). Die gesetzliche Erbfolge tritt nicht ein, wenn und soweit der Erblasser einen Erben eingesetzt hat. Hierdurch tritt bereits hervor, daß der Entw. den Satz des röm. Rechtes „nemo pro parte testatus etc.“ (vgl. zum § 1790) nicht anerkennt. Die gesetzlichen Erben treten ein, wenn überhaupt ein Erbe nicht eingesetzt ist, aber auch neben dem eingesetzten Erben, soweit der Erblasser nur über einen Theil des Nachlasses verfügt hat. Wer die Berechtigten sind, falls und soweit die gesetzliche Erbfolge eintritt, ergeben die §§ 1965 ff. — Aber auch wenn und soweit die Erbeinsetzung unwirksam ist oder unwirksam wird, tritt die gesetzliche Erbfolge ein. Hierdurch werden einbezogen die Fälle, daß der Eingesetzte in Folge seines Todes vor dem Erblasser weggefallen ist, daß der Eingesetzte ausshläat, soweit nicht durch Erbscheineinsetzung oder sonst vorgesorgt ist, endlich, daß die Ver-

fügung von Todeswegen nichtig oder anfechtbar und angefochten ist (§§ 108, 112), selbst wenn die Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit erfolgt ist (§ 2046). Eine Aufzählung der einzelnen Fälle ist weder erforderlich noch rathsam. Der Entw. giebt darüber an den einschlagenden Stellen nähere Auskunft.

Der § 1751 bezieht sich seinem ganzen Inhalte nach auf alle Verfügungen von Todeswegen. Unter diesem Ausdrucke faßt der Entw. durchweg (vgl. zB. §§ 59, 62, 663, 1395, 1409 uA. Mot. Bd. 1 S. 120) einseitige widerrufliche Verfügungen und vertragsmäßige, nicht einseitig widerrufliche Verfügungen zusammen.

Verfügung von Todeswegen.

4. Daß Erbe nicht werden kann, wer den Erblasser nicht überlebt hat, ist eine allgemeine Regel (vgl. Windscheid § 535 Anm. 4; MN. I 9 § 367, 12 § 631; sächs. GB. § 2008; öst. GB. § 536; Code 725, 906, 1039; Mommsen § 8 Abs. 1; hess. Entw. 4). Im Allgemeinen ist davon auszugehen, Erbe könne nicht werden, wer nicht zur Zeit des Erbfalles schon lebt und noch lebt. Daß der Erbe den Eintritt des Erbfalles erleben müsse, kann nicht bestimmt werden. Denn der allgemeine Grundsatz erleidet Modifikationen in Ansehung des zur Zeit des Erbfalles schon Empfangenen (§ 2026) und des als Nacherbe Eingesezten (§§ 1758, 1808). Wegen der aufschiebend bedingten Zuwendung vgl. den § 1761, wegen des Todes des eingesezten Nacherben nach dem Erballe, aber vor dem Eintritte der Nacherbfolge den § 1810. Besondere Vorschriften für den Fall, daß der Anfall erst nach dem Erballe erfolgt (vgl. öst. GB. § 545, Unger § 5 Anm. 1, 20; Mommsen § 8 Abs. 1), sind an dieser Stelle nicht erforderlich. Materielle Bedeutung hat der § 1752 wesentlich in Ansehung des eingesezten Erben. Denn für die gesetzliche Erbfolge bestimmt sich die Berechtigung gemäß § 1964 nach der Zeit des Erbfalles, so daß als Erbe nur in Betracht kommen kann, wer zur Zeit des Erbfalles noch lebt. — Das dem Erben Zugedachte geht auf dessen Erben nicht über, wenn er den Erblasser nicht überlebt hat; dies wird durch § 1752 dem Zweifel entrückt. — Weitere Vorschriften sind in den Abschn. 1 nicht aufgenommen. Die Vorschriften, betr. den Uebergang der einzelnen Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers auf den Erben (§§ 2051 ff.) hierher zu übernehmen, ist für angemessen nicht erachtet worden, weil sie besser im Zusammenhange mit den Wirkungen des Erbschafts-erwerbes zu verstehen sein werden.

Überleben des Erben. (G. § 1923.)

| S. 5.

2. Abschnitt: Letztwillige Verfügung.

| S. 6.

1. Titel: Allgemeine Vorschriften.

Der Entw. verwendet die Ausdrücke „letztwillige Verfügung“ und „Testament“ als gleichbedeutend. Am Worte „Testament“ ist festgehalten, obschon es ein Fremdwort ist, weil es sich überall in Deutschland Bürgerrecht erworben hat und selbst im Gebiete des sächs. GB., welches das Wort vermeidet, keineswegs verdrängt ist. Auch ist das Wort in der Zusammensetzung, zB. Testamentsvollstrecker, nicht wohl zu entbehren. Beide Ausdrücke bezeichnen die einseitige widerrufliche Verfügung ohne Unterscheidung ihres spezifischen Inhaltes (Erbeinsetzung oder sonstige Disposition). Der Erblasser ist zwar in gleicher Weise ungebunden in Ansehung gewisser Dispositionen, die in Erbeinsetzungsverträgen getroffen sind, also der Wirkung nach der letztwilligen Verfügung in dem hier in Rede stehenden Sinne gleichstehen. Von Verfügungen solcher Art spricht der Entw. erst in den §§ 1955 ff. Hervorzuheben, daß für diese Verfügungen die für letztwillige Verfügungen geltenden allgemeinen materiellen Vorschriften anwendbar bleiben, ist nicht nothwendig. Ueberdies würde der Gedanke kaum aus dem Gesetze erkennbar werden. — Eine Unterscheidung in dem Sinne, daß „Testament“ oder „letzter Wille“ verwendet wird, um den Inbegriff der getroffenen letztwilligen Verfügungen, möge es sich dabei um eine oder mehrere Verfügungen handeln, zu bezeichnen, dagegen unter „letztwilliger Verfügung“ eine einzelne von mehreren in einem Akte niedergelegten Verfügungen verstanden wird, ist nicht rathsam; eine solche Unterscheidung läßt sich terminologisch nicht streng durchführen. — Den Ausdruck „letzter Wille“ als gleichbedeutend zu erwähnen, besteht kein Bedürfnis; nicht alle im Leben geläufigen Ausdrücke können oder müssen zu technischen gemacht werden.

Vorbemerkung. Terminologie.

[§§ 1753, 1754 (II 2121, 2168, B. 2228, 2276, R. 2226, 2275, G. 2253, 2302).

| S. 7.

Die wichtige soziale Frage, ob die Testirfreiheit zu beschränken oder zu erweitern sei, hat noch keineswegs die erforderliche Klärung erfahren, um sie in unabhängiger Weise im Wege der Gesetzgebung zu lösen; deshalb ist noch Anschluß an das geltende Recht zu suchen. Wenn der § 1753 Abs. 1 ausspricht, daß der Erblasser durch einseitige Verfügung verfügen kann, so fügt er doch die Einschränkung bei „soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt“. Der Grundsatz erleidet nämlich wesentliche Einschränkungen, theils durch die nachfolgenden Vorschriften über Testamentsfähigkeit, Pflichttheil, Erbvertrag usw., theils aber auch in anderen Richtungen (zB. § 1390). — Nach dem bestehenden Rechte steht ferner nicht selten dem Fiskus oder einer anderen juristischen Person in Ansehung des Nachlasses einer verpflegten oder unterstützten Person ein

Testirfreiheit.

die letzte Verfügung ausschließendes oder beschränkendes Recht zu, entweder kraft Gesetzes oder so, daß es an den Eintritt in die Anstalt oder die Verpflegung geknüpft werden kann. Ob in dieser Hinsicht ein Vorbehalt am Plage sei, ist bei Verathung des GG. zu prüfen [vgl. Art. 81, 82; G. 138, 139].

Verfügung
über das
Vermögen,
Ausnahmen.

Der Erblasser kann in der Regel nur über sein Vermögen letztwillig verfügen (§ 1753 Abs. 1). Diese Regel unterliegt Ausnahmen, die an anderen Stellen (vgl. insbes. §§ 1287, 1347, 1351, 1396, 1431, 1510, 1517, 1636, 1640, 1647, 1652, 1660, 1693, 1695, 1718, 1738, 1745) bestimmt sind, indem vorgeschrieben ist, es könne durch letztwillige Verfügung eine näher bezeichnete Anordnung getroffen werden. Verfügungen dieses Inhaltes werden durch die §§ 1753, 1754 mit umfaßt. Auf solche Verfügungen finden auch die Vorschriften über letztwillige Verfügungen Anwendung, soweit sie sich nicht auf Vermögen beziehen, insbes. die über Errichtung und Aufhebung. In der Begriffsbestimmung sind jedoch diese Verfügungen nicht besonders erwähnt, weil der Schwerpunkt des Institutes in der Verfügung über das Vermögen liegt und bei der Uebergehung dieses Schwerpunktes die Vorschrift nichts oder zu viel befehlen würde. Ebensovienig erscheint es zulässig, auf diejenigen einseitigen Verfügungen, die nicht das Vermögen zum Gegenstande haben, die Vorschriften für entsprechend anwendbar zu erklären, welche in Ansehung der das Vermögen betr. Verfügungen gelten. Damit würde nicht allein gegen die in der Wissenschaft geläufige Begriffsbestimmung der letztwilligen Verfügung (Windscheid § 538; Unger § 8, ufl.) verstoßen, sondern es würde auch erforderlich, die nicht das Vermögen betr. einseitigen Verfügungen aufzuzählen. Die Vollständigkeit einer solchen Aufzählung ist jedoch schwer zu übersehen. Dazu kommt, daß es im Einzelfalle sehr zweifelhaft sein kann, ob und inwieweit eine Verfügung über das Vermögen vorliegt.

§ 8.
Aufhebung.

Die Einschränkung „soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt“ bezieht sich nicht auf die bezeichneten familienrechtlichen Anordnungen; bei diesen ist vielmehr umgekehrt die Voraussetzung „soweit das Gesetz eine solche Vorschrift gestattet“.

Vertragsm.
Verpflichtung
zur Er-
richtung oder
Aufhebung.

Der § 1753 Abs. 2 ergänzt die Begriffsbestimmung der letztwilligen Verfügung durch Beifügung eines charakteristischen Merkmales, nämlich, daß die Verfügung jeder Zeit aufgehoben werden kann. Der Ausdruck „aufheben“ ist gewählt, weil das Testament nicht ausschließlich durch einen Widerruf aufgehoben werden kann (§§ 1933 ff.). Der Widerruf ist gleichfalls eine letztwillige Verfügung, obschon dies nicht besonders zum Ausdruck gebracht ist. Demgemäß finden auf den Widerruf die Vorschriften über letztwillige Verfügungen Anwendung, soweit nicht in §§ 1933 ff. etwas Besonderes bestimmt ist.

Zu bestimmen, daß der Vertrag nichtig ist, durch den Jemand sich verpflichtet, eine letztwillige Verfügung zu errichten oder nicht zu errichten, aufzuheben oder nicht aufzuheben (§ 1754; vgl. Windscheid § 564 Anm. 45; Stobbe § 302 Anm. 19 ff.; WM. I 12 § 564; sächs. GB. §§ 2210, 2212, 2263; Mommsen § 163), kann deshalb entbehrlich erscheinen, weil bereits der § 796 bestimmt, daß die Befugniß, über ein Recht zu verfügen, nicht durch Rechtsgeschäft mit Wirkung gegen Dritte ausgeschlossen oder beschränkt werden kann. Allein die Vorschrift bringt zugleich zum Ausdruck, daß im Falle der Zuwiderhandlung auch eine obligatorische Ersatzpflicht nicht eintritt. Das Wort „nichtig“ läßt erkennen, daß das Rechtsgeschäft von Anfang an völlig wirkungslos ist (vgl. §§ 108, 112). Mit Rücksicht auf §§ 342, 343 ist nur von einem Vertrage zu reden. Die Ausnahmen, welche sich in Ansehung der Erbeinsetzungs- und Vermächtnisverträge ergeben, bedürfen an dieser Stelle keiner Erwähnung; sie ergeben sich aus den diese Verträge betr. Vorschriften (vgl. insbes. §§ 1956, 1962).

Derogato-
rische Klausel.

In Ansehung der sog. derogatorischen Klausel, dh. einer Selbstbeschränkung des Verfügenden hinsichtlich der Form der letztwilligen Verfügung, insbes. der Form einer die frühere Verfügung aufhebenden letztwilligen Verfügung (vgl. Stobbe § 302 Anm. 18; sft. GB. § 716, Unger § 24; Roth § 300 Anm. 64 ff., § 337 Anm. 37, 38, 69; heff. Entw. 180), ist eine Vorschrift nicht erforderlich. Es ist selbstverständlich, daß der Erblasser sich dadurch nicht wirksam binden kann, daß er einseitig eine besondere Form sich vorschreibt, selbst soweit eine Abweichung von der gesetzlichen Form an sich zulässig ist. Hat er der Bestimmung, bei Errichtung einer anderweiten Verfügung einer näher bezeichneten Form sich bedienen zu wollen, nicht entsprochen, so ist es eine Frage der Willensauslegung, ob die später errichtete Verfügung nicht endgültig getroffen werden oder jene frühere Bestimmung und die früher errichtete Verfügung überhaupt aufgehoben werden sollte. — Daß ein Erblasser, auch wenn er seine Verfügung für unwiderruflich erklärt hat, an einer weiteren Verfügung nicht gehindert ist, kann nach § 1753 Abs. 2 und § 1754 nicht zweifelhaft sein.

§ 9.
II. Inhalt.
A. Gegen-
stand.
1. Bestim-
mung des
Erben.

§§ 1755, 1756 (II 1814/6, 2018, B. 1915/7, 2123, R. 1913/5, 2121, G. 1937/9, 2147).

1. Die Vorschrift, daß der Erblasser durch letztwillige Verfügung den Erben bestimmen kann (§ 1755 Abs. 1), kann wegen des § 1751 Abs. 1 überflüssig erscheinen. Die Ausnahme ist aber zweckmäßig, weil in §§ 1755—1757 hervorgehoben wird, was der Erblasser durch letztwillige

Verfügung bestimmen kann (vgl. §§ 1889, 2152, 2153). — Nicht in gleicher Weise selbstverständlich ist, daß der Erblasser durch testamentarische Verfügung eine bestimmte Person von der Erbfolge ausschließen kann, ohne einen Erben einzusetzen (Abs. 2). Die Vorschrift erhält ihre Schranke durch § 1749 Abs. 2, aus dem verb. mit § 1974 erhellt, daß der Fiskus als Erbe nicht ausgeschlossen werden kann. Sie rechtfertigt sich dadurch, daß es an genügenden Gründen fehlt, dem Erblasser nur die Erbeinsetzung zu gestatten und die Wirksamkeit einer negativen Anordnung desselben von geringerer Tragweite, durch die lediglich das gesetzliche Erbrecht einer bestimmten Person ausgeschlossen wird, nicht anzuerkennen. Diese Anerkennung ist im BGB. auszusprechen, da darin eine positive Ausdehnung der Privatautonomie enthalten ist. Die Vorschrift findet auch Anwendung auf den Ausschluß Pflichtteilsberechtigter von der Erbfolge (§ 1976).

2. Der § 1756 Abs. 1 giebt eine Art Begriffsbestimmung des Vermächtnisses als eines Gegenstandes der testamentarischen Verfügung. Im Anschlusse an die Theorie des gemeinen Rechtes (Windscheid §§ 533, 623; Roth § 317) und an den Code 1010, entgegen der Mehrzahl der neueren Gesetze (Allr. I 12 §§ 5, 6, 256; sächs. GB. § 2004, Mommsen § 6; hess. Entw. 43 uA.), begnügt sich der Entw. mit einer negativen Fixirung. Jede positive Begriffsbestimmung ist bedenklich; es läßt sich kaum eine Fassung finden, welche alle Arten der Vermächtnisse, insbes. die mittelbaren Zuwendungen und das Liberationslegat einbezieht. Da vom Entw. (§§ 1804 ff.) dem Universalideitommisse der rechtliche Charakter einer Nacherbenschaft beigelegt ist, die Anordnung eines solchen Fideitommisses mithin unter die Erbeinsetzung fällt, so erscheint die Begriffsbestimmung „kann auch in anderer Art als im Wege der Erbeinsetzung eine Zuwendung . . . erfolgen“ zutreffend und ausreichend. Die Abgrenzung gegenüber der Auflage (modus) ist genügend, da die Auflage dem Dritten, wenn sie auch zu dessen Gunsten gereicht, nicht einen selbständigen Anspruch auf das Zugewendete gewährt (vgl. § 1757). Dagegen liegt im Begriffe der Zuwendung, daß derjenige, welchem etwas zugewendet wird, einen selbständigen Anspruch auf das Zugewendete erhält. Das *condicionis implendae causa* zu Leistende (l. 96 § 4 D. de leg. I; vgl. sächs. GB. § 2592; Unger § 81 Anm. 6; Dernburg, PrivR. § 132 Anm. 10; Mommsen, Mot. S. 463; Windscheid § 581 Anm. 7 § 677) fällt nicht unter den Begriff des Vermächtnisses, | S. 10. denn die andere Person hat keinen Anspruch auf das zu Leistende; in Ansehung dieser liegt keine Zuwendung vor. Ueber den Begriff des Vermächtnisses ganz zu schweigen, kann nicht für rathsam erachtet werden.

Daß hervorgehoben wird, wer vom Erblasser mit einem Vermächtnisse beschwert werden kann, nämlich sowohl ein Erbe als ein Vermächtnisnehmer (Abs. 2), rechtfertigt sich dadurch, daß die späteren Vorschriften eine solche Vorschrift voraussetzen. In Frage steht der Satz der Doktrin, daß derjenige onerirt werden kann, der honorirt ist. Diesen Satz (vgl. l. 1 § 6 D. de leg. III; Windscheid §§ 556, 626; sächs. GB. § 2388; Mommsen § 339; desgl. den dem Entw. entsprechenden § 61 Allr. I 12) näher zu spezialisiren, ist nicht erforderlich. Denn es handelt sich immer um einen Erben oder einen Vermächtnisnehmer, dem unmittelbar oder auf einem Umwege etwas zugewendet wird.

§ 1757 (II 1817, B. 1918, R. 1916, G. 1940).

Aus den gleichen Gründen wie in § 1756 wird hier bestimmt, daß mit einer Auflage ein Erbe sowie ein Vermächtnisnehmer beschwert werden kann. Zugleich wird eine Begriffsbestimmung für die Auflage gegeben; auch diese ist mehr negativen Inhaltes; sie beschränkt sich darauf, hervorzuheben, daß die Verpflichtung zu einer Leistung ohne Zuwendung an einen Anderen eine Auflage sei. Wegen des geltenden Rechtes vgl. Windscheid §§ 556, 633 Anm. 8, § 636 Anm. 2, 3, 5, § 678 Nr. 2, 3; Brinz § 376; Allr. I 12 § 61, 508—515, Dernburg §§ 162, 163, Eccius § 250 S. 427, 428; öst. GB. §§ 708 ff., Unger §§ 18, 58; sächs. GB. §§ 2151—2154, 2240; Mommsen § 120—124, 389; hess. Entw. 59, 68, 69.

Da der Entw., wie in der Vorbemerkung zum Titel 4 dieses Abschnittes dargelegt ist, dem Vermächtnisse nur obligatorische Wirkungen beilegt, so könnte auch das Vermächtniß unter den abgemeinen Begriff der Auflage gestellt werden. Es erscheint aber erforderlich, die anderen Auflagen, die keine Vermächtnisse sind, ebenfalls besonders zu bezeichnen, weil in Ansehung derselben einige besondere Vorschriften, vgl. §§ 1886—1888, zu geben sind. Der Entw. verwendet dafür das Wort „Auflage“ ohne weiteren Beifügung und macht dies durch die Begriffsbestimmung erkennbar. Den Unterschied zwischen einem Vermächtnisse und der Auflage des Entw. genauer darzulegen, kann nicht Aufgabe des Gesetzes sein. Die Vorschrift wird keinen Zweifel lassen, daß der Entw. das Wesen des Unterschiedes darin findet, daß durch das Vermächtniß ein das Vermögen des Bedachten vermehrendes Forderungsrecht erzeugt wird, und daß der Erblasser die Vermächtnisanordnung nur getroffen hat, um demjenigen, zu dessen Vortheil die Anordnung gereicht, eine Zuwendung zu machen. Die Auflage dagegen in dem vom Entw. ihr beigelegten Sinne hat nur eine Verpflichtung des Beschwerten zu einer Leistung zur Folge; dem dadurch Begünstigten wird ein Gläubigerrecht nicht | S. 11. gewährt. Die rechtliche Erzwingbarkeit der aus der Auflage sich er-

2. Vermächtniß.

| S. 10.

Person des Beschwerten.

3. Auflage.

Vermächtniß als Auflage.

gebenden Verpflichtung des Beschwerten ist nicht ausgeschlossen; sie wird im § 1888 geregelt. — Eine Begriffsbestimmung wird hier gegeben, während schon im § 448 von der Schenkung unter einer Auflage die Rede ist und dort der Begriff als bekannt vorausgesetzt ist. Die große Bedeutung, die eine letztwillig angeordnete Auflage hat, läßt es gerathen erscheinen, hier nicht in gleicher Weise den Begriff als bekannt anzusehen und wenigstens einen der Hauptunterschiede vom Vermächtnisse zum Ausdruck zu bringen. Die Frage, ob nicht auszusprechen sei, daß die Erfüllung der Auflage, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers erhellt, nicht eine Bedingung sei (vgl. bayer. MN. III 3 § 11 Nr. 3; Gruchot's Erbrecht II S. 145, uA.), ist zu verneinen. Denn selbstverständlich kann die Auflage schon deshalb keine Bedingung sein, weil sie, wie der § 1887 Abs. 1 erkennen läßt, eine selbständige Bedeutung und nicht, wie die Bedingung, den Charakter einer Nebenbestimmung hat (Mot. 1 S. 248 ff.).

§ 1758 (II 1800, 1974, B. 1901, 2078, R. 1899, 2076, G. 1923, 2101).

B. Person des
Bedachten.
Nasciturus.

Nach § 3 beginnt die Rechtsfähigkeit des Menschen erst mit dessen Geburt; der Satz „nasciturus pro jam nato etc.“ hat im Allg. Theile Aufnahme nicht gefunden, vielmehr wird prinzipiell der nasciturus als nicht existent behandelt (Mot. 1 S. 29). Der Natur der Dinge entspricht es, ihn in Ansehung der Fähigkeit, letztwillig bedacht zu werden, der bereits existirenden physischen Person gleichzustellen. Dies rechtfertigt die Aufnahme des Abs. 1, wonach eine zur Zeit des Erbfalls bereits empfangene Person als Erbe oder Nacherbe eingesetzt sowie mit einem Vermächtnisse bedacht werden kann (vgl. Windscheid § 535 Anm. 5; MN. I 12 § 36 mit 1 § 12; Code 725, 906; sächs. GB. § 2008; Mommsen § 8 ufw.). Wann im Einzelfalle eine nach dem Tode des Erblassers geborene Person als zur Zeit seines Todes empfangen zu gelten hat, läßt sich nicht durch eine besondere Vorschrift feststellen. Im Allgemeinen wird die im § 1467 geregelte Empfängnißzeit den Weg zeigen; das Gleiche läßt sich hinsichtlich der unehelichen Kinder vom § 1572 erwarten. Aber es genügt nicht, daß die Empfängnißzeit überhaupt zutrifft, sondern es muß auch die Möglichkeit hinzutreten, daß die Erzeugung wirklich vor dem in die Empfängnißzeit fallenden Zeitpunkte des Todes des Erblassers stattgefunden hat. Der Beweis des Gegentheiles kann nicht abgeschnitten werden. Fraglich erscheint, ob die engen Schranken, die dem Gegenbeweise in Ansehung der Ehelichkeit (und auch der unehelichen Vaterschaft) gezogen sind, hier durchgängig Platz greifen dürfen, wensichon der Erblasser, welcher ein eheliches oder uneheliches Kind, das noch nicht existirt, letztwillig bedacht, in der Regel ein solches Kind meinen wird, das nach dem | §. 12. Gesetze als ein eheliches oder uneheliches zu gelten hat. Jedenfalls können | die Fälle zu verschiedenartig liegen, um die Aufstellung einer gesetzlichen Regel oder auch nur einer Vermuthung zu rechtfertigen.

Zur Zeit des
Erbfalls noch
nicht Em-
fangener.

Der Entw. läßt aber auch eine zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht empfangene Person innerhalb der Schranken der §§ 1808 Abs. 2, 1812, 1813, 1868, 1869 sowohl zum Nacherben einsetzen als mit Vermächtnissen bedenken, stellt jedoch in Ansehung einer etwa bestimmten Erbeinsetzung einer solchen noch nicht existirenden Person die Auslegungsregel auf, daß der Erblasser eine Einsetzung als Nacherbe gewollt habe (Abs. 2). Das geltende Recht stimmt nicht durchweg mit dieser Auffassung überein; vgl. Windscheid § 535 Anm. 5; sächs. GB. § 2008; Code 906; Mommsen § 8; heß. Entw. 4—6. Wegen des MN. vgl. Dernburg § 100 Anm. 7 ff.; Eccius § 251 S. 434 ff.; die Praxis hat jedoch häufiger die Ansicht vertreten, welche im Entw. Ausdruck gefunden hat, Eccius ad.

Daß eine noch nicht existente Person mit einem Vermächtnisse bedacht werden kann, ist überwiegend geltendes Recht (Windscheid § 625 Anm. 2, 3; sächs. GB. § 2396; öst. GB. § 647, uA.). Es fehlt an genügenden Gründen, den Erblasser in dieser Richtung zu beschränken. Die in § 1869 Abs. 2 enthaltene, nicht unerhebliche Einschränkung kann erst in der Begründung zu dieser Vorschrift erörtert werden.

Umdeutung
der Erb-
einsetzung.

In Ansehung der Erbeinsetzung kommt Folgendes in Betracht. Zwar ist es einfacher und schafft klarere Verhältnisse, wenn die Erbeinsetzung einer zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht empfangenen Person für hinfällig erachtet wird. Allein, daß die Unwirksamkeit dem anzunehmenden Willen des Erblassers entspreche, ist für die Mehrzahl der Fälle nicht richtig. In der Regel legt der Erblasser, der eine noch nicht vorhandene Person zum Erben einsetzt, mehr auf die Zuwendung an die Person Gewicht, als darauf, ob diese Person noch bei seinen Lebzeiten oder später geboren oder empfangen wird. Bedenklich erscheint auch die Annahme, in der Einsetzung als Erbe liege die Voraussetzung ausgedrückt, der Eingesezte werde zur Zeit des Todes des Erblassers vorhanden sein, weil er sonst nicht, wie beabsichtigt, der unmittelbare Rechtsnachfolger des Erblassers sein könne. Denn diese Annahme beruht auf der Voraussetzung, daß dem Erblasser eine Rechtskenntniß beizubehalten, wie sie sich im Leben nur sehr selten finden wird. Noch weniger kann aus gleichem Grunde der Ausführung Gewicht beigelegt werden, der Erblasser gebe damit, daß er die noch nicht einmal empfangene Person als Erben einsetze, obschon ihm doch die Anordnung

einer Nachbarschaft freistand, zu erkennen, der Eingesezte müsse zur Zeit des Todes vorhanden sein, wenn er die Zuwendung erhalten solle. Von Belang könnte hingegen der Einwand erscheinen, es sei nicht rathsam, das wegen der Festlegung des Vermögens auf vielleicht lange Zeit mißliche Institut der Nachbarschaft zu begünstigen. Der Einwand kann aber nicht für durchgreifend erachtet werden gegenüber dem im § 1778 ausgesprochenen Hauptgrundsatz, die Anordnungen eines Erblassers thunlichst so auszulegen, daß sie Erfolg haben. Die Umdeutung in eine die Einsetzung als Nacherbe bezielende Anordnung ist nur eine geringe; sie ist mindestens in allen den Fällen voll berechtigt, in | welchen erhellt, daß der Erblasser sich bewußt gewesen sein mußte, der Ein- | §. 13.
gesezte werde zu der betr. Zeit noch nicht empfangen sein. Durch Aufstellung einer Auslegungsregel, daß dies gewollt sei, wird das Gesetz zumeist dem Willen des Erblassers gerecht, und der Eingesezte erhält, was er erhalten sollte. Die Aufstellung der Auslegungsregel führt zu dem Ergebnisse, daß für die Minderzahl der Fälle, in welchen die Annahme nicht zutreffen sollte, der Gegenbeweis offen bleibt. Der Uebelstand, der in der Nachbarschaft gefunden werden möchte, wird zudem durch die beschränkenden Vorschriften der §§ 1812, 1813 wesentlich gemindert.

Die Einsetzung einer solchen Person als Ersagerben zuzulassen, ist nicht erforderlich. In manchen Fällen kann dies unbillig erscheinen und die Zulassung vom Standpunkte der Fürsorge zu Gunsten einer zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht empfangenen Person als angemessen bezeichnet werden. Als solche Fälle treten besonders hervor:

I. Der Erblasser hat mit einer Erbeinsetzung die Nacherbeinsetzung einer Person, deren Geburt erst in Aussicht genommen ist, verbunden. In diesem Falle treten dann, wenn der eingesezte Erbe wegfällt, die gesetzlichen Erben als Vorerben ein, § 1808. Diese haben im Falle der Geburt des als Nacherbe Anzusehenden die Erbschaft dem Nacherben herauszugeben. Dies gilt selbst dann, wenn der als Nacherbe Anzusehende zu der Zeit, zu der es sich entscheidet, daß der eingesezte Erbe nicht Erbe wird (z. B. weil er ausschlägt), bereits empfangen ist. Allein eine abweichende Regelung wäre nur möglich mit Hilfe der Fiktion, daß die bezeichnete Person schon zur Zeit des Erbfales empfangen oder geboren gewesen sei. Dies wäre künstlich und würde mit dem überall geltenden Rechte im Widerspruche stehen. Das Interesse des als Nacherbe Eingesezten ist zudem kein erhebliches, da es sich nur darum handeln könnte, den gesetzlichen Erben die Früchte der Zwischenzeit zu entziehen. Ueberdies erscheint es fraglich, ob, wenn der bezeichnete Fall einmal vorkommen sollte, das Ergebnis jener Regelung dem Willen des Erblassers entsprechen würde.

II. Eine Person, die erst nach des Erblassers Tode empfangen ist, ist ausdrücklich als Ersagerbe eingesezt; sie ist zwar noch nicht zur Zeit des Erbfales, jedoch zur Zeit der Ausschlagung seitens des zunächst eingesezten Erben empfangen. In diesem Falle kommen freilich nicht ausschließlich die Früchte der Erbschaft in Betracht, sondern es handelt sich zugleich auch darum, ob nicht die Einsetzung als Ersagerbe wichtig ist, weil sie unmittelbar gegen den Grundsatz des § 1758 verstößt. Indessen werden solche Fälle überaus selten vorkommen. Ferner ist nicht ausgeschlossen, eine solche Verfügung dahin auszulegen, daß der als Ersagerbe des Ersteingesezten Berufene in der That und nach dem Willen des Erblassers als Nacherbe der gesetzlichen Erben des Erblassers eingesezt ist (vgl. § 1758 Abs. 2). Deshalb verdient es den Vorzug, es bei dem wichtigen Grundsatz zu belassen und das Verständnis nicht durch Ausnahmenvorschriften zu erschweren. Sollte für so seltene Fälle Vorsorge getroffen werden, so wäre es zudem zweckmäßiger, eine darauf gerichtete Vorschrift unter die Vorschriften über die Ausschlagung der Erbschaft aufzunehmen.

| Die Frage, ob der Abs. 2 nicht auf den Fall für entsprechend anwendbar zu erklären sei, | §. 14.
daß Jemand als Erbe eingesezt ist, dessen Persönlichkeit (Individualität) durch ein erst nach dem Durch ein
Erbfales eintretendes Ereigniß bestimmt werden soll, mag es sich um eine zur Zeit des Erbfales späteres
schon vorhandene oder noch nicht einmal empfangene Person handeln, ist zu verneinen, obgleich Ereigniß sich
der Entw. (vgl. zum § 1768) nicht darüber bestimmt, ob eine persona incerta bedacht werden bestimmende
kann. Im § 1758 Abs. 2 ist eine beschränkte passive Testamentsfähigkeit der zur Zeit des Erb- Person.
fales noch nicht empfangenen Person mit Durchbrechung der Rechtsregel des § 3 über den Beginn der Rechtsfähigkeit bestimmt. Von einer solchen ausnahmsweisen Verleihung beschränkter passiver Testamentsfähigkeit kann, wenn es sich um eine persona incerta handelt, auch dann, wenn deren Individualität erst nach dem Tode des Erblassers festzustellen ist, nicht die Rede sein, denn die volle passive Testamentsfähigkeit einer solchen ist zweifellos. Von selbst versteht sich jedoch, daß der § 1758 Abs. 2 unmittelbare Anwendung findet, wenn es sich um eine zur Zeit des Erbfales noch nicht empfangene persona incerta handelt. Würde der § 1758 Abs. 2 für entsprechend anwendbar erklärt, so würde nicht eine mangelnde Testamentsfähigkeit verliehen, vielmehr die vorhandene passive Testamentsfähigkeit beschränkt. Für eine solche Beschränkung fehlt es an einem zureichenden Grunde. — Daß die Anordnung des Erblassers, die eine erst nachträglich zu ermittelnde Person zum Erben einsetzt, sofern es sich nicht um eine bestimmte, aber nach angegebenen

Merkmale zu ermittelnde Person handelt, als eine aufschiebend bedingte Erberrsetzung zu beurtheilen sei, ist im § 1808 Abs. 2 bestimmt.

Erbunfähigkeitsgründe.

Im geltenden Rechte finden sich noch Erbunfähigkeitsgründe, theils solche absoluter Natur (zur Strafe für bürgerlich todt Erklärte, Code 902 mit 25; Söhne und Töchter von Hochverräthern, Ketzer und Apostaten, Fremde, A. N. I 12 § 40 mit Einl. § 43, Code 912), theils solche in Beziehung auf einen bestimmten Nachlaß (Personen, die in blutschänderischer Ehe leben bz. deren Abkömmlinge, Code 762, 907; Wittwen, die das Trauerjahr verletzt haben, Personen, welche die ihnen obliegenden Pflichten als Vormünder verletzen, zum Theile sogar Vormünder überhaupt, Code 907, A. N. II 1 §§ 982, 985, 999, 1011). Der Entw. hat Vorschriften dieser Art nicht aufgenommen. Das Verhältniß der Fremden gehört dem internationalen Privatrechte an. Im Uebrigen sind die bezeichneten Gründe dem heutigen Rechtsbewußtsein fremd, nicht selten von bestrittener Geltung und, soweit sie auf dem Gesichtspunkte der Strafe beruhen, der Natur des bürgerlichen Rechtes widerstrebend. In Ansehung derjenigen, die mit dem Erblasser Ehebruch oder Blutschande getrieben haben, läßt sich zwar für die Unfähigkeit geltend machen (Mommjen's Mot. S. 182) die Rücksicht auf die öff. Moral, auf das sittliche Gefühl des besseren Theiles der Bevölkerung, welches durch die Aufrechterhaltung solcher Zuwendungen verletzt | werden würde. Dieser Grund würde aber viel weiter führen. Ueberdies erscheint der Grund in vielen Fällen nicht zutreffend, da der andere Theil nicht selten gesetzlicher Erbe sein wird, auch vielleicht die Verfügung schon lange vor Begehung der unerlaubten Handlung oder des Verbrechens errichtet ist. Die Aufnahme einer solchen Vorschrift würde nöthigen, zu entscheiden, ob der Unfähigkeitsgrund kraft Gesetzes oder auf Antrag und auf weissen Antrag zur Geltung zu bringen ist. Endlich würde die Vorschrift vor Umgehungen nicht wohl gesichert werden können. Andere der bezeichneten Unfähigkeitsgründe sind durch die derzeitigen Einrichtungen über die Führung der Vormundschaft, über die Eheverhältnisse usw. völlig entbehrlich geworden.

§. 15.

Relative Unfähigkeit, bedacht zu werden.

Weiter finden sich im geltenden Rechte Vorschriften, daß der Erblasser gewisse Personen zum Besten gewisser anderer Personen nur beschränkt bedenken darf. Hierher gehören die Vorschriften, nach welchen ein zweiter Ehegatte oder uneheliche Kinder und deren Mutter nur beschränkt bedacht werden dürfen, wenn Kinder früherer Ehe oder eheliche Kinder vorhanden sind (gemeines Recht; Code 1098 ff., 908). Diese Beschränkungen sind von den neueren Gesetzen zumeist aufgegeben; sie sind theils als Strafen zweiter Ehe, welche der Entw. nicht kennt, theils weil innerlich nicht zu rechtfertigen und leicht zu umgehen, nicht aufgenommen. Nach einigen Rechten können ferner vom Gesichtspunkte des Schutzes der freien Willensbestimmung des Erblassers oder der Sicherung des wirklichen letzten Willens aus gewisse Personen nicht oder nur beschränkt bedacht werden (säch. G. B. §§ 2076, 2077; hess. Entw. 78; Mommjen § 57 u. A.). Vorschriften dieses Inhaltes gehören nicht hierher. Denn es liegt nicht eine besondere Unfähigkeit vor, bedacht zu werden, sondern es handelt sich um Formvorschriften (vgl. § 1916 Abs. 2). — Darüber, ob und inwieweit Mitglieder religiöser Orden oder ordensähnlicher Kongregationen (Religiöse) bedacht werden können, befindet das G. B.; die Frage nach der Fähigkeit solcher Personen, bedacht zu werden, muß gleichzeitig mit der Frage, ob und inwieweit sie erwerben können, geprüft und entschieden werden (vgl. Art. 48, G. 87).

Religiöse.

§§ 1759, 1760 (II —, B. —, R. —, G. —).

Juristische Person.

I. Nach der herrschenden Ansicht im gemeinen Rechte können, abweichend vom Entw. *) , nur der Fiskus, Gemeinden und kirchliche Institute sowohl zum Erben eingesetzt als mit Vermächtnissen bedacht werden; alle übrigen juristischen Personen können nur mit Vermächtnissen bedacht werden. Zu einer solchen Beschränkung fehlt es an genügenden Gründen. Soweit den in den Reichsspezialgesetzen und den in den Landesgesetzen geordneten Affoziationen, Rassen usw. eine den §§ 41, 42 entsprechende selbständige vermögensrechtliche | Stellung nach diesen Gesetzen nicht zukommt, sind sie ebensowenig fähig, bedacht zu werden, als die Gesellschaften der im § 659 bezeichneten Art, sowie die Handels- und Aktiengesellschaften. Die Frage hat ein praktisches Interesse nur für die Vereine mit idealen Tendenzen. Diesen eröffnen die §§ 41 ff. die Möglichkeit, Persönlichkeit zu erlangen. Darüber hinaus kann ein Bedürfniß nicht anerkannt werden. Ob Handels- und Aktiengesellschaften die Eigenschaft einer wirklichen juristischen Person beizulegen sei, ist von den Reichsspezialgesetzen, nicht vom BGB. zu entscheiden. In Uebereinstimmung mit §§ 166, 1014 ist der Ausdruck „juristische Person“ auch hier festgehalten worden, um nicht zu Mißdeutungen jener Vorschriften Anlaß zu geben. Vermögensmassen, die in gewisser Hinsicht selbständig gestellt sind, können wegen dieser Stellung nicht einbezogen werden, sofern ihnen nicht nach §§ 41 ff. die Eigenschaft einer juristischen Person beizulegen ist.

§. 16.

*) Windscheid §§ 535, 549, 625. Vgl. hingegen A. N. I 12 §§ 37—39, 425, 429; Code 910 (937); säch. G. B. § 2074; Roth §§ 296, 300; Mommjen § 55; hess. Entw. 79.

Die Errichtung einer mit Persönlichkeit versehenen Stiftung durch testamentarische Verfügung ist in den §§ 59, 62 Abs. 2 geregelt. Es bedarf daher nicht der Begründung, weshalb der Entw. im Anschlusse an die Mehrzahl der geltenden Rechte (vgl. Windscheid § 549 Anm. 3; Roth § 309 Anm. 31—35; Dernburg § 100; Eccius § 251 S. 438, 439; Unger § 14 Anm. 8; sächs. G.B. § 2074; Mommsen § 55; heff. Entw. 79; andererseits Zachariae § 649 Anm. 11a; bad. Anm. 27 S. 177) diese Errichtung durch testamentarische Verfügung zugelassen hat (vgl. Mot. 1 S. 120). Wegen Aussetzung der Auseinandersetzung, falls eine zu errichtende juristische Person als Erbe auf einen Bruchtheil eingesetzt ist, bestimmt der § 2154 Abs. 2.

Errichtung einer Stiftung.

II. Daß einer testamentarischen Verfügung eine Bedingung oder eine Zeitbestimmung beigelegt werden kann, stimmt im Wesentlichen überein mit den neueren Rechten (A.R. I 12 §§ 61, 259; sächs. G.B. §§ 2122, 2123, 2149; öst. G.B. §§ 695 ff., 704 ff.; Mommsen §§ 97, 98, 117, 445 ff.; heff. Entw. 59). Das gemeine Recht erklärt aufschiebende Zeitbestimmungen, auflösende Bedingungen und Befristungen, abgesehen vom Soldatentestamente, im Zusammenhange mit seiner Regel „semel heres, semper heres“ bei der Erbeinsetzung für unzulässig.*) Deshalb und um klarzustellen, daß testamentarische Anordnungen jeder Art und alle daraus sich ergebenden Rechtsinstitute der Beifügung einer Bedingung oder Zeitbestimmung zugänglich sind, ist die Aufnahme der Vorschrift rathlich, ohne daß darum nöthig wäre, hervorzuheben, daß sowohl die aufschiebenden als die auflösenden Bedingungen und Befristungen zulässig sind. In Ansehung der ersten 4 Bücher ist von der Auffassung ausgegangen worden, es könne jedem Rechtsgeschäfte eine Bedingung oder Zeitbestimmung beigelegt werden, soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt oder die Natur des Rechtsgeschäftes entgegensteht. Deshalb ist die Ansicht nicht unvertreten geblieben, es sei angemessener, auch im 5. Buche die Vorschrift zu unterdrücken. Indessen verdient es den Vorzug, die nicht unwichtige Neuierung hervorzuheben; auch wird dadurch der sonst durchweg festgehaltene Grundsatz nicht verdunkelt werden. Dagegen hat der Entw. eine Reihe von Vorschriften, welche die Bedingungen betreffen und überwiegend geltendes Recht sind, nicht aufgenommen. Dahin gehören besonders:

C. Bedingung und Zeitbestimmung.

§. 17.

1. Eine Vorschrift für den Fall, daß die Anwendung von der Bedingung abhängig gemacht ist, wenn der Bedachte das ihm Zugedachte haben will (vgl. Windscheid § 595 Anm. 3; sächs. G.B. § 2118; Mommsen § 95 Abs. 2; uA.). Zwar kann nicht anerkannt werden (Mommsen's Mot. S. 206, 207), daß eine solche Bedingung niemals eine andere Bedeutung habe als die der *conditio juris* (wenn der Bedachte nicht ausschlägt), so daß also der Erblasser etwas Selbstverständliches habe sagen wollen. Eine solche Auslegung wird gewiß häufig berechtigt sein, aber für alle Fälle trifft sie nicht zu. Der Erblasser kann sehr wohl auch eine wirkliche Bedingung beabsichtigen haben und kann gute Gründe haben, eine solche zu setzen. Eine Auslegungsregel für den bezeichneten Fall aufzustellen, erscheint nicht rathsam. Alsdann würde die Gefahr zu nahe liegen, daß die Regel zur Anwendung gebracht wird, auch wenn der Wille des Erblassers ein abweichender war. Fraglich kann erscheinen, ob die Bedingung bei der Erbeinsetzung für nicht geschrieben zu erklären sein möchte, weil der Erblasser nicht die Macht habe, den zwingenden Grundsatz des Erbschaftserwerbes kraft Gesetzes (§ 2025) zu brechen. Es ist jedoch nicht zuzugeben, daß jenem Grundsatz in dieser Richtung ein zwingender Charakter beizubehalten wäre es der Fall, so müßte jede Bedingung unstatthaft sein, die auf eine vom Willen des Eingesezten abhängige Thatsache gestellt ist. Der Grundsatz ist vielmehr, wie jede andere Norm des zwingenden Rechtes, nur in dem Sinne zwingend, daß seine Anwendung durch Privatautonomie nicht ausgeschlossen werden kann. Der Erblasser schließt aber nicht jenen Grundsatz aus, wenn er die Bedingung „si volet“ setzt. Dies erkennt schon das röm. Recht an, welches bei der Einsetzung eines *suus heres*, der ebenfalls die Erbschaft kraft Gesetzes erwirbt, die Bedingung gestattet (vgl. Windscheid aD.); vielmehr tritt auch in solchem Falle der Erbschaftserwerb kraft Gesetzes ein, nur nicht in Ansehung des in solcher Weise Eingesezten, welcher noch nicht Erbe ist, sondern in Ansehung des ohne Theilbestimmung eingesezten Miterben oder, in Ermangelung eines solchen, in Ansehung der gesetzlichen Erben (vgl. § 1808). Daß das letztere nicht geschehen solle, kann der Erblasser nicht wirksam anordnen, aber auch nicht wegen des mehrgedachten Grundsatzes, sondern weil er nach § 1749 Abs. 2 den Eintritt der Erbfolge nicht ausschließen kann. Der unter der Bezeichnung „si volet“ Eingesezte wird nach § 1808 Nacherbe wie jeder aufschiebend bedingt ernannte Erbe. Erklärt der so berufene Nacherbe, daß er wolle, so wird er nach § 1804 ebenfalls kraft Gesetzes Erbe. Der Umstand, daß die Erfüllung der Bedingung in der Erklärung, Erbe sein zu wollen, besteht, berührt den Vorgang des Erbschaftserwerbes nicht. Aus Zweckmäßigkeit bei einer solchen Bedingung das Verhältniß der Vor- und Nacherbschaft mit seinen Verwickelungen nicht eintreten zu lassen, vielmehr den Eingesezten unter Nichtbeachtung der Bedingung unmittelbar

1. si vo

§. 18.

*) Wenn nicht zugleich derjenige bezeichnet ist, zu dessen Vortheil die Bedingung oder Befristung gereichen soll, Windscheid S. 554 Nr. 4.

zum Erben zu machen, ist, wenn einmal die Nacherbenschaft zugelassen wird, nicht geboten. Vorausgesetzt ist selbstverständlich, daß eine wirkliche Bedingung vom Erblasser beabsichtigt war.

2. in praesens collata etc.; 2. Vorschriften für den Fall, daß der Eintritt oder Nichteintritt eines bereits eingetretenen Thatumstandes zur auflösenden Bedingung gemacht ist (vgl. Koch's Erbrecht § 24 Anm. 61); es genügt der § 137 Abs. 1 (vgl. Mot. 1 S. 264).

3. necessaria 3. Vorschriften über die Bedingung, die nothwendig in Erfüllung gehen muß oder sich unmöglich erfüllen kann (Windscheid § 554 Nr. 3; Unger § 16 Anm. 7; Dernburg § 126, Eccius § 250 Anm. 47; uA.). Für die Nichtaufnahme sind die Gründe maßgebend, aus welchen die Aufnahme derartiger Vorschriften in den Allg. Theil abgelehnt worden ist (Mot. 1 S. 265). Diesen Erwägungen gegenüber kann auch nicht eine Vorschrift in Ansehung der physisch unmöglichen Suspensivbedingungen aufgenommen werden (Mommßen § 100), da es sich nicht rechtfertigen lassen würde, diese Bedingungen anders zu behandeln als die rechtlich unmöglichen.

4. wider-sinnige Bedingungen etc.; 4. Vorschriften über widersinnige und unverständliche Bedingungen (A.R. I 12 § 64; Unger § 16 Anm. 13; sächs. G.B. §§ 2128, 2160; bayer. P.R. III 2 § 8, III 3 § 10; Roth § 310 Anm. 36; Mommßen §§ 101, 127; hess. Entw. 60). Der § 139 ist ausreichend (vgl. Mot. 1 S. 267). Etwas davon Abweichendes zu bestimmen, besteht kein Bedürfnis, zumal in Ansehung der widersinnigen Bedingung auch das bestehende Recht größtentheils eine Besonderheit nicht aufweist. Ueber die unverständliche Bedingung ist eine Vorschrift um so weniger veranlaßt, als sich aus dem Unverständlichen selten entnehmen lassen wird, daß eine Bedingung gemeint ist. Soweit sich aber diese Absicht deutlich ergibt, wird der Satz, daß Unverständliches nicht zu lesen ist, hier zu dem Resultate führen müssen, daß die ganze Verfügung nicht zu lesen ist.

| §. 19. 5. unerlaubte Bedingung. | 5. Vorschriften über unerlaubte (unsittliche und gesetzwidrige) Bedingungen (vgl. Windscheid § 554 Nr. 3 verb. mit § 94; A.R. I 12 § 63 und dazu Dernburg § 126 Anm. 6. Eccius § 250 S. 420 ff.; sächs. G.B. §§ 2129 ff.; Code 900; Unger § 16 Anm. 9; Mommßen § 102; hess. Entw. 60). Eine Mehrzahl der geltenden Rechte schreibt vor, daß eine aufschiebende Bedingung, welche einer letztwilligen Anordnung beigelegt ist, als nicht beigelegt zu gelten habe, wenn die Anordnung durch die Bedingung einen Inhalt erhält, der gegen die guten Sitten oder die öff. Ordnung verstößt, oder wenn die Vornahme der Anordnung selbst schon zu einer gesetzlich verbotenen wird. Dennoch ist eine abweichende Regelung geboten. Dahingestellt bleiben mag, wie das röm. Recht, dem die geltenden Rechte fast ausnahmslos (abweichend das öst. G.B. § 698 und der hess. Entw. 60) gefolgt sind, zu der Sondergestaltung gekommen ist. Selbstverständlich ist, daß dem Setzen einer unerlaubten Bedingung nicht Folge gegeben werden kann, daß das Unerlaubte nicht befördert werden darf. Dieser Erfolg kann erreicht werden, indem entweder das ganze Geschäft für nichtig erklärt oder die Bedingung als nicht beigelegt angesehen, also die Verfügung als unbedingt angesehen wird. Die das letztere vorschreibende Bestimmung wird meistens damit gerechtfertigt, daß es der oberste Grundsatz des Erbrechtes sei, den Willen des Erblassers zur Geltung zu bringen, und daß es diesem Willen besser entspreche, die unter einer aufschiebenden unerlaubten Bedingung errichtete Verfügung ohne die Bedingung aufrecht zu erhalten, als der ganzen Verfügung die Gültigkeit zu entziehen. Allein es läßt sich bezweifeln, daß damit der Wille des Erblassers wirklich getroffen wird. Im bezeichneten Falle steht fest, daß der Erblasser die Zuwendung nicht unbedingt machen wollte, denn sonst hätte er die Bedingung nicht beigelegt. Sah er die aus der Verfügung der Bedingung sich ergebende rechtliche Folge, daß seine Verfügung nunmehr nichtig sei, voraus, so wollte er eine gültige Verfügung nicht treffen. Fehlte es an dieser Voraussicht, oder hielt er die Handlung nicht für unerlaubt, so läßt die Verfügung als eine unbedingte sich nur aufrechterhalten, indem davon ausgegangen wird, er würde, wenn er die erforderliche Kenntniß gehabt hätte, die Verfügung auch ohne die Bedingung getroffen haben. Es liegt indessen mindestens ebenso nahe anzunehmen, er würde die Zuwendung nicht gemacht haben, wenn er gewußt hätte, daß er den Endzweck, welcher ihn bei Verfügung der Bedingung leitete, auf diesem Wege nicht erreichen könne. Der Liberalitätscharakter der letztwilligen Zuwendung bringt keineswegs mit sich, anzunehmen, der Erblasser habe das Hauptgewicht auf die Zuwendung gelegt und die Ausführung der Bedingung als etwas Nebensächliches erachtet. Wäre diese Auffassung richtig, so müßten mindestens, wie auch der Code dies wirklich thut, alle Liberalitätsakte unter Lebenden, insbes. Schenkungen, ebenso behandelt werden. Jene Auslegung nöthigt ferner dazu, die Zuwendung und das Setzen der Bedingung als zwei besondere Theile der Verfügung zu behandeln, von | welchen der eine Theil fallen kann, ohne den anderen nach sich zu ziehen. Dies aber widerspricht dem Wesen des bedingten Rechtsgeschäftes (vgl. Mot. 1 S. 250 ff.). Die Bedingung ist, wie dort dargelegt, ein wesentlicher und untrennbarer Bestandtheil des ganzen Rechtsgeschäftes. Dies ist für so selbstverständlich erachtet worden, daß im Allg. Theile besondere Vorschriften in Ansehung der unerlaubten Bedingungen gar nicht aufgestellt, vielmehr die §§ 105, 106 für völlig ausreichend gehalten worden sind (vgl. Mot. 1 S. 267). Wäre aber auch eine solche Trennung zulässig, so würde sich doch noch nicht ergeben, daß die Zuwendung

| §. 20. Verfügung zu behandeln, von | welchen der eine Theil fallen kann, ohne den anderen nach sich zu ziehen. Dies aber widerspricht dem Wesen des bedingten Rechtsgeschäftes (vgl. Mot. 1 S. 250 ff.). Die Bedingung ist, wie dort dargelegt, ein wesentlicher und untrennbarer Bestandtheil des ganzen Rechtsgeschäftes. Dies ist für so selbstverständlich erachtet worden, daß im Allg. Theile besondere Vorschriften in Ansehung der unerlaubten Bedingungen gar nicht aufgestellt, vielmehr die §§ 105, 106 für völlig ausreichend gehalten worden sind (vgl. Mot. 1 S. 267). Wäre aber auch eine solche Trennung zulässig, so würde sich doch noch nicht ergeben, daß die Zuwendung

aufrecht erhalten werden kann. Vielmehr würde sich mit Rücksicht auf § 114 fragen, ob im Falle der Nichtigkeit des auf die Bedingung sich beziehenden Theiles der Verfügung der übrige Theil Bestand habe. Diese Frage könnte nur bejaht werden, wenn anzunehmen wäre, es lägen genügende Anhaltspunkte vor, aus welchen sich ergebe, daß der Erblasser die Zuwendung ohne den nichtigen Theil gewollt habe. Daß solche Anhaltspunkte nicht vorhanden sind, ist bereits dargelegt. Der Grundsatz, daß der Wille des Erblassers zur Geltung zu bringen sei, kann nur angerufen werden, wenn es darauf ankommt, dem wirklichen Willen gerecht zu werden, nicht aber, wenn, wie hier, erst festzustellen ist, welches der Wille gewesen sei. Die Rücksichtnahme auf den Bedachten kann nicht entscheiden; denn es ist nicht zu übersehen, daß diesem andere Betheiligte gegenüberstehen, welche die gleiche Rücksichtnahme auf ihr Interesse in Anspruch nehmen dürfen. Hiernach verdient es den Vorzug, die gleichen Grundsätze wie für ein Rechtsgeschäft unter Lebenden anzuwenden und die unerlaubten Bedingungen lediglich gemäß §§ 105, 106 zu würdigen.

Aber auch in Ansehung einer auflösenden Bedingung, muß, wenn durch die Bedingung die Anordnung einen Inhalt erhält, der gegen die guten Sitten oder die öff. Ordnung verstößt, oder wenn durch die Bedingung die Anordnung selbst zu einer gesetzlich verbotenen wird, Gleiches gelten. Eine solche Zuwendung ist nicht als eine für immer dauernde gewollt; sie soll bei dem Eintritte der Bedingung wegfallen. In diesem Falle spricht ebenjowenig eine Vermuthung dafür, daß der Erblasser dem Bedachten das Zugewendete habe belassen wollen, falls die Bedingung unzulässig sein sollte. Die in der Theorie vertretene Auffassung, jede unter einer auflösenden Bedingung abgegebene Willenserklärung bestehe aus zwei selbständigen Theilen, einer unbedingten Hauptwillenserklärung und einer auf die Wiederaufhebung der Wirkungen jener gerichteten, aufschiebend bedingten Nebenwillenserklärung, ist schon in den Mot. 1 S. 250 als nicht gerechtfertigt erkannt worden. Das Wesen der auflösenden Bedingung ist aber hier kein anderes als bei Rechtsgeschäften unter Lebenden. Wenn aufgestellt werden möchte, der Unterschied liege darin, daß es sich hier stets um zwei Zuwendungen handele, um eine an den zunächst Bedachten und um eine an denjenigen, welcher das Zugewendete im Falle des Eintrittes der Bedingung erhalten soll, während bei Rechtsgeschäften unter Lebenden nur eine Zuwendung vorliege, so würden damit Fälle einbezogen werden, die nicht in Frage stehen. Es sind die Fälle zu trennen, in welchen (z. B.) die Zuwendung wegfallen soll, falls der Bedachte nicht innerhalb einer bestimmten Zeit eine unerlaubte Handlung begeht (Fall einer auflösenden Bedingung), und in welchen dem Bedachten auferlegt wird, das Zugewendete an einen Dritten herauszugeben, falls innerhalb einer bestimmten Zeit dieser eine unerlaubte Handlung begehe oder der Bedachte eine solche nicht begehe. In den letzteren Fällen liegt nicht eine auflösende bedingte Zuwendung vor, vielmehr handelt es sich um zwei Zuwendungen, von welchen die eine unbedingte, die andere unter einer aufschiebenden Bedingung getroffen ist. Wird die letztere Zuwendung hinfällig, weil ihr Inhalt ein unerlaubter ist, so wird davon die erstere nicht berührt, es sei denn, daß nach dem Willen des Erblassers auch die erstere in Mitleidenschaft gezogen werden sollte (§ 114). Der Einwand, es werde damit die äußere Form der Willenserklärung, auf die der Erblasser in der Regel kein Gewicht zu legen pflege, zu sehr betont, ist nicht begründet. Es wird sich immer erkennen lassen, ob der Erblasser nur die Entziehung, und den damit verbundenen selbstverständlichen Rückfall an den Beschwerten (bei der Erbsetzung an die gesetzlichen Erben) oder eine selbständige weitere Zuwendung gewollt hat. Demgemäß muß es auch in Ansehung der unter einer auflösenden unerlaubten Bedingung errichteten letztwilligen Verfügung bei der Anwendung der §§ 105, 106 sein Bewenden behalten.

Eine Vorschrift darüber, was anzunehmen ist, wenn die zur Bedingung gemachte verbotene Handlung zur Zeit der Testamentserrichtung erlaubt war (vgl. sächs. G. B. § 2133 und dagegen Mommsen § 103), ist dementsprechend ebenfalls nicht aufgenommen. Hierfür ist noch die besondere Erwägung entscheidend, daß in diesem Falle die allgemeinere Frage berührt wird, nach welchem Zeitpunkte das Erforderniß der Erlaubtheit des Inhaltes bei bedingten Rechtsgeschäften zu beurtheilen sei. Diese Frage ist auch im Allg. Theile der Rechtswissenschaft überlassen geblieben. Es wäre um so bedenklicher, wenn im Erbrechte zu dieser Frage Stellung genommen werden sollte, als es, wie die verschiedene Beantwortung im sächs. G. B. und bei Mommsen zeigt, zweifelhaft bleiben muß, welche der verschiedenen Entscheidungen durchgängig dem Willen des Erblassers Geltung verschaffen würde.

Der Entw. enthält sich ferner der Entscheidung, welche einzelnen Bedingungen zu den unerlaubten zu zählen sind (Windscheid § 94 Anm. 13; Dernburg § 126, Eccius § 250 S. 421 bis 424; Mommsen §§ 105, 106; heff. Entw. 61), insbes. auch über die Bedingung, eine von einem Dritten zu bestimmende Person zu ehelichen, sowie über die Bedingung eines Religions- oder Konfessionswechsels | oder des Unterlassens eines solchen Wechsels (vgl. Mot. 1 S. 268). Ueber die kaptatorischen Verfügungen (vgl. Windscheid § 548 Anm. 18, § 633 Anm. 23; Unger § 16 Anm. 8; Dernburg § 126 Anm. 9, Eccius § 250 Anm. 44) schweigt der Entw. in Uebereinstimmung mit dem A. R., öst. G. B. sowie anderen Gesetzgebungen. — Ebenjowenig ist eine

auflösende
unerlaubte
Bedingung:

| S. 21.

Späteres
Verbot der
Handlung.

Religions-
wechsel zc.

| S. 22.

Vorschrift über die sog. privatorische Klausel aufgenommen (M.N. I 12 § 457, Gruchot 2 S. 73, Dernburg § 171 Anm. 19, Eccius § 252 Anm. 139; sächs. G.B. § 2148; Mommsen § 116). Daß, wenn der Erblasser angeordnet hat, der Bedachte solle die Zuwendung nicht erhalten oder wieder verlieren, falls er dem letzten Willen sich widersetze, durch die so gefasste Bedingung ein Streit über die Echtheit oder den Sinn des Testaments oder den Bestand des Nachlasses nicht getroffen wird, kann nicht zweifelhaft sein. Ob aber der Erblasser unmittelbar die Bedingung stellen könne, daß eine Anfechtung in den bezeichneten Richtungen nicht stattfinde, darüber ist eine Entscheidung entbehrlich; in dieser Hinsicht wird es bei den Folgesätzen bewenden können, welche sich aus den allgemeinen Grundsätzen ergeben.

Unterlassen
einer den
Gesetzen u. z.
zu
widerlaufen-
den
Handlung.

Eine Erläuterung, daß eine Anordnung statthaft ist, durch die dem Bedachten ein Vortheil zugewendet wird für den Fall, daß er eine den Gesetzen oder den guten Sitten oder der öff. Ordnung zuwiderlaufende Handlung unterlasse, oder durch die dem Bedachten ein Vortheil für den Fall entzogen wird, wenn er eine solche Handlung begehe (vgl. sächs. G.B. § 2129; ferner Roth § 310 Anm. 17, 18; Dernburg § 126), ist nicht erforderlich. Eine solche Erläuterung würde zu unzutreffenden Rückschlüssen für den Allg. Theil und das Oblig. Recht Anlaß geben können. Im Allg. Theile ist nichts bestimmt darüber, ob und inwieweit eine Bedingung als erlaubt oder nicht erlaubt anzusehen sei, welche darauf geht, daß eine den guten Sitten oder der öff. Ordnung widerstreitende Handlung unterlassen werde, und auch bei der Kondition des § 747 ist der Begriff des verwerflichen Empfanges nicht näher bestimmt worden, weil es lediglich darauf ankomme, ob das Rechtsgeschäft nach Beschaffenheit der Umstände einen Inhalt erhalte, welcher gegen die guten Sitten und die öff. Ordnung verstoße, dies aber der Prüfung des Einzelfalles zu überlassen sei. Zudem ist eine Vorschrift im Erbrechte um so eher entbehrlich, als aus dem Charakter der Verfügung als einer einseitigen und widerruflichen sich schon das gleiche Ergebnis entnehmen läßt.

6. Bedingung,
welche den Be-
dachten lächer-
lich macht;

6. Vorschriften über die Bedingung, welche den Bedachten lächerlich macht (sächs. G.B. § 2134, Mommsen § 104). Im Einzelfalle wird zu prüfen sein, ob die Bedingung gegen die guten Sitten verstößt oder nicht.

7. theilweise
bedingte
Zuwendung.

7. Vorschriften über die Zulässigkeit von theilweise bedingten, theilweise unbedingten Zuwendungen (bayer. N. III 3 § 10 Nr. 9) und über die Zulässigkeit von mehrfach kopulativ oder alternativ bedingten Zuwendungen (M.N. I 12 §§ 490, 492; sächs. G.B. § 2138; Mommsen § 107). Die allgemeinen Grundsätze müssen entscheiden. — Mit einigen Rechten (sächs. G.B. § 2138; Mommsen § 107) den Fall besonders zu entscheiden, daß eine der alternativen Bedingungen wegfallen muß, ist nicht geboten. Die Frage würde auch nicht dem Erbrechte allein angehören (vgl. Mot. 1 S. 268).

Mehr-
malige
Zuwendung.

Zweifelhafter kann erscheinen, ob eine Vorschrift angezeigt sei für den Fall, daß dieselbe Anordnung mehrmals unter verschiedenen Bedingungen oder das eine Mal bedingt, das andere Mal unbedingt getroffen ist (l. 12 § 3 D. de leg. I, l. 27 §§ 1, 2, l. 67 D. 28, 5; vgl. Unger § 16 Anm. 14; Eccius Bd. 4 S. 426, 427). Allein auch eine solche Vorschrift würde nicht angemessen sein. Ist dieselbe Anordnung mehrmals unter verschiedenen Bedingungen getroffen, so läßt sich bezweifeln, ob die Annahme, der Erblasser habe nur die zuletzt getroffene Anordnung als maßgebend ansehen wollen, in der Regel seinem Willen gerecht wird. Vielsach wird er, wenigstens bei Potestativbedingungen, von der Absicht geleitet worden sein, es solle im Ermessen des Bedachten stehen, welche der Bedingungen er erfüllen wolle. Ueberdies sind die Fälle nicht so häufig, daß zu einer Auslegungsregel ein Bedürfnis besteht. Ist dieselbe Anordnung einmal bedingt, einmal unbedingt getroffen, so würde die Entscheidung, daß nur die zuletzt getroffene Anordnung dem Willen des Erblassers noch entspreche, dann vielleicht in der Regel zutreffend sein, wenn es sich um zwei verschiedene zeitlich und äußerlich getrennte Verfügungen handelt. Findet sich aber dieselbe Anordnung das eine Mal bedingt, das andere Mal unbedingt in derselben Verfügung, so werden zunächst die beiden Anordnungen so auszulegen sein, daß sie möglichst im Einklange stehen; dabei wird sich nicht selten ergeben, daß die zweite unbedingte Anordnung nur als eine nicht erschöpfende Wiederholung der ersten aufzufassen ist, und daß der Erblasser keineswegs beabsichtigte, die Bedingung fallen zu lassen. Soweit die bezeichnete Entscheidung richtig ist, erscheint sie selbstverständlich.

8. Sicherheits-
leistung für
den auf-
schiebend
bedingten
Bedachten.

8. Eine besondere Vorschrift über den Anspruch auf Sicherheitsleistung, welchen das Gesetz dem unter einer aufschiebenden Bedingung Berechtigten giebt (vgl. § 133, Mot. 1 S. 256 f.). Es könnte bestimmt werden, daß dieser Anspruch wegfallt, wenn die alsbaldige Vollziehung der zufolge der Bedingung vorzunehmenden Handlung oder Leistung nur vom Willen des Bedachten abhängt. Allein es besteht kein Anlaß, den unter einer aufschiebenden Bedingung Bedachten anders zu behandeln als den auf Grund eines Rechtsgeschäftes unter Lebenden unter einer aufschiebenden Bedingung Berechtigten, um so weniger, als auch der in solcher Weise letztwillig Bedachte ein Interesse daran haben kann, sich vorerst mit der Sicherheitsleistung zu begnügen.

| § 1761 (II 1947, B. 2051, R. 2049, G. 2074).

Ein bedingtes Recht geht auf den Erben über, wenn das unbedingte Recht vererblich ist (vgl. § 132, Mot. 1 S. 256). Hieran ändert auch der § 1761 nichts, wenn er für aufschiebend bedingte letztwillige Zuwendungen die Auslegungsregel aufstellt, daß die Zuwendung unwirksam werden solle, wenn der Bedachte die Erfüllung der Bedingung nicht erlebe, und zwar in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte (Windscheid § 554 Anm. 13; Roth § 310 Anm. 42) und vielen neueren Rechten, zB. Code 1040, sächs. GB. § 2144, hess. Entw. 191, 225, 235, Mommsen § 109, aber entgegen dem ALR. I 12 § 485. Zu entscheiden ist nur die Frage, ob der Inhalt der Bedingung ist, daß nicht nur das Ereigniß, das den Gegenstand der Bedingung ausmacht, eingetreten sein, sondern auch der Bedachte den Eintritt der Bedingung erlebt haben müsse. Daß die Entscheidung dieser Frage, wie in der Theorie behauptet worden ist, mit dem Grundsatz des Erbschaftserwerbes kraft Gesetzes im Zusammenhange stehe (Strohhal, Transmission pendente conditione S. 26 ff.) kann nicht anerkannt werden. Darüber, ob es genügt, daß der bedingt Bedachte den Erbfall erlebt habe, oder ob die Zuwendung an die weitere Bedingung geknüpft ist, daß der Bedachte zur Zeit des Eintrittes der Bedingung noch lebe, so daß das bedingte Recht erlischt, wenn der Bedachte vor dem Eintritte des Ereignisses stirbt, entscheidet nothwendig der Wille des Erblassers. Hat die Anordnung sich klar über die Tragweite der Bedingung ausgesprochen, so ist diese Anordnung allein maßgebend. Nur für den Fall, daß die Anordnung darüber Zweifel läßt, kann eine Vorschrift am Platze sein. Die Feststellung des zu ermittelnden Willens der Prüfung des einzelnen Falles zu überlassen, erscheint deshalb bedenklich, weil es sich um eine praktisch wichtige Frage handelt. Ist demgemäß durch eine Auslegungsregel nachzuhelfen, so kann lediglich die aufgestellte Regel gegeben werden. Darauf, daß im Zweifel der bedingt Bedachte den Eintritt des Ereignisses erlebt haben muß, wenn die Verfügung Bestand haben soll, weist schon der Umstand hin, daß, wie jeder Erblasser voraussetzt, der Bedachte müsse ihn überleben, wenn er das Zugewendete erhalten soll, so auch anzunehmen ist, er sei von dem Gedanken geleitet worden, der Bedachte müsse zur Zeit des Eintrittes des Ereignisses noch am Leben sein. Gewöhnlich wird es auch das persönliche Verhältniß zum Bedachten sein, das den Erblasser veranlaßt, die Zuwendung zu machen, während ihm die Annahme fern liegen wird, das Zugewendete solle in die Hände von Personen gelangen, die er nicht kennt, und die ihm vielleicht fremd oder unsympathisch sind, auch dann, wenn der bedingt Bedachte vor der Realisirung der Zuwendung verstorben ist. Ferner ist kaum anzunehmen, daß der Erblasser dem Bedachten ein Vermögensobjekt habe zuwenden wollen, über das er sofort verfügen kann (wie dies bei einem bedingten Rechte sonst der Fall ist), noch weniger, daß nach seinem Willen dieses Vermögensobjekt von den Gläubigern des Bedachten im Wege der Zwangsvollstreckung solle in Anspruch genommen werden können.

| §. 24.
Aufschiebend
bedingte
Zuwendung.

| Die Regel ist auf die aufschiebende Bedingung beschränkt. Dieser steht nach § 143 der Termin gleich, von dem ungewiß ist, ob er eintreten werde. Die Regel auf den Fall auszudehnen, daß es sich um einen Anfangstermin handelt, von dem es gewiß ist, daß er eintreten werde, aber ungewiß, wann er eintreten werde (vgl. Windscheid § 96a Anm. 7; Roth § 310 Anm. 98; sächs. GB. § 2149 und dazu Unger § 17 Anm. 2; Mommsen's Mot. S. 223), kann nicht für angemessen erachtet werden, obschon in manchen Fällen bei der Befügung eines solchen Anfangstermines die gleiche Willensrichtung des Erblassers wie im Falle der Befügung einer Bedingung vorliegen wird. Die Aufnahme einer Auslegungsregel auch für diesen Fall wäre bedenklich, weil sich daraus eine unrichtige Beurtheilung der Fälle ergeben könnte, in welchen die Zeitbestimmung nicht für das Entstehen des Rechtes, sondern lediglich für die Erfüllung Bedeutung hat. Eine solche Regel wäre ferner als Abweichung vom § 143 wenig angemessen. In Ansehung des Anfangstermines bleibt demgemäß der Auslegung ohne jede Beengung Spielraum. Die abweichende Auffassung des gemeinen Rechtes beruht auf Gesichtspunkten, die gegenüber dem Entw. nicht mehr zutreffen, die des sächs. GB. auf der vom Entw. im Allg. Theile abgelehnten Gleichstellung von Befristung und Bedingung (Mot. 1 S. 269). Uebrigens versteht sich nach Vorstehendem von selbst, daß auch bei Zuwendungen mit einem Anfangstermine, von dem gewiß ist, ob und wann er eintreten wird, nicht immer ohne Einfluß ist, ob der Bedachte den Termin erlebt hat; unter Umständen kann nach dem Willen des Erblassers gleichfalls erforderlich sein, daß der Bedachte den Anfangstermin erlebt habe, damit die Zuwendung Erfolg habe.

| §. 25.
Dies
incertus.

Für eine Vorschrift des Inhaltes, daß, wenn eine Verfügung unter einer Bedingung widerrufen werde, die Verfügung als bedingt anzusehen sei (vgl. Windscheid § 635 Anm. 7 § 640 Anm. 9; Unger § 61 Anm. o; sächs. GB. § 2417), läßt sich besonders geltend machen, daß es mit Rücksicht auf § 1761 angemessen sei, die Gleichstellung auszusprechen, weil der unter einem bedingten Widerruf Bedachte nicht besser stehen könne, als der bedingt Bedachte. Allein im bezeichneten Falle liegt zunächst eine unbedingte Zuwendung vor, die als solche, sofern nur der Bedachte den Erblasser überlebt, der Auslegungsregel des § 1761 entzogen ist. Die Bedingung,

Widerruf
unter einer
Bedingung.

von der der Widerruf abhängt, stellt sich für die Zuwendung als eine auflösende dar. Dies erhellt klar, wenn nicht zu sehr auf das Wort „Widerruf“ der Nachdruck gelegt, sondern mehr die sachliche Bedeutung einer solchen Widerrufserklärung ins Auge gefaßt wird; die letztere geht dahin, die Zuwendung solle wegfallen, wenn die Bedingung sich erfüllt. Die Vorschrift erscheint hiernach nicht geboten und wird jedenfalls durch den dafür geltend gemachten Grund nicht gerechtfertigt.

| §. 26.

Erfüllung der
Bedingung
vor dem Erb-
falle.

| § 1762 (II —, B. —, R. —, G. —).

Den Fall, daß einer Verfügung eine aufschiebende oder auflösende Bedingung beigelegt ist, die zur Zeit der Errichtung des Testaments bereits erfüllt ist, entscheidet der § 137 (Mot. 1 S. 264). Bei einer Verfügung kann es jedoch vorkommen, daß das Ereigniß zwar nach der Errichtung des Testaments, aber vor dem Erbfall eintreten ist. Dann erhebt sich der Zweifel, ob die Bedingung nach dem Willen des Verfügenden als erfüllt zu gelten habe oder nicht. Der Entw. giebt eine Auslegungsregel im ersteren Sinne, in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte und den meisten geltenden Rechten (vgl. Windscheid § 554 Anm. 13; Roth § 310 Anm. 48—51; MN. I 12 § 501, Dernburg § 125 Anm. 9—12, Eccius Bd. 4 S. 426; heff. Entw. 286). Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob der Erblasser von dem inzwischen erfolgten Eintritte des Ereignisses Kenntniß gehabt hat oder nicht. Dem Erblasser wird es in der Regel mehr darauf ankommen, daß das beabsichtigte Ergebnis erzielt werde, als darauf, daß seinem letzten Willen als solchem und zu Ehren desselben Genüge geschieht. Das Bedürfniß, hierfür eine Auslegungsregel aufzustellen, läßt sich mit Rücksicht darauf, daß solche Fälle häufig sind, nicht in Abrede stellen. — Die Fassung „in einer Verfügung“ ist gewählt, um auch den Fall mitzutreffen, daß die die Bedingung enthaltende Verfügung erst später in einer besonderen Verfügung getroffen ist. Die Fassung „bei einer letztwilligen Verfügung“ würde nicht ganz klar sein und könnte zu dem Mißverständnisse, als sei der bezeichnete Fall nicht einbezogen, Anlaß geben.

Willkürlich
wieder-
holbare
Handlung.

Die Regel muß eine Ausnahme dann erleiden, wenn die Bedingung in einer Handlung des Bedachten besteht, deren Wiederholung von dessen Willkür abhängt (MN. I 12 §§ 502, 503). Die für diesen Fall im Abs. 2 bestimmte Ausnahme kann nur dahin gehen, daß jene Auslegungsregel nicht Platz greift. Mit dem MN. I 12 § 502 die gegenseitige Vermuthung aufzustellen, geht zu weit. Es genügt, der Auslegung volle Freiheit zu lassen. Wenn gegen die Vorschrift erinnert worden ist, es sei ausschließlich auf den Willen des Erblassers zu verweisen, weil auch die Fälle zu beachten seien, in welchen eine wiederholbare Handlung des Beschwerten oder eines Dritten in Betracht komme, und solche, in welchen eine Wiederholung möglich, aber nicht willkürlich oder doch nicht ohne große Schwierigkeiten oder nur im Falle des Eintretens besonderer Umstände erfolgen könne (Mommson, Mot. S. 216, 217), so richten sich diese Einwendungen nur gegen die Aufstellung einer Vermuthung, treffen aber nicht die Auslegungsregel.

Vollständige
Erfüllung.

| §. 27.

Daß eine Bedingung in der Regel als erfüllt nur anzusehen ist, wenn das zur Bedingung gemachte Ereigniß vollständig eingetreten ist (vgl. Mot. 1 S. 262), versteht sich von selbst (vgl. Windscheid § 554 Anm. 12; Roth § 310 Anm. 52). Ueber eine Erfüllung per aequipollens (Windscheid § 554 Anm. 17; Roth § 310 Anm. 63, 64; Eccius § 250 Anm. 53; sächs. GB. § 2141; Mommson § 108) lassen sich Vorschriften nicht aufstellen, die mehr zum Ausdruck bringen, als was selbstverständlich erscheint, ebensowenig darüber, ob der Bedachte nicht den Ausweg theilweiser Erfüllung unter Beschränkung auf einen Theil der Zuwendung wählen darf (MN. I 12 § 492).

Mehrere
bedingt Be-
dachte.

Für den Fall, daß ein untheilbarer Gegenstand Mehreren bedingt zugewendet ist, oder daß bei Theilbarkeit der Zuwendung die Bedingung mehreren Bedachten zusammen auferlegt ist, kann eine Vorschrift zweckmäßig erscheinen, zumal die Gesetzgebungen (MN. I 12 §§ 498—500, dazu Dernburg § 125 unter b, Eccius § 250 S. 425 f.; sächs. GB. § 2139; Mommson § 111; heff. Entw. 253, 292) zu verschiedenen Ergebnissen gelangen. Allein diese Verschiedenheit zeigt, daß es nicht wohl angeht, für die immerhin nicht häufigen Fälle durch Vorschriften einzugreifen. Auch besteht kein Bedürfniß, der Willensauslegung vorzugreifen. Bei der Verschiedenheit der möglichen Gestaltung kann eine einheitliche Entscheidung kaum getroffen werden, zumal sich eine ganze Reihe von Zweifelsfragen aufwerfen läßt, und nicht allein die vom geltenden Rechte in Betracht gezogenen, wie es sich gestalten, wenn nur einer die Bedingung erfülle, ob diese Erfüllung den übrigen Bedachten zu statten komme oder nur jenem, und ob oder was der einzelne Erfüllende zu erhalten habe. Noch weniger kann eine Vorschrift über die Kosten der Erfüllung für den Fall aufgenommen werden, daß die Erfüllung seitens des einen Bedachten nach dem Willen des Erblassers den übrigen Bedachten zu statten kommt. Nahe scheint zu liegen, letztere zu einem ihrem Antheilsverhältnisse entsprechenden Erße der Kosten der Erfüllung heranzuziehen. Aber auch hierfür ließe sich nur ein Billigkeitsgesichtspunkt aufstellen, und dieser wird schon dann nicht zutreffen, wenn den übrigen Bedachten oder einzelnen derselben mit der Zuwendung nicht besonders gedient ist. Diese Frage muß daher gleichfalls der Willensauslegung überlassen bleiben. Hierbei wird zu prüfen sein, ob

der Erblasser mit der Bedingung zugleich die Auflage verbunden hat, daß derjenige, welchem die Erfüllung (an der er sich nicht betheiligt hat) zu statten kommt, die entstandenen Kosten antheilig zu tragen habe.

§§ 1763, 1764 (II 1949, 1948, B. 2053, 2052, R. 2051, 2050, G. 2076, 2075).

I. Für den Fall, daß die Erfüllung der einer Verfügung zugefügten Bedingung den Vortheil eines Dritten bezweckt, stellt der § 1763 die Auslegungsregel auf, die Bedingung sei als erfüllt anzunehmen, wenn der Dritte die zur Erfüllung nothwendige Mitwirkung verweigert, wohl in Uebereinstimmung mit der Natur der Dinge und dem anzunehmenden Willen des Erblassers, aber in Abweichung vom ALR. I 12 § 507 mit 4 §§ 112, 113. In den Allgem. Theil ist in dieser Richtung eine Vorschrift nicht aufgenommen (vgl. Mot. 1 S. 263). Beschränkt auf letztwillige Verfügungen ist jedoch die Auslegungsregel gerechtfertigt, wie schon in den Mot. zum § 136 darauf hingewiesen ist. — Weitere Vorschriften, insbes. über die Erfüllung der auf ein Thun des Bedachten gestellten Bedingung, sowie für den Fall, daß die Erfüllung unmöglich geworden ist (vgl. Mot. 1 S. 262, ALR. I 12 §§ 505, 606, sächs. GB. §§ 2142, 2143, Mommsen § 113/4 uL.), sind nicht erforderlich. Nur der erkennbare oder nach den Umständen des Falles zu beurtheilende Wille des Erblassers kann maßgebend sein. Jede Auslegungsregel wäre mehr oder weniger willkürlich. Die nach Errichtung des Testaments eingetretene Unmöglichkeit anders zu beurtheilen als die vorher eingetretene, besteht für den Entw. kein Anlaß (Mot. 1 S. 265).

Bedingung zum Vortheile eines Dritten.

§ 28.

Bedingung auf ein Thun des Bedachten

II. Vorschriften sind dagegen veranlaßt, falls die Zuwendung von der Bedingung abhängig gemacht ist, daß der Bedachte während seiner Lebenszeit eine von seiner Willkür abhängende Handlung unterlasse oder ein von seiner Willkür abhängiges Thun bis zu seinem Tode fortsetze. In dem ersteren Falle handelt es sich um die Fälle der sog. cautio Muciana (Windscheid § 554 Anm. 7—11, § 635; Roth § 310 Anm. 63, § 320; sächs. GB. § 2147; Mommsen § 115; hess. Entw. 237, 293; ferner Unger § 16 Anm. 23—28.). Der § 1761 nöthigt an sich nicht, diesen Fall besonders zu decken; denn die dem § 1761 zu Grunde liegende Voraussetzung trifft hier nicht zu. Der Wille des Erblassers kann nämlich nicht darauf gerichtet gewesen sein, daß der Bedachte den Eintritt der zur Bedingung gemachten Thatsache erlebe, weil die Thatsache (das lebenslängliche Unterlassen einer Handlung seitens des Bedachten) mit dessen Tode zusammenfällt, und, da sich kaum sagen läßt, daß Jemand seinen Tod erlebe, bei der Voraussetzung jenes Willens die Verfügung hinfällig sein müßte, sodas weder der Bedachte, obschon er vorschriftsmäßig gelebt hatte, noch seine Erben etwas erhalten würden. Aber gerade deshalb wird in der Regel anzunehmen sein, daß nach dem Willen des Erblassers der Bedachte die Zuwendung schon für seine Person erhalten und ihr nur dann nicht mehr theilhaftig werden solle, wenn er das zur Bedingung gemachte Verhalten nicht mehr beobachtet. Das röm. und mehrere neuere Rechte nehmen dies an und helfen durch Sicherheitsleistung nach. Indem der Entw. diesen, wenigstens für den Zweifelsfall, sich anschließt, besteht für ihn kein Anlaß, Sicherheitsleistung zu erfordern; vielmehr erscheint es angemessener und dem Gedanken des Erblassers besser entsprechend, diese aufschiebende Bedingung als eine auflösende mit dem entgegengesetzten Inhalte zu behandeln, nachdem auch die Erbeinsetzung unter einer auflösenden Bedingung zugelassen ist (vgl. § 1760). Das ALR. enthält hierüber keine Vorschrift; es wird anzunehmen sein, daß es Alles auf die Beschaffenheit des einzelnen Falles stellt (Dernburg § 125 Anm. 19). Allein, wenn keine Vorschrift gegeben wird, so kann die Auslegung, insbes. gegenüber einer ungeschickten Ausdrucksweise des Erblassers, um die es sich zumeist handeln wird, nicht selten gehindert werden, dasjenige zur Geltung zu bringen, was der Erblasser in Wirklichkeit gemeint hat; zu besorgen ist, daß alsdann bei der Auslegung vielfach Anstand genommen werden würde, die aufschiebende Bedingung in eine auflösende umzudeuten. — Die Auslegungsregel kann nur für den Fall aufgestellt werden, daß die Bedingung auf ein bis zum Ende des Lebens des Bedachten fortgesetztes Unterlassen gestellt ist, nicht auch für den Fall, daß ein im Voraus in Ansehung der Dauer bestimmtes oder bestimmbares Unterlassen den Gegenstand der Bedingung bildet; eine Bedingung, sich 3 Jahre lang des übermäßigen Trinkens zu enthalten, fällt nicht unter diese Vorschrift. — Möglich sind noch andere Fälle, zB. die Bedingung, eine Handlung so lange nicht vorzunehmen, als ihre Vornahme überhaupt möglich ist; daß ein Mann seine Frau nicht verlasse (Mommsen, Mot. S. 221); diese Fälle sind indessen einer einheitlichen Behandlung nicht zugänglich.

§ 29.

Die entsprechende Anwendung des Abs. 1 auf den zweiten bezeichneten Fall, daß die Zuwendung von einem bis zum Tode des Bedachten fortgesetzten, von dessen Willkür abhängenden Thun abhängig ist (Abs. 2), rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß zwischen der Bedingung des fortgesetzten Unterlassens und der Bedingung fortgesetzten Handelns vielfach nur ein Wortunterschied besteht (Mommsen's Mot. S. 222, Unger § 16 Anm. 25), mit anderen Worten, daß eine Bedingung ihrem Sinne nach eine negative Potestativbedingung sein kann, wenn sie auch affirmativ gefaßt ist (Beispiele hierfür bei Mommsen und Unger). — Wenn gegen die Umdeutung,

wie sie auch im § 708 des öst. GB. sich findet, eingewendet worden ist, es werde dem muthmaßlichen Willen des Erblassers nicht entsprechen, daß der Bedachte die Nutzungen der Zwischenzeit haben solle (Mommson S. 221), so ist dieser Meinung nicht beizupflichten. Eine Vorschrift, daß eintretenden Falles der Bedachte mit dem Gegenstande der Zuwendung die gezogenen Früchte herauszugeben habe, kann daher nicht aufgenommen werden. Dies wäre nicht folgerichtig. Wird die Bedingung als eine auflösende behandelt, so muß es auch bei den Folgen der auflösenden Bedingung sein Bewenden behalten. Ist die Bedingung in der That eine aufschiebende, so muß sie als eine solche, nicht allein in Ansehung der Früchte, zur Geltung gelangen. Zu beachten bleibt jedoch der § 130, der auch hier anzuwenden ist. Geht der Wille des Erblassers dahin, daß die Beendigung der rechtlichen Wirkung auf den Zeitpunkt des Erwerbes der Zuwendung zurückgezogen werden soll, so sind nach dieser Vorschrift die Betheiligten, falls die auflösende Bedingung sich erfüllt, unter einander so berechtigt und verpflichtet, wie wenn die rechtliche Wirkung der bedingten Verfügung niemals eingetreten wäre (vgl. übrigens § 1807).

| §. 30.
Bedingung
auf bloßes
Wollen
des Be-
schwerten 2c.

| §§ 1765, 1766 (II 1938, 2051, B. 2042, 2157, R. 2040, 2155, G. 2065, 2181).

I. Für den Fall, daß die Bedingung in einem bloßen Wollen des Beschwerten oder eines Dritten besteht, erklärt der § 1765 die Verfügung für nichtig (Mot. 1 S. 266), und zwar in Uebereinstimmung mit dem überwiegend geltenden Rechte (Windscheid § 547 Nr. 2, § 633 Nr. 6; Roth § 300, III Nr. 3, § 309 Nr. 1; Mommson § 92; — abweichend jedoch sächs. GB. § 2086). Die Vorschrift dürfte der inneren Rechtfertigung nicht entbehren. Bei letztwilligen Verfügungen ist eine Vertretung weder im Willen noch in der Erklärung statthaft (§ 1191). Verfügt ein Erblasser in der bezeichneten Weise, so disponirt er selbst und macht nur die Wirksamkeit der Verfügung vom Willen des Dritten abhängig. Dennoch muß einem solchen Vorgehen entgegengetreten werden; denn thatsächlich liegt in der Heranziehung des Willens eines Dritten, welcher der Verfügung erst ihre Kraft verleihen soll, immer eine Art von Uebertragung der Testamentserrichtung. Der Einwand, wenn dies richtig sei, dürfe die Wirksamkeit einer Verfügung auch nicht von einer Potestativhandlung eines Dritten abhängig gemacht werden, kann nicht als begründet anerkannt werden. Mit Recht macht Mommson S. 204 f. dagegen geltend, daß auch andere Umstände, als der Wunsch, dem Bedachten eine Gunst zu erweisen, den Dritten bewegen können, die Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen, während bei jener auf sein Wollen gestellten Bedingung es ganz von seinem Willen abhängt, ob die Verfügung gültig sein soll, ferner, daß eine Grenzlinie zwischen den Bedingungen, deren Erfüllung als lediglich vom Willen des Dritten abhängig zu betrachten ist, und solchen, in Ansehung deren dies nicht gilt, sehr schwer zu ziehen ist, endlich, daß, wenn dies entscheidend sein sollte, sich kaum erkennen lassen wird, ob irgend eine Beziehung zwischen der zur Bedingung gemachten Potestativhandlung des Dritten und der Zuwendung vorhanden ist oder nicht. Diese Gründe mögen auch für das geltende Recht maßgebend gewesen sein, denn kein Recht schließt, soviel bekannt, die auf die Handlung eines Dritten gestellte Bedingung aus. Die Zulässigkeit einer solchen Potestativbedingung auszusprechen (Mommson § 92 Abs. 2), ist entbehrlich. Die Vorschrift erwähnt nur das „bloße Wollen“.

Um dem Mißverständnisse vorzubeugen, als sei im Sinne dieser Vorschrift der Beschwerte nicht als Dritter anzusehen, während doch die für die Vorschrift angeführten Gründe in Ansehung des Beschwerten in ganz gleicher Weise zutreffen, ist, in Uebereinstimmung mit §§ 1770, 1777, auch hier der Beschwerte neben dem Dritten besonders erwähnt. Hiergegen läßt sich zwar erinnern, daß in Ansehung des Beschwerten eine Vorschrift nicht erforderlich sei. Ist die Bedingung eine aufschiebende, so ergibt sich aus § 138 Satz 2, daß die Verpflichtung nichtig ist. Diese Vorschrift trifft auch den Fall, daß ein Verpflichteter zunächst noch nicht vorhanden ist, sondern

| §. 31.

erst eine Verpflichtung | einem Dritten unter der Bedingung „wenn er wolle“ auferlegt ist (Mot. 1 S. 266). In Ansehung der auflösenden Bedingung ist ein Gleiches im Allgemeinen nicht bestimmt, weil für Rechtsgeschäfte unter Lebenden eine solche Vorschrift nicht schlechthin zutreffend wäre. — Zwischen aufschiebender und auflösender Bedingung hier in dem Sinne zu unterscheiden, daß die Verfügung unter einer aufschiebenden Bedingung nichtig, die unter einer auflösenden Bedingung gültig und nur die den Wegfall der Anordnung bezielende Verfügung hinfällig sei, ist nach den Darlegungen zum § 1760 über den Charakter der Resolutivbedingung nicht zulässig.

Beliebige
Leistungszeit.

II. Der § 1766 stellt für den Fall, daß bei einem Vermächtnisse oder einer Auflage die Zeit der Leistung dem Belieben des Beschwerten überlassen ist, übereinstimmend mit dem gemeinen Rechte (I. 11 § 6, I. 41 § 13 D. de leg. III und Mommson § 119) die Auslegungsregel auf, die Leistung werde mit dem Tode des Beschwerten fällig. Die den muthmaßlichen Willen des Erblassers zur Geltung bringende Vorschrift kann deshalb entbehrlich erscheinen, weil eine ähnliche Vorschrift in den § 231 für den Fall, daß die Zeit der Erfüllung in die Willkür des Schuldners gestellt ist, Aufnahme nicht gefunden hat. Allein für letztwillige Verfügungen erscheint die gegebene

Auslegungsregel nicht bedenklich und wohl geeignet, Streitigkeiten vorzubeugen. Zu irrigen Schlüssen für das Recht der Schuldverhältnisse wird sie nicht Anlaß geben.

§ 1767 (II 1959, B. 2063, R. 2061, G. 2086).

In Testamenten findet sich nicht selten eine Erklärung des Erblassers dahin, daß er eine Ergänzung seiner Verfügung sich vorbehalte, ohne daß später eine Erklärung, welche die Ergänzung enthält, erfolgt. In solchem Falle kann davon ausgegangen werden, der Erblasser habe bei Errichtung des Testamentes einen über den Inhalt der in demselben niedergelegten Willenserklärung hinausgehenden Willensentschluß bereits gefaßt gehabt und sich nur vorbehalten, den fehlenden Theil später zum Ausdruck zu bringen, sodaß die Verfügung unvollständig und vom Hinzutritte der Ergänzung abhängig sein würde. Näher liegt aber und erfahrungsmäßig mehr begründet ist die Annahme, der Erblasser habe dasjenige, was er in Ansehung seines Nachlasses bestimmen wollte, erschöpfend kundgegeben und nur auf die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit hingewiesen, daß er sich noch zu weiteren Anordnungen veranlaßt sehen könnte. Zur Vermeidung unnöthiger Zweifel ist es angemessen, eine die letztere Annahme für den Zweifelsfall zur Geltung bringende Auslegungsregel aufzustellen. Die Regel noch allgemeiner, ohne Hinweisung darauf, daß die Ergänzung nicht erfolgt ist, aufzustellen, ist nicht wohl thunlich, da die Auslegungsregel nur für diesen besonderen Fall sich rechtfertigen läßt.

III. Willenserklärung.
1. Vorbehalt einer Ergänzung.

! Mit dem gemeinen Rechte und einigen anderen Rechten (Windscheid § 546 Nr. 5, § 633 Nr. 5; Unger § 13 Anm. 7; Dernburg § 121) zu bestimmen, daß eine Verfügung nichtig sei, wenn der Inhalt sich als der unvollendet gebliebenen Beginn der beabsichtigten Verfügung darstellt, und Beispiele hinzuzufügen, wann eine Erbeinsetzung als unvollständig anzusehen sei (sächs. GB. § 2082; Mommsen § 91), oder zu bestimmen, daß die Verfügung nichtig sei, wenn der Gegenstand der Zuwendung oder die Person des Bedachten weder bestimmt bezeichnet, noch nach den in der Verfügung enthaltenen Bestimmungen zu ermitteln ist (sächs. GB. § 2081; Mommsen § 89), kann nicht für angemessen erachtet werden. Für die Ausnahme einer Vorschrift des letzteren Inhaltes besteht kein Bedürfnis. Deren Nichtigkeit ergibt sich zur Genüge aus den übrigen Vorschriften des Entw., zumal die institutio mystica nicht aufgenommen ist (vgl. zum § 1931). Eine Vorschrift über den unvollendet gebliebenen Beginn der Verfügung würde nur die Anwendung eines für alle Rechtsgeschäfte geltenden Grundsatzes auf testwillige Verfügungen enthalten. Im Allg. Theile ist ebenfalls der Grundsatz, daß ein nicht vollendetes Rechtsgeschäft nicht existire, nicht besonders ausgesprochen. Ueberdies würde mit einem solchen Ausspruche wenig erreicht sein. Die Schwierigkeit liegt gerade darin, die Voraussetzung, ob oder wann eine Verfügung als vollendet oder als unvollendet anzusehen ist, festzustellen. Diese Frage aber entzieht sich wegen der Mannigfaltigkeit der möglichen Gestaltungen der gesetzlichen Regelung im Allgemeinen. Der § 78 bezieht sich nur auf Verträge und beruht auf besonderen, hier nicht zutreffenden Erwägungen (Mot. I S. 162). Wird das Bedürfnis zu einer allgemeinen Vorschrift nicht anerkannt, so fehlt jeder Anlaß, in Ansehung der Erbeinsetzung für gewisse Fälle (zB. Unterlassen der Bestimmung des Erbtheiles bei vorliegender Einsetzung auf einen Erbtheil, Verweisung auf eine anderweit vorgenommene, nicht vorbefindliche Theilbestimmung) besondere Vorschriften zu geben.

! S. 32.
Unvollendete Verfügung.

§ 1768 (II 1946, B. 2050, R. 2048, G. 2073).

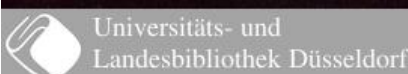
Darüber, ob eine persona incerta bedacht werden kann, ist hier nichts zu bestimmen. Die Eigenthümlichkeit des früheren röm. Rechtes, daß eine persona incerta nicht zum Erben eingesetzt werden konnte, ist in dieser Allgemeinheit selbst dem geltenden gemeinen Rechte fremd (Windscheid § 547 Anm. 2; Brinz § 368 Anm. 36; Roth § 300 Anm. 116, § 309 Anm. 9; Unger § 14 a. G.; uA.). Daß es zulässig sei, gewisse personae incertae zu bedenken, ist bereits im § 1758 anerkannt. Wegen zu errichtender Stiftungen vgl. § 59. Einen weiteren Belag hierfür geben die §§ 1807, 1808.

2. Person des Bedachten. Persona incerta.

Das gemeine Recht läßt nach der herrschenden Ansicht (Windscheid § 546 Anm. 2, § 633 bei Anm. 3; Dernburg § 120 bei Anm. 16), wenn der Zweifel der Anordnung, welche Person der Erblasser bedenken wollte, nicht lösbar ist, keine Folge geben. Das A.R. I 12 §§ 540—542 giebt Anweisungen, auf welchem Wege zu ermitteln ist, wer gemeint sein könne; „wenn das Verhältniß vollkommen gleich ist“, sollen die Betheiligten zu gleichen Theilen theilen (vgl. Dernburg § 120 Anm. 17; Cccius § 250 Anm. 16, 17). Der Entw. schließt sich dem gemeinen Rechte an. Im vorausgesetzten Falle bleibt die Person des Bedachten völlig ungewiß. Würde eine Vorschrift nicht aufgenommen, so würde lediglich die Beweislage entscheiden, unter Umständen also der erste Zugriff und die daraus zu entnehmende Parteistellung. Dabei können sich jedoch Ergebnisse herausstellen, welche gewiß nicht befriedigen. Diesen Fall der alternativen Bedenkung gleichzustellen, erscheint nicht zulässig. Zwischen beiden Fällen besteht ein erheblicher Unterschied. Im bezeichneten Falle ist es keineswegs dem Erblasser gleichgültig, ob die eine oder die andere der bestimmten Personen die Zuwendung erhält, vielmehr wollte er, daß nur die eine Person,

a) Ungewißheit.

! S. 33.



welche er zu bedenken im Sinne hatte, die Zuwendung erhalte; an die übrigen, in Folge der ungenügenden Bezeichnung in Betracht kommenden Personen hat er gar nicht gedacht. Dem Willen des Erblassers entspricht mithin eine Vertheilung unter diese Personen nicht, vielmehr würde damit geradezu seinem Willen entgegengehandelt werden. Noch weniger würde es sich rechtfertigen lassen, in Ansehung eines Vermächtnisses dem Beschwerten die Auswahl zu überlassen. Eine solche Willensmeinung ist in keiner Weise dem Umstande, daß nicht festzustellen ist, wer bedacht ist, zu entnehmen. Würde der Entw. sich über den Willen des Erblassers hinwegsetzen, so bliebe nur übrig, eine Theilung auch in Ansehung des Vermächtnisses positiv vorzuschreiben.

§§ 1769, 1770 (II 2022/3, 1938, B. 2127/8, 2042, R. 2125/6, 2040, G. 2151/2, 2065).

b) Alternative
Erbeinsetzung.

I. Besondere Vorschriften sind erforderlich für den Fall, daß mehrere Personen alternativ als Erben eingesetzt oder alternativ mit einem Vermächtnisse bedacht sind*). Sind sie alternativ in der Weise eingesetzt, daß nur die eine oder die andere Erbe sein soll, so läßt die Einsetzung an sich die erforderliche Bestimmtheit vermissen. Klar ist, daß der Erblasser die Erbschaft der einen oder der anderen Person hat zuwenden wollen, und daß er kein Gewicht darauf gelegt hat, welche dieser Personen die Erbschaft erhält. Werden die alternativ Eingetzten als gemeinsam eingesetzt behandelt (§ 1769 Abs. 1), so wird nur eine geringe Umdeutung des Willens vorgenommen. Diese Umdeutung erscheint weit eher begründet, als die Annahme einer Ersatzberufung. Eine Verdeutlichung, daß die Vorschrift eine Ersatzberufung oder Nacherbinsetzung nicht treffen soll, ist entbehrlich.

| §. 34.
Alternatives
Vermächtniß.

| Die in Ansehung der Vermächtnisse getroffene Entscheidung, daß die mehreren Personen als Gesammtgläubiger gelten sollen, Abs. 2, läßt sich vielleicht schon den allgemeinen Grundsätzen entnehmen. Der Erblasser, der so verfügt, legt damit thatsächlich das Hauptgewicht darauf, welcher der Bedachten das Zugewendete zunächst erlangen wird. Daß dabei auch der Wille des Beschwerten einen Einfluß äußern kann, ist richtig, kommt aber im Sinne des Erblassers nur als zufälliger Umstand in Betracht. Hiernach stellt es sich im Wesentlichen nur als eine Frage der Konstruktions dar, ob die alternativ Bedachten als Gesammtgläubiger hingestellt werden sollen. Diese letztere Konstruktion verdient aber im Interesse der Vereinfachung des Rechtes den Vorzug. Um den Gedanken materiell zur vollen Geltung zu bringen, muß mit Rücksicht auf § 337 Abs. 1 ausgesprochen werden, daß der Empfänger nicht verpflichtet ist, das Empfangene mit den übrigen Bedachten zu theilen.

c) Bestimmung durch
den Beschwerten
oder einen
Dritten.

Daß die Vorschriften Dispositivnormen sind, wird nach der Fassung nicht verkannt werden. II. Bereits bei der Begründung des § 1765 ist davon ausgegangen, daß bei letztwilligen Verfügungen eine Vertretung weder im Willen, noch in der Erklärung zulässig ist (vgl. §§ 1911, 1941). Der Erblasser kann daher auch nicht bestimmen, daß ein Anderer an seiner Stelle eine Verfügung treffe. Indessen kommt es darauf an, klarzustellen, wie weit dieser Grundsatz im Einzelnen trägt. Die hierüber bestehenden Zweifel sollen in einigen Hauptpunkten gelöst werden. Eine prinzipielle Entscheidung darüber zu geben, ist kaum ausführbar. Sollte vorgeschrieben werden, der Erblasser dürfe anordnen, daß ein Dritter eine von ihm getroffene Verfügung (nach einzelnen Richtungen hin) näher bestimme, so würde damit ein Unterschied gesetzt zwischen dem Disponiren an sich und dem Ergänzen des Disponirten, und diese Unterscheidung ist bereits in der Begründung zum § 1765 abgelehnt. Die verneinende Antwort auf die Hauptfrage ist damit gegeben. Dies Ergebnis besonders auszusprechen (§ 1770 Satz 1), wenn schon es nur als eine zutreffende Anwendung des Hauptgrundsatzes sich ansehen läßt, erscheint wegen der Wichtigkeit des Falles geboten und zweckmäßig im Hinblick auf das geltende Recht (Windscheid § 547 Anm. 4, 6, 7 — mit Unterscheidung des nackten Willens und des vernünftigen Ermessens eines Dritten — § 633 Anm.; Roth § 300 Anm. 12, § 309 Anm. 4; W.R. I 12 § 49; Unger § 14 Anm. 4; heff. Entw. 51). Gegen die Entscheidung des sächs. G.B. (§§ 2086, 2087, 2091, 2399; vgl. dazu Mommsen's Mot. S. 204, 205), welche auf der entgegengesetzten Auffassung beruht, wird — gewiß nicht ohne Grund — geltend gemacht, daß es dem Dritten freistehen müßte, sich selbst als Erben oder Bedachten zu bezeichnen, und daß dies schwerlich der Absicht des Erblassers entsprechen wird.

Auswahl
unter
Mehreren.
| §. 35.

Eine Ausnahme ist geboten, falls der Erblasser mehrere Personen bezeichnet hat, unter welchen eine ausgewählt werden soll. Der Fall steht dem I des § 1769 so nahe, daß es nicht gerechtfertigt sein würde, auch diesen Fall der Regel des ersten Satzes zu unterwerfen. Andererseits würde eine Vorschrift, durch die eine solche Zuwendung ohne Weiteres für gültig erklärt

*) Wegen des geltenden Rechtes vgl. Windscheid § 547 Anm. 8, § 633 Anm. 3; Roth § 309 Anm. 11, § 318 Anm. 15 (Gleichtheilung für Vermächtnisse); sächs. G.B. §§ 2167, 2399; Unger § 14 Anm. 4; Mommsen §§ 134, 349 (Gleichtheilung für Vermächtnisse); das W.R. enthält keine ausdrückliche Entscheidung; vgl. Dernburg § 129 Anm. 2, § 135 Anm. 18, Eccius § 251 Anm. 84; aber Roth, Erbrecht S. 1095.

wird, der Auffassung, auf der § 1765 beruht, widersprechen. Denn in der Ueberlassung der Auswahl an den Dritten oder an den Beschwerten liegt immer eine Art der Uebertragung des Testirens. Mindestens würde eine solche Vorschrift die Umgehung des § 1765 ermöglichen. Die Erwägung, daß auch hier der Erblasser diejenigen Personen näher bezeichnet hat, welche als Bedachte in Betracht kommen sollen, und daß er zu erkennen gegeben hat, daß es ihm gleichgültig sei, welche die Zuwendung erhalten soll, legt es nahe, den § 1769 entsprechend anzuwenden (Satz 2). Diese Entscheidung beseitigt die Auswahl durch einen Anderen, welche allein als nicht zulässig sich ergibt; sie verträgt sich mit dem Willen des Erblassers, von dem nicht zulässigen Theile der Verfügung abgesehen, noch am meisten und entspricht dem Grundsätze thunlichster Aufrechterhaltung testamentlicher Verfügungen. Würde in Abweichung vom Grundsätze des § 1765, eine solche Verfügung unbeschränkt aufrecht erhalten, so müßten sich nicht unerhebliche Schwierigkeiten dann ergeben, wenn der Dritte die ihm übertragene Wahl nicht ausüben kann oder will; es müßte zu verwickelten Vorschriften gegriffen werden, um diese Schwierigkeiten zu lösen. Die §§ 2087, 2091 sächs. G.B. würden keineswegs ausreichen. Es würde zu bestimmen sein, wem gegenüber die Wahl zu erfolgen hat, auf welchem Wege festzustellen ist, daß der Dritte die Wahl verweigert, ob und wann die Erklärung des Dritten eine unwiderrufliche ist. — Dem Beschwerten die Wahl des Vermächtnisnehmers zu überlassen, sofern der Kreis der Personen, aus welchen zu wählen ist, bestimmt würde, entspräche zwar dem gemeinen Rechte (Windscheid § 633 Anm. 15c; Roth § 319 Anm. 10), wäre jedoch nach Vorstehendem nicht gerechtfertigt. Deshalb und, um das Mißverständniß auszuschließen, als sei der Beschwerte nicht ein Dritter, ist des Beschwerten neben dem Dritten gedacht.

Mittelbar wird der Entw. in vielen Fällen zu demselben Ergebnisse wie das gemeine Recht führen, indem ein Gesamtschuldverhältniß angenommen wird (vgl. § 329 Satz 1).

Einen Unterschied kann es nicht machen, ob das reine und unbeschränkte Wollen des Beschwerten oder des Dritten oder ein gewisses verständiges Wollen derselben und ein durch Rücksichtnahme auf die Umstände geleitetes billiges Ermessen derselben entscheiden soll. Denn der Grund der Vorschrift, die Unvollständigkeit der Verfügung, trifft in beiden Fällen in gleichem Maße zu. Deshalb ist eine so allgemeine Fassung gewählt, damit kein Zweifel obwalte, daß sowohl der Fall der Verweisung auf die Willkür, als der Fall der Verweisung auf das billige Ermessen der mit der Entscheidung betrauten Person gemeint ist.

Daß auch diese Vorschriften nur Dispositivregeln enthalten, läßt die Fassung erkennen. Der zweite Satz steht mit dem ersten in so enger Verbindung, daß nicht zweifelhaft sein kann, die Wahl, von welcher der zweite Satz spricht, sei die von dem Beschwerten oder einem Dritten zu treffende Wahl. — Eine Disharmonie mit dem Grundsätze des § 1765 wird sich nicht behaupten lassen. Von der allgemeinen Vorschrift des § 1765 macht der § 1770 dann eine Ausnahme, wenn feststeht, daß der Erblasser bestimmt bezeichnete Personen bedenken wollte und nur zwischen diesen Personen von dem Beschwerten oder einem Dritten eine Auswahl getroffen werden soll.

Willkür
und billiges
Ermessen.

| S. 36.

§§ 1771—1776 (II 1940—1945, B. 2044—2049, R. 2042—2047, G. 2067—2072).

1. Für den nicht seltenen Fall, daß in einer Verfügung die Verwandten oder die nächsten Verwandten des Erblassers ohne nähere Bestimmung bedacht sind, wird die Auslegungsregel aufgestellt, es seien diejenigen Verwandten bedacht, welche die gesetzlichen Erben des Erblassers sein würden, und zwar nach Maßgabe der Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge, § 1771 Abs. 1. Die Regel bezieht sich nicht auf den Fall, daß die gesetzlichen Erben oder die Erben schlechthin (letzteres wird noch häufiger vorkommen) bedacht sind. In diesem Falle ist ohne Weiteres klar, daß es nach dem Willen des Erblassers in allen Beziehungen dem Ergebnisse nach bei demjenigen verbleiben soll, was aus den Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge sich ergibt, soweit nicht der letzte Wille ein Anderes ergibt; die gesetzliche Erbfolge wird nur zu einer gewillkürten gemacht. — Sind aber die Verwandten oder die nächsten Verwandten bedacht, so könnte die Bezeichnung mit Rücksicht darauf, daß der Entw. in Ansehung der gesetzlichen Erbfolge im Wesentlichen dem Systeme der Parentelerbfolge sich angeschlossen hat (§ 1964 ff.) leicht zu der Annahme führen, der Erblasser habe nicht die Grundsätze der gesetzlichen Erbfolge, sondern den Verwandtschaftsgrad allein entscheiden lassen wollen, oder er habe alle Personen, welchen das Merkmal der Verwandtschaft beivohnt, zu gleichen Theilen bedenken wollen. Die Entscheidung des Entw. entspricht einer Mehrzahl neuerer Rechte (M.H. I 12 § 522; sächs. G.B. § 2161; Mommsen § 128 Abs. 1; hess. Entw. 55), während die gemeinrechtliche Praxis schwankt (Seuffert 10 Nr. 269, 13 Nr. 318 mit 12 Nr. 242, 31 Nr. 47, aber auch 8 Nr. 151); sie wird, in der Beschränkung auf die Verwandten des Erblassers die Wahrscheinlichkeit für sich haben. Ist ohne eine nähere, auf individuelle Personen hinweisende Bestimmung lediglich auf die Eigenschaft als Verwandte Bezug genommen, so liegt es am nächsten, anzunehmen, das Merkmal und die Voraussetzung solle sich ebenso bestimmen und in gleicher Weise wirken wie bei der gesetzlichen Erbfolge. In diesem Falle geht die Auslegungsregel noch über die Ermittlung der Bedachten hinaus; sie bestimmt zugleich über

a) Verwandte
oder nächste
Verwandte.

den Gegenstand der Zuwendung durch Heranziehung der Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge und läßt erkennen, daß die Vorschrift sowohl nach innen (für die Bedachten unter sich) als nach außen (gegenüber den Nachlaßgläubigern und Erbschaftsschuldnern usw.) anzuwenden ist. — Ob im Einzelfalle der Ausdruck „Verwandte“ völlig die Bedeutung von „gesetzlichen Erben“ haben soll, insbes. in dem Sinne, daß auch der Ehegatte miteinbegriffen ist, muß der Auslegung nach den Umständen des Falles überlassen bleiben.

Maßgebende Zeit.

Erforderlich ist die Entscheidung, welcher Zeitpunkt maßgebend ist, um festzustellen, welche Personen als die gesetzlichen Erben anzusehen sind. Für den Regelfall kann dies nur der Zeitpunkt des Erbfalles sein, § 1771 Abs. 2 Satz 1. Ist eine aufschiebende Bedingung oder ein Anfangstermin beigefügt, so soll nach der Auslegungsregel des Satzes 2, entsprechend dem § 1761, angenommen werden, diejenigen seien bedacht, welche die gesetzlichen Erben sein würden, wenn der Erblasser erst zur Zeit des Eintrittes der Bedingung oder des Termines gestorben wäre. Der Entw. verallgemeinert damit den Gedanken, auf welchen der § 2188 des sächs. GB. beruht, in Übereinstimmung mit Mommsen § 128 Abs. 2 und der überwiegenden gemeinrechtlichen Praxis (Seufferts Archiv 8 Nr. 150, 10 Nr. 275, 17 Nr. 68 gegen 15 Nr. 38). Mit Recht macht Mommsen (Mot. S. 227) geltend, daß es der Willensmeinung des Erblassers in der Regel schwerlich entsprechen würde, wenn die zur Zeit des Erbfalles als gesetzliche Erben Berufenen auch im Falle eines Anfangstermines als die Bedachten angesehen würden; denn alsdann würde die Zuwendung an deren Erben gelangen, ohne Unterschied, ob diese Erben Verwandte des Erblassers oder diesem Fremde sind, während doch der Erblasser kaum an andere als Angehörige seiner Familie gedacht haben wird. Allerdings liegt hierin eine Abweichung von der Auslegungsregel des § 1761, aber aus dem bezeichneten Grunde wird es gerechtfertigt sein, hier den Anfangstermin der aufschiebenden Bedingung gleichzustellen. Vorzugsweise kommen die nicht seltenen Fälle in Betracht, in welchen bestimmt ist, daß die Zuwendung nach dem Tode einer bestimmten Person, insbes. eines Ehegatten, an die Verwandten des Erblassers fallen soll.

o) Kinder, Abkömmling des Erblassers.

2. Mit den Fällen, daß der Erblasser Kinder ohne nähere Bestimmung oder einen demnach weggefallenen Abkömmling bedacht hat, beschäftigt sich eine Mehrzahl der Rechte und Entw., unter sich keineswegs übereinstimmend (A.N. I 12 §§ 526, 531, II 2 § 443; öst. GB. §§ 779, 536, Unger § 87 Anm. 5; Code 1051; sächs. GB. § 2162; Mommsen §§ 129, 130; hess. Entw. 56 Abs. 1, 2). Das Bedürfnis, Auslegungsregeln aufzunehmen, ist hiernach nicht zu verkennen. Die Bezeichnung „Kinder“ kann nicht wohl im engeren wortgemäßen Sinne zu verstehen sein, daß ausschließlich die unmittelbaren zur Zeit der Errichtung der Verfügung noch vorhandenen Söhne und Töchter gemeint seien, vielmehr wird diese Bezeichnung im Zweifel dahin auszulegen sein, daß der Erblasser die Abkömmlinge eines zur bezeichneten Zeit bereits verstorbenen Kindes (Sohn oder Tochter) oder weiteren Abkömmlinges, die im Falle der gesetzlichen Erbfolge berufen sein würden, ebenfalls bedenken wollte (§ 1772). Entsprechend dem Gedanken, der dem § 1771 zu Grunde liegt, wird ferner anzunehmen sein, der Erblasser habe die hiernach sich ergebenden Personen in derselben Weise und in demselben Umfange bedenken wollen, wie sie nach den gesetzlichen Vorschriften Erben geworden sein würden, und er habe gewollt daß sie denjenigen Theil der Zuwendung erhalten sollen, den der Verstorbene, wenn er noch lebte, nach jenen Vorschriften erhalten haben würde.

§ 37.

Steht fest, welcher Abkömmling bedacht werden sollte, ist aber vom Erblasser nicht berücksichtigt, daß die bedachte Person unter Hinterlassung eigener Abkömmlinge vor ihm versterben werde, während doch anzunehmen ist, der Wille des Erblassers sei dahin gegangen, die eigenen Abkömmlinge sollten an die Stelle des Weggefallenen treten, so soll nach der Auslegungsregel des § 1773 davon ausgegangen werden, diejenigen Abkömmlinge des Bedachten, die im Falle der gesetzlichen Erbfolge an Stelle desselben berufen sein würden, seien mit der Zuwendung im Wege der Ersatzberufung bedacht. Entsprechend dem § 1772 sollen sie in derselben Weise und in demselben Umfange als bedacht angesehen werden, wie sie nach den gesetzlichen Vorschriften das von ihrem unmittelbaren Elterntheile oder Vorelterntheile Erworbene erlangt hätten. Ausgedehnt wird diese Annahme dahin, daß eine solche Ersatzberufung auch dann als im Willen des Erblassers liegend anzusehen ist, wenn der Bedachte nicht verstorben ist, aber die Einsetzung oder Zuwendung unwirksam ist oder wird. Wird eine Ersatzberufung angenommen, so ist davon auszugehen, diese liege in ihrem vollen Umfange im Willen des Erblassers (§ 1800). Die Ersatzberufung erscheint bei der letztwilligen Verfügung als das Natürlichere und ist besonders vor dem Gedanken der Repräsentation (A.N. II 2 § 443; Code 1051; öst. GB. § 779) oder der Transmission (vgl. Unger § 87 Anm. 5) zu bevorzugen. Die Vorschrift entspricht der Billigkeit und dem zu vermuthenden Willen des Erblassers, der in solchem Falle schwerlich ohne Grund auf den Pflichttheil beschränken wollte; sie schneidet Pflichttheilsstreitigkeiten ab.

o) Abkömmlinge eines Dritten.

3. Auch für den Fall, daß Abkömmlinge eines Dritten ohne nähere Bestimmung bedacht sind, ist die Ausnahme einer Auslegungsregel zweckmäßig (§ 1774), sonst würden mindestens sehr

erhebliche Zweifel entstehen. Würde angenommen, alle noch zu erwartenden Abkömmlinge seien ebenfalls als bedacht anzusehen, so würde einstweilen ungewiß bleiben, ob die zur Zeit des Erbfallendes vorhandenen Abkömmlinge die ganze Zuwendung zu behalten oder zum Theile als Vorerben an später zur | Existenz gelangende Personen herauszugeben haben. Bedenkt der Erblasser Abkömmlinge eines Anderen als der eigenen Abkömmlinge, so streitet eine dringende Vermuthung dagegen, daß er für Personen sorgen wollte, welche erst nach seinem Tode empfangen werden, und daß in Folge dessen die Zuwendung an die zur Zeit des Eintrittes des Erbfallendes vorhandenen Personen mit lästigen Beschränkungen als Vorerben belastet werden sollte.

| S. 39

Im geltenden Rechte finden sich noch andere Vorschriften für den Fall, daß zu Gunsten der Kinder eines Dritten verfügt ist (A. N. I 12 §§ 527—531; sächs. G. B. § 2162 Satz 2; öst. G. B. § 681, Unger § 57 Anm. 6 und § 5 Anm. 1; Mommsen § 129 Abs. 1 Satz 2; hess. Entw. 56 Abs. 3). Die Aufnahme solcher weiteren Auslegungsregeln, soweit sie nicht schon durch die Auffassung des Entw. ausgeschlossen sind, ist nicht rathsam. In vielen Fällen würden sie vielleicht ein dem Willen des Erblassers entsprechendes Ergebnis liefern. Bei der Vielgestaltigkeit der zu beachtenden Fälle ist es jedoch bedenklich, die richterliche Beweiswürdigung durch Auslegungsregeln zu beschränken, umsomehr, als die geltenden Rechte und die Entw. keineswegs für dieselben Regeln sich entschieden haben.

4. Die Auslegungsregel des § 1775 für den Fall, daß der Erblasser ohne nähere Bestimmung eine Klasse von Personen oder solche Personen, welche zu ihm in einem Dienst- oder Geschäftsverhältnisse stehen, bedacht hat, schließt sich dem überwiegend geltenden Rechte an (A. N. I 12 §§ 546—548; sächs. G. B. § 2163; öst. G. B. § 683, Unger § 57 Anm. 7; Dernburg § 120 Anm. 9, Eccius § 254 Anm. 24; Mommsen § 131; hess. Entw. 58). Die Bezeichnung „Klasse“ ist im Anschlusse an das sächs. G. B. § 2163 und Mommsen § 131 gewählt worden. Das Wort läßt sich kaum in angemessener Weise verdeutschen.

g) Klasse von Personen.

5. Im sächs. G. B. §§ 2164, 2165 und bei Mommsen § 132 finden sich Auslegungsregeln über die Zuwendung zu Gunsten der Armen oder der Kirche oder zu einem wohlthätigen oder sonstigen Zwecke. Der hess. Entw. 57 gedenkt nur der Zuwendung an die Armen, ohne nähere Bezeichnung derselben.

h) Arme.

Die Verfügung des Erblassers zu Gunsten der Armen kann nicht wohl in dem Sinne verstanden werden, daß sämmtliche Arme als einzelne bedacht sein sollen, ganz abgesehen von der schwierigen Feststellung, welche Personen „Arme“ sind. Solche Verfügungen kommen aber häufig vor. Eine Auslegungsregel erscheint daher angemessen und den praktischen Bedürfnissen entsprechend (§ 1776). Dagegen ist, abweichend vom sächs. G. B. § 2164 und hess. Entw., eine Vorschrift darüber, ob die Armenklasse eines bestimmten Ortes gemeint sei, nicht rathsam. Die Frage muß im Wege der gewöhnlichen Auslegung | gelöst werden. Jede Entscheidung in der angegebenen Richtung läßt sich als eine willkürliche bezeichnen und kann zu unangemessenen Ergebnissen führen. Insbes. erhellt, wie unzutreffend die Entscheidung sein kann, es solle allein der letzte Wohnsitz des Erblassers in Betracht kommen, wenn der Fall berücksichtigt wird, daß der Erblasser kurze Zeit vor seinem Tode den Wohnsitz gewechselt hat und es sich vielleicht um eine am Orte des früheren langjährigen Wohnsitzes errichtete Verfügung handelt.

| S. 40.

Dieser letztere Gesichtspunkt spricht auch dagegen, mit dem sächs. G. B. § 2165 zu entscheiden, welche etwa bedachte Kirche bei einer Zuwendung an die Kirche gemeint sei, und insbes. auf die Kirche des letzten Wohnsitzes des Erblassers hinzuweisen, oder gar diese Entscheidung zu verallgemeinern und das Gleiche in Ansehung aller nach einem Gattungsmerkmale bezeichneten juristischen Personen (Gemeinde, Krankenanstalt u. dgl.) vorzuschreiben und, wenn das Merkmal bei mehreren zutrifft, Zuwendung nach gleichen Bruchtheilen anzunehmen. Es verdient den Vorzug, der richterlichen Auslegung nach den Umständen des Falles nicht vorzugreifen. — Ebensovienig wäre es rathsam, Vorschriften für den Fall zu geben, daß nicht einer Person zugewendet ist, sondern eine Verwendung von Erbschaftsgut zu einem gewissen Zwecke angeordnet ist (vgl. Mommsen's Mot. S. 228), insbes. dahin, es sollen, falls Körperschaften oder Stiftungen bestehen, deren Aufgabe in der Verfolgung des bezeichneten Zweckes besteht, diese juristischen Personen als bedacht gelten, es sei denn der Wille ersichtlich, eine selbständige Stiftung zu errichten. Solche Vorschriften sind nicht zweckmäßig; auch läßt sich ihre innere Nichtigkeit bezweifeln. Im geltenden Rechte findet sich etwas Aehnliches nicht, wenn man absieht von einer Vorschrift Justinian's zu Gunsten der Armen und Gefangenen, auf welche verwiesen werden könnte.

Kirche.

Verwendung zu einem gewissen Zwecke.

Der Entw. hat sich auf die wenigen Auslegungsregeln der §§ 1771 ff. für Fälle, in welchen die Person des Bedachten nicht durch unmittelbare Hinweisung auf eine individuelle Person, sondern durch die Angabe von Merkmalen bezeichnet ist, beschränkt. Ein weitreichendes praktisches Bedürfnis besteht nicht; es wird auch nur selten eine gleichmäßige Auslegung in einem gewissen Sinne möglich sein, wenn der Erblasser sich in dieser Richtung einer unvollständigen oder undeutlichen Ausdrucksweise bedient hat. Insbes. erscheint es nicht erforderlich, mit einer größeren

Weitere Auslegungsregeln.

Zahl der Rechte Vorschriften darüber aufzunehmen, daß die Person des Bedachten auch durch Umschreibung, zB. durch Angabe von Eigenschaften derselben oder des Zweckes der Zuwendung, bezeichnet werden kann (Windscheid § 546 Anm. 9; Roth § 309 Anm. 18; sächs. GB. § 2081; Mommsen § 89 Abs. 2; hess. Entw. 59 Abs. 1), und daß eine unrichtige Bezeichnung der Person des Bedachten die Gültigkeit der Anordnung nicht berührt, wenn des Erblassers wirklicher Wille sich ermitteln läßt (Roth § 309 Anm. 19; ALN. I 12 § 518; sächs. GB. § 2081; Mommsen § 89 Abs. 2; öst. GB. § 571 und dazu Unger § 13 Anm. 5; hess. Entw. 52 Abs. 2).

- | §. 41. Die in diesen Vorschriften enthaltenen Regeln, besonders der Satz „falsa demonstratio non nocet“ sind schon aus den §§ 72, 73 zu entnehmen und sind deshalb für das Erbrecht nicht besonders auszusprechen.

§ 1777 (II 1938, 2024, 2027, B. 2042, 2129, 2132, R. 2040, 2127, 2130, G. 2065, 2153, 2156).

3. Bestimmung des Gegenstandes durch Andere.

Ist der Zuwendungswille erklärt und die Person des Bedachten bezeichnet, während über den Gegenstand der Zuwendung eine Bestimmung fehlt und zur Ergänzung dieser Lücke auf den Ausdruck einer anderen Person verwiesen ist, so kann durch diese Verweisung auf einen fremden Willen die unvollständige Verfügung nicht zu einer vollständigen werden (Satz 1). Dies ergibt sich als eine Folge des § 1770. Die Bestimmung des Gegenstandes ist nicht minder wichtig, als die der Person des Bedachten. Die zum § 1770 geltend gemachten Gründe treffen auch hier zu. Der Entw. spricht nicht von der Willkür oder dem Gutdünken des Dritten oder des Beschwerten, um nicht dem in Rücksicht auf einen Theil des geltenden Rechtes (Windscheid § 633 Anm. 15 b, 19 mit § 547 Anm. 3; Roth § 309 Anm. 58; Dernburg § 119 Anm. 15; Unger § 60 uL.) nahe liegenden Zweifel Raum zu lassen, daß sich die Vorschrift nur auf das reine und unbeschränkte Wollen, nicht aber auf das durch die Rücksichtnahme auf die Umstände geleitete billige Ermessen (vgl. §§ 353, 357) beziehe. Eine solche Unterscheidung würde nicht gerechtfertigt sein, so wenig hier wie im Falle des § 1770. Denn der in der Unvollständigkeit der Verfügung liegende Grund der Vorschrift besteht in beiden Fällen in gleichem Maße, und zwar sowohl wenn die Entscheidung einem Dritten, als wenn sie dem Beschwerten überlassen ist.

Uebertragung der Vertheilung.

Anders gestaltet sich die Sachlage, wenn die Unvollständigkeit der Verfügung nur in der Richtung besteht, daß über die Vertheilung des bezeichneten Gegenstandes unter die bezeichneten Personen als Bedachte nichts bestimmt, diese Vertheilung vielmehr einem anderen übertragen ist. Eine so beschränkte Unvollständigkeit kann bei der Erbeinsetzung ebensowohl wie bei der Vermächtniszuzuwendung vorkommen. In dieser Beziehung zu unterscheiden (vgl. hess. Entw. 52; Mommsen § 93) und verschieden zu bestimmen, je nachdem es sich um eine Erbeinsetzung oder Vermächtniß handelt, ist nicht erforderlich. In einem solchen Falle, ebenso wie im Falle des § 1770, auf § 1769 Abs. 2 zurückzugreifen, scheint um so näher zu liegen, als mitunter die Frage, was der einzelne der mehreren Bedachten vom Gegenstande der Zuwendung erhalten soll, bei genauerer Prüfung sich als die Frage herausstellen kann, wer von den mehreren Bedachten den Gegenstand der Zuwendung erhalten soll. Allein der Entw. entscheidet hier, in Uebereinstimmung mit den Vorschriften über die theilweise Anmöglichkeit, dahin, daß nur die fehlerhafte Anordnung des Erblassers in Ansehung der Vertheilung wegfallen und durch die alsdann Platz greifende Regel der Gleichtheilung ersetzt werden soll (Satz 2). | Selbst im Zweifelsfalle, besonders auch dann, wenn die Bestimmung des Bruchtheilsverhältnisses einer anderen Person überlassen wurde, ist es richtiger, die zu beseitigende Ungewißheit auf die Bestimmung nicht der Person des Bedachten, sondern des Gegenstandes der Zuwendung zu beziehen. Für den Fall der Erbeinsetzung stimmt die getroffene Entscheidung mit der des § 1769 Abs. 1 überein. Für den Vermächtnißfall ist sie freilich eine abweichende, aber doch wohl angemessenere und dem anzunehmenden Willen des Erblassers entsprechendere, als die im § 1769 Abs. 2 bestimmte Gesammläubigerschaft der Bedachten ohne Theilungspflicht. Im Falle des § 1769 Abs. 2 ist die letztere Entscheidung nur deshalb angezeigt, weil die disjunktive Ausdrucksweise des Erblassers (entweder — oder) mehr auf eine solche hinweist. Von diesen Gesichtspunkten aus erscheint es auch nicht zulässig, die Vorschrift mit der des § 1770 zu verbinden.

| §. 42.

Nur für den Fall, daß eine Unvollständigkeit oder Mangelhaftigkeit der Verfügung vorliegt, ist eine Entscheidung erforderlich. Beides trifft bei dem Wahl- oder Gattungsvermächtnisse nicht zu. Deshalb und, um Mißverständnissen vorzubeugen, ist ein Vorbehalt, daß die Vorschriften über die bezeichneten Vermächtnisse unberührt bleiben, beigelegt (Satz 3).

Klassenlegat.

Besondere Vorschriften für das Klassenlegat (§ 1775) sind hier nicht erforderlich. Zwar läßt sich geltend machen, der Erblasser könne in solchem Falle mitunter die Vertheilung deshalb nicht wohl selbst bestimmen, weil die in seinen letzten Lebenstagen geleisteten Dienste maßgebend sein sollen. Auf dieser Auffassung beruhen vielleicht die Vorschriften einiger neueren Rechte (zB. sächs. GB. § 2400; öst. GB. § 651; Mommsen § 350). Allein derartige Anordnungen

werden meist als Auflagen zu beurtheilen sein, so daß diejenigen, deren Vortheil bezielt wird, ein unmittelbares eigenes Recht nicht erhalten sollen. Dann müssen die Vorschriften über die Erzwingung derartiger Auflagen (§ 1888) maßgebend sein. Ist es aber im Einzelfalle klar, daß nicht eine Auflage, sondern ein wirkliches Vermächtniß an die einzelnen zur Klasse gehörenden Personen gewollt war, so hat die Beurtheilung nach Maßgabe der §§ 1769, 1770, 1777 zu erfolgen, wobei zu beachten ist, daß sowohl eine Ungewißheit über die Person des Bedachten als über den Gegenstand der Zuwendung vorliegen kann. Daß auf diesem Wege angemessene Ergebnisse nicht zu finden seien, ist mindestens nicht nachweisbar. Sollten diese Fälle von geringer praktischer Bedeutung eingehender geregelt werden, so wäre eine größere Zahl von Vorschriften erforderlich, besonders auch, wie die Sachlage sich gestaltet, falls der Beschwerte oder der Dritte die Entscheidung nicht trifft oder verzögert, auf welchem Wege Fristen zu setzen sind, usw. (zum § 1770 S. 35).

Eine Vorschrift dahin aufzunehmen (heff. Entw. 51 Abs. 3), daß der Erblasser bestimmen könne, der Bedachte solle das ihm Hinterlassene dem ihm bekannten Willen des Erblassers gemäß verwenden, ist nicht erforderlich, wenn sich auch dafür geltend machen läßt, es werde häufig die Angabe der Verwendungsbestimmung, ohne Familiengeheimnisse preiszugeben, nicht thunlich sein. Eine solche Zuwendung wird sich nur als mit einer Auflage verbunden ansehen lassen. Ueber die Frage, welche sich erheben kann, ob wegen Unbestimmtheit der Auflage die ganze Verfügung oder lediglich die Auflage wegzufallen hat, entscheiden die §§ 1886 ff. Das geltende Recht entscheidet diese Frage gleichfalls nicht. Ebenso wenig kann ein Bedürfnis anerkannt werden, für den Fall, daß der Gegenstand der Zuwendung nicht ausdrücklich benannt, vielmehr durch Angabe von Merkmalen oder Eigenschaften bezeichnet ist, eine Vorschrift aufzunehmen. In dieser Hinsicht gilt das in Ansehung einer solchen Bezeichnung der Person des Bedachten (S. 40) Bemerkte.

Verwendung
nach dem be-
kannten
Willen des
Erb.
| S. 43.

§ 1778 (II 1957, B. 2061, R. 2059, G. 2084).

Die Aufnahme der in ihrem Grundgedanken allen geltenden Rechten (Windscheid § 546 Anm. 1, 2, § 633 Anm. 7; Roth § 300 Anm. 118; MN. I 12 §§ 519 ff., 556; sächs. GB. §§ 2155—2159; Code 1156, 1157; Unger §§ 13, 57; Mommsen §§ 125 ff.; heff. Entw. 54) entsprechenden Auslegungsregel, daß, wenn verschiedene Auslegungen nach dem Inhalte der Verfügung möglich sind, diejenige Auslegung vorzuziehen ist, bei welcher die Verfügung Erfolg haben kann, erscheint zweckmäßig, wenigleich die Regel neben § 73 nicht unbedingt notwendig ist. Entscheidet die aufgestellte Vorschrift, so ergibt sich von selbst, daß die Anordnung im Zweifel zu Gunsten des Bedachten auszulegen ist, weil der Wille des Erblassers auf eine Freigebigkeit gerichtet war, daß aber andererseits dem Bedachten nichts zugebilligt werden kann, soweit es an jeder Erklärung in der Verfügung fehlt, und daß noch weniger gemeint ist — wofür l. 17 D. l. 14 § 1, l. 32 § 1, l. 39 § 6 D. de leg. I zu sprechen scheinen — in der Regel solle der Erbe gegenüber dem Bedachten vorzugsweise berücksichtigt werden. Die Vorschrift ist hier aufgenommen, weil sie für das Erbrecht eine besonders praktische Bedeutung hat. Damit ist nicht ausgesprochen, daß deren Anwendbarkeit auf Rechtsgeschäfte unter Lebenden zu verneinen sei. Ihre Aufnahme macht eine Vorschrift, daß die rechtliche Natur einer Verfügung nach dem erkennbaren Willen des Erblassers zu beurtheilen sei, welche gleichfalls bereits dem § 73 zu entnehmen ist, um so entbehrlicher. — Das geltende Recht (MN. I 12 §§ 519 ff. mit §§ 408, 427, Dernberg § 122, Eccius § 254; öst. GB. § 666, Unger §§ 67, 71, 72; sächs. GB. §§ 2155 ff., 2478; Mommsen §§ 125 ff., 423, 425, uA.) enthält eine nicht unbedeutliche Zahl weiterer Auslegungsregeln, insbes. in Ansehung des Gegenstandes der Zuwendung. Der Entw. hat sich weiterer Vorschriften in dieser Richtung enthalten. Eine besondere Erwähnung verdienen nur folgende:

4. Allgemeine
Auslegungs-
regel.

I. Vorschriften über Unrichtigkeiten und Ungenauigkeiten des Ausdruckes. Würde mit Mommsen § 125 ausgesprochen, daß die Berichtigung durch Auslegung zulässig sei, daß aber nichts zur Geltung gebracht werden könne, was ganz außerhalb der Verfügung liege, und daß auch formlose Erklärungen des Erblassers bei der Auslegung zu berücksichtigen seien, mögen diese vor oder nach Errichtung der Verfügung abgegeben sein (sächs. GB. § 2157), so würde eine praktisch sehr wichtige Frage entschieden, ob nämlich die Auslegung bei dem objektiven Sinne der Erklärung, welchen diese nach der gewöhnlichen Bedeutung der Worte hat, stehen zu bleiben habe, oder ob eine ergänzende Auslegung in der Weise zulässig sei, daß, wenn in Ansehung eines notwendigen Punktes eine unmittelbare Willenskundgebung fehlt oder der Willensausdruck ein verfehlter ist, der Willensinhalt aus der Erklärung im Ganzen und aus allen, auch außerhalb der Erklärung liegenden, aber für den Willen des Erklärenden schlüssigen Thatfachen vervollständigt werden und der so vervollständigte Willensinhalt zur Geltung gebracht werden darf, endlich, ob in Ansehung der formalisirten Willenserklärungen die Benutzung des außerhalb der Erklärung liegenden Auslegungsmateriales ausgeschlossen ist. Zu diesen Fragen hat indessen der Entw.

Unrichtig-
keiten zc. im
Ausdrucke.

| S. 44.

bereits Stellung genommen. Die mildere Auffassung ergibt sich aus § 73 mit genügender Klarheit (Mot. 1 S. 155). Die Aufnahme einer Vorschrift dieses Inhaltes in das Erbrecht würde das Mißverständnis nahe legen, für die Auslegung der letztwilligen Verfügung werde etwas Besonderes bestimmt. Eine zutreffende Vorschrift über die Grenze der Auslegungsfreiheit läßt sich nicht geben. Der Begriff der Auslegung enthält insofern die Grenze, als die Auslegung einen erklärten Willen voraussetzt.

Unvereinbare Verfügungen.

II. Eine Vorschrift für den Fall, daß in derselben letztwilligen Verfügung mehrere Verfügungen enthalten sind, welche sich mit einander nicht vereinigen lassen, und zwar dahin, daß alsdann diese sämmtlich wegfallen, soweit sie sich widersprechen. Eine solche sich vorzugsweise gegen die Bevorzugung des zuletzt Erklärten wendende Vorschrift mag in den meisten Fällen zu einem richtigen Ergebnisse führen. Dennoch erscheint es gerathen, die richterliche Würdigung des Einzelfalles nicht durch eine Vorschrift zu beengen. Unter Umständen ist die Reihenfolge der Erklärungen von erheblicher Bedeutung.

Vorschriften über gesetzliche Erbfolge.

III. Eine Vorschrift dahin, daß, soweit die gesetzliche Erbfolge durch die Verfügung nicht aufgehoben wird, die darin etwa fehlende Bestimmung nach den für die gesetzliche Erbfolge geltenden Vorschriften zu ergänzen sei (W. I 12 § 521, Gesetzrev. v. 1835 § 476, Dernburg § 122, Eccius § 254 S. 481). Eine solche Vorschrift wäre nicht rathsam. Vorausgesetzt wird, daß die gesetzliche Erbfolge durch letztwillige Verfügung ausgeschlossen ist. In solchem Falle besteht nun zwar eine gewisse Analogie zwischen der rechtsgeschäftlichen und der gesetzlichen Regelung der Erbfolge. Diese Analogie zur Beseitigung von Lücken der Verfügung zu benutzen, erscheint nahe liegend, sobald z. B., wenn Geschwisterkinder ohne Bezeichnung der einzelnen Personen lediglich durch Hinweisung auf das in dieser Art der Verwandtschaft liegende Merkmal bedacht sind, Theilung nach Stämmen und nicht nach Köpfen eintritt. Allein eine solche Auslegung kann nicht als Prinzip aufgestellt werden, da sie dadurch einen positivrechtlichen Charakter annehmen würde. Nach den Umständen des Einzelfalles kann diese Auslegung berechtigt sein. Dann wird sie auch ohne besondere Vorschrift sich Geltung verschaffen, zumal das Prinzip für die besonders praktischen und häufigen Fälle der §§ 1771—1773 Ausdruck gefunden hat.

| §. 45.

§ 1779 (II 1951, B. 2055, R. 2053, G. 2078).

5. Willensdogma.

Ueber die Willensmängel sind in den §§ 95 ff. Vorschriften gegeben (Mot. 1 S. 189). Darüber, daß das Willensdogma, von welchem prinzipiell auch bei den Vorschriften des Allg. Theiles ausgegangen ist, in Ansehung der letztwilligen Verfügungen strenger durchzuführen ist, kann kein Zweifel bestehen. Im Erbrechte muß der Ausgangspunkt sein, daß der Wille des Erblassers zur Geltung zu bringen ist, und daß grundsätzlich eine Verfügung nur gültig sein kann, wenn der wirkliche Wille mit dem erklärten übereinstimmt. Den § 95 hierher zu übertragen, fehlt es, abgesehen davon, daß Fälle der Mentalreservation oder des schlechten Scherzes selten vorkommen, an ausreichenden Gründen. Dem Gesichtspunkte, daß eine Verfügung auf Arglist nicht zu gestatten sei und deshalb der Urheber der Willenserklärung (zur Strafe) an seiner Erklärung festgehalten werden müsse (Mot. 1 S. 191), kann hier eine Berechtigung nicht zugestanden werden. Denn hier würde nicht der Erblasser der leidende Theil sein, sondern derjenige, welcher nach dem wahren Willen des Erblassers die Erbschaft oder den in Frage stehenden Theil derselben erhalten sollte, also in der Regel die gesetzlichen Erben und, soweit es sich um Vermächtnisse handelt, der eingesetzte Erbe. Wenn aber die so Benachtheiligten die Mentalreservation oder den bösen Scherz geltend machen, so berufen sie sich nicht auf Lüge und Arglist, verlangen vielmehr Schutz gegen Lüge und Arglist, die gesetzlichen Erben noch dazu auf Grund eigenen Rechtes. Würde ihnen dieser Schutz versagt, so würde das Vermögen des Erblassers in die Hände von Personen gelangen, welchen es nicht zukommen sollte, vielleicht sogar von Personen, die sich mit dem Erblasser verbunden hatten, um unlautere Zwecke zu erreichen. In diesem Falle würde ein der Simulation analoges Vorgehen rechtlichen Erfolg erlangen, entgegen der für Simulation im § 96 gegebenen Vorschrift; dies wäre um so bedenklicher, als die im § 95 vorgesehene Ausnahme nicht Platz greifen kann, denn jene Personen sind nicht Empfänger der Willenserklärung (vgl. § 74). Der § 96 muß hier Anwendung finden; inwieweit hier eine Simulation vorkommen kann, mag dahingestellt bleiben.

| §. 46.

Der Abs. 1 des § 97, nach welchem eine Willenserklärung nichtig ist, wenn der Urheber, welcher des Mangels der Uebereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen sich bewußt war, zu täuschen nicht beabsichtigt, entspricht dem vorerwähnten Hauptgrundsatz. Seine Anwendbarkeit auf letztwillige Verfügungen kann nicht zweifelhaft sein. Die Abs. 2—4 des § 94 können dagegen hier nicht anwendbar sein; die Abs. 3, 4 schon deshalb nicht, weil sie auf Willenserklärungen sich beziehen, denen ein Empfänger gegenübersteht, während ein solcher hier nicht vorhanden ist (vgl. § 74). Gegen die Anwendung des Abs. 2 sprechen die Gründe, welche in Ansehung des § 95 vorstehend angeführt sind. Die Gründe, auf welchen diese Vorschrift

beruht (Mot. 1 S. 195), insbes. die Rücksicht auf den Verkehr, auf die bona fides, culpa in contrahendo, Diligenzpflicht, Täuschung des Vertrauens usw., treffen hier nicht zu. Wollte der Bedachte eine solche Zuwendung, deren förmliche Zurücknahme dem Erblasser immer zufland, zur Geltung bringen, so offenbarte sich darin eine Gesinnung, welche Schutz durch das Gesetz nicht verdient.

Ob der § 98, welcher den unbewußten Willensmangel in Folge eines Irrthumes betrifft, hier für anwendbar zu erklären sei, kann zweifelhaft erscheinen. Soweit indessen der § 98 eine Abschwächung des Willensdogmas enthält, ist sie jedenfalls nur eine geringe; es würde daher nicht angemessen sein, davon abweichende Vorschriften hier zu geben und damit das Gesetz zu komplizieren. Der Frage, wann anzunehmen ist, die Willenserklärung würde nicht abgegeben sein, kann für das Gebiet des Erbrechtes Bedeutung nicht abgesprochen werden. Ebenso würde die Verneinung des Unterschiedes zwischen wesentlichem und unwesentlichem Irrthume hier zu weit geben. Ein Rechtsgeschäft anderer Art liegt selbstverständlich nicht vor, wenn der Erblasser sich nur im Ausdrucke vergriffen hat, indem er zB. für die Erbeinsetzung die Bezeichnung „Vermächtniß“ oder umgekehrt für „Vermächtniß“ die Bezeichnung „Erbeinsetzung“ gebraucht hat, da der gegentheilige Wille des Erblassers unverkennbar ist (vgl. § 1788 Abs. 1, 2). Dagegen liegt offenbar ein anderes Rechtsgeschäft vor, wenn zB. der Erblasser eine Person, anstatt sie, wie er beabsichtigte, zum Vormunde zu ernennen, zum Erben eingesetzt hat. — Die im § 99 angeführten Ausnahmen von der Regel des § 98 würden hier so wenig gerechtfertigt sein, wie die Abs. 2—4 des § 97, denen sie nachgebildet sind.

Die Fassung des § 1779 bringt dies zum Ausdruck, indem sie nur diejenigen Vorschriften des Allg. Theiles erwähnt, welche nicht Anwendung leiden; sie läßt zugleich erkennen, daß die von der Anwendung ausgeschlossenen Vorschriften in Ansehung der übrigen erbrechtlichen einseitigen Willenserklärungen, soweit nicht das Vorhandensein eines Empfängers von den Vorschriften ausdrücklich vorausgesetzt wird, anzuwenden sind. — Das gemeine Recht dürfte im Wesentlichen auf demselben Boden stehen (Windscheid § 546 Nr. 4, § 633 Nr. 4; Roth § 300 II, 1; öst. GB. § 570, Unger § 13 Anm. 5; sächs. GB. § 2080; Mommsen § 90; hess. Entw. 50). Die neueren Gesetzgebungen beschäftigen sich zumeist nur mit dem Irrthume. | Soweit der Irrthum im Beweggrunde in Betracht kommt, wird davon noch zu §§ 1781 ff. die Rede sein.

§§ 1780—1887 (II 1951/6, 1958, B. 2055/60, 2062, R. 2053/8, 2060, G. 2078/83, 2085).

I. Diese Vorschriften, welche die Anfechtung betreffen, beziehen sich auch auf den Widerruf einer letztwilligen Verfügung, welcher in dieser Hinsicht selbst als letztwillige Verfügung zu gelten hat. Dies ergibt sich aus den §§ 1933 ff. zur Genüge.

II. 1. Eine Verfügung soll angefochten werden können, wenn der Erblasser zu ihr widerrechtlich durch Drohung oder Betrug bestimmt worden ist; vgl. § 103, an welchen sich die Vorschrift anschließt. Das geltende Recht steht zum Theile auf anderem Boden, indem es Nichtigkeit der Erklärung annimmt. Selbst für das gemeine Recht wird vielfach diese Ansicht vertreten, wenn sie nicht geradezu als die herrschende bezeichnet werden kann. *) In Ansehung des Allg. I 12 §§ 23—25 vgl. Gruchot 31 S. 945 ff., Dernburg § 127 Nr. 2, Eccius § 246. Der Entw. entscheidet, abgesehen von den Fällen körperlicher Ueberwältigung, in welchen eine Willenserklärung gar nicht vorliegt, für die Anfechtbarkeit; über die Wirkung der Anfechtung vgl. zum § 1874.

Für diese Entscheidung sprechen vor Allem praktische Erwägungen. Was in der Theorie gegen die Anfechtbarkeit und für die Nichtigkeit geltend gemacht wird (vgl. zB. Schliemann, Zwang § 18, Siebenhaar zum sächs. GB. §§ 2078, 2079), sind zumeist Erwägungen de lege lata. Es wäre gewiß hart und unzweckmäßig, die Heilbarkeit des Mangels in solchen Fällen auszuschließen, wie es bei Annahme der Nichtigkeit geschehen müßte (vgl. § 109). Andererseits können die Gründe, durch welche der Erblasser sich in seinem Willen beeinflussen ließ, nur als subjektive Momente in Betracht kommen. Die objektiven Verhältnisse des Verkehrs verlangen aber auch auf dem Gebiete des Erbrechtes Schutz gegen nicht erkennbare Mängel. Ein solcher Schutz würde mit Annahme der Nichtigkeitstheorie grundsätzlich verjagt. Durch Bestimmung der Anfechtbarkeit wird nicht ausgeschlossen, dem Mangel sachliche Wirkung sowohl unter den Erbetheiligten als gegenüber solchen Dritten, welche um die Sachlage gewußt haben, beizulegen. Endlich spricht für die Anfechtungstheorie der Umstand, daß durch deren Annahme das Gesetz wesentlich vereinfacht wird.

| Die Aufnahme des § 1780 ist erforderlich, obgleich die Vorschrift wegen des § 103 für entbehrlich erachtet werden kann. Allein der § 103 giebt nur demjenigen, der die Willenserklärung abgegeben hat, das Anfechtungsrecht. Nun wird aber der Erklärende durch die Errichtung einer

*) Vgl. Windscheid § 548 Anm. 2, § 633 Anm. 22; Roth § 300 Anm. 71 ff.; Brinz § 372 Anm. 56 ff., § 377 Anm. 5; Unger § 13 Anm. 2, 3; sächs. GB. §§ 2078, 2079; — für die Anfechtung Mommsen §§ 86, 87; hess. Entw. 7 47, 48, 53.

IV. Willensbestimmung.

Anfechtung wegen Drohung oder Betruges. (G. § 2078.)

| S. 48.

Verfügung nicht gebunden, ihm steht das freie Widerrufsrecht zu (§§ 1933 ff.). Ueberdies gestaltet sich das Anfechtungsrecht hier eigenartig; die Fälle der Anfechtbarkeit müssen vermehrt werden (§§ 1781—1783); es muß über die Person des Anfechtungsberechtigten und über die Anfechtungsfrist besonders bestimmt werden (vgl. §§ 1784—1786). Auch von diesem Gesichtspunkte aus kann die Vorschrift nicht entbehrt werden.

Wegen
Irrthumes.

2. Bei Rechtsgeschäften unter Lebenden hat nach § 102 der Erklärende die Folgen und die Gefahr einer mangelhaften Motivierung seines Willens zu tragen. Anders steht es bei der letztwilligen Verfügung. Hier läßt sich der Grundsatz, wenn die Fälle ausgeschieden werden, in welchen der ursächliche Zusammenhang fehlt, nicht durchführen, zumal die Folgen und die Gefahr nicht mehr den Verfügenden, sondern andere Personen treffen. Allerdings muß der ursächliche Zusammenhang bestehen; denn, daß *falsa causa adjecta non nocet*, ist wohl durchweg geltendes Recht (vgl. Windscheid § 548 Anm. 10, § 633 Anm. 22; Roth § 300 Anm. 81). Sobald aber der ursächliche Zusammenhang vorhanden ist, sobald also der irrig als zutreffend oder vorliegend angenommene Umstand allein es war, welcher den Verfügenden zur Zuwendung bewog, muß die Anfechtung zugelassen werden. Anderenfalls würden hiermit die Rechtsnormen über die Konditionen (§§ 737 ff.) wohl kaum in Einklang zu bringen sein. So findet sich denn schon im gemeinen Rechte der Grundsatz anerkannt für den Fall, *si probetur alias legaturus non fuisse* Windscheid § 548 Anm. 11, § 633 Anm. 22; Roth § 300 Anm. 80, 82—85; nicht unbestritten, ob nicht Nichtigkeit eintrete, Anm. 82 cit.) Derselbe Grundsatz wird von der neueren Gesetzgebung festgehalten (säch. GB. § 2079; öst. GB. § 572, Unger § 13 Anm. 3; Mommsen § 87 Abs. 1; heff. Entw. 48; Zachariae § 652; vgl. MN. I 12 § 25 mit 4 § 150, Dernburg § 127 Anm. 4, Eccius Bd. 4 S. 317, Gruchot 31 S. 945).

Die Mangelhaftigkeit des Willens, welche zu berücksichtigen ist, kann sowohl darin liegen, daß der Erblasser zur Zeit der Testamentserrichtung unter dem Einflusse eines Irrthumes über gegenwärtige oder vergangene Thatsachen sich befand und dadurch zu der Errichtung bewogen worden ist, als auch darin, daß er den Eintritt oder Nichteintritt eines künftigen Ereignisses oder rechtlichen Erfolges vorausgesetzt und nur für den Fall der Verwirklichung seiner Voraussetzung, die Verfügung hat treffen wollen, dabei aber unterlassen hat, sie dem Willen entsprechend, zu bedingen und zu beschränken. Die letztere Art der Mangelhaftigkeit des Willens ist deshalb gleichfalls zu berücksichtigen, weil die Umdeutung dieser Art der Voraussetzung in eine Bedingung hier ebenso unzulässig ist, wie bei der auf eine gegenwärtige oder vergangene Thatsache sich beziehenden Voraussetzung und weil eine solche Umdeutung zu weniger angemessenen Rechtsfolgen führen würde, nämlich zur Unwirksamkeit und nicht zur Anfechtbarkeit.

| S. 49.

Ein Unterschied, ob der vorausgesetzte Eintritt oder Nichteintritt eines künftigen Ereignisses oder eines rechtlichen Erfolges vor oder nach dem Erballe sich entscheidet, kann nicht gemacht werden. Für eine solche Unterscheidung läßt sich zwar geltend machen, die Anfechtbarkeit sei dann, wenn die Nichterfüllung der Voraussetzung erst nach dem Erballe sich entscheide, für die Verkehrssicherheit nicht ungefährlich, weil mit der Anfechtung nach § 115 eine dingliche Rückwirkung verbunden, und diese in solchem Falle nicht angemessen sei, weil es bedenklich erscheine, wenn ein Erblasser dadurch, daß er eine Verfügung unter einer Voraussetzung treffe, weitergehende Wirkungen erzielen könne, wie wenn er unter einer auflösenden Bedingung verfüge. Allein diese Bedenken beruhen auf der Erwägung, es handele sich um eine rechtsgeschäftlich festgesetzte Selbstbeschränkung des Willens sowohl in dem Falle, in welchem der Erblasser eine Bedingung setzte, als in dem Falle einer Voraussetzung, und es bliebe daher die unter einer Voraussetzung erfolgte Verfügung (Erbeinsetzung, Vermächtnisanordnung usw.) deshalb nicht rechtsbeständig, weil der Erblasser gewollt und erklärt habe, daß die Verfügung für diesen Fall ihre Kraft verlieren solle. Diese Erwägung trifft jedoch insofern nicht zu, als ein solcher Gesichtspunkt der Vorschrift nicht zu Grunde liegt. Die Vorschrift beruht vielmehr auf der Annahme, daß ein Willensfehler vorliegt, der — abweichend vom § 102 — die Verfügung hinfällig macht, während ein solcher bei einem Rechtsgeschäfte unter Lebenden unberücksichtigt bleiben würde. Diese Auffassung entspricht den thatsächlichen Verhältnissen. Denn dem Erblasser, der unter einer Voraussetzung verfügt, kommt gar nicht in den Sinn, daß die Voraussetzung sich nicht bewahrheiten wird. Vergegenwärtigt sich der Erblasser, daß das Nichteintreten der Voraussetzung möglich oder auch nur nicht fernliegend ist, und bringt er dies zum Ausdruck, so ist regelmäßig die Verfügung einer Bedingung als gewollt anzunehmen. Ist hiernach die Angleichung der Voraussetzung an die Bedingung abzulehnen, so erlebigen sich damit die aus dieser Erwägung zu ziehenden Folgerungen. — Nicht ohne Gewicht sind dagegen die der Rücksicht auf die Verkehrssicherheit entnommenen Bedenken. Die Folge der Anfechtung ist, daß der Bedachte so behandelt wird, als sei er nie Erbe oder Vermächtnisnehmer geworden. Deshalb werden Dritte, die in der Zwischenzeit bis zur Anfechtung mit dem Bedachten in Verkehr getreten sind, soweit sie nicht schon durch die Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens und des Vertrauens auf den Inhalt des Grundbuchs und des Erbscheines (§§ 837,

888, 877, 878, 2076, 2077) gesichert sind eines besonderen Schutzes nicht entbehren können. Diesen gewährt ihnen der § 2091.

Der Entw. hat abweichend von der Mehrzahl der geltenden Rechte (vgl. jedoch für franz. | S. 50. Recht Zachariae § 652; ferner Hess. Entw. 481) den Nachweis des ursächlichen Zusammenhanges zwischen der unrichtigen Vorstellung des Erblassers und dem Inhalte der Verfügung nicht schlechthin zugelassen. Eine solche Vorschrift würde in überaus zahlreichen Fällen dazu führen, daß die Gültigkeit testamentarischer Verfügungen mit einiger Aussicht auf Erfolg bestritten werden könnte. Denn es wird in vielen Fällen zweifelhaft sein oder sich doch darüber streiten lassen, ob der Erblasser unter unrichtigen Anschauungen stand, und ob diese Anschauungen nicht auf den Inhalt der Verfügung von Einfluß gewesen sind. Deshalb ist hinzugefügt, daß die auf unzutreffenden Vorstellungen beruhende Willensbegründung aus dem Inhalte der Verfügung selbst sich ergeben muß, mögen die Gründe der Willensbestimmung aus dem Inhalte der Verfügung erhellen, oder mag der Erblasser selbst Erklärungen über die für ihn maßgebenden Gründe gegeben haben. Diese Einschränkung bezieht sich auch auf die den Erblasser beherrschenden unrichtigen Vorstellungen über vergangene oder gegenwärtige Thatsachen. — In Ansehung der letzteren liegt der Einwand nahe, der Erblasser, der zwar in einem Irrthume befangen ist, aber an der Richtigkeit seiner Vorstellungen nicht zweifelt, habe gar keinen Anlaß, die Gründe seiner Verfügung anzugeben und sie dadurch der Kritik auszusetzen (Mommßen, Mot. S. 199). Allein durch die Vorschrift wird von der Regel, daß auf die Motive des Erklären und durch die That der Erklärung zu einem selbständigen von der Begründung losgelösten Dasein gebrachten Willens nichts ankommt, eine Ausnahme gemacht, und aus Gründen praktischer Zweckmäßigkeit kann eine solche Ausnahme nur zugelassen werden, wenn die unrichtige Begründung des Willens aus der Erklärung des Willens sich ergibt.

Eine gleiche Beschränkung in Ansehung des durch Betrug erzeugten Irrthumes (§ 1780) eintreten zu lassen, wäre nicht nur ohne Vorgang im geltenden Rechte, sondern auch offenbar unbillig. Dies könnte dahin führen, daß der Betrüger seinen Zweck erreicht, wenn er nur den Erblasser zu bewegen vermag, in der Verfügung jede Andeutung über den Beweggrund zu unterlassen.

Den Fall besonders vorzusehen, daß der Erblasser voraussetzte, er werde bald in eine Krankheit fallen oder bald sterben (Mommßen § 187 Abs. 2), ist nicht erforderlich. Es kann nicht bezweifelt werden, daß kaum jemals eine Voraussetzung dieser Art zu den durch § 1781 betroffenen Voraussetzungen gehören wird.

3. Der § 1782 wendet sich zu einigen Unterfällen des § 1781 in Ansehung der Pflichttheilsberechtigten. Er betrifft eine Reihe von Fällen, von welchen der der Uebergehung als der wichtigste bezeichnet werden kann. Für diesen Fall bestimmt das geltende Recht sehr verschieden und überwiegend anders als der Entw. In Betracht kommen besonders folgende Fälle: | Die nachfolgende Geburt eines Pflichttheilsberechtigten, das dem Erblasser unbekannt Dasein eines Pflichttheilsberechtigten, das Fortleben eines solchen, während er als nicht mehr lebend angesehen wurde, die Entstehung von Pflichttheilsrechten — nach der Errichtung der Verfügung — durch Willensakt des Erblassers, wie Annahme an Kindesstatt, Legitimation oder Eingehung einer Ehe. Einige Rechte behandeln diese Fälle lediglich aus dem Gesichtspunkte des Notherbenrechtes, so der Code 1046, 1047 und der Hess. Entw. 48, 120—126. Nach gemeinem Rechte wird im Falle der nachfolgenden Geburt eines Notherben das Testament nichtig, so jedoch, daß es wieder auslebt, wenn der später Geborene wieder wegfällt (vgl. Windscheid § 563 Anm. 9, § 569 Anm. 1, § 591 Anm. 11, 12; Roth § 337 Anm. 10, 28, § 347 Anm. 4 ff.), während die irrige (also nicht pflichtwidrige) Uebergehung eines Notherben in anderen Fällen den Erfolg hat, daß nur die Erbeinsetzung der extranei beseitigt wird und der Uebergangene als Miterbe neben Gleichberechtigten eintritt (Windscheid § 548 Anm. 15; Roth § 338 Anm. 9, 10, § 347). Das RM. II 2 §§ 450—455, I § 444, I 12 §§ 601, 647 unterscheidet, ob der Erblasser erst nach Verlauf eines Jahres seit der nachfolgenden Geburt des Abkömmlinges oder der Zeit, zu der ihm das Dasein oder Fortleben des Uebergangenen bekannt wurde, stirbt, ohne etwas Weiteres verfügt zu haben, oder ob er früher stirbt; im ersteren Falle erhält der Uebergangene oder später Geborene so viel wie der letztwillig Mindestbedachte, im anderen Falle ist die ganze Verfügung hinfällig (vgl. Schulzenstein, Pflichttheilsrecht S. 31, 73—78, 156; Dernburg § 208; Eccius § 248 S. 368 ff.). — Das sächs. GB. und im Wesentlichen übereinstimmend die Rechte verschiedener thüring. Staaten geben dem Uebergangenen das volle gesetzliche Erbrecht. Das öst. GB. §§ 777, 778, 881, 1254, 1487 (Unger § 78 a. E., § 83 Anm. 13) folgt mehr dem röm. Rechte, jedoch nicht ohne Modifikationen. Mommßen § 498 Abs. 2, 3, § 502, 524 (Mot. S. 476 f.) schließt sich dem sächs. GB., jedoch mit der Maßgabe an, sofern nicht aus dem Inhalte der Verfügung auf eine andere Willensmeinung des Erblassers geschlossen werden muß, und unter Befreiung des Notherben von Vermächtnissen und Auflagen, falls nicht nach den Umständen eine andere Absicht des Erblassers erhellt. — In Ansehung der durch Willensakt des Erblassers

Uebergehung eines Pflichttheilsberechtigten usw. | S. 51.

pflichttheilsberechtigten gewordenen Personen ist das geltende Recht verschieden, zum größten Theile aber nicht kontroversenfrei.

Entwurf.

§ 52.

Vorhanden-
sein zur Zeit
des Erbfall-
es.

Ergebnis der
Anfechtung.

§ 53.

Kürzung der
Vermächtnisse zc.

Zu-
wendungen
unter Ehe-
gatten zc.

Der Entw., welcher nur einen obligatorischen Pflichttheilsanspruch kennt (vgl. §§ 1975, 1976), kann nicht wohl eine Vorschrift notherbrechtlicher Natur geben, wenn nicht ein besonderes dinglich wirkendes Pflichttheilsrecht für die Fälle aufgestellt werden soll. Dies zu thun, erscheint jedoch nicht rathsam. Für die bezeichneten Fälle alle Vortheile preiszugeben, zu deren Erreichung der Pflichttheilsanspruch so bedeutend eingeschränkt ist, würde schon deshalb nicht angemessen sein, weil es sich um immerhin nicht häufige Fälle handelt, weil aber auch eine solche Konstruktion dazu nöthigen würde, für diesen dinglich wirkenden Anspruch ein ganzes System aufzustellen und damit das Gesetz zu komplizieren. Zweifelhaft kann sogar sein, ob es nicht genügen würde, von weiteren Vorschriften abzusehen. Liegen die Erfordernisse des § 1781 vor, so würde durch Anfechtung die das Pflichttheilsrecht verletzende Verfügung beseitigt werden können. Dadurch werden die Pflichttheilsberechtigten besser geschützt, als durch obligatorische Pflichttheilsansprüche. Die Zahl der Fälle, in welchen die das Pflichttheilsrecht betreffenden Vorschriften zur Anwendung kommen, wird vermindert. Allein der bezweckte Schutz würde nicht von großem praktischen Werthe sein, wenn es dabei bewendete. Deshalb ist der § 1781 für die in der Vorschrift bezeichneten Fälle in zweifacher Richtung modifizirt. Einmal ist als Auslegungsregel aufgestellt, daß in solchen Fällen der Erblasser zu der Verfügung durch den Irrthum über das Vorhandensein des Pflichttheilsberechtigten, oder durch die Voraussetzung bestimmt worden ist, derselbe werde nicht nachträglich geboren oder nicht nachträglich Pflichttheilsberechtigter werden. Ferner ist bestimmt, daß in diesen Fällen die Anfechtung stattfindet, auch wenn der Irrthum aus der Verfügung nicht zu entnehmen oder die Voraussetzung in der Verfügung nicht ausdrücklich oder stillschweigend erklärt ist. Das Ergebnis entspricht besonders der Vermuthung, daß der Wille eines jeden Erblassers dahin geht, das Erbrecht den nächsten gesetzlichen Erben nicht zu entziehen. Begrenzt sind die Fälle dahin, wenn ein zur Zeit des Erbfall- es vorhandener Pflichttheilsberechtigter übergangen ist, dessen Vorhandensein dem Erblasser bei Errichtung der Verfügung nicht bekannt war, usw., um klarzustellen, daß es nicht darauf ankommt, ob ein solcher Pflichttheilsberechtigter überhaupt vorhanden gewesen ist. Nach der Auffassung des Entw. kann der Irrthum des Erblassers nur dann von Einfluß sein, wenn dieser Irrthum dazu geführt hat, daß der Pflichttheilsberechtigte gerade wegen seiner Uebergangung im Testamente nicht zur Erbfolge gelangt, keineswegs aber dann, wenn er ohne Rücksicht hierauf, z. B. weil er den Erblasser nicht überlebt hat, oder aus irgend einem anderen Grunde nicht zur Erbfolge gelangt.

In Ansehung des Ergebnisses der Anfechtung enthält sich der Entw. weiterer Vorschriften. Die Anfechtung, die, wie zum § 1784 erörtert ist, nicht ausschließlich obligatorische Wirkung hat, vernichtet oder beseitigt die mangelhafte Verfügung und schafft damit Raum für den Eintritt der gesetzlichen Erbfolge. Die Frage, inwieweit durch die Anfechtung die Verfügungen beseitigt werden, und wie alsdann die Rechte der eingesetzten Erben und der Vermächtnißnehmer sich gestalten, ist hier dieselbe wie im Falle des § 1781. Bei Entscheidung der Frage kommt vorzugsweise der § 1787 in Betracht. Speziellere Vorschriften darüber lassen sich nicht geben, auch kann nicht anerkannt werden, daß mit Rücksicht auf den eingenommenen prinzipiellen Standpunkt dazu mehr Anlaß vorliege in den Fällen I des § 1782 als in denen des § 1781. Jeder Versuch, solche Vorschriften hier zu geben, würde das Prinzip verdunkeln und den Anschein hervorrufen, als bewegte sich der Entw. auf dem Boden des Notherben- oder Pflichttheilsrechtes.

Vorschriftung wegen Kürzung der Vermächtnisse und Auflagen seitens der eingesetzten Erben, deren Erbtheile in Folge der Anfechtung eine Minderung erleiden, beizufügen (Mommjen's Mot. S. 477), besteht kein Bedürfnis. Nachdem der Entw. den Standpunkt der Anfechtung eingenommen hat, erscheint es zweifelhaft, ob es überhaupt vorkommen kann, daß die von einem Grunde der Anfechtbarkeit betroffene Erbeinsetzung in Folge der Anfechtung nicht gänzlich zu Fall gebracht wird, sondern nur eine Minderung des Erbbruchtheiles eintritt. Derselbe Zweifel besteht in Ansehung der Möglichkeit einer sonstigen mit Vermächtnissen oder Auflagen beschwerten Zuwendung, auf welche jener Gedanke, wenn er berechtigt wäre, auszudehnen sein würde. Allerdings kann nach § 1787 verb. mit § 14 die Verfügung auch nur theilweise unwirksam werden, insbes. kann die Unwirksamkeit sich auf einzelne Zuwendungen beschränken (es können z. B. Vermächtnisse und Auflagen bestehen bleiben), aber eine quantitative Verminderung der Zuwendung — des Erbtheiles oder des Vermächtnisses — dürfte nicht vorkommen können. Jedenfalls ist es nicht angemessen, für solche zweifelhafte und seltene Fälle eine besondere Vorschrift zu geben, und zwar lediglich für die Fälle der Anfechtbarkeit, nicht für die Fälle einer sonstigen Ungültigkeit. — Wegen der Frage der Gültigkeit der Vermächtnisse und Auflagen, falls die mit ihnen beschwerten Zuwendungen ungültig sind, vgl. § 1876.

5. Als ein weiterer Unterfall des § 1781 lassen sich die Fälle bezeichnen, in welchen ein Gatte den anderen oder ein Verlobter den anderen bedacht hat, während die Ehe richtig war oder

anfechtbar war und angefochten wurde, oder vor dem Tode eines der Gatten aufgelöst wurde, oder wenn das Verlöbniß vor dem Tode des Erblassers aufgelöst wurde (vgl. *WR.* II 1 § 489, *Dernburg* § 184 Anm. 8; *sächs. GB.* § 2222; *Mommien* § 168 nebst *Mot.* S. 252; *Unger* § 26 Anm. 19). — Die Frage kann aufgeworfen werden, ob nicht eine Verfügung in den bezeichneten Fällen als kraft Gesetzes unwirksam zu erklären sei. In der That ist es auch mehr Sache der juristischen Konstruktion, ob in eine solche Zuwendung an den Gatten oder Verlobten durch eine dispositive gesetzliche Vorschrift eine gewisse Bedingtheit hineingelegt wird, welche von vornherein den Bestand der Verfügung an das Bestehen oder die Nichtlösung der Ehe oder des Verlöbnisses knüpft oder ob, wenn die nach dieser Auffassung durch das Gesetz hinzugefügte Bedingung ausgefallen ist, ein stillschweigender Widerruf eingirt wird. Allein die Erwägung muß für durchgreifend angesehen werden, daß, wenn die Unwirksamkeit kraft Gesetzes aufgestellt wird, die Verfügung enträtigt wird, vielleicht gegen den Willen des Erblassers, und jedenfalls, ohne daß seitens der Personen, deren Rechte durch die Verfügung berührt werden, Widerspruch erfolgt. Dies geht zu weit und ist nicht geboten, da die Anfechtbarkeit der Verfügung den Beteiligten ausreichenden Schutz gewährt. Allerdings kann es leicht vorkommen, daß, soweit das geltende Recht bisher eine solche Unwirksamkeit annahm, der widerrufsberechtigte Erblasser und die Anfechtungsberechtigten unter dem Einflusse jenes Rechtes sich passiv verhalten und dadurch die Verfügung zu festem Bestande gelangen lassen. Allein dieser Umstand hat nur für die Uebergangszeit Bedeutung. Die Nothwendigkeit, zu widerrufen oder anzufechten, wird sich als eine drückende Last der Beteiligten nicht ansehen lassen.

| S. 54.

Daß es sich um eine Dispositivvorschrift handelt, bringt der § 1783 Abs. 3 zum Ausdruck, indem er die Anfechtung ausschließt, wenn der Wille des Erblassers erhellt, daß die Verfügung auch im eingetretenen Falle Geltung haben soll. — Als Voraussetzung der Anfechtbarkeit ist die Thatsache selbst hingestellt, welche die Anfechtung begründen soll. Dies verdient den Vorzug vor dem Umwege, auf den Irrthum oder die unzutreffende Voraussetzung hinzuweisen; ein Bedürfnis besteht nicht, die Konstruktion zum Ausdruck zu bringen. Ueberdies werden dadurch die Vorschriften einfacher und praktisch zweckmäßiger, wie wenn die Anfechtbarkeit an den Willensmangel angeknüpft wird, welcher im Irrthume oder in der unzutreffenden Voraussetzung über den Eintritt der Thatsache liegt. Die einzelnen Fälle, in welchen der § 1783 Abs. 1 die Anfechtung zuläßt, sind:

Dispositivvorschrift.
Voraussetzung.

a) Auflösung der Ehe vor dem Tode eines Gatten. Aus § 1451 erhellt, daß im Falle der Scheidung ein rechtskräftiges Urtheil erfordert wird. Die allgemeine Fassung „Auflösung vor dem Tode eines der Gatten“ zieht außer dem Falle der Scheidung den weiteren Fall hinein, daß der Gatte eines für todt Erklärten eine neue Ehe geschlossen hat (§ 1464).

b) Nichtigkeit der Ehe. Es erscheint zweckmäßig, dieses Falles ausdrücklich zu gedenken. Freilich kann es leicht vorkommen, daß der Erblasser in seiner Willensbestimmung durch diesen Umstand in keiner Weise beeinflusst ist, und daß er gerade, weil er die Nichtigkeit kennt oder als möglich annimmt, so verfügt hat. Aber alsdann wird seine wirkliche Willensmeinung unschwer zu ermitteln sein und die Ausnahme des Abs. 3 eintreten. Hervorzuheben, daß die Ehe zur Zeit des Todes des Erblassers ungültig sein muß, ist nicht erforderlich. Nach dem Eintritte des Erbfallles kann eine nichtige Ehe, wie der § 1251 ergibt, nicht mehr konvallesziren. Ist aber die Nichtigkeit vor dem Tode des Erblassers weggefallen und die Ehe gültig geworden, so liegt der Fall der Vorschrift nicht vor.

| S. 55.

c) Wenn die Ehe anfechtbar war und angefochten ist. Als Erforderniß aufzustellen, daß die Ehe zur Zeit des Todes des Erblassers durch rechtskräftiges Urtheil für ungültig erklärt sei, ist nicht geboten. Auch nach dem Tode des Erblassers ist die Anfechtung der Ehe und die Geltendmachung der Anfechtbarkeit möglich; für einen solchen Fall würde es nicht gerechtfertigt ein, wenn vom Ausnahmefalle des Abs. 3 abgesehen, der Ueberlebende das ihm als Ehegatten vom verstorbenen Zugewendete erhalten sollte. Für die Fälle des § 584a [n. F. 628] *CPD.* und des § 1267 (wenn nämlich der Erblasser selbst noch den Rechtsstreit begonnen hat) bedarf es einer Vorschrift an dieser Stelle nicht, weil in den angerufenen Vorschriften bestimmt ist, daß bei dem Tode einer der Parteien vor der Rechtskraft des Endurtheiles im Ungültigkeitsprozesse der Rechtsstreit in der Hauptsache als erledigt anzusehen ist.

In den Fällen des Abs. 2 ist als Erforderniß aufgestellt, daß das Verlöbniß vor dem Tode des Erblassers aufgelöst wird. Eine besondere Entscheidung, daß, wenn die Eheschließung stattgefunden hat, der Abs. 1 Anwendung findet, ist nicht veranlaßt. Ist dem Verlöbniße die Ehe gefolgt, so ist das Verlöbniß nicht aufgelöst, sondern hat seinen Zweck erfüllt. Läßt der Erblasser seine Verfügung nunmehr weiter bestehen, so wird es von den Umständen des Falles abhängen, ob nicht fortan der als Verlobter Bedachte in seiner Eigenschaft als Gatte als bedacht anzusehen ist. Dies wird in der Regel wohl zutreffen und dann der Abs. 1 anwendbar werden. Die Worte „den anderen Ehegatten“ und „den anderen Verlobten“ erscheinen deutlich genug; eine Nebewendung „eine Person, welche von dem Erblasser als Ehegatte bezeichnet ist“ würde kaum

anders verstanden werden können und möchte die Gefahr nahelegen, daß auf diesen Wortlaut Gewicht gelegt werde.

Anfechtungs-
berechtigte.

5. Eine Vorschrift darüber zu geben, wer in den Fällen der §§ 1780—1783 der Anfechtungsberechtigte ist, erscheint geboten. Hier besteht die Eigenthümlichkeit, daß diejenige Person, welche unter dem Einflusse einer gewissen Art von Willensunfreiheit verfügt hat, in dem Zeitpunkt, in welchem die Wirkungen der Verfügung eintreten, nicht mehr vorhanden ist, mithin auch nicht anfechtungsberechtigt sein kann. Ein Uebergang des Anfechtungsrechtes im Wege der Rechtsnachfolge — vorausgesetzt, daß das Anfechtungsrecht dem Verfügenden zunächst zugeschrieben und als in dessen Widerrufsrecht mitenthaltend angesehen würde — ist nicht denkbar, weil gerade die Rechtsnachfolge durch die Anfechtbarkeit in Frage gestellt wird. Daher können nicht die Personen, welche nach der Verfügung die Rechtsnachfolger sind, sondern nur diejenigen als anfechtungsberechtigt bezeichnet werden, welche im Falle der Unwirksamkeit der anfechtbaren Verfügung, sei es als Erben, sei es als Vermächtnisnehmer, aus dem Nachlasse etwas erhalten würden, was sie nicht erhalten, wenn die Verfügung bestehen bleibt. Der Satz geht anscheinend etwas zu weit, wenn die Fälle in Betracht gezogen werden, in welchen der Erblasser durch den auf seinen Willen geübten Einfluß, mag der Einfluß in einem Zwange oder Betrüge oder im Mangel einer Kenntniß oder Voraussicht seinen Grund haben, davon abgehalten wurde, zu Gunsten einer bestimmten Person zu verfügen, zB. des später geborenen Pflichttheilsberechtigten oder einer von ihm für verstorben oder für unwürdig gehaltenen Person. In diesen Fällen beschränken sich, wenn auch der Willensmangel nur zum Nachtheile einer bestimmten Person wirkt, die Wirkungen der Anfechtung häufig nicht darauf, daß die Benachtheiligung jener bestimmten Person beseitigt wird, sondern es kann vorkommen, daß auch noch andere Personen als der Benachtheiligte aus der Beseitigung der fehlerhaften Verfügung Vortheil ziehen. Ein solcher zufälliger Vortheil anderer Personen läßt sich nicht wohl vermeiden, da der Wille des Erblassers, wie er sich ohne eine jede fehlerhafte Beeinflussung vielleicht gestaltet haben würde, nicht erklärt ist und deshalb nicht unter positiver Umgestaltung des Inhaltes der Verfügung zur Geltung gebracht werden kann. Als unbillig würde es aber bezeichnet werden müssen, wenn jene Personen, die aus den Wirkungen der Anfechtung einen zufälligen Vortheil ziehen, selbständig die Verfügung sollten anfechten können, falls der eigentlich Verletzte sich passiv verhält oder gar die Verfügung genehmigt. Der Entw. bezweckt, indem er die Anfechtbarkeit bestimmt, nur diejenigen Personen zu schützen, welche bei unbefluster Willensentscheidung des Erklärenden nicht benachtheiligt worden wären. Deshalb darf nur in die Hand dieser Personen die Entscheidung gelegt werden, ob die in der Verfügung enthaltene Erklärung stehen bleiben oder fallen soll. Dies läßt sich schon aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen entnehmen. Der aufgestellte Grundsatz: es seien anfechtungsberechtigt diejenigen, welche aus dem Nachlasse etwas erhalten würden, was sie nicht erhalten, wenn die Verfügung bestehen bleibt, bedarf daher einer Einschränkung, welche der Satz 2 beifügt. Im Falle der Drohung muß jede Person aus dem Kreise der etwa Berechtigten anfechtungsberechtigt sein, weil eine Beziehung der Wirkung der Drohung auf eine bestimmte Person aus jenem Kreise nicht ersichtlich sein kann. Bezieht sich aber der Betrug, der Irrthum oder die nichteingetretene Voraussetzung in den Fällen der §§ 1780—1782 nur auf eine bestimmte Person aus jenem Kreise — hat sich zB. der Erblasser nur in Ansehung des Verstorbenenseins dieser Person geirrt, im Uebrigen aber unter vollständig richtiger Voraussetzung der thatsächlichen Verhältnisse verfügt — so darf nur derjenige, dessen Benachtheiligung mit dem Betrüge, dem Irrthume oder der nichteingetretenen Voraussetzung in einem ursächlichen Zusammenhange steht, das Recht der Anfechtung haben. Will dieser das Anfechtungsrecht nicht geltend machen, oder kann er es nicht, weil er den Erblasser nicht überlebt hat, so muß die Verfügung bei Kräften bleiben.

Indem derjenigen gedacht wird, welche ein Recht erworben haben würden, werden auch die Fälle getroffen, in denen die Verfügung einem Rechtsenerbe entgegensteht, welcher nicht nach erbrechtlichen, sondern nach familienrechtlichen Grundsätzen eintritt, zB. der Erwerb der elterlichen oder ehelichen Nutznießung, das Recht aus der gesetzlichen Berufung zur Vormundschaft uhw. (vgl. §§ 1287, 1347, 1351, 1396 [1431], 1510, 1517, 1538, 1636, 1640 [1647], 1652, 1660, 1693, 1695, 1718, 1738, 1745). Auch für diese Fälle der Anfechtungsberechtigung Raum zu lassen, ist mindestens zweckmäßig. Allerdings werden durch die gewählte Fassung nicht alle Fälle getroffen, sodaß immer noch eine Lücke gefunden werden könnte. Diese Lücke auszufüllen, dürfte ein Bedürfniß nicht bestehen. So wird für den Fall, daß die Einsetzung eines Familienrathes letztwillig angeordnet ist, deshalb ein Anfechtungsrecht nicht erforderlich sein, weil die Einsetzung eines Familienrathes nicht als Beschwerde erscheinen kann. Sind Mitglieder eines Familienrathes letztwillig ernannt, so besteht ebenfalls ein Bedürfniß, die Anfechtung zuzulassen, nicht, weil dem Uebelstande, welcher in der Ernennung eines ungeeigneten Mitgliedes liegen könnte, vom VormGerichte, ohne daß eine Anfechtung erforderlich ist, abgeholfen werden kann (§§ 1712, 1715). In ähnlicher Weise wird in den übrigen Fällen, besonders wenn eine befreite Vormundschaft letztwillig angeordnet ist (§§ 1690, 1691), auch ohne Anfechtung zu helfen möglich sein.

| §. 57.

Darüber, auf welche Weise die Anfechtung zu erfolgen hat, sind Vorschriften nicht aufgenommen; zu solchen besteht aber auch kein Anlaß, da es an einem Grunde fehlt, die Anfechtung in ähnlicher Weise wie in Ansehung der Ehe (§ 1266) zu beschränken. — Die Anfechtung hat die gleichen Wirkungen wie jede andere Anfechtung (§ 112). Eines besonderen Ausspruches darüber oder einer näheren Erläuterung der Wirkungen bedarf es nicht. Wegen der Ausnahmen zum Schutze gutgläubiger Dritter, welche die Anfechtbarkeit nicht kennen, vgl. § 2091. Die Anwendung des § 112 führt zu dem Ergebnisse, daß der Anfall an den Anfechtungsgegner, wenn die Anfechtung durchdringt, rückgängig wird. Wie der Anfall an den Anfechtungsberechtigten sich gestaltet, ergibt sich aus §§ 1972, 2025, 2042, 2048.

Jeder Berechtigte kann die Anfechtung für sich allein ausüben; dies erscheint selbstverständlich. Daß die Anfechtung eines Berechtigten nicht zu Gunsten der Uebrigen wirkt, kann nicht ausgesprochen werden, weil alsdann die geringere Wirkung, welche die Anfechtung haben soll, unklar bleibt. Eine solche Vorschrift würde auch nicht wohl mit der angenommenen Anwendbarkeit des § 112 zu vereinigen sein.

6. Das *AB.* II 2 § 440 setzt eine zweijährige Verjährungsfrist für den Anspruch des Enterbten, und diese Frist wird auch in Ansehung der Uebergebung angewendet (*Entsch.* des *ObTrib.* 24 S. 129; *Ecclus* § 248 S. 380; *Dernburg* § 207 *Ann.* 24). | Der *Entw.* bestimmt im Anschlusse an § 104 eine einjährige Präklusivfrist, wiederholt aber die Vorschrift, weil der § 104 sich auf die Fälle des einfachen Irrthumes nicht bezieht. Die Fassung läßt die Frage der Beweislast offen und vermeidet deshalb den Ausdruck „erlischt“, durch welchen die Beweislast dem Anfechtungsgegner auferlegt würde. — In dem zum Beginne der Frist (*Abf.* 1 Satz 2) Kenntniß von den das Recht begründenden Thatsachen verlangt wird, ist der Billigkeit Rechnung getragen, sodas die verhältnismäßig kurze Frist ausreichend erscheint. Die Frist darf nicht zu lang bemessen werden, da die Anfechtung erhebliche Verwickelungen schafft und viele Dritte berühren kann.

Einer Hervorhebung bedarf es nicht, daß die Anfechtung nicht vor der Verkündung der Verfügung erfolgen kann. Sollte ein Zweifel möglich sein, so wird er ausgeschlossen durch die Vorschrift des *Abf.* 2 über den Beginn der subsidiären dreißigjährigen Präklusivfrist. Im Interesse der Verkehrssicherheit (vgl. zum § 1781) ist eine für alle Fälle der Anfechtbarkeit (§§ 1780—1783) geltende Einschränkung bestimmt (*Abf.* 2) durch Setzung einer dreißigjährigen Präklusivfrist, welche von der Verkündung der Verfügung an läuft. Zu berücksichtigen ist, daß unter Umständen die einer Verfügung zu Grunde liegende Voraussetzung eine solche sein kann, deren Erfüllung oder Nichterfüllung erst nach unverhältnismäßig langer Zeit (vielleicht in 50 oder 100 Jahren) zum Austrage gelangt, oder daß die sonstigen die Anfechtung rechtfertigenden Thatumstände (Bestimmung durch Drohung oder Betrug, Nichtigkeit der Ehe usw.) erst nach so langer Zeit ermittelt werden. Es ist endlich möglich, daß, auch wenn die Erfüllung oder Nichterfüllung der Voraussetzung oder das Vorhandensein des Thatumstandes sich längst entschieden hat, der Berechtigte erst nach so langer Zeit mit der Anfechtung hervortritt, weil er nicht eher Kenntniß von der Sachlage erhalten hat und deshalb die Präklusivfrist des *Abf.* 1 gegen ihn nicht hat beginnen können. Die Anfechtung einer Verfügung, insbes. einer Erbeseizung, nach ungemessener Zeit hat erhebliche Unzuträglichkeiten im Gefolge. Diesen soll möglichst vorgebeugt werden. Die Frist von 30 Jahren entspricht der ordentlichen Verjährungsfrist (§ 155) und den in den §§ 1813, 1869 für die Wirksamkeit der Nacherbeseizung und des Vermächtnisses gesetzten Fristen. Für den Beginn der Frist kann nur die Eröffnung der Verfügung maßgebend sein, da die Frist dem Anfechtungsberechtigten nicht wohl laufen kann, bevor er in der Lage war, in Erfahrung zu bringen, daß er betheiligt sei. — Für die Fälle, in welchen eine Verfügung nichtig ist, bedarf es eines ähnlichen Schutzes nicht, da die dreißigjährige Verjährung der bei der Nichtigkeit ohne Weiteres sich ergebenden Ansprüche von selbst eine geeignete Schranke bietet.

Daß in Ansehung der Fristen des § 1785 der § 166 für entsprechend anwendbar erklärt wird (*Abf.* 3), entspricht dem Gedanken, auf welchem der § 166 beruht, obgleich er nur in Ansehung der Verjährung bestimmt. Seine Anwendung empfiehlt sich hier ebenso wie bei anderen Präklusivfristen, zB. der §§ 1264, 1447, 1473. Für die Anwendung des § 164 ist hingegen hier kein Raum, da nicht eine Klage oder eine gegenüber einem Gerichte abzugebende Erklärung zur Geltendmachung des Anfechtungsrechtes erforderlich ist.

7. Der § 1786 schließt die Anfechtung aus, wenn der Erblasser in näher bestimmter Weise in Unthätigkeit verharret, obschon er nach Beseitigung der Zwangslage oder nach erlangter Kenntniß von der Anfechtbarkeit die Verfügung aufheben konnte. Die Vorschriften rechtfertigen sich durch die Rücksichtnahme auf den anzunehmenden Willen des Erblassers. Durch sie setzt sich zwar der *Entw.* in Widerspruch mit manchen geltenden Rechten, besonders dem sächs. *GB.* § 2601, dem öst. *GB.* § 778, *Wommjen* § 498, uA. Die entgegenstehende Entscheidung der letzteren läßt sich nicht durch die Rücksicht auf die Lässigkeit des Erblassers oder auf den Umstand begründen, daß nicht selten ein Erblasser Anstand nehmen werde, sich wiederholt mit dem Testamente zu

Wirkungen.

Rechtliche Beschränkung.

| S. 58.

Subsidiäre Präklusivfrist.

| S. 59.

Ausschließung der Anfechtung.

beschäftigen. Solche Thatfachen, welche nach §§ 1780 ff. das Anfechtungsrecht gewähren, bleiben erfahrungsgemäß äußerst selten vom Erblasser in dem Maße unbeachtet, daß er den Widerspruch zwischen seiner Erklärung und dem anzunehmenden Willen nicht beseitigt, wenn er dies kann und will. Nur muß der Zeitraum, innerhalb dessen die Aenderung vorgenommen werden kann, ein ausreichender sein, und muß wirklich der Erblasser im Stande sein, die anfechtbare Verfügung aufzuheben. Letzteres verdeutlicht die in der Fassung mit § 1926 Abs. 2 übereinstimmende Vorschrift, daß Beginn und Lauf der Frist gehemmt ist, so lange der Erblasser außer Stande ist, die Verfügung aufzuheben (Satz 2). — Es kann eingewendet werden, eine Formvorschrift müsse gegeben werden; denn, da der Widerruf formalisirt sei (§ 1933), müsse auch die als Widerruf sich gestaltende Anfechtung des Erblassers an die Form gebunden werden, und das Gleiche müsse von der Genehmigung der anfechtbaren Verfügung gelten, welche sich als neue Errichtung der Verfügung betrachten lasse. Allein der Entw. beruht auf der Auffassung, daß Anfechtung und Genehmigung des anfechtbaren Rechtsgeschäftes, selbst wenn sie auf formbedürftige Rechtsgeschäfte sich beziehen, formfrei sind (vgl. zu §§ 113 und 127, Mot. 1 S. 220, 221, S. 217). Es wird daher zulässig sein müssen, durch positive Vorschrift einem gewissen passiven Verhalten des Erblassers die Wirkung einer Genehmigung beizulegen. — Der Entw. spricht nicht von der Genehmigung, obschon die vorgesehene Verschweigung sich nur von dem Standpunkte der Genehmigung erklärt. Dies beruht auf der Erwägung, daß die Hereinziehung der Genehmigung zu praktischen Uebelständen führen kann.

| S. 60.

Unwirksamkeit einer einzelnen Verfügung.

8. Die Vorschrift des § 1787, die bereits S. 52 als erforderlich bezeichnet ist, spricht aus, daß, wenn der Grund der Unwirksamkeit einer Verfügung sich nur auf eine einzelne im Testamente enthaltene Verfügung bezieht, nur diese unwirksam wird, sofern nicht erhellt, daß der Erblasser die übrigen Verfügungen ohne diese einzelne Verfügung nicht getroffen haben würde. Eingewendet kann werden, die Vorschrift sei selbstverständlich, um so mehr, als nur der § 114 wiederholt werde. Allein der § 114 setzt ein einheitliches Rechtsgeschäft voraus (Mot. 1 S. 222). Zu beurtheilen, auf welchen Momenten die Einheitlichkeit beruht, ist der Doctrin und Praxis überlassen. Für Testamente ist jedenfalls eine besondere erläuternde Vorschrift angezeigt. Ohne eine solche läßt sich die Meinung vertreten, die Gesamtheit der Verfügungen, welche ein Erblasser von Todeswegen errichtet, sei es in einem Akte, sei es sogar in zeitlich verschiedenen Akten, stehe in einem aus dem Begriffe der Gesamtnachfolge sich ergebenden Zusammenhange und bilde ein einheitliches Rechtsgeschäft; nur diejenigen Verfügungen, welche im Familienrechte besonders zugelassen seien, und durch welche weder über das Vermögen des Erblassers noch über ein ihm zustehendes Recht verfügt werde, hätten einen selbständigen und getrennten Bestand. Dieser Schluß von der Einheitlichkeit des Nachlasses auf die Einheitlichkeit und den inneren Zusammenhang aller über den Nachlaß getroffenen Verfügungen entspricht jedoch, wenn man die Erfahrungen des Lebens berücksichtigt, regelmäßig nicht dem Willen des Erblassers. Die Annahme der Einheitlichkeit der Verfügungen müßte auch zu Uebelständen führen, denn bei Anwendung des § 114 könnten nur diejenigen Anordnungen aufrecht erhalten werden, in Ansehung deren bewiesen wird, daß der Erblasser sie auch ohne die ungültige Anordnung gewollt hat. Die Annahme der Einheitlichkeit bedarf deshalb der Einschränkung. Diese Einschränkung setzt die Vorschrift, indem sie die Vermuthung für die Selbständigkeit jeder einzelnen Verfügung aufstellt. Nur in Ansehung der Beweisfrage wird also im Interesse der Aufrechterhaltung der Testamente etwas Besonderes bestimmt.

Unstittlicher Beweggrund.

Mit dem hess. Entw. 49 und Mommsen § 88 Abs. 2 (vergl. Unger § 13 Anm. 3) die Anordnung für nichtig zu erklären, für die der Erblasser in seiner Verfügung einen Beweggrund angegeben hat, welcher gegen die guten Sitten oder die öff. Ordnung verstößt, mag der Grund wahr oder falsch sein, ist nicht erforderlich, würde aber auch nicht angemessen sein. Soweit der Gedanke richtig ist, folgt das gleiche Ergebnis aus § 106. Immerhin aber bleibt es möglich, daß trotz des angegebenen Beweggrundes der Inhalt des Rechtsgeschäftes nicht gegen die guten Sitten oder die öff. Ordnung verstößt. Für solche Fälle wäre die Vorschrift unrichtig und unbillig.

| S. 61.

| 2. Titel: Erbeinsetzung.

§ 1788 (II 1960, B. 2064, R. 2062, G. 2087).

I. Erbeinsetzung. Auslegungsregel, ob Erbeinsetzung oder Vermächtniß.

Der § 1788 erläutert den bereits im § 1751 aufgestellten Begriff der Erbeinsetzung näher durch Aufstellung von Auslegungsregeln, wann eine Erbeinsetzung und wann eine Vermächtnißzuwendung anzunehmen sei. Solche Auslegungsregeln können deshalb entbehrlich erscheinen, weil schon nach der allgemeinen Auslegungsregel des § 73 bei der Beantwortung der Frage, ob eine Erbeinsetzung vorliege, darauf zu sehen sei, ob der für eine solche charakteristische Willensinhalt der Erklärung des Erblassers aus der Verfügung sich ergebe, ohne daß auf die Worte, in welchen der erklärte Wille seinen Ausdruck gefunden hat, etwas ankomme. Auch bedarf es keiner be-

sonderen Betonung, daß die dem röm. Rechte hinsichtlich des Gebrauches der technischen Ausdrücke eigene Strenge nicht mehr festgehalten wird, nachdem schon das geltende Recht mit dem Formalismus des röm. Rechtes gebrochen hat (Windscheid § 546 Anm. 7, 8; Roth § 309 Anm. 13, 14; Brinz § 372 Anm. 41; Entsch. 17 S. 143; Allr. I 12 §§ 4, 5, 257, Dernburg § 128, Eccius § 251 I; Unger § 8 Anm. 4; sächs. GB. §§ 2166, 2168; Mommsen §§ 135, 138; hess. Entw. 42, 43 usw.). Allein es erscheint zweckmäßig und für die Handhabung des Gesetzes praktisch, auf den richtigen Gesichtspunkt hinzuweisen und besonders hervorzuheben, daß der Gebrauch des Wortes „Erbe“ nicht verlangt wird. Denn gerade auf dem Gebiete des Erbrechtes werden vielfach Ausdrücke des Gesetzes in einem ganz anderen Sinne gebraucht als demjenigen, welcher ihnen nach dem Gesetze zukommt, und solche Verstöße können, wenn lediglich die verwendeten Ausdrücke maßgebend wären, von den schwerwiegendsten Folgen begleitet sein. Der die anzunehmende Erbeinsetzung betr. Abs. 1 weicht in der Fassung von dem zweiten die anzunehmende Vermächtnißzuwendung betr. Abs. 2 ab, weil im Falle des Abs. 1 der entgegenstehende Wille des Erblassers sich nicht gegen die Rechtsnorm richtet, sondern nur deren Voraussetzung beseitigen kann.

Der Summenzuwendung ist nicht besonders gedacht. Ihre Erwähnung ist nicht erforderlich und würde nicht einmal rathsam sein. Es wird nicht bestimmt, daß eine Zuwendung der bezeichneten Art unter den Begriff der Vermächtnisse fällt, weil sich aus der Natur der Zuwendung ergeben muß, ob ein Vermächtniß gewollt ist; zudem würde eine derartige Vorschrift nicht in den Titel über Erbeinsetzung gehören.

Summenzuwendung.

§ 1789 (II —, B. —, R. —, G. —).

Der § 1789 wendet sich zu den Fällen, in welchen ein Erbe ohne Einsetzung eines Mit-erben eingesetzt und die Einsetzung nicht auf einen Bruchtheil beschränkt ist, oder in welchen mehrere Erben eingesetzt sind, aber die Einsetzung mindestens eines derselben nicht auf einen Bruchtheil beschränkt ist. Durch die Worte „so ist die gesetzliche Erbfolge ausgeschlossen“ wird ausgedrückt, daß im ersten Falle der eine Erbe als der alleinige Erbe anzusehen ist, und daß im letzten Falle die eingesetzten Erben als die alleinigen Erben anzusehen seien. Den Grundsatz der ausschließenden Natur einer solchen Erbeinsetzung auszusprechen, ist zweckmäßig, weil der Fall nicht selten ist, daß der Erblasser zwar will, es sollen der oder die Benannten den ganzen Nachlaß erhalten, dieser Wille aber nicht Ausdruck gefunden hat. Die Fassung weicht, obgleich es sich um eine Auslegungsregel handelt, deshalb insofern von der sonst gewählten Fassung ab, als die Worte „im Zweifel“ weggelassen sind. Dies ist geboten, weil die Vorschrift weniger für den Zweifelsfall, als vielmehr vorzugsweise für den Fall berechnet ist, in welchem ein durch Auslegung zu hebender Zweifel nicht vorliegt. Wegen des geltenden Rechtes vgl. Windscheid § 546; Roth § 309; Allr. I 12 § 254; sächs. GB. § 2173; öst. GB. §§ 554, 555; Mommsen § 140 Abs. 1; hess. Entw. 128 Abs. 1.

§. 62.

Ausschließung der gesetzlichen Erbfolge.

Eine Vorschrift ist nicht aufgenommen für den Fall, daß in der Verfügung die Gesamtheit aller einzelnen Aktiva des Nachlasses oder der angeschlagene Werth des ganzen Vermögens ganz oder zu einem Bruchtheile an eine der mehreren Personen nach Bruchtheilen zugewendet sind, etwa in der Richtung, daß für eine solche Verfügung eine andere Beurtheilung denn als Erbeinsetzung positiv ausgeschlossen wird; ebenso wird eine Auslegungsregel für den Fall, daß alle einzelnen Gegenstände des Nachlasses zugewendet sind, nicht gegeben. In dieser Hinsicht finden sich vielfach Vorschriften im geltenden Rechte (vgl. Windscheid § 583; Roth § 309 Anm. 44 ff.; Dernburg, PrivatR. § 128; besonders Anm. 6, 7, Eccius § 251 S. 432, 433; sächs. GB. §§ 2169, 2170, 2182, 2183; Code 1010; Mommsen §§ 136, 137). Hat der Erblasser für den ganzen Bestand seines Aktivvermögens, wie er sich denselben zur Zeit seines Vermögens vorstellt, durch Zuwendung der einzelnen Bestandtheile an einzelne Bedachte verfügt, hat er zB. angeordnet, daß sein zur Zeit des Erbfalles vorhandenes unbewegliches Vermögen an A, das bewegliche Vermögen dagegen an B fallen soll, so liegt einer der vielen denkbaren Fälle vor, in welchem der Wille einer Erbeinsetzung, obgleich diese nicht mit ausdrücklichen Worten erklärt ist, sich regelmäßig nicht bezweifeln läßt. Daraus im Gesetze besonders hinzuweisen, besteht kein Bedürfniß. Hat dagegen der Erblasser durch Vertheilung an mehrere Bedachte über einzelne Vermögensstücke verfügt, und erschöpfen diese nur zufällig den Bestand des Vermögens, wie er sich zur Zeit seines Todes ergiebt, während zur Zeit der Errichtung der Verfügung noch andere und vielleicht bei Weitem werthvollere Gegenstände ihm gehört haben, so ist die Annahme der Erbeinsetzung nicht haltbar. Das Gleiche gilt in allen Fällen, in welchen völlig unersichtlich ist, daß der Erblasser die Vertheilung seines Vermögens, wie dieses zur Zeit des Erbfalles sich gestalten wird, bezweckt hat. In solchen Fällen würde die Umdeutung mittels einer positiven Vorschrift der inneren Begründung entbehren. Am wenigsten aber wäre es gerechtfertigt, dieser Vorschrift sogar den Charakter einer zwingenden Rechtsnorm beizulegen. Für eine solche immerhin willkürliche Entscheidung läßt sich nur geltend machen, daß sich für die Nachlaßgläubiger damit eine günstigere Rechtsstellung ergiebt. Allein

§. 63.

dieser Grund erscheint deshalb nicht zutreffend, weil der bezeichnete Zweck doch nicht völlig erreicht wird. Die Vorschrift bleibt unanwendbar, sobald der Erblasser nur einen einzigen, vielleicht ganz geringwerthigen Gegenstand von der Vertheilung ausgeschlossen hat.

Vorbehalt
eines Gegen-
standes.

Der Rechtsatz, daß die rechtsgeschäftliche Verfügung über den Nachlaß durch Erbeinsetzung auf einen Bruchtheil des Nachlasses sich beschränken kann, und daß alsdann in Ansehung des Restbruchttheiles des Nachlasses die gesetzliche Erbfolge eintritt, hat seinen Ausdruck im § 1790 gefunden. — Wie es sich verhält, wenn der Erblasser bei der Erbeinsetzung einen bestimmten Gegenstand seiner besonderen Verfügung vorbehalten, diese Verfügung aber nicht getroffen hat (Unger § 15 Anm. 1), ergibt sich aus § 1767. Dieser Fall ist noch zu unterscheiden von dem des § 1791. Die abweichende Entscheidung einiger thüring. Erbgesetze und des hess. Entw. 133 rechtfertigt nicht die Aufnahme einer besonderen Vorschrift; eine solche findet sich denn auch weder im sächs. GB. oder bei Mommsen.

§§ 1790, 1791 (II 1961, 2020, B. 2065, 2125, R. 2063, 2123, G. 2088, 2149).

3. Eintritt
der rei. Erb-
folge neben
den eingef.
Erben.

1. Bei der Entscheidung der Fälle, daß nur ein Erbe mit Beschränkung auf einen Bruchtheil eingesetzt ist, oder daß mehrere Erben, aber mit Beschränkung auf Bruchtheile, welche das Ganze nicht erschöpfen, eingesetzt sind, nimmt der Entw. (§ 1790) Stellung zum Satz: „nemo pro parte“. Dieser Satz, welcher im röm. Rechte, abgesehen vom Soldatentestamente, durchweg gilt, wird festgehalten vom bayer. MR. III 3 § 9 Nr. 4 und anderen Rechten; es besteht aber ein lebhafter Streit über den legislatorischen Grund der Regel (Windscheid § 537 Anm. 2; Roth § 309 Anm. 39; für württ. Recht Stein § 4). Die neuere Gesetzgebung hat den Satz aufgegeben (vgl. die erschöpfende Nachweisung bei Stobbe § 278 Anm. 4; Mommsen §§ 4, 17 nebst Mot. S. 135, 136, 144, 145). Der Entw. folgt der letzteren. — Unter den bezeichneten Voraussetzungen ist der Wille des Erblassers erkennbar, daß neben dem oder den Bedachten die gesetzlichen Erben eintreten sollen. Erfordert wird, es sei deutlich ausgesprochen, daß das Anrecht der Bedachten bestimmt und abgegrenzt ist; der nicht vertheilte Ueberrest muß also in Ermangelung einer Verfügung an die gesetzlichen Erben fallen. Hiermit stimmt auch das röm. Recht für das Soldatentestament überein (Windscheid § 537 Anm. 2, 4, § 552 Anm. 8, § 553 Anm. 9, 11, 14, § 554 Anm. 20; Roth § 309 Anm. 47—49); vgl. ferner MR. I 12 § 45; Code 1044, 1045; sächs. GB. §§ 2011, 2014, 2174, 2176; Mommsen §§ 4, 17, 141; hess. Entw. 129 Abs. 1 u. 2. Die im 1. und 2. Absätze bezeichneten Fälle werden (mit dem sächs. GB. und Mommsen) getrennt, weil die Zusammenziehung zu einem verwickelten Satze führen und leicht Inkorrektheit zur Folge haben könnte. Eine Auslegungsregel, daß die Beifügung von Bruchtheilen im Zweifel eine Beschränkung der Erbfolge aus dem Testamente gegenüber der gesetzlichen Erbfolge enthält, ist entbehrlich.

| §. 64.

Eine Einschränkung der Vorschriften für den Fall, daß erheilt, die Eingesezten sollten nach dem Willen des Erblassers die alleinigen Erben sein, ist weder erforderlich noch zulässig. Damit der bezeichnete Fall vorliegen kann, muß vorausgesetzt werden, der Erblasser habe in korrekter Weise Bruchtheile beigelegt, welche nicht den ganzen Nachlaß erschöpfen, so daß ein Bruchtheil frei bleibt, während der Erblasser einen Rest nicht übrig zu lassen Willens war; er muß sich also verrechnet haben. Eine Vorschrift, welche für diesen Fall auch den Ueberrest den eingesezten Erben zuweist, könnte nur die Bedeutung haben, zu verhindern, daß die Verfügung als in sich widerspruchsvoll für nichtig erachtet wird. Einer solchen Vorschrift bedarf es aber nicht; die Auslegungsregel des § 73 wird zu der richtigen Auslegung führen.

4. Aus-
schließung
eines
Gegenstandes.

2. Der § 1791 enthält eine Auslegungsregel für den Fall, daß der Erblasser bestimmt hat, ein Gegenstand solle den Eingesezten nicht zufallen. Wegen Nichtaufnahme der Worte „im Zweifel“ gilt auch hier das zum § 1789 S. 62 Bemerkte. Ist einmal ausgesprochen, daß die Eingesezten den bezeichneten Gegenstand nicht haben sollen, so wird anzunehmen sein, der Gegenstand solle den gesetzlichen Erben anheimfallen, selbstverständlich in der Eigenschaft eines Vermächtnisses, weil es sich um einen einzelnen Gegenstand handelt (vgl. sächs. GB. § 2172, Mommsen § 139). Derselbe Gedanke liegt dem § 1790 zu Grunde. Daß nicht der S. 63 erwähnte Fall, in welchem eine Verfügung über einen Gegenstand vorbehalten, die vorbehaltene Verfügung aber nicht getroffen ist, gemeint sei, wird nach dem Wortlaute der Vorschrift genügend hervortreten.

§§ 1792—1796 (II 1962/7, B. 2066/71, R. 2064—2069, G. 2089—2094).

5. Einsetzung
Mehrerer.
(S. § 2091.)
| §. 65.

1. Den Fall, daß mehrere Erben eingesetzt sind, aber keiner auf einen Bruchtheil beschränkt ist, entscheidet der § 1792 dahin, die Erben seien als zu gleichen Theilen eingesetzt anzusehen (vgl. Windscheid § 551 Anm. 1; Roth § 309 Anm. 59; MR. I 12 § 261; öst. GB. § 255; sächs. GB. § 2175; Mommsen § 140 Abs. 2; hess. Entw. 128 Abs. 2). Zum richtigen Verständnisse der Vorschrift, welche nur eine Dispositionsnorm enthält, ist zu beachten, daß nach § 1789, wenn eine andere Erbeinsetzung nicht vorliegt, die Eingesezten für die ganze Erbschaft eingesetzt sind. Der Ausdruck „ansehen“ im Sinne von „gelten“ ist für angemessen erachtet, weil ein

entgegenstehender Wille des Erblassers sich, wie im Falle des § 1789, nicht gegen die Rechtsnorm richten, sondern nur deren Voraussetzung beseitigen kann.

2. Für den Fall, daß mehrere Erben je auf einen Bruchtheil eingesetzt sind und die Bruchtheile das Ganze übersteigen, wird gleichfalls eine Dispositivvorschrift gegeben, und zwar dahin, daß eine verhältnißmäßige Minderung der Bruchtheile eintritt (§ 1793). Erhellte, daß der Erblasser ein Anderes gewollt hat, so fehlt es an der Voraussetzung der Vorschrift. Die Frage, ob ein Anderes gewollt sei, unterliegt der freien Auslegung; es bedarf nicht eines besondern Ausdruckes. Die Vorschrift kann als selbstverständlich entbehrlich erscheinen; allein ihre Aufnahme ist rathlich, damit nicht der Zweifel entstehe, ob die Verfügung als in sich widerspruchsvoll nichtig sei. Auch im geltenden Rechte findet sich, wenn auch nicht durchgängig, die Vorschrift (vgl. Windscheid § 552 Nr. 2; Roth § 309 Anm. 67; sächs. GB. § 2177; preuß. Entw. v. 1835 I 12 § 244; hess. Entw. 132; Mommsen § 142). Zudem wird dadurch eine Grundlage für die sich anschließenden Vorschriften gewonnen.

6. Bruchtheile welche das Ganze übersteigen. (G. § 2090.)

3. Sind mehrere Erben mit Beschränkung auf Bruchtheile eingesetzt, ohne daß die Bruchtheile das Ganze erschöpfen, so soll, falls der Wille des Erblassers erhellt, daß die Eingesezten die alleinigen Erben sein sollen, der Restbruchtheil unter die Eingesezten nach Verhältniß der bestimmten Bruchtheile getheilt werden (§ 1794). Die Vorschrift richtet sich vorzugsweise gegen die mögliche Auffassung, der Restbruchtheil sei unter den Eingesezten nach Köpfen zu theilen. Das sächs. GB. hat eine solche Vorschrift nicht (Mommsen, Mot. S. 234); vgl. Windscheid § 552 Anm. 2; W.R. I 12 §§ 264/5, Cicinus § 272 Anm. 18, Dernburg § 129 Anm. 11; öst. GB. § 556; hess. Entw. 130. Es kann eingewendet werden, die Regel lasse sich nicht schlechthin und unbedingt aufstellen, und es liege kein genügender Grund vor, dem richterlichen Ermessen eine Schranke zu ziehen. Durch die Vorschrift wird indessen das richterliche Ermessen kaum beengt werden. Die Regel auszusprechen, ist aber um so mehr Anlaß vorhanden, als sonst die Gleichtheilung des Restbruchtheiles nahe liegen würde, diese aber zumeist gewiß nicht gewollt ist. Nur ist hinreichend klarzustellen, daß der Wille des Erblassers erhellen muß, die Eingesezten sollten die alleinigen Erben sein.

7. ohne Erschöpfung des Ganzen. (G. § 2089.)

§. 66.

4. Zu prüfen bleiben noch einige, auch von mehreren geltenden Rechten besonders unterschiedene Fälle: Sind mehrere Erben eingesetzt, und zwar ein Erbe oder einige Erben auf Bruchtheile, welche das Ganze nicht erschöpfen, ein Erbe oder einige Erben hingegen ohne Beschränkung auf einen Bruchtheil, so sollen der letztere oder die letzteren als auf den Restbruchtheil eingesetzt gelten; so entscheiden auch das gemeine Recht (Windscheid § 551 Anm. 14), das sächs. GB. § 2179, das öst. GB. § 557, der hess. Entw. 131 Abs. 1 und Mommsen § 143. — Erschöpfen dagegen die Bruchtheile das Ganze, so sollen die bestimmten Bruchtheile verhältnißmäßig gemindert werden, dergestalt, daß für einen jeden ohne Bestimmung eines Bruchtheiles eingesetzten Erben ein gleich großer Bruchtheil wie für den auf den geringsten Bruchtheil Eingesezten sich ergibt. Hiermit stimmen im Wesentlichen überein das W.R. I 12 §§ 269, 270, das öst. GB. § 558, das sächs. GB. § 2180, der hess. Entw. 131 Abs. 2 und Mommsen § 144; jedoch weicht das gemeine Recht (Windscheid § 552 Anm. 13; Roth § 309 Anm. 68) ab. Von einer Vorschrift für diesen Fall ganz abzusehen, ist schon deshalb nicht rathsam, weil alsdann die Ansicht kaum gewinnen könnte, die Verfügung sei als widersinnig nichtig, während davon auszugehen ist, es liege im vorausgesetzten Falle nur ein unrichtiger Ausdruck des Erblassers vor, und weil andererseits der unrichtigen Auffassung entgegenzutreten ist, wie sie im gemeinen Rechte Anerkennung gefunden hat, es habe in solchem Falle der Erblasser über zwei oder mehrere Ganze verfügen wollen. Letztere Auffassung erscheint insofern unrichtig, als durch sie in der Regel die ohne Antheilbestimmung Eingesezten in unbegründeter Weise vor den mit Antheilbestimmung Eingesezten bevorzugt werden (Mommsen, Mot. S. 235). Eine Umdeutung der Verfügung dahin, es sei eine Erbschaftsberufung der ohne Antheilbestimmung Eingesezten anzunehmen, findet im geltenden Rechte keinen Anhalt und entbehrt wohl auch der sachlichen Begründung. Als Auslegungsregel gedacht würde sie in allen Fällen im Stiche lassen, in welchen Anhaltspunkte dafür gegeben sind, daß der Erblasser eine Erbschaftsberufung nicht gewollt hat. Die Umdeutung paßt ferner dann nicht, wenn die getroffenen Theilbestimmungen den Nachlaß nicht allein erschöpfen, sondern sogar übersteigen (§ 1793). Die Vorschriften sind wiederum Dispositivvorschriften, nicht Auslegungsregeln; dies ergibt die Fassung. Erhellte ein entgegenstehender Wille des Erblassers, so ist dieser maßgebend; in solchem Falle fehlt es an der gesetzlichen Voraussetzung der Vorschrift.

8. theils auf Bruchtheile, theils ohne solche. (G. § 2092.)

Die Entscheidung, ob, wenn die ohne Antheilbestimmung eingesetzten Erben ausdrücklich nur auf den Rest eingesetzt sind, sie durch die auf bestimmte Bruchtheile eingesetzten Erben ausgeschlossen werden*), bleibt besser der Auslegung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzel-

§. 67. theils auf Bruchtheile, theils auf den Rest.

*) Das Gegentheil bestimmt W.R. I 12 § 274, dessen Vorschrift sich gegen I. 17 § 3 D. 285, richtet, vgl. Dernburg § 129 Anm. 20.

fallendes überlassen. Dies kann auch ohne Gefahr geschehen. Die Prüfung des Willens des Erblassers wird ergeben, ob überhaupt eine ernstliche Verfügung vorliegt und ob, wenn diese Frage zu bejahen ist, der § 1795 anzuwenden ist, oder ob etwa der Erblasser ein Anderes, z. B. eine Erbschaftsberufung, gewollt hat.

Einsetzung
auf das be-
wegliche Ver-
mögen etc.

In Uebereinstimmung mit den Erwägungen zum § 1789 S. 62 ist eine Vorschrift nicht aufgenommen, zu welchem Bruchtheile der Erbschaft ein jeder der mehreren Erben als eingesetzt gilt, wenn der eine auf das bewegliche, der andere auf das unbewegliche Vermögen eingesetzt ist, oder wenn der angeschlagene Gesamtwert oder alle einzelnen Gegenstände des Nachlasses mehreren Erben zugewiesen sind, oder wenn ein auf einen bestimmten Gegenstand Eingesetzter nach dem Willen des Erblassers als Erbe zu betrachten ist. Solche Vorschriften finden sich zwar im geltenden Rechte (z. B. sächs. GB. § 2183; Mommsen § 137), allein eine Erbeinsetzung Mehrerer kann nur in der Weise gedacht werden, daß der Einzelne Erbe zu einem Bruchtheile ist. Läßt die Einsetzung einen Bruchtheil nicht erkennen, so wird nach § 1792 Gleichheit der Antheile anzunehmen sein. Wenn der Einsetzungswille zweifellos ist, kann fraglich sein, ob in der Einsetzung auf einen bestimmten Gegenstand eine diese Regel der Gleichheit der Antheile ausschließende Bruchtheilbezeichnung zu finden sei; indessen ist auch dies eine nach den Umständen des Falles zu beurtheilende Auslegungsfrage. Allerdings kann der Erblasser den Bruchtheil der Erben auf beliebige Weise bestimmen, und es wird nicht gehindert werden können, daß diese Bestimmung durch Verweisung auf beliebige Gleichungen erfolgt, daß insbes. das Verhältniß zwischen gewissen anderen Größen, z. B. zwischen dem Werthe der zugewendeten Gegenstände, als Grundlage für die Ermittlung der Bruchtheile (Antheile) der Erbschaft dienen solle. Eine solche zu verwickelten Rechnungen führende Bruchtheilung ist aber höchst unzweckmäßig, zumal das so ermittelte Verhältniß auch nach außen gegen Dritte (Gläubiger, Schuldner usw.) wirken soll. Hat der Erblasser so verfügt, so wird zuweilen nichts übrig bleiben, als die Bestimmung der Bruchtheile nach dem Werthverhältnisse der betr. einzelnen Gegenstände anzunehmen. Eine Auslegungsregel dieses Inhaltes aufzustellen, wäre aber nicht zweckmäßig. Denn es wird höchst selten anzunehmen sein, daß der Erblasser ein so verwickeltes Ergebnis gewollt habe. Uebrigens bleibt denkbar, daß die Anwendung der bestimmten Gegenstände im Einzelfalle nicht dem Zwecke der Bruchtheilfeststellung dienen soll, daß vielmehr die Anordnung eines Vorausverhältnisses oder die Auflage zur Ueberlassung des Gegenstandes an den Bedachten im Wege der Auseinandersetzung gewollt ist. Noch weniger als eine Auslegungsregel würde eine zwingende Vorschrift sich rechtfertigen lassen, durch welche die Erforschung eines abweichenden Willens des Erblassers ausgeschlossen wird.

| S. 68.

9. Gemeinsh.
Ertheil.
(G. § 2093.)

5. Die Begriffsbestimmung des gemeinschaftlichen Erbtheiles (§ 1796) dahin „sind von mehreren Erben einzelne zusammen auf einen und denselben Bruchtheil eingesetzt“ macht erkennbar, daß mehrere Erben neben einem oder mehreren anderen zu einem und demselben Bruchtheile der Erbschaft eingesetzt sein müssen; sie entspricht dem überwiegend geltenden Rechte (vgl. Windscheid § 551 Anm. 2; Dernburg § 129 Anm. 7 ff.; Cocius § 251 bei Anm. 77; Unger § 15 Anm. 7 bis 9). Ihre Aufnahme erscheint angemessen, mit Rücksicht auf das wichtige Institut der Anwachsung.

Auch die Vorschrift entspricht im Wesentlichen dem geltenden Rechte, daß, was in Ansehung der mehreren Erben in den §§ 1792—1795 wegen des Theilungsverhältnisses bestimmt ist; auf die zu einem gemeinschaftlichen Erbtheile Berufenen entsprechend anzuwenden ist. Die Einsetzung auf einen gemeinschaftlichen Erbtheil bleibt immer eine Erbeinsetzung auf Bruchtheile. Dagegen sind weitere Vorschriften an dieser Stelle nicht aufgenommen. Insbes. ist nicht mit dem röm. Rechte (Windscheid § 551 Anm. 2; Roth § 309 Anm. 6) und dem sächs. GB. § 2171 bestimmt, daß eine Einsetzung zu einem gemeinschaftlichen Erbtheile anzunehmen sei, wenn Mehrere neben anderen in gesonderten Sätzen Eingesetzten vom Erblasser in einem Satze ohne Theilbestimmung benannt sind. Mit dem RM. und anderen Rechten ist hiervon abgesehen, weil nur in der Sprache der Römer eine solche Verbindung mehrerer Erben in einem Satze ein technischer Ausdruck für den entsprechenden bestimmten Willen des Erblassers geworden ist, während eine solche Annahme für die deutsche Sprache und die bei der Errichtung letztwilliger Verfügungen übliche Ausdrucksweise keineswegs zutrifft. Die Verbindung der Einsetzung mehrerer Erben in einem Satze für sich neben anderen in gesonderten Sätzen ausgesprochenen Erbeinsetzungen gestattet keineswegs den sicheren Schluß, daß die in einem Satze Verbundenen auf einen gemeinschaftlichen Erbtheil im Sinne des § 1796 eingesetzt sein sollen. Eher könnte in Frage kommen, ob nicht bei einer Aufzählung der Erben unter besonderen Ziffern ein besonderes Gewicht auf die Verbindung unter einer Ziffer zu legen sein würde (vgl. Unger § 15 Anm. 7; Dernburg § 129, besonders bei Anm. 9; Mommsen S. 233, 234). — | Der Einsetzung Mehrerer unter einer Gesamtbezeichnung (Windscheid § 551 Anm. 2; Roth § 309 Anm. 61; sächs. GB. § 2175; Mommsen § 140) kann ebensowenig mit einiger Sicherheit der Wille des Erblassers entnommen werden, daß die unter einer Gesamtbezeichnung Begriffenen auf einen gemeinschaftlichen Erbtheil eingesetzt sein sollen.

Verbindung
in einem
Satze.

| S. 69.

Gesamt-
bezeichnung.

§§ 1797—1799 (II 1967/8, 1972, B. 2071/2, 2076, R. 2069/70, 2074, G. 2094/5, 2099).

1. Der Entw. behandelt die Lehre von der Anwachsung an dieser Stelle. Wegen des Erbvertrages vgl. zum § 1946. Deshalb von der Anwachsung bei der gesetzlichen Erbfolge nicht die Rede sein wird, ist zum § 1972 dargelegt. Wegen der Anwachsung bei Vermächtnissen vgl. die §§ 1870—1872. Nachdem der Grundsatz „nemo pro parte etc.“ verlassen ist (vgl. S. 4 und S. 63), vereinfacht sich die Anwachsung wesentlich. Die Thatsache des Miterbenenseins allein ist nicht mehr maßgebend (Windscheid §§ 534, 603, 604). Darüber, ob die gesetzliche Erbfolge neben der letztwilligen Verfügung und inwieweit sie eintreten soll, kann allein der Wille des Erblassers entscheiden (vgl. Kreittmayr zu bay. LR. III 1 § 16 Nr. 1; Suarez in v. Rapph Jahrb. 41 S. 79, uA.). Dieser Wille kann aber in verschiedener Weise berücksichtigt werden. Möglich wäre es, davon auszugehen, die Berücksichtigung finde nur statt, wenn der Erblasser die Anwachsung erkennbar gewollt hat. Damit würden der Anwachsung sehr enge Grenzen gezogen sein. Der Regel nach denkt der Erblasser überhaupt nicht daran, daß einer der eingesetzten Erben wegfallen könne. Indessen ist diese enge Auffassung nicht unvertreten (vgl. in Ansehung der Militärtestamente Windscheid § 604 Anm. 7; thüring. Erbgesetze, Heimbach § 266). Es ergeben sich aber auch, wenn davon ausgegangen würde, nicht selten Folgen, von denen mit Sicherheit anzunehmen ist, daß der Erblasser sie nicht gewollt hätte, wenn er den Wegfall eines der eingesetzten Erben sich vergegenwärtigte. Richtiger erscheint es daher, auf die muthmaßliche Willensmeinung des Erblassers zu sehen, und die Anwachsung, wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen sie als vernünftiger Weise gewollt anzunehmen ist, nur dann nicht eintreten zu lassen, wenn der Erblasser darüber keinen Zweifel gelassen hat, daß er sie ausschließen wollte (Abs. 1). Dies entspricht der Mehrzahl der geltenden Rechte. Auf der gleichen Auffassung beruhen die §§ 1870—1872.

1 Hat der Erblasser über den ganzen Nachlaß durch Einsetzung mehrerer Erben verfügt, so liegt der Gedanke nahe, daß die gesetzlichen Erben jedenfalls ausgeschlossen sein sollen. Diesen Gedanken führt das ÖR. rein durch (I 12 §§ 281—287, 254 ff.), ebenso das württ. Recht (Stein §§ 122 ff.) und einige Rechte beschränkter Geltungsgebiete. Verschiedene andere Rechte, zB. sächs. GB. §§ 2269—2272, öst. GB. §§ 560—562, hess. Entw. 134, Mommsen §§ 234, 235, 237 Abs. 2, beschränken hingegen die Anwachsung auf den Fall, daß die Erbsetzung ohne Theilbestimmung unter den Miterben erfolgte. Einige der letzteren Gesetze räumen den Miterben auch dann noch das Anwachsungsrecht ein, wenn sie auf unbestimmte Theile eingesetzt sind, mögen auch Einzelnen bestimmte Bruchtheile angewiesen sein, während es diesen letzteren versagt wird. Fast alle diese Gesetze bestimmen aber, die Einsetzung „zu gleichen Theilen“ sei als Einsetzung ohne Theilbestimmung anzusehen.

Für die Auffassung, daß, wenn der Erblasser zwar über den ganzen Nachlaß verfügt, die Erben jedoch nur auf bestimmte Bruchtheile eingesetzt hat, Anwachsung nur dann einzutreten habe, wenn er diese erkennbar gewollt hat, läßt sich Folgendes geltend machen: In der Festsetzung der Bruchtheile sei die Willensäußerung des Erblassers ersichtlich, daß jeder der Eingesetzten nur dasjenige erhalten solle, was ihm vom Erblasser bestimmt sei. Wenn trotzdem Anwachsung Platz greifen solle, so müsse ein besonderer Anhalt dafür, daß sie nicht ausgeschlossen sein solle, hinzutreten. Eine Verfügung über den ganzen Nachlaß liege zwar auch dann vor, wenn die den einzelnen Erben bestimmten Bruchtheile den Nachlaß erschöpfen; aber die Verfügung über das Ganze stehe alsdann unter der Voraussetzung, daß die auf Bruchtheile eingesetzten Erben wirklich Erben werden. Falle der eine oder der andere der eingesetzten Erben weg, so sei so weit über den Nachlaß nicht verfügt; trete ein solcher Fall ein, so bewende es bei der gesetzlichen Erbfolge. Wenn der Entw. im § 1871 Abs. 2 in Ansehung des Vermächtnisses anders bestimme, so könne darauf für die Erbchaft kein Gewicht gelegt werden, weil die Beurtheilung sich anders gestalte, wenn der Erblasser mehrere Personen mit demselben Gegenstande bedacht habe, hierin liege bereits der auf die Anwachsung gerichtete Wille des Erblassers ausgedrückt. — Diese Gründe erscheinen indessen nicht durchgreifend. Die Folge einer derartigen Regelung würde sein, daß der Bruchtheil, welcher dem Bedachten zugebacht war, den gesetzlichen Erben zufällt. Der Erblasser, welcher im Wege der Erbsetzung über seinen ganzen Nachlaß verfügt, will aber jedenfalls, daß die gesetzlichen Erben seinen Nachlaß nicht erhalten sollen. Der Umstand, daß der Erblasser die Bruchtheile, welche den einzelnen Erben zukommen sollen, verschieden bestimmt oder besonders bezeichnet hat, läßt den Schluß auf eine abweichende Willensrichtung desselben um so weniger zu, als die Einsetzung ohne Bestimmung von Bruchtheilen nach dem § 1792 wie die Einsetzung mit Bestimmung gleicher Bruchtheile wirkt.

Möglich ist ferner die Auffassung, daß, wenn der Erblasser mehrere Erben auf je einen Bruchtheil eingesetzt, in Ansehung des übrigen Nachlasses | aber es bei der gesetzlichen Erbfolge belassen hat, auch dann Anwachsung Platz greifen solle, wenn die Einsetzung eines oder mehrerer Erben unwirksam sei oder werde, also nicht lediglich dann, wenn der Erblasser mehrere Erben auf den ganzen Nachlaß oder auf einen Bruchtheil desselben als gemeinschaftlichen Erbtheil eingesetzt habe.

10. Anwachsung.
a) Voraus-
setzung und
Wirksamkeit.
(G. § 2094.)

| S. 70.
Abweichung
verschiedener
Auffassungen.

| S. 71.

Entw. Der Entw. geht nicht von dieser Auffassung aus. Es läßt sich nicht rechtfertigen, anzunehmen, der Erblasser habe die Anwachsung auch dann gewollt, wenn und soweit eine solche Einsetzung mehrerer Erben vorliegt, ohne daß eine nähere Verbindung der Eingesetzten besteht. Hat der Erblasser über den Nachlaß verfügt, ohne ihn zu erschöpfen, so daß die gesetzlichen Erben nicht völlig ausgeschlossen sind, so erhellt nicht ohne Weiteres sein Wille, es solle der Bruchtheil des oder der Weggefallenen eher den übrigen eingesetzten Erben als den gesetzlichen Erben zugewendet sein. Vielmehr weist die Einsetzung auf Bruchtheile auf das Gegentheil hin. Ist zB. verfügt: A sei mein Erbe zu $\frac{1}{3}$, B mein Erbe zu $\frac{1}{3}$, so liegt es näher, wenn A wegfällt, anzunehmen, die gesetzlichen Erben sollen das Drittel des A erhalten, als B solle zu $\frac{2}{3}$ eingesetzt sein. Diese Gedanken bringt der § 1797 Abs. 1 zum Ausdruck, indem er die Dispositivvorschrift giebt, welche sich auf den anzunehmenden Willen des Erblassers stützt, daß, wenn Mehrere schlechthin, dh. ohne Bestimmung von Bruchtheilen, eingesetzt sind, oder wenn sie zwar auf Bruchtheile eingesetzt sind, diese aber das Ganze erschöpfen oder übersteigen (§ 1793), davon auszugehen ist, es liege für jeden Erben eine eventuelle Einsetzung auf das Ganze vor. Die Fassung „in der Weise eingesetzt, daß die gesetzliche Erbfolge ausgeschlossen ist“ ist mit Rücksicht auf § 1798 ausreichend, um dies erkennbar zu machen. Die Worte „ist oder wird unwirksam“ decken auch den Fall, in welchem die Einsetzung eines Miterben ungültig ist (§ 1751 Abs. 2).

Gemeinschaftlicher Erbtheil.

Der § 1797 Abs. 2 bestimmt die entsprechende Anwendung des Abs. 1 für den Fall, daß zu einem Bruchtheile der Erbschaft Mehrere schlechthin, dh. ohne Bestimmung von Unterbruchtheilen oder unter Bestimmung solcher Unterbruchtheile, welche den ganzen den mehreren Erben bestimmten Bruchtheil erschöpfen oder übersteigen, zusammen berufen sind. In solchem Falle liegt ein gemeinschaftlicher Erbtheil im Sinne des § 1796 vor. Damit wird die engere Anwachsung in der Weise geregelt, daß der gemeinschaftliche Erbtheil der ganzen Erbschaft gleichgestellt wird. Die Fassung läßt darüber keinen Zweifel, daß die Voraussetzungen des § 1796 vorliegen müssen. Diese engere Anwachsung ist dem geltenden Rechte entsprechend geregelt; nur wird dort vielfach, wie bei der Anwachsung überhaupt, verlangt, daß die Einsetzung ohne Anweisung der Theile oder zu gleichen Theilen erfolgt sei. — Der Abs. 3 befaßt sich mit dem Falle, daß alle eingesetzten Erben auf Bruchtheile der Erbschaft eingesetzt sind, ohne daß die Bruchtheile das Ganze erschöpfen.

Beschränkung.

Falls nicht der Wille des Erblassers erhellt, daß die Eingesetzten die alleinigen Erben sein sollen, soll, wenn einer der eingesetzten Erben wegfällt, Anwachsung nur insofern eintreten, als der Wegfallende und andere Erben auf einen gemeinschaftlichen Erbtheil eingesetzt sind. Es handelt sich um einen Folgesatz, welcher indessen kaum selbstverständlich ist und jedenfalls zu einer wesentlichen Vereinfachung führt, auch dem anzunehmenden Willen des Erblassers entsprechen dürfte.

§ 72.

Einsetzung auf das Ganze nicht erschöpfende Bruchtheile etc.

Dagegen enthält der Entw. keine dem sächs. GB. § 2271 (Mommson § 237 Abs. 2) entsprechende Vorschrift. Sind einige Erben auf bestimmte Bruchtheile eingesetzt, ohne daß diese das Ganze erschöpfen, andere Erben aber ohne Beschränkung auf Bruchtheile eingesetzt, so soll nach dem sächs. GB., sofern nicht der § 1797 Abs. 2, 3 Platz greift, nur denjenigen Erben anwachsen, welche ohne Beschränkung auf Bruchtheile eingesetzt sind. Hierfür läßt sich geltend machen, es entspreche dem anzunehmenden Willen des Erblassers, daß die ohne Bezeichnung von Bruchtheilen eingesetzten Erben auf Alles, was übrig bleibt, eingesetzt seien, daß sie demgemäß auch dasjenige zu erhalten hätten, was durch Wegfallen eines Miterben frei werde. Scheide ein nicht auf einen Bruchtheil eingesetzter Erbe aus, so lasse sich nicht annehmen, daß der Wille des Erblassers dahin gegangen sei, es sollten ausschließlich die ohne Bruchtheil eingesetzten Erben eintreten, weil der Erbtheil, welcher den ohne Bestimmung eines Bruchtheiles Eingesetzten zugewiesen sei, sich als ein gemeinschaftlicher Erbtheil darstelle. Allein, wenn auch eine Entscheidung des zweiten Falles gerechtfertigt erscheinen kann, so unterliegt doch die Entscheidung des ersten Falles nicht von der Hand zu weisen. Das röm. Recht entscheidet anders (l. 63, D. 28, 5; vgl. Windscheid § 604 Anm. 4; Roth § 378 Anm. 35). Es ist aber überhaupt nicht rathsam, Vorschriften in dieser Richtung zu geben und damit das Gebiet der Kasuistik zu betreten. In den seltenen hier in Betracht kommenden Fällen wird in der Regel zu entscheiden sein, ob engere Anwachsung als gewollt anzunehmen ist. Diese Frage zu beantworten, kann der Prüfung des Einzelfalles überlassen bleiben. Der Entw. hat sich auf die Aufstellung des für die engere Anwachsung maßgebenden Grundsatzes beschränkt. In Ansehung des Vermächtnisses enthält sich der Entw. ebenfalls einer besonderen Entscheidung für den bezeichneten Fall, obgleich auch dort gemäß § 1846 der § 1795 Anwendung findet.

b) Ausschließung durch den Erblasser; (G. §§ 2094, 2099.)

2. Indem der § 1798 ausspricht, der Erblasser könne die Anwachsung ausschließen, wird klar, daß es sich im § 1797 nur um eine Dispositivvorschrift handelt. Dies entspricht der Mehrzahl der geltenden Rechte (WM. I 12 § 285, Dernburg § 130 Anm. 8, Eccius § 272 bei Anm. 29; Unger § 38 Anm. 4 a. E.; sächs. GB. § 2276; Mommson § 238), während nach gemeinem Rechte die Ausschließung nicht gestattet ist (Windscheid § 603). Daß die Anwachsung dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß der Erblasser die Antheile der einzelnen Erben an der ganzen

Erbschaft oder an einem Bruchtheile bestimmt hat, ergibt sich schon aus § 1797. Daß dieser Satz für die Anwachsung bei Vermächtnissen im § 1871 ausdrücklich ausgesprochen wird, beruht darauf, daß dort von Antheilen an dem vermachten Gegenstände die Rede ist. | S. 73.

Das Verhältniß der Anwachsung zur Ersatzerbeinsetzung wird (§ 1798 Satz 2), in Uebereinstimmung mit den meisten geltenden Rechten (Windscheid § 603 Anm. 10; Roth § 378 Anm. 8; *AN.* I 12 § 281, Dernburg § 130 Anm. 10; *Ecclus* § 272 Anm. 30; Unger § 38 Anm. 3; *Mommsen* § 263 Abs. 1 nebst *Mot.* S. 294), dahin geregelt, daß das Recht aus der Einsetzung als Ersatzerbe dem Anwachsungsrechte vorgeht. Das sächs. *GB.* § 2192, welchem *Mommsen* in § 152 mit Modifikationen folgt (dessen *Mot.* S. 240 f.), bestimmt eine Ausnahme, falls für mehrere ohne Abgabe des Bruchtheiles Eingesezte ein Ersatzerbe eingesetzt ist. Eine Vorschrift für diesen Fall ist entbehrlich; es handelt sich um eine Willensauslegung für besonders geartete Anordnungen.

im Wege der Ersatzerbeinsetzung.

3. Die Nothwendigkeit des § 1799 für den Fall, daß der angewachsene Erbtheil mit Vermächtnissen oder Auflagen beschwert ist, ergibt sich aus den §§ 2036, 2037, nach welchen die Ausschlagung oder Annahme der Erbschaft nicht mit Beschränkungen oder für einen Theil erfolgen kann und die Anwachsung demgemäß ohne den Willen desjenigen, welcher seinen Theil angenommen hat, erfolgt, in Verbindung mit §§ 1876, 1886, nach welchen das Vermächtniß oder die Auflage nicht mit dem Wegfalle des Beschwerten wegfällt, vielmehr derjenige als beschrift anzusehen ist, welchem der Wegfall des Beschwerten zu statten kommt. — Daß derjenige, welchem angewachsen ist, nur beschränkt haftet, ist im gemeinen Rechte nicht unbestritten (*Windscheid* § 653, besonders *Anm.* 5; *Roth* § 328 *Anm.* 76). Eine beschränkte Haftung wird hingegen angenommen für das *AN.* wegen I 12 § 287 (vgl. *Dernburg* § 130 *Anm.* 14, 15, *Ecclus* § 272 *Anm.* 27), während das sächs. *GB.* § 2275 und *Mommsen* § 243 sich begnügen, den Satz aufzunehmen: *res transit cum suo onere*; ähnlich das öst. *GB.* § 562. Nur durch eine Vorschrift, wie sie der Entw. giebt, kann die Härte der zweckmäßigen Vorschrift, daß der angewachsene Theil nicht für sich ausgeschlagen werden darf (vgl. *Striethorst* 23 S. 147), in angemessener Weise gemildert werden. Dem Willen des Erblassers widerspricht die Entscheidung nicht; dies erhellt daraus, daß der Erblasser die Lasten nur auf den Erbtheil gelegt hatte.

c) Beschwörung des angewachsenen Erbtheiles. (G. § 2095.)

Die Vorschrift ist anzuwenden, mögen alle oder einzelne Erben beschrift sein, nicht lediglich dann, wenn die vorhandenen mehreren Erben sämtlich mit einem Vermächtnisse oder einer Auflage beschrift sind. Dies bringt die Fassung zum Ausdrucke. Praktisch wird voraussichtlich der Hauptfall der sein, daß nur einzelne Erben beschrift sind. — Das Gleiche muß auch dann gelten, wenn der Erbtheil desjenigen, welchem der Wegfall eines Miterben zu Statten kommt, mit Vermächtnissen oder Auflagen überschwert ist. Jeder Vermächtnißnehmer kann Befriedigung lediglich aus dem Erbtheile verlangen, welcher mit dem Vermächtnisse belastet ist. In gleicher Weise verhält es sich mit den beschwerenden Auflagen.

| S. 74.

Der Entw. spricht im Singular „mit welchen der Erbe . . . beschrift ist“, weil auch bei einer Beschwörung mehrerer oder aller Erben immer der einzelne Erbe pro rata beschrift ist und daher nur von dem Erben zu reden ist.

§§ 1800—1803 (II 1969/71, 1975, B. 2073/5, 2079, R. 2071/3, 2077, G. 2096/8, 2102).

Die Stellung der Vorschriften macht erkennbar, daß auch auf die Einsetzung als Ersatzerbe im Allgemeinen die Vorschriften über Erbeinsetzung anzuwenden sind.

II. Einsetzung als Ersatzerbe.

1. Die Begriffsbestimmung der Ersatzerbeinsetzung (§ 1800 Abs. 1) und zwar in der Ausdehnung „wenn die Einsetzung des zunächst eingesezten Erben unwirksam ist oder unwirksam wird“, ist erforderlich, um klarzustellen, welche Art von Substitution gemeint ist, wenn das Geſetz sich des Ausdruckes „Ersatzerbe“ bedient. Der Entw. weicht vom geltenden Rechte (*Windscheid* § 557 bei *Anm.* 1; *Roth* §§ 311, 312; *AN.* I 12 §§ 50, 51, *Dernburg* § 155, *Ecclus* § 251 bei *Anm.* 85; öst. *GB.* §§ 604, 605, Unger § 19 *Anm.* 4; *Code* 898; sächs. *GB.* § 2187; *Mommsen* § 148 Abs. 1; heſſ. Entw. 44) insofern ab, als er nicht allein den Wegfall des Eingesezten durch dessen Tod vor dem Erblasser oder durch dessen Erbschaftsausschlagung, sondern auch die Fälle der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Einsetzung, auch die Anfechtbarkeit wegen Erbnunwürdigkeit (vgl. § 2046) nach seinem Sprachgebrauche (vgl. § 1787 mit §§ 112, 108) einbezieht. Ein hinreichender Grund zu einer Beschränkung besteht nicht, zumal der Erblasser selbstverständlich nicht behindert ist, die Ersatzerbeinsetzung nur für bestimmte Fälle anzuordnen, also gerade die zuletzt bezeichneten Fälle auszuschließen. Hat der Erblasser diese Fälle nicht ausdrücklich ausgenommen, so bleibt es immerhin noch eine Thatsache, ob die Ersatzerbeinsetzung auch für die Fälle der Nichtigkeit oder der Anfechtbarkeit der Erbeinsetzung gemeint ist, oder ob eine nach allgemeinen Vorschriften (§ 137) zu beurtheilende bedingte Erbeinsetzung anzunehmen ist. Ergiebt sich aber, daß eine Ersatzberufung wirklich gewollt ist, so steht der Anerkennung dieses Willens nichts entgegen. — Vorzuschreiben, eine Ersatzerbeinsetzung sei auch für den Fall zulässig, daß ein

1. Zulässigkeit. (G. § 2096.)

gesetzlicher Erbe wegfällt, ist nicht erforderlich. Im bezeichneten Falle liegt stets eine bedingte Erbeinsetzung vor. Im Einzelfalle kann die Auslegung gerechtfertigt sein, der gesetzliche Erbe solle eingesetzt sein; dann handelt es sich um eine wirkliche Ersatzerbeinsetzung. — Eine Verdeutlichung, daß der Ersatzerbe auch dann einzutreten hat, wenn der zunächst eingesetzte Erbe rechtzeitig ausschlägt, ist nicht erforderlich. Bedeutung würde sie vorzugsweise für den Fall haben, daß der Ersatzerbe nach dem Erballe, aber vor der Ausschlagung seitens des zunächst Eingesetzten verstirbt. Für diesen Fall genügt der § 2042 in Ansehung der Wirkung der Ausschlagung und der Rückbeziehung der Wirkung auf den Eintritt des Erballes, so daß ein Unwirksamwerden der Erbeinsetzung im Sinne des Abs. 1 vorliegt.

Weitere
Ersatzerben.

Daß im Falle einer weiteren Ersatzerbeinsetzung an Stelle des Ersatzerben eine Beschränkung nicht besteht, stellt der § 1800 Abs. 2 klar. Das Bedürfnis einer solchen Vorschrift ergibt sich daraus, daß der Satz „substitutus substituto est substitutus instituto“ nicht aufgenommen ist (vgl. zum § 1803).

2. Auslegung.
(G. § 2097.)

2. Die Auslegungsregel des § 1801, daß, wenn der Erblasser nur von dem Falle gesprochen hat, „daß der zunächst eingesetzte Erbe nicht Erbe sein kann“ oder nur von dem Falle, „daß derselbe nicht Erbe sein will“, dennoch davon auszugehen ist, beide Fälle hätten getroffen werden sollen, entspricht nach der herrschenden Ansicht dem gemeinen Rechte und den meisten neueren Rechten (Windscheid § 557 Anm. 4, 5; *AMN.* I, 12 § 52, Dernburg § 155 Anm. 12, 13, *Ecclus* § 251 Anm. 93; sächs. *GB.* § 2189; *Mommsern* § 49). Der Code schweigt hierüber. Das Gegentheil bestimmen das öst. *GB.* § 605 und der hess. *Entw.* 155. Die Vorschrift des *Entw.* dürfte dem muthmaßlichen Willen des Erblassers zumeist entsprechen, welcher, wenn er lediglich für einen Fall bestimmt, in der Regel sich nur im Ausdrucke vergriffen haben wird. Die Mot. des hess. *Entw.* S. 105 stützen die gegentheilige Entscheidung darauf, der Erblasser hätte sich leicht eines anderen Ausdruckes bedienen können, wenn er eine Einschränkung nicht wollte. Der Grund beweist zu viel, denn dann wären Auslegungsregeln überhaupt nicht aufzunehmen. — Da es sich nur um eine Auslegungsregel handelt, ist es entbehrlich, hervorzubringen, daß der Erblasser dennoch die Ersatzerbeinsetzung auf bestimmte Fälle der Unwirksamkeit der ersten Einsetzung beschränken kann. Schweigt der Erblasser darüber, daß er nur für einen besonderen Fall einen Ersatzerben einsetzen wollte, so wird sich daraus allein eine beschränkende Auslegung nicht herleiten lassen.

3. Einsetzung
als Nacherbe.
(G. § 2102.)

3. Die Auslegungsregel, daß, wer als Nacherbe eingesetzt ist, auch als Ersatzerbe eingesetzt sei, § 1802 (Abs. 1), entspricht dem überwiegend geltenden Rechte (*AMN.* I 12 § 58, *Ecclus* § 251 Anm. 94, Dernburg § 156 Anm. 9; öst. *GB.* § 608, Unger § 19 Anm. 5; *Mommsern* § 463 Abs. 1; hess. *Entw.* 160); sie wird auch in der großen Mehrzahl der Fälle als zutreffend anzuerkennen sein und nicht etwa lediglich dann, wenn ein Nacherbe auf den Zeitpunkt des Todes des Vorerben eingesetzt ist. Die allgemeine Fassung bringt zugleich zum Ausdrucke, daß der als Ersatzerbe einrückende Nacherbe den Anwartsberechtigten vorgeht. Auszusprechen, die Vorschrift finde dann nicht Anwendung, wenn eine zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht empfangene Person als Nacherbe eingesetzt wurde, ist entbehrlich im Hinblick auf § 1758. Aus demselben geht dies zur Genüge hervor, wenn berücksichtigt wird, daß die Ersatzerbeinsetzung den allgemeinen Vorschriften über die Erbeinsetzung unterliegt. Daraus, daß nach § 1758 Abs. 2 die Erbeinsetzung einer zur Zeit des Erballes noch nicht empfangenen Person in eine Nacherbeinsetzung umgedeutet wird, erhellt, daß die Nacherbeinsetzung einer solchen Person nicht als Ersatzerbeinsetzung wirksam werden kann.

Im Zweifel
gemeine
Substitution.

Die weitere Auslegungsregel des Abs. 2, daß, wenn zweifelhaft ist, ob die Einsetzung als Ersatzerbe oder als Nacherbe gewollt sei, für die erste Alternative zu entscheiden sei, (Unger § 19 Anm. 6; Brinz § 430 Anm. 36, 37; *AMN.* I 12 § 59, *Ecclus* § 251 Anm. 95; öst. *GB.* § 614), findet ihre Rechtfertigung darin, daß Belastungen eines Eingesetzten, also auch die Belastung mit einer Nacherbschaft, im Zweifel nicht anzunehmen sind. Zudem wird damit der Annahme einer Nacherbeinsetzung, welche an sich nicht zu begünstigen ist, in solchen Fällen entgegenwirkt, in welchen eine Nacherbeinsetzung nicht unzweifelhaft gewollt ist. Selbstverständlich hat die Auslegungsregel nicht die Bedeutung, daß, falls die Vorschrift zur Anwendung kommt, die vom Erblasser gewollte Bedingung oder Zeitbestimmung wegfällt. — Eine Auslegungsregel für den Fall der Einsetzung eines Ersatzerben unter Verfüzung eines Anfangstermines, von welchem es gewiß ist, daß, aber ungewiß ist, wann er eintritt, dahin, es sei im Zweifel anzunehmen, der Ersatzerbe trete auch dann an die Stelle des eingesetzten Erben, wenn der Eingesetzte den Eintritt des Termines nicht erlebe, ist nicht aufgenommen. Abweichend von dem zum § 1761 dargelegten Standpunkte für einen einzelnen Fall den dies certus an, incertus quando mit der Bedingung gleichzustellen, wäre nicht angemessen. Erreicht würde damit, daß im bezeichneten Falle der nach § 141 regelmäßig eintretende Uebergang auf die Erben des Eingesetzten zu Gunsten des Ersatzerben ausgeschlossen wäre. Ein Bedürfnis zu einer solchen, den Standpunkt des *Entw.* in bedenklicher Weise verdunkelnden Aus-

legungsregel kann nicht anerkannt werden. Die Umstände des Einzelfalles müssen entscheiden, ob der bezeichnete Anfangstermin gegen die Regel nach dem erkennbaren Willen des Erblassers als Bedingung zu behandeln ist.

4. Sind mehrere eingefetzte Erben als Ersatzerben für einander eingefetzt, so soll mit dem überwiegend geltenden Rechte (Windscheid § 557 Anm. 8, 9; Roth § 312 Anm. 15; Dernburg § 155 bei Anm. 15, 16; Eccius § 351 S. 445; öst. GB. § 607; sächs. GB. § 2193; Mommsen § 153; heff. Entw. 157; Unger § 19 Anm. 11) angenommen werden, sie seien | in dem Verhältnisse als Ersatzerben eingefetzt, in welchem sie als Erben eingefetzt sind (§ 1803 Satz 1). Die Entscheidung, daß das Gleiche gelten soll, wenn für einen der Miterben die übrigen Miterben als Ersatzerben eingefetzt sind, stimmt überein mit dem sächs. GB. § 2193 und mit Mommsen § 153.

4. Wechsel-
seitige Ersat-
erbeinsetzung.
(G. § 2098.)
| S. 77.

Der Vorzug, welcher den auf einen gemeinschaftlichen Erbtheil Eingefetzten eingeräumt ist (Satz 2), entspricht der Bedeutung der Einsetzung auf einen gemeinschaftlichen Erbtheil (vgl. § 1796, Unger § 19 Anm. 11 a. E.; Brinz § 373 Anm. 14). — Die Vorschrift auf den Fall auszudehnen, daß von den mehreren Erben nur einige für einen oder mehrere Miterben als Ersatzerben eingefetzt sind (Windscheid § 557 Anm. 8), erscheint nicht zulässig, weil in diesem Falle eine Vermuthung nicht begründet ist, der Wille des Erblassers sei dahin gegangen, daß für die Einsetzung angeordnete Theilverhältniß solle auch für die Ersatzerbeinsetzung maßgebend sein.

Von weiteren Auslegungsregeln für den Fall der Ersatzerbeinsetzung hat der Entw. abgesehen. Eine Vorschrift für den weiteren Fall, daß neben den Miterben ein Dritter zum Ersatzerben berufen ist, ist weder erforderlich noch zweckmäßig. Das geltende Recht ist ein verschiedenes — einerseits wird Kopftheilung angenommen (Windscheid § 557 Anm. 9 a. E.; Unger § 19 Anm. 12 und öst. GB. § 607; Dernburg § 155 bei Anm. 16; Mommsen § 153 Abs. 2), andererseits wird Ausschcheidung eines Kopftheiles an den Dritten und Vertheilung des Restes nach dem Antheilverhältnisse der Einsetzung bestimmt (vgl. sächs. GB. § 2193; heff. Entw. 158). Diese Verschiedenheit lehrt, daß jede Auslegungsregel bedenklich wäre. Es tritt hinzu, daß nicht selten die Auslegung am Platze sein wird, der Dritte solle den Antheil des Weggefallenen neben den anderen Ersatzerben in demselben Verhältnisse erhalten, in welchem der Weggefallene zu der Erbschaft berufen gewesen ist, dergestalt, daß, wenn z. B. der Weggefallene auf die Hälfte eingefetzt war, der Dritte von dieser Hälfte die eine Hälfte, die als Ersatzerben eingefetzten Miterben die andere Hälfte nach Maßgabe des Theilverhältnisses, in welchem sie zur Erbschaft berufen sind, erhalten sollen. — Die Frage, ob der als Ersatzerbe für einen Miterben eingefetzte Erbe, wenn er in Ansehung des ihm unmittelbar zugewendeten Erbtheiles nicht Erbe sein kann oder will, auch seinen Anspruch als Ersatzerbe verliert, erledigt sich durch § 2037. — Der Fall des § 538 A. N. I 12, daß Jemand seinen zur Zeit der Testamentserrichtung kinderlosen Abkömmlingen Ersatzerben beruft, ist durch § 1773 gedeckt. — Daß der Ersatzerbe die auf dem Erbtheile des eingefetzten Erben, an dessen Stelle er berufen ist, haftenden Auflagen und Lasten, soweit nicht ein Anderes letztwillig bestimmt oder der Natur der Sache zu entnehmen ist, zu übernehmen hat, wie von verschiedenen Rechten A. N. I 12 § 458, Eccius § 251 Anm. 102, Dernburg § 155 Anm. 17; öst. GB. § 606; sächs. GB. § 2191; Mommsen § 151) bestimmt ist, erscheint selbstverständlich.

Ablehnung
weiterer
Auslegungs-
regeln.

| Darüber, ob eine der Erbeinsetzung beigefügte Bedingung im Zweifel auf den Ersatzerben gleichfalls zu beziehen ist, entscheidet das geltende Recht verschieden. Das gemeine Recht und viele ihm folgende Rechte (vgl. Roth § 312 Anm. 9; Unger § 19 bei Anm. 1; sächs. GB. § 2190; Mommsen § 150) verneinen es, das bayer. N. III 3 § 10 Nr. 7 bestimmt das Gegentheil; in Ansehung des A. N. gehen die Ansichten auseinander (Dernburg § 155 bei Anm. 18; Gruchot, Erbr. 2 S. 75 ff.; Eccius § 251 Anm. 102). Eine Auslegungsregel läßt sich nicht wohl aufstellen, weil die Fälle je nach dem Inhalte der Bedingung zu verschiedenartig gestaltet sind. Aus dem Grundsatz, daß der an die Stelle des Eingefetzten tretende Ersatzerbe die auf dem Erbtheile des Eingefetzten haftenden Auflagen und Lasten zu tragen hat, kann freilich nicht gefolgert werden, die der Erbeinsetzung beigefügten Bedingungen seien als der Ersatzerbeinsetzung beigefügt anzusehen. Allein, um diese Schlussfolgerung abzuwenden, ist eine Auslegungsregel nicht erforderlich; denn beide Verfügungen, die Erbeinsetzung und die Ersatzerbeinsetzung, sind selbständige Verfügungen. Die rechtsgeschäftliche Beschränkung der Erbeinsetzung durch Beifügung einer Bedingung darf daher nicht ohne besondere Anhaltspunkte aus dem Willen des Erblassers auf die Einsetzung des Ersatz-
erben bezogen werden. Daß aber die unter der Form der Bedingung nach dem erkennbaren Willen des Erblassers dem Erben gemachte Auflage nach dem vorgedachten Grundsatz auf den Ersatzerben übergeht, erscheint selbstverständlich.

| S. 78.
Bedingung.

Von verschiedenen Rechtslehrern (Unger § 19 Anm. 9; Dernburg § 155; Arndts, Rechtslexikon S. 661; Gruchot 2 S. 75) wird die Ansicht vertreten, der Ersatzerbe habe auf das dem eingefetzten Erben zugewendete Vorausvermächtniß keinen Anspruch. Eine Vorschrift dieses Inhaltes findet sich nicht im geltenden Rechte und ist auch entbehrlich. In jedem einzelnen Falle

Voraus-
vermächtniß.

muß geprüft werden, ob der Erblasser den Ersazerbem lediglich für den Erbtheil des Eingesezten einsetzen oder ob er diesem auch das Vorausvermächtniß zuwenden wollte. — Auszusprechen, daß der Erblasser an Stelle des eingesezten Erben mehrere Ersazerbem und für mehrere eingesezte Erben einen Ersazerbem einsetzen kann (vgl. Eccius § 251 S. 445; Dernburg § 155), und daß in ersterem Falle die §§ 1792 ff. Anwendung finden, ist nicht erforderlich. Eine solche Vorschrift würde sogar bedenklich sein, nachdem davon abgesehen worden ist (Mot. S. 74), zu bestimmen, daß auf die Ersazerbemsetzung als bedingte Erbemsetzung die Vorschriften über die Erbemsetzung entsprechende Anwendung finden. Es könnte alsdann leicht den Anschein gewinnen, als solle hier etwas Besonderes bestimmt werden, sodaß damit jener Grundsatz verdunkelt werden würde. Unnötig ist es ferner, hervorzuheben, daß mehrere für einen Erben eingesezte Erben im Zweifel als miteinander, nicht als hintereinander eingesezt anzusehen sind.

§ 79. | Wer an eines Ersazerbem Stelle berufen ist, tritt für den weggefallenen Vormann als Erbe ein (substitutus substituto est substitutus instituto). Dieser Satz wird von einigen geltenden Rechten (Windscheid § 557 Anm. 10; Brinz § 373 Anm. 9; Roth § 312 Anm. 20; ALR. I 12 § 56; öst. GB. § 604; sächs. GB. § 2194; heff. Entw. 156 Abs. 2; Mommsen § 154) ausgesprochen. Er ist jedoch entbehrlich; denn nach den Denkgesetzen ergibt sich mit Nothwendigkeit, daß der zweite Ersazerbe auch als unmittelbarer Ersazerbe des eingesezten Erben zu gelten hat, wenn der in erster Reihe genannte Ersazerbe in Wegfall kommt. — Mehrfach (Windscheid § 557 Anm. 11; Brinz § 373 Anm. 10, 11; Unger § 19 Anm. 10; sächs. GB. § 2194; Mommsen § 154) wird hieran der Satz angeknüpft, daß, wenn der weggefallene zuerst berufene Ersazerbe auch als Erbe unmittelbar berufen war, der Ersazerbe zugleich als Erbe eintrete (substitutus substituto substitutus huic quoque censetur qua instituto). Diese Entscheidung kann nicht einmal als Auslegungsregel als richtig anerkannt werden. Vielmehr ist der Wille des Erblassers nach den Umständen des einzelnen Falles zu erforschen und, wenn dies nicht ausreicht, die Entscheidung nach allgemeinen Grundsätzen zu treffen.

3. Titel: Einsetzung eines Nacherben.

Bor-
bemerkung. Die Aufnahme des Institutes der Nacherbschaft gebietet die Rücksicht auf das geltende Recht. Schlechthin verboten ist es in keinem der Rechte. Selbst der Code (896, 897, 1048—1074) gestattet die fideikommissarische Substitution den Eltern gegenüber den Kindern zu Gunsten der Enkel und kinderlosen Erblassern gegenüber ihren Geschwistern zu Gunsten der Kinder derselben (vgl. Zachariae §§ 589, 696, 697; Bauerband, Instit. § 194). Den Nachberufenen als Erben, den Vorberufenen als mit der Nutznießung des Nachlasses bedacht anzusehen, geht schon deshalb nicht an, weil dieser Weg verjagt, sobald der Nachberufene bedingt eingesetzt ist, es müßten denn die gesetzlichen Erben als eigentliche Erben behandelt werden, während sie, falls die Bedingung eintritt, doch nicht Erben sein würden (vgl. Mommsen's Mot. S. 236, 237). Aber auch der Versuch des älteren röm. Rechtes, dem Nachberufenen nur einen persönlichen Herausgabeanspruch zu geben oder die Analogie des Erbschaftskaufes zu Grunde zu legen, ist schon im röm. Rechte seit dem S. C. Trebellianum aufgegeben (Windscheid §§ 659, 662 ff.; Brinz § 430). | Es bleibt nur übrig, entweder mit dem gemeinen Rechte dem Nachberufenen einen vom Erwerbe des Erben abhängigen obligatorischen Anspruch auf Restitution der Erbschaft zu geben, mit der Wirkung, daß der Erstberufene auch nach erfolgter Restitution Erbe bleibt, aber in dieser Eigenschaft aktiv und passiv durch den Nachberufenen (als quasi heres, heredis loco) ausschließlich vertreten wird, oder das sog. Universal-fideikommiss als einen unter zeitlicher Beschränkung des Rechtes des Vorerben vom Erblasser selbst angeordneten unmittelbaren Eintritt des Nachberufenen an die Stelle des Vormannes, somit das Recht des Nacherben als ein zeitlich aufgeschobenes, von der Restitution durch den Vorberufenen unabhängiges, eigenes unmittelbares Recht zu behandeln. Dem gemeinen Rechte folgen nur die Entw. von Hessen (45, 171 Abs. 1, Mot. S. 115, 116, unter förmlicher Einreihung der Anwartschaft als Erbensubstitution), und Mommsen (§§ 447, 456, 457, 463). Letzterer hat die formale Restitutionserklärung des gemeinen Rechtes beibehalten, die Vorschriften des letzteren über Erzwingung des Erbschaftsantrittes jedoch durch das Recht des Nachberufenen, an Stelle des Erben selbst anzutreten, ersetzt. Den zweiten Weg haben eingeschlagen das röm. Recht in Ansehung des Soldatentestamentes (Windscheid § 659 Anm. 2), das ALR. I 12 §§ 53, 466—477, 480 (vgl. Dernburg §§ 156, 157; Eccius § 251 bei Anm. 87, 88), das öst. GB. §§ 608—617 (vgl. Unger §§ 20, 48), das bayer. LR. III 2 § 19 Nr. 1, III 9, nach Roth § 315 Anm. 8 das bayer. Recht überhaupt; ferner das sächs. GB. §§ 2005, 2503—2524 mit 2426, und einige andere Rechte beschränkten Geltungsgebietes.

Entw. Der Entw. folgt den letzteren. Dem Willen des Erblassers würde es offenbar widersprechen, wenn mit dem gemeinen Rechte die Wirksamkeit der Nachberufung vom Erwerbe des Vormannes abhängig gemacht wurde. Das gemeine Recht hat zu künstlichen Abhülsemitteln greifen müssen, um die Folgen jener Abhängigkeit zu beseitigen (Windscheid § 666 Anm. 9, 10; Brinz § 430 Anm. 35).

Konstruktion
der geltenden
Rechte.

§ 80.

Entw.

Das Stellvertretungsverhältniß seitens des Nachberufenen ist praktisch werthlos und schafft eine unklare Lage (Windscheid §§ 667, 668; Brinz § 430 Anm. 18–28). Das gemeine Recht bedurfte desselben, um einsetzungsunfähigen Personen Zuwendungen zu machen. Dieser Grund besteht für den Entw. mit Rücksicht auf die Ausdehnung der testamenti factio passiva nicht mehr. — Geltend gemacht wird (vgl. Puchta's Pand. § 475, uA.; auch Mommsen zu § 19 Mot. S. 145, 146; dagegen Unger § 20 Anm. 2; Bruns in v. Holtz. Enchyl. § 90 a.E.), es sei nach den Regeln der Denkgesetze unmöglich, daß, wer einmal Erbe geworden ist, aufhöre, Erbe zu sein (semel heres, semper heres). Nach den Denkgesetzen ist aber nur ausgeschlossen, daß zwei Erben neben einander selbständig Erben auf das Ganze seien. Der Wechsel der Subjekte einer Erbschaft ist nur ausgeschlossen, wenn und soweit eine Vermischung der Vermögensmassen seitens des Erben erfolgt ist, wie sie nach dem älteren Rechte unbedingt eintrat, aber schon durch die von Justinian gewährte Inventarwohlthat theilweise ausgeschlossen ist.

| Der Entw. beruht auf folgenden Hauptgrundsätzen: 1. Der gemeinrechtliche Grundsatz „semel heres, semper heres“ wird nicht anerkannt. 2. Der Nacherbe erwirbt, wenn die Voraussetzungen für den Eintritt der Nacherbfolge eingetreten sind, die Erbschaft kraft des Gesetzes, ohne daß eine Restitution von Seiten des Vorerben erforderlich ist. 3. Zu einer wirklichen Nacherbschaft kann es nur kommen, wenn zur Zeit des Todes des Erblassers die Voraussetzungen für den Eintritt der Nacherbfolge noch nicht erfüllt sind, wenn also nach dem Tode des Erblassers vor dem Uebergange der Erbschaft auf den Nacherben eine Zeit sich einschaltet, in welcher ein Anderer der Erbe (Vorerbe) ist. 4. Die Anordnung, daß der eingesetzte Erbe in einem bestimmten Zeitpunkte die Erbschaft an eine bestimmte Person herausgeben solle (vgl. § 1805), wird dahin verstanden, daß der mit der Herausgabepflicht Beschwerte bis zu jenem Zeitpunkte Erbe sein, bei Eintritt des bestimmten Zeitpunktes aber durch eine andere Person in seiner Eigenschaft als Erbe abgelöst werden solle. 5. Die Einsetzung eines Vorerben ist nicht erforderlich (§ 1808). In Ermangelung einer solchen Einsetzung sind die gesetzlichen Erben die Vorerben. 6. Die Anordnung einer Nacherbschaft ist Erbeinsetzung (vgl. die Ueberschrift des Titels) und steht deshalb im Allgemeinen unter den Vorschriften, welche für die Erbeinsetzung gelten, und nicht etwa unter den Vorschriften, welche auf das Vermächtniß sich beziehen. 7. Die Einsetzung zum Nacherben kann nicht nur auf einen Zeitpunkt nach dem Tode des Erblassers, sondern auch unter einer aufschiebenden Bedingung geschehen (vgl. §§ 1804, 1808); jedoch kommt es in diesem Falle zu einer wirklichen Nacherbfolge dann nicht, wenn die Bedingung erfüllt ist, bevor der Vorerbe die Erbschaft erworben hat.

| S. 81.
Hauptgrundsätze des Entw.

§ 1804 (II 1973, 2011, B. 2077, 2116, R. 2075, 2114, G. 2100, 2139).

In Ansehung der Terminologie folgt der Entw. der neueren Theorie (Roth § 315; Dernburg § 158; Eccius § 275; Unger §§ 20, 48), nicht dem sächs. GB. §§ 2503 ff. und dem hess. Entw. 163 ff., weil „Anwärter“ anderweit in besonderem Sinne gebraucht wird, namentlich für das Familienfideikommiß. Nach den angenommenen Grundsätzen kann nicht von einem Erbschaftsvermächtnisse die Rede sein, weil ein Vermächtniß nicht vorliegt. Mit dem AN. und dem öst. GB., sowie dem Code von Substitution zu sprechen, ist nicht rathsam, weil damit der Charakter des Verhältnisses nicht zutreffend bezeichnet ist. — Eine Vorschrift über die Zulässigkeit einer Nacherbeinsetzung kann mit Rücksicht auf § 1760 entbehrlich erscheinen. Allein ohne eine solche Vorschrift möchten sich gegen die Wirksamkeit der Einsetzung aus dem besonderen Inhalte der beigefügten Bedingung der Zeitbestimmung Zweifel dann erheben, wenn die bedingte oder betagte Einsetzung nach dem Tode des Erblassers einen Zeitraum offen läßt, während dessen der Eingesetzte noch nicht Erbe geworden ist. Zudem befindet sich die Vorschrift im Einklange mit § 1800.

I. Allgemeine Vorschriften.
1. Begriffsbestimmung.

Zulässigkeit

| Das Besondere der Einsetzung als Nacherbe besteht darin, daß sie dem Erfolge nach dazu führt, daß zwischen dem Tode des Erblassers und dem Erbwerden des Nacherben ein Zeitraum liegt, in welchem nicht dieser, sondern eine andere Person Erbe ist. Dieses Besondere bringt die Fassung des § 1804 zum Ausdruck. Die bedingte, an ein Ereigniß geknüpfte Erbeinsetzung ist neben der betagten an einen Zeitpunkt geknüpften Erbeinsetzung erwähnt, weil auch diese das Erbwerden des Nacherben zeitlich hinausrückt; die Gleichstellung tritt deutlicher und der sonstigen Ausdrucksweise des Entw. entsprechender hervor, wenn beide Fälle neben einander erwähnt werden. Die Einsetzung einer zur Zeit des Erblassers noch nicht empfangenen Person (§ 1758 Abs. 2) wird durch die Fassung mitgetroffen, denn in einem solchen Falle ist die Anordnung des Erblassers nothwendig eine aufschiebend bedingte. Die Einsetzung als Nacherbe schließt nicht ein, daß ein Vorerbe eingesetzt sein muß (vgl. § 1808). Die Fassung läßt erkennen, daß der Nacherbe kraft des Gesetzes Erbe wird und diese Rechtsstellung nicht erst in Folge einer Restitution des Vorerben erlangt, zumal es sich dabei um bloße Schlussfolgerungen aus dem Grundsätze handelt, daß die Einsetzung als Nacherbe Erbeinsetzung ist.

| S. 82.
Das Besondere der Nacherbeinsetzung.

Anfall der Nacherbschaft.

Die Erbschaft fällt dem Nacherben mit dem Eintritte der Nacherbfolge an, jedoch ganz nach den allgemeinen Regeln. Auf diesen Anfall hat der Nacherbe bereits ein Recht, während der Fall der Nacherbfolge noch in Schweben ist, d. i. während der Dauer der Vorerbschaft. Das Recht erlangt der Nacherbe schon mit dem Eintritte des Erbfalles kraft Gesetzes und gleichzeitig mit dem Erwerbe der Erbschaft durch den Vorerben, da der Vorerbe nur mit der dem Rechte des Nacherben entsprechenden Beschränkung erwirbt. Einer besonderen Vorschrift dieses Inhaltes bedarf es nicht. Erlebt der Nacherbe nicht einmal den Eintritt des Erbfalles, so entfällt die Nacherbfolge und mit ihr das Recht auf den Anfall der Nacherbschaft zu Gunsten des Vorerben. Erlebt hingegen der Nacherbe den Eintritt des Erbfalles, so erlangt er das Recht auf den späteren Anfall der Nacherbschaft als ein in der Regel festes, dh. im Falle seines Todes vor dem Anfalle der Nacherbschaft vererbliches Recht (vgl. §§ 132, 141, 142), es hätte denn der Erblasser ein Anderes bestimmt, also bestimmt, der Nacherbe solle nur dann Nacherbe werden, wenn er auch den Eintritt des Falles der Nacherbfolge erlebe. Eine Anordnung der letzteren Art scheidet der Entw. im Zweifel besonders dann als getroffen an, wenn der Eintritt der Nacherbfolge von einer Bedingung abhängig gemacht ist (vgl. § 1761). Eine solche Anordnung ist alsdann so zu verstehen: wenn die Bedingung eintritt und der Nacherbe den Eintritt erlebt. Erlebt er in diesem Falle den Eintritt der Bedingung nicht, so entfällt mit seinem Tode die Nacherbfolge zu Gunsten des Vorerben, dieser wird unbeschränkter Erbe. — Alles dies drücken die Worte aus „hört der Vorerbe auf, Erbe zu sein, und fällt die Erbschaft dem Nacherben an“. Daß damit der Anfall im Sinne des § 2025 gemeint ist, nicht der definitive Erwerb, erhellt aus der zum § 2025 begründeten Ausdrucksweise des Entw., und der Verwendung des technischen Ausdruckes „Anfall“; es wird noch verdeutlicht durch § 1810. Zugleich tritt die völlige Unabhängigkeit des nacherbschaftlichen Rechtes vom Erwerbe der Erbschaft seitens des Vorerben hervor (vgl. Windscheid § 664; Brinz § 430 Anm. 33 ff.; Roth § 315 Anm. 111 ff.; Unger § 20 Anm. 3).

| S. 83.

Ausschlagungsfrist.

Einsetzung auf einen Theil.

Wird hiermit der Anfall an den Nacherben klargestellt, so bedarf es einer besonderen Vorschrift nicht, von wann ab dem Nacherben die Ausschlagungsfrist läuft, vielmehr genügt der § 2030 (vgl. für das geltende Recht Eccius § 275 Anm. 48; Dernburg § 159 Anm. 2; Entsch. 16 S. 43; — andererseits Unger § 48 Anm. 1 verb. mit § 37 Anm. 2). Daß der Nacherbe seinerseits die Erbschaft ausschlagen kann, ist ebenfalls selbstverständlich und deshalb hier nicht besonders hervorzuheben. — Mit einigen Gesetzen (säch. G. B. § 2509, Mommsen § 443) des Falles besonders zu gedenken, daß der Nacherbe nur auf einen Bruchtheil der Erbschaft oder des Erbtheiles des Vorerben eingesetzt ist, ist nicht erforderlich. Ist die Einsetzung eines Nacherben, wie sich aus der Stellung der Vorschriften und der Uebersicht des Titels ergibt, eine Erbeinsetzung, so versteht es sich von selbst, daß der Nacherbe auch auf einen Bruchtheil der Erbschaft oder des Erbtheiles eingesetzt werden kann (vgl. § 1750 Abs. 2).

§§ 1805, 1806 (II 1976, —, B. 2080, —, R. 2078, —, G. 2103, —).

2 Gleichgestellte Fälle.

Im geltenden Rechte finden sich Vorschriften darüber, in welchen Fällen eine Nacherbeinsetzung anzunehmen sei. Solche Vorschriften sind auch in §§ 1805, 1806 gegeben, aber in beschränkter Zahl.

a) Herausgabe der Erbschaft mit Eintritt eines Zeitpunktes zc.

1. Die dispositive Vorschrift des § 1805, nach welcher die Auflage, die Erbschaft mit dem Eintritte eines bestimmten Zeitpunktes oder Ereignisses an einen Anderen herauszugeben, in eine Einsetzung desjenigen, an welchen die Herausgabe erfolgen soll, als Nacherben umzudeuten ist, umfaßt durch die Worte „der Erbe“ auch den Fall, daß ein Vorerbe nicht eingesetzt ist; sie entspricht dem überwiegend geltenden Rechte. Ob und inwieweit der Vorschrift in gewisser Richtung eine zwingende Kraft beizubringen, wird nicht entschieden, die Lösung dieser Frage vielmehr, namentlich im Hinblick auf die Seltenheit solcher Fälle, in welchen die Frage praktische Bedeutung gewinnen kann, der Wissenschaft und Praxis überlassen. Für die zwingende Kraft der Vorschrift läßt sich geltend machen, der Erblasser könne seine eigene Erbschaft nicht im Wege des Vermächtnisses vergeben, § 1749 Abs. 2. Schließe der Erblasser durch ausdrückliche Erklärung die Anwendbarkeit der Vorschrift aus, so werde dadurch der einzige Weg abgeschnitten, auf welchem die Herausgabe-Auflage zur Wirksamkeit gelangen könne; die Anordnung wurde daher hinfällig. Dagegen läßt sich einwenden: Wenn der Erblasser im bezeichneten Falle den Eintritt der Nacherbfolge ausgeschlossen hat, so ist zu untersuchen, was mit der Herausgabe-Auflage gemeint ist. Möglicherweise sollten dem Nächstberufenen ähnliche Verpflichtungen wie dem Verkäufer einer Erbschaft auferlegt werden, oder der Erblasser wollte vielleicht, der Nächstberufene solle den Reinwerth der Erbschaft herausgeben oder aber auch, es sollten alle einzelnen Aktiva des Nachlassers herausgegeben werden. Ein Vermächtniß zu verbieten, welches ohne ein solches Verbot wirksam sein würde, besteht kein durchschlagender Grund (vgl. Windscheid § 663 Anm. 3; Brinz § 430 Anm. 2; M. R. I 12 § 53, Dernburg § 156, Eccius § 251 bei Anm. 87, 88; säch. G. B. §§ 2005, 2503; Unger § 20 Anm. 5; heff. Entw. 163). — Die Worte „mit dem Eintritte eines bestimmten

| S. 84.

Zeitpunktes oder Ereignisses“ verdeutlichen, daß die Umdeutung in eine Einsetzung als Nacherbe nur zulässig ist, wenn der Nächstberufene nach dem Inhalte der Verfügung die Erbschaft erst einige Zeit vom Eintritte des Erbfalls an behalten und nicht sofort herausgeben soll; sie weisen auf eine nothwendige Voraussetzung für die Zulässigkeit der Umdeutung hin. Zu bestimmen, im Falle der Auflage sofortiger Herausgabe gelte der eingesetzte Nacherbe als nächstberufener Erbe, würde nicht angemessen sein. In Frage könnte nur kommen die allgemeinere Vorschrift, daß eine Nacherbeinsetzung nicht vorliege, wenn der Zeitpunkt des Eintrittes der Nacherbfolge nicht durch einen zwischenliegenden Zeitraum vom Zeitpunkte des Erwerbes des Nächstberufenen getrennt wird. Eine solche allgemeinere Vorschrift ist indessen entbehrlich. Vielmehr kommt es auf die Umstände des Einzelfalles an, ob insbes. eine Einsetzung als Erbe oder eine unverständliche oder sich widersprechende Verfügung vorliegt.

Sofortige Herausgabe.

Wie des Falles, daß der Nacherbe auf einen Bruchtheil eingesetzt ist, nicht besonders gedacht ist (S. 83), so ist auch hier der Fall, daß die Auflage nur die Herausgabe eines Bruchtheiles des Nachlasses betrifft, nicht besonders erwähnt. Auch würde es nicht rathsam sein, der Herausgabe-Auflage die Auflage, mit einem Anderen zu theilen, ausdrücklich gleichzustellen (sächs. GB. § 2504; Mommsen § 444 Abs. 1), zumal eine solche Verpflichtung stets eine Verpflichtung zur Herausgabe, wenn auch nur einer theilweisen, in sich schließt. Die Erbeinsetzung kann gleichfalls in einer ähnlichen Weise geschehen, zB. A sei mein Erbe, A soll mit B die Erbschaft theilen. Ueber eine solche Erbeinsetzung enthält der Entw. ebenfalls keine Vorschrift.

Herausgabe nur eines Bruchtheiles.

2. Des Falles, daß der Erblasser dem eingesetzten Erben die Errichtung einer Verfügung von Todeswegen verboten hat, gedenken auch das öst. GB. § 610, das sächs. GB. § 2504 und Mommsen § 444 Abs. 1; vgl. Windscheid § 663 Anm. 1; Roth § 315 Anm. 14, 15. | Der Entw. giebt eine Dispositivvorschrift, nicht eine Auslegungsregel, weil der Wille, wie er erklärt ist, zu einer Umdeutung dahin, daß die gesetzlichen Erben des Eingesetzten als Nacherben eingesetzt sein sollen, nicht führen kann, vielmehr der Wille durch das Gesetz umgedeutet und ergänzt werden muß. Die Vorschrift entspricht einem Bedürfnisse, da die vorausgesetzte inkorrekte Ausdrucksweise nicht selten vorkommt, in Ermangelung einer Vorschrift aber die Anordnung nichtig sein würde. Der anzunehmende wirkliche Wille des Erblassers wird zur Geltung gebracht. Als zu Nacherben eingesetzt sind diejenigen Personen anzusehen, welche die gesetzlichen Erben des Eingesetzten sind. Für die Entscheidung, welche Erben die gesetzlichen sind, ist selbstverständlich der Zeitpunkt des Todes des eingesetzten Erben maßgebend; dies bedarf nicht der Hervorhebung. — Mit dem öst. GB. zu bestimmen, daß das Verbot, von Todeswegen zu verfügen, gerade auf das vom Erblasser dem Erben zugewendete Vermögen sich beziehen müsse, ist nicht erforderlich. Die Vorschrift würde dadurch in ihrer Wirkung beschränkt, während nicht zweifelhaft ist, daß der Erblasser nur dies gemeint haben wird, da er seinen Erben nicht in der Verfügung über den eigenen Nachlaß beschränken kann. Andererseits fehlt es an genügendem Anlasse, die Vorschrift auch auf den Fall zu erstrecken, daß der Erblasser einen Erben nicht eingesetzt hat. Der Entw. spricht deshalb nur von einem Verbote gegenüber dem eingesetzten Erben.

b) Verbot, von Todeswegen zu verfügen. | S. 85.

Weitere Vorschriften hat der Entw. nicht aufgenommen; solche finden sich im geltenden Rechte insbes.:

Weitere Vorschriften.

I. Für den Fall, daß der Erblasser angeordnet hat, der Nächstberufene soll eine andere Person auf das Empfangene (bz. überhaupt) zum Erben einsetzen; vgl. sächs. GB. § 2504; Mommsen § 444 Abs. 1. Würde die Vorschrift auf die Einsetzung in Ansehung des Empfangenen beschränkt, so ist ziemlich klar, daß der Erblasser sich im Ausdrucke vergriffen hat, und wird daher eine Umdeutung der Aufgabe in eine Einsetzung als Nacherbe in den meisten Fällen den wirklichen Willen des Erblassers zur Geltung bringen. Die vorausgesetzte Inkorrektheit des Ausdruckes kommt aber nicht so häufig vor, daß eine undeutende Vorschrift durch das praktische Bedürfniß gerechtfertigt wäre. Auf dem gewöhnlichen Wege der Willensauslegung wird sich meist dazu gelangen lassen, den wirklichen Willen des Erblassers zur Geltung zu bringen. Bedenklich wäre die Ausdehnung auf die Anordnung, eine andere Person überhaupt als Erben einzusetzen. Die Gefahr liegt zu nahe, daß die Betheiligten trotz der gesetzlichen Umdeutungsvorschrift die Anordnung ihrem Wortsinne nach verstehen und der nächstberufene Erbe die Vorschrift in diesem Sinne befolgt, obgleich er zu der Befolgung nicht verpflichtet ist, weil seine Testirfreiheit von seinem Erblasser in Ansehung des eigenen Vermögens nicht beschränkt werden konnte. Der letztere wird dann glauben, die Auflage erfüllt zu haben, ohne zu beachten, daß er damit keineswegs den Verbindlichkeiten als Vorerbe genügt. Der vom Gesetze unmittelbar ohne Rücksicht auf eine weitere Verfügung des Eingesetzten als Nacherbe Angesehene läuft ferner dadurch Gefahr, daß er die Ausschlagung der Nacherbchaft vielleicht | unterläßt, weil es nach seiner Auffassung (dem Wortsinne nach) an einer Nacherbenberufung fehlt. Durch solche naheliegende Verkennung des von dem Gesetze angenommenen Rechtsverhältnisses können hiernach erhebliche Verwirrungen und Verwickelungen hervorgerufen werden.

| S. 86.

II. Für den Fall, daß der Erblasser dem Erben die Veräußerung des Nachlasses unterjagt hat (A. N. I 12 § 534, Dernburg § 163 Anm. 13, Eccius § 254 Anm. 33; öst. G. B. § 610, Unger § 20 Anm. 7; bayer. N. R. III 9 § 4⁴; vgl. auch Entw. §§ 1844, 1885). Eine Auslegungsregel dahin, daß in einer solchen Anjagung die Bestimmung einer Nacherbschaft zu finden sei, mag die Anordnung zu Gunsten einer anderen Person lauten oder nicht, kann nicht aufgestellt werden. Eine Anordnung, wie sie hier vorausgesetzt wird, widerspricht dem Wesen der Nacherbschaft. Ein Veräußerungsverbot kann sich nur auf die einzelnen Gegenstände beziehen, der Vorerbe ist aber nicht in Ansehung aller Erbschaftsgegenstände in der Verfügung beschränkt. Wäre aber selbst das Ergebnis der Umdeutung ein dem wirklichen Willen des Erblassers entsprechendes, was hier dahingestellt bleiben kann, so fehlt es doch an einem praktischen Bedürfnisse zum Eingreifen des Gesetzgebers. Denn die Fälle, in denen der Erblasser gerade einer solchen inkorrekten, auf die ganze Erbschaft als solche sich beziehenden Ausdrucksweise sich bedient, werden sehr selten sein. Außer dem bayer. N. R. haben denn auch die neueren Gesetze die Vorschrift nicht in solcher Allgemeinheit (vgl. A. N. I 12 § 534, welches unter den Auslegungsregeln eine Vorschrift giebt, die sich aber nur auf das Verbot des Verkaufes einer Sache bezieht und keineswegs Nacherbschaft, sondern „bleiben bei der Familie“ bestimmt, und die negative Vorschrift des § 610 öst. G. B. „Verbot, die Sache zu veräußern, schließt das Recht, darüber zu testieren, nicht aus“). Eine Lücke wird jedenfalls dadurch nicht entstehen, daß eine Vorschrift nicht aufgenommen ist, zumal äußersten Falles die entsprechende Anwendung der §§ 1844, 1885 nicht ausgeschlossen ist.

III. für den Fall, daß der Erblasser selbst dem Nächstberufenen einen Erben bestimmt hat (öst. G. B. § 609). Eine Vorschrift erscheint aus den zu I angeführten Gründen nicht erforderlich. Der Fall liegt ähnlich so, wie wenn der Erblasser dem Erben die Auflage gemacht hat, eine andere Person als Erben einzusetzen.

§§ 1807, 1808 (II 1977, 1978, B. 2081, 2082, R. 2079, 2080, G. 2104, 2105).

a) Bedingte
Erbs-
einsetzung zc.
b) Auflösende
Bedingung zc.

1. Für den Fall, daß eine auflösend bedingte oder mit Bezeichnung eines Endtermines bestimmte Erbssetzung vorliegt, ohne daß ein Nacherbe bestimmt ist, wird im § 1807 eine Dispositivvorschrift dahin gegeben, daß diejenigen, welche die gesetzlichen Erben des Erblassers sein würden, wenn dieser zur Zeit des Eintrittes der Bedingung oder des Termines gestorben wäre, als Nacherben eingesetzt seien, und zwar nach Maßgabe der Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge. Die Vorschrift entspricht im Wesentlichen dem geltenden Rechte, | soweit es die Erbssetzung unter einer Resolutivbedingung kennt (A. N. I 12 §§ 259, 489, dazu Dernburg § 123 Anm. 6, § 124 Anm. 4, 5, Eccius § 251 Anm. 5; Roth § 315 Anm. 16, 18; öst. G. B. § 708, Unger § 16 Anm. 22, § 17; sächs. G. B. § 2013, 2506; Erbgesetze von Altenburg § 11, Gotha § 12, Neuf j. L. § 11; Mommsen § 446; hess. Entw. 64, 65). Der der Vorschrift zu Grunde liegende Gedanke ließe sich so auffassen, als gelangten die Nacherben nicht als eingesetzte Erben, sondern als gesetzliche Erben des Vorerben zur Erbfolge. Allein nach § 1964 bestimmt sich die gesetzliche Erbfolge nach der Zeit des Erbfales. Indem davon ausgegangen wird, diejenigen Personen sollen als Nacherben eintreten, welche die gesetzlichen Erben des Vorerben sein würden, wenn er zur Zeit des Eintrittes der Bedingung oder des Endtermines gestorben wäre — also möglicherweise zu einer anderen Zeit als der seines wirklichen Todes —, sind nicht die gesetzlichen Erben des Vorerben, sondern andere Personen als Nacherben eingesetzt. Wer diese Personen sind, entscheidet sich nach anderen Umständen als den für die gesetzliche Erbfolge maßgebenden. Die Verfügung bestimmt diese für die Ermittlung der Personen der Nacherben maßgebenden Umstände. Die so ermittelten Personen müssen als durch die Verfügung als Nacherben eingesetzt angesehen werden. Die Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge dienen nur dazu, den Inhalt des Einsetzungswillens zu ergänzen. Dies bringt die Fassung zum Ausdruck. — Die Vorschriften der §§ 1806, 1807 dahin einzuschränken, daß, falls die gesetzlichen Erben des Erblassers oder des Vorerben als Nacherben anzusehen sind, die Nacherbssetzung dann unwirksam werde, wenn der Fiskus als Nacherbe einzutreten hat — vgl. außer den Gesetzen einiger thüring. Staaten Mommsen § 525 (nebst Mot. S. 495) — ist nicht für angemessen erachtet. Die Aufnahme einer Vorschrift für einen ziemlich entlegenen Fall würde dazu nöthigen, das Gebiet der Kasuistik zu beschreiten. Selbst eine Auslegungsregel dieses Inhaltes wäre nicht unbedenklich, da eine solche in nicht seltenen Fällen schwerlich dem wirklichen Willen des Erblassers Rechnung tragen würde.

b) Auf-
schiebende Be-
dingung zc.

2. Eine dem § 1807 entsprechende Dispositivvorschrift wird für den Fall, daß eine aufschiebende Bedingung oder ein Anfangstermin der Erbssetzung beigefügt, ein Vorerbe aber nicht bestimmt ist, aufgestellt (§ 1808 Abs. 1), und zwar dahin, daß die gesetzlichen Erben des Erblassers als Vorerben anzusehen sind. Diese Entscheidung stimmt mit der Mehrzahl der geltenden Rechte (vgl. A. N. I 12 §§ 259, 478, Eccius § 268 Anm. 20; öst. G. B. § 707; sächs. G. B. §§ 2013, 2505; hess. Entw. 63, 65) überein. Abweichend bestimmt das gemeine Recht (Wind-

scheid § 554 Nr. 1; Roth § 310 Anm. 68 ff.) und ihm folgend Mommsen § 19 Abs. 2, §§ 118, 445 Abs. 2, sowie das bayer. N. III 3 § 10 Nr. 14; letzteres räumt den gesetzlichen Erben den Besitz der Erbschaft ein, jedoch lediglich zur Verwaltung gegen Sicherheitsleistung für die Wiederherausgabe. | Der Weg der neueren Rechte, denen der Entw. folgt, ist der einfachere. Die abweichenden Rechte schaffen einen provisorischen Zustand, welcher gerade wegen der (von Mommsen betonten) Pflicht, auch die gezogenen Nutzungen — natürlich nach Abzug der Verwaltungskosten — zu erstatten, eine Quelle von Streitigkeiten schafft. Wenn dafür geltend gemacht worden ist (Mommsen's Mot. S. 146), der Erblasser habe dem bedingt Eingesezten auch die Nutzungen der Zwischenzeit verschaffen wollen, so genügt dieser Grund schon deshalb nicht, weil dann das Gleiche gelten müßte für den dies incertus an, welcher als Bedingung zu behandeln ist, und weil ebenso in Ansehung des Vermächtnisses zu entscheiden wäre. Die Regel des röm. Rechtes beruht wohl auf dem festgehaltenen Grundsatz „nemo pro parte“ etc. Jedenfalls verdienen bedingte Einsetzungen keine Begünstigung.

| §. 88.

Ist eine noch nicht empfangene Person oder Jemand als Erbe eingesetzt, dessen Persönlichkeit erst durch ein nach dem Erbfall eintretendes Ereigniß bestimmt wird, so liegt es nahe, die Vorschriften des Abs. 1 entsprechend anzuwenden (Abs. 2). Enthielte der Entw. eine solche Vorschrift nicht, so ließe sich bezweifeln, ob in den bezeichneten Fällen aufschiebend bedingte Erbeinsetzungen vorliegen. Eine entsprechende Ergänzung der Anordnung wird auch für diese Fälle den anzunehmenden Willen des Erblassers zur Geltung bringen. Die Fassung, „Jemand, dessen Persönlichkeit erst durch ein nach dem Eintritte des Erbfalls eintretendes Ereigniß bestimmt wird“, ist gewählt, weil solche Fälle nicht einzubeziehen sind, in welchen der Erblasser eine ganz bestimmte Person einsetzen wollte, und es nur darauf ankommt, diese Person nach den vom Erblasser angegebenen Merkmalen zu ermitteln.

Noch nicht empfangene Person etc.

§§ 1809—1811 (II 1979—1981, B. 2083/5, R. 2081/3, G. 2106—2108).

1. Der § 1809, wonach, falls der Erblasser den Fall der Nacherbfolge nicht anders bestimmt hat, die Nacherbfolge mit dem Tode des Vorerben eintritt, entspricht einem anzuerkennenden Bedürfnisse (vgl. Unger § 48, öst. GB. § 904; Eccius § 275 Anm. 32, 33; Roth § 315 Anm. 44, 46; sächs. GB. § 2509; Mommsen § 452 mit §§ 383 ff.). Das geltende Recht entscheidet in diesem Sinne nur, wenn die Zeit der Herausgabe in das Belieben des Vorerben gestellt ist. Ist ein Nacherbe eingesetzt ohne Bezeichnung des Falles, in welchem die Nacherbfolge eintreten soll, so liegt eine lückenhafte Anordnung vor. Fehlte es an einer Vorschrift, so würde in Frage zu stellen sein, ob eine solche Einsetzung im Wege der Auslegung sich aufrecht erhalten lasse, da die Willenserklärung selbst keinen Anhalt bietet für die Ergänzung der Lücke. Fälle solcher Art werden voraussichtlich nicht selten vorkommen, da die Erblasser häufig nicht geübt sind, sich schriftlich auszudrücken, und nicht selten nur mangelhafte Rechtskenntnisse besitzen. Deshalb erscheint eine Vorschrift zweckmäßig, welche die Aufrechterhaltung der Anordnung nach dem voraussetzenden Willen des Erblassers sichert. Aus der Willenserklärung und insbes. | aus dem Gebrauche des Ausdrucks „Nacherbe“ erhellt, daß der Vorerbe eine Zeit lang die Erbschaft behalten soll. Eine Begrenzung dieser Zeit ist erforderlich, damit die Nacherbeinsetzung rechtlich wirksam sein kann. Wird auf den vermuthlichen Willen des Erblassers gesehen, so ist in der Regel anzunehmen, daß die Zeit der Vorerbschaft auf das Leben des Vorerben beschränkt sein soll (vgl. § 1766).

4. Eintritt der Nacherbfolge.

| §. 89.

2. Von dem Anfall an den Nacherben ist schon zum § 1804 die Rede gewesen (S. 82). In Vertheidigung des § 1804 (vgl. auch § 1761) wird im § 1810 ausgesprochen, daß in der Regel das Recht des Nacherben, welcher den Erblasser überlebt, den Fall der Nacherbfolge aber nicht erlebt hat, auf dessen Erben übergeht, sofern nicht ein abweichender Wille des Erblassers anzunehmen ist (vgl. M. R. I 12 § 467, Eccius § 275 Anm. 9, Dernburg § 158 bei Anm. 18; Unger § 48 bei Anm. 3; sächs. GB. § 2507 mit §§ 2426, 2429; Mommsen § 463). Die Aufnahme dieser Vorschrift (Satz 1) ist deshalb rathsam, weil in anderen Fällen zumeist der Anfall der Erbschaft mit dem Erbfall zusammenfällt, und weil für diese anderen Fälle der Grundsatz gilt, daß ein noch nicht angefallenes Recht auf die Erbschaft nicht vererblich ist. Im Falle des Ueberganges der Erbschaft auf die Erben des eingesetzten Nacherben lassen sich Zweifel erheben, ob diese Erbeserben ihr Recht auf die Verfügung des die Nacherbschaft anordnenden Erblassers gründen, oder ob sie den Anspruch auf den Anfall der Nacherbschaft mit und in der Erbschaft des Nacherben überkommen. Diese Zweifel werden im Sinne der letzten Alternative gelöst (Satz 2); es kann dahingestellt bleiben, ob die Lösung sich nicht bereits aus der Würdigung des Zweckes des Satzes 1 ergeben würde. Daß die ererbten Rechte den Erben des Nacherben schon vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge dieselben Rechte geben, wie wenn sie unmittelbar als Nacherben eingesetzt wären, kann nicht zweifelhaft sein; der Satz 2 wird Bedenken in dieser Richtung nicht hervorrufen.

5. Uebergang der Rechte. (G. § 2108.)

6. Nacherben
für kinderlose
Ab-
kömmlinge.

3. Der dem § 1773 zu Grunde liegende Gedanke führt in seinen Folgesätzen dahin, anzunehmen, daß, wenn einem kinderlosen Abkömmlinge für die Zeit nach dessen Tode Nacherben bestimmt sind, die Nacherbeinsetzung nur gewollt sei, falls der Vorerbe Abkömmlinge nicht hinterlasse. Hierauf beruht die den meisten geltenden Rechten entsprechende Dispositivvorschrift des § 1811 (vgl. Roth § 315 Anm. 28; A.R. I 12 § 538 und II 2 § 443, Eccius § 254 Anm. 27, Dernburg § 157 Anm. 7 ff.; öst. G.B. § 617, Unger § 20 Anm. 4; sächs. G.B. § 2508; Mommsen § 448; für württ. Recht Stein § 162). In der That wird vorausichtlich als Wille des Erblassers anzunehmen sein, der letztere habe die Fortdauer des Zustandes, daß der Vorerbe | S. 90. | Abkömmlinge nicht hat, im Auge gehabt; diese Annahme sei für ihn bei Anordnung der Nacherbfolge entscheidend gewesen. — Als Voraussetzung ist nicht aufgestellt, daß der Vorerbe erbberechtigte Abkömmlinge nicht hat (A.R. I 12 § 538 spricht von erbfähigen Abkömmlingen), sondern „wenn der Vorerbe keinen Abkömmling hinterlasse“, weil es nicht gerechtfertigt erscheint, für die Fälle des Erbverzichts und der Entziehung des Pflichttheiles eine Ausnahme zu bestimmen, die Fälle der Ausschlagung und der Erbunwürdigkeit dagegen doch nicht getroffen werden würden, indem es in diesen letzteren Fällen der Voraussetzung der Erbberechtigung dieses Abkömmlinges nicht fehlen würde.

§§ 1812, 1813 (II 1982, 1983, B. 2086, 2087, R. 2084, 2085, G. 2109, 2110).

7. Beschrän-
kung der
Zulässigkeit.

Die Vorschriften beschränken die Nacherbschaft sowohl in der Zahl der zulässigen Nacherb-
folgefälle als auch in der Zeit, innerhalb deren die Nacherbfolge eintreten kann. Das geltende
Recht ist in dieser Beziehung ein verschiedenes. Das sächs. G.B. hat keine Beschränkungen. Im
gemeinen Rechte herrscht Streit, ob die in Nov. 159 für das Familienfideikommiß vorgeschriebene
Beschränkung auf 4 Grade auch für das Universalfideikommiß gilt (Windscheid § 637 Anm. 6
bis 8). Das A.R. I 12 §§ 55, 57 läßt die fideikommissarische Substitution nur für den ersten
und zweiten Substitutionsfall zu (vgl. wegen der Befugniß, zu theilen und zu veräußern, wenn
es sich um Substitution für einen Miterben handelt, Eccius § 251 Anm. 100, 45 und 106,
Dernburg § 157 bei Anm. 10, Stölzel in Gruchot's Beitr. 19 S. 641 ff.). Mommsen § 465
folgt dem A.R. Auf einmaligen Wechsel beschränken die Nacherbfolge der preuß. Entw. von 1835 I, 12
§§ 52, 54 (Mot. S. 93), das bayer. Recht, Verfassungsbeilage VII § 109, der Code 1048 ff.
und verschiedene neuere Gesetze (vgl. old. G. v. 28. März 1852 Art. 12; weim. G. von 1833
§ 1 Nr. 5; meckl.-schwer. Refkr. v. 23. Febr. 1811).

| S. 91.

Aus nationalökonomischen Gründen erscheint es angemessen, eine übermäßig lange Vin-
kulirung des nachgelassenen Vermögens zu verhindern. Soll dieses Ziel erreicht werden, so genügt
nicht, daß die Zahl der Fälle der Nacherbfolge beschränkt wird, denn es bleibt dann die Möglichkeit,
daß der Erblasser eine erst nach sehr langer Zeit, vielleicht nach Jahrhunderten, eintretende Nach-
erbfolge bestimmt und damit das Vermögen bis zu diesem Zeitpunkte der freien Verfügung des
Vorerben und der Rechtsnachfolger desselben entzieht. Aber auch mit einer zeitlichen Beschränkung
allein kann sich der Entw. nicht begnügen. Denn der Mangel einer Schranke für die Zahl der
möglichen Fälle des Wechsels der Erben würde zu Belästigungen und Gefährdungen der Gläubiger
führen und eine nicht wünschenswerthe Verwickelung der Rechtsverhältnisse zur Folge haben.
Das letztere würde besonders darin hervortreten, daß der Vorerbe zu Veräußerungen der Ein-
willigung aller als Nacherben Betheiligten bedürfen würde. | Dem Gedanken, daß die Nach-
erbfolge nur einmal eintreten kann und die Einsetzung eines weiteren Erben mit dem Eintritte
der ersten Nacherbfolge unwirksam wird, der erste Nacherbe also unbeschränkter Erbe wird, giebt
der § 1812 Ausdruck. Die Fassung stellt klar, daß nur eine Grenze für die Wirksamkeit der
Anordnung als Nacherbeinsetzung gesetzt werden soll, daß aber nicht die Einsetzung successiver
Nacherben unzulässig ist. Durch die Zulassung eines einmaligen Successionswechsels geschieht
dem praktischen Bedürfnisse Genüge. Weitere Zuwendungen des nachgelassenen Vermögens im
Wege des Vermächtnisses sind nicht ausgeschlossen, jedoch innerhalb der Schranken des § 1869. —
Die zeitliche Beschränkung bestimmt der § 1813. Die Vinkulirung des Nachlasses über 30 Jahre
nach dem Tode des Erblassers hinaus ist, abgesehen von dem Falle, daß der Vorerbe noch länger als
30 Jahre lebt, aus dem schon erwähnten volkswirtschaftlichen Grunde nicht wünschenswerth; sie
wird auch durch das Interesse der Betheiligten nicht gefordert. Die Grenze ist aber nicht in dem
Sinne gesetzt, daß der Nachlaß mit Ablauf der Frist in der Hand des noch lebenden Vorerben
dessen unbeschränktes Eigenthum wird, denn dieser Erfolg würde in zu hohem Grade dem
Willen des Erblassers widersprechen. Läßt der Entw. die Bestellung des Nießbrauches auf die
Lebenszeit des Berechtigten zu (§ 1014), so muß aus den Gründen, welche hierfür maßgebend
waren, auch die Vinkulirung des Nachlasses auf die Lebenszeit des Vorerben zugelassen werden.
Eine gleiche Berücksichtigung verdient dagegen der Umstand nicht, daß der Nacherbe noch
30 Jahre nach dem Tode des Erblassers am Leben ist.

Daß eine Ersatzerbeinsetzung für den Nacherben nicht ausgeschlossen ist, versteht sich von selbst; ebenso, wie in solchem Falle zu zählen ist (M. I 12 § 57; Mommsen § 466). Einer besonderen Vorschrift bedarf es nicht (§ 1800 Abs. 2). Die Zulässigkeit erhellt aus der Anwendbarkeit der Vorschriften über Erbeinsetzung auf die Nacherbeinsetzung. Eine besondere Vorschrift ist auch nicht erforderlich darüber, daß der Nachlaß in der Hand des Vorerben keiner Bindung mehr unterliegt, sobald feststeht, daß der Fall der Nacherbfolge nicht mehr eintreten kann. Alsdann ist die Bedingung für den Eintritt der Berechtigung des Nacherben als fehlgeschlagen anzusehen. Dasselbe ist anzunehmen, wenn es sich nicht um eine eigentliche rechtsgeschäftliche Bedingung, sondern um eine vereitelte gesetzliche Voraussetzung handelt.

Ersatzerbeinsetzung für den Nacherben.

Zweifelhaft kann erscheinen, ob nicht eine Ausnahme von der Beschränkung zuzulassen sei dann, wenn es sich um die bei dem Tode des Erblassers noch nicht erzeugten Abkömmlinge einer bestimmten lebenden Person (z. B. eines Bruders, dessen Abkömmlinge als Nacherben für eine dritte Person eingesetzt sind), handelt, um zu verhindern, daß die bei dem Eintritte der Nacherbfolge lebenden Abkömmlinge ausschließlich berufen werden, oder ob nicht wenigstens in solchem Falle noch eine zweite Nacherbfolge zu gestatten sei. Eine Ausnahme ist jedoch nicht vorgeschrieben, weil damit die festgesetzten Beschränkungen erheblich an praktischem Werthe verlieren würden, da gerade diese Art der Nacherbeinsetzung am häufigsten zu erwarten ist, und weil in diesem Falle alle diejenigen Gründe ihre ungeschwächte Kraft behalten, die im volkswirtschaftlichen Interesse eine Beschränkung der Wirksamkeit von Nacherbeinsetzungen fordern. Mit der Zulassung einer zweiten Nacherbfolge für diese Fälle würde, bei Festhaltung der zeitlichen Schranke, einem Erblasser, welcher den Wohlstand der Familie auch für die künftige Nachkommenschaft einer bestimmten Person sichern will, nur wenig gedient sein; überdies bleiben auch hier die mit einer Vervielfältigung der Successionsfälle verbundenen Nebelstände bestehen.

Ablehnung von der Beschränkung einer Ausnahme.

§ 92.

§ 1814 (II 1983, B. 2087, R. 2085, G. 2110).

In Ansehung der durch Anwachsung erfolgten Erweiterung des Erbtheiles des Vorerben und des diesem beschiedenen Vorausvermächtnisses ist eine dispositive Vorschrift erforderlich darüber, ob die Nacherbschaft sich auch auf diese erstrecke. Eine Auslegungsregel würde nicht genügen oder doch nicht von praktischem Werthe sein. Denn in einer sehr großen Zahl der Fälle wird jeder Anhalt für die Auslegung fehlen und insbes. in Ansehung der Anwachsung sich nicht ermitteln lassen, ob der Erblasser an den Eintritt derselben überhaupt gedacht hat. Daß das Recht des Nacherben sich auch auf die durch Anwachsung erfolgte Erweiterung des Erbtheiles des Vorerben erstreckt (Halbsatz 1), stimmt nur mit einem Theile des geltenden Rechtes überein (bayer. M. III 9 § 6 Nr. 1; sächs. G. B. § 2511; Unger § 48 Anm. 12; Eccius § 272 Anm. 35, Dernburg § 159 Anm. 12 — entgegen Mommsen § 453 Abs. 2; wegen des gemeinen Rechtes vgl. Windscheid § 603 Anm. 14 und dagegen Brinz § 430 hinter Anm. 25). Gegen die Entscheidung kann erinnert werden, die Nichtberücksichtigung der Anwachsung werde dem Willen des Erblassers näher kommen, stimme auch mehr mit dem Rechte des Erben, den Zuwachs abzulehnen, überein (Mommsen, Mot. S. 437). Das erstere läßt sich mit Grund bezweifeln, das letztere kann nicht maßgebend sein, selbst wenn der Entw. in diesem Sinne entschieden hätte (vgl. jedoch § 2037). Es handelt sich nur um eine Erweiterung des dem Erben angefallenen Erbtheiles. Diese dem Nacherben zu entziehen, fehlt es an hinreichenden Gründen.

8. Anwachsung;

In Ansehung des Vorausvermächtnisses stimmt die Entscheidung, daß das Recht des Nacherben sich auf das Vorausvermächtniß nicht erstrecke, mit den meisten neueren Rechten überein (vgl. Eccius § 275 Anm. 38, Dernburg § 159 Anm. 11; sächs. G. B. § 2512; Mommsen § 453 Abs. 2; Unger § 48 Anm. 12 mit § 55 Anm. 10; wegen des bayer. M. Roth § 315 Anm. 53), während für das gemeine Recht die entgegengesetzte Ansicht vertreten wird (Windscheid § 666 Anm. 5). Für den Entw. ist die Behandlung des Vorausvermächtnisses im § 1845 entscheidend, um zum bezeichneten Ergebnisse zu gelangen.

Vorausvermächtniß;

Daß das Recht des Nacherben auf das dem Vorerben aus einer Einsetzung als Ersatzerben Gebührende sich nicht erstrecke, stimmt überein mit dem öst. G. B. (nach Unger § 48 Anm. 12; dagegen Dernburg § 159 bei Anm. 12), dem sächs. G. B. § 2512 und Mommsen § 453 Abs. 2. Selbstverständlich ist abzusehen von dem mit der nacherbschaftlichen Beschränkung belasteten Erbtheile, welcher vielleicht dem Vorerben auch als Ersatzerben zufällt. Es kann eingewendet werden, die Vorschrift führe insofern zu einem auffälligen Ergebnisse, als sich ein anderer Erfolg ergibt, je nachdem der Vorerbe als Ersatzerbe oder auf Grund der Anwachsung einen Vortheil erlangt, während der Erblasser doch dasjenige durch Ersatzerbeinsetzung zuwenden könne, was der Vorerbe sonst schon durch Anwachsung erlangen würde. Allein in letzterem Falle wird anzunehmen sein, daß der Erblasser, weil er den Vorerben ohne Nacherbeinsetzung zum Ersatzerben beruft, will, daß das Recht des Nacherben sich auf das dem Vorerben als Ersatzerben Zufallende nicht erstrecken soll.

§ 93. Einsetzung des Vorerben als Ersatzerbe.

§§ 1815—1822 (II 1985, 1987, 1989/90, 1994/5, 1997/9, 2001, 2003/7, B. 252, 2089, 2091, 2093/4, 2098/9, 2101/3, 2105, 2107/12, R. 251, 2087, 2089, 2091/2, 2096/7, 2099/2101, 2103, 2105/10, G. 258, 2112, 2114, 2116/7, 2121/2, 2124/6, 2128, 2130/5).

II. Rechts-
verb. zwischen
Vor- und
Nacherben.
1. Grundsatz.

1. In Uebereinstimmung mit mehreren neueren Gesetzgebungen (AM. I 12 § 466, Dernburg § 158 Anm. 4, Eccius § 275 Anm. 4, 5; öst. GB. § 613, Unger § 48; sächs. GB. § 2515; Mommsen § 454 Abs. 1; hess. Entw. 166 Abs. 1, 2) spricht der § 1815 als Grundsatz für das Rechtsverhältniß zwischen dem Vorerben und dem Nacherben aus, daß die Vorschriften über den Nießbrauch mit der Maßgabe entsprechend anzuwenden sind, daß der Vorerbe gegenüber dem Nacherben als Nießbraucher anzusehen sei. Zwar ist nicht zu verkennen, daß zwischen dem Falle des Nießbrauches und dem Falle der Vorerbschaft große Unterschiede bestehen. Der Vorerbe ist Erbe und nur in gewissen Richtungen beschränkt, sodaß man ihn eher dem Eigenthümer einer belasteten Sache als dem Nießbraucher vergleichen kann. Ferner ist der Gegenstand der Vorerbschaft die Erbschaft als ein universum jus, während der Nießbrauch, selbst wenn er an einem ganzen Vermögen bestellt ist, auf die zu dem Vermögen gehörenden einzelnen Gegenstände sich bezieht. Trotz dieser Unterschiede läßt sich eine weitgehende Aehnlichkeit zwischen dem inneren Verhältnisse des Nießbrauchers gegenüber dem Eigenthümer und des Vorerben gegenüber dem Nacherben nicht leugnen. Ueber dieses innere Verhältniß müssen auch in Ansehung der Nacherbschaft Vorschriften gegeben werden. Es genügt hier so wenig wie bei dem Nießbrauche die Feststellung der dinglichen Befugnisse des beschränkt Berechtigten. Der Zweck solcher Vorschriften obligatorischer Natur ist bei der Nacherbschaft gleichfalls der, daß der Gegenstand des beschränkten Rechtes, soweit möglich, ohne Verschlechterung und ohne Abbruch an der Substanz an den später Berechtigten gelangt. Aus dem für die Nacherbschaft anwendbaren § 134 (vgl. § 130), ergibt sich bereits, daß dem bedingt Verpflichteten der Vortheil aus seinem Rechte für die Zeitdauer des Rechtes in der Regel verbleibt und daß der bedingt Verpflichtete in Ansehung der Erhaltung der Substanz des Gegenstandes für Fahrlässigkeit einzustehen hat. Jene Vorschriften sind jedoch zu allgemeinen Inhaltes, um für die so häufig vorkommende Nacherbschaft zu genügen. Für die Vorschriften obligatorischer Natur erscheint es mit Rücksicht auf die hervorgehobene Aehnlichkeit des Verhältnisses des Vorerben zum Nacherben mit dem Verhältnisse des Nießbrauchers zum Eigenthümer angemessen, die Vorschriften über den Nießbrauch im Interesse der Kürze des Gesetzes zu verwerthen. — Der Entw. verweist auf die Vorschriften über den Nießbrauch schlechthin und nicht ausschließlich auf den Nießbrauch an Sachen und Rechten, also auch auf den Nießbrauch an einem ganzen Vermögen (§§ 1038—1043). Von den letzteren bleibt allerdings ein nicht geringer Theil unanwendbar. Dies versteht sich indessen von selbst, da manche dieser Vorschriften nur unter Voraussetzungen zur Geltung gelangen, welche bei der Vorerbschaft nicht zutreffen. Dahin gehört der auf die Begründung eines solchen Nießbrauches sich beziehende § 1039. Der § 1040 und theilweise der § 1041 setzen voraus, daß ein Verpflichteter vorhanden ist, der den Nießbrauch an einem ganzen Vermögen zu bestellen hat. In ähnlicher Weise, wie dort bestimmt ist, kann sich bei der Nacherbschaft das Verhältniß nicht gestalten, denn das Recht des Vorerben beruht auf einer Verfügung des Erblassers, der Vorerbe ist gleichfalls Erbe. Gegen die entsprechende Anwendbarkeit des § 1038, des § 1041, soweit er sich auf die Verpflichtung, die Lasten zu tragen, bezieht, des § 1042 und des § 1043, soweit er den Fall des Nießbrauches an dem Bruchtheile eines Vermögens regelt, wird hingegen nichts zu erinnern sein.

§ 94.

Von einigen Rechten wird vorgeschrieben, daß dem Vorerben die auf die Dauer seines Rechtes treffenden Nutzungen von den zur Erbschaft gehörenden Gegenständen verbleiben (zB. bayer. M. III 9 § 6 Nr. 5; Roth § 315 Anm. 47, 48; sächs. GB. § 2510; Mommsen § 453 Abs. 3). Der § 1815 verb. mit den §§ 1007, 1009 erscheint ausreichend. Der Gegenstand ist dadurch erschöpfender geregelt wie durch eine unvollständige Vorschrift des bezeichneten Inhaltes.

2. Einzel-
vorschriften.

2. Die Prüfung der einzelnen Vorschriften über den Nießbrauch, welche die grundsätzliche Entscheidung im § 1815 bedingt, hat ergeben, daß für die Nacherbschaft die §§ 1816—1822 erforderlich sind. Diese werden zunächst erörtert werden. Angereicht sind sodann Bemerkungen über diejenigen den Nießbrauch betreffenden Vorschriften, in Ansehung deren die Aufnahme besonderer Entscheidungen für die Nacherbschaft als entbehrlich erachtet ist, theils weil die entsprechende Anwendung der §§ 980 ff. selbstverständlich ausgeschlossen ist, theils weil sie zu einem befriedigenden Ergebnisse führt.

§ 95.

a) Gemeinsch.
Verfügung.
(G. —)

Aufhebung
der
Gemeinschaft.

[a) Soweit nach § 985 Satz 1, falls der Antheil eines Miteigenthümers mit einem Nießbrauche belastet ist, der Nießbraucher allein zu verfügen berechtigt ist, muß diese Befugniß auch dem Vorerben allein zustehen. Soweit dagegen der Nießbraucher nur gemeinschaftlich mit dem Eigenthümer oder demjenigen, an dessen Rechte ihm der Nießbrauch zusteht, verfügen kann, muß für den Vorerben die Einwilligung oder Genehmigung des Nacherben gefordert werden. Dies im § 1816 auszusprechen ist mindestens zweckmäßig (vgl. Entsch. 17 G. 228). — Nach § 985 Satz 2 können der Miteigenthümer und der Nießbraucher den Anspruch auf Aufhebung der

Gemeinschaft nur gemeinschaftlich geltend machen. Diese Vorschrift eignet sich nicht zur entsprechenden Anwendung. Dahingestellt bleiben kann, ob die Erhebung eines solchen Anspruches nicht schon als eine zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses erforderliche Maßregel sich betrachten läßt (Mot. 3 S. 498 und zu § 1828 Abs. 2). Im Interesse der Erleichterung der Auseinandersetzung und aus praktischen Rücksichten ist es jedenfalls nur angemessen, dem Vorerben die Befugniß beizulegen, den Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft oder Einwilligung des Nacherben geltend zu machen (§ 1816 Abs. 2). Die Gemeinschaft der Erben bildet ihrer Natur nach einen nur vorübergehenden Zustand und ist zur Aufhebung bestimmt. Der Vorerbe ist also befugt, den Anspruch auch im Wege der Klage, mit welcher stets der Antrag auf eine bestimmte Art der Auseinandersetzung verbunden sein muß, geltend zu machen. Dies wird durch die Vorschrift auch für das Verhältniß des Vorerben zum Nacherben klar. Die Zuziehung des Nacherben zum Rechtsstreite ist mithin nicht erforderlich; indessen bleibt der Vorerbe dem Nacherben für die Art der Prozeßführung verantwortlich. Das ergehende Urtheil wirkt für und gegen den Nacherben (§ 1830). Die Vorschrift bezieht sich jedoch nicht auf die Vornahme rechtsgeschäftlicher Verfügungen, mögen diese bei Gelegenheit eines Rechtsstreites vorgenommen oder zur Erledigung des Rechtsstreites bestimmt sein und mögen sie in dem nach § 2156 zugelassenen Vermittelungsverfahren oder außerhalb desselben vorgenommen werden. Ueber die Wirksamkeit solcher Rechtsgeschäfte bestimmt der § 1828. — Der § 985 Satz 3, wonach der Nießbrauch nach Aufhebung der Gemeinschaft auf diejenigen Gegenstände sich bezieht, welche an die Stelle des Eigenthumsanteiles treten, bedarf einer Modifikation in Ansehung der Nacherbschaft nicht; in Betracht kommt jedoch insoweit der § 1825. Die entsprechende Anwendung des § 985 Abs. 2 über den Nießbrauch am Bruchtheile einer Sache in anderen Fällen giebt zu Bedenken keinen Anlaß.

1b) Die Aufnahme des § 1817 ist geboten, weil eine Umdeutung der §§ 1001, 1002 erforderlich ist, welche sich nicht leicht im Wege der Analogie finden lassen dürfte. Die dem Nießbraucher obliegende Versicherungspflicht muß unter Berücksichtigung der obwaltenden Umstände dem Vorerben in der Weise auferlegt werden, daß der Vorerbe sowohl in seinem Interesse als in demjenigen des Nacherben, mithin so unter Versicherung zu bringen hat, daß der Anspruch aus der Versicherung zu dem der nacherbschaftlichen Beschränkung unterworfenen Vermögen gehört. (Abs. 1). Eine Beschränkung der Versicherungspflicht des Vorerben dahin, daß dieser nur so zu versichern hat, wie es der Erblasser gethan hatte (vgl. Cccius § 275 Anm. 18), wäre nicht gerechtfertigt; was der Erblasser als unbeschränkter Eigenthümer für angemessen erachtete, kann nicht entscheidend sein.

Die Abs. 2, 3 bringen die angemessene Umdeutung der §§ 1001, 1002 zum Ausdruck. Wegen der Beschränkung des Vorerben in Ansehung der Versicherungsgelder im Verhältnisse zu der dem Vorerben beigelegten Befugniß, innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Verwaltung zu verfügen, vgl. zu § 1828.

c) Die §§ 1818—1821 in Ansehung der auf Zinsen ausstehenden Forderungen als Gegenstand der Nacherbschaft sind aufgenommen, theils, weil die Vorschriften einen überwiegend dinglichen Charakter haben und zugleich von Bedeutung sind für die Rechtsstellung des Vorerben nach außen, theils um den Gegenstand zusammenhängend zu ordnen.

a) Kündigung seitens des Vorerben (§ 1818 Satz 1, 2). Die entsprechende Anwendung des § 1033 würde, unter Berücksichtigung des § 1816 Abs. 1, dahin führen, daß der Vorerbe die Forderung zwar kündigen könnte, aber zur Wirksamkeit der Kündigung die Einwilligung des Nacherben erforderlich wäre. Ob die im § 135 dem bedingt Verpflichteten auferlegten Beschränkungen auch auf die Kündigungsbefugniß sich erstrecken, ist nicht durch eine besondere Vorschrift entschieden. Den Vorerben in solcher Weise zu beschränken, ist zur genügenden Sicherung des Nacherben nicht erforderlich. Die Beschränkung kann aber auch erhebliche Verzögerungen und Weiterungen und dadurch die Schädigung des Nachlasses herbeiführen. Zu beachten sind ferner die Gründe, aus welchen die Kündigungsbefugniß des Vormundes (§ 1669) nicht beschränkt ist. Dementsprechend wird der Vorerbe zur Kündigung für befugt erklärt, ohne dazu einer Einwilligung des Nacherben zu bedürfen (vgl. wegen des WM. Cccius § 275 Anm. 19, Dernburg § 158 Anm. 9, Entsch. 17 S. 234). — Im Zusammenhange hiermit schreibt der Satz 4, abweichend vom § 1033 Abs. 4, vor, daß die Kündigung des Schuldners wirksam ist, wenn sie auch nur dem Vorerben erklärt ist. — Dem Nacherben ist die Befugniß beigelegt, die Kündigung zu verlangen, wenn die Forderung noch nicht fällig, aber kündbar und ihre Sicherheit gefährdet ist (Satz 3). Die Vorschrift enthält eine entsprechende Anwendung des § 1033 Abs. 3. Es handelt sich um eine notwendige Verstärkung des nur eventuellen und beschränkten Rechtes des Nacherben, welche dem § 1005 entspricht.

β) Die entsprechende Anwendung des § 1033 Abs. 3 würde in Verbindung mit § 272 unter Berücksichtigung der obwaltenden Unterschiede dahin führen, daß die Einwilligung des Nacherben zur wirksamen Leistung an den Vorerben erforderlich wäre, der Schuldner aber, sofern Vor-

§ 96.
b) Versicherungs-
pflicht.
(G. —)

c) Auf Zinsen
ausstehende
Forderungen.
(G. § 2114.)

Kündigung.

§ 97.

Einziehung.

erbe und Nacherbe sich nicht einigen, nur durch Hinterlegung sich befreien könnte. Die Umdeutung des § 1033 Abs. 5 hätte zur Folge, daß sowohl der Vorerbe als der Nacherbe von dem Schuldner verlangen könnte, daß dieser entweder hinterlege oder an den Vorerben mit Einwilligung des Nacherben leiste. Dieses Ergebnis ist dem § 1819 ebenfalls zu Grunde gelegt, jedoch mit einigen Beschränkungen und Abweichungen: Die Einziehung der fälligen Forderung steht lediglich dem Vorerben zu (Satz 1). Der Vorerbe kann aber vom Schuldner nur fordern, daß dieser die Leistung an ihn selbst, nach Beibringung der Einwilligung des Nacherben, bewirke, oder den Gegenstand öffentlich hinterlege, und zwar in der Art, daß die Einwilligung des Vorerben und des Nacherben zur Abhebung erforderlich ist (Satz 2). Das letztere bedarf hier so wenig eines Ausdrucks wie im § 1033. Wie im § 1818 dem Nacherben die Befugniß beigelegt ist, die Kündigung zu verlangen, falls die kündbare Forderung gefährdet ist, so muß er auch hier das Recht haben, die Einziehung der Forderung unter der Voraussetzung der Gefährdung der Sicherheit zu verlangen, obgleich er noch kein gegenwärtiges Recht hat (Satz 4). — Um die Verfügungsmacht des Vorerben nicht über die Grenzen des praktischen Bedürfnisses hinaus zu beschränken, legt der Satz 3 dem Nacherben die Verpflichtung auf, in die Leistung an den Vorerben einzuwilligen, falls ihm Sicherheit geleistet wird. Sicherheitsleistung durch Bürgen ist indessen im Interesse des Nacherben nicht für ausreichend zu erachten. Ueber die Form der Einwilligung vgl. den § 1831.

§ 98.
Wieder-
anlegung.

17) In Ansehung der Wiederanlegung der eingezogenen Forderung wird der § 1034 unter Berücksichtigung der obwaltenden Unterschiede übertragen (§ 1820 Abs. 1). Wegen der Art der Anlegung vgl. §§ 1664, 1665. Bei der Wiederanlegung muß der Nacherbe so gesichert werden, wie er es vor Einziehung der Forderung war. Dazu wird je nach den Umständen die Benachrichtigung des Schuldners, daß das Kapital als der Nacherbsfolge unterliegend angelegt werde, die Verlautbarung im Grundbuche, bei Inhaberpapieren die Hinterlegung erforderlich sein. Entsprechend den §§ 1818, 1819 ist auch dem Nacherben (vgl. § 1034) das Recht gewährt, die Wiederanlegung in der bezeichneten Weise vom Vorerben zu verlangen, obgleich ihm noch kein gegenwärtiges Recht zusteht und an sich dem Vorerben überlassen bleiben muß, ob er sich Kutzungen verschaffen will (Abs. 1 Satz 2). — Daß die Vorschriften des Abs. 1 auch dann Anwendung finden, wenn der Vorerbe die Einziehung unter Sicherstellung des Nacherben bewirkt hat (Abs. 2), ist nur, um keinem Zweifel Raum zu lassen, besonders bestimmt.

Grund-
schulden 2c.

d) Eine entsprechende Anwendung des § 1035 enthält die Vorschrift des § 1821, daß auf eine zur Nacherbschaft gehörende Grundschuld oder Eigentümerhypothek die für Forderungen geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden. Vom Ergebnisse des § 1035 hier abzuweichen, fehlt es an genügendem Anlasse. Die Vorschrift ist aber in Rücksicht auf den Zusammenhang wiederholt. Die Vorschriften über die auf Zinsen ausstehenden Forderungen finden, wenn die Voraussetzung der Verzinslichkeit nicht fehlt, entsprechende Anwendung.

d) Inhaber-
papiere.
(G. §§ 2116,
2117.)
Hinter-
legungs-
pflicht.

d) Entsprechend dem § 1036 dem Nacherben ein dingliches Mitinhabungsrecht an den in dieser Vorschrift bezeichneten Inhaberpapieren zu gewähren, welches nur in Ermangelung eines Einverständnisses zwischen den Beteiligten zur gemeinschaftlichen Hinterlegung führt, geht deshalb nicht an, weil der Nacherbe noch kein gegenwärtiges Recht hat, mithin auch noch nicht zu einer solchen Mitwirkung berufen werden kann. Es ist daher lediglich Fürsorge zu treffen (§ 1822 Abs. 1), daß der Vorerbe in der Freiheit der Verfügung insoweit beschränkt wird, als es zur Sicherung des Nacherben erforderlich ist. Bei dem Eintritte des Erbfalles ist der Vorerbe berechtigt, sich in den Besitz des Nachlasses zu setzen, und gelangen demgemäß die im Nachlasse befindlichen Inhaberpapiere zunächst in seine Inhabung und in seinen Besitz. Im Interesse der Nacherben ist es erforderlich, daß eine Beschränkung der mit der Inhabung dieser Inhaberpapiere verbundenen Verfügungsfreiheit eintritt. Diese Beschränkung kann bei der rechtlichen Natur der Inhaberpapiere lediglich auf dem Wege herbeigeführt werden, daß der Vorerbe für verpflichtet gegenüber dem Nacherben erklärt wird, die Papiere zu hinterlegen. Eine Milderung dieser Verpflichtung dahin, daß nur auf Verlangen des Nacherben zu hinterlegen sei, erscheint nicht zulässig, wenngleich dafür eine gewisse Billigkeit sich geltend machen läßt und es auch im öff. Interesse liegt, daß die Zahl der Hinterlegungen nicht zu sehr vermehrt wird. Allein es würde damit die Sicherheit des Nacherben in bedenklicher Weise verringert, zumal, wenn in Betracht gezogen wird, daß der Nacherbe vielleicht noch gar nicht existirt, somit auch keinen Antrag stellen kann, und daß es sehr wohl denkbar ist, daß selbst der vorhandene Nacherbe vom Vorhandensein der Inhaberpapiere keine Kenntniß hat, ohne daß den Vorerben deshalb eine Verantwortlichkeit trifft. Durch die Vorschrift wird erreicht, daß, wenn der Vorerbe die Hinterlegung aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit unterläßt, er für den daraus entspringenden Schaden haftbar wird, ohne daß die Voraussetzungen des Verzuges vorhanden sein müssen.

§ 99.

Ausschluß der
Erneuerung-
schein u. s. w.

Die Hinterlegungspflicht ist nicht ausgedehnt auf Erneuerungsscheine, Zinscheine u. s. w.; bei der Hinterlegungspflicht des Vormundes im § 1670 ist die gleiche Ausnahme beigelegt. Regelmäßig wird jene Hinterlegungspflicht auch hier genügen. Es ist rathsam, die mit der Erhebung

solcher Papiere von der Hinterlegungsstelle verbundenen Weiterungen im Interesse der Erleichterung der Verwaltung zu vermeiden, zumal eine solche Erhebung sich fortdauernd wiederholen wird, eine Uebereinkunft der Betheiligten über eine andere als die gesetzlich geordnete Art der Bewahrung aber mit weit größeren Schwierigkeiten verbunden ist als im Verhältnisse zwischen dem Nießbraucher und dem Eigentümer und selbst bei der ehelichen Nutznießung. Auch hier kommt wieder in Betracht, daß der Nacherbe nicht selten eine noch nicht existirende oder noch nicht bekannte Person ist.

Wie im § 1670 ist die Umschreibung der Papiere auf den Namen des Vorerben der Hinterlegung gleichgestellt, da es ebenso unbedenklich ist, wie dort dem Vormunde, so hier dem Vorerben zwischen diesen beiden Arten der Sicherung die Wahl zu lassen; nur muß die Umschreibung unter Sicherung der Rechte des Nacherben erfolgen; dies ist in entsprechender Weise wie im § 1670 zum Ausdruck gebracht. — Damit der Zweck der Vorschrift erreicht werde, ist so zu hinterlegen, daß die Herausgabe nur mit Einwilligung des Nacherben erfolgen kann; auch dies entspricht dem § 1670.

Der Vorerbe ist wegen der ordnungsmäßigen Ausübung der ihm allein zustehenden Befugniß zur Vornahme der auf die hinterlegten Papiere sich beziehenden Verwaltungshandlungen dem Nacherben verantwortlich. Dies wird klargestellt, indem der Vorerbe für verpflichtet erklärt wird, für die Einziehung fälliger Beträge, Beschaffung neuer Zinsscheine usw. zu sorgen (§ 1822 Abs. 2 Satz 1). — Der Satz 2 bestimmt die Einwilligungspflicht des Nacherben zur Herausgabe der Papiere an den Vorerben, wenn zu den bezeichneten Verwaltungshandlungen die Vorlegung des hinterlegten Papiers erforderlich ist, jedoch nur gegen Sicherheitsleistung. Die Einwilligungspflicht entspricht dem § 1036, wenn berücksichtigt wird, daß der Vorerbe und der Nacherbe nicht gemeinschaftlich zu handeln haben, sondern die Befugniß der Vornahme der Verwaltungshandlungen dem Vorerben allein, unter Bindung an die Einwilligung des Nacherben, zusteht. Wegen der Form der Einwilligung vgl. § 1831. Die Sicherheitsleistung ist in solchen Fällen im Interesse der Nacherben geboten; Bürgen sind aber hier so wenig, wie im Falle des § 1819 für ausreichend zu erachten.

Besondere Vorschriften, welche für den Fall, daß die Sicherheit nicht geleistet wird, der Hinterlegungsstelle die Pflicht, die Verwaltungshandlungen vorzunehmen, aufzulegen, oder welche die Vornahme der Handlungen durch einen vom Nachlassgerichte auf Antrag des Vor- oder Nacherben zu bestellenden gesetzlichen Vertreter vorsehen, eignen sich nicht zur Aufnahme in das Gesetz. Die Hinterlegungsstelle hat die landesgesetzlichen Vorschriften zu befolgen. Ist sie darnach befugt und bereit oder gar verpflichtet, Verwaltungshandlungen, welche erforderlich werden, mit den hinterlegten Papieren, ohne Aushändigung der Papiere an den Vorerben, vorzunehmen, so ist dem Vorerben die Möglichkeit eröffnet, die Besorgung des Erforderlichen herbeizuführen, ohne Sicherheit leisten zu müssen. Dies wird von besonderem Nutzen für ihn sein, wenn er etwa Sicherheit zu leisten nicht im Stande ist. In gleich angemessener Weise kann geholfen werden, wenn die Verwaltungshandlungen durch einen vom Nachlassgerichte nur zur Vornahme dieser Handlungen bestellten Pfleger ohne weitere Hinzuziehung des Vorerben ausgeführt werden. Allein es ist nicht die Aufgabe des Entw., auf diese Wege durch kasuistische Vorschriften hinzuwirken oder auch nur die Zulässigkeit der Bestellung eines Pflegers durch das Nachlassgericht in solchem Falle zu bestimmen. Eine fühlbare Lücke wird sich, wenn es an einer Vorschrift fehlt, nicht ergeben; das beiderseitige Interesse wird die Betheiligten veranlassen, sich zu einigen.

Wegen der Wiederanlegung eines eingezogenen Kapitalbetrages wird auf § 1820 verwiesen (Satz 3). Die Sachlage ist hier dieselbe wie dort.

Daß die Vorschriften, welche sich auf die Rechte des Vorerben an verbrauchbaren Sachen beziehen, auch in Ansehung der Papiere, welche zu den verbrauchbaren Sachen im Sinne des § 780 gehören, vor den Vorschriften der Abs. 1 und 2 zur Anwendung gelangen (Abs. 3), entspricht dem § 1036. Die Ausnahme wird häufiger zutreffen, zB. in Ansehung von Banknoten und von Effekten eines Bankgeschäftes.

Die §§ 1815—1822 stehen insofern in einem gewissen Gegensatz zum § 1828 Abs. 2, als letzterer den Vorerben freier stellt und dessen Verfügungsfreiheit dann erweitert, wenn die Verfügung zum Zwecke der ordnungsmäßigen Verwaltung, insbes. zur Erfüllung von Verpflichtungen erforderlich ist. Zur Erläuterung dieses Verhältnisses ist der § 1823 aufgenommen. Bevor auf den § 1823 eingegangen wird, sollen hier einige Bemerkungen in Ansehung derjenigen Vorschriften über den Nießbrauch, welche wegen § 1815 nicht besonders erwähnt sind, ihre Stelle finden.

| Anwendbarkeit der §§ 980 ff. (vgl. Mot. S. 94).

Soweit die §§ 980—983 die Begründung des Nießbrauches betreffen, kommen sie hier nicht in Betracht. Nach § 980 Abs. 1 ist der Nießbraucher berechtigt, alle Nutzungen der Sache zu ziehen. Daß entsprechend der Vorerbe berechtigt ist, alle Nutzungen der Erbschaft zu ziehen,

Umschreibung auf den Namen.

Verwaltungshandlungen.

| S. 100.

Verwaltungshandlungen der Hinterlegungsstelle.

Wiederanlegung.

Als verbrauchbare Sachen anzusehende Papiere.

| S. 101.

Begründung des Nießbrauches.

ist gerechtfertigt und angemessen (S. 94). Gemäß § 984 ist der Vorerbe in gleicher Weise wie der Nießbraucher berechtigt, die Sache inne zu haben und alle zur Ziehung der Nutzungen dienenden Handlungen vorzunehmen. Ein Gleiches ergibt sich bereits aus der Rechtsstellung des Vorerben im Allgemeinen. — Die in §§ 986, 987, 988 Abs. 1 über den Umfang des Nießbrauches gegenüber anderen dinglichen Rechten usw. gegebenen Vorschriften sind selbstverständlich in Ansehung der Nacherbschaft nicht anwendbar. Die darin entschiedenen Fragen sind hier selbstständig nach den allgemeinen erbrechtlichen Vorschriften zu beurtheilen; der § 1815 steht dem nicht entgegen. — In Ansehung des § 988 Abs. 2 fehlt es an einem hinreichenden Grunde, ihn zu beschränken oder zu ändern, soweit die entsprechende Anwendung nicht schon zu einem angemessenen Ergebnisse für die Nacherbschaft führt, wie anzunehmen sein dürfte. Das Gleiche gilt hinsichtlich der Frage, ob die Sicherheitsleistung wegen der im Uebermaße gezogenen Früchte auf den Fall zu beschränken sei, daß Umstände vorliegen, welche die Erfüllung der aus dem § 988 sich ergebenden Ersatzverpflichtung gefährdet erscheinen lassen. — In Bezug auf den Schatz könnte eine vom § 990 abweichende Vorschrift deshalb angezeigt erscheinen, weil in der Wissenschaft die Auffassung vertreten ist, der Schatz habe dem Vorerben ganz zu verbleiben (vgl. Eccius § 275 Anm. 41; Unger § 48 Anm. 4). Allein die Ansicht verdient den Vorzug, daß der durch das Eigenthum an einem der Nacherbschaft unterliegenden Gegenstande nach § 928 vermittelte Erwerb der nacherbschaftlichen Beschränkung zu unterliegen hat. Diesen lediglich aus dem Eigenthume an der Sache fließenden Erwerb der Nacherbschaft zu entziehen, fehlt es an genügenden Gründen. Dies Ergebnis folgt aus § 1825 („auf Grund eines der Nacherbsfolge unterliegenden Rechtes erworben hat“); vgl. § 1290.

Schatz
Verwaltung
und
Herausgabe.

Zu Ansehung des § 991, aber über diesen hinausgehend, den Vorerben gegenüber dem Nacherben für verpflichtet zu erklären, die Erbschaft ordnungsmäßig zu verwalten, für die Verwaltung zu sorgen und die der Nacherbsfolge unterliegenden Gegenstände nach Beendigung des Verfahrens herauszugeben kann nicht für angemessen erachtet werden. Allerdings würde damit die freiere Verfügungsbefugniß des Vorerben (gegenüber dem Nießbraucher) klargestellt. Zu beachten ist jedoch, daß das Recht des Vorerben sich auf die einzelnen der Nacherbsfolge unterliegenden Gegenstände bezieht. Bei Ausübung der erweiterten Verfügungsbefugniß ist der Vorerbe auch in entsprechend erweitertem Umfange fürsorgepflichtig. Dies ergibt sich aus der entsprechenden Anwendung des § 991 verb. mit § 1828. Der Vorerbe tritt dadurch nicht in eine besonders geartete obligatorische Rechtsstellung gegenüber dem Nacherben, welche verschieden wäre von der entsprechenden Rechtsstellung des Nießbrauchers gegenüber dem Eigentümer. Eine Vorschrift des bezeichneten Inhaltes wäre um so bedenklicher, als aus der Ausdrucksweise geschlossen werden könnte, der Vorerbe habe gegenüber dem Nacherben eine ähnliche Stellung, wie ein mit der Verwaltung des Nachlasses im Interesse des Nacherben beauftragter Verwalter (vgl. Mot. 3 S. 504), wenn auch vielleicht dieses Mißverständniß im Hinblick auf die genügend klare Rechtsstellung des Vorerben nicht zu besorgen ist. — Dagegen, daß dem Vorerben eine Verwaltungspflicht auferlegt wird, spricht ferner noch Folgendes. Die Ausübung eines Rechtes und die Inhabung einer Sache zu dem Zwecke, um ein eigenes Recht zu verwirklichen, bleibt in Ansehung der obligatorischen Stellung der betr. Person (des Nießbrauchers, des Pfandgläubigers, des Vorerben) zu unterscheiden von der Verfügung über fremdes Vermögen im Interesse des Berechtigten. Bei einer Verfügung der letzteren Art leitet sich die Befugniß des Verfügenden her aus Auftrag, Vollmacht oder einer vom Gesetze verliehenen Vertretungsmacht. In den Fällen der ersteren Art ist der beschränkt Berechtigte gegenüber dem — in einem gewissen Sinne — unbeschränkt Berechtigten nur verbunden, sich innerhalb der Grenzen seines Rechtes zu halten, darüber hinaus aber nicht gehalten, für die Wahrnehmung eines fremden Interesses zu sorgen. Die Grenzen des beschränkten Rechtes werden nach außen durch Vorschriften dinglicher Natur, nach innen durch Vorschriften obligatorischer Natur festgesetzt. Daß auch die Vorschriften der letzteren Art zur Begrenzung des beschränkten Rechtes dienen, zeigt sich darin, daß das durch sie geschaffene Legal-schuldverhältniß zwischen dem beschränkt Berechtigten und dem unbeschränkt Berechtigten als solchem besteht. Der Entw. bestimmt die obligatorischen Pflichten des beschränkt Berechtigten im Einzelnen, nicht durch Ausgleichung an ein allgemein geregeltes Schuldverhältniß, wie durch Beilegung der Stellung als Stellvertreter (Prokurator). Dieser für den Fall des Nießbrauches und des Pfandrechtes vom Entw. eingenommene Standpunkt muß auch für den Fall der Vorerbschaft beibehalten werden. Die Ergebnisse desselben erscheinen hier gleichfalls angemessen. Denn der Vorerbe würde unbillig behandelt, wenn seine Thätigkeit als die Ausführung eines fremden Geschäftes beurtheilt und er demgemäß für verpflichtet erklärt würde, die dem beschränkten Rechte unterliegenden Gegenstände zu verbessern und gemäß § 591 Rechenschaft abzulegen. Werden aber die Vorschriften über die Legalobligation des Nießbrauchers, namentlich § 991, angewendet und werden die sonstigen Pflichten des Vorerben durch Einzelsvorschriften geregelt, so bleibt der im Gegenstande liegende Unterschied von Einfluß. Dies wird dahin führen, daß in vielen Fällen den Vorschriften

[S. 102.]

über den Nießbrauch ein höheres Prinzip entnommen und es auch im Falle der Vorerbschaft zur Anwendung gebracht wird. Auf diesem Wege wird sich insbes. eine Fürsorgepflicht des Vorerben in Ansehung der Liquidation des Nachlasses und der Befreiung desselben von Passiven, deren zwangsweise Realisirung Schaden droht, entwickeln lassen. Jedenfalls ist durch die entsprechende Anwendung der §§ 991, 994—998 usw. eine Fürsorgepflicht des Vorerben genügend bestimmt.

| In Ansehung des Verzeichnisses der der Nacherbsfolge unterliegenden Gegenstände und der Feststellung des Zustandes dieser Gegenstände (§§ 992, 993, 1042) bedarf es deshalb, weil der § 1815 die Vorschriften über den Nießbrauch schlechthin für anwendbar erklärt, keiner besonderen Vorschrift; sie wäre jedoch nicht zu entbehren, wenn lediglich die Vorschriften über den Nießbrauch an Sachen und Rechten in Bezug genommen worden wären. — Die Erlassung der Inventarpflicht seitens des Erblassers könnte als unvereinbar mit der Nacherbschaft angesehen werden. Wäre dies richtig, so würde es erforderlich sein, durch eine besondere Vorschrift zu sorgen, daß eine derartige Bestimmung im Wege der Umdeutung als Zuwendung ejus, quod supererit aufrecht erhalten würde (vgl. Dernburg § 158 Anm. 15). Eine solche Anordnung des Erblassers ist jedoch nicht für widerspruchsvoll und deshalb unwirksam zu erachten (vgl. § 1824). Besonders zu entscheiden, ob und inwieweit trotz einer solchen Anordnung der § 777 Anwendung findet, besteht kein Bedürfnis.

| §. 103.
Inventar-
pflicht.

Die entsprechende Anwendbarkeit des § 996 [Anzeigepflicht, wenn sich ein Dritter ein Recht annahmt] wird nicht durch § 1830 ausgeschlossen. — Der letzte Satz des § 1000 betrifft den Eigentümserwerb an den vom Nießbraucher dem Inventare einverleibten Stücken. Bei der Nacherbschaft gestaltet sich der Rechtsvorgang insofern anders wie bei dem Nießbrauche, als die einverleibten Stücke der nacherbschaftlichen Beschränkung unterworfen, nicht Eigentum des Nacherben werden; dies bestimmt der § 1825.

Einverleibte
Stücke.

Die §§ 1003, 1041 in Ansehung derjenigen Verbindlichkeiten, welche der Nießbraucher gegenüber dem Eigenthümer für die Zeit des Nießbrauches zu tragen verpflichtet ist, für die Nacherbschaft zu modifiziren, besteht kein Anlaß. Insbes. ist es nicht erforderlich, hier auch die Lasten, Zinsen und wiederkehrenden Leistungen, welche auf Grund einer erst nach Eintritt des Erbfalles entstandenen, jedoch dem Nacherben gegenüber wirksamen Verpflichtung zu berichtigen sind, besonders zu erwähnen. Im Falle des Nießbrauches findet die Beschränkung statt, daß der Eigenthümer nicht durch weitere Belastungen die Pflicht des Nießbrauchers, die Lasten zu tragen, erschweren kann. Diese Beschränkung ist hier überall nicht anwendbar, da es eine Person nicht giebt, von welcher dem Vorerben eine Erschwerung seiner Lasten droht. Andererseits ist es selbstverständlich, daß der Vorerbe, wenn er selbst einen Erbschaftsgegenstand belastet hat, vielleicht sogar ohne eine ihn persönlich treffende Verpflichtung, zB. bei der Belastung mit einer Grundschuld, die hieraus entspringenden laufenden Verpflichtungen in gleicher Weise zu erfüllen hat, wie wenn er den Gegenstand mit der Belastung vom Erblasser übernommen hätte (vgl. hess. Entw. 166 Abs. 2, 3; Eccius § 275 bei Anm. 18, 19). — Ebensowenig ist es erforderlich, im Anschlusse an den § 1297 zu bestimmen, daß der Vorerbe die Zinsen erbschaftlicher Schulden und die | wiederkehrenden Leistungen, welche ein guter Hausvater aus den Einkünften seines Vermögens zu bestreiten pflegt, nicht über den Betrag der ihm zugefallenen Nutzungen hinaus zu tragen habe, und daß die Verpflichtung des Vorerben sich auf die Kosten eines von ihm über Erbschaftsgegenstände oder Verbindlichkeiten geführten Prozesses erstreckt, das letztere ebenfalls unter Beschränkung auf den Betrag der gegebenen Nutzungen. In ersterer Hinsicht genügen die Vorschriften über das Inventarrecht (vgl. die §§ 1836, 1837). In letzterer Hinsicht ist das Bedürfnis zu einer solchen dem bestehenden Rechte fremden Erschwerung der Pflichten des Vorerben nicht anzuerkennen. Durch die Analogie des § 1297 läßt sich eine Vorschrift dieses Inhaltes nicht rechtfertigen, weil der Mann, dem die Nutznießung und Verwaltung zusteht, gegenüber der Frau eine Stellung hat, welche wesentlich verschieden ist von der Stellung des Vorerben gegenüber dem Nacherben. Es wäre nicht angemessen, Vorschriften auf den Nacherben zu übertragen, welche zum Schutze der Frau gegenüber dem Manne gegeben sind.

Verbindlich-
keiten des
Eigen-
thümers.

| §. 104.

Die entsprechende Anwendbarkeit des § 1004 führt zu einem befriedigenden Ergebnisse. Allerdings kann sonst der bedingt oder von einem Anfangstermin an Berechtigte nur unter besonderen Umständen Sicherheitsleistung verlangen (§ 133). Als im Widerspruche hiermit stehend könnte es angesehen werden, daß gemäß § 1004 der Vorerbe schon vor dem Eintritte der Nacherbsfolge zur Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen, insbes. zu einer Wiederherstellung (§ 995), angehalten werden kann. Allein der hiernach gegen den Vorerben zulässige Zwang zur Pflichterfüllung oder Wiederherstellung bezieht die Herbeiführung einer den Nacherben sichernden Sachlage, ist somit einer Sicherheitsbeschaffung gleichzuachten und gerade als die geeignetste Art derselben anzusehen, welche bei der Milde der Vorschriften über die Kautionspflicht des Nießbrauchers von besonderem Werthe ist. — Der Entw. hat auch in Ansehung des Vorerben für den Regelfall von einer Sicherheitsleistung abgesehen, allerdings in Abweichung von der Mehrzahl

Sicherheits-
leistung.

der geltenden Rechte*). Für diese Entscheidung sind dieselben Gründe maßgebend, welche dazu geführt haben, in Ansehung des Nießbrauchers in gleicher Weise zu bestimmen (vgl. Mot. 3 S. 518 f.). Mit Rücksicht auf diese Ablehnung führt die entsprechende Anwendung der §§ 1005—1007, 1009, 1010 über die Kautionspflicht und Rückgewährpflicht des Nießbrauchers zu einem angemessenen Ergebnisse; jedoch tritt an die Stelle der Rückgewährpflicht die Herausgabepflicht.

Nieß- oder
Päch-
verhältniß.
| S. 105.

In Ansehung der entsprechenden Anwendung des § 1008 läßt sich erinnern, diese Vorschrift betreffe das Rechtsverhältniß des Nießbrauchers | und des Eigenthümers zum Miether (Pächter), die entsprechende Anwendung werde durch § 1815 nicht herbeigeführt, weil dieser sich nur auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Vorerben und dem Nacherben beziehe. Allein, da nach §§ 1815, 1828 der Vorerbe gegenüber dem Nacherben berechtigt ist, in der Weise zu vermieten und zu verpachten, daß der § 1008 zur Anwendung gelangen kann, so wird nicht zu bezweifeln sein, daß auch im Verhältnisse zwischen dem Pächter (Miether) und dem Nacherben die Verfügungsbeschränkung des Vorerben eine Ausnahme erleidet, folglich die §§ 509—512, 532, 537 Anwendung finden, wenngleich diese Vorschriften im Allgemeinen bei auflösend bedingten oder betagten Rechtsverhältnissen nicht zur Anwendung gelangen. Die Anwendbarkeit des § 512 auszuschließen, liegt ein genügender Grund nicht vor. Die Willigkeitsgründe, auf welchen der § 1008 beruht (Mot. 3 S. 521 f.), treffen hier gleichfalls zu; die Anwendung entspricht einem praktischen Bedürfnisse hier wie bei dem Nießbrauche.

Veräußerlich-
keit usw.

Die §§ 1011—1017 über die Veräußerung, Aufhebung und den Schutz des Nießbrauches beziehen sich nicht auf das Verhältniß zwischen dem Nießbraucher und dem Eigenthümer und sind also selbstverständlich hier nicht anwendbar. Die §§ 1011—1013 ausdrücklich von der Anwendung auszuschließen, weil der § 1013 von der Haftung des Nießbrauchers, welcher veräußert hat, gegenüber dem Eigenthümer spricht, ist nicht erforderlich. Das Ergebnis einer entsprechenden Anwendung des auf den Schutz des Nießbrauchers sich beziehenden § 1017 geht schon anderweit aus § 2026 und aus den Vorschriften über den Erbschaftsanspruch (§§ 2080 ff.) hervor.

Verbrauch-
bare Sachen.

Die entsprechende Anwendung der §§ 1018—1020 (Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen), des § 1029 Abs. 3 und des § 1030 (Nießbrauch an einer Forderung auf Leistung verbrauchbarer Sachen), führt zu einem befriedigenden Ergebnisse, sodaß von der Aufnahme besonderer Vorschriften abzusehen ist. Dem nach § 1018 eintretenden Eigenthümerserwerb entspricht im Falle der Nacherbfolge der Eintritt der freien Verfügungsbefugniß des Vorerben. Bei entsprechender Anwendung des § 1030 erlangt der Vorerbe über die Forderungen auf Leistung verbrauchbarer Sachen die freie Verfügungsbefugniß. Auf diese bei Berücksichtigung der obwaltenden Unterschiede zu gewinnenden Ergebnisse der Analogie besonders hinzuweisen, besteht kein Bedürfniß. Ebensovienig erscheint es geboten, hervorzuheben, daß mit dem Eintritte der freien Verfügungsbefugniß des Vorerben in den bezeichneten Fällen zwischen dem Vorerben und dem Nacherben alle obligatorischen Folgen eintreten, welche der Entw. im Falle des uneigentlichen Nießbrauches zwischen dem Nießbraucher und dem Eigenthümer eintreten läßt. Freilich ist nicht zu leugnen, daß der Vorerbe unter Umständen durch die nach § 1018 eintretende Verpflichtung zum Wertherjage schwer getroffen werden kann, und daß andererseits der Nacherbe durch Anwendung der Vorschriften über den uneigentlichen Nießbrauch insofern Nachteile erleiden kann, als seine Sicherheit gemindert wird. Diese Bedenken treffen aber bei dem Nießbrauche in ganz gleicher Weise zu. Da | sie dort (Mot. 3 S. 533 ff.) nicht für ausschlaggebend erachtet sind, so kann ihnen auch hier durchgreifende Bedeutung nicht beigelegt werden. Die Ausschließung der Anwendung der Vorschriften über den uneigentlichen Nießbrauch in Ansehung der ehelichen Nutznießung im Falle des § 1294 beruht auf besonderen Gründen, insbes. darauf, daß die Frau in höherem Maße gesichert werden muß gegenüber der Nutznießung des Mannes, welche auf Gesetz beruht, als der Nacherbe, welcher durch Rechtsgeschäft als Nacherbe eingesetzt ist (vgl. Dernburg § 158 vor Anm. 8; Unger § 48).

| S. 106.

Die §§ 1021—1026 betreffen die Begründung und Aufhebung des Nießbrauches an Rechten und beziehen sich nicht auf das innere Verhältniß des Nießbrauchers zum Eigenthümer. Daß sie für die Nacherbfolge nicht anwendbar sind, und was an deren Stelle zu gelten hat, ergibt sich von selbst aus den im Entw. ausgesprochenen Grundsätzen über die Begründung der Rechte des Erben und des Nacherben und die rechtliche Stellung derselben. Der Abs. 2 des § 1021 ist zwar mittelbar für das innere Verhältniß des Nießbrauchers zum Eigenthümer nicht ohne Einfluß durch die Hinweisung auf die entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Nießbrauch an Sachen. In dieser Beziehung aber genügt die grundsätzliche Vorschrift des § 1815. — Der § 1027 gedenkt des Rechtes auf Beziehung einer Leibrente, eines Leibgedinges usw. als Gegen-

*) Windscheid § 665 Anm. 14; Roth § 315 Anm. 29; bayer. LR. III 9 § 6 Nr. 10; Unger § 48 Anm. 8; sächs. GB. § 2516; Rommelen § 454 Abs. 2; heff. Entw. 169; für das würt. Recht Stein § 161. — Das ALR. I 12 § 472 hat Sicherheitsleistung nur bestimmt, soweit der Nießbraucher solche zu bestellen hat. Der Code 1059—1064 giebt dem Nacherben Sicherheit durch die Art der Regelung.

standes des Nießbrauches. Soweit Rechte dieser Art bei der Vorerbschaft überhaupt vorkommen können, wird der § 1027 entsprechend anzuwenden sein. — Dasselbe wie vom § 1027 gilt vom § 1028 (Einziehungsrecht und Einziehungspflicht in Ansehung der dem Nießbrauche unterliegenden Forderung). Der § 1828 läßt in Verbindung mit § 1823 erkennen, daß es auch gegenüber Dritten (dinglich) genügt, wenn der Vorerbe gegenüber dem Nacherben zur freien Verfügung berechtigt ist. — Soweit die entsprechende Anwendung des § 1029 (Nießbrauch am Gegenstande der Leistung) in Betracht kommen kann, führt sie zu einem befriedigenden Ergebnisse. Der Abs. 1 ist für die Vorerbschaft ersetzt durch § 1825. Der Abs. 2 ist dahin umzudeuten, daß der Vorerbe gegenüber dem Nacherben verpflichtet ist, in die Buchung der nacherbschaftlichen Beschränkung zu willigen. Die Anwendung des Abs. 3 ergibt, daß der Vorerbe Eigenthümer der geleisteten verbrauchbaren Sachen wird mit den aus § 1018 sich ergebenden Folgen.

Wird der § 1030 entsprechend angewendet, so ergibt sich, daß der Vorerbe nach Eintritt der Fälligkeit einer Forderung auf Leistung verbrauchbarer Sachen vom Nacherben verlangen kann, daß das Recht an der Forderung von der nacherbschaftlichen Beschränkung befreit werde, und daß mit Bewilligung dieser Befreiung seitens des Nacherben der Vorerbe dem Nacherben so verpflichtet wird, wie wenn er die Forderung eingezogen hätte. Dieses Ergebnis erscheint angemessen. — Die entsprechende Anwendung des § 1031 führt dahin, daß der Nacherbe vom Vorerben fordern kann, die von letzterem geschuldete Leistung habe an Stelle der durch Vereinigung erloschenen Forderung zu treten; im Uebrigen ersetzt der § 1833 den § 1031.

Abtretungsanspruch.

§ 107.

Der § 1032 kann übergangen werden. Wird der Nacherbe Schuldner einer erbschaftlichen Forderung, so liegt der Fall des § 1032 insofern nicht vor, als der Nacherbe nicht Gläubiger ist, so lange die Vorerbschaft besteht. Der im § 1032 ausgesprochene Grundsatz, daß das Recht des Nießbrauchers (hier des Vorerben) dadurch nicht berührt wird, bleibt immerhin sachlich richtig. Im Falle der Vereinigung von Forderung und Verbindlichkeit in der Person des Vorerben ist § 1833 maßgebend. — Die §§ 1033—1036 von der entsprechenden Anwendung besonders auszuschließen, besteht mit Rücksicht auf die Regelung der §§ 1818—1822 um so weniger Anlaß, als der § 1815 ausdrücklich sagt, „soweit nicht aus dem Gesetze ein Anderes sich ergibt“. — Der § 1037 kommt hier nicht in Betracht, da er nur die Begründung des Nießbrauches an einem Inhaberpapiere zum Gegenstande hat. Die §§ 1038—1043 sind bereits S. 94 gewürdigt.

Vereinigung.

§ 1823 (II 1993, B. 2097, R. 2095, G. 2120).

Die Befugniß des Vorerben zu jeder Verfügung, welche zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist, muß den beschränkenden Vorschriften der §§ 1815—1822 vorgehen (Abs. 1 Satz 1). Diese Verfügungsfreiheit hat in Ansehung aller Nachlassgegenstände einzutreten; sie muß insbes. auch in Ansehung der auf Zinsen ausstehenden Forderungen und der Inhaberpapiere eine gleich unbeschränkte sein, wenn nicht der Vorerbe ohne Noth zu sehr in der Verfügung beengt werden soll. Dritte, welchen gegenüber der Vorerbe geltend macht, eine Verfügung sei zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich, müssen geschützt werden gegen Benachtheiligungen, welche zu besorgen sind, wenn ihnen obliegt, zu beweisen, die Verfügung sei zu dem bezeichneten Zwecke erfolgt; deshalb wird dem Vorerben die Pflicht auferlegt, auf Verlangen des Dritten die Einwilligung des Nacherben beizubringen (Abs. 1 Satz 2).

3. Zur Verwaltung erforderliche Verfügungen.

Die Erweiterung der Befugnisse des Vorerben entspricht einem praktischen Bedürfnisse und steht wohl mit dem überwiegend geltenden Rechte im Einklange (vgl. Windscheid § 665 Anm. 9; Eccius § 275 Anm. 14; Dernburg § 158 Anm. 2, 8 ff.; sächs. G.B. § 2517; Mommsen § 445 Abs. 1). In Ansehung der im Satze 1 des Abs. 1 beipielsweise erwähnten Erfüllung von Verbindlichkeiten, welche der Vorerbe gegenüber dem Nacherben nicht selbst zu tragen hat, kommt besonders in Betracht, daß, wenn zu jeder Verfügung, welche die Liquidation des Nachlasses bezweckt, die Mitwirkung des Nacherben unentbehrlich wäre, die Liquidation in unerträglicher Weise erschwert werden würde und dadurch auch die Gläubiger Nachteile erleiden können. Durch solche Beschränkungen wird der Vorerbe nur zu leicht veranlaßt, sich über seine gesetzliche Verpflichtung hinwegzusetzen. Die freiere Stellung des Vorerben entspricht aber auch dem anzunehmenden Willen des Erblassers. Dem Nacherben, welcher in der Regel in der obligatorischen Verantwortlichkeit des Vorerben hinreichende Sicherheit findet, erspart sie in vielen Fällen die Mühe der Mitwirkung. Hinzu tritt, daß die Erschwerung der Liquidation in allen denjenigen Fällen, in welchen die Nacherbsfolge nicht eintritt, sei es, weil die Bedingung nicht erfüllt wird, sei es aus anderen Gründen, eine vergebliche sein würde. Die Erschwerung zeigt sich besonders dann, wenn der Nacherbe eine noch nicht empfangene Person oder geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, oder wenn die Persönlichkeit des Nacherben erst durch ein nach dem Erballe eintretendes Ereigniß bestimmt wird. Der naheliegende Einwand, die Voraussetzung eigne sich nicht als Voraussetzung für die dingliche Wirkung der Verfügung, weil deren Vorhandensein für Dritte nicht ersichtlich sei, kann als durchschlagend nicht anerkannt werden. Der

§ 108.

Dritte ist nicht allein durch die Vorschriften über den guten Glauben, sondern auch durch den Satz 2 des Abs. 1 ausreichend geschützt. Bezieht sich die Verfügung des Vorerben auf ein Grundstück oder ein Recht an einem solchen, so wird, falls die Beschränkung eingetragen ist, dem Grundbuchamte in gehöriger Weise nachzuweisen sein, daß die Voraussetzung vorliegt.

Die Vorschrift findet auch in Ansehung der Surrogate (§ 1825) Anwendung; dies machen die Worte „der Nacherbfolge unterliegende Gegenstände“ ersichtlich. Die Fassung „welche der Vorerbe gegenüber dem Nacherben nicht selbst zu tragen hat“ ist gewählt, weil der im § 1815 für anwendbar erklärte § 1003 erkennen läßt, welche Verbindlichkeiten der Vorerbe gegenüber dem Nacherben für die Zeit der Vorerbschaft zu tragen verpflichtet ist. — Daß die Verfügungsfreiheit außer auf rechtliche auch auf tatsächliche Verfügungen sich bezieht, insbes. also auch auf die in den §§ 994, 998—1000 bezeichneten, bedarf keines besonderen Ausdruckes. Dies ergibt sich ohne Weiteres aus dem Umstande, daß im Größeren das Geringere enthalten ist.

Ausnahme bei hinterlegten Inhaberpapieren.

Von der Regel der Verfügungsfreiheit (Abs. 1) wird eine Ausnahme gemacht (Abs. 2) für den besonderen Fall des § 1822 Abs. 2. Es soll also, wenn mit hinterlegten Inhaberpapieren der im § 1822 bezeichneten Art zur Wahrung der Rechte aus denselben besondere Verwaltungshandlungen nöthig werden, stets jene besondere Einwilligung des Nacherben erforderlich sein, selbst wenn die Voraussetzungen des Abs. 1 vorliegen. In solchen Fällen überwiegt der Gesichtspunkt, daß der Nacherbe gegen die Gefahren zu sichern ist, welche sich für ihn daraus ergeben, daß die Papiere in die Hand des Vorerben gelangen. Der Vorerbe aber wird nicht auf eine die Geschäftsabwicklung wesentlich erschwerende Weise beschränkt, wenn nur die im Interesse | S. 109. | der Erfüllung der Verpflichtungen, welche auf dem Nachlasse ruhen, sowie die im Interesse der ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlichen Verwaltungshandlungen unterschieden werden von den zur Wahrung der Rechte aus hinterlegten Inhaberpapieren von Zeit zu Zeit nothwendigen Verwaltungshandlungen. Wegen der Form der Einwilligung vgl. § 1831.

§ 1824 (II 2008, B. 2113, R. 2111, G. 2136).

4. Befugung größerer Rechte durch Erblasser.

Die dispositive Natur der die Rechte der Vorerben beschränkenden Vorschriften stellt der dem geltenden Rechte (vgl. Windscheid § 665 Anm. 11; Brinz § 430 Anm. 58; Roth § 315 Anm. 39; Unger § 48 Anm. e; Eccius § 275 Anm. 12; sächs. GB. § 2517; Mommsen § 455) entsprechende § 1824 klar, indem ausgesprochen wird, der Erblasser könne dem Vorerben größere Rechte, als die in den §§ 1815—1822 bezeichneten, beilegen. Will der Erblasser den Vorerben beschränken, so kann er dies nur insoweit thun, als ein Erbe überhaupt durch Auflagen usw. beschränkt werden kann; eine solche Verfügung hat lediglich obligatorische Wirkungen.

§ 1825 (II 1984, B. 2088, R. 2086, G. 2111).

III. Weitere Vorschriften.
1. Surrogation.

Das A.R. hat eine den Surrogationsgrundsatz zum Ausdrucke bringende Vorschrift nicht. Im sächs. GB. findet sich eine derartige Vorschrift („oder im Werthe“) nur für die Nacherbschaft auf den Ueberrest. Nach Unger § 48 Anm. 14 gilt der Grundsatz für das öst. GB., für das gemeine Recht findet er sich anerkannt in l. 70 § 3, l. 71, 72 D. de leg. III, für das bayer. A.R. in III 9 § 6 Nr. 14. — In Ansehung der besonderen Art der Surrogation, welche bei der Erhebung von Versicherungsgeldern eintritt, ist bereits im § 1817 Abs. 2, 3 bestimmt. Im Uebrigen spricht der § 1825 den Surrogationsgrundsatz aus. — Die Vorschrift gedenkt der Gegenstände, welche der Vorerbe auf Grund eines der Nacherbfolge unterliegenden Rechtes erwirbt, sofern nicht diese Gegenstände als Nutzungen dem Vorerben gebühren, ferner der Gegenstände, welche der Vorerbe als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstandes erwirbt. Daß diese Gegenstände als der Nacherbfolge unterliegende Gegenstände gelten müssen, ergibt sich ohne Weiteres, wenn der Zweck des Institutes erreicht werden soll. — Ferner werden erwähnt die Gegenstände, welche der Vorerbe durch die auch gegenüber dem Nacherben wirksame Veräußerung eines der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstandes erworben hat. Diese Ausdehnung auf den rechtsgeschäftlichen Erwerb kann als zu weit gehend angesehen werden. Es kann aufgestellt werden, es sei geboten, jenen Erwerb dem Nacherben nur insoweit zukommen zu lassen, als der Nacherbe gegenüber dem Vorerben verpflichtet sei, die von diesem zum Zwecke des Erwerbes | eingegangenen Verbindlichkeiten zu erfüllen. Eine solche Verpflichtung des Nacherben wäre nur dann auszusprechen, wenn das die Verpflichtung begründende Rechtsgeschäft zur ordnungsmäßigen Verwaltung, insbes. zur Erfüllung von Nachlassverbindlichkeiten, erforderlich sei. Allein eine Vorschrift der letzteren Art wäre bedenklich. Es mag nicht unzweifelhaft sein, daß, soweit dem Vorerben vollwirksame dingliche Verfügung gestattet ist, der Nacherbe auch zur Erfüllung des die obligatorische causa der dinglichen Verfügung enthaltenden obligatorischen Geschäftes des Vorerben mittelst Leistung des versprochenen Gegenstandes verpflichtet ist. Wird aber selbst angenommen, daß eine solche Verpflichtung nicht bestehe, so führen die Vorschriften über die von den Nacherben zu ersehenden Verwendungen (§ 1010) zu einem angemessenen Ergebnisse. — Endlich gedenkt der Entw. derjenigen Gegenstände, welche der

| S. 110.

Vorerbe zum Inventare eines erbhaftlichen Grundstückes angeschafft und in das Inventar einverleibt hat. Die Aufnahme dieser Vorschrift ist erforderlich, weil der § 1815 zur Uebertragung der sachenrechtlichen Vorschrift im letzten Satze des § 1000 auf den Fall der Nacherbfolge nicht führen würde.

Auf diejenige Abweichung im Gesetze besonders hinzuweisen, welche sich ergibt, wenn Geld oder andere verbrauchbare Sachen mittels Surrogirung an die Stelle von erbhaftlichen Gegenständen treten, ist nicht erforderlich. In diesem Falle ändert sich die Beurtheilung insofern, als in Folge der entsprechenden Anwendung des 1018 die verbrauchbaren Sachen der unbeschränkten Verfügungsbefugniß des Vorerben unterworfen werden und nur der Vorerbe dem Nacherben ersatzpflichtig wird. Allein die Anwendbarkeit des § 1018 läßt keinen Zweifel darüber, daß solche Sachen dem Vorerben, welcher der gegenwärtige Eigentümer schon an sich ist, unbeschränkt gehören und im Verhältnisse zwischen dem Vorerben und dem Nacherben nicht einen Theil der herauszugebenden Erbschaft bilden.

Die Frage, ob etwa dem Vorerben ein Weg zu eröffnen sei, um sich von seinem Rechte loszusagen und sich gegenüber dem Nacherben auch schon vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge zu befreien, da auch dem durch ein Rückfallsrecht beschränkten Eigentümer eines Grundstückes und dem Nießbraucher die einseitige Voszagung von ihrem Rechte nicht versagt sei, wird in der Theorie des *U.R.* erörtert (vgl. *Dernburg* § 159 Anm. 3; *Gruchot* II S. 90; *Cecius* § 275 Anm. 31). — Ein Bedürfniß, eine Vorschrift hierüber aufzunehmen, besteht nicht. Der Vorerbe kann sich seiner Rechtsstellung als Erbe nicht auf rechtsgeschäftlichem Wege entledigen, weder durch ein einseitiges Rechtsgeschäft noch durch eine auf Erfrühung des Eintrittes der Nacherbfolge gerichtete Uebereinkunft mit dem Nacherben. Die Regel der *Derelictionsfähigkeit* der Rechte an Sachen (§ 904) gilt nicht für die definitiv erworbene Erbschaft. Ein Uebelstand läßt sich darin nicht erblicken, daß der Vorerbe erst mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge wie verpflichtet so berechtigt wird, die Erbschaft herauszugeben. Sollte aber dem Vorerben im Verhältnisse zum Nacherben das Recht beigelegt werden, die Erbschaft früher herauszugeben, so ließe sich dies auf dem Wege | erreichen, daß die an sich nicht anwendbaren Vorschriften über den | *S. 111.* Verzug (§§ 254—262) hier für anwendbar erklärt würden. Die Herausgabe der Vorerbschaft nach dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge dient indessen nur dazu, den Zustand herzustellen, welcher der Kraft Gesetzes veränderter Sachlage entspricht. Von einer solchen Herausgabe kann also vor jenem Eintritte nicht die Rede sein, folglich auch nicht von einem Anbieten, welches einer Herausgabeverpflichtung entspricht. — Würden jene Vorschriften über den Verzug für anwendbar erklärt, so träte das widersprüchsvolle Ergebniß ein, daß ein Anbieten für wirksam erklärt würde, ohne daß eine Verpflichtung besteht, deren Inhalt die angebotene Leistung entspräche.

§ 1826 (II —, B. 880, R. 879, G. 895).

Die Rechte des Nacherben zu sichern, bietet die Eintragung in das Grundbuch Gelegenheit. Demgemäß wird bestimmt, daß das Recht des Nacherben, sobald ein der Nacherbfolge unterliegendes Recht des Vorerben in das Grundbuch eingetragen wird, von Amtswegen einzutragen sei (Abs. 1). Durch die Eintragung wird das Recht des Nacherben für Dritte erkennbar gemacht. Die Vorschrift nimmt aber zugleich Stellung zu einer Streitfrage im preuß. Rechte, indem sie, entgegen der für dieses Recht anscheinend bestehenden Praxis (vgl. *Cecius* § 275 Anm. 30 mit § 169 Anm. 29; *Dernburg* § 185 bei Anm. 7), die Einschreibung von Amtswegen bestimmt. Nur hierdurch wird das Recht des Nacherben in ausreichender Weise gesichert. Ähnliche Vorschriften finden sich in anderen Rechten (*Code* 1069—1072; *nass. V. v.* 25. Febr. 1852 § 11, 31. Mai 1854 § 38; *öst. Recht* nach *Unger* § 48 bei Anm. 8; *Mommßen* § 455 Abs. 3; *heff. Entw.* 164). — Die Vorschrift ist nicht lediglich instruktioneller Natur; sie stellt klar, daß das Recht des Vorerben sachlich durch das Recht des Nacherben gemindert wird, und daß daher, wenn der Vorerbe unbeschränkt eingetragen wird, das Grundbuch unvollständig und unrichtig wird, somit der § 843 anwendbar ist.

Der durch die Vorschrift des Abs. 1 dem Nacherben gewährte Schutz wäre von geringem Werthe, wenn nicht zugleich dem Nacherben gegen den Vorerben ein Anspruch gewährt würde dahin, daß der letztere seine Rechte, soweit sie der Nacherbfolge unterliegen, für sich eintragen lasse. Demgemäß bestimmt der Abs. 2. Wenn auch noch dahingestellt bleiben muß, ob nicht ein ähnlicher Grundsatz in die Grundb. aufzunehmen sein wird für alle diejenigen Fälle, in welchen einer Person ein buchungsfähiges Recht zusteht, dessen Eintragung die Buchung eines Vorerbberechtigten voraussetzt, so ist doch die Aufnahme der Vorschrift rathsam. Der Nacherbe erwirbt mit dem Eintritte des Erbfales ein buchungsfähiges Recht. Von dem allgemeinen Grundsätze, daß derjenige die Buchung verlangen kann, welchem ein buchungsfähiges Recht zusteht, kann um | *S. 112.* deswillen eine Ausnahme nicht gemacht werden, weil im Grundbuche das Recht des Nacherben nur als eine Beschränkung des Rechtes des Vorerben erscheint, folglich die Eintragung

Dereliction.

2. Eintragung in das Grundbuch.

Anspruch des Nacherben.

des Rechtes des Vorerben voraussetzt. Da jedoch die Buchung des Rechtes des Nacherben von der Buchung des Rechtes des Vorerben abhängig ist, so kann dem Nacherben nur ein Anspruch gegen den Vorerben gewährt werden, daß der Vorerbe dem Rechte des Nacherben zur Eintragung ver helfe. Dagegen kann eingewendet werden, durch ein solches Verlangen könne der Vorerbe des ihm nach § 869 zustehenden Rechtes verlustig gehen, mit Ersparrung der Eintragung seines Eigenthumes weiter zu veräußern. Allein ein solcher Vortheil kommt gegenüber dem Rechte des Nacherben, wie in allen ähnlichen Fällen, nicht in Betracht. Der dem Nacherben gewährte Anspruch kann auch bei den nach Eintritt des Erbfa lles von dem Vorerben nachträglich erworbenen Rechten, welche buchungs fähig sind, aber ohne Buchung erworben werden, nämlich bei Briefhypotheken und Grundschulden, von Belang sein. — Die Anwendbarkeit dieser Vorschriften dann auszuschließen, wenn der Erblasser dem Vorerben gestattet hat, über das erb schaftliche Recht ohne Einwilligung des Nacherben zu verfügen, ist deshalb nicht zulässig, weil auch in solchem Falle die Eigenschaft des Gegenstandes als eines Bestandtheiles der Nacherb schaft von Bedeutung und von Einfluß bleibt, da, wenn über den Gegenstand vom Vorerben nicht verfügt ist, der Gegenstand dem Nacherben im Falle des Eintrittes der Nacherbfolge kraft des Gesetzes anfällt.

Eine Auslegungsregel dahin, daß, wenn der Erblasser angeordnet hat, die Eintragung des Rechtes des Nacherben solle unterbleiben, anzunehmen sei, der Vorerbe könne ohne Einwilligung des Nacherben verfügen, erscheint gleichfalls nicht zulässig. Regelmäßig wird sich diese Auslegung von selbst ergeben, da der Erblasser nicht bestimmen kann, die Eintragung solle unterbleiben, die Beschränkung des Vorerben aber aufrecht erhalten bleiben. Weiter zu gehen, besteht um so weniger ein Bedürfniß, als das Grundbuchamt auf Grund einer gesetzlichen Auslegungsregel nicht vom regelmäßigen Verfahren würde abweichen dürfen, vielmehr doch die Einwilligung oder Anerkennung des Nacherben erfordern müßte. — Wegen der Ertheilung eines Erbtheiles an den Vorerben vgl. § 2075 Abs. 1.

Kosten der
Eintragung
z.

Zu bestimmen, daß der Nacherbe die Kosten der Errichtung des Vermögensverzeichnisses sowie der Eintragung des nacherbschaftlichen Rechtes in das Grundbuch zu tragen habe (heff. Entw. 171 Abs. 2), ist mit Rücksicht auf § 1815 verb. mit §§ 992, 993, 1042 nicht erforderlich.

§ 1827 (II 1790, B. 1891, R. 1889, G. 1913).

8. Pfleger für
den
Nacherben.
| §. 113.

Die Frage, ob es zulässig ist, einer unbestimmten, vielleicht noch nicht einmal zur Existenz gelangten Person einen Pfleger zu bestellen, ist bereits in den §§ 1741, 1742 beantwortet. Der § 1741 gestattet, einer Leibesfrucht, für die bei Voraussetzungen der bereits erfolgten Geburt eine Vormundschaft oder Plegschaft anzuordnen sein würde, einen Pfleger zu bestellen; der § 1742 giebt eine gleiche Vorschrift für den Fall, daß nicht bekannt oder gewiß ist, wer bei einer Angelegenheit der Betheiligte sei, sofern eine Vertretung desselben erforderlich wird. Der § 1742 bezieht sich auch auf den Fall, daß der zu Vertretende eine noch nicht existierende Person ist. Allerdings wird nur eine Vertretung zur Wahrnehmung des Interesses des Vertretenen bei einer einzelnen Angelegenheit, nicht eine allgemeine Vertretung gestattet. Nur die erstere Vertretung erscheint aber auch hier erforderlich. Eine Vorschrift würde hiernach entbehrlich sein. Die Aufnahme des § 1827, durch welchen in Ansehung der Frage, ob einer noch nicht empfangenen Person oder Jemandem, dessen Persönlichkeit erst durch ein noch nicht eingetretenes Ereigniß bestimmt wird, in der Eigenschaft als Nacherbe ein Pfleger zu bestellen sei, auf § 1742 verwiesen wird, ist jedoch für zweckmäßig erachtet, weil damit klargestellt wird, auf welchem Wege die nacherbschaftlichen Rechte zur Ausübung gelangen, wenn eine der im § 1742 bezeichneten Personen zum Nacherben eingesetzt wird, und weil dadurch zugleich der § 1742 eine Erläuterung dahin erfährt, daß zu den daselbst bezeichneten Personen auch die als Nacherben einsetzbaren, noch nicht empfangenen Personen sowie die bezeichneten Persönlichkeiten gehören. Wegen der Auffassung des preuß. Rechtes vgl. Eccius § 251 Anm. 45, 46, 48; vgl. ferner Code 1055 ff.; heff. Entw. 168.

Rechtsfähig-
keit des noch
nicht
empfangenen
Nacherben.

Durch Aufnahme einer Vorschrift dahin, daß eine zu den Nacherben gehörende Person, welche noch nicht empfangen ist, in Ansehung der dem Nacherben während der Vorerbschaft zustehenden Rechte rechtsfähig ist, würde die Anwendbarkeit des § 1742 noch näher erläutert werden. Gegenüber dem Entw. besteht jedoch kein Bedürfniß, eine solche besondere Vorschrift aufzunehmen; insbes. giebt dazu das Bedenken, welches in der Theorie erhoben ist, daß die nacherbschaftlichen Rechte solcher Personen, wie sie vorstehend bezeichnet sind, subjektlos seien, keinen hinreichenden Anlaß. — Im bezeichneten Falle die Bestellung eines Vertreters dem Nachlassgerichte zu übertragen, oder dies wenigstens dann zu thun, wenn es sich um eine noch nicht bestimmte Person handelt, ist nicht für angemessen erachtet. Dagegen spricht schon der Umstand, daß nicht überall eine Organisation der Nachlassgerichte vorausgesetzt werden kann, welche dieselbe geeignet erscheinen läßt, die hier in Betracht kommenden Funktionen der VormGerichte wahrzunehmen.

Zuständigkeit
des Nachlass-
gerichtes.

Kosten der
gesetzlichen
Vertretung.

Eine Vorschrift darüber, wer die Kosten für die gesetzliche Vertretung des Nacherben zu tragen hat, insbes. etwa dahin, daß der Vorerbe solche aus der Erbschaft zu tragen habe, vor-

behaltlich der Erstattung oder Kürzung bei Herausgabe der Erbschaft, ist nicht erforderlich. Beantwortet wird durch eine solche Vorschrift nur die Frage, ob die öff. Kasse und der bestellte gesetzliche Vertreter des Nacherben sich an den Vorerben als Schuldner halten können; denn über das innere Verhältniß zwischen dem Vorerben und dem Nacherben entscheidet der § 1827 nicht. Die Entscheidung wäre erforderlich, wenn sich befürchten ließe, daß die Officialthätigkeit der VormGerichte zum Nachtheile des Nacherben von dieser Entscheidung abhängen werde; eine solche Befürchtung erscheint aber nicht begründet. Maßgebend müssen sein theils die landesgesetzlichen Vorschriften über die Erhebung von Gebühren, theils der letzte Wille des Erblassers. Soweit der letztere in Betracht kommt, wird die Auslegung in der Regel zu einem bejahenden Ergebnisse gelangen müssen; denn, wenn der Erblasser die Nacherbschaft will und anordnet, so wird sich daraus zumeist herleiten lassen, daß nach seinem Willen auch die zur Durchführung seiner Anordnungen erforderlichen Mittel dem Nachlasse entnommen werden sollen. — Weiter läßt sich die Frage aufwerfen, wie es zu halten sei, wenn etwa schon vorauszusehen ist, daß eine bestimmte Person der künftige Nacherbe sein werde, während doch die in Ansehung der Person des Nacherben bestehende Ungewißheit noch nicht völlig gehoben ist. Daß ein Anlaß bestehe, in dieser Beziehung mit einer besonderen Vorschrift einzugreifen, kann nicht anerkannt werden. Es kann nicht wohl unterschieden werden zwischen verschiedenen Graden der Ungewißheit. So lange die Person des Nacherben noch nicht feststeht, besteht zwar ein Interesse, aber kein Recht für denjenigen, welcher die meiste Aussicht hat, es werde schließlich die Ungewißheit dahin gehoben werden, daß er der Nacherbe sei. Auch in solchem Falle ist ein Pfleger zu bestellen. Bei Anordnung der Pflegschaft wird das VormGericht selbstverständlich, wenn es angeht, den Nächstbetheiligten hören, da von diesem die beste Auskunft zu erwarten ist. Eine weitere Berücksichtigung einer solchen Person ist nicht gerechtfertigt, auch nicht zur Wahrung der nacherbschaftlichen Rechte erforderlich.

§. 114.

Mitwirkung des voraussetzlichen Nacherben.

§ 1828 (II 1985/7, 1993, B. 2089/91, 2097, R. 2087/9, 2095, G. 2112/4, 2120),
 Wengleich der Vorerbe bis zum Eintritte der Nacherbsfolge Erbe ist, so müssen doch die hieraus sich ergebenden Folgen weit reichenden Beschränkungen unterliegen, wenn nicht das Recht des Nacherben vom Vorerben soll willkürlich vereitelt werden können. Diese Beschränkungen haben insofern einen dinglichen Charakter, als sie ihre Wirkungen auch gegenüber Dritten äußern und die Verfügungsmacht des Vorerben schwächen. Auf diese Beschränkungen bezieht sich der § 1828. Von anderer Art sind die Beschränkungen, welche sich aus den Verpflichtungen des Vorerben gegenüber dem Nacherben ergeben, Verpflichtungen, welche daraus hervorgehen, daß das Gesetz den Vorerben in ein Schuldverhältniß zum Nacherben bringt, und ihm gewisse Pflichten in Ansehung der ordnungsmäßigen Erhaltung und Verwaltung des Nachlasses auferlegt. Die dinglichen Beschränkungen geben dem Nacherben dingliche Sicherheit, wirken aber zugleich beengend für eine zweckmäßige Liquidation und Verwaltung des Nachlasses seitens des Vorerben. — Enthielte das Gesetz dingliche Beschränkungen des Vorerben nicht, so würden sie gleichwohl schon aus dem Allg. Theile sich herleiten lassen. Das Rechtsverhältniß des Vorerben | gleicht im Wesentlichen demjenigen Rechtsverhältnisse, welches eintritt, wenn ein Recht unter einer auflösenden Bedingung oder mit einem Endtermine übertragen worden ist. Für diesen Fall ist in den §§ 135, 142 Abs. 2 bestimmt. Darnach verbleibt es in jeder Beziehung bei den Folgen, welche sich daraus ergeben, daß während des Schwehens der Bedingung das Recht als dem bedingt Verpflichteten zustehend angesehen wird. Beschränkt sind die Folgen lediglich durch den Satz „resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum“, abgesehen von der Sondervorschrift des § 871, nach welcher (vornehmlich aus wirtschaftlichen Gründen) gegen den durch ein Rückfallrecht beschränkten Eigentümer eines Grundstückes zwar die Zwangsverwaltung, aber nicht die Zwangsversteigerung des Grundstückes als Mittel der Zwangsvollstreckung zulässig sein soll. — Die entsprechende Anwendbarkeit dieser Vorschriften liegt für den Fall der Nacherbschaft ganz besonders nahe. Gegen ihre unmittelbare Anwendbarkeit läßt sich jedoch einwenden, daß, wenn auch die zeitliche Begrenzung des Rechtes des Vorerben (selbst wenn er als gesetzlicher Erbe eintritt), auf Rechtsgeschäft, nämlich Testament, beruht, das übertragene Recht nicht an den Uebertragenden zurückfallen, sondern demnächst auf eine andere Person, den Nacherben, übergehen soll. Außerdem steht nur das Erbrecht des Vorerben unter der zeitlichen Begrenzung, und es läßt sich in Frage stellen, ob diese zeitliche Begrenzung sich von selbst auf alle Einzelrechte erstrecke. Dagegen lassen sich hieraus keine Gründe entnehmen, aus welchen die Anwendbarkeit der Vorschriften auf den Fall der Nacherbsfolge für unpassend zu erachten oder auszuschließen wäre.

Verfügung des Vorerben. Beschränkung.

§. 115.

Der Zweifel kann sich erheben, ob es nicht den Vorzug verdiene, den Vorerben in der Verfügung über die erbschaftlichen Gegenstände nach Maßgabe des § 107 (relatives Veräußerungsverbot) zu beschränken, zumal im geltenden Rechte überwiegend von einem Veräußerungsverbote die Rede ist (vgl. Windscheid § 665 Anm. 8; Brinz § 430 bei Anm. 53; Unger § 48 Anm. 7, 9; sächs. GB. § 2517; Mommsen § 455; hess. Entw. 166, 167 nebst Mot. S. 112). Allein

das Ergebnis würde, wenn der § 107 zu Grunde gelegt würde, ein wesentlich verschiedenes sein. Nach § 135 werden alle Verfügungen, welche das Recht des bedingt Verpflichteten zur Voraussetzung haben, insoweit hinfällig, als erforderlich ist, damit das bedingte Recht nicht vereitelt werde; nach § 107 dagegen werden nur die eigenen Verfügungen des durch das Veräußerungsverbot Betroffenen entkräftet und außerdem die diesen eigenen Verfügungen gleichgesetzten, im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erfolgenden Verfügungen, während das Veräußerungsverbot gegenüber den Konkursgläubigern im Konkurse des Verpflichteten seine Wirkungen verliert (§ 107 Abs. 3). Im Falle des § 107 ist der Zwangsverkauf (außerhalb des Konkurses) mit Vorbehalt der Rechte aus wirtschaftlichen Gründen untersagt (Abs. 4 daf.); gegenüber dem bedingt Verpflichteten ist nur im Falle des § 871 die Zwangsversteigerung, nicht die Zwangsverwaltung, ausgeschlossen. Es wird endlich anzunehmen sein, | obgleich eine ausdrückliche Vorschrift darüber im Gesetze nicht gegeben ist, daß auf die nach den §§ 135, 141, 142 eintretende Unwirksamkeit der Verfügung auch ein Dritter sich berufen kann, so lange eine Genehmigung der Verfügung seitens desjenigen, dessen Recht sie verletzt, nicht erfolgt ist, während im Falle des § 107 die Verfügung nur gegenüber dem Berechtigten (§ 107 Abs. 1) unwirksam ist. Vgl. Mot. S. 213 ff. und wegen des Unterschiedes zwischen dem Veräußerungsverbote und der dinglichen Gebundenheit bei Bedingungen S. 200 ebenda. — Der Entw. hat sich demgemäß nicht an § 107, sondern an die §§ 135, 142 Abs. 2 in Ansehung der Verfügungsbeschränkung des Vorerben angelehnt, und ist insbes. Gewicht darauf gelegt, daß jedenfalls dem Rechte des Nacherben im Konkurse des Vorerben die Wirksamkeit nicht entzogen werden dürfe und damit ohnehin eine der wesentlichen Besonderheiten des § 107 aufgegeben werden müßte. Der Abs. 1 giebt dem Inhalte nach den § 135 wieder, soweit dessen Vorschriften für den Fall der Nacherbsfolge Anwendung finden sollen, abgesehen von dem im § 1829 besonders behandelten Falle der Zwangsvollstreckung, lehnt also den Standpunkt eines gesetzlichen Veräußerungsverbotes ab. Eine Verweisung auf § 135 ist nicht erfolgt. Der Standpunkt des Gesetzes wird auch ohne Verweisung klar hervortreten, während, wenn die Verweisung erfolgte, doch die hier eintretenden Maßgaben besonders auszudrücken sein würden. Dagegen ist der Anschluß in der Fassung gewählt.

| S. 116.

Ueber die Wirkung der Einwilligung oder Genehmigung des Nacherben enthält sich der Entw. besonderer Vorschriften. Die Vorschriften über die Verpflichtung des Nacherben gegenüber dem Vorerben, Einwilligung oder Genehmigung zu erteilen (Abs. 3), schließen jeden Zweifel aus. Die Vorschriften der §§ 309, 310, 830, 834, 841, 1087, 1091, 1106, 1107, 1134, 1142, 1144, 1196, 876, 877, 1147 finden als von allgemeinerer Tragweite selbstverständlich auf die Verfügungen des Vorerben Anwendung.

Ausnahmen.

Der Abs. 2 stellt das Verhältniß zu der dem Vorerben in den §§ 1815—1824 beigelegten Befugniß, gewisse Verfügungen ohne Einwilligung des Nacherben vorzunehmen, klar, indem bestimmt wird, die Verfügung werde nicht unwirksam, wenn sie nach jenen Vorschriften vom Vorerben ohne Einwilligung des Nacherben vorgenommen werden kann. Welche Fälle in Betracht kommen, erhellt aus §§ 1815—1824, und insbes. ergibt sich aus den §§ 1823, 1824, daß dahin zählen: Verfügungen, welche erforderlich sind zur ordnungsmäßigen Verwaltung der der Nacherbschaft unterliegenden Gegenstände oder zur Erfüllung von Verbindlichkeiten, welche der Vorerbe gegenüber dem Nacherben nicht selbst zu tragen hat, und ferner Verfügungen, welche der Erblasser durch seine Anordnungen dem Vorerben gestattet hat.

Einwilligungspflicht
z. des
Nacherben.

| S. 117.

Die Vorschrift des Abs. 3 über die Einwilligungspflicht des Nacherben ist im Interesse des Vorerben unentbehrlich. Ohne eine Verpflichtung des Nacherben, zu solchen Verfügungen des Vorerben, welche nach Abs. 2 im Falle der Nacherbsfolge nicht unwirksam werden, die Einwilligung oder Genehmigung zu erteilen, würde der Vorerbe wesentlich gehindert sein, über den Nachlaß zu verfügen; insbes. würde er oft seine Verfügungsbefugniß im einzelnen Falle Dritten nicht nachweisen können. Auch wäre er in mißlichster Weise dem ausgesetzt, daß das Vorliegen der seine Verfügung rechtfertigenden Voraussetzungen später vom Nacherben bestritten würde. Die dem Nacherben auferlegte Verpflichtung beeinträchtigt das Interesse des Nacherben nicht wesentlich. Die abzugebende Erklärung wird als Anerkennung eines bereits bestehenden Rechtsverhältnisses anzusehen sein. Ueber die Form der Einwilligung vgl. § 1831.

§§ 1829—1831 (II 1988, 1993, B. 2092, 2097, R. 2090, 2095, G. 2115, 2120).

5. Zwangs-
vollst. z.
gegen den
Vorerben.

1. Im sachlichen Anschlusse an den § 135 erklärt der § 1829 Satz 1 für die Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung in einen der Nacherbsfolge unterliegenden Gegenstand, welche gegen den Vorerben erwirkt ist, den § 1828 Abs. 1 für anwendbar; vgl. Mot. 1 S. 262. Die Realisirung eines solchen der Erbfolge unterliegenden Gegenstandes im Wege der Zwangsvollstreckung und im Konkurse über das Vermögen des Vorerben auszuschließen, ist deshalb geboten, weil bei einer Veräußerung mit Vorbehalt der Rechte des Nacherben, wie sie allein möglich sein würde, ein angemessenes Ergebnis nicht zu erwarten ist. Hierauf beruht der zweite Satz. Die Vorschrift

in der Art zu verallgemeinern, daß sie für alle Fälle des § 135 gilt, ist nicht ausführbar, da sich dann die Gefahr ergeben würde, daß vom Schuldner Gegenstände des Vermögens beliebig der Zwangsvollstreckung entzogen werden könnten, indem er in Ansehung derselben bedingte oder betagte Rechtsgeschäfte unter Lebenden vornimmt. Eine solche Gefahr ist nicht in gleichem Maße bei der Beschränkung auf den Einzelfall der Nacherbschaft zu besorgen, ebensowenig wie im Falle des § 871 Abs. 2. Soweit andere Gegenstände als Grundstücke in Betracht kommen, werden sich die zulässigen Zwangsvollstreckungsmaßregeln nach § 754 CPO. bestimmen. — Der Abs. 2 bestimmt Ausnahmen für die Fälle, daß der Anspruch eines Nachlaßgläubigers (vgl. § 2092) oder ein Recht, welches im Falle der Nacherbsfolge nicht unwirksam ist, geltend gemacht wird. Wird Konturs über das Vermögen des Vorerben eröffnet, so steht den Nachlaßgläubigern das Recht des § 2150 zu.

2. Der § 1820 ist ersetzt durch CPO. n. F. § 326.

13. Eine Formvorschrift für die vom Nacherben dem Vorerben zu ertheilende Einwilligung oder Genehmigung ist erforderlich im Interesse der Dritten, welche gegenüber dem Nacherben oder auch anderen Personen in die Lage kommen können, die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes oder der Rechts-handlung des Vorerben zu vertheidigen. Das Erforderniß öffentlich beglaubigter Form stellt diese Beteiligten sicher und bewirkt, daß sie den erforderlichen Beweis nicht verfehlen, da sie sich in den Besitz des sie sichernden Beweismittels setzen können. Ohne § 1831 würde ihnen ein solches Beweismittel selbst dann fehlen, wenn die einfache Mittheilung der Einwilligung seitens der Nacherben für ausreichend erachtet wäre. Welche Folgen der Mangel der Legitimation des Vorerben hat, wenn dieser Dritte mahnt, ihnen anbietet, sie verklagt usw., ergibt sich von selbst.

6. Wirkung des Urtheiles.

§. 120.

7. Form der Bewilligung etc. des Nacherben.

§§ 1832—1838 (II 2012/3, 2015/7, B. 2118/22, R. 2116/20, G. 2142/6).

Die §§ 1832—1838 enthalten Vorschriften für die Vor- und Nacherbschaft, welche dem Abschn. 6 des 5. Buches entsprechen. Diese sowie die theilweise schon denselben Gegenstand berührenden §§ 1813 ff. in den 6. Abschnitt zu übernehmen, ist deshalb nicht für rathsam erachtet, weil alsdann die Lehre von der Nacherbschaft zerrissen werden würde.

IV. Rechtsstellung des Vor- und Nacherben.

1. Hat der Erblasser das Recht des Vorerben durch Beifügung einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermines beschränkt, ohne einen Nacherben einzusetzen, so treten nach § 1807 die gesetzlichen Erben als Nacherben ein. Das Recht des Vorerben endigt daher stets mit dem Eintritte des Falles der Nacherbsfolge, und dies auch dann, wenn, in Ermangelung aller Verwandten, der Fiskus Erbe wird (vgl. S. 87). Hat dagegen der Erblasser das Recht des Vorerben unter Einsetzung eines Nacherben beschränkt, so können Zweifel entstehen, ob, falls der letztere wegfällt, das Recht des Vorerben ebenfalls zu Gunsten der gesetzlichen Erben des Erblassers hat beschränkt werden sollen, oder ob der Wille des Erblassers dahin auszulegen ist, daß die Beschränkung nur zu Gunsten des eingesetzten Nacherben eintreten solle. Der § 1832 stellt eine Dispositivregel auf (Abs. 1), daß der Wille des Erblassers im letzteren Sinne auszulegen ist, in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte (Roth § 315 Anm. 120), dem bayer. LR. III 9 § 8 Nr. 15 und dem AN. nach der Ansicht der meisten Rechtslehrer (Cecius § 251 Anm. 51; Dernburg § 159 Anm. 4; anderer Meinung Gruchot 2 S. 100). Für das öst. GB. scheint auch Unger § 48 Anm. 9 a. G. anderer Ansicht zu sein. — Der Entw. spricht die Dispositivregel nur für den Fall der Ausschlagung seitens des Nacherben aus. Nur für diesen Fall ist eine Vorschrift am Platze. Daß die Einsetzung als Vorerbe zur unbefränkten Erbeinsetzung wird, wenn die Einsetzung als Nacherbe in Folge des Fehlschlagens der Bedingung unwirksam wird, ergibt sich schon daraus, daß es alsdann nicht zum Erlöschen des Rechtes des Vorerben kommt. Für den Fall, daß der Nacherbe unwürdig ist, entscheiden die §§ 2046, 2047. Auch des Falles, daß ein Ersatzerbe oder Miterbe an die Stelle des zunächst eingesetzten Nacherben tritt, ist nicht besonders zu gedenken; in solchem Falle kann selbstverständlich die Ausschlagung des zunächst Eingesetzten allein nicht genügen. Die Fassung „dergestalt, daß der Fall der Nacherbsfolge als nicht eingetreten gilt“, stellt klar, daß im Falle der Ausschlagung des Nacherben das Recht des Vorerben keine Unterbrechung erlitten hat. Da es sich lediglich um eine Dispositivvorschrift handelt, ist nicht hervorzuheben, daß der Ermittelung eines abweichenden Willens des Erblassers keine Schranke gesetzt ist. Ebensowenig bedarf es der Erwähnung, daß, falls ein abweichender Wille des Erblassers anzunehmen ist, der § 1807 maßgebend wird.

1. Ausschlagung. (G. § 2142.)

§. 121.

Nach § 2034 kann die Erbschaft, sofern nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt, nicht vor Beginn der Ausschlagungsfrist ausgeschlagen werden; diese Frist beginnt nach § 2030 Abs. 2 erst, wenn die Erbschaft angefallen ist. — Diese Vorschriften würden im Hinblick auf § 1981 gegenüber einem Pflichttheilsberechtigten zu großen Härten führen. Denn die Anschauung, daß dem Pflichttheilsberechtigten, welcher nur als Nacherbe eingesetzt ist, zur Zeit noch nichts hinterlassen ist, hat nur einige scheinbare theoretische Gründe für sich, ist aber innerlich nicht haltbar; das die Rehrseite der sachlichen Gebundenheit des Vorerben bildende bedingte Recht des Nacherben be-

Zeit der Ausschlagung.

steht schon von dem Erbfall an. Würde nun dem als Nacherben eingesetzten Pflichttheilsberechtigten erst nach dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge gestattet (erst dann fällt ihm nach § 1804 die Nacherbschaft an), die Erbschaft auszuwählen, so könnte er nach § 1981 den Pflichttheilsanspruch nicht geltend machen. Hiernach ist es erforderlich, ihm diese Befugniß, in Abweichung vom § 2033, beizulegen, sobald die Erbschaft dem Vorerben angefallen ist (Abs. 2). — Es genügt aber nicht, für den Pflichttheilsberechtigten in solcher Weise zu sorgen. Auch außerdem ergiebt sich für das Verhältniß des Vorerben und des Nacherben das Bedürfniß einer Ausnahme von der

| §. 122.

Vertrag vor
Eintritt der
Nacherbfolge.

Regel des § 2033. | Nicht selten werden nach den Umständen des Einzelfalles nach stattgehabter Prüfung der Verhältnisse der Erbschaft der Vorerbe und der Nacherbe in dem berechtigten Wunsche übereinstimmen, daß der Nacherbe die Nacherbschaft ausschlage und der Vorerbe hierdurch unbeschränkter Erbe werde. Diese Willensmeinung würden sie, wenn nicht eine Ausnahme vom § 2033 bestimmt wird, nicht verwirklichen können, weil nach § 1804 verb. mit § 2033 der Nacherbe nicht vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge ausschlagen kann. Mit einer Verweisung auf den Abschluß obligatorischer Verträge würde in zahlreichen Fällen dem Zwecke der Vetheiligten nicht genügt werden. Die Vorschrift des Abs. 2 trifft auch diesen Fall.

Geprüft ist, ob es nicht angezeigt sei, durch eine besondere Vorschrift den über das nacherbschaftliche Recht, also auch über das betagte Recht, vor Eintritt der Nacherbfolge abgeschlossenen Vertrag für nichtig zu erklären (vgl. hiergegen Dernburg § 158 bei Anm. 17). Dadurch würde in erster Linie die obligatorische Vertragsfreiheit des als Nacherbe Eingesezten beschränkt werden. Dem Nacherben würde nicht freistehen, sich gegenüber einer anderen Person dahin zu verpflichten, daß er ihr gegenüber, wenn der Fall der Nacherbfolge eintrete, die Verbindlichkeiten eines Verkäufers der Erbschaft haben wolle. Dafür spricht außer Anderem, daß erhoffte Nacherbschaften wenig geeignet sind, Verkehrsobjekte zu sein. Eine erfrühte, wenn auch lediglich obligatorische Veräußerung würde unwirtschaftlich und deshalb vielleicht im öff. Interesse thunlichst zu verhüten sein. In zweiter Linie würde durch eine solche Vorschrift klargestellt werden, daß wie schon der obligatorische, so noch vielmehr der auf eine dingliche Veräußerung oder Belastung des Rechtes des Nacherben gerichtete Vertrag ohne Wirkung ist. Dies würde sich von selbst ergeben, weil der Nacherbe nicht durch Vertrag einen Dritten zum Nacherben machen und den Anfall der Erbschaft an den Dritten herbeiführen könnte; denn den Erben beruft nur das Gesetz oder der letzte Wille. — Allein es verdient den Vorzug, von einer solchen Vorschrift abzusehen. Sie würde nicht in Uebereinstimmung stehen mit den gesetzgeberischen Erwägungen, welche dem § 349 zu Grunde liegen (Mot. 2 S. 184 ff.), wenn auch nicht alle für den § 349 sprechenden Gründe hier zutreffen, weil dieser voraussetzt, daß der Erbfall noch nicht eingetreten sei. Zudem würde die Folgerichtigkeit nöthigen, außer den obligatorischen Verträgen über die Erbschaft eines noch Lebenden, auch denjenigen Vertrag zu verbieten, durch welchen Jemand eine Erbschaft veräußert, deren Anfall er für den Fall der Erledigung des bereits erfolgten Anfalles der Erbschaft an eine andere Person (z. B. durch Ausschlagung seitens derselben) erhofft. Denn im letzteren Falle läßt sich nicht wohl ein Unterschied machen zwischen der Nacherbschaft und dem Anfalle, welcher im Falle des Wegfallens des zunächst Berufenen an einen ferner Berufenen erfolgt. Der Umstand, daß der Nacherbe mit dem Eintritte des Erbfales bereits ein festes, wenn auch bedingtes oder betagtes Recht erworben hat, kann eine Unterscheidung nicht rechtfertigen. Immer würde die zu entscheidende Frage die sein, ob die vorzeitige Realisirung von Erbansprüchen zu verbieten sei, um | den künftigen Berechtigten gegen die Folgen eines derartigen aleatorischen Geschäftes zu schützen. Es bleibt mithin nur übrig, das Verbot auch auf die bezeichneten anderen Fälle auszudehnen oder lediglich beim § 349 zu belassen und von einem Verbote in Ansehung der Veräußerung der Nacherbschaft abzusehen. Für das letztere spricht überdies, daß eine bevormundende Beschränkung der obligatorischen Vertragsfreiheit bedenklich ist.

| §. 123.

2. Aufhebung
der Wir-
kungen der
Bereinigung.
(G. § 2143.)

2. Daß die Wirkungen der Vereinigung von Forderung und Schuld mit Eintritt der Nacherbfolge beseitigt werden, spricht der § 1833 aus. Die Vorschrift, welche sich in der Fassung an § 499 anschließt, entspricht dem geltenden Rechte (Windscheid § 655 Anm. 2—4a; WPr. I 16 § 481, Ecclius § 275 Anm. 37; sächs. GB. § 2520; Unger § 48 Anm. 12; Mommsen § 548; heff. Entw. 170). Die ausgesprochene Wiederherstellung des Rechtes tritt in der Regel kraft Gesetzes mit dinglicher Wirkung ein, während der § 499 die erloschenen oder aufgehobenen Rechte nur im Verhältnisse zwischen dem Verkäufer und dem Käufer der Erbschaft als wiederhergestellt gelten läßt. Unter Umständen kann im Falle der Nacherbschaft die besondere Wiederherstellung des aufgehobenen Rechtes nothwendig werden; der Schlusssatz des § 1833, nach welchem erforderlichenfalls ein solches Recht wiederherzustellen ist, ist deshalb nicht zu entnehmen.

3. Vermäch-
nisse.
(G. —.)

3. Hat der Erblasser, welcher eine Nacherbschaft anordnete, Vermächnisse auferlegt, so fragt sich, wer als der Beschwerte anzusehen ist. Folgende Fälle sind denkbar: Der Erblasser kann lediglich das dem Vorerben aus der Erbschaft Verbleibende — in der Regel sind das ausschließlich die dem Vorerben verbleibenden Nutzungen — mit einem Vermächnisse belasten wollen;

in diesem Falle wird der Vorerbe allein verpflichtet, der Nacherbe durch das Vermächtniß nicht berührt. — Der Erblasser kann ausschließlich die Zuwendung an den Nacherben belasten und demnach nicht den Vorerben als solchen, sondern nur erst den Nacherben zum Verpflichteten machen wollen. — Der Erblasser kann endlich die Erbschaft mit einem Vermächtnisse belasten, so, daß die Erbschaft durch die Erfüllung des Vermächtnisses gemindert wird, und zwar sowohl für den Vorerben als für den Nacherben.

Ein Vermächtniß der letzteren Art ist in der Regel anzunehmen, falls nicht ein Anderes bestimmt ist. Wird der Vorerbe als beschwert bezeichnet, so ist darin allein noch nicht die Erklärung eines abweichenden Willens zu finden. Die Ausdrucksweise erklärt sich alsdann daraus, daß zunächst der Vorerbe | Erbe wird, als Erbe die Vermächtnisse zu erfüllen hat und in seiner Eigenschaft als Erbe als belastet anzusehen ist. Der Abs. 1 bestimmt demgemäß für den Regelfall, in Uebereinstimmung mit dem zumeist geltenden Rechte (Windscheid § 667 Anm. 5 ff.; bayer. Pfl. III 9 § 6; Roth § 315 Anm. 109; Dernburg § 159 bei Anm. 8; Unger § 48 Anm. 16; Mommsen § 450; hess. Entw. 172), daß die Vermächtnisse als Lasten der Erbschaft anzusehen sind. | S. 124.

Weitere Vorschriften für die sonst möglichen Fälle sind entbehrlich. Insbes. besteht kein Anlaß zu Vorschriften über die den Vorerben oder den Nacherben allein belastenden Vermächtnisse. Es könnte bestimmt werden (Mommsen § 450), daß die Entrichtung derjenigen Vermächtnisse, welche vor dem Eintritte des Nacherben zu entrichten sind, immer auf Rechnung des Nacherben von dem Vorerben zu erfolgen habe, und daß dasselbe gelten solle, wenn der Vorerbe zwar ausdrücklich mit dem Vermächtnisse belastet ist, aber die ganze Erbschaft herauszugeben hat. Allein damit würde der Beurtheilung dessen, was der Erblasser gewollt hat, vorgegriffen und der Vorerbe niemals allein belastet werden können. — Ist der Vorerbe Vollerbe, der Nacherbe nur Theilerbe, so ist eine besondere Vorschrift entbehrlich, nachdem auch in § 1804 (S. 83) dieser Fall nicht besonders berücksichtigt ist. Die allgemeinen Grundsätze über die Wirkungen der Nacherbeinsetzung führen zu einem befriedigenden Ergebnisse. Zudem handelt es sich um seltene Fälle. — Ist der Vorerbe als belastet bezeichnet und erhellt, daß er nicht allein belastet sein sollte, so ändert sich in der Beurtheilung nichts. Die Fassung deckt auch diesen Fall, zumal nicht eine Auslegungsregel gegeben ist. Eine Dispositivvorschrift ist geboten, um Streitigkeiten zu verhüten.

Hat der Erblasser unzweifelhaft die Erbschaft belasten wollen, ist aber aus dem Gegenstande des Vermächtnisses (Zinsen, wiederkehrende Leistungen, welche ein ordentlicher Hausvater aus den Einkünften zu bestreiten pflegt) auf den Willen des Erblassers zu schließen, daß die Leistungen aus den Nutzungen der Erbschaft erfolgen und dementsprechend die Last zwischen dem Vorerben und dem Nacherben vertheilt werden soll, so soll der § 1041 entsprechend angewendet werden. Ohne die Vorschrift würde schwerlich in Beziehung auf ein solches Vermächtniß (trotz des § 1815) der § 1041 für entsprechend anwendbar erachtet werden. — Ueber die Frage, wem die etwa angeordneten Auflagen zur Last fallen, ist eine Entscheidung entbehrlich; auch im geltenden Rechte walten Zweifel nur in Ansehung des Vermächtnisses ob.

4. In Ansehung der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten im Sinne des § 2092 sind verschiedene Systeme möglich. | Wird davon ausgegangen, daß, wie es nur einen Erbfall giebt, so auch nur einmal ein Inventarrecht gewährt werden könne, so ergiebt sich mit Nothwendigkeit, daß die Handlungen und Unterlassungen des Vorerben, welche auf das Inventarrecht, dessen Erhaltung und Verwirklichung sich beziehen, für den Nacherben maßgebend sind, und daß der Nacherbe, wenn der Fall der Nacherbfolge eintritt, die Haftung so überkommt, wie sie bei dem Vorerben sich gestaltet hat. — Wird der Eintritt der Nacherbfolge in dieser Beziehung dem Eintritte des Erballes gleichgestellt, so ergeben sich für den Nacherben weniger harte Folgen. Die Verschümmnisse des Vorerben, sein Verzicht auf das Inventarrecht usw. berühren den Nacherben nicht; der letztere kann selbständig für seine Sicherung in Ansehung der Haftung sorgen. — Möglich ist aber auch ein gemischtes System in der Art, daß die Folgen des strengeren ersten Systemes zu Gunsten des Nacherben in einzelnen Punkten durchbrochen werden, daß also zB. bestimmt wird, der Nacherbe hafte nur in Höhe des Empfangenen; ihm komme das Inventarrecht des Vorerben gegen die Nachlaßgläubiger zu statten; der Vorerbe, welcher das Inventarrecht verloren hat, hafte nur subsidiär ujm.

Das sächs. GB. läßt den Anwärter nach der Herausgabe allein haften, der Vorerbe haftet nur mit den gezogenen Früchten, soweit die herausgegebene Erbschaft zur Befriedigung nicht hinreicht (vgl. § 2521). Mommsen, welcher nur ein Universalvermächtniß annimmt, giebt dem Nacherben ein selbständiges Inventarrecht, läßt aber den Vorerben mit den gezogenen Früchten subsidiär haften (vgl. §§ 457, 459). Der hess. Entw. (172 Abs. 4, 165 Abs. 2) giebt dem Vorerben wie dem Nacherben die Inventarwohlthat und sichert den Nacherben dadurch, daß im Falle der Nacherbchaft stets von Amtswegen ein Vermögensverzeichnis aufzunehmen ist. Für das AN.

Zuwendung von Zinsen zc.

Auflagen.

4. Nachlaßverbindlichkeiten. | S. 125.

Geltendes Recht.

Entw. wird fast durchgehend von den Rechtslehrern dem Nacherben selbständig das Inventarrecht zugebilligt (vgl. Dernburg § 159 bei Anm. 5; Eccius § 275 Anm. 49, 50). — Der Entw. hat sich für das zweite der vorgedachten Systeme entschieden, welches dem Nacherben günstiger ist. Die Entscheidung ist aus praktischen Rücksichten getroffen. Weder das Wesen der Nacherbschaft noch des Inventarrechtes rechtfertigt mit Nothwendigkeit die Entscheidung in dem Sinne, daß das eine oder das andere System gewählt werden müßte. Ausschlaggebend gegen das strengere System ist aber der Umstand, daß den Handlungen oder Unterlassungen des Vorerben ein tiefgreifender Einfluß auf das Recht des Nacherben eingeräumt werden muß, ein Einfluß, welcher unter Umständen geeignet sein kann, das Recht des Nacherben werthlos zu machen, so daß dieser Bedenken tragen müßte, die Vollhaftung für die Verbindlichkeiten der Erbschaft zu übernehmen, und, wenn er nicht ausschlägt, sich stets einer gewissen Gefahr aussetzen würde. Gegenüber diesen Bedenken kann der dem strengeren Systeme beizuhörende Vorzug der größeren Einfachheit nicht maßgebend sein. Noch weniger wäre ein gemischtes System annehmbar; es würde die Schattenseiten beider Systeme in sich vereinigen.

§ 126. a) Der § 1835 bringt das System zum Ausdruck. In Ermangelung einer Vorschrift würde es sich nicht von selbst verstehen, daß mit dem Eintritte des Falles der Nacherbsfolge in Ansehung des Rechtsverhältnisses des Nacherben zu den Nachlassgläubigern dieselben Wirkungen eintreten wie mit dem Eintritte des Erbfalls für den Vorerben. Durch die Verweisung auf die entsprechende Anwendung der Vorschriften, welche die Rechte der Nachlassgläubiger gegen den Erben regeln, gelangt zum Ausdruck, daß auch hier die Beschränkungen der Haftung des Vorerben zur Geltung gelangen. Die anzuwendenden Vorschriften werden durch Hinweisung auf ihren Inhalt bezeichnet; dies verdient den Vorzug vor der Bezeichnung der einzelnen Vorschriften.

Inventarrecht des Nacherben; (G. § 2144.) b) Soll dem Nacherben, wie nach dem zu Grunde gelegten Systeme erforderlich ist, ein selbständiges Inventarrecht zustehen, so muß auch in Ansehung der Gegenstände, mit welchen er haftet, an die Stelle des Zeitpunktes des Erbfalls der Eintritt der Nacherbsfolge treten (§ 1836). Das vom Nacherben erlangte Vermögen muß den Umfang seiner Haftung bestimmen. Besonders zu erwähnen sind die dem Nacherben gegen den Vorerben zustehenden Ansprüche. Diese sind als zur Nachlassmasse gehörend zu behandeln; dies rechtfertigt sich aus dem dem § 1825 zu Grunde liegenden Prinzip. Ohne eine solche Vorschrift würde das selbständige Inventarrecht des Nacherben zu Unbilligkeiten gegen die Nachlassgläubiger führen. Daß der Nacherbe mit dem Eintritte der Nacherbsfolge für die Nachlassverbindlichkeiten haftbar wird, ergibt sich insofern bereits aus § 1804, als der Vorerbe nunmehr aufhört, Erbe zu sein, vgl. aber auch § 1835.

vom Vorerben errichtetes Inventar. Das vom Vorerben errichtete Inventar soll dem Nacherben auch dann zu statten kommen, wenn dieser selbst ein Inventar nicht errichtet hat (Abs. 2). Diese Vorschrift, welche mit der für das A. N. vertretenen Auffassung (vgl. Dernburg § 159 bei Anm. 5; Eccius § 275 Anm. 49) übereinstimmt, ist zwar positiver Natur, aber deshalb angemessen, weil sie zur Vereinfachung dient, ohne daß den Nachlassgläubigern Abbruch geschieht. Denn, wenn auch die Haftung des Nacherben nach Abs. 1 nicht die gleiche ist wie die des Vorerben, so wird doch den Nachlassgläubigern nicht zu nahe getreten, wenn davon ausgegangen wird, daß bis zum Beweise des Gegentheiles die Haftung des Nacherben nicht weiter reicht, als sie sich aus dem vom Vorerben errichteten Inventare ergibt.

Haftung des Vorerben nach Eintritt der Nacherbsfolge. § 127. c) Daß in der Regel die Haftung des Vorerben erlischt, sobald der Fall der Nacherbsfolge eingetreten ist, erscheint selbstverständlich und ergibt sich aus § 1804, mittelbar auch aus § 1836. Der Abs. 1 des § 1837 spricht die Ausnahme von dieser Regel dahin aus, daß die Ansprüche der Nachlassgläubiger selbst dann noch insoweit bestehen bleiben, als der Nacherbe nicht haftbar wird. Die Ausnahme in Ansehung der Vermächtnisse, welche dem Vorerben allein zur Last fallen, folgt daraus, daß für diese der Nacherbe nicht haftbar wird; sie ist also durch die Vorschrift mitgetroffen. — Haben sowohl der Vorerbe als der Nacherbe das Inventarrecht verloren oder aufgegeben, so wird der Vorerbe von der unbeschränkten Haftung frei, weil der Nacherbe unbeschränkt haftbar geworden ist. Hat der Vorerbe Zugungen gezogen, welche er nicht herauszugeben hat, so bleibt er haftbar mit solchen, soweit eine Haftung aus den §§ 2133 ff. sich ergibt, weil der Nacherbe nicht haftbar ist. — Durch eine Vorschrift dahin, daß die Haftung des Vorerben in Ansehung solcher Verpflichtungen, welche der Vorerbe gegenüber dem Nacherben selbst zu tragen hat (§ 1815 verb. mit §§ 1003, 1823), würde in einigen Fällen eine Abkürzung erzielt. Allein das Ergebnis wäre eine Uebertragung der dem Nacherben zustehenden Erbschaftsansprüche an den Vorerben auf die Nachlassgläubiger. Eine solche immer nicht unbedenkliche Legalcession zu bestimmen, fehlt es an genügendem Anlasse.

Subsidiäre Haftung des Vorerben. Hat der Vorerbe allein das Inventarrecht verloren, und ist er also vollhaftender Erbe geworden, so kann es angemessen erscheinen, seine Haftung auch nach dem Eintritte des Falles der Nacherbsfolge als eine subsidiäre fortzuwirken zu lassen. Dies ließe sich jedoch nur rechtfertigen, wenn die im Falle des Verlustes des Inventarrechtes eintretende Vollhaftung unter den Gesichtspunkten

punkt einer Strafe gestellt würde, während nach dem Entw. die Vollhaftung des Erben regelmäßig eintritt und nur ausnahmsweise Einschränkungen erfährt. Zudem erscheint das in Folge des Abs. 1 eintretende Ergebnis ohne diese Ausnahme ein befriedigendes. Soweit hiernach die Haftung des Vorerben wegfällt, also z. B. weil auch der Nacherbe ein vollhaftender Erbe geworden ist, erscheint es keineswegs unbillig gegenüber den Nachlassgläubigern, daß die Haftung des Vorerben aufhört, da ein besonderes fortdauerndes Recht auf eine solche Haftung für sie nicht begründet ist. — Einer Klarstellung, daß der Vorerbe, dessen Haftung fort dauert, und welcher das Inventarrecht nicht verwirkt oder auf dasselbe verzichtet hat, durch den Umstand, daß er aufgehört hat, Erbe zu sein, nicht gehindert wird, die zu einer Beschränkung seiner Haftung dienenden Schritte zu thun, bedarf es nicht. Es wird nicht verkannt werden, daß die Vorschriften, welche eine Beschränkung der Erbenhaftung bezielen, anwendbar bleiben. Dies wird dadurch außer Zweifel gestellt, daß von der Regel der Anwendbarkeit des Abs. 1 nur die eine Ausnahme beigefügt ist, welche der Abs. 2 enthält.

Die Entscheidung, daß der Vorerbe nach Eintritt des Falles der Nacherbfolge nicht mehr das Recht hat, den Konkurs über den Nachlaß zu beantragen (Abs. 2), rechtfertigt sich dadurch, daß nach dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge dem Vorerben, welcher aufgehört hat, Erbe zu sein (§ 1804), die Verfügungsmacht über die aktiven Mittel des Nachlasses entzogen ist.

[d] Der § 1838 bezweckt die Ersparung eines wiederholten Aufgebotes der Nachlassgläubiger, indem er den Antrag und die Ausschließung stets wirken läßt, wie wenn der Antrag von Beiden gestellt wäre. Mit Rücksicht auf die Gründe, auf welchen die §§ 2120 ff. beruhen, ist die Wiederholung nicht erforderlich, während den Gläubigern durch die Wiederholung nur Nachteile und Unbequemlichkeiten erwachsen würden.

§§ 1839—1841 (II 2009, 2010, B. 2114/5, R. 2112/3, G. 2137, 2138).

Der Fall ist nicht selten, daß der im letzten Willen enthaltenen Nacherbeinsetzung eine Beschränkung dahin beigefügt ist, der Nacherbe solle nur dasjenige erhalten, was im Zeitpunkte des Eintrittes der Nacherbfolge noch übrig sein werde. Dieser Fall bedarf einer besonderen Regelung. Ergiebt sich im Wege der Auslegung, daß der Wille des Erblassers auf eine Nacherbeinsetzung nicht gerichtet war, daß vielmehr ein Vermächtniß gewollt war und der Erblasser sich nur im Ausdrucke vergriffen hat, so liegt der bezeichnete Fall nicht vor. Das geltende Recht läßt auch eine solche Nacherbeinsetzung als Erbeinsetzung oder Universalvermächtniß gelten, jedoch giebt das gemeine Recht (Nov. 108 cap. 1, 2) dem Vorerben nur die Befugniß, über $\frac{3}{4}$ der Erbschaft unter Lebenden zu verfügen, und das öst. G. B. schließt den arglistigen Verbrauch aus.*) Wenn von derartigen Beschränkungen abgesehen wird, kann es angemessen erscheinen, eine Verfügung dieses Inhaltes stets so aufzufassen, daß sie nur ein Vermächtniß enthält. Allein eine solche Umdeutung läßt sich nur rechtfertigen, wenn eine dahin gehende Anordnung des Erblassers als eine in sich widerspruchsvolle anzusehen wäre, oder wenn sie zu unerwünschten praktischen Ergebnissen führte. Beides läßt sich nicht behaupten.

Kann nach § 1824 der Erblasser die Rechte des Vorerben wirksam erweitern, ohne daß für eine solche Erweiterung eine Grenze gesetzt ist — und eine Grenze läßt sich nicht setzen, da es sich um dispositives Recht handelt — so kann eine solche Anordnung nicht wohl als eine in sich widerspruchsvolle angesehen werden. Selbstverständlich kann der § 1824 nicht so verstanden werden, daß er zuließe, dem Vorerben nicht nur völlig freie Verfügung einzuräumen, sondern es auch in seine Willkür zu stellen, ob er den Nachlaß überhaupt behalten will; denn dann wäre aus der Vorerbschaft eine unbeschränkte Erbschaft geworden. So weit geht aber auch eine Anordnung des bezeichneten Inhaltes nicht. Ebenjowenig führt eine Anordnung dieses Inhaltes zu so unerwünschten praktischen Ergebnissen, insbes. in Ansehung der Lage der Nachlassgläubiger, daß das Eingreifen des Gesetzes in einem gewissen öff. Interesse geboten wäre. Die Lage der Gläubiger ist hier keine andere, also auch keine schlechtere, als in allen übrigen Fällen der Nacherbschaft, da die Erweiterung des Rechtes des Vorerben sich nur gegen den Nacherben richtet. In Ansehung des Grundbuchverkehrs ergeben sich ebenfalls nicht besondere Bedenken, welche bei der regelmäßigen Nacherbschaft nicht eintreten. Die Bedenken, welche daraus sich herleiten lassen, daß dem Erblasser die Macht eingeräumt wird, den kraft Gesetzes eintretenden Erbenwechsel herbeizuführen, bestehen in beiden Fällen in gleichem Maße. Das Interesse des Erblassers, mit dinglicher Wirkung zu Gunsten eines Nacherben verfügen zu können und nicht auf Anordnungen mit der geringeren Wirkung des Vermächtnisses beschränkt zu sein, ist in beiden Fällen das gleiche.

1. Ueber die Zulässigkeit der Anordnung einer Nacherbschaft auf den Ueberrest ist eine besondere Vorschrift nicht erforderlich. Mit Rücksicht auf § 1805 wird nicht verkannt werden,

Antragsrecht in Ansehung der Konkurs-eröffnung.

§ 128. Gläubiger-aufgebot. (G. —)

V. Nacherbschaft auf den Ueberrest.

§ 129.

Zulässigkeit. (G. § 2137.)

*) Windscheid § 665 Anm. 12, 13; Brinz § 430 a. E.; Roth § 315 Anm. 40; AR. I 12 §§ 468—471, Dernburg § 160, Geirius § 275 Anm. 15; sächs. G. B. §§ 2522—2524; Mommsen § 460 bis 462; heft. Entw. 173—176; wegen des öst. G. B. Unger § 48 Anm. 14.

Wirkungen. daß eine nach § 1839 zu beurtheilende Nacherbschaft vorliegt, wenn angeordnet ist, der eingesetzte Erbe habe einem Anderen von der Erbschaft dasjenige herauszugeben, was bei Eintritt des Falles der Nacherbfolge von der Erbschaft noch übrig sein wird. — Die Wirkungen der Anordnung werden dahin ausgesprochen, daß der § 1828 nur auf die in einer Schenkung bestehenden Verfügungen des Vorerben Anwendung findet, und auch in Ansehung gewisser Schenkungen ausgeschlossen ist (Satz 1), daß aber im Uebrigen der Vorerbe berechtigt ist, über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände thatsächlich sowie durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden unbeschränkt zu verfügen (Satz 2). Die Worte „unter Lebenden“ sind, obgleich sie nur zur Erläuterung dienen, aus praktischen Gründen hinzugefügt. Es soll verhindert werden, daß die unbeschränkte Verfügungsbefugniß in unrichtigem Sinne aufgefaßt werde. Hierin und sonst schließt sich die Vorschrift an § 1352 an. Der Rechtsstreitigkeiten zu gedenken, wie im § 1352, ist wegen des § 1815 und des diesem zu Grunde liegenden Prinzips entbehrlich.

Schenkungen. Daß die Befugniß des Vorerben sich nicht soweit erstreckt, daß er auch Schenkungen vornehmen kann, wird im Anschlusse an das *MR.* I 12 § 469 ausgesprochen; abweichend bestimmt das sächs. *GB.* § 2522, *Mommsen* § 460 und der *heff. Entw.* 175. Der Wille des Erblassers ist dahin auszulegen, daß dem Vorerben nur die zur Befriedigung seines wirtschaftlichen Bedürfnisses dienenden Verfügungen, nicht aber reine Liberalitätsakte auf Kosten des Nacherben freigegeben sein sollen. Zudem ist zwischen Schenkungen von Todeswegen, welche auch die abweichenden Rechte dem Vorerben verjagen, und Schenkungen unter Lebenden der Unterschied oft schwer zu finden und kann, wenn letztere zugelassen werden, die Form derselben leicht benutzt werden, um das Verbot der Schenkungen von Todeswegen zu umgehen. — Des Schenkungsverprechens ist nicht besonders gedacht. Für seine Erwähnung läßt sich geltend machen, es könne bezweifelt werden, ob | die Voraussetzung vorliege, daß die Verfügung unter den Begriff der Schenkungen falle, wenn der Vorerbe zunächst ein Schenkungsverprechen gegeben und sodann zur Erfüllung dieses Verprechens geleistet habe. In Betracht kommen jedoch lediglich Verfügungen dinglicher Natur, nicht, wie im Falle des § 1353 *Abf.* 2, auch obligatorische Rechtsgeschäfte. Denn die obligatorische Verpflichtung des Vorerben berührt den Nacherben nicht. Dingliche Verfügungen fallen hingegen unter den Begriff der Schenkungen, mag eine obligatorische Verpflichtung vorausgegangen sein oder nicht. Ist eine solche Verpflichtung vorausgegangen, so bilden Verprechen und Erfüllung ein die Schenkung darstellendes Ganzes. Mit dem Verprechen allein ist noch nicht die als Schenkung sich kennzeichnende Zuwendung vollzogen und abgeschlossen (vgl. §§ 437, 441). — Die Ausnahme in Ansehung der Schenkungen, welche durch eine sittliche Pflicht oder die auf den Anstand zu nehmende Rücksicht gerechtfertigt werden, ist hier aus den gleichen Gründen angemessen wie in den §§ 1353 *Abf.* 3, 1661 Satz 2.

Verpflichtungen gegenüber dem Nacherben. (G. § 2138.) Verzeichniß. 2. Die Verpflichtungen, welche dem Vorerben gegenüber dem Nacherben nach Maßgabe der §§ 1815 ff. obliegen, sind hier im Allgemeinen nicht am Platze; sie sollen nur insoweit stattfinden, als sie besonders aufrechterhalten werden. Dies drückt der § 1840 durch die Worte aus „die Verpflichtungen . . . sind . . . darauf beschränkt“. — Erwähnt wird die Verpflichtung, dem Nacherben nach §§ 993, 1042 ein Verzeichniß der zur Erbschaft gehörenden Gegenstände mitzutheilen. Diese Verpflichtung ist nicht zu entbehren (vgl. sächs. *GB.* § 2523 mit § 632; *Mommsen* §§ 461, 460 a. E.; *heff. Entw.* 174); für das *MR.* ist die Verpflichtung des Vorerben nicht unbestritten (vgl. *Dernburg* § 160 *Anm.* 16; *Ecceius* § 275 *Anm.* 22). — Weiter gedenkt der § 1840 der Verpflichtung, bei Eintritt des Falles der Nacherbfolge die Gegenstände mit Einschluß der Surrogate (§ 1825), soweit sie in Natur bei dem Vorerben noch vorhanden sind, dem Nacherben herauszugeben, und zwar in dem Zustande, in welchem sie sich zur Zeit jenes Eintrittes befinden. Dies rechtfertigt sich aus den Gründen, auf welchen der § 1825 beruht. In Ansehung derjenigen Gegenstände, welche dem Werthe nach bei dem Vorerben noch vorhanden sind, ist der Werth zu ersetzen, unbeschadet des Rechtes auf Ersatz von Verwendungen. Das letztere ist nur zur Verdeutlichung hinzugefügt. — Für verbrauchbare Sachen gilt hier dasselbe wie für nicht verbrauchbare. Der Vorerbe hat also auch diese, sofern sie zur Zeit des Eintrittes des Falles der Nacherbfolge noch vorhanden sind oder bei Anwendung der Surrogationsgrundsätze als vorhanden zu gelten haben, herauszugeben. Sind die verbrauchbaren Sachen nicht mehr vorhanden, so ist | G. 181. der an deren Stelle getretene | Werth, welcher noch bei dem Vorerben vorhanden ist, zu ersetzen. Die Worte „bei dem Vorerben noch vorhanden sind“ sollen dem Mißverständnisse vorbeugen, als genüge es, daß die Gegenstände überhaupt noch vorhanden sind (*Mommsen* § 462).

Vereicherung. Die Haftung nach Maßgabe der Vereicherung ist nicht vorgeschrieben, weil diese Haftung des Vorerben eine zu strenge wäre; sie würde auch der Anordnung des Erblassers nicht entsprechen, da der letztere dem Vorerben den Verbrauch der Erbschaft noch vor dem Verbräuche des eigenen Vermögens freigegeben hat. Nach den Grundsätzen über Vereicherung (vgl. § 748) würde aber im Falle des Verbrauches wegen ersparter Ausgaben eine Vereicherung anzunehmen sein, und dies könnte, wenigstens unter Umständen, zu einer Härte gegen den Vorerben führen. Diese Härte

wird gemildert, indem der Entw. das Prinzip des § 1825 zu Gunsten des Nachherben auf verbrauchbare Sachen erstreckt, jedoch den Vorerben nur dann und nur insoweit haften läßt, als ein an die Stelle der veräußerten verbrauchbaren Sachen getretenes Äquivalent in der Erbschaft noch vorhanden ist. Die praktische Schwierigkeit, Vermögenswerthe in ihren verschiedenen Wandelungen und Gestaltungen zu verfolgen, ist keine unüberwindliche. Weitere Folgerungen aus diesen Grundsätzen zu ziehen, ist nicht Aufgabe des Entw., insbes. mag dahingestellt bleiben, ob die Verwendung des verbrauchbaren Gutes zur Zahlung gewisser Schulden, z. B. einer Hypothek oder Grundschuld, welche das zum eigenen Vermögen des Vorerben gehörende Grundstück belastet, als ein im Vermögen des Vorerben beharrender Kapitalwerth der verbrauchbaren Sachen anzusehen ist.

Nach dem § 1826 wird trotz der Verfügungsfreiheit dieses Vorerben, wenn für ihn ein erbhaftliches Recht in das Grundbuch eingetragen ist, zu vermerken sein, daß das Recht der nacherbhaftlichen Beschränkung unterliege, weil ein solcher Vermerk die mit dem Eintritte der Nacherbfolge verbundene Rechtsveränderung klarstellt. Hierauf weisen die Worte hin „unbeschadet der Anwendbarkeit § 1826“. Jedoch wird bei der Eintragung zugleich die Verfügungsfreiheit des Vorerben Ausdruck finden müssen. Ob und inwieweit der Vorerbe bei der Verfügung nachzuweisen hat, daß er nicht schenkungsweise verfüge, wird sich nach den Vorschriften der Grundb. bestimmen.

Schließlich wird bestimmt, welche Verpflichtungen dem Vorerben erwachsen, wenn er, entgegen dem § 1839, Schenkungen vornimmt. Verschenkte Gegenstände sind in Ansehung der Verpflichtung zur Herausgabe als nicht verschenkt anzusehen, für verschenkte verbrauchbare Sachen ist deren Werth zur Zeit der Schenkung zu ersetzen. Die Herausgabepflicht besteht demgemäß in Ansehung der nicht verbrauchbaren Gegenstände so, als wären sie nicht verschenkt. Dem Vorerben muß der Zufall zu Gute kommen, durch welchen der verschenkte Gegenstand später betroffen worden ist, da seine Haftung nicht wegen der Schenkung zu erweitern ist. In Ansehung der verbrauchbaren Sachen, welche der Vorerbe verschenkt hat, kann nicht der Zeitpunkt des Erwerbes des Eigenthumes seitens des Vorerben entscheiden, weil sonst die Verbindlichkeit des Vorerben ohne genügenden Grund für den Fall verschärft würde, daß seine Haftung sich ihrem Inhalte nach vielleicht schon vor der Schenkung gemindert hat. Aber auch die Zeit des Eintrittes der Nacherbfolge kann nicht maßgebend sein, weil die Verbindlichkeit des Vorerben bereits durch die außerhalb seiner Verfügungsbefugniß liegende Schenkung fest entstanden ist. Der Inhalt der Verbindlichkeit läßt sich deshalb nur nach dem Zeitpunkte ihrer Entstehung („zur Zeit der Schenkung“) bemessen.

3. Für den Fall, daß der Erblasser angeordnet hat, der Vorerbe solle berechtigt sein, über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände frei zu verfügen, ist die Aufnahme einer Auslegungsregel dahin, das Recht des Nachherben sei auf dasjenige beschränkt, was bei Eintritt der Nacherbfolge von der Erbschaft noch übrig sein wird, zweckmäßig, um nicht seltenen Zweifeln zu begegnen. Eine solche Vorschrift ist auch in einigen Rechten gegeben (sächs. GB. § 2522 „oder dem Erben sonst die freie Verfügung gestattet“; Mommsen § 460). — Die entsprechende Umdeutung, wenn nur die Pflicht, ein Vermögensverzeichnis aufzunehmen, erlassen war (A. N. I 12 § 471; Mommsen § 400), ist bereits S. 103 abgelehnt.

4. Der Entw. enthält keine Vorschriften über die Pupillar- und Quasi-Pupillarsubstitution, wie solche in der Mehrzahl der geltenden Rechte sich finden (Windscheid §§ 558—561; Brinz §§ 374, 375; A. N. II 2 §§ 521—554; sächs. GB. §§ 2203—2209, hier jedoch beschränkt; württ. Recht bei Stein §§ 70—72; Roth §§ 313, 314 u. l.). Aufgegeben ist das Institut außer vom Code von verschiedenen neueren Rechten (Unger § 19 Anm. 2; Mommsen, Mot. S. 237—239; heff. Entw.), auch vom preuß. Entw. v. 1835. In Ansehung desjenigen Vermögens, welches der Ascendent selbst auf den Todesfall zuwendet, bedarf der Erblasser gegenüber dem Institute der Nacherbfolge bz. der Ersatzberufung der Pupillarsubstitution nicht, um die Zwecke zu erreichen, welche es bezielt. In Ansehung des eigenen Vermögens des Pupillen oder Quasi-Pupillen bildete das Institut schon im röm. Rechte eine auffallende Ausnahme gegenüber der höchstpersönlichen Natur der Testirbefugniß. Mit Rücksicht auf die Auffassung, welche die §§ 1501 ff. über die elterliche Gewalt erkennen lassen, wäre eine solche Ausnahme noch weniger zu rechtfertigen; denn dem Entw. ist die römischrechtliche Auffassung der väterlichen Gewalt durchaus fremd. Erfahrungsmäßig wird in der Gegenwart vom Institute nur sehr selten Gebrauch gemacht. Ueberdies haben auch nicht häufig die unter elterlicher Gewalt stehenden Kinder eigenes Vermögen von Belang.

Für das Institut kann geltend gemacht werden, daß es geeignet sei, die Kinder vor Gefahren zu schützen, welche ihnen, so lange sie nicht selbst lektwillig verfügen können, leicht von den nächsten Gesetzserben drohen möchten. Allein eine solche Besorgniß kann nur in den seltensten Fällen begründet sein; dann aber läßt sich auf anderem Wege Abhülfe schaffen. Es ist nur Sorge zu tragen, daß habgüchtigen und gewissenlosen Verwandten achtsame und energische Vormünder gegenüberstehen. Immerhin ist es nicht Aufgabe des bürgerlichen Rechtes, für den Schutz des Lebens und der Gesundheit der Unmündigen zu sorgen. Weiter wird in dem Institute ein Mittel

Eintragung
in's
Grundbuch.

Verpflichtungen
aus
Schenkungen.

| S. 132.

Anordnung
„freier
Verfügung“.
(G. § 2137.)

Pupillar-
substitution.

| S. 133.

gefunden, unwürdigen gesetzlichen Erben den Nachlaß zu entziehen. Für die Fälle der eigentlichen Unwürdigkeit ist in den §§ 2045 ff. vorgesehen. Darüber hinaus kann es nicht die Aufgabe des bürgerlichen Rechtes sein, zu bewirken, daß das hinterlassene Vermögen nur in würdige Hände gelange. Andererseits bietet das Institut keine Gewähr, daß die Befugniß, für das Kind letztwillig zu verfügen, nicht zu willkürlichen Verfügungen gemißbraucht wird, welche einem unbegründeten Familienhaffe oder grundlosen Neigungen oder Abneigungen entspringen.

4. Titel: Vermächtniß.

Vor-
bemerkung.

Der Entw. gebraucht das Wort „Vermächtniß“ in verschiedenem Sinne. Das Wort bedeutet die Vermächtnißverfügung oder auch deren Erfolg, und im letzteren Falle bald den Erfolg für den Bedachten (die objektive Zuwendung), bald den Erfolg für den Beschwerten (die objektive Beschwörung), endlich auch den Gegenstand der Verfügung. Das Wort „Vermächtniß“ nur in einem Sinne zu gebrauchen, ist nicht rathsam. Das Gesetz würde sonst vielfach zu einer schwerfälligen Sprachweise gebrängt, ohne an Deutlichkeit zu gewinnen. Mißverständnisse über den Sinn, in welchem im einzelnen Falle von dem Vermächtnisse gesprochen wird, sind nicht zu befürchten. Die Worte „Zuwendung“ und „Beschwörung“ sind mindestens im Sinne der betr. Verfügung und im Sinne des Erfolges der Zuwendung verwendbar. Von diesen gilt das Gleiche.

Ablehnung
des
Vindikations-
legates.

§ 134.

Von prinzipieller Bedeutung ist die Frage, ob der mit einem Vermächtnisse Bedachte in allen Fällen auf einen obligatorischen Erfüllungsanspruch zu beschränken oder ob das sog. Vindikationslegat zuzulassen und damit anzuerkennen sei, daß, falls bestimmte Nachlaßgegenstände vermacht sind, das vermachte Recht dem Bedachten ohne Weiteres anfällt oder die vermachte Befreiung | von einer Verbindlichkeit oder Belastung unmittelbar eintritt, vorbehaltlich der Ausschlagung. Das geltende Recht läßt überwiegend das Vindikationslegat zu (Windscheid § 646; Brinz §§ 426, 427; Roth § 367 Anm. 19, § 380 I mit § 324 Anm. 4, 45; AN. I 12 § 288, dazu Dernburg § 144, Eccius § 276 bei Anm. 23, 24; sächs. GB. § 2451; — andererseits für den obligatorischen Anspruch öst. GB., Unger § 64 Anm. 1; heff. Entw. 297; Mommsen § 383 nebst Mot. S. 388 f.). Der Code 1014 braucht einen zweifelhaften Ausdruck „droit à la chose léguée“, den das bad. VR. übersetzt „Eigenthum auf die vermachte Sache“. Zachariae §§ 716, 719 entscheidet für das Vindikationslegat, Sirey vol. I Nr. 16 scheint sich mehr für die schwächere Wirkung auszusprechen. Der Entw. hat das Vindikationslegat nicht aufgenommen.

Für die Anerkennung des Vindikationslegates läßt sich, außer dem ausgedehnten Geltungsgebiete, insbes. geltend machen, daß der Erblasser unter Umständen — und vielleicht sogar in der Regel — ein Interesse daran hat, daß ein Nachlaßgegenstand, den er als einen individuellen vermacht, wirklich in die Hände des Bedachten gelangt. Mit Sicherheit kann er dieses Ergebnis nur erzielen, wenn ihm die Macht gegeben wird, eine solche Verfügung mit dinglicher Wirkung zu treffen. Hat die Anordnung des Erblassers lediglich den Erfolg, daß der Bedachte Gläubiger des Beschwerten wird, so liegt die Gefahr nahe, daß, was der Erblasser bezielte, nicht erreicht wird. Der Erbe kann aus bösem Willen oder auch aus Leichtsinne über den Gegenstand der Zuwendung verfügen; selbst die persönlichen Gläubiger des Erben sind in der Lage, auf den Gegenstand zu greifen; Gläubiger des Erblassers können, obwohl es an anderen genügenden Befriedigungsmitteln im Nachlasse nicht fehlt, den Gegenstand der Zuwendung als Objekt der Zwangsvollstreckung wählen. Allein es erscheint dennoch unzulässig, dem Erblasser das dingliche Verfügungsrecht in der Form des Vindikationslegates einzuräumen. Der Entw. behandelt die bloße Willenserklärung in Ansehung der vorzugsweise zu berücksichtigenden Eigenthumsübertragung als nicht ausreichend zur Herbeiführung des Ueberganges des Eigenthumes im Wege der Sonder-nachfolge durch Rechtsgeschäft unter Lebenden; er erfordert vielmehr den Zutritt eines äußeren Thatumstandes (Uebergabe, § 874, Auflassung bz. Buchung § 868 mit § 828). Es mag aber dahingestellt bleiben, ob mit diesem Systeme die Anerkennung des Vindikationslegates sich vereinigen läßt. Jedenfalls läßt das Vindikationslegat mit dem das Immobilienrecht beherrschenden Grundbuchsysteme sich kaum oder doch nur schwer, in Einklang bringen. Um dies zu erreichen, müßten zahlreiche Sondervorschriften gegeben werden, welche dem Verkehre wenig dienlich sein würden. Das Hauptgewicht wohnt dem Umstande bei, daß der Erbe, welcher allein verpflichtet ist, für die Nachlaßverbindlichkeiten zu haften, berechtigt wie verpflichtet ist, den Nachlaß zu liquidiren, und deshalb in der Lage sein muß, erforderlichenfalls auch über den vermachten Gegenstand, welcher gleichfalls für die Erbschaftsschulden haftet, zu verfügen. Geht der vermachte Gegenstand | unmittelbar auf den Vermächtnißnehmer über, so wird dem Erben nicht nur diese Befugniß entzogen, sondern er läuft sogar Gefahr, in den Fällen, in welchen der vermachte Gegenstand zur Schuldentilgung herangezogen werden muß, sich lediglich auf einen persönlichen Erbschaftsanspruch an den Vermächtnißnehmer beschränkt zu sehen, einen Anspruch, der vielleicht werthlos ist, wenn der Vermächtnißnehmer bereits über den Gegenstand verfügt hat, wie er dies

§ 135.

unbehindert zu thun vermögen würde. Mittelbar werden in solchem Falle auch die Gläubiger des Erblassers betroffen.

Das geltende Recht sucht der sich ergebenden Gefährdung des Erben und der übrigen Nachlassgläubiger dadurch entgegenzuwirken, daß der Vermächtnißnehmer thunlichst gehindert wird, über den vermachten Gegenstand zu verfügen. Es gestattet ihm nicht, eine vermachte bewegliche Sache ohne Zustimmung des Erben in Besitz zu nehmen (Windscheid § 649 Anm. 4; Brinz § 426 Anm. 9; Roth § 338 Anm. 87; AN. I 12 § 311; Code 1014 Abs. 2; sächs. GB. § 2438); es wird zur Umschreibung gebuchter Rechte auf den Vermächtnißnehmer die Einwilligung des Erben erfordert (preuß. G. v. 23., 26., 27, 28. März 1873 und Dernburg § 144 Anm. 5, 6, Eccius § 276 Anm. 29; für das gemeine Recht Seuffert 21 Nr. 134; sächs. GB. § 2451), die wirksame Einziehung einer vermachten Forderung wird an die Zustimmung des Erben gebunden (vgl. Eccius § 276 Anm. 28; Dernburg § 150 Anm. 7—9; für das franz. Recht Zachariae § 723, jedoch auch Art. 1689; sächs. GB. § 2477 mit § 962). Eine solche Regelung führt indessen zu einer Zwittergestaltung, welche nach keiner Seite hin befriedigt (vgl. Mommsen's Mot. S. 389).

Obher läßt sich in Frage stellen, ob der Gefährdung des Erben und der Gläubiger nicht dadurch vorgebeugt werden könnte, daß, unter Verbeibehaltung des vindiktionslegates, der Vermächtnißnehmer einem Veräußerungsverbote unterstellt würde (vgl. Windscheid § 648 Anm. 18; Brinz 428 Nr. 4; Unger § 64 Anm. 10). Allein ein solches, welches kein absolutes, sondern nur ein relatives sein könnte, hat nur einen beschränkten Erfolg (vgl. Mot. 1 S. 212 ff.), und gewährt dem Erben keine Verfügungsmacht über den vermachten Gegenstand; diese läßt sich mit einem unmittelbaren dinglichen Erwerbe des Vermächtnißnehmers in keiner Weise vereinigen. Liegt die Anerkennung der Verfügungsmacht des Erben im allgemeinen Interesse und ist eine solche zum Schutze der Gläubiger nicht zu entbehren, so muß vom unmittelbaren Rechtserwerbe des Vermächtnißnehmers abgesehen werden. — Wird nach anderweiten Sicherungsmitteln gesucht, so erhebt sich die Frage, ob nicht dem Vermächtnißnehmer dadurch ein Schutz gegen die ihm drohenden Gefahren gewährt werden könnte, daß zu seinen Gunsten der Erbe einem relativen gesetzlichen Veräußerungsverbote unterstellt würde. Gegen ein solches sprechen nicht die gleichen Bedenken wie gegen das vindiktionslegat. Das Verbot könnte überdies dahin beschränkt werden, daß | S. 136.
denjenigen Gläubigern, welche bereits Gläubiger des Erblassers waren, der Zugriff frei bliebe, und daß auch der Erbe über den vermachten Gegenstand insoweit frei verfügen könnte, als dies zum Zwecke der Befriedigung jener Gläubiger erforderlich wäre. Allein mit einem solchen Verbote würde der angestrebte Zweck nur sehr unvollkommen erreicht werden. Es giebt kein Mittel, das Verbot in Ansehung der beweglichen Sachen und Forderungen zur Kenntniß eines jeden Dritten zu bringen. Verfügt der Erbe über die vermachte bewegliche Sache unter Nichtbeachtung des Verbotes, so wird der dritte Erwerber vielfach durch die Vorschriften über den Erwerb im guten Glauben (vgl. besonders die §§ 877—879, 1018 Abs. 2, § 1147 Abs. 2) geschützt sein. Hinsichtlich der Forderungen, welche einem Veräußerungsverbote unterliegen, ist im Allgemeinen dem Schuldner, der in Unkenntniß des Verbotes zahlt, ein besonderer gesetzlicher Schutz vom Entw. nicht gewährt (vgl. Mot. 1 S. 214). Sollte zu Gunsten des Vermächtnißnehmers dem Erben ein Veräußerungsverbot auferlegt werden, so wäre es geboten, Fürsorge zu treffen für den Erbschaftsschuldner, welcher, ohne Kenntniß vom Vermächtnisse, die Leistung an den Erben bewirkt. Gechähe dies, so träte im Wesentlichen das gleiche Ereigniß ein wie in Ansehung der beweglichen Sachen. In Ansehung der gebuchten Rechte wäre es freilich möglich, durch Eintragung gemäß § 837 das Verbot zur Kenntniß Dritter zu bringen. Allein gerade für diese Rechte bedarf der Vermächtnißnehmer keines besonderen Schutzes; es genügt das ihm an sich schon zu Gebote stehende Auskunftsmittel der einstweiligen Verfügung (C.P.O. §§ 814 ff.). Wird hiernach mit einem solchen Verbote wenig erreicht, so fällt um so mehr ins Gewicht, daß es wie jedes Veräußerungsverbot, bedenkliche Störungen des Verkehrs nothwendig im Gefolge hat, und daß wegen der oben angedeuteten unentbehrlichen Beschränkungen desselben zu Gunsten der bezeichneten Gläubiger und zu Gunsten der beschwerten Erben, soweit die Verfügung zum Zwecke der Befriedigung jener Gläubiger erforderlich ist, das Recht ein ziemlich verwickeltes sein würde. — Endlich ist nicht zu übersehen, daß dem Erblasser, wenn er den Erben nicht für zuverlässig hält, oder wenn er besorgt, der Erbe werde, auch wenn er die Erbschaft erlangt, nicht solvent werden oder bleiben, unbenommen ist, durch Ernennung eines Vollstreckers (§§ 1889 ff.) den Vermächtnißnehmer vollständig zu sichern.

§§ 1842, 1843 (II 2018, 2019, B. 2123, 2124, R. 2121, 2122, G. 2147, 2148).

1. Nachdem der § 1756 Abs. 2 klargestellt hat, wer mit Vermächtnissen beschwert werden kann, bestimmt der § 1842, wer als der wirklich Beschwerte in der Regel zu betrachten ist. Die dispositiven Vorschriften, daß der Erbe als beschwert anzusehen, sofern nicht der Erblasser ein Anderes angeordnet hat, welche in der Fassung an § 1756 sich anschließt, stimmt mit dem geltenden Rechte im Wesentlichen überein, vgl. AN. I 12 § 289, | welches jedoch nur von Vermächtnissen spricht, | S. 137.

Veräußerungsverbot.

| S. 136.

I. Der Beschwerte.
1. Der Erbe.

| S. 137.

die nach barem Gelde zu bestimmen sind; sächs. GB. § 2390, 2393; Code 1017; vgl. ferner Windscheid § 626 Nr. 3; Roth § 318 Anm. 35; Brinz § 422 Anm. 1—3; Eccius § 252 S. 453, 454; Unger § 55 Nr. 2 Abs. 2; heff. Entw. 288; Mommsen § 342.

2. Mehrere Erben oder Vermächtnißnehmer.

2. Für den Fall, daß mehrere Erben oder Vermächtnißnehmer mit demselben Vermächtnisse beschwert sind, giebt der § 1843 die Auslegungsregel, daß sie nach Verhältniß der Erbtheile bz. des ihnen Zugewendeten beschwert sein sollen. Offen bleiben also die Fälle, in welchen ein Erbe und ein Vermächtnißnehmer oder mehrere Erben und ein oder mehrere Vermächtnißnehmer beschwert sind. Für die letztbezeichneten Fälle läßt sich eine allgemein zutreffende Regel nicht geben, weil die Sachlage zu verschieden sein kann; zumeist wird auch für solche Fälle der aufgestellte Grundfatz den richtigen Weg anzeigen.

Es ist nur eine Auslegungsregel aufgestellt; denn vor Allem kommt es darauf an, was der Erblasser gewollt hat. Die gleiche Regel ist gegeben, mögen mehrere (eingesetzte oder gesetzliche) Erben oder mehrere Vermächtnißnehmer beschwert sein, während das gemeine Recht (Windscheid § 626 Nr. 2; Brinz § 422 bei Anm. 5) und das sächs. GB. §§ 2391/2, 2394 zwar die Erben nach Verhältniß der Erbtheile, aber die Vermächtnißnehmer stets zu gleichen Theilen die Last tragen lassen. Das W.N. I 12 §§ 289, 293, der Code 1017, das öst. GB. § 649 (Unger § 55 Anm. 9), Mommsen §§ 342, 344; der heff. Entw. 288, 289 Abs. 2 lassen dagegen, wie der Entw., die Beschwerten stets nach Verhältniß der Erbtheile oder des Zugewendeten haften. Für eine Ausnahme in Ansehung des Falles, daß das Verhältniß des mehreren beschwerten Vermächtnißnehmern Zugewendeten nur durch Schätzung sich ermitteln läßt, dahin, daß alsdann im Zweifel Haftung zu gleichen Theilen eintrete (Mommsen § 344), sprechen gewiß nicht überwiegende Gründe. Der Fall kann um so mehr übergangen werden, als nur eine Auslegungsregel aufgestellt ist. Mit dem gemeinen Rechte (Windscheid § 626 Anm. 11; Roth § 318 Anm. 37) und einigen anderen Rechten (vgl. Dernburg § 136 Anm. 13; Eccius § 252 Anm. 13) zu unterscheiden, ob die beschwerten Erben ohne Bezugnahme auf ihre Eigenschaft als Erben als diejenigen bezeichnet sind, welche beschwert sein sollen, oder mit dem gemeinen Rechte Gewicht darauf zu legen, ob die beschwerten Erben unter Nennung des Namens belastet sind oder nicht, erscheint nicht gerechtfertigt. Hervorzuheben, daß die Verschiedenheit der Ausdrucksweise in dieser Hinsicht ohne Belang ist, besieht kein Anlaß. Die Fassung der Vorschrift wird darüber keinen Zweifel lassen. — Ist der Gegenstand des Vermächtnisses untheilbar, so haften die mehreren Erben als Gesamtschuldner (vgl. §§ 340, 341). Dies auszusprechen (Mommsen § 345; Unger § 55 bei Anm. r), ist nicht erforderlich.

§ 138. Alternative Beschwerung.

Im gemeinen Rechte findet sich eine Entscheidung für den Fall, daß Mehrere mit demselben Vermächtnisse in der Art beschwert sind, daß die eine oder die andere Person die Leistung bewirken soll, und zwar dahin, daß anzunehmen sei, die Anordnung sei auf Begründung eines Gesamtschuldverhältnisses gerichtet (Windscheid § 626 Anm. 12; Roth § 318 Anm. 38; Brinz § 422 Anm. 7; Dernburg § 136 Anm. 16). Für den bezeichneten seltenen Fall ist eine Vorschrift nicht erforderlich. Sollte ein solcher Fall einmal vorkommen, so wird die Gesetzesauslegung mit Hilfe des § 321 zu einem angemessenen Ergebnisse gelangen. Der Umstand, daß im § 1769 Abs. 2 der alternativen Zuwendung gedacht ist, rechtfertigt nicht die Aufnahme einer Vorschrift, denn im letzteren Falle liegt die Sache nicht so einfach wie hier (vgl. S. 34).

§§ 1844—1846 (II 2021, 2028, B. 2126, 2133, R. 2124, 2131, G. 2150, 2157).

II. Der Bedachte.

Wer mit Vermächtnissen bedacht werden kann, ergibt sich aus den §§ 1758, 1759. An dieser Stelle sind daher nur noch Vorschriften erforderlich, wer als bedacht anzusehen ist, wenn der Erblasser den Erben mit einem Veräußerungsverbote beschwerte (§ 1844), ob und mit welchem Erfolge auch ein Erbe bedacht werden kann (§ 1845), ferner, entsprechend den §§ 1792—1796, welche Bedeutung dem Umstande beizulegen ist, daß eine Mehrzahl von Personen mit demselben Vermächtnißgegenstande bedacht wurde (§ 1846).

1. Verbot der Veräußerung etc. (G. —)

1. Der Wille des Erblassers, daß ein bestimmter Gegenstand zunächst an den bedachten Erben, später aber an eine andere Person gelangen soll, kleidet sich nicht selten in die unvollständige und nach dem Wortsinne rechtlich wirkungslose Ausdrucksweise eines Veräußerungsverbotes. Es besteht daher ein praktisches Bedürfniß, für die Ergänzung des so geäußerten Willens zu sorgen. Hiervon ausgegangen, ist es als gleichbedeutend zu erachten, ob die Veräußerung oder die Verfügung von Todeswegen verboten ist. In beiden Fällen will der Erblasser, daß der Gegenstand im Vermögen des ersten Empfängers festgehalten wird und alsdann an den Nächstbedachten gelangt. — Ist eine Person bezeichnet, zu deren Gunsten das Verbot gereichen soll, so ist der Zuwendungswille zweifellos. Dieser Wille würde vielleicht auch ohne eine dispositive Vorschrift im Wege der Auslegung festgestellt werden können. Der § 1844 bestimmt, übereinstimmend besonders mit dem gemeinen Rechte (Windscheid § 637 Anm. 4 ff. mit § 625

Ann. 14—16; Brinz § 163 Ann. 12; Unger § 57 Ann. 5; Mommsen § 359 Abs. 1), daß die bestimmte Person nach dem Tode des Erben den Gegenstand als Vermächtniß erhalten soll.

Von besonderer praktischer Bedeutung ist aber eine Entscheidung für den Fall, daß es an der Bezeichnung einer Person, welche begünstigt werden soll, | fehlt. Solche Fälle, in welchen die Erhaltung in der Familie des Erblassers gewollt ist, sind häufig. Greift in diesen Fällen das Gesetz nicht ergänzend ein, so ist zu befürchten, daß die Verfügung nicht in Kraft erhalten wird, obschon der wirkliche Wille des Erblassers zweifellos ist. Im gemeinen Rechte wird in der That vielfach angenommen, ein solches Verbot sei wirkungslos (Mommsen's Mot. S. 372, 373; Dernburg § 163 Ann. 12). Der Entw. ergänzt hingegen, im Wesentlichen übereinstimmend mit einer Mehrzahl der neueren Rechte (M.R. I 12 §§ 534, 535: zu Gunsten „der Familie“, dazu Dernburg § 163 bei Ann. 12, 13, Eccius § 254 Ann. 33; sächs. O.B. §§ 2387, 2526: Verbot einer letztwilligen Verfügung; hess. Entw. 163), die Willenserklärung dahin, daß die gesetzlichen Erben des Erben nach dem Tode des letzteren den Gegenstand als Vermächtniß erhalten sollen.

2. Daß auch einem Erben ein Vermächtniß zugewendet werden kann (§ 1845 Abs. 1), entspricht wohl allen geltenden Rechten (Windscheid § 627; Brinz § 423a; Roth § 318 Ann. 16 ff.; M.R. I 12 §§ 262, 271, 273; Dernburg § 137; Eccius § 252 bei Ann. 19 ff.; Unger § 55 Ann. 9—11; sächs. O.B. §§ 2401—2403; Mommsen § 351; hess. Entw. 135, 136). Der Entw. spricht die Zulässigkeit eines solchen Vermächtnisses aus und wählt, im Anschlusse an Unger S. 253, als technischen Ausdruck „Vorausvermächtniß“ als den bezeichnenderen Ausdruck, wenn dieser auch vielleicht weniger gebräuchlich ist, als „Vorvermächtniß“. Unter den Begriff des Vorausvermächtnisses fällt es an sich auch, wenn einer von mehreren Miterben zu Gunsten eines anderen Miterben beschwert ist; dieser Fall bietet jedoch nichts Besonderes.

Ist hingegen ein Vermächtniß dergestalt angeordnet, daß der Erbe selbst mitbeschwert ist, so zeigt sich im geltenden Rechte eine Verschiedenheit. Im gemeinen Rechte wird in solchem Falle das letztere Vermächtniß nur insoweit als gültig angesehen, als es auf den Erbtheilen der Miterben haftet (Windscheid § 627 Ann. 2, 4—6; Roth § 318 Ann. 17, 19—21). In Ansehung des Theiles, zu welchem der Erbe selbst belastet ist, gilt es als nichtig auf Grund des Satzes, daß Niemand Berechtigter und Verpflichteter in einer Person sein kann. Das sächs. O.B. §§ 2401, 2402 folgt dem gemeinen Rechte. Der Entw. lehnt diese Auffassung ab (Abs. 2). Die aus ihr sich ergebenden und im gemeinen Rechte gezogenen Schlussfolgerungen stehen mit dem anzunehmenden Willen des Erblassers in einem unverkennbaren Widerspruche. Wenn ein solches Vorausvermächtniß angeordnet ist, so will sichtbar der Erblasser den bedachten Erben nicht ungünstiger stellen, als er an sich steht, sondern sein Wille geht dahin, der bedachte Erbe solle in Ansehung des Theiles, welcher auf ihn selbst als Erben fällt, zwar alle Rechte als Erbe behalten, zugleich aber, soweit die Eigenschaft als Vermächtnißnehmer ihm eine günstigere Stellung gewährt, auch die letztere Stellung haben. Demgemäß behandelt der Entw. das Vorausvermächtniß, soweit es dem bedachten Erben selbst zur Last fällt, im Wege der | Fiktion als ein wirksames Vermächtniß gegenüber Allen, welchen gegenüber es dem bedachten Erben vorteilhaft sein kann, mithin gegenüber den Miterben, den übrigen Vermächtnißnehmern und den Nacherben. Ein Vindikationslegat liegt somit auch insoweit, als das Vorausvermächtniß auf dem bedachten Erben selbst lastet, nicht vor. Der Entw. stimmt in dieser Behandlung des Vorausvermächtnisses überein mit der Mehrzahl der neueren Rechte (Unger § 55 Ann. 10, 11; M.R. I 12 § 262, Eccius § 252 Ann. 22 ff., Dernburg § 137 Ann. 7 ff.; bayer. M. III 6 § 5; Roth § 318 Ann. 21; hess. Entw. 135, 136). Zu beachten ist, daß die Eigenschaft als Vermächtnißnehmer auch dann in Betracht kommt, wenn der Nachlaß zwar hinreicht, um die Gläubiger des Erblassers, nicht aber alle Vermächtnißnehmer, oder doch nur diese, zu befriedigen. — Eine Anlehnung an das deutschrechtliche Institut des „Voraus“ (Mommsen § 351; Unger § 55 Ann. 11; Eccius § 252 Ann. 21) ist abgelehnt, weil damit, wenn auch diese Lösung zu einem ebenfalls befriedigenden Ergebnisse führen mag, ein wenig klares Rechtsverhältnis geschaffen wird. — Von selbst versteht sich, daß die Anordnung keine Bedeutung hat, wenn der bedachte Erbe der einzige Erbe ist, die Erbschaft erwirbt und andere Vermächtnisse nicht angeordnet sind, und daß für das einem Miterben bestimmte Vorausvermächtniß, wenn ein Beschwerten nicht bezeichnet ist, alle Miterben, einschließlich des Bedachten, gemäß dem § 1843 als nach Verhältnis ihrer Erbtheile beschwert anzusehen sind.

Die Frage, ob der Erbe das Vorausvermächtniß annehmen kann, auch wenn er die Erbschaft ausschlägt, bejaht der § 1845 Abs. 3, in Uebereinstimmung mit dem überwiegend geltenden Rechte (Unger § 55 Ann. 10; Windscheid § 627 Ann. 5; Roth § 318 Ann. 18; Dernburg § 137 Ann. 12; Eccius § 252 bei Ann. 26, 27, § 269 Ann. 61; sächs. O.B. § 2403; hess. Entw. 350 Abs. 1; Mommsen § 351 Abs. 3). Wenn der Erblasser das Vorausvermächtniß von der Bedingung der Annahme der Erbschaft abhängig gemacht hat, so liegt wohl ein bedingtes Vorausvermächtniß vor. — Nicht erforderlich ist eine besondere Vorschrift in Ansehung derjenigen Ver-

| S. 139.

2. Vorausvermächtniß. (O. § 2150.)

Beschwerung des Bedachten selbst.

| S. 140.

Annahme bei Ausschlagung der Erbschaft.

fügungen, durch welche der Erblasser einen Nachlaßgegenstand einem Erben mit der Bestimmung zuweist, er solle den Gegenstand auf seinen Erbtheil erhalten (von Unger § 55 Anm. 11 „Sineinvermächtniß“ genannt; vgl. Dernburg § 137 Anm. 26; Eccius § 252 Anm. 26, § 249 Anm. 115).

3. Mehrere mit demselben Gegenstande bedachte. (G. § 2157.)

3. Für den Fall, daß mehrere Personen als Erben ohne oder ohne ausreichende Theilbestimmung eingesetzt sind, bestimmt der Entw. in den §§ 1792—1796. Jene Vorschriften werden für entsprechend anwendbar erklärt, wenn es sich um die Theilung unter mehreren Bedachten in Ansehung eines und desselben Vermächtnißgegenstandes handelt (§ 1846 Abs. 1). Auch hier ist der erkennbare Wille des Erblassers zunächst maßgebend. Ist der Wille des Erblassers nicht erkennbar, so erscheint es angemessen, dieselben Theilungsgrundsätze, wie bei der Erbeinsetzung anzuwenden. Die entsprechende Anwendung des § 1794 ist dahin zu lesen „sofern der Wille des Erblassers erhellt, daß die Vermächtnißnehmer den vermachten Gegenstand ganz erhalten (also den Beschwerten ausschließen) sollen“. — Das geltende Recht ist in dieser Hinsicht nicht übereinstimmend. So enthält das gemeine Recht besondere Regeln für die Theilung des Vermächtnißgegenstandes, welche von denen für die Erbeinsetzung abweichend (Windscheid § 625 Anm. 5 ff.; Brinz § 423; Roth § 318 Anm. 11 ff.); ihm folgen darin einige Rechte (sächs. GB. §§ 2397—2400; Mommsen §§ 347, 348), während andere Rechte sich jeder Regelung dieser Fälle enthalten (Unger § 55 Nr. 3; wegen des AN. vgl. Eccius § 252 Anm. 18 mit § 251 bei Anm. 77 ff., Dernburg § 135 Anm. 6 ff.; vgl. ferner Hess. Entw. 154). Für die Entscheidung des Entw. ist maßgebend, daß es nicht rathsam erscheint, von Auslegungsregeln abzugehen, daß aber andererseits kein Anlaß ersichtlich ist, in dieser Beziehung besondere Regeln aufzustellen, zumal diejenigen des gemeinen Rechtes und der ihm im Wesentlichen sich anschließenden Rechte, soweit sie von den für die Erbeinsetzung gegebenen abweichen, gewagt erscheinen. Wegen der Verbindung der mehreren Bedachten in einem Satze (sächs. GB. § 2397; Mommsen § 347) gilt das zum § 1796 S. 68 Bemerkte.

[S. 141.]

Forderung, vertretbare Sachen.

Daß auch dann, wenn eine Forderung oder eine Menge vertretbarer Sachen Gegenstand des Vermächtnisses ist, mehrere Vermächtnißnehmer als mit demselben Gegenstande bedacht gelten sollen (Abs. 2), ist deshalb besonders vorgeschrieben, weil bei derartigen Zuwendungen wegen der Natur des Gegenstandes und in Ansehung der auf theilbare Leistungen gerichteten Forderungen wegen des im § 320 ausgesprochenen Grundsatzes (nomina ipso jure divisa sunt) angenommen werden könnte, es liege eine Realtheilung vor. Dies würde zu dem Mißverständnisse Anlaß geben können, in solchen Fällen fände der Abs. 1 keine Anwendung.

Die Bedeutung des § 1846 zeigt sich auch bei der Anwachsung (vgl. § 1870); er muß aber nicht minder bei der Ersatzberufung zur Anwendung gelangen; deshalb ist es rathsam, die Vorschrift bereits hier aufzunehmen und dadurch die ihr zukommende weitere Bedeutung klarzustellen.

§§ 1847—1852 (II 2040, 2041, B. 2145, 2146, R. 2143, 2144, G. 2169, 2170).

III. Gegenstand
1. Unbestimmte Bezeichnung.
(G. —)

[S. 142.]

Möglicher Gegenstand.

1. Für den Fall, daß die Leistung, welche den Gegenstand des Vermächtnisses bilden soll, weder bestimmt bezeichnet noch nach den Anordnungen des Erblassers zu ermitteln ist, erklärt der § 1847 das Vermächtniß für nichtig. Die Fassung schließt sich an § 352 an. Durch Verwendung der Mehrheit „Anordnungen“ gelangt zum Ausdruck, daß der letzte Wille in seiner Gesamtheit zu berücksichtigen ist, nicht ausschließlich der Wortlaut der einzelnen Verfügung. Die Nothwendigkeit einer solchen Vorschrift, wenngleich sie im Wesentlichen einen rechtswissenschaftlichen Satz enthält, ergibt sich für den Entw. daraus, daß der § 352 aufgenommen ist, dieser sich aber nur auf Verträge bezieht. Die Gründe, welche die Aufnahme des § 352 rechtfertigen (Mot. 2 S. 191), treffen für das Vermächtniß in gleichem Maße zu. Wegen des geltenden Rechtes vgl. Windscheid § 633 Anm. 18, § 655 Anm. 8; Roth § 322 II; Unger § 60; Eccius § 252 S. 459.

Res extra commercium.

Der Entw. hat von besonderen Vorschriften darüber, was Gegenstand des Vermächtnisses sein kann, soweit solche nicht aus den §§ 1848—1864 zu entnehmen sind, abgesehen. Er bedarf solcher Vorschriften nicht mit Rücksicht auf die dargelegte Grundauffassung, daß das Vermächtniß nur eine obligatorische Verpflichtung des Beschwerten begründet, und demgemäß Alles, was Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein kann, zum Gegenstande eines Vermächtnisses gemacht werden kann. Deshalb besteht auch kein Anlaß, zu bestimmen, daß eine Handlung des Beschwerten, soweit eine solche Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein kann, Gegenstand eines Vermächtnisses zu sein vermag (vgl. AN. I 12 § 387; Mommsen § 352, Mot. S. 369). — Abweichend von der Mehrzahl der geltenden Rechte (Windscheid 634 Anm. 5, 6; Brinz § 414 Anm. 1 ff.; Roth § 322 Anm. 2 ff.; AN. I 12 §§ 386, 456; öst. GB. §§ 653, 654; sächs. GB. §§ 2408—2410; Mommsen § 353), enthält sich der Entw. ferner einer Vorschrift über die Anwendung verkehrsunfähiger Sachen durch Vermächtniß. Für den Entw. ist entscheidend, daß im Sachenrechte von der Aufstellung des Begriffes verkehrsunfähiger Sachen abgesehen ist (Mot. 3 S. 25 ff.), und daß auch in Ansehung des obligatorischen Vertrages über solche Sachen nichts bestimmt ist (vgl. Mot. 2 S. 177), sowie daß es sich auch hier um die Gültigkeit und Wirksamkeit des Vermächtnisses aus dem Gesichtspunkte der Zulässigkeit handelt.

2. Der vermachte Gegenstand kann dem Erblasser, einem Dritten, dem Beschwerten oder dem Bedachten gehören. Die hieraus sich ergebenden verschiedenen Fragen werden in den §§ 1848 bis 1852 beantwortet. Der Entw. unterscheidet nicht, wie es die Mehrzahl der geltenden Rechte thut, ob der vermachte Gegenstand dem Beschwerten oder einem Dritten gehört. Es fehlt an inneren Gründen zu einer solchen Unterscheidung. Denn wird gemäß § 1850 davon ausgegangen, der Erblasser würde den Gegenstand nicht vermacht haben, wenn er gewußt hätte, daß der Gegenstand ihm nicht gehöre, so kann es auch keinen Unterschied machen, ob der Gegenstand dem Beschwerten oder einem Dritten gehört. Der Umstand, daß das Vermögen des Erblassers und das des Erben in gewissen Beziehungen zu einem Ganzen zusammenfließen, ändert daran insofern nichts, als der Erblasser immer nur über sein Vermögen, nicht aber über das Vermögen des Erben zu verfügen berechtigt ist. Wenn das geltende Recht anders bestimmt, so ist dies sichtbar nur ein Nachklang des röm. Rechtes, welches von anderen Gesichtspunkten ausging. Demgemäß sind auch Vorschriften für den Fall, daß die Voraussetzung des Erblassers darüber, ob der Gegenstand dem Beschwerten oder einem Dritten gehört, nicht zutrifft, entbehrlich. Hat der Erblasser nur erklärt, ihm gehöre der Gegenstand nicht, so könnte zweifelhaft erscheinen, ob das Vermächtniß nicht für unwirksam zu erklären sei, wenn der Gegenstand nicht dem Beschwerten, sondern einem Dritten gehört, und ob nicht das Gleiche um so mehr gelten müsse, wenn der Erblasser einen Gegenstand, welcher dem Beschwerten nicht gehört, als ihm gehörend bezeichnet hat. Indessen besteht kein hinreichender Grund, solche Fälle besonders zu entscheiden. Die allgemeinen Grundsätze genügen, insbes. die Anwendbarkeit des § 1781. In den bezeichneten Fällen erscheint der Schluß nicht zwingend, daß der Erblasser im Zweifel den Gegenstand nur habe zuwenden wollen, wenn er zur Zeit der Anordnung des Vermächtnisses oder doch zur Zeit des Eintrittes des Erbfalles im Vermögen des Beschwerten sich befände. Vielmehr wird in der Regel der Erblasser dem Bedachten den Gegenstand zuwenden wollen, gleichviel wem er gehört. Hat der Erblasser sich wirklich durch die irrige Annahme, der vermachte Gegenstand gehöre dem Beschwerten, zur Anordnung des Vermächtnisses bestimmen lassen und ist dieser Irrthum aus der Verfügung ersichtlich, so unterliegt das Vermächtniß der Anfechtung. Daß in diesem Falle nur Anfechtbarkeit, nicht Unwirksamkeit eintritt, und erstere nur dann, wenn die Verfügung selbst über den Irrthum Auskunft giebt, kann vielleicht Bedenken hervorrufen; allein diese Bedenken sind von allgemeinerer Tragweite und richten sich gegen § 1781 überhaupt, widerlegen sich also aus den Gründen, auf welchen der § 1781 beruht.

2. Dem Erblasser oder einem anderen gehörender Gegenstand.

§. 143.

Ist über fremdes Gut verfügt, so liegt nicht nothwendig ein ungültiges Vermächtniß vor*). Denn, wie durch Vertrag unter Lebenden die Leistung eines fremden Gegenstandes gültig übernommen werden kann (§ 348), so muß auch durch Verfügung von Todeswegen die Verpflichtung zur Leistung eines fremden Gegenstandes gültig auferlegt werden können. Allein bei der Verfügung von Todeswegen ist davon als Regel auszugehen, daß der Erblasser über Gegenstände seines Nachlasses, nicht über fremdes Gut hat verfügen wollen. Demgemäß kommt es bei der Verfügung, abweichend von den Rechtsgeschäften unter Lebenden, darauf an, ob der Erblasser bei der Errichtung gewußt hat, daß der Gegenstand, über welchen durch Vermächtniß verfügt wird, ihm gehörte oder nicht gehörte. Wußte der Erblasser, daß der Gegenstand ihm nicht gehört oder ist die Vermuthung | widerlegt, daß er davon nicht gewußt hat, so entscheidet der § 1849. Ist über fremdes Gut verfügt, ohne daß der Fall des § 1849 vorliegt, dh. ohne daß der Erblasser den Gegenstand als ihm nicht gehörend bezeichnet hat und ohne daß er die — nicht zu vermuthende — Kenntniß davon hatte, daß der Gegenstand ihm nicht gehöre, so ist das Vermächtniß unwirksam, also nicht lediglich anfechtbar nach Maßgabe des § 1781.

Verfügung über fremdes Gut.

§. 144.

Würde die Anfechtbarkeit bestimmt, so wäre es geboten, das nach dem § 1781 wesentliche Erforderniß fallen zu lassen, daß die Voraussetzung, wegen deren Nichtvorhandenseins angefochten werden kann, erklärt ist. Kein geltendes Recht steht auf diesem Boden. Die entsprechende Anwendung des § 1781 würde aber auch, zumal mit Rücksicht auf die sich anschließenden §§ 1785, 1786 zu Härten führen, gegenüber dem Beschwerten, weil er wegen der kurzen Frist vielleicht nicht in der Lage ist, das Anfechtungsrecht rechtzeitig auszuüben, gegenüber dem Verfügenden, weil er genöthigt wäre, sobald er erfährt, der vermachte Gegenstand sei ein fremder, eine neue Verfügung zu errichten, wenn er verhindern will, daß die nachträgliche Willigung angenommen werde.

Anfechtbarkeit.

Dahingestellt bleiben kann, welches der Grund der Unwirksamkeit ist. Dies ist nur eine Konstruktionsfrage, deren Entscheidung im Geseze nicht erforderlich ist. Von den möglichen Begründungen seien folgende erwähnt: Das Vermächtniß kann wegen wesentlichen Irrthumes als

Grund der Unwirksamkeit.

*) Wegen des geltenden Rechtes vgl. Windscheid § 654; Brinz § 415; Roth § 323; ALR. I 12 §§ 347 ff., Eccius § 252 Anm. 61 ff., Dernburg § 138 Anm. 12; Code 1021, bei dessen Beurtheilung die eigenthümlichen Beweisgrundsätze des franz. Rechtes nicht zu übersehen sind; Unger § 67; sächs. OB. § 2457; Mommsen § 399; heff. Entw. 151.

nichtig erachtet werden, weil der Gegenstand der Verfügung ein ganz anderer ist, als bei dem gewöhnlichen Vermächtnisse, indem an die Stelle der Herausgabepflicht für den Beschwerten die Verpflichtung tritt, den Gegenstand zu verschaffen, und weil nach § 98 davon auszugehen ist, der Erblasser würde die Verfügung nicht getroffen haben, wenn er den wirklichen Sachverhalt gekannt hätte. Ferner kann die Auffassung zu Grunde gelegt werden, es liege an sich nur ein Irrthum im Beweggrunde des Verfügenden vor; dieser nach § 102 an sich belanglose Irrthum müsse hier, entsprechend dem Vorbehalte im § 102 „sofern nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt“, dem wesentlichen Irrthume gleichgestellt werden, weil auf dem Gebiete des Erbrechtes nach § 1778 dem eigentlichen Willen des Erblassers in erhöhtem Maße Rechnung zu tragen sei. Weiter ist es möglich, in dem Umstande, daß der vermachte Gegenstand dem Verfügenden gehört, eine stillschweigende Bedingung (condicio juris) zu finden, so daß der Erblasser gewissermaßen mit dem Zufuge verfügt habe „sofern der Gegenstand mir gehört“. Endlich läßt sich die Ansicht vertreten, es sei regelmäßig als Wille des Erblassers anzunehmen, daß er einen Gegenstand aus seinem Nachlasse zuwenden, somit nur dasjenige vermachen wolle, was er zur Zeit der Verfügung habe und zur Zeit seines Todes noch habe; finde sich das Vermachte nicht im Nachlasse vor, so sei die Leistung unmöglich und damit das Vermächtniß gegenstandslos geworden (vgl. § 1853).

a) Ein dem Erblasser gehörender Gegenstand. (G. § 2189.) | S. 145.

a) Der § 1848 bringt die Auffassung des Entw., welche vorstehend bereits entwickelt ist, zum Ausdruck. Die Fassung „das Vermächtniß ist nur dann wirksam, wenn . . .“ ist gewählt, weil sie dem Gedanken mehr entspricht, daß an sich die Verfügung über fremdes Gut nicht unwirksam ist, und weil sie es ermöglicht, die Ausnahmen einzufügen. Zum Verständnisse des § 1848 ist zugleich die im § 1850 aufgestellte Vermuthung zu beachten, daß bei der Zuwendung eines individuellen Gegenstandes anzunehmen ist, der Gegenstand sei als dem Erblasser gehörend zugewendet, und der Erblasser habe, wenn der Gegenstand ihm nicht gehört, hiervon keine Kenntniß gehabt.

§. 3. der Anordnung

Indem unter Nr. 1 ausgesprochen wird, das Vermächtniß sei nur dann wirksam, wenn der Gegenstand zur Zeit des Erbfalles dem Erblasser gehört, wird zugleich eine Reihe von Entscheidungen getroffen. Es erhellt daraus, daß das Vermächtniß wirksam ist, wenn der Gegenstand dem Erblasser zur Zeit der Anordnung nicht gehört, wohl aber zur Zeit des Erbfalles. Diese Entscheidung ist eine positive, stimmt aber mit einer größeren Zahl der geltenden Rechte (vgl. Windscheid § 654 Anm. 15; W.R. I 12 §§ 315, 316; hess. Entw. 138; Mommsen § 398; Unger § 67 Anm. 5) überein. Abgelehnt ist, in Anlehnung an § 1786 zu bestimmen, das Vermächtniß sei auch dann wirksam, wenn der Erblasser Kenntniß davon erlangt hat, daß die vermachte Sache ihm nicht gehöre, und dennoch unterlassen hat, seine Verfügung aufzuheben, obwohl er hierzu im Stande war, und von der Zeit der Möglichkeit der Aufhebung bis zu seinem Tode ein Jahr verstrichen ist. Durch eine solche Vorschrift würde der Erblasser, wie schon bei Ablehnung des Standpunktes der Anfechtbarkeit hervorgehoben ist, genöthigt werden, eine neue Verfügung zu errichten, um nur dem Wirksamwerden der an sich ungültigen Anordnung vorzubeugen. — Ferner ergibt sich daraus, daß das Vermächtniß auch dann wirksam ist, wenn der bezeichnete Gegenstand irrig als ein fremder bezeichnet ist, obschon er in der That dem Erblasser gehört (vgl. bayer. W.R. III, 7 § 61; ferner Windscheid § 654 Anm. 1; Roth § 323 Anm. 3; Unger § 67 bei Anm. 1). Die Entscheidung rechtfertigt sich deshalb, weil in der Regel der Erblasser, welcher bei Errichtung der Verfügung den vermachten Gegenstand irrthümlich als einen fremden ansieht und bezeichnet, die Zuwendung des Gegenstandes will, nicht weil, sondern obgleich er ein fremder ist. Möglich ist freilich auch, daß der Erblasser durch die irriige Annahme, der Gegenstand gehöre einem Anderen, zur Zuwendung bestimmt worden ist. Trifft diese Voraussetzung zu, so läßt sich vielleicht aus § 98 folgern, die Verfügung sei wegen wesentlichen Irrthumes nichtig. Ob eine solche Folgerung berechtigt sein würde, kann dahingestellt bleiben und ebenso, ob der Irrthum die Verfügung zu einer nach § 1781 anfechtbaren macht. Jedenfalls besteht kein Anlaß, für einen so seltenen Fall etwas Besonderes zu bestimmen und die allgemeinen Grundsätze zu modifiziren.

irrig als ein fremder bezeichnet,

§. 3. des Erb-falles nicht gehörender Gegenstand. | S. 146.

Die Vorschrift entscheidet weiter den Fall, daß der dem Erblasser zur Zeit der Errichtung der Verfügung gehörende Gegenstand diesem zur Zeit des Erbfalles nicht mehr gehört. In diesem Falle ist das Vermächtniß unwirksam, und zwar sowohl, wenn der Erblasser selbst veräußert hat, als dann, wenn er den Gegenstand ohne seinen Willen verloren hat. In Ansehung der Veräußerung entspricht die Vorschrift allen geltenden Rechten, obwohl dieselben dieses Ergebnis meist aus der dem Entw. nicht bekannten Ademption ableiten (Windscheid § 654 Anm. 13 mit § 640 Anm. 5; Roth § 338 Anm. 76, § 323 Anm. 17; W.R. I 12 § 315, Ciccus § 252 Anm. 48; Code 1038; sächs. G.B. § 2418; öst. G.B. § 724; hess. Entw. 185; Mommsen § 367). In Ansehung des Verlustes des Gegenstandes gegen den Willen des Erblassers bestehen im geltenden Rechte verschiedene Auffassungen. Für das gemeine Recht wird die Ansicht vertreten, ein solcher Verlust beseitige das Vermächtniß nicht (Windscheid § 654 Anm. 14). Für das W.R. dürfte wegen I 12 § 315 der Wegfall des Vermächtnisses anzunehmen sein, indessen

bestehen immerhin Zweifel, insbes. für den Fall der Enteignung. Das öst. GB. § 725 erklärt im Falle der Veräußerung auf gerichtliche Anordnung oder der Berichtigung der vermachten Forderung seitens des Schuldners das Vermächtniß als fortbestehend (Unger § 67 Anm. 4). Mommsen (Mot. S. 378, 379) ist der Ansicht, die unfreiwillige Veräußerung berühre die Wirksamkeit des Vermächtnisses nicht; allein er geht von dem Widerrufsstandpunkte aus. Es ist nicht abzusehen, weshalb nicht in allen Fällen des Verlustes des Eigenthumes ohne den Willen des Erblassers, insbes. bei Konfiskation, Enteignung ohne Entschädigung, Erziehung usw., die gleiche Beurtheilung eintreten soll, wie wenn der Erblasser fremdes Gut, ohne zu wissen, daß es fremdes ist, vermacht hat. Das Gleiche muß gelten, wenn der vermachte Gegenstand vor dem Tode des Erblassers im Wege der Zwangsentziehung oder Zwangsvollstreckung veräußert war, da nicht anzunehmen ist, daß der Erblasser das Vermächtniß auch für den Fall einer solchen Entziehung des Gegenstandes gewollt hat. — Bei einer nur theilweisen Veräußerung des vermachten Gegenstandes tritt auch nur theilweise Unwirksamkeit des Vermächtnisses ein (vgl. sächs. GB. § 2418; Mommsen § 367; aber abweichend Code 1038; heff. Entw. 185).

Endlich ist auch durch die Vorschrift der Fall des Wiedererwerbes des vermachten Gegenstandes seitens des Erblassers für die Wirksamkeit des Vermächtnisses entschieden, mit der Mehrzahl der geltenden Rechte (Windscheid § 654 Anm. 13 a. E., aber dagegen Unger § 67 Anm. 5; WM. I 12 § 316; öst. GB. § 724; heff. Entw. 185; mit Beschränkungen Mommsen § 367), aber entgegen dem Code 1038 und dem sächs. GB. § 2418.

Mit dem WM. I 12 § 322 eine Vermuthung dafür aufzustellen, daß, wenn der Erblasser das für die veräußerte Sache gelöste Geld besonders aufbewahrt hat, daraus zu entnehmen sei, der Bedachte solle dies Geld haben, ist nicht für angemessen erachtet. Mit Mommsen (Mot. | S. 378) wird daran festzuhalten sein, daß dieser Umstand eine gesetzliche Vermuthung nicht rechtfertigt. Noch weniger bedarf der Fall einer besonderen Regelung (vgl. Code 1038; heff. Entw. 185), daß eine Veräußerung mit Vorbehalt des Widerrufs oder Widerkaufes oder daß eine Vertauschung stattgefunden hat.

Die Vorschrift unter Nr. 2, daß das Vermächtniß wirksam ist, wenn der Erblasser zur Zeit der Anordnung Kenntniß davon hatte, daß der Gegenstand ihm nicht gehört, entspricht ebenfalls der bereits erörterten Auffassung des Entw. Darüber, welche Verpflichtungen in diesem Falle dem Beschwerten obliegen, bestimmt § 1849. — Endlich wird unter Nr. 3 die Ausnahme von der Unwirksamkeit bestimmt, „wenn dem Erblasser zur Zeit des Erbfalles ein Anspruch auf Leistung des Gegenstandes zusteht“. Im Anschlusse an eine Mehrzahl der Rechte (Windscheid § 654 Anm. 12; WM. I 12 § 385, Dernburg § 138 Anm. 17, Eccius § 252 Anm. 47; Mommsen § 398 nebst Mot. S. 400; uL.) wird beigefügt, in solchem Falle sei anzunehmen, daß die Zuwendung des Anspruches vom Erblasser gewollt sei.

Ist der Erblasser zur Veräußerung des vermachten Gegenstandes verpflichtet, so wird der Gegenstand als ihm nicht gehörend anzusehen sein. In Uebereinstimmung mit Mommsen § 367 Abf. 2 (Mot. S. 379) wird vom Entw. eine Dispositivvorschrift dieses Inhaltes aufgestellt (Abf. 2). Mit Recht macht Mommsen geltend, daß es an jedem Anlasse fehle, die Fälle verschieden zu behandeln, in welchen der Erblasser zur Zeit des Erbfalles veräußerungspflichtig ist, und in welchen das dingliche Veräußerungsgeschäft bereits stattgefunden hat. Zwar steht an sich, wenn der Erblasser nach Errichtung der Verfügung eine Verpflichtung eingeht, den vermachten Gegenstand zu veräußern, oder wenn eine solche Verpflichtung ihn ohne sein Zuthun trifft und die Veräußerung bis zu seinem Tode nicht vorgenommen ist, der Vollziehung des Vermächtnisses nichts entgegen. Allein wird auf den Willen des Erblassers gesehen, so ist hinsichtlich der Wirksamkeit des Vermächtnisses die Uebernahme oder das Ueberkommen der Veräußerungsverpflichtung der Veräußerung gleichzustellen, da wirtschaftlich ein solcher Gegenstand nicht mehr zum Vermögen des Erblassers gehört. Dieser Gesichtspunkt muß auch dann entscheidend sein, wenn der Erblasser bereits zur Zeit der Errichtung der Verfügung zur Veräußerung des vermachten Gegenstandes verpflichtet war. Hatte der Erblasser damals von dieser seiner Verpflichtung Kenntniß, so muß angenommen werden, daß er wissen wollte, fremdes Gut vermacht hat, wenn er trotzdem diesen Gegenstand vermacht. In solchem Falle wird der § 1849 anzuwenden sein. Dies besonders zu bestimmen, ist nicht erforderlich. Hatte der Erblasser von der Verpflichtung zu der Zeit, als er die Verfügung errichtete, keine Kenntniß, so muß das Gleiche gelten, wie in allen Fällen, in welchen er über einen ihm nicht gehörenden Gegenstand verfügt hat, ohne zu wissen, daß ihm der Gegenstand nicht gehöre. Das Vermächtniß ist demgemäß unwirksam, es sei denn, daß die Veräußerungsverpflichtung sich erledigt oder der Gegenstand selbst oder ein Anspruch auf Leistung des Gegenstandes zur Zeit des Erbfalles wieder zum Vermögen des Erblassers gehört.

Für den Fall, daß der vermachte Gegenstand dem Erblasser nur zum Theile gehört, geben einige Rechte (sächs. GB. § 2460; Mommsen § 401) eine besondere Auslegungsregel. Im Zweifel wird anzunehmen sein, daß der Erblasser nur über diesen Theil verfügen wollte. Aber

Wieder-
erwerb.Auf-
bewahrung
des Erlöses.
| S. 147.Kenntniß des
Erbf.Anspruch auf
Leistung.Ver-
äußerungs-
verpflichtung

| S. 148.

eine Auslegungsregel für diesen besonderen Fall ist um so weniger angezeigt, als noch manche andere, vielleicht weniger zweifelsfreie Fälle denkbar sind, ohne daß es ausführbar wäre, für alle derartigen Fälle mit Auslegungsregeln einzugreifen, zB. wenn dem Erblasser nur ein dingliches Recht an der Sache, über welche er verfügt hat, zusteht.

Gegenstand
aus dem
Vermögen des
Bedachten.

Den § 1848 auf den Fall auszudehnen, daß der Erblasser einen Vermächtnißnehmer verpflichtet hat, aus seinem Vermögen einen Gegenstand zu gewähren, besteht kein Anlaß. Geregelt wird im § 1848 lediglich der Fall, daß der Erblasser formell über einen Gegenstand als ihm gehörend verfügt hat. Hat der Erblasser über einen Gegenstand verfügt, welcher ihm nicht gehört, so treffen die Erwägungen, auf welchen der § 1848 beruht, in der Regel nicht zu. Jedoch wird zumeist klar sein, daß der Erblasser den Gegenstand des Untervermächtnisses als ihm nicht gehörend zugewendet hat.

b) Ver-
schaffungs-
vermächtniß.
(G. § 2170.)

b) Den Fall, daß der Erblasser einen Gegenstand als ihm nicht gehörend oder in Kenntniß davon, daß er ihm nicht gehört, vermacht zugewendet hat, regelt der § 1849. Vorausgesetzt wird, daß eine Vermächtnißverfügung vorliegt, wie sie im Leben üblich ist, nämlich, daß der Erblasser verfügt hat: „Dem N. . . vermache ich den und den Gegenstand“ oder „N soll den und den Gegenstand erhalten“. Ist der Wille so erklärt, so ist die Vermuthung begründet, der Erblasser habe nur über sein Vermögen verfügen wollen (§§ 1848, 1850). Gehört der vermachte Gegenstand dem Erblasser nicht oder doch nicht zur Zeit des Erbfalls, so ist nach § 1848 das Vermächtniß unwirksam. Ist aber der Erblasser, welcher so verfügt hat, sich bewußt gewesen, daß der vermachte Gegenstand ihm nicht gehöre, so hat er sich nur im Ausdrucke vergriffen. In Wirklichkeit ging sein Wille dahin, der Beschwerte solle verpflichtet sein, den vermachten Gegenstand zu verschaffen. In diesem Sinne ist alsdann das Vermächtniß als wirksam zu behandeln. Der Beschwerte, mag er der Erbe oder selbst ein Vermächtnißnehmer sein, hat den Gegenstand, falls er ihm gehört, zu übertragen, falls er einem Dritten gehört, zu verschaffen. Beide Fälle sind zusammengefaßt in dem Ausdrucke „zu verschaffen“. — Möglicherweise ist aber dennoch der Wille des Erblassers ein anderer gewesen. Diese Möglichkeiten sieht der Schluß vor in den Worten „es sei denn, daß der Wille des Erblassers, dem Bedachten eine andere Leistung zuzuwenden, | S. 149. | erhellt“. Damit wird besonders auch der Fall getroffen, in welchem der Erblasser, weil er eine fremde Sache, welche sich in seiner Inhabung befand, vermachte, dem Bedachten nur die Vortheile zuwenden wollte, welche das thatsächliche Haben mit sich bringt. Hiermit wird der Gedanke deutlicher zum Ausdrucke gelangen, als durch eine Fassung, die Verschaffungspflicht sei im Zweifel anzunehmen.

Unmöglich-
keit.

Die Verschaffungspflicht muß jedoch eine Beschränkung erleiden. Für den Fall ist vorzuziehen, daß eine Verschaffung nicht möglich ist, oder daß sie mit unverhältnißmäßigen Kosten verbunden sein würde. Fast alle geltenden Rechte sehen diesen Fall vor (Windscheid § 654 Anm. 8, 9 mit § 647 Anm. 5; bayer. MN. III 7 § 9; Noth § 323 Anm. 34; MN. I 12 §§ 377, 378; Dernburg § 138 Anm. 15, 16; Cocius § 252 Anm. 63; sächs. GB. § 2459; Mommsen § 399 Abs. 2; hess. Entw. 137 Abs. 3). Der Entw. bestimmt, der Beschwerte soll nur verpflichtet sein, den Werth des Gegenstandes nach Maßgabe des § 220 zu zahlen. Das geltende Recht bestimmt den zu ersetzenden Werth verschieden. Der Entw. folgt dem MN. I 12 § 378 in der Erwägung, daß nach dem anzunehmenden Willen des Erblassers der Bedachte in diejenige Lage versetzt werden soll, in welcher er sich befinden würde, wenn ihm der Gegenstand wirklich verschafft worden wäre. In Ansehung des für die Bemessung des Werthes maßgebenden Zeitpunktes bedarf es einer besonderen Entscheidung nicht; der § 240 Abs. 2 genügt. Der Zeitpunkt des Todes des Erblassers kann schon deshalb nicht entscheidend sein, weil der Regel nach dem Beschwerten die Zeit bleiben muß, erst die Verschaffung zu versuchen.

Werth.

Späterer
Erwerb.

Für den Fall, daß der Erblasser den Gegenstand, von welchem er wußte, daß er ihm nicht gehöre, später erworben, aber wieder veräußert hat, ist eine Vorschrift entbehrlich, schon im Hinblick auf die Seltenheit des Falles; der § 1849 wird aber auch hierfür genügen. Eine vollständige Regelung des Verschaffungsvermächtnisses ist, wie sie sich auch im geltenden Rechte nicht findet, weder beabsichtigt noch erforderlich.

c) Zuwendung
eines in sich
bestimmten
Gegenstandes.
(G. —.)

c) Den §§ 1848, 1849 wird die richtige Anwendung gesichert durch die Aufnahme der im § 1850 aufgestellten doppelten Vermuthung. Die Vermuthung, der Erblasser sei stillschweigend davon ausgegangen, daß der vermachte Gegenstand ihm gehöre oder der seinige sei, rechtfertigt sich aus den Ausführungen zu den §§ 1848, 1849. Die weitere Vermuthung, daß der Erblasser, wenn er einen ihm nicht gehörenden Gegenstand zuwendet, hiervon keine Kenntniß gehabt habe, entspricht der regelmäßigen Sachlage. Zur Entkräftung der Vermuthung verlangen einige Rechte (MN. I 12 §§ 377, 378; Cocius § 252 Anm. 62—65; Dernburg § 138 Anm. 12; öst. GB. §§ 662, 649; hess. Entw. 137 Abs. 1) den Nachweis, daß diese Kenntniß des Erblassers der | S. 150. | Anordnung zu entnehmen sei. Der Entw. theilt diese Auffassung nicht. | Der Gesichtspunkt jener Rechte führt zu weit; es kann nur darauf ankommen, festzustellen, ob der Erblasser die Kenntniß

gehabt oder nicht gehabt hat. Wird verlangt, daß hierüber die Anordnung Auskunft gebe, so werden zwar schwierige Beweise und Prozesse abgeschnitten, aber das materielle Recht kann auch leicht beeinträchtigt werden. Nach der vom Entw. aufgestellten Vermuthung trifft die Beweislast den Bedachten. Dies ist überwiegend geltendes Recht und entspricht der zuerst bezeichneten Vermuthung. Die Ablehnung der abweichenden Auffassung besonders zum Ausdruck zu bringen, erscheint entbehrlich.

d) Das Vermächtniß eines zur Zeit der Anordnung dem Bedachten gehörenden Gegenstandes erklärt der § 1851 für unwirksam, und zwar gleichviel, ob der Erblasser diese Verwandniß der Sache kannte oder nicht kannte, und ob er ausdrücklich oder stillschweigend den Gegenstand als ihm gehörend bezeichnet hat. Nur eine Ausnahme wird beigelegt für den Fall, daß der Gegenstand zur Zeit des Erbfalles dem Erblasser gehört. Die Fassung beseitigt das Bedenken, daß der bezeichnete Fall schon im § 1848 mitgetroffen sei. Durch die Worte „nur wirksam“ wird ausgedrückt, daß die Anwendung des § 1848 ausgeschlossen ist, wenn die Voraussetzungen der Vorschrift vorliegen. — Die Mehrzahl der geltenden Rechte steht auf dem strengeren Standpunkte, daß das Vermächtniß unwirksam ist und bleibt, falls der Gegenstand dem Bedachten zur Zeit der Errichtung der Verfügung gehört, auch dann, wenn der Gegenstand später aus den Händen des Bedachten gekommen ist (vgl. Windscheid § 654 Anm. 21; Brinz § 414 Anm. 6, 7; Roth § 323 Anm. 32; preuß. AN. I 12 §§ 381, 382, Eccius § 252 Anm. 62; sächs. GB. § 2461; Mommsen § 402). Dem öst. GB. § 661 liegt wohl eine andere Auffassung zu Grunde (Unger § 67 Anm. 14). Nach dem Entw. § 109 müßte es unter allen Umständen bei der Unwirksamkeit verbleiben. Hiervon eine Ausnahme zu machen, falls der Gegenstand zur Zeit des Erbfalles dem Erblasser gehört, also in der Zwischenzeit von diesem an sich gebracht worden ist, rechtfertigt sich deshalb, weil anzunehmen ist, der Erblasser habe gerade durch den Erwerb und das Behalten des Gegenstandes dem Vermächtnisse die Wirksamkeit sichern wollen.

d) Zuwendung eines dem Bedachten gehörenden Gegenstandes. (G. —)

Zu bestimmen, daß, wenn der Wille des Erblassers erhellt, dem Vermächtnißnehmer solle ein anderer Vortheil als der Gegenstand selbst zugewendet werden, dieser Vortheil als zugewendet gilt (Abs. 2 Satz 1), kann entbehrlich erscheinen, da die Rechtsanwendung mit Hülfe des § 1778 zum gleichen Ergebnisse wohl gelangen möchte. Indessen verdient es bei der Wichtigkeit des Falles den Vorzug, auf die erforderliche Umdeutung in der bezeichneten allgemeinen Weise hinzuweisen. — Noch weitere Vorschriften zu geben, wie sie sich im geltenden Rechte finden, würde nicht ausführbar sein, ohne zur Kasuistik zu greifen. So ist insbes. nicht ausgesprochen, daß, wenn der Erblasser Rechte an der vermachten Sache des Bedachten hat, die Befreiung von diesen Rechten als zugewendet anzusehen sei, oder daß, wenn das Eigenthum des Bedachten an der vermachten Sache der Anfechtung oder dem Rückfalle unterliegt, die Beseitigung der Anfechtbarkeit oder des Rückfalles als vermacht zu gelten habe (Windscheid § 654 Anm. 22, 24; Brinz § 414 Anm. 9, 11; Roth § 323 Anm. 34, 35; sächs. GB. § 2461; Mommsen § 402).

Weitere Vorschriften. | S. 151.

Nur das eine Beispiel, daß, wenn dem Erblasser zur Zeit des Erbfalles ein Anspruch auf Leistung des Gegenstandes gegen den Bedachten zusteht, dieser Anspruch als vermacht gilt (Windscheid § 654 Anm. 25; Brinz § 414 Anm. 10; sächs. GB. § 2461; Mommsen § 402), mußte mit Rücksicht auf § 1848 Abs. 1 aufgenommen werden (Abs. 2 Satz 2), weil, wenn das Gesetz schwiege, der Fehlschluß nahe liegen würde, es solle hier ein Anderes gelten.

Gehört der Gegenstand der Zuwendung dem Bedachten zur Zeit des Erbfalles, so ist eine Leistung an ihn unmöglich. Von einigen Rechten wird das Vermächtniß dennoch für gültig erklärt, aber dahin umgedeutet, daß der Bedachte Ersatz desjenigen fordern könne, was er für den Erwerb aufgewendet hat (Windscheid § 654 Anm. 26; Roth § 323 Anm. 36; öst. GB. § 661, Unger § 67 Anm. 15, 16; sächs. GB. § 2462; Mommsen § 403; heß. Entw. 139 Abs. 2). Indessen handelt es sich dabei um Fragen, welche unter dem Gesichtspunkt der nachträglichen Unwirksamkeit fallen. Davon wird in dieser weiteren Ausdehnung noch zu den §§ 1852, 1856 die Rede sein.

Auch in Ansehung einer dem Vermächtnißnehmer gegen den Erblasser zustehenden Forderung ist eine Vorschrift nicht aufgenommen. Sollte bestimmt werden, es stehe im richterlichen Ermessen, zu befinden, ob darin nur ein Schuldbekentniß oder ein Auerkenntniß oder die Zuwendung anderer Vortheile zu finden sei, ferner, welche Bedeutung es habe, wenn der Erblasser dem Bedachten eine angeblich, aber in Wirklichkeit nicht geschuldete Leistung vermacht, so würde etwas Selbstverständliches vorgeschrieben. Zu einer besonderen Hinweisung auf das freie richterliche Ermessen fehlt es an jedem Anlasse. Zu einer Entscheidung könnten die in der Doctrin bestehenden Streitfragen über das *legatum debiti proprii* Anlaß geben und ferner der Umstand, daß sich im geltenden Rechte Auslegungsregeln finden (Windscheid § 658; Brinz § 415 Anm. 88, 89; Roth § 325 Anm. 69 ff.; AN. I 12 §§ 430—440, Dernburg § 152, Eccius § 252 Anm. 111 ff.; öst. GB. §§ 665, 667, Unger § 72 Anm. 7; sächs. GB. §§ 2485—2488; Mommsen §§ 426—428; heß. Entw. 150, 151). Allein die Hauptschwierigkeit, welche sich gewöhnlich bietet, wenn der Erblasser eine einschlagende Bestimmung getroffen hat, läßt sich im Gesetze nicht lösen. Dies ist die

Legatum debiti.

thatächliche Feststellung, ob überhaupt ein Vermächtniß gewollt ist. Häufig wird durch die Anordnung der Erbe nur benachrichtigt, daß eine Schuld vorhanden ist; nicht selten handelt es sich auch um die Anordnung, wie mit dem Nachlasse verfahren werden soll. Hat der Erblasser in der That ein Vermächtniß gewollt — und dies wird nur selten vorkommen — so mag im Zweifel die Annahme berechtigt sein, es habe der Erblasser nicht eine Verfügung besonderen Inhaltes treffen wollen. Es mag auch richtig sein, daß in der Regel wenn der Erblasser den Gegenstand der Schuld bestimmt bezeichnet hat, der Vermächtnißnehmer den bezeichneten Gegenstand fordern kann, ohne zum Beweise der Schuld genöthigt zu sein, ferner, daß durch die Erfüllung des Vermächtnisses die Schuld, soweit sie besteht, getilgt sein soll, und daß, wenn der Erblasser seinem Gläubiger einen Gegenstand als von ihm geschuldet vermacht hat, das Vermächtniß wirksam sein soll, es sei denn die Schuld, auf welche die Verfügung sich bezieht, nach Errichtung des Vermächtnisses getilgt worden, oder doch wenigstens, daß, wenn diese Voraussetzungen zutreffen, der Wille des Erblassers vermuthlich dahin gegangen ist, dem Bedachten eine weitere causa debendi zu Gebote zu stellen, welcher gegenüber die dem ursprünglichen Schuldverhältnisse anhaftenden Mängel und Beschränkungen nicht in Betracht kommen sollen. Ist jedoch die Sachlage eine solche, so wird dem Willen des Erblassers auch ohne eine besondere gesetzliche Vorschrift Rechnung getragen werden. Fast durchgängig erfolgt das Vermächtniß einer eigenen Schuld unter so eigenartigen Umständen, daß diese Umstände von selbst hinreichenden Anhalt bieten zur Beantwortung der Frage, ob ein Vortheil und welcher Vortheil dem Bedachten dadurch zugewendet sein soll. Auslegungsregeln solcher Art, wie sie sich im geltenden Rechte finden, können leicht, statt förderlich zu sein, nachtheilig wirken und die richterliche Würdigung beengen. — Wird die Zuwendung einer vorhandenen Schuld an den Gläubiger des Erblassers nicht geregelt, so fehlt es um so mehr an genügendem Anlasse, eine Vorschrift für den Fall aufzunehmen, daß der Erblasser eine nicht vorhandene Schuld dem angebliehen Gläubiger vermacht hat, zumal es nicht angezeigt ist, im letzteren Falle von den allgemeinen Grundsätzen über Irrthum abzuweichen oder auch nur § 1781 für anwendbar zu erklären. — Noch spezieller sind die Vorschriften, welche die §§ 2487, 2488 des sächs. GB. (Mommjen § 428 Abs. 1, 2) geben für den Fall, daß der Erblasser seinem Gläubiger einen seiner Schuld gleichkommenden Betrag vermacht hat, ohne zu erklären, daß er ihn schuldig sei, und für den Fall, daß der Erblasser dem Vermächtnißnehmer einen individuellen Gegenstand, welchen er ihm schuldig ist, vermacht hat; diese eignen sich deshalb nicht zur Aufnahme. — Den § 1851 auf den Fall auszudehnen, daß die vermachte Schuld eine Schuld des beschwerten Vermächtnißnehmers ist, besteht kein Anlaß.

Mit der Nichtaufnahme von Vorschriften über das *legatum debiti* entfällt das Bedürfniß, zu entscheiden, welche Bedeutung es hat, wenn der Erblasser nach Errichtung des Vermächtnisses der Forderung des Vermächtnißnehmers Einwendungen entgegengesetzt hat. Eine Vorschrift dieses Inhaltes ist nur erforderlich, wenn davon ausgegangen wird, das Schuldvermächtniß gebe einen neuen selbständigen Rechtsgrund, der das ursprüngliche Schuldverhältniß zu einem einwandfreien erhebe.

§ 153.

a) Begründung eines Rechtes.
(G. —)

(e) In Ansehung eines Rechtes, welches an Sachen des Erblassers oder eines Dritten oder des Beschwerten oder an eigenen Sachen des Bedachten zu begründen ist, muß das Gleiche gelten, wie für das Vermächtniß eines bereits vorhandenen Gegenstandes. Die Aufnahme des § 1852, welcher dies zum Ausdruck bringt, ist im Interesse der Deutlichkeit rathsam (vgl. sächs. GB. §§ 2451, 2456; Mommjen § 404, dessen Mot. S. 404; Windscheid § 656 Anm. 3; Roth § 324 Anm. 8; Eccius § 252 Anm. 75).

§§ 1853—1856 (II 2042/4, B. 2147/9, R. 2145/7, G. 2171—2173).

3. Wegfall wegen Unmöglichkeit.

Der Entw. hat das Institut der *Ademtion* nicht aufgenommen, obgleich es der überwiegenden Mehrzahl der in Deutschland geltenden Rechte zu Grunde liegt (Code 1038; öst. GB. §§ 724, 725; sächs. GB. §§ 2418—2422; Mommjen §§ 367—370; hess. Entw. 185—189) und auch im gemeinen Rechte anerkannt ist (vgl. Windscheid § 639 Nr. 3, § 640 Anm. 5; Brinz § 429 Anm. 20 ff.; Roth § 338 Anm. 76 ff.; Unger § 61 Anm. 6). Das *Adem.* I 12 §§ 316—321 schließt seine Vorschriften denen über die Unmöglichkeit an; die Verfasser (Kampy Jahrb. 41 S. 83) glaubten das röm. Recht wesentlich simplifizirt zu haben (vgl. Eccius § 252 S. 461, Dernburg § 142 letzter Absatz). — Maßgebend für den Entw. ist nicht nur die Erwägung, daß sich ohne das Institut zu einem angemessenen Ergebnisse gelangen läßt, sondern vor Allem, daß seine Aufnahme bedenklich ist. Das Wesen der *Ademtion* besteht darin, daß die Aufhebung eines Vermächtnisses durch konkludente Handlungen des Erblassers erfolgen kann. Eine solche stillschweigende Aufhebung zu gestatten, ist nicht wohl vereinbar mit der in den §§ 1933 ff. erfolgten Formalisirung des Widerrufs einer letztwilligen Verfügung. Zudem giebt das Institut in Ansehung der rechtlichen Natur der *Ademtion* und sonst Anlaß zu schwierigen Rechtsfragen, deren Lösung außerhalb des Bereiches der Möglichkeit liegt und daher zu mannigfachen Streitigkeiten

führen muß. Als solche schwierige Rechtsfragen sind vorzugsweise zu erwähnen die, ob die betr. Handlungen des Erblassers als wirkliches Rechtsgeschäft (Widerruf) mit formlosem Willensausdrucke oder als Rechtshandlungen, denen das Gesetz durch positive Vorschrift die Wirkung eines formrechtsgeschäftlichen Widerrufes ausdrücklich beilegt, aufzufassen sind. Viele der vom geltenden Rechte unter den Gesichtspunkt der Ademption gestellten Handlungen sind zweifellos keine Rechtsgeschäfte (z. B. Verbrauch, Vernichtung usw.). Für Rechtshandlungen, welche nicht Rechtsgeschäfte sind, hat der Entw. besondere Normen nicht aufgestellt (Mot. 1 S. 127). Andere der in Betracht kommenden Handlungen sind Rechtsgeschäfte (z. B. Aufrechnung, Veräußerung), jedoch nur im | | S. 154. Verhältnisse zwischen dem Erblasser und Dritten; sie werden jedoch nicht in der Richtung auf das Vermächtniß und den Vermächtnißnehmer vorgenommen; das Gesetz knüpft an den thatsächlichen Inhalt des Rechtsgeschäftes Folgen gegenüber dem Vermächtnißnehmer. Diese müssen dann darauf gegründet werden, daß der Handelnde vernünftigerweise das Geschäft nur unter der Voraussetzung vornehmen konnte, daß eine mittelbare Folge desselben der Wegfall des Vermächtnisses sein werde. Eine weitere Schwierigkeit ergibt sich daraus, das vom geltenden Rechte (besonders vom gemeinen Rechte) stets mit dem Willen des Erblassers, welcher den Fortbestand des Vermächtnisses beeinflusst, gerechnet wird, daß also durchweg eine solche Handlung erforderlich wird, aus welcher erhellt, daß der Erblasser nicht bei der Handlung einen anderen Willen hat erkennen lassen, als den einer Willensänderung in Beziehung auf das Vermächtniß.

a) Eine Entscheidung für den Fall, daß durch Vermächtniß eine Leistung zugewendet ist, welche zur Zeit des Erbfalles unmöglich oder durch Gesetz verboten ist, oder welche gegen die guten Sitten verstößt, kann gegenüber den §§ 105, 106 entbehrlich erscheinen. Allein, wie in Ansehung der Verträge der Fall besonders geregelt ist, in welchem die Leistung unmöglich oder verboten ist oder gegen die guten Sitten verstößt (§ 444), und diese Vorschrift auf einseitige Rechtsgeschäfte unter Lebenden im § 343 für anwendbar erklärt ist, so muß auch in Ansehung der Vermächtnisse hierfür besonders vorgesehen werden (§ 1853 Satz 1). Daneben bleibt selbstverständlich der § 106 zu beachten. In Ansehung der Vermächtnisse bedarf es überdies einer Festsetzung des Zeitpunktes, nach welchem sich bestimmt, ob die Leistung unmöglich oder verboten ist oder gegen die guten Sitten verstößt.

a) Unmöglich-
liche u.
Leistungen.
(G. § 2171.)

Der Entw. läßt, entsprechend seinen Vorschriften in Ansehung der Verträge (vgl. § 344 verb. mit §§ 346, 347), für die Frage, ob eine durch Vermächtniß angeordnete Leistung gegen die guten Sitten verstößt, lediglich die Zeit der Errichtung der Vermächtnißverfügung entscheiden. Die Zeitbestimmung des § 1853 bezieht sich nur auf die beiden anderen Fälle. In Ansehung der Unmöglichkeit und Verbotwidrigkeit einer vermachten Leistung entscheidet dagegen die Zeit des Erbfalles, abweichend vom röm. Rechte, für welches die Rationiansche Regel dazu nöthigt, den Zeitpunkt der Errichtung maßgebend sein zu lassen (Windscheid § 638 bei Anm. 3; Noth § 338 Anm. 3; — andererseits für Würt. Dernburg § 142 Abs. 3 und für das öst. G. B. Unger § 60 Anm.). Zumeist fallen der Zeitpunkt des Erbfalles und der des Anfalles zusammen; nur in einigen Fällen (§ 1867 Abs. 2) tritt der Anfall später ein. In Ansehung der aufschiebend bedingten Vermächtnisse (§ 1867 Nr. 1) hat schon das röm. Recht, entgegen seiner Regel, auf den Zeitpunkt des Erbfalles | Gewicht gelegt (Windscheid § 638 Anm. 5; Noth § 338 Anm. 4). Für die übrigen seltenen Fälle, in welchen Erbfall und Anfall nicht zusammenfallen (§ 1867 Abs. 2 Nr. 2, 3), ist es angemessener, gleichfalls den Zeitpunkt des Erbfalles für maßgebend zu erklären. Dies gilt insbes. dann, wenn es sich um eine durch das Gesetz verbotene Leistung handelt. Der Beschwerte kann, von dem bedingten Vermächtnisse abgesehen, billigerweise nicht auf eine ungewisse Zukunft lediglich deshalb gebunden werden, weil das Verbot vielleicht einmal aufgehoben werden könnte. Ähnlich verhält es sich mit der unmöglichen Leistung. In Ansehung der letzteren tritt hinzu, daß es sehr wohl vorkommen kann, daß eine an sich mögliche Leistung in der Zeit zwischen dem Erballe und dem Anfalle durch einen Umstand unmöglich wird, welcher einen Erbschaftsanspruch begründet; diesen dem Vermächtnißnehmer vorzuenthalten, liegt kein Anlaß vor.

Entscheiden-
der Zeitpunkt.

| S. 155.

Indem der letzte Satz des § 1853 für den Fall der Verbotwidrigkeit oder Unmöglichkeit der Leistung auf § 346 verweist, ergibt sich, daß der Erblasser anordnen kann, der Beschwerte habe zu leisten, wenn die Leistung nach dem Erballe erlaubt oder möglich werden sollte. Fehlt eine solche Anordnung, so ist das Vermächtniß unwirksam, falls die Leistung zur Zeit des Erbfalles unmöglich oder unerlaubt ist. Anders ist es bei dem aufschiebend bedingten Vermächtnisse; das Vermächtniß ist wirksam, wenn die zur Zeit des Erbfalles unmögliche oder durch das Gesetz verbotene Leistung zur Zeit der Erfüllung möglich oder erlaubt ist.

Weitere Vorschriften über den Untergang des Gegenstandes, wie sie sich im geltenden Rechte finden, sind entbehrlich. Insbes. ist eine Vorschrift nicht erforderlich, daß das Vermächtniß unwirksam sei, wenn der Gegenstand in der Zeit von der Errichtung des Vermächtnisses bis zum Eintritte des Erbfalles untergegangen ist (Windscheid § 639 Nr. 4, 5; Brinz § 429 Anm. 18;

Untergang.

Roß § 338 Anm. 19, § 324 Anm. 40; *MR* I 12 § 315: „gar nicht mehr vorhanden“, dazu *Dernburg* § 142 a. E., *Exciclus* § 252 S. 460; *Code* 1042 *Abf.* 1; *sächs. GB.* §§ 2420, 2421; *Mommßen* § 368 *Abf.* 1; *heß. Entw.* 187; *Unger* § 61). In Ansehung der aufschiebend bedingten und der im Sinne des § 141 betagten Vermächtnisse würde für die Zeit vom Eintritte des Erbfalles bis zum Anfall des Vermächtnisses, dh. bis zum Eintritte der Bedingung oder des Termines, eine solche Vorschrift nicht richtig sein. In solchem Falle finden die §§ 134, 141 Anwendung. Das Vermächtniß ist nicht schlechthin unwirksam, sondern der Beschwerte wird nur frei, wenn die Unmöglichkeit durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand herbeigeführt worden ist (§ 237 *Not.* 2 S. 45). — Geht der vermachte Gegenstand in der Zeit nach dem Eintritte des Erbfalles, also nachdem das Vermächtniß angefallen ist, vor der Leistung unter, so entscheiden, da der *Entw.* nur das schwachwirkende Vermächtniß kennt, die allgemeinen Grundsätze des Rechtes der Schuldverhältnisse. — Allgemein zu bestimmen, daß, wenn der vermachte Gegenstand unter-

Surrogation.
| S. 156.

gegangen, aber dafür ein Ersatz oder ein Erbsanspruch erlangt worden ist, der | Ersatz oder der Erbsanspruch an die Stelle des Gegenstandes trete, erscheint nicht zulässig. Eine solche Vorschrift würde nur für den Fall des Unterganges des Gegenstandes vor dem Eintritte des Erbfalles hierher gehören. In dieser Beschränkung aber wäre sie nicht gerechtfertigt. Zwar ist eine ähnliche Vorschrift für Schuldverhältnisse in den § 238 aufgenommen. Dort aber beruht sie auf der Grundlage einer zur Zeit des Unterganges des Gegenstandes bereits bestehenden Verpflichtung und auf der berechtigten Annahme, der Verpflichtungswille sei hierauf gerichtet gewesen. Bei dem Vermächtnisse ist die Annahme, der Erblasser habe für den Fall des Unterganges des Gegenstandes den etwa an die Stelle des Gegenstandes tretenden Ersatz oder Erbsanspruch dem Vermächtnißnehmer zuwenden wollen, nicht in gleicher Weise berechtigt. Ueberdies würde dann die Folgerichtigkeit gebieten, im Falle der Beschädigung des Vermächtnißgegenstandes den hieraus sich ergebenden Erbsanspruch ebenfalls als mit dem Gegenstande vermacht zu behandeln. Diese Folge würde für die meisten Fälle dem Willen des Erblassers entgegen sein. Das bestehende Recht lehnt es daher mit gutem Grunde ab, eine solche Surrogation als Regel aufzustellen. Soweit eine Forderung des Erblassers Gegenstand des Vermächtnisses ist, bestimmt der § 1855. — In Ansehung der Zeit zwischen dem Erballe und dem Anfall ist, wenn beide auseinanderfallen, vgl. § 1867 *Abf.* 3; dort ist durch Verweisung auf § 238 in Ansehung der Surrogation Fürsorge getroffen.

Verbrauch.
Vernichtung.

Mit einigen geltenden Rechten (*bayer. MR.* III 6 § 21 — *Destruction* —; *Roß* § 338 Anm. 78; *sächs. GB.* § 2419) auszusprechen, daß das Vermächtniß unwirksam ist, wenn der vermachte Gegenstand vom Erblasser verbraucht oder vernichtet wurde, ist entbehrlich. Entsprechend der Auffassung des *Entw.* würde dies dahin auszudrücken sein, in einem solchen Falle gelte die Leistung insbes. als unmöglich geworden. Eine solche Vorschrift hätte nur die Bedeutung einer Exemplifikation.

b) Ver-
bindung zc.
(G. § 2172.)

b) Hat eine Verbindung, Vermischung, Verarbeitung oder Umbildung solcher Art stattgefunden, daß in Folge derselben nach Maßgabe der §§ 890—894 das Eigenthum untergehen oder auf einen Anderen übergehen kann, so soll die vermachte Sache als untergegangen gelten. Das geltende Recht enthält zumeist Vorschriften nur über die Spezifikation, welche indessen keineswegs durchweg klar und erschöpfend sind (*Windscheid* § 654 Anm. 3; *bayer. MR.* III 6 § 21; *Roß* § 338 Anm. 79, 80; *MR.* I 12 §§ 317—321, *Dernburg* § 141 zu c, *Exciclus* § 252 S. 461, 462; *öst. GB.* §§ 724, 725, *Unger* § 67 Anm. 6, 7; *sächs. GB.* § 2419; *Mommßen* § 368 *Abf.* 1; *heß. Entw.* 186). Wird auf den vermuthlichen Willen des Erblassers gesehen, so erscheint es angemessen, die Spezifikation dem Untergange gleichzustellen. Erfolgte die | Spezifikation durch einen Dritten, so ergibt sich dies bereits daraus, daß ein Verlust des Eigenthumes ohne den Willen des Erblassers stattgefunden hat (vgl. S. 155). Nimmt der Erblasser selbst eine Spezifikation vor, so muß, entsprechend den §§ 893, 894, das Gleiche gelten, wenn die Verarbeitung oder Umbildung eine solche ist, daß dadurch das Eigenthum auf einen Anderen übergehen oder das Eigenthum des Erblassers erlöschen kann. Nimmt hingegen der Erblasser lediglich Aenderungen an der Sache vor, ohne daß diese dadurch eine andere wird, so ist dies unerheblich (vgl. *Unger* § 67 Anm. 7).

| S. 157.

Gemäß §§ 890—892 muß ferner die Sache als untergegangen gelten, wenn eine Verbindung, Vermischung oder Vermengung vorliegt, welche einen solchen Erfolg haben kann. Zu treffen sind auch die eigenen Handlungen des Erblassers, obschon dieser bereits Eigenthümer ist und nicht erst auf Grund des Vorganges Eigenthum erwirbt (vgl. § 896).

Rück-
verwandlung.

Mit dem *bayer. MR.* III 6 § 21 und in Anlehnung an den in mehreren Rechten erwähnten Wiedererwerb der veräußerten Sache (*Windscheid* § 654 Anm. 13 a. E.; dagegen jedoch *Roß* § 338 Anm. 18; *Unger* § 67 Anm. 5; *MR.* I 12 § 316, *Exciclus* § 252 Anm. 48; *öst. GB.* § 724; *heß. Entw.* 185) die Rückverwandlung der spezifizirten Sache zu regeln und etwa vorzuschreiben, das Vermächtniß sei wirksam, wenn die umgewandelte Sache in

den vorigen Stand zurückgebracht sei, würde sich nicht rechtfertigen lassen. Nur in sehr seltenen Fällen wird mit Grund anzunehmen sein, die ursprüngliche Sache sei wiederhergestellt. Fast immer wird eine neue Sache vorliegen, auch wenn die frühere Masse wiederhergestellt ist. Von den Umständen des Falles hängt es ab, ob sich annehmen läßt, der Erblasser habe die Zuwendung auch dann gewollt, wenn etwas Derartiges sich inzwischen zugetragen haben sollte.

c) Für den Fall, daß eine Forderung des Erblassers Gegenstand des Vermächtnisses ist, ist eine Ausnahme von der Regel des § 1853 geboten. Nach § 1853 würde auch dann, wenn eine vermachte Forderung des Erblassers zur Zeit des Erbfalles vom Schuldner durch Leistung erfüllt oder sonst deren Erlöschen herbeigeführt ist und, selbst wenn die Forderung ohne das Zutun des Erblassers erloschen ist, eine zu dieser Zeit unmögliche Leistung vorliegen und demgemäß das Vermächtniß nichtig geworden sein. Diese Folge bedarf einer Einschränkung für den Fall, daß zur Zeit des Erbfalles die der Forderung entsprechende Verpflichtung durch Leistung erfüllt ist. Die im § 1855 aufgestellte Auslegungsregel, es sei im Zweifel anzunehmen, der Bedachte solle den geleisteten Gegenstand erhalten, wenn er in dem Nachlasse noch in Natur vorhanden ist, erscheint deshalb gerechtfertigt, weil der Erblasser, | welcher eine ihm zustehende Forderung vermacht, zumeist bezweckt, dem Bedachten den Gegenstand zuzuwenden, auf dessen Leistung die Forderung gerichtet ist. Das Vermächtniß bildet für ihn, da der Gegenstand selbst noch nicht bereit liegt, nur Mittel zum Zwecke. Im Zweifel ist daher anzunehmen, der Wille des Erblassers bei Anordnung des Vermächtnisses sei dahin gegangen, daß der Gegenstand der Forderung zugewendet sein solle, wenn bis zur Zeit des Eintrittes des Erbfalles dieser Gegenstand in Folge der Erfüllung seitens des Verpflichteten in sein Vermögen übergehen werde. Dafür sprechen ähnliche Gründe, wie für den § 1848, welcher den Fall betrifft, daß dem Erblasser nicht die vermachte Sache gehört, ihm dagegen ein Anspruch auf Leistung des Gegenstandes zusteht. Nothwendige Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Auslegungsregel ist jedoch, daß der Gegenstand zur Zeit des Eintrittes des Erbfalles im Nachlasse sich noch in Natur vorfindet. Hat der Erblasser über den eingezogenen Gegenstand selbst wieder anderweit verfügt, so könnte nur die etwaige Bereicherung als zugewendet angesehen werden. Nun ist es zwar möglich, unter Umständen anzunehmen, daß der Wille des Erblassers so weit gegangen sei; aber ein solcher Wille muß jedenfalls besonders dargethan werden.

c) Unmöglich-
keit bei
vermachter
Forderung.
(G. § 2153.)

§. 158.

Die Auslegungsregel umfaßt auch die Forderung auf Leistung vertretbarer Sachen. Die Regel auf den Fall zu beschränken, daß es sich um die Leistung nicht vertretbarer Sachen handelt, liegt kein genügender Anlaß vor. Allerdings wird bei vertretbaren Sachen, insbes. bei Geld, als dem allgemeinen Werthrepräsentanten, nicht oft der Gegenstand der Leistung noch in Natur im Nachlasse sich vorfinden. Trifft aber diese Voraussetzung zu, so muß, auf den Willen des Erblassers gesehen, das Gleiche gelten, wie bei nicht vertretbaren Sachen. Diesen Standpunkt nimmt in Ansehung einer vereinnahmten Geldschuld bereits das *ALN.* I 12 § 412, vgl. *Entsch.* 16 S. 243 ein. Im Uebrigen vgl. *Windscheid* § 657 Anm. 5—7; *ALN.* I 12 § 410, *Dernburg* § 150 Anm. 13, *Cecius* § 252 Anm. 86; *Unger* § 72 Anm. 2; *Mommsen* § 369 Abs. 1 nebst *Mot.* S. 380—383. Das *sächs. GB.* § 2421 und der *heß. Entw.* 188 beschränken sich darauf, die Unwirksamkeit des Vermächtnisses für den Fall auszusprechen, daß die Forderung bei Lebzeiten des Erblassers getilgt wurde.

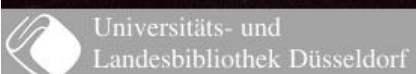
Forderung
vertretbarer
Sachen.

Ist eine Forderung des beschwerten Erben oder Vermächtnißnehmers oder eines Dritten vermacht, so liegt ein Verschaffungsvermächtniß vor. In Ansehung desselben von den allgemeinen Grundsätzen abzuweichen, besteht kein Anlaß.

d) In einem gewissen Zusammenhange steht mit § 1853 die Frage, wie es sich verhält, wenn der Schuldner der vermachten Forderung des Erblassers nach dem Erballe das Erlöschen der Forderung bewirkt durch Aufrechnung mit einer ihm gegen den Nachlaß zustehenden Forderung. Ist der Aufrechnungswille vor dem Erballe vom Erblasser oder von dessen Schuldner erklärt, so liegt ein Fall der Unmöglichkeit vor; denn der vermachte Gegenstand ist vor dem Erballe untergegangen. Der § 1856 bestimmt lediglich für den Fall, daß der Schuldner das Erlöschen der Forderung nach dem Erballe durch Aufrechnung mit einer ihm gegen den Nachlaß zustehenden Forderung bewirkt. So lange die vermachte Forderung an den Bedachten nicht abgetreten ist, kann der Schuldner gegenüber dem Erben, nach der Abtretung kann er gegenüber dem Bedachten aufrechnen. In beiden Fällen entspricht es, sofern nicht der Vermächtnißnehmer mit der Tilgung der Gegenforderung belastet ist, nicht dem anzunehmenden Willen des Erblassers, daß das Vermächtniß durch die Aufrechnung geschmälert wird. Der beschwerte Erbe soll den Vermächtnißnehmer insoweit entschädigen, als er bereichert worden ist. Die Vorschrift kann deshalb entbehrlich erscheinen, weil das Ergebnis, daß der Erbe verpflichtet sei, den Bedachten schadlos zu halten, schon aus allgemeinen Grundsätzen sich ableiten lasse. Erfolge die Aufrechnung noch gegenüber dem Erben, so gehe damit zwar die vermachte Forderung unter, aber nach dem Grundsätze des § 238 müsse der Erbe dem Bedachten dasjenige ersetzen, was er durch die Aufrechnung gewonnen

d) Auf-
rechnung.
(G. —.)

§. 159.



habe. Erfolge die Aufrechnung gegenüber dem Bedachten nach Abtretung der Forderung an ihn, so scheidet die Forderung aus dem Vermögen des Bedachten ohne dessen Willen aus; die Wirkung dieses Ausscheidens sei jedoch, daß der Erbe, der die Forderung, mit welcher aufgerechnet ist, nicht mehr zu erfüllen habe, bereichert werde; daher finde der § 748 Anwendung. Allein es verdient den Vorzug, besonders auszusprechen, daß der Erbe verpflichtet ist, den Bedachten so zu stellen, wie wenn nicht aufgerechnet worden wäre. Denn einmal schlägt der § 238 nach seiner Fassung nicht unmittelbar ein. Dann aber könnte daraus, daß den Erben eine Gewährleistungspflicht in Ansehung der vermachten Forderung an sich nicht trifft (§ 300), leicht die unzutreffende Folgerung gezogen werden, die bezeichneten Grundsätze seien hier nicht in Anwendung zu bringen. Daher ist die Ausnahme der Vorschrift rathsam, obgleich bei der Uebertragung der Forderung und sonst davon abgesehen ist, die Anwendbarkeit des § 478 durch besondere Entscheidung festzustellen. Die Fassung „inoweit zu entschädigen, als bereichert worden ist“ ist unbedenklich; denn die Bereicherung des Erben kann deshalb nicht wieder wegfallen, weil der Erbe in Ansehung der aufgerechneten Forderung bereist ist.

Eine Entscheidung ist dagegen nicht erforderlich für den Fall, daß der Schuldner mit einer ihm gegen den Erben zustehenden Forderung gegenüber dem Erben oder dem Bedachten aufgerechnet hat, da kein Zweifel obwalten kann, daß der Erbe in solchem Falle den Vermächtnißnehmer schadlos zu halten hat. — Ebenso ist eine Vorschrift entbehrlich über die Aufrechnung in der Zeit bis zum Eintritte des Erballes. Nach den §§ 281—283 können Gegenforderungen, welche der Schuldner nach Errichtung des Vermächtnisses wider den Erblasser erworben hat, den Bestand des Vermächtnisses nur berühren, falls der Erblasser sich bereits mit dem Schuldner berechnet hat, mag die Gegenforderung zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses bereits bestanden haben oder erst später zur Entstehung gelangt sein (vgl. für das ALR. Dernburg § 150 Anm. 11, Cccius § 252 Anm. 88). — Noch weniger bedarf es einer Vorschrift für den Fall der Aufrechnung seitens des Schuldners gegenüber dem Erblasser. Erklärt der Schuldner dem Erblasser den Aufrechnungswillen, so geht mit dieser Erklärung die vermachte Forderung bis zum aufgerechneten Betrage unter. In Frage kann nur kommen, ob der Erblasser das Vermächtniß auch für diesen Fall in Ansehung der Bereicherung hat aufrecht erhalten wollen. Das aber ist eine Auslegungsfrage; Regeln zur Entscheidung derselben sind nicht angezeigt.

Aufrechnung
seitens des
Erben.

Ist der Erbfall eingetreten, so darf der Erbe seinerseits die vermachte Forderung, obgleich sie zunächst auf ihn übergeht, gegen eine Gegenforderung des Schuldners an den Erblasser nicht zur Aufrechnung verwenden, da er gegenüber dem Vermächtnißnehmer verpflichtet ist, diese Forderung zu übertragen. Thut er es gleichwohl, so verletzt er die ihm vom Erblasser auferlegte Verpflichtung und haftet dem Vermächtnißnehmer für Schadensersatz. (Anderer Meinung ist in Ansehung des ALR. Cccius § 252 Anm. 89, aber diese Ansicht gründet sich auf die Auffassung des ALR. von der Aufrechnung; hiergegen Dernburg § 150 Anm. 11.)

Forderung
des Be-
schwerten zc.

Der § 1856 berührt ferner den Fall nicht, daß eine Forderung des beschwerten Erben oder Vermächtnißnehmers oder eines Dritten vermacht ist, und zwar aus denselben Gründen, aus welchen dieser Fälle in § 1855 nicht gedacht ist. Wegen des Falles des ALR. I 12 § 411, dem Mommsen § 369 Abs. 2 sich anschließt, vgl. Dernburg § 150 Anm. 11, Cccius § 252 Anm. 90; f. ferner § 282 des Entw. — Der Fall, daß der Erblasser eine Forderung vermacht und auf eine bestimmte Forderung lediglich als Deckungsmittel für die vermachte Leistung verwies (Windscheid § 654 Anm. 4; ALR. I 12 §§ 416—418, Dernburg § 150 a. E., Cccius § 252 Anm. 90, 91; hess. Entw. 153; Mommsen's Mot. S. 383), eignet sich nicht zur Ausnahme einer gesetzlichen Auslegungsregel; die Umstände des Falles müssen entscheiden.

Vorerwerb
seitens des
Bedachten.

Im geltenden Rechte finden sich Vorschriften für den Fall, daß der Bedachte den Vermächtnißgegenstand in der Zeit zwischen der Errichtung der Anordnung und dem Anfalle erworben hat (Windscheid § 639 Anm. 5; Brinz § 429 Anm. 18; bayer. PR. III 6 § 16; Roth § 338 Anm. 14; ALR. I 12 §§ 323, 324, 379, 380, Dernburg § 141 Anm. 7, 8 § 170 Anm. 7, Cccius § 252 Anm. 60, 64, 65; sächs. GB. § 2462; öst. GB. § 661, Unger § 67 Anm. 15, 16; Mommsen § 403; hess. Entw. 139). — Der Entw. hat keine Vorschriften für den Fall des Vorerwerbes des Gegenstandes seitens des Bedachten aufgenommen. An sich unterliegt es keinem

§ 161.

Zweifel, daß, sofern der Gegenstand dem Erblasser zur Zeit der Errichtung gehört hat, das Vermächtniß wegen Unmöglichkeit der Leistung unwirksam ist, wenn der Bedachte den Gegenstand schon hat. Es kann sich nur fragen, ob der Wille des Erblassers bei Anordnung des Vermächtnisses dahin gegangen ist, daß, falls er den Gegenstand bei Lebzeiten an den Bedachten veräußern und damit die Unwirksamkeit des Vermächtnisses herbeiführen werde, dasjenige als vermacht zu gelten habe, was er als Gegenleistung vom Bedachten erhalten werde. Ein solcher Wille kann indessen nicht ohne weiteren Anhalt angenommen werden. Jedenfalls können die Fälle so verschiedenartig liegen, daß es nicht möglich ist, eine für alle Fälle zutreffende Auslegungsregel zu geben. — Hat der Erblasser einen ihm nicht gehörenden Gegenstand dem Bedachten vermacht,

ohne zu wissen, daß der Gegenstand ihm nicht gehört, so ist nach § 1848, abgesehen von Ausnahmen, die hier nicht in Betracht kommen, das Vermächtniß an sich unwirksam. Hat aber der Erblasser bei der Anordnung Kenntniß davon gehabt, daß der vermachte Gegenstand ihm nicht gehöre, so ist das Vermächtniß an sich wirksam, aber der Wille des Erblassers, daß der Beschwerte dem Bedachten den Gegenstand verschaffen solle, ist nicht mehr ausführbar, wenn der Bedachte zur Zeit des Eintrittes des Erbfalles den Gegenstand bereits hat. In diesem Falle liegt freilich die Annahme nahe, der Erblasser habe gewollt, nicht allein, daß der Bedachte den Gegenstand erhalte, sondern auch, daß er ihn unentgeltlich erhalte. Der Vermächtnißanordnung wird sich alsdann zugleich der Inhalt entnehmen lassen, der Beschwerte solle dem Bedachten, wenn er etwas für die Erlangung aufgewendet habe, das Aufgewendete ersetzen. Für diesen Fall bedarf es keiner Auslegungsregel. Die Auslegung wird zu dem Ergebnisse gelangen, wenn die Umstände darnach angethan sind, ohne eines Hinweises darauf zu bedürfen. — Für den Fall des unentgeltlichen Erwerbes seitens des Bedachten den Gesichtspunkt des concursus causarum lucr. zum Ausgangspunkte zu nehmen, ist weder erforderlich noch rätlich. Der Entw. hat den concursus c. l. nirgends als Grund des Erlöschens von Rechten behandelt (Mot. 1 S. 273, 2 S. 80); ihm hier die Bedeutung als Grund des Erlöschens des Vermächtnisses einzuräumen, würde um so weniger angemessen sein, als diese Auffassung dazu nöthigen würde, auch den Erwerb nach dem Anfall, aber vor der Erfüllung des Vermächtnisses ebenso zu behandeln.

§§ 1857, 1858 (II —, B, —, R. —, G. —).

1. In Uebereinstimmung mit dem Gedanken auf dem der § 349 beruht, erklärt der § 1857 das Vermächtniß der Erbschaft eines zur Zeit des Erbfalles noch nicht verstorbenen Dritten für nichtig. Der Grund der Vorschrift ist, daß es sich um ein höchstpersönliches, auf Andere nicht übertragbares Hoffnungsrecht handelt. Die Fassung läßt erkennen, daß nicht unterschieden wird, ob die Erbschaft dem Verfügenden, dem Beschwerten, dem Bedachten oder einem Anderen von einem Dritten in Aussicht steht. Die allgemeine Vorschrift ist erforderlich, um den Schluß abzuwehren, welcher nahe liegt, wenn nur von einer dem Verfügenden in Aussicht stehenden Erbschaft die Rede wäre, daß ein Vermächtniß der einem Anderen als dem Verfügenden in Aussicht stehenden Erbschaft so weit zulässig sei, als nach §§ 1848 ff. eine Verfügung über fremdes Gut im Wege des Vermächtnisses gestattet ist. — Der Entw. trifft nicht den Fall, in welchem der Erblasser über seine Erbschaft, das ist die durch seinen Tod eröffnete Erbschaft, durch Vermächtniß verfügt hat („Erbschaft eines Dritten“). Nicht ausgesprochen ist, daß das Vermächtniß wirksam ist, wenn der bezeichnete Nichtigkeitsfall nicht vorliegt. War der Erblasser nicht der Anfallberechtigte, so bleibt im Einzelfalle zu prüfen, ob nicht dennoch das Vermächtniß nach den Vorschriften über die Zuwendung von Gegenständen, welche dem Erblasser nicht gehören, unwirksam ist (§§ 1848 ff.).

4. Vermachte Erbschaft.

| S. 162.

2. Den Fall, daß das Vermächtniß der Erbschaft eines Dritten wirksam ist, regelt der § 1858, indem er die §§ 488—491, 494—499 betr. den Erbschaftskauf für entsprechend anwendbar erklärt, jedoch eine Modifikation beifügt in Ansehung der vor dem Tode des Verfügenden gezogenen Früchte und der von diesem Zeitpunkte verbrauchten oder unentgeltlich veräußerten Erbschaftsgegenstände. Diese Früchte sollen nicht ausgeliefert, die bezeichneten Gegenstände nicht ersetzt werden. Der § 1858 stimmt im Wesentlichen überein mit einer Mehrzahl von Rechten (Windscheid § 659 Anm. 1; Roth § 325 Anm. 3—5; Unger § 73 Anm. 2; sächs. GB. § 2499; Mommsen § 433); für das ALN. fehlt es jedenfalls an ausdrücklichen Vorschriften (Dernburg § 128 Anm. 8). Der Entw. redet nicht allein von der dem Verfügenden oder von der dem Bedachten oder dem Beschwerten (sächs. GB., Mommsen) angefallenen Erbschaft, sondern trifft alle Fälle, in welchen das Vermächtniß wirksam ist. Dies erscheint geboten, nachdem auch § 1857 eine allgemeine Tragweite erhalten hat, um die unzutreffende Folgerung auszuschließen, als solle für die allerdings seltenen Fälle, welche durch die beschränktere Fassung nicht einbezogen sein würden, ein Anderes gelten. Demzufolge ist das Ergebnis, daß der Beschwerte, wenn eine ihm angefallene Erbschaft in Frage steht, diese, wenn es sich um die einem Anderen angefallene Erbschaft handelt, die letztere, nachdem er sie an sich gebracht hat, dem Bedachten zu überlassen hat, und daß auf die Ueberlassung die Vorschriften über den Erbschaftskauf, jedoch mit Ausschluß der §§ 492, 493, welche sich auf die Gewährleistung beziehen, entsprechend anzuwenden sind. Ist eine dem Bedachten selbst angefallene Erbschaft Gegenstand des Vermächtnisses und das Vermächtniß nach § 1851 Abs. 2 in dem Sinne umzudeuten, daß ein anderer Vortheil als der Gegenstand des Vermächtnisses selbst als zugewendet gilt, so steht in Wirklichkeit nicht eine vermachte angefallene Erbschaft in Frage und trifft deshalb die Voraussetzung der Vorschrift nicht zu. — Der § 491 ist durch die Schlußvorschrift modifizirt; es kann daher kein Bedenken dagegen obwalten, auch diese Vorschrift für entsprechend anwendbar zu erklären.

| S. 163.

§§ 1859—1861 (II 2035/6, B. 2140, 2141, R. 2138, 2139, G. 2164, 2165).

5. Umfang

a) In sich
bestimmte
Sache.
(G. § 2164.)

Ueber den Umfang des Vermächtnisses enthalten die §§ 1859—1861 einige weitere Vorschriften.
a) Ist eine individuell bestimmte Sache vermacht, so ist davon auszugehen, daß sie so zugewendet sei, wie sie zur Zeit des Erbfalles ist, nicht wie sie zur Zeit der Anordnung des Vermächtnisses war (§ 1859 Abs. 1). Es wird also nicht gesehen auf Aenderungen, welche sich in der Zeit nach der Anordnung bis zum Erbfall zuge tragen haben, mögen sie in Verbesserungen oder Verschlechterungen und Verringerungen bestehen (Windscheid § 654 Anm. 2; Roth § 323 Anm. 4, 5 und dessen Citate; ALR. I 12 § 405; Code 1018; sächs. GB. § 2451; Mommsen § 394; Unger § 67 Anm. f). Die Vorschrift lehnt sich in Ansehung der Worte „vorhandenen Zustände“ an § 1007 an; sie trifft damit zugleich den „Zuwachs“, welche inzwischen hinzugetreten ist (vgl. ALR. I 12 § 405; sächs. GB. § 2451; öst. GB. § 686; Mommsen § 394 Abs. 1; heff. Entw. 298; Unger § 67 Anm. b); dieser Zuwachs ist zur Zeit des Erbfalles bereits Bestandtheil der Sache geworden (vgl. §§ 782 ff.). Wenn der § 478 neben dem Zustande des „Zuwachses“ gedenkt, so beruht dies darauf, daß dort der seit dem Abschlusse des früheren Kaufes hinzugetretene Zuwachs einzubeziehen war. Neben dem auf das Thatsächliche hinweisenden Zustande wird, im Anschlusse an § 1067 Nr. 1, der „Bestand“ erwähnt. Dieser Ausdruck macht erkennbar, daß ohne weiteren Anhalt diejenigen Sachen nicht als mitvermacht gelten können, welche zwar thatsächlich mit der Sache als Bestandtheile verbunden sind, aber gemäß § 785 rechtlich als Bestandtheile nicht angesehen werden. — Besonders erwähnt ist das zu jener Zeit vorhandene „Zubehör“, weil der § 790 sich auf Rechtsgeschäfte unter Lebenden beschränkt; bei diesen ist ausschließlich auf das Zubehör zur Zeit der Schließung des Rechtsgeschäftes zu sehen (Mot. 3 S. 65). Bei dem Vermächtnisse hingegen muß nach dem anzunehmenden Willen des Erblassers das Zubehör als mitvermacht gelten, welches zur Zeit des Eintrittes des Erbfalles vorhanden ist (ALR. I 12 §§ 405, 406, Dernburg § 139 Anm. 6, Eccius § 252 Anm. 50; Code 1018; sächs. GB. § 2451; Mommsen § 394 Abs. 1; heff. Entw. 298).

Zubehör.

§ 164.

Die Vorschrift kann selbstverständlich nicht Anwendung finden, wenn die mit der Sache vorgenommenen Veränderungen von der Art sind, daß die Identität der Sache aufgehoben ist (§ 1854; vgl. Windscheid § 654 Anm. 3; Roth § 323 Anm. 21; Mommsen § 368 nebst Mot. S. 395). — Mitgetroffen sind neben Erweiterungen und Verbesserungen neue Anlagen und Gebäude. Einer Hervorhebung dieses Umstandes bedarf es nicht, obwohl einige geltende Rechte abweichen (vgl. Dernburg § 139 Anm. 2 ff.; heff. Entw. 300 Abs. 2; Mommsen § 394 Abs. 2; — abweichend Code 1019 und dazu Mommsen's Mot. S. 396). Eine Erwähnung des neuen Erwerbes (Code 1019 Abs. 1; heff. Entw. 300 Abs. 1) ist nicht erforderlich. Sofern er Bestandtheil oder Zubehör der vermachten Sache geworden ist, wird er mitgetroffen. Selbstverständlich kann der Erblasser auch anordnen, daß ein etwaiger neuer Erwerb dem Bedachten selbst dann zu Gute kommen soll, wenn er nach dem Gesetze nicht Zubehör oder Bestandtheil sein sollte. Ist eine solche Anordnung getroffen, so entscheidet der Wille des Erblassers. Unzulässig ist es dagegen, daß der Erblasser nachträglich die Anordnung ohne Einhaltung der Formvorschriften dadurch ändert, daß er willkürlich dem neuen Erwerbe die ihm nach dem Gesetze nicht zukommende Bedeutung eines Bestandtheiles oder Zubehörsstückes beilegt.

Inbegriff.

In Ansehung eines vermachten Inbegriffes von Sachen wird derselbe Gedanke zum Ausdruck gebracht, indem erwähnt wird, daß ein solches Vermächtniß alle diejenigen Sachen betrifft, welche zur Zeit des Erbfalles zum Inbegriffe gehören. Die im Wesentlichen dem geltenden Rechte (Windscheid § 654 Anm. 27; Roth § 323 Anm. 45, 46; ALR. I 12 § 401, Dernburg § 147, besonders Anm. 5, 6, Eccius § 252 Anm. 73, 74; Unger § 69, besonders Anm. 1; sächs. GB. § 2461; Mommsen § 406) entsprechende Vorschrift, welche entbehrlich erscheinen kann, ist aufgenommen, um darüber keinen Zweifel zu lassen, daß auch in Ansehung eines solchen Vermächtnisses der Zeitpunkt des Eintrittes des Erbfalles für den Umfang maßgebend ist.

b) Vermieteter
Gegenstand
z.
(G. —)

§ 165.

b) Für den Fall, daß der durch Vermächtniß zugewendete Gegenstand über die Zeit der Erfüllung des Vermächtnisses hinaus vermietet oder verpachtet ist, enthält das geltende Recht fast überall keine Entscheidung. Unger § 67 Anm. 1 a. G. macht darauf aufmerksam, daß in der Regel der Vermächtnißnehmer nicht verpflichtet sein werde, die Fortsetzung des Mieth- oder Pachtverhältnisses zu dulden und der Miether oder Pächter auf den Schadensersatzanspruch gegenüber dem Erben beschränkt sei. Zumeist wird es als dem Willen des Erblassers entsprechend anzunehmen sein, daß der Bedachte, wenn ein solcher Fall vorliegt, verpflichtet sein soll, den Vertrag zu erfüllen, und zwar sowohl, wenn der Gegenstand zur Zeit der Anordnung vermietet oder verpachtet war, als wenn ein solcher Vertrag erst später vom Erblasser geschlossen ist. Der § 1860 trifft nicht allein eine vermachte Sache, sondern einen vermachten Gegenstand, weil auch ein verpachtetes Recht (§ 531) Gegenstand des Vermächtnisses sein kann. Er bestimmt lediglich für die Zeit nach der Erfüllung des Vermächtnisses, weil die Verpflichtung des Vermächtnißnehmers erst von dieser Zeit an in Frage kommen kann; denn erst von dieser Zeit an kann der Vermächtniß-

nehmer das dem dritten Erwerber (Sondernachfolger) im § 512 beigelegte Recht ausüben. Die Zeit der Fälligkeit des Vermächtnisses kommt indessen im Verhältnisse zwischen dem Erben oder dem Beschwerten und dem Vermächtnißnehmer in Ansehung der Nutzungen, Aufwendungen usw. in Betracht. Sowohl der Miether oder Pächter als auch der Beschwerte sind als bedacht anzusehen, so daß diese, wie im Falle des § 512, ein unmittelbares Recht gegen den Vermächtnißnehmer erhalten. Dies wird schon an sich dem anzunehmenden Willen des Erblassers entsprechen. Läßt sich ein solcher Wille des Erblassers aus den Umständen nicht ableiten, so muß doch ein solcher so lange als vorhanden angesehen werden, als nicht das Gegentheil erkennbar gewollt ist. — Die Vorschrift erscheint im Verkehrsinteresse unbedingt nothwendig, um den Grundsatz des Entw., daß Sondernachfolge Miethe und Pacht bricht, in seinen Wirkungen abzuschwächen in Fällen, in welchen dessen Anwendung zweifellos nicht dem Willen des Erblassers entsprechen würde. Die Verpflichtung ist dem Vermächtnißnehmer auch gegenüber dem Beschwerten auferlegt. Der Beschwerte ist, ohne daß ein Vorausvermächtniß vorliegt, insofern bedacht, als ihm die Verpflichtung, den Vertrag seinerseits zu erfüllen oder das Interesse zu leisten, abgenommen wird. Der Gesichtspunkt der Erfüllungsübernahme (§ 318) bleibt soweit außer Betracht.

Der Eingang „der .. Gegenstand“ läßt durch den bestimmten Artikel erkennen, daß die Vorschrift auch im Falle des sog. Verschaffungsvermächtnisses Anwendung findet — jedoch auch hier, nach Maßgabe der Schlußworte, beschränkt auf den Fall, daß der Erblasser zur Erfüllung des Vertrages verpflichtet gewesen sein würde. Darüber, wem der Pacht oder Miethzins gebührt, bedarf es an dieser Stelle keiner Vorschrift; es entscheidet der § 1878 verb. mit § 794.

c. Ist der vermachte Gegenstand zur Zeit des Erbfalls mit einem Pfandrechte, einer Grundschuld oder einem anderen Rechte belastet, so erhebt sich die Frage, ob der Bedachte den Gegenstand pfand- und kostenfrei fordern kann oder ob er seinerseits die Pfandschuld, die Grundschuld oder die Lasten zu übernehmen hat. Das geltende Recht folgt zumeist dem Grundsatz „res transit cum suo onere“. Dies gilt besonders von den dinglichen Rechten (M.N. I 12, § 325; Dernburg § 140 Anm. 1, 2; Eccius § 276 Anm. 55; Code 1020; öst. GB. §§ 686, 662; Unger § 67 Anm. 1; sächs. GB. § 2455 — nicht aber Forderungen gegen den Erblasser in Beziehung auf die Sache; — Mommsen § 395, vgl. jedoch § 405), jedoch trennt das gemeine Recht Grunddienstbarkeiten, welche mitübergehen, und Nießbrauch, Emphyteuse und Superfizies, von denen der Bedachte Befreiung verlangen kann, falls sie dem Erblasser nicht bekannt waren; dagegen gehen mit über andere Lasten und Reallasten und selbst obligatorische Ansprüche gegen den Erblasser, sogar Noxalanprüche (Windscheid § 654 Anm. 5, 6, 16; Brinz § 415 Anm. 31—36; Roth § 323 Anm. 6—13). In Ansehung des Pfandrechtes lassen das gemeine Recht und einige sich anschließende Rechte (Windscheid § 654 Anm. 16; Brinz § 415 Anm. 37—44; Roth § 323 Anm. 11; bayer. M. III § 7 11, uM.) den Bedachten für das auf der vermachten Sache lastende Pfandrecht nur haften, wenn das Pfandrecht dem Erblasser nicht bekannt gewesen ist, im entgegengesetzten Falle muß der Beschwerte die Sache von dem Pfandrechte befreien. Die neueren Rechte führen den Grundsatz „res transit cum suo onere“ auch in Ansehung des Pfandrechtes durch, indessen muß nach einigen (M.N. I 12 § 326; Dernburg § 140 Anm. 2—4; Eccius § 276 Anm. 55; Code 1020; sächs. GB § 2453; Mommsen § 396) der Bedachte die Schuld übernehmen, für welche der Gegenstand verpfändet ist, nach anderen (Hess. Entw. 303; öst. GB. nach Unger § 67 Anm. 1) tritt der zahlende Bedachte in die Rechte des Gläubigers und kann gegen den Erben seinen Rückgriff nehmen. Der Code enthält darüber keine ausdrückliche Entscheidung.

Der Entwurf § 1861 enthält Dispositivvorschriften. Nur solche können dem Bedürfnisse genügen. Denn die Erfahrung lehrt, daß die Verfügungen selten einen Anhalt für die Willensauslegung in dieser Richtung bieten. In Ansehung der Lasten, welche auf dem vermachten Gegenstande zur Zeit des Erbfalls ruhen und nicht in Pfandrechten oder Grundschulden bestehen, folgt der § 1861 Abs. 1 dem geltenden Rechte ohne die Unterscheidungen des gemeinen Rechtes. Er stellt zugleich die praktische Bedeutung der Vorschrift klar durch den Ausdruck, daß der Bedachte nicht berechtigt ist, Befreiung von den Lasten zu verlangen. Mit dem gemeinen Rechte einen Befreiungsanspruch dann anzunehmen, wenn der Erblasser den Nießbrauch oder das Erbbaurecht usw. nicht kannte, indem alsdann die gleichzeitige Zuwendung der Befreiung von der Last im Wege der Verfügung über fremdes Gut angenommen wird, erscheint nicht zulässig. In der Regel wird der Erblasser, entsprechend dem § 1859 Abs. 1, nicht mehr haben zuwenden wollen, als ihm selbst gebührte. Im Einzelfalle kann jedoch eine abweichende Willensrichtung des Erblassers vorliegen; dann ist selbstverständlich diesem Willen Folge zu geben. Der Entw. unterscheidet nicht das regelmäßige und das Verschaffungsvermächtniß. Auch für letzteres wird anzunehmen sein, daß der Erblasser den Gegenstand nur so zuwenden wollte, wie der Gegenstand sich zur Zeit des Erbfalls befindet. Die Berücksichtigung eines abweichenden Willens ist gewahrt durch den Zusatz „sofern nicht ein anderer Wille erhellt“. Eine besondere Vorschrift für das Verschaffungsvermächtniß erscheint um so weniger erforderlich, als ein solches Vermächtniß immerhin selten vorkommt. —

c) Belasteter Gegenstand. (G. § 2165.)

§. 166.

§. 167.

Pfandrechte
und Grund-
schulden.

In gleicher Weise wird für Pfandrechte und Grundschulden bestimmt. Nach der Auffassung des Lebens sind Pfandrechte und Grundschulden in gleichem Maße Belastungen des vermachten Gegenstandes wie Grunddienstbarkeiten und Reallasten, welche auf ihm haften. War der Gegenstand bereits zur Zeit der Anordnung verpfändet, so ist anzunehmen, daß der Erblasser davon ausging, der Bedachte solle den Gegenstand so erhalten, wie er ihn selbst hatte, also mit der Belastung durch das Pfandrecht. Erfolgte die Verpfändung erst nachher durch den Erblasser oder wurde sie ihm gegenüber im Wege der Zwangsvollstreckung erzwungen, so liegt eine theilweise Veräußerung vor; nach § 1848 muß der Bedachte auch diese tragen. In Ansehung der Grundschulden verhält es sich nicht anders. Der Vermächtnißnehmer muß den vermachten Gegenstand nehmen und erhalten, wie er zur Zeit des Eintrittes des Erbfalles liegt. In Ansehung des Faustpfandes läßt sich eine andere Auffassung nicht mit Grund geltend machen. Das Faustpfand kann ebensowohl, namentlich in der Gestalt der Verpfändung von Werthpapieren, die Unterlage sein für eine dauernde Kreditgewährung. Soll der Bedachte Befreiung von Pfandrechten und Grundschulden fordern können, so wird der Erbe, gewiß meistens entgegen dem Willen des Erblassers, in eine schwierige Lage versetzt. Dies erhellt besonders, wenn in Betracht gezogen wird, daß die Schuld, für welche der vermachte Gegenstand haftet, vielleicht erst in ferner Zeit fällig wird. Eine Unterscheidung des regelmäßigen und des Verschaffungsvermächtnisses ist in dieser Hinsicht nicht veranlaßt.

Hypothek, für
welche der
Erblasser
persönlich
haftet.

Eine besondere Vorschrift für den Fall, daß in Ansehung der auf einem vermachten Nachlassgrundstücke haftenden Hypothek der Erblasser der persönliche Schuldner ist, ist nicht für angemessen erachtet. Zu bestimmen, in welchem Falle habe der Vermächtnißnehmer dem Erben dafür, daß dieser wegen der persönlichen Verpflichtung nicht in Anspruch genommen werde, einzustehen und dürfe auch im Falle der Befriedigung der Hypothek nicht seinerseits den Erben in Anspruch nehmen, würde nicht rathsam sein. Die Gründe, welche sich hierfür geltend machen lassen, sind nicht von entscheidender Bedeutung. Nach der aus §§ 1062 ff. sich ergebenden Auffassung des Entw. ist in der Regel die Hypothek nicht die sog. selbständige Hypothek, sondern eine solche, welche ihren accessorischen Charakter bewahrt hat. Auf dem Grundstücke haftet nur das dingliche Recht, nicht die persönliche Schuld; daher kann auch nur die dingliche Belastung auf den Vermächtnißnehmer übergehen. Die persönliche Haftung, und zwar die ausschließliche des Vermächtnißnehmers für die Schuld, für welche die Hypothek bestellt ist, läßt sich nur begründen, wenn davon ausgegangen wird, der Erblasser habe nicht allein das Grundstück vermacht, sondern zugleich den Bedachten mit der Verpflichtung belastet, den Erben, soweit die darauf haftenden Hypotheken für seine Schulden bestellt sind, von den entsprechenden Verbindlichkeiten, unter Tilgung dieser Schulden, zu befreien. Unter Umständen kann dies dem Willen des Erblassers entsprechen; ohne weiteren Anhalt aber läßt sich ein solcher Wille nicht annehmen. Nach der Auffassung des Verfaßtes ist die Bedeutung der Hypothek die, daß der Eigenthümer sich die Befriedigung der Hypothek aus dem Grundstücke gefallen lassen muß, sofern der Gläubiger auf das Grundstück greift und nicht anderweit Befriedigung sucht. Dieser Auffassung würde es nicht entsprechen, die Hypothek stets als wirtschaftliche Werthminderung des Grundstückes zu behandeln. Nach § 1003 Nr. 1 ist der Nießbraucher gegenüber dem Eigenthümer verpflichtet, die Zinsen der Hypothekensforderungen zu tragen. Daraus läßt sich indessen für die hier zu entscheidende Frage, welche eine wesentlich andere ist, nichts entnehmen. Ist eine Hypothek in Frage für Schulden, die der Erblasser nicht eingegangen ist, für die vielmehr ein früherer Eigenthümer persönlicher Schuldner war und deren Erfüllung der Erblasser übernommen hatte, so würde durch eine Vorschrift des bezeichneten Inhaltes nicht geholfen. Die hiernach sich ergebende verschiedene Behandlung der Hypotheken und Grundschulden rechtfertigt sich aus dem wirtschaftlich wie in der juristischen Konstruktion bestehenden erheblichen Unterschiede zwischen den beiden Instituten. Ist neben der Grundschuld eine persönliche Verbindlichkeit des Erblassers vorhanden, so hat der Erbe auch für die letztere einzustehen. Wichtig, aber nicht entscheidend, ist, daß in Ansehung der durch die Hypothek gesicherten persönlichen Schuld des Erblassers der Erbe in der Regel die Schuld wird endgültig tragen müssen, weil nach § 1094 Abs. 2 der den Hypothekengläubiger befriedigende Vermächtnißnehmer die persönliche Forderung kraft Gesetzes erwirbt.

Korrealt-
hypothek.

Eine besondere Vorschrift in Ansehung der sog. Korrealthypothek (A.N. I 12 § 327; vgl. Mommsen § 396 Abs. 2) ist gleichfalls nicht erforderlich. Ebensowenig ist für den Fall, daß der Beschwerte in Beziehung auf Rechte an der Sache der Berechtigte war oder daß der Bedachte der Berechtigte oder Pfandgläubiger war, etwas Besonderes zu bestimmen (sächs. G.B. §§ 2452, 2459; Mommsen §§ 395, 397). Nicht rathsam wäre es, auszusprechen, der Bedachte werde nicht verpflichtet, die Verbindlichkeit, für welche der vermachte Gegenstand verpfändet ist, zu erfüllen. Denn, wenn dies auch in der Regel dem Gedanken, auf welchem der § 1861 beruht, entsprechen wird, so möchte aus der Aufnahme des Satzes der irrige Schluß gezogen werden, dem Bedachten solle vom Erblasser die Möglichkeit abgeschnitten werden können, auf Grund des § 1094 Abs. 2 gegen den Erben vorzugehen, falls er den Gläubiger befriedigt hat.

| §. 168.

| Daß der dem Erblasser zur Zeit des Erbfalles etwa zustehende Anspruch auf Befreiung | S. 169.
des vermachten Gegenstandes von der Belastung als mitvermacht gilt (Abs. 2), ist nur ein Anspruch auf
Folgesatz des § 1859 Abs. 1. Die Aufnahme der Vorschrift ist für angemessen erachtet, um Befreiung.

Zweifeln vorzubeugen (vgl. Eccius § 276 Anm. 55).
Weitere Auslegungsregeln über den Umfang des Vermächtnißgegenstandes enthält sich der Entw. Insbes. sind Vorschriften nicht aufgenommen:

a) Darüber, was als vermacht gilt, wenn eine Sache mit ihrem Inhalte vermacht ist (Windscheid § 655 Anm. 2; Dernburg § 147 Anm. 8; öst. GB. §§ 675, 676, Unger § 69 Anm. 3; sächs. GB. § 2464; Mommsen § 407). Es besteht kein Bedürfnis, der Willensauslegung in dieser Beziehung zu Hülfe zu kommen; Auslegungsregeln würden das richterliche Ermessen ohne zwingende Gründe beengen.

β) Darüber, was als vermacht anzusehen ist, wenn der Inhalt eines Behältnisses oder das, was sich in einem Hause befindet, vermacht ist (WR. I 12 §§ 414, 415, Dernburg § 147 Anm. 9, Eccius § 252 Anm. 94, 97; sächs. GB. §§ 2465, 2466; Mommsen § 408). Das Bedürfnis für solche Auslegungsregeln ist zu verneinen.

γ) Darüber, was bei einem Vermächtnisse flüssiger Sachen als mitvermacht zu gelten hat (WR. I 12 § 407, Dernburg § 139 Anm. 8, Eccius § 276 Anm. 41; öst. GB. § 677). Das Bedürfnis für Auslegungsregeln ist gleichfalls nicht anzuerkennen. Das Gleiche gilt von den zahlreichen Vorschriften ähnlichen Inhaltes, welche sich besonders im preuß. WR. I §§ 10 ff. (Dernburg § 147 Anm. 2-4) und im öst. GB. (Unger § 69 Anm. 2, 3) finden.

Nicht minder ist abgesehen von besonderen Vorschriften für den Fall, daß eine Rechtsgesamtheit, zB. ein Erwerbsgeschäft, vermacht ist (Roth § 325). Ohne Kasuistik wären solche für entbehrlich erachtete Vorschriften nicht möglich. — Im geltenden Rechte finden sich Vorschriften über gewisse Arten von Vermächtnissen, zB. das Nießbrauchs-, das Raten-, das Renten-, das Ausstattungs- und das Vermächtniß des Lebensunterhaltes oder einer Leibrente. Solche | S. 170.
Vorschriften sind nicht aufgenommen. — Bei Feststellung der Vorschriften über den Nießbrauch (§§ 980 ff.) ist überall bereits die Begründung des Nießbrauches durch Vermächtniß mit in Betracht gezogen (Mot. 3 S. 493). Einzelne Zweifel, welche noch möglich sind, im Gesetze zu entscheiden, geht nicht wohl an. So wird sich zB. bezweifeln lassen, ob, wenn der Nießbrauch am Nachlasse einem Dritten vermacht ist, der Erbe, welchem eine Forderung gegen den Erblasser zugestanden hat, wegen dieser Forderung aus dem Nachlasse sich befriedigen kann, bevor er den Nachlaß dem Vermächtnißnehmer ausantwortet (Windscheid § 659 Anm. 4). Solche Fragen sind jedoch von zu untergeordneter Bedeutung, um die Aufnahme von Vorschriften für seltene Fälle zu rechtfertigen, selbst wenn mitunter die Auslegung zu einem befriedigenden Ergebnisse nicht zu führen scheint. Im bezeichneten Falle läßt sich erwarten, daß Wissenschaft und Praxis, ungeachtet des § 291, im Wege entsprechender Anwendung des § 1866 dazu gelangen werden, daß Vereinigung zum Nachtheile des Erben nicht eintritt. — Wegen der Leibrente siche bereits der § 663 vor, vgl. auch § 1867.

Soweit das Vermächtniß einer Forderung nicht in den §§ 1848 ff., 1855, 1856, 1866 | S. 170.
geregelt ist, kann ein Bedürfnis zur Aufnahme weiterer Vorschriften über ein solches Vermächtniß, obgleich solche im geltenden Rechte sich finden (Windscheid §§ 657/8; Brinz § 415 III; Roth § 324 II; Unger § 72; WR. I 12 §§ 409 ff., Eccius § 252 S. 466-472; Code 1023; sächs. GB. §§ 2477-2488; Mommsen §§ 422-428; heff. Entw. 148-150), nicht anerkannt werden. Die Mehrzahl dieser Vorschriften des geltenden Rechtes ist deshalb entbehrlich, weil der Entw. zumeist von dem vermachten Gegenstande, nicht ausschließlich von der vermachten Sache spricht. Nur für das Wahlvermächtniß, das Gattungsvermächtniß und das gemischt-generische Vermächtniß sind noch Vorschriften angeschlossen.

§ 1862 (II 2025, B. 2130, R. 2128, G. 2154).

Der Entw. spricht die Zulässigkeit eines Wahlvermächtnisses nicht besonders aus, setzt sie vielmehr voraus (vgl. auch § 1777). Daß auf ein | solches Vermächtniß die §§ 207-212 Anwendung zu finden haben, kann als selbstverständlich bezeichnet werden, nachdem das Windikations- | S. 171.
legat aufgegeben ist; diese Vorschriften passen der Fassung und der Stellung nach auf jedes alternative Schuldverhältniß. Indessen ist doch der Hinweis auf deren Anwendbarkeit rathsam, weil dadurch das Gesetz an Deutlichkeit und Durchsichtigkeit gewinnt. Dazu kommt, daß eine Abweichung von der im § 212 Abs. 1 enthaltenen Auslegungsregel erforderlich ist. Ist die Wahl unter den mehreren Leistungen einem Dritten eingeräumt, so hat der Erblasser nicht das „Ob“ der Zuwendung in Frage stellen wollen (wenigstens ist dies nicht zu vermuthen), vielmehr soll nur entschieden werden, welchen von mehreren Gegenständen der Bedachte erhalten soll. Die Anwendung des § 212 Abs. 1, nach welchem das Schuldverhältniß im Zweifel als ein durch die Wahl des Dritten bedingtes zu gelten hätte, würde mit dem anzunehmenden Willen des Erblassers im Wider-

6. Wahl-
vermächtniß.
| S. 171.

Vermächtniß
einer
Forderung.

spruche stehen und insbes. § 1778 nicht entsprechen. Deshalb ist die Abweichung bestimmt, daß im bezeichneten Falle das Vermächtniß nicht als ein durch die Wahl des Dritten bedingtes anzusehen ist. — Soll der Zweck der Vorschrift erreicht werden, so muß auch für den Fall gesorgt werden, daß der Dritte nicht wählen kann oder nicht wählen will, da selbstverständlich bei einem auf die Person des Dritten gestellten Wahlrechte von einem Uebergange des Wahlrechtes auf dessen Rechtsnachfolger nicht die Rede sein kann. In diesem Falle muß, entsprechend dem § 207, die allgemeine Regel eintreten, also der Beschwerte wählen. Wie im Falle des § 355 genügt dies noch nicht, vielmehr muß dem „nicht wählen können oder wollen“ der Fall gleichgestellt werden, in welchem der Dritte die Wahl verzögert. — Hiernach ergibt sich, daß der Beschwerte, falls er zu wählen hat, nicht behindert ist, auch die Leistung zu wählen, welche den geringsten Werth hat. Das geltende Recht weicht hiervon vielfach ab, es kann aber zum Vorbilde nicht dienen, weil es zumeist mit dem Bindationslegat zu rechnen hatte.*)

Uebergang
des
Wahlrechtes.

§ 172.

Darüber, ob derjenige, welcher an die Stelle des Bedachten oder Beschwerten tritt, das diesen zugestandene Wahlrecht hat, ist eine Vorschrift nicht erforderlich. Die neuere Doktrin (vgl. Unger § 76 Anm. 1, 5) ist fast durchweg einverstanden, daß das Wahlrecht nicht ein für sich bestehendes Recht, sondern lediglich eine Eigenschaft (Qualität) der Forderung ist. Das Wahlrecht geht daher der Regel nach nicht allein bei der Rechtsnachfolge, sondern auch bei der Anwachsung | ufw. mit der Forderung über. Andererseits ist nicht ausgeschlossen, daß der Erblasser ein legatum optionis im Sinne des älteren röm. Rechtes (Windscheid § 661 Anm. 9) gewollt und das Wahlrecht als ein höchstpersönliches angesehen hat. Die Willensauslegung durch eine Vorschrift zu beengen, besteht kein Anlaß.

Mehrere
Wahl-
berechtigte.

Eine Vorschrift darüber, wer von mehreren zugleich Wahlberechtigten das Wahlrecht auszuüben habe, insbes. eine Verweisung auf das Loos (Windscheid § 661 Anm. 12; sächs. GB. § 2498; Unger § 76 Anm. 5; Mommsen § 436; hess. Entw. 144), erscheint nicht angemessen. Die Heranziehung der Entscheidung durch das Loos hat stets etwas Bedenkliches. Abgesehen vom § 583 Abs. 2, welcher sich auf die Auslobung bezieht, bei der ein anderer Ausweg nicht möglich ist, hat der Entw. an keiner Stelle auf die Loosentscheidung verwiesen. Den vorausgesetzten seltenen Fall für das Vermächtniß zum Gegenstande einer besonderen Regelung zu machen, liegt auch kein Bedürfnis vor. Sind mehrere Beschwerte wahlberechtigt, so kann, falls sie über die Wahl sich nicht einigen, der Bedachte mit Hilfe des § 210 Abs. 1 zu seinem Rechte kommen. Können sich mehrere Wahlberechtigte über die zu treffende Wahl nicht einigen, so hat zunächst der Beschwerte den Vortheil, daß er nicht zu leisten hat. In solchem Falle liegt auf Seiten der Bedachten eine Gemeinschaft vor; die für diese geltenden Vorschriften (vgl. insbes. die §§ 765, 772) werden eine befriedigende Lösung ermöglichen. — Mit dem WR. I 12 § 394 vorzuschreiben, daß, wenn mehrere Personen unter denselben Gegenständen zu wählen haben und diese sich über die Reihenfolge der Wahl nicht verständigen können, die Reihenfolge der Wahl durch das Loos bestimmt werde, ist noch weniger erforderlich; damit würde für einen seltenen Fall das Gebiet der Kasuistik beschritten. Weshalb die Grundsätze über Prävention (Mot. 1 S. 275 ff.) nicht ausreichen oder zu modifiziren sind, ist nicht ersichtlich. — Vorschriften über die Unwiderruflichkeit der getroffenen Wahl, das Stattfinden einer Neuwahl, wenn das Vermächtniß in Ansehung des gewählten Gegenstandes ungültig oder doch theilweise ungültig ist, oder wenn nicht alle zur Wahl stehenden Gegenstände vorgezeigt sind oder die Wahl nicht von dem dazu Berechtigten vorgenommen ist, sowie über den Einfluß von Mängeln der Willensbestimmung des Wählenden (Windscheid § 661 Anm. 5, 6; bayer. WR. III 7 § 4 Nr. 6; WR. I 12 §§ 398—400; Mommsen § 439 nebst Mot. S. 428, 429), sind nicht aufgenommen. Die §§ 207—214 sowie die allgemeinen Grundsätze genügen für das Erbrecht in gleichem Maße, wie sie in Ansehung der Wahlobligationen für ausreichend erachtet sind. Die besonderen Vorschriften des gemeinen Rechtes (Windscheid § 661 Anm. 7; Unger § 76 Anm. 7) werden zum Theile aus der Eigenthümlichkeit des Damnationslegates des röm. Rechtes erklärt und kommen schon deshalb nicht weiter in Betracht.

Reihenfolge
der Wahl.

Unwiderruf-
lichkeit der
Wahl.

§ 173.

§ 1863 (II 2026, B. 2131, R. 2129, G. 2155).

7. Gattungss-
vermächtniß.

Ein Zweifel kann nicht bestehen, daß das Gattungssvermächtniß zulässig sein muß, und daß auf das Schuldverhältniß, welches durch ein solches Vermächtniß begründet wird, im Allgemeinen die §§ 213, 214 Anwendung zu finden haben (vgl. Windscheid § 655 Nr. 2; Brinz § 415 Nr. 3; WR. I 12 §§ 401—404 verb. mit §§ 388 ff., Dernburg § 148, Eccius § 252 S. 463; Unger § 68; sächs. GB. §§ 2467/9; Mommsen §§ 409—414; hess. Entw. 140). Auf die nutz-

*) Windscheid § 661 Anm. 1, 13; Brinz § 415 Anm. 22 ff.; Roth § 322 Anm. 1 ff.; WR. I 12 §§ 388 ff., Dernburg § 153, Eccius § 252 Anm. 38 ff. — das WR. legt Gewicht darauf, ob der Bedachte nehmen oder der Erbe geben soll, je nach der Fassung wird ein Wahlrecht des ersteren oder des letzteren angenommen —; sft. GB. §§ 656, 658, 659, Unger § 76, § 72 Anm. 5, 6; sächs. GB. §§ 2493 bis 2498; Mommsen § 434; hess. Entw. 141—143.

maßliche Willensmeinung des Erblassers gesehen, würde der § 213, wenn der Beschwerte zu wählen hat, nicht zu einem angemessenen Ergebnisse führen; vielmehr wird in der Regel der Erblasser an eine den Verhältnissen des Bedachten entsprechende Sache gedacht haben. Würde mit einigen Rechten — sächs. GB. § 2496; Mommsen § 410; hess. Entw. 140 Abs. 2; vgl. ferner MN. I 12 § 404 (nach dem Stande und der Nothdurft des Empfängers); öst. GB. § 658 (dem Stande und Bedürfnisse angemessen) — von einer den Verhältnisse und den Bedürfnissen des Bedachten entsprechenden Sache geredet, so wäre damit wenig gewonnen. Das „Bedürfnis“ ist als Maßstab wegen der Dehnbarkeit des Begriffes werthlos. Daß die Verhältnisse des Bedachten einen geeigneten Beurtheilungsmaßstab nicht ergeben, wird kaum vorkommen. Eine besondere Fürsorge für diesen Fall ist daher entbehrlich. — Im Anschlusse an die §§ 213, 214 ist auch hier ausschließlich von einer nur der Gattung nach bestimmten Sache die Rede.

In Ansehung des Gattungsvermächtnisses kann der nicht seltene Fall, daß das Wahlrecht dem Bedachten oder einem Dritten übertragen ist, nicht übergegangen werden, wie in den §§ 213, 214 (Mot. 2 S. 11). Die gleiche Beschränkung wie für den Fall, daß der Beschwerte zu wählen hat, erscheint angemessen (Satz 2 Halbsatz 1). Wird insbes. die Wahl einem Dritten übertragen, so läßt sich annehmen, der Erblasser habe zu ihm das Vertrauen gehabt, er werde eine seinem (des Erblassers) Willen entsprechende Wahl vornehmen. Diese Annahme berechtigt indessen nicht zu der Folgerung, der Erblasser wolle das Vorgehen des Dritten selbst dann gutheißen, wenn dieser dem in ihn gesetzten Vertrauen nicht entsprochen habe. Auch bei der Uebertragung der Wahl an einen Dritten ist davon auszugehen, der Erblasser wolle vor Allem das Interesse des Bedachten gewahrt wissen. Eine Beschränkung des Dritten in dieser Beziehung ist um so mehr geboten, als im § 357 selbst dann die Anfechtung der Bestimmung des Dritten gestattet ist, wenn bei einem obligatorischen Vertrage die Leistung durch einen Dritten bestimmt werden soll und dieser Dritte die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen hat (vgl. Mommsen § 411). Daß der Bedachte in gleicher Weise beschränkt wird, entspricht nicht nur dem anzunehmenden Willen des Erblassers, sondern bewirkt zugleich, daß Gattungsvermächtnisse, welche nach ihrer Fassung als zu unbestimmt erscheinen könnten (vgl. § 1847; Windscheid § 655 Anm. 8; Mommsen § 409 Abs. 1), wegen der dem Wahlrechte | des Bedachten gezogenen Grenze unter | Umständen in Kraft erhalten werden und damit der letzte Wille dem Grundsätze des § 1778 gemäß thunlichst zur Geltung gelangt. | S. 174.

Durch die Vorschrift in Ansehung des Wahlrechtes des Dritten wird eine Entscheidung über die Ausübung der Wahl erforderlich. Diese wird am einfachsten und angemessensten getroffen durch entsprechende Anwendung der für das Wahlvermächtniß geltenden Vorschriften (Satz 2 Halbsatz 2). Ausübung der Wahl.

§ 1864 (II —, B. —, R. —, G. —).

In Ansehung eines sog. gemischt-generischen Schuldverhältnisses (falls Sachen aus einer bestimmten Menge oder Zahl geleistet werden sollen) ist im Rechte der Schuldverhältnisse nicht bestimmt, daß es als Wahlobligation zu behandeln sei. Wegen der Vielgestaltigkeit des Verkehrs ist es der Beurtheilung des Einzelfalles überlassen, ob ein Wahlschuldverhältniß oder ein regelmäßig generisches Schuldverhältniß gewollt sei (Mot. 2 S. 11). Anders ist die Sachlage bei dem gemischt-generischen Vermächtnisse. Meistens bietet die Verfügung wenig oder gar keinen Anhalt für die Ermittlung des Willens des Erblassers. Um Streitigkeiten abzuschneiden, ist daher eine Entscheidung angemessen. — Daß ein solches Vermächtniß nach den Vorschriften über das Wahlvermächtniß beurtheilt werde, erscheint gerechtfertigt, wenn berücksichtigt wird, daß ein Erblasser, welcher in der bezeichneten Weise verfügt, regelmäßig bezweckt, dem Wahlberechtigten unter den beschränkt zur Wahl gestellten Gegenständen dieselbe Freiheit der Wahl einzuräumen, wie bei dem Wahlvermächtnisse. Nicht minder entspricht es vorausichtlich dem Willen des Erblassers, daß, wenn einer der in Betracht kommenden Gegenstände vor Eintritt des Erbfalls oder später durch einen vom Beschwerten nicht zu vertretenden Umstand untergehen sollte, die Wahl auf die verbleibenden Gegenstände sich zu beschränken hat (MN. I 12 § 389, Dernburg § 153, bes. Anm. 2, Eccius § 252 Anm. 69; sächs. GB. § 2467; Mommsen § 413, 434 ff.). Abweichend beschränken das gemeine Recht und das bayer. MN. III 7 § 4, Windscheid § 655 Anm. 3, 4, § 661 Anm. 2, die Wahl, erstere, sofern nicht ausdrücklich das Aussuchen gestattet ist; vgl. noch Brinz § 415 S. 319, 320; Roth § 323 Anm. 40.

Bermuthungen, wann ein gemischt-generisches Vermächtniß anzunehmen sei, sind nicht aufgestellt, insbes. nicht für den Fall, daß der Erblasser einen Gegenstand aus einer Gattung ohne ausdrückliche Beschränkung auf die im Nachlasse befindlichen Stücke der betr. Gattung vermacht hat und sich Sachen der betr. Gattung im Nachlasse vorfinden (Mommsen § 409 Abs. 1; Unger § 68 bei Anm. b). Die Annahme, der Erblasser habe in solchem Falle die im Nachlasse befindlichen Sachen gemeint, geht zu weit; sie ist jedenfalls dann nicht berechtigt, wenn der Erblasser zur Zeit Bermuthungen.

Wahl seitens des Bedachten oder eines Dritten.

Ausübung der Wahl.

S. Gemischt-generisches Vermächtniß.

Bermuthungen.

| S. 175.

der Anordnung solche Sachen nicht besaß, auch nicht in bestimmter Aussicht stand, daß er solche später erwerben werde. Der Bedachte würde durch eine solche Auslegungsregel nicht selten, gegen den Willen des Erblassers, in seinem Rechte beschränkt werden. Dies zeigt sich besonders dann, wenn im Nachlasse nur eine Sache der betr. Gattung vorhanden, diese aber mangelhaft oder doch so beschaffen ist, daß der Bedachte sie nicht gebrauchen kann. Vielsach würde lediglich der Zufall, ob eine solche Sache im Nachlasse vorhanden ist, über die Auslegung der Verfügung entscheiden. — Ferner ist eine Vermuthung nicht aufgestellt für den Fall, daß der Erblasser eine Sache aus einer Gattung ohne Beschränkung auf den Kreis der im Nachlasse befindlichen Stücke der betr. Gattung vermacht und dem Bedachten das Wahlrecht eingeräumt hat (Mommßen § 412). Im Rechte der Schuldverhältnisse (Mot. 2 S. 11) ist nicht entschieden, ob es mit dem Begriffe der Gattungsschuld sich vereinigen läßt, daß dem Berechtigten die Auswahlbefugniß zusteht. In Ansehung letztwilliger Verfügungen trifft nicht in gleichem Maße zu, daß Fälle dieser Art überaus selten vorkommen. Erhält das Gattungsvermächtniß in Folge der Auswahlbefugniß des Bedachten einen unmeßbaren Inhalt, so erledigt sich die Frage dadurch, daß es alsdann an der erforderlichen Bestimmtheit der Leistung gebricht (§ 1847). Nicht ausgeschlossen ist — und es ist sogar bei Vermächtnissen dieser Art vielleicht die Regel —, daß dem Bedachten das Wahlrecht unter solchen Beschränkungen eingeräumt wurde, daß die Bestimmbarkeit der Leistung sich nicht verneinen läßt. Ist dies der Fall, so muß das Vermächtniß als wirksam behandelt werden. Alsdann ist aber das Vermächtniß ein wirkliches Gattungsvermächtniß; es kann in Ermangelung eines weiteren Inhaltes nicht in ein gemischt-generisches Vermächtniß umgedeutet werden. Trifft der Erblasser eine Verfügung dieser Art, so hat er nicht selten ein besonderes Interesse daran, daß der Bedachte einen feinen Verhältnissen entsprechenden Gegenstand erhält. Daher kann nicht angenommen werden, sein Wille sei dahin gegangen, der Bedachte solle bei der Auswahl auf die im Nachlasse befindlichen Sachen der betr. Gattung beschränkt sein. In Folge einer Umdeutung kann der Bedachte in die mißliche, vom Erblasser kaum gewollte Lage kommen, daß er völlig leer ausgeht, wenn sich, vielleicht lediglich durch Zusammentreffen besonderer Umstände, Stücke der betr. Gattung im Nachlasse nicht befinden oder die vorhandenen in der Hand des Erben ohne dessen Schuld untergegangen sind.

Unwirksam-
fein.

Nicht erforderlich ist, mit einigen Rechten (bayer. MN. III 7 § 3 Nr. 2; Roth § 323 Anm. 41; sächs. GB. § 2468; öst. GB. 657, Unger § 68; Mommßen § 409 Abs. 2; heff. Entw. 140 Abs. 3; — wegen des MN. vgl. Eccius § 252 Anm. 67, 69) zu bestimmen, ein gemischt-generisches Vermächtniß sei unwirksam, wenn sich Sachen der vom Erblasser bezeichneten Art im Nachlasse nicht vorfinden. Soweit dies richtig, ist es selbstverständlich, wenn nämlich die Vorschriften über das Wahlvermächtniß Anwendung finden. — Den Beschwerten hier, wie bei dem Gattungsvermächtnisse (§ 1863) dahin zu beschränken, daß er eine den Verhältnissen des Bedachten entsprechende Sache auszuwählen habe (Mommßen § 410), würde zu einer Abweichung von den an sich für maßgebend erklärten Grundsätzen über das Wahlvermächtniß nöthigen. Daß in dieser Hinsicht hier das generische und nicht das alternative Moment überwiege, kann nicht anerkannt werden. Sollten die Grundsätze vom Wahlvermächtnisse im Einzelfalle wirklich zu einem nicht befriedigenden Ergebnisse führen, so wird der Inhalt der Verfügung auch sonst schon genügenden Anhalt bieten, um zu erkennen, daß der Erblasser etwas Abweichendes hat anordnen wollen. Dies zu berücksichtigen, ist durch die ausgenommene Vorschrift nicht ausgeschlossen.

Beschränkung
in der Wahl.
| S. 176.

Im geltenden Rechte finden sich Vorschriften über das Vermächtniß einer Summe oder einer Quantität vertretbarer Sachen, deren Beschaffenheit nicht angegeben ist (Windscheid § 655 bei Anm. 6; sächs. GB. § 2469; MN. I 12 § 401, Dernburg § 148 Anm. 3; Eccius § 252 Anm. 72; öst. GB. § 658, Unger § 70 Anm. 2; bad. MN. Satz 1022a; Mommßen § 414). Daß die Vorschriften über das Wahlvermächtniß in Ansehung einer solchen Summe oder Quantität vertretbarer Sachen in der Regel Anwendung finden, erscheint selbstverständlich mit Rücksicht auf die Beschränkung des § 1864. In Ansehung vermachter Geldsummen den § 1864 von der Anwendung auszuschließen, würde in Folge jener Beschränkung nicht passen.

Summe oder
Quantität
vertretbarer
Sachen.

§§ 1865—1867 (II 2045—2049, B. 2150—2155, R. 2148—2153, G. 2174—2179).

IV. Anfall
nach Erwerb.
1. Vermächtnißanspruch.
(G. § 2174.)

1. Durch das Vermächtniß wird nur ein obligatorischer Anspruch des Vermächtnißnehmers (Vermächtnißanspruch) begründet (§ 1865 Satz 1). Dies entspricht dem S. 133 ff. erörterten Grundsätze des Entw. Daß ein unmittelbarer Uebergang des vermachten Rechtes auch dann nicht stattfindet, wenn das Recht zum Nachlasse gehört (Satz 2), verdeutlicht nur mit Rücksicht auf die schwerwiegende Abweichung vom geltenden Rechte, daß das Vindikationslegat dem Entw. fremd ist, und läßt zugleich erkennen, daß die Vorschrift eine absolute ist, also durch sie dem Willen des Erblassers eine Schranke gesetzt wird.

2. Ver-
einigung.
(G. § 2175.)

2. Mit Rücksicht auf die Nichtanerkennung des Vindikationslegates ist es erforderlich, auszusprechen, daß, wenn eine dem Erblasser zustehende Forderung gegen den Erben Gegenstand des Vermächtnisses ist, das Schuldverhältniß in Ansehung des Vermächtnisses nicht als durch

Vereinigung erloschen anzusehen ist. Ohne die Vorschrift würde die bezeichnete Forderung nach § 291 durch Vereinigung von Forderung und Verbindlichkeit in derselben Person stets erlöschen. Die Forderung würde nicht Gegenstand des Vermächtnisses sein können und die etwa vorhandenen accessorischen Rechte würden untergehen. Dieser Erfolg muß verhindert werden. Die vermachte Forderung | selbst erlangt der Vermächtnißnehmer nicht kraft Gesetzes, vielmehr muß sie ihm, wie jede andere vermachte Forderung, von dem Erben erst übertragen werden. Ohne die Vorschrift würde jedoch jede Uebertragung an dem bereits erfolgten Untergange der Forderung scheitern. Aus dem Fortbestehen des Schuldverhältnisses ergibt sich mit Nothwendigkeit das Fortbestehen der accessorischen Rechte. Ein Vindikationslegat ist also auch hier nicht angenommen. Ähnliche, die Wirkungen der an sich eintretenden Vereinigung von Forderung und Schuld abschwächende Vorschriften hat der Entw. in den §§ 499, 678, 1032, 1097, 1223, 1402, 1833. Möglich wäre es, im Wege der Fiktion dem Vermächtnißnehmer eine neue selbständige Forderung gegen den Erben in der Weise zu geben, daß der Gegenstand der Forderung als Gegenstand des Vermächtnißanspruches bezeichnet wird. Allein diese Umdeutung würde in mehrfacher Hinsicht nicht annehmbar sein; sie würde die Lage des Bedachten verschlechtern, weil diese die accessorischen Rechte verlieren müßte; sie würde unter Umständen auch dem Erben zum Nachtheile gereichen können, zB. dann, wenn die vermachte Forderung begründeten Einwendungen ausgesetzt ist.

§. 177.

Für den Fall, daß ein anderes Recht des Erblassers vermacht ist, welches in Folge des Erbfallles durch Vereinigung aufgehoben wird (Konsolidation), ist eine Vorschrift nicht erforderlich; die §§ 835, 1187 genügen. Sollte eine Konsolidation noch in anderer Richtung eintreten können, so ist für diese etwas Besonderes nicht zu bestimmen. — Durch die Vorschrift, daß die Forderung in Ansehung des Vermächtnisses als nicht erloschen anzusehen ist, wird ein relatives Nichterlöschen ausgedrückt; dies ist insofern von Bedeutung, als dadurch zugleich die Forderung der Pfändung seitens der Gläubiger des Erben entzogen ist.

Konsolidation.

Pfändung.

3. Der Entw. versteht unter Anfall des Vermächtnisses ebenso wie unter dem Anfalle der Erbschaft (vgl. § 2025), den vorläufigen Erwerb des Vermächtnißanspruches, dh. denjenigen Erwerb, welcher durch Ausschlagung noch rückgängig gemacht werden kann § 1867 (Abs. 1). Durch die letztwillige Verfügung wird erst eine Hoffnung begründet, welche als solche ohne rechtlichen Belang und folgerecht auch unerblich ist. Zu einem Rechte wird die Hoffnung erst, wenn der Erblasser das Vermächtniß bis zu seinem Tode nicht widerrufen hat und vom Vermächtnißnehmer überlebt worden ist. Das Recht besteht alsdann in dem Vermächtnißanspruch oder dem Rechte auf Leistung, wenn das Vermächtniß unbedingt und der Vermächtnißnehmer eine bestimmte, zur Zeit des Erbfallles lebende oder eine zu dieser Zeit bereits empfangene Person ist. Liegt ein bedingtes Vermächtniß vor oder ist eine Person bedacht, welche zur Zeit des Erbfallles noch nicht empfangen ist, oder Jemand, dessen Persönlichkeit erst durch ein später eintretendes Ereigniß bestimmt wird, so besteht das Recht nur in einem von einem künftigen Thatumstande (Erfüllung der Bedingung, Geburt, Eintritt des die Person bestimmenden Ereignisses) abhängigen bedingten Forderungsrechte. Unter „Anfall“ könnte auch verstanden werden das stets an den Erbfall sich knüpfende Werden der Hoffnung zu einem | Rechte, mag es, wie im Regelfalle, ein festes Recht auf Leistung sein oder, wie in den Ausnahmefällen, in einem noch bedingten Forderungsrechte bestehen. Diese Terminologie ist abgelehnt, um mit der für den Erbschaftserwerb im Einklange zu bleiben. — Würde vom Anfalle des Vermächtnisses ganz geschwiegen, so würde der Entw. zu einer großen Weitläufigkeit in den späteren Vorschriften genöthigt. Der Ausdruck „Anfall“ findet sich fast in allen geltenden Rechten oder doch in der Theorie auch in Ansehung des Vermächtnisses; das gemeine Recht bedient sich wegen der Abhängigkeit des Vermächtnisses vom Erwerbe der Erbschaft seitens des Beschwerten vorzugsweise der Ausdrücke „dies cedit“ und „dies venit“ (Windscheid § 642; Brinz § 427; Roth § 365; Dernburg § 143 bei Anm. 6, § 100 bei Anm. 4; Eccius § 276 Anm. 4; Unger § 62; Mommsen §§ 11 Abs. 2, 373 ff.).

3. Anfall. (G. § 2176)

§. 178.

Alle neueren Rechte (A. N. I 12 §§ 288, 279, Dernburg § 143, Eccius § 276 Anm. 1; öst. G. B. § 684; Code 1014; sächs. G. B. § 2426; Mommsen § 373; hess. Entw. 286) sind darin einig, daß Anfall und Erwerb des Vermächtnisses unabhängig sind vom Erwerbe der Erbschaft seitens des eingesezten Erben (vgl. § 1786 Abs. 1). Diesen zu folgen, ist daher unbedenklich. — Daß der Vermächtnißanspruch kraft Gesetzes, vorbehaltlich der Ausschlagung, erworben wird, entspricht ebenfalls durchweg dem geltenden Rechte, selbst da, wo der Antretungserwerb festgehalten ist (Windscheid § 642 Anm. 2, § 643; Brinz § 427; bayer. L. R. III 6 § 10; Roth § 365 Anm. 2, 3; A. N. I 12 § 288; Code 1014; sächs. G. B. § 2426; öst. G. B. § 684; hess. Entw. 186). Nur Mommsen § 374 bestimmt abweichend (vgl. dessen Mot. S. 384).

Die Ausnahmen von der Regel, daß das Vermächtniß mit dem Erballe anfällt, enthält der Abs. 2 während der Abs. 3 bestimmt, wie das Rechtsverhältniß in den Fällen des Abs. 2 sich gestaltet. Als eine solche Ausnahme ist zunächst Abs. 2 Nr. 1 erwähnt, daß dem Vermächtnisse eine aufschiebende Bedingung beigelegt und die Bedingung zur Zeit des Erbfallles noch

Ausnahmen.

Bedingung. (G. §§ 2177, 2179.)

nicht erfüllt ist. In einem derartigen Falle soll das Vermächtniß erst mit der Erfüllung der Bedingung anfallen. Dies entspricht dem § 128. Auf das mit dem Erballe für den Vermächtnißnehmer entstandene bedingte Recht würden an sich die §§ 132—134 Anwendung zu finden haben. Allein die Anwendbarkeit des § 132 ist für die meisten Fälle durch die positive Vorschrift des § 1761 ausgeschlossen, da nach der Auslegungsregel des letzteren der Wille des Erblassers zu vermuthen ist, daß die Zuwendung unwirksam wäre, wenn der Bedachte die Erfüllung der Bedingung nicht erlebe. Das Recht des unter einer aufschiebenden Bedingung Bedachten ist also unerblich. Hat aber der Erblasser bestimmt, es sei nicht erforderlich, daß der Vermächtnißnehmer den Eintritt der Bedingung erlebe, so behauptet der § 132 seine Geltung (Mot. 1 S. 256). Abgesehen von den Rechten, welche, wie das *AK.* eine dem § 1761 entsprechende Vorschrift nicht kennen, stimmt hiermit das geltende Recht überein (vgl. für das gemeine Recht Windscheid § 642 Anm. 3, Brinz § 427 S. 403; Roth § 365 Anm. 6, zugleich für verschiedene Rechte beschränkten Geltungsgebietes; sächs. *GB.* § 2426; Mommsen § 373; Hess. Entw. 286; für das öst. *GB.* Unger § 62). Daß die §§ 133, 134, 238 und für den bezeichneten besonderen Fall der § 132 für anwendbar erklärt werden (§ 1867 Abs. 3), kann entbehrlich erscheinen; die Ausnahme der Vorschrift entspricht aber der Wichtigkeit des Falles. Zweifel sind schon dann möglich, wenn das durch das Vermächtniß begründete Schuldverhältniß als eine *Legalobligation* angesehen wird. Der Entw. spricht nicht aus, daß diese Auffassung die richtige sei. Da die Auffassung sich vielleicht anfechten läßt, so ist, um nicht die Rechtswissenschaft zu fesseln, an keiner Stelle ausdrücklich eine Entscheidung dieses Inhaltes gegeben. Würde die Vorschrift nicht aufgenommen, so könnte ferner das Mißverständniß Platz greifen, der Bedachte solle bis zur Erfüllung der Bedingung ebenfalls nur, wie vor dem Erballe, eine rechtlich belanglose Aussicht haben, während doch diese Aussicht oder Hoffnung sich in eine rechtlich geschützte Aussicht deshalb verwandeln muß, weil es nunmehr unmöglich geworden ist, daß der Erblasser seinen Willen noch ändere. Die Erwähnung des § 238 ist deshalb für angemessen erachtet, weil der § 238 im Abs. 2 das im Abs. 1 enthaltene Prinzip der Surrogation auch für das Zwischenstadium in Anwendung bringt, in welchem das von der Bedingung oder Betagung abhängige Forderungsrecht noch nicht entstanden ist (Mot. 2 S. 47). — Von der Vererblichkeit zu reden, ist nicht erforderlich, auch nicht wohl thunlich, weil der Fall mit zu berücksichtigen ist, daß der unbedingte Vermächtnißanspruch an sich nicht vererblich ist. Wenn der § 1810 davon spricht, daß der eingesetzte Nacherbe den Erblasser überlebt, aber den Fall der Nacherbsfolge nicht erlebt habe, so hat dies seinen Grund darin, daß bei der Nacherbschaft der Schwebezustand unter Heranziehung der Vorschriften über den Nießbrauch näher geregelt ist, und demgegenüber die Vererblichkeit des Rechtes des Nacherben besonders zu berücksichtigen war.

Befristung.

Das gemeine Recht (Windscheid § 642 Anm. 3; Roth § 365 Anm. 7) und das sächs. *GB.* § 2426 erwähnen neben der Bedingung die Befristung für den besonderen Fall, daß einem Vermächtnisse ein Anfangstermin beigelegt ist, bis zu dessen Eintritte das Entstehen der rechtlichen Wirkung hinausgeschoben sein soll. In diesem Falle soll der Vermächtnißanspruch für den Vermächtnißnehmer ebenfalls erst mit dem Eintritte des Termines entstehen. Eine Vorschrift dieses Inhaltes ist nicht erforderlich. Der Fall, daß ein Erblasser in der vorausgesetzten Weise verfügt, ist ein so seltener, daß dessen Uebergang im Gesetze gerechtfertigt erscheint. Dazu kommt, daß, wenn ein solcher Fall vorkommen sollte, ein Zweifel darüber nicht wohl obwalten kann, daß der Vermächtnißanspruch erst mit dem Eintritte des Anfangstermines zur Entstehung gelangen soll und kann. — Ebenso wenig wird verkannt werden, daß für die Zeit nach dem Eintritte des Erballes alsdann die §§ 132, 133 Abs. 1 und 4, § 134 Anwendung finden. Die Besorgniß, es werde in Ermangelung einer ausdrücklichen Vorschrift die Regel des Abs. 1 angewendet werden, erscheint unbegründet. Würde die Vorschrift angenommen, so könnte ihr leicht eine über ihren Zweck hinausgehende Tragweite beigelegt, insbes. die Meinung erweckt werden, als sollten auch die Fälle einbezogen werden, in welchen der Erblasser einen dies *incertus quando, certus an* in dem Sinne gesetzt hat, daß der Bedachte ihn erleben müsse, und als sollten diese Fälle der Anwendung des § 1761 entzogen werden. Der Gedanke kann auch nicht so ausgedrückt werden, daß, wenn dem Vermächtnisse eine Bedingung oder Zeitbestimmung beigelegt ist, der Vermächtnißanspruch der gleichen Bedingung oder Befristung (Beschränkung) unterliege, die Vorschrift des § 1761 aber unberührt bleibe. Denn in Ansehung der befristeten Zuwendung ist kein Anlaß vorhanden, den selteneren Fall zu decken. In Ansehung der bedingten Zuwendung besteht aber ein begrifflicher Unterschied zwischen dem bedingten Erwerbe eines unbedingten Anspruches und dem durch die letzterwähnte Fassung an die Stelle gesetzten unbedingten Erwerbe eines bedingten Anspruches. Zudem würde eine solche Fassung nicht im Einklange stehen mit dem Begriffe des Anfalles; denn der bedingte Anspruch ist noch nicht der Vermächtnißanspruch.

Anfall an eine noch nicht empfangene Person etc. (G. § 2178.)

Das Recht, welches in den beiden im Abs. 2 Nr 2 und 3 bezeichneten Fällen entsteht, nämlich wenn eine noch nicht empfangene Person oder Jemand, dessen Persönlichkeit durch ein

| S. 179.

| S. 180.

erst nach dem Erbfolge eintretendes Ereigniß bestimmt wird, bedacht ist, ist nach der Natur der Dinge nicht vererblich. Die Nothwendigkeit der beiden Ausnahmen von der Regel, daß der Vermächtnißanspruch mit der Zeit des Erbfalles entsteht, kann an sich keinem Zweifel unterliegen; sie ergibt sich, nachdem in den §§ 1758, 1808 zugelassen ist, solche Personen zu bedenken. Für angemessen ist erachtet, in Ansehung der Zuwendungen an solche Personen für die Zeit nach dem Erbfolge die §§ 133, 134, 238 für anwendbar zu erklären (Abf. 3). Denn, wenn es auch nicht zweifelhaft ist, daß ein Unterschied besteht zwischen einer aufschiebend bedingten Zuwendung und der Zuwendung an eine noch nicht existirende Person oder an jemanden, dessen Persönlichkeit erst durch ein nach dem Erbfolge eintretendes Ereigniß bestimmt wird, so steht doch eine Zuwendung an diese Person oder Persönlichkeit einer Zuwendung unter einer aufschiebenden Bedingung insofern nahe, als die Wirksamkeit dieser Verfügung davon abhängt, daß die Person geboren wird oder das Ereigniß eintritt, durch welches die Persönlichkeit bestimmt wird. Der an den § 2026 Abf. 1 in der Fassung sich anschließende Zusatz zur Nr. 2, daß, wer zur Zeit des Erbfalles empfangen war, als schon vor dem Erbfolge geboren anzusehen ist, ist deshalb erforderlich, weil die Aufnahme des allgemeinen Satzes „nasciturus pro jam nato habetur“ nicht zulässig erscheint (Mot. 1 S. 29 und zum § 1758). In dieser Beziehung den nasciturus ebenso wie eine zur Zeit des Erbfalles noch nicht empfangene Person zu behandeln, geht nicht an. Dem geltenden Rechte ist eine solche Gleichstellung unbekannt. Dazu kommt, daß die Gleichstellung dem muthmaßlichen Willen des Erblassers nicht gerecht werden würde, da nicht anzunehmen ist, daß der Erblasser, welcher einen nasciturus bedenkt, diesem die Früchte der Zwischenzeit vorenthalten will. Bei der Gleichstellung | S. 181. würde sich aber, abgesehen von anderen Unbilligkeiten und Verwickelungen, ein solcher Erfolg ergeben. Allerdings kann im einzelnen Falle streitig werden, ob der Bedachte zur Zeit des Eintrittes des Erbfalles bereits als nasciturus vorhanden gewesen ist, und die Feststellung dieses Umstandes kann Schwierigkeiten begegnen. Diese Möglichkeit kann aber, wie zum § 1758 S. 11 erörtert, nicht maßgebend sein, und zwar hier um so weniger, als für den Erbschaftserwerb mit dem geltenden Rechte eine Anerkennung des Satzes „nasciturus pro jam nato habetur“ nicht zu umgehen ist (vgl. § 2026). Der Zusatz setzt als selbstverständlich voraus, daß die zur Zeit des Erbfalles bereits empfangene Person demnächst geboren worden ist; denn, wenn eine Person nicht geboren worden ist, so kann nichts anfallen.

Die Fälle, in welchen der Beschwerte zwar vorhanden ist, aber die Zuwendung, auf Grund deren die Beschwerung erfolgt ist, dem Beschwerten wegen einer beigefügten Bedingung oder Befristung erst später zukommt, als das Vermächtniß zu entrichten sein würde, bedürfen keiner besonderen Regelung. Insbes. ist nicht für diese Fälle zu bestimmen, daß der Bedachte mit dem Anfall eine vererbliche Rechtsaussicht auf den Vermächtnißanspruch erhalte, der Vermächtnißanspruch selbst aber erst zur Entstehung gelange: wenn ein Nacherbe beschwert ist, mit dem Eintritt der Nacherbfolge, wenn ein Vermächtnißnehmer beschwert ist, mit dem Anfall des diesem zugewendeten. Für eine solche Vorschrift läßt sich zwar geltend machen, daß eine Forderung ohne Schuldner nicht denkbar ist. Allein es würde nicht angemessen sein, durch eine derartige Vorschrift, zwischen dem Stadium des Erbfalles und dem der Entstehung des Vermächtnißanspruches ein drittes Stadium, mit welchem die Vererblichkeit eintritt, einzuschoben. Ist eine Person, der eine aufschiebend bedingte oder betagte Zuwendung gemacht ist (und dies trifft in allen bezeichneten Fällen zu), mit einem Vermächtnisse beschwert, so ist auch letzteres von der Bedingung oder Betagung abhängig und das vermachte Recht selbst mittelbar bedingt oder betagt. Dabei kann sich die Sachlage so gestalten, daß die Zuwendung an den Beschwerten eine bedingte, das ihm auferlegte Vermächtniß dagegen nur ein betagtes ist, und dies insbes. dann, wenn nach § 1876 bei dem Wegfalle des unter einer Bedingung eingesetzten Nacherben oder Vermächtnißnehmers derjenige an die Stelle des Beschwerten tritt, dem der Wegfall zu statten kommt. Immer aber genügen die allgemeinen Grundsätze.

Späteres
Zukommen
der
Zuwendung.

§ 1868 (II 2031, B. 2136, R. 2134, G. 2160).

Der § 1868 bringt, im Anschlusse an § 1752, zum Ausdruck, daß das Vermächtniß unwirksam ist, wenn der Vermächtnißnehmer den Erblasser nicht überlebt. Dies entspricht im Wesentlichen dem geltenden Rechte (Windscheid § 639 Anm. 7; Brinz § 427 S. 403; ALR. I 12, §§ 36, 43; sächs. GB. § 2423; Unger § 61 bei Anm. c; Mommsen §§ 371, 373; heff. Entw. 76).

Überleben
des
Vermächtniß-
nehmers.

§ 1869 (II 2033, B. 2138, R. 2136, G. 2162).

In Ansehung aller Vermächtnisse, welche nicht mit dem Erbfolge dem Bedachten anfallen, ist aus den Gründen, auf welchen der § 1813 beruht, eine dem § 1813 entsprechende zeitliche Begrenzung erforderlich, weil ohne eine solche Grenze die Anordnung von Vermächtnissen, welche die Beschwerten und deren Erben belasten, auf eine angemessene Zeit zulässig sein würde, da nach § 1758 (vgl. § 1808 Abf. 2, § 1827) auch zur Zeit des Erbfalles noch nicht empfangene Personen und solche, deren Persönlichkeit sich erst durch ein nach dem Erbfolge eintretendes Er-

| S. 182.
4. Zeitliche
Begrenzung
des Anfalles.

eigniß bestimmt, mit Vermächtnissen bedacht werden können. In Ansehung der Erbeinsetzung war die entsprechende zeitliche Begrenzung des § 1813 auf die Nacherbeinsetzung zu beschränken, weil nach § 1759 bei Hinausschiebung des Anfalles der Erbschaft nach dem Erbfall nur die Einsetzung zum Nacherben zulässig ist. Die Beschränkung des § 1869 umfaßt dagegen alle Vermächtnisse, welche nach § 1867 Abs. 2 erst nach dem Erbfall anfallen würden, insbes. auch Nachvermächtnisse (§§ 1884, 1885) und die diesen hierin gleichstehenden, dem Vermächtnisnehmer auferlegten Vermächtnisse (Untervermächtnisse). — Diejenigen Vermächtnisse, welchen eine aufschiebende Bedingung beigefügt ist, und welche erst nach dem Erbfall, nicht mit dem Tode des Beschwerten, anfallen, werden für unwirksam erklärt, wenn der Beschwerte und der Vermächtnisnehmer gestorben und seit dem Erbfall 30 Jahre verstrichen sind, bevor die Bedingung erfüllt ist (Abs. 1). Die Vorschrift trifft die Fälle, in welchen der Erbe oder der Vermächtnisnehmer mit einem bedingten Vermächtnisse beschwert ist, aber auch die Fälle eines successiven Vermächtnisses, sofern die Bedachten bestimmte, zur Zeit des Erballes bereits empfangene Personen sind. Dabei kommt in Betracht, daß die Unwirksamkeit des einen Vermächtnisses nicht die des anderen nach sich zieht, sondern nach § 1876 nur ein Wechsel des Beschwerten bewirkt wird. Daß, abweichend vom § 1813, auch der Tod des Vermächtnisnehmers in Betracht gezogen ist, und nicht lediglich der Tod des Beschwerten (dort des Vorerben), erscheint geboten, weil sonst der Fürsorge des Erblassers für eine mit ihm gleichzeitig existirende Person eine nicht gerechtfertigte Schranke gezogen werden würde. Die Verlängerung auf die Dauer des Lebens des Beschwerten ist beibehalten, weil eine nach 30 Jahren eintretende Befreiung des noch lebenden Beschwerten, (der — ebenso wie der Vorerbe — als eine mit dem Erblasser gleichzeitig existirende Person gedacht werden muß) von der Vermächtnisverbindlichkeit nicht gerechtfertigt sein würde.

Noch nicht
Empfangene
usw.

§ 183.

Für den Fall, daß eine zur Zeit des Erballes noch nicht empfangene Person oder Jemand, dessen Persönlichkeit durch ein erst nach dem Erbfall eintretendes Ereigniß bestimmt werden soll, mit einem Vermächtnisse bedacht ist, wird eine erhebliche Einschränkung des § 1758 Abs. 2 bestimmt, welche sich jedoch durch den Zweck der zeitlichen Begrenzung rechtfertigt. Das Vermächtniß wird für unwirksam erklärt, wenn seit dem Erbfall 30 Jahre verstrichen sind, der Beschwerte gestorben und der Vermächtnisnehmer noch nicht empfangen oder das Ereigniß, durch welches er bestimmt werden soll, noch nicht eingetreten ist (Abs. 2). Im Falle eines successiven Vermächtnisses würde die beabsichtigte Wirkung nicht erreicht werden, wenn unter dem Beschwerten Jeder verstanden wird, welcher mit einem der sich folgenden Nach- oder Untervermächtnisse beschwert ist. Der Schlußsatz wendet diesen Erfolg ab, indem er bestimmt, wer als der Beschwerte im Sinne dieser Vorschrift gelte. Die allgemeine Fassung trifft alle denkbaren Fälle eines successiven Vermächtnisses, insbes. auch das vom Nachvermächtnisse schwer zu scheidende, sich wiederholende Untervermächtniß. Ohne diese Vorschrift würde, entgegen dem Zwecke, ein Vermächtniß auf unabsehbare Zeit dadurch wirksam auferlegt werden können, daß stets bei dem Tode des beschwerten Bedachten an einen anderen Bedachten anfallen soll; in diesem Falle wäre der Beschwerte immer noch nicht verstorben, wenn auch bereits sehr lange Zeit seit dem Erbfall verstrichen ist. — Dagegen ist es nicht erforderlich, die Beschwörung auch dann für unwirksam zu erklären, wenn das einem Vermächtnisnehmer auferlegte Vermächtniß, mit dem die Beschwörung verbunden ist, nach den Vorschriften des Abs. 1 unwirksam ist. Zwar kann ein Vermächtnisnehmer auch unter einer erst lange nach dem Erbfall sich entscheidenden aufschiebenden Bedingung dergestalt bedacht sein, daß er im Falle der Erfüllung der Bedingung ein Untervermächtniß an einen Dritten zu entrichten hat. In solchem Falle könnte aus § 1876 gefolgert werden, daß trotz der Unwirksamkeit des Hauptvermächtnisses das Untervermächtniß im Falle des Eintrittes der Bedingung von demjenigen zu erfüllen sei, welchem der Wegfall des zunächst Beschwerten zu statten kommt. Allein der bezeichnete Fall ist so selten, daß seine gesetzliche Entscheidung nicht erforderlich ist. Sollte einmal ein solcher Fall vorkommen, so wird zumeist die Sache so liegen, daß der Erblasser das Untervermächtniß nur für den Fall, daß das Hauptvermächtniß wirksam wird, gewollt hat. Für eine solche Auslegung läßt der § 1876 Raum, indem im Abs. 1 ausdrücklich ausgesprochen ist „sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers erhellt“.

Einfacher hätte sich das Gesetz gestaltet, wenn auch der § 1812 für entsprechend anwendbar erklärt wäre. Dies würde jedoch, streng genommen, dazu führen, daß nur der Erbe mit Vermächtnissen, nicht aber der Vermächtnisnehmer so beschwert werden kann, daß er den vermachten Gegenstand demnächst weiter zu begeben hat. Im letzteren Falle würde, wenn bei dem Nachvermächtnisse ein gleicher dinglicher Charakter wie bei der Nacherbeinsetzung unterstellt wird, bereits ein dritter Successionswechsel in Ansehung des vermachten Gegenstandes eintreten. Dieses Ergebnis würde schon mit § 1756 in Widerspruch treten. Würde der § 1812 aber auch nur bei einer noch häufigeren Wiederholung des Nachvermächtnisses in Anwendung gebracht, so sprechen doch für eine derartige Beschränkung des Nachvermächtnisses nicht die Gründe, welche für die Beschränkung der Nacherbschaft durch § 1812 maßgebend gewesen sind. Denn die letztere Vorschrift

beruht darauf, daß die mehrfache Nacherbeinsetzung einen mehrfachen kraft Gesetzes eintretenden Wechsel in der Gesamtnachfolge und damit unabsehbare Verwickelungen herbeiführt.

| §§ 1870—1872 (II 2029, 2030, 2060, B. 2134/5, 2066, R. 2132/3, 2164, O. 2158/9, 2190).

Die Anwachsung bei Vermächtnissen ist an dieser Stelle geordnet, und zwar nicht unter Verweisung auf die Anwachsung unter den durch Verfügung eingesetzten Miterben (§§ 1797 bis 1799), weil sich bei dem Vermächtnisse insofern besondere Gesichtspunkte geltend machen, als nicht allein mit dem muthmaßlichen Willen des Erblassers zu rechnen ist, sondern auch Fragen sich erheben, welche bei der Einsetzung von Miterben nicht vorkommen können. Dahin gehören insbes. die Fragen, wie die Vermächtnisanordnung beschaffen sein muß, damit Anwachsung eintreten kann, ob, wenn die Anwachsung stattgefunden hat, der angewachsene Theil als ein selbständiges Vermächtniß zu gelten hat, usw. — Nicht für angemessen ist es erachtet, die Anwachsung durch Anlehnung an das Ersatzvermächtniß zu regeln, nämlich durch Aufstellung der Vermuthung, jeder Bedachte gelte als Ersatzvermächtnißnehmer in Ansehung der anderen Bedachten, sofern nicht ein entgegenstehender Wille des Erblassers erhelle, wenn derselbe Gegenstand mehreren Bedachten in der Weise zugewendet sei, daß der Einzelne mit einem Bruchtheile des Gegenstandes bedacht oder als bedacht anzusehen sei. Eine solche Regelung wäre ohne jeden Vorgang in der Gesetzgebung und würde erhebliche Abweichungen gegenüber dem geltenden Rechte zur Folge haben, wenn sie auch in der Hauptsache zu einem gleichen praktischen Ergebnisse führen mag als die bisher übliche Gestaltung.

a) Nach dem Entw. (vgl. § 320) sind Forderungen im Zweifel stets als reell getheilt anzusehen, soweit nicht untheilbare Leistungen in Frage stehen (§§ 339—341). Dies gilt ebenso vom Vermächtnisanprüche auf eine Menge vertretbarer Sachen (vgl. § 1846 Abs. 2), jedoch kann im letzteren Falle nur eine Zuwendung nach Antheilen, nicht nach Bruchtheilen in Frage kommen.

Indem im § 1870 Abs. 1 als Voraussetzung der Anwachsung aufgestellt wird „mit einem und demselben Gegenstande . . . bedacht“, erhellt, daß, soweit eine Realtheilung angeordnet ist, Anwachsung nicht stattfindet. Ob eine Realtheilung vorliegt oder gewollt ist, muß sich aus den Umständen des Falles ergeben. Die vielleicht noch deutlichere Fassung „Zuwendung desselben Gegenstandes nach Bruchtheilen“ würde insofern zu eng sein, als zu berücksichtigen ist, daß ein Recht mehreren Personen gemeinschaftlich zugewendet werden kann, ohne daß Gemeinschaft nach Bruchtheilen stattfindet (vgl. §§ 762, 946, 827 und Anm. zum § 827). Die Fassung lehnt sich daher an § 1796 an, jedoch mit Weglassung des Wortes „zusammen“, welches an sich nicht notwendig ist, und dessen Einfügung das Mißverständnis hervorrufen könnte, es sei unter allen Umständen eine conjunctio re et verbis im Sinne des gemeinen Rechtes erforderlich. — Die weitere Voraussetzung, daß das Vermächtniß in Ansehung eines der Vermächtnißnehmer unwirksam ist oder wird, weicht von einigen geltenden Rechten, zB. *ABN.* I 12 § 366, hess. Entw. 154 mit 134, welche von „nicht erwerben (annehmen) können oder wollen“ sprechen, deshalb ab, weil auch der Fall zu treffen ist, in welchem die Zuwendung an einen der Bedachten ungültig ist. Die Rechtsnorm „auch mit demjenigen . . . was der wegfallende Vermächtnißnehmer erhalten sollte . . . als bedacht anzusehen“ macht zugleich erkennbar, daß auch diejenigen Fälle einbezogen sind, in welchen die Zuwendung an den Wegfallenden ungültig ist, oder in welchen sie in Folge der Erfüllung einer beigefügt gewesenen auflösenden Bedingung unwirksam wird. Eine Fassung, „daß die übrigen Bedachten als allein bedacht anzusehen seien“, erscheint ungeeignet, weil sie die Annahme nahe legen würde, es solle im Falle der Ausschlagung seitens eines der Bedachten ein neuer besonderer Anfall an die übrigen nicht stattfinden und damit auf das Nichtabwachsungsrecht als juristische Konstruktion hingewiesen werden. Diese besondere Gestaltung kann zwar der Erblasser gewollt haben. Der Regel nach wird er muthmaßlich nur die Zuwendung eines Antheiles wollen, durch die Verbindung der mehreren Bedachten aber erkennen lassen, daß, wenn einer der Bedachten wegfallen sollte, dessen Antheil den Uebrigen zukommen soll. In solchem Falle tritt der Anfall an die übrigen Bedachten erst mit der Ausschlagung des Mitbedachten ein, nur wird er nach § 1873 Abs. 3 wegen der Mitanziehung des § 2042 Abs. 2 Satz 2 auf die Zeit des Erbfalles zurückbezogen. Auf dieser Auffassung beruht auch der § 1800. Daß die Anwachsung nach Verhältnis der den Betreffenden am Vermächtnisse zustehenden Antheile erfolgt, entspricht im Wesentlichen dem geltenden Rechte (*Windscheid* § 644 Anm. 7, 8; *Brinz* § 427 Anm. 63; *ABN.* I 12 §§ 369, 370, *Cecius* § 276 Anm. 20; uA.)

Ueber die engere Anwachsung ist in Anlehnung an § 1803 bestimmt (Abs. 2).

Das Wort „Anwachsung“ macht der § 1870 zu einem terminologischen. Der Ausdruck ist in der Rechtssprache üblich und die Aufnahme zweckmäßig, auch unbedenklich, da damit nicht der der Rechtswissenschaft zu überlassenden Konstruktion vorgegriffen wird. — Das geltende Recht stimmt, soweit nicht auf die vom Entw. abgelehnte Unterscheidung zwischen der conjunctio re et verbis und der conjunctio nur re oder nur verbis verschiedene Entscheidungen gegründet werden,

| §. 184.

5. Anwachsung.

a) Voraussetzungen. (O. § 2158.)

| §. 185.

Engere Anwachsung.

in der Hauptsache mit dem Entw. überein (Windscheid § 644; ALN. I 12 §§ 336—371; Code 1044, 1045; sächs. GB. §§ 2431—2436, Mommsen §§ 379—382; hess. Entw. 154, 134).

b) Ausschließung der Anwachsung (G. § 2158.)

§. 186. Bestimmung der Antheile.

Erbschaftsberufung. (G. § 2159.)

c) Beschränkung des an- gewachsenen Theiles. (G. § 2159.)

b) In Uebereinstimmung mit dem geltenden Rechte (Windscheid § 644 Anm. 6; Roth § 380 Anm. 40; ALN. I 12 § 372, Eccius § 276 Anm. 22; Unger § 63 bei Anm. e; sächs. GB. § 2436; Mommsen § 381 u. A.) spricht der § 1871 Abs. 1 aus, daß der Erblasser die Anwachsung ausschließen kann. — Im Anschlusse an das ALN. oder doch die herrschende Meinung in Theorie und Praxis dieses Rechtes (Präj. des ObTrib. Nr. 1235 v. 19. Dez. 1842, Eccius § 276 Anm. 19, Dernburg § 135 Anm. 14), aber abweichend von dem gemeinen Rechte und anderen Rechten (Windscheid § 644 Anm. 13, vgl. jedoch Unger § 63 Anm. 5 und dessen Citate; sächs. GB. § 2434; Code 1044 Abs., 2 u. A.), wird ferner vorgegeschrieben (Abs. 2 Satz 1), daß darauf kein Gewicht zu legen ist, ob der Erblasser die Antheile ausdrücklich bestimmt hat, daß vielmehr die Anwachsung auch im letzteren Falle nicht ausgeschlossen ist. Der Satz 2 dieses Absatzes stellt klar, im Wesentlichen in Uebereinstimmung mit dem geltenden Rechte (ALN. I 12 § 366; sächs. GB. § 2436; öst. GB. § 689; Mommsen § 381), daß die Anwachsung zwar in der Regel durch die Erbschaftsberufung ausgeschlossen wird, daß sie aber zur Geltung gelangt, wenn die Erbschaftsberufung selbst unwirksam ist oder wird.

c) Die Vorschrift des § 1872, daß in Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen, mit welchen die mit demselben Gegenstände Bedachten beschwert sind, ein angewachsener Theil als ein besonderes Vermächtniß anzusehen ist, stimmt im Wesentlichen überein mit dem ALN. I 12 § 371 verb. mit § 287 (vgl. Roth's Erbrecht S. 1114 bei Anm. 6), mit dem öst. GB. § 650 und Mommsen § 382 verb. mit § 243. Sie weicht aber ab vom gemeinen Rechte (Windscheid § 644 Anm. 15) und dem sächs. GB. §§ 2431, 2432, welche unter Umständen ohne die Beschränkung angewachsen lassen. Für die letztere Auffassung dürften sich genügende Gründe nicht geltend machen lassen.

§ 1873 (II 2050, B. 2156, R. 2154, G. 2180).

6. Annahme und Ausschlagung.

Erklärung gegenüber dem Beschwerten. | §. 187.

Anwendbare Vorschriften.

Aus der Vorschrift, daß der Vermächtnißnehmer das Vermächtniß ausschlagen kann, so lange er es noch nicht angenommen hat (Abs. 1), erhellt, daß die Ausschlagung nicht, wie bei der Ausschlagung der Erbschaft (§ 2030), an eine gesetzliche Frist gebunden ist. Nur bei der Erbschaft besteht ein Interesse des allgemeinen Verkehrs, die Ausschlagungsfrist zu beschränken. Andererseits wird ausgedrückt, daß, da es sich um nicht formalisirte Erklärungen handelt, die ausdrückliche Annahme oder, was dem gleichsteht, eine stillschweigende Annahme die Ausschlagungsbefugniß beseitigt.

Die Vorschrift, daß die Erklärung sowohl der Annahme als der Ausschlagung gegenüber dem Beschwerten zu erfolgen hat (Abs. 2), soll den hervorgetretenen | Zweifel (vgl. Mommsen's Mot. S. 384) beseitigen, als könnte auch die gegenüber Unbetheiligten abgegebene Erklärung als zureichend angesehen werden. Damit wird zugleich der § 74 anwendbar. Es wird nicht zweifelhaft sein, daß (wie in allen Fällen des § 74; vgl. Mot. 1 S. 157) die stillschweigende Erklärung erst dann wirksam ist, wenn sie zur Kenntniß des Beschwerten gelangt ist. Beigefügt ist die Entscheidung, daß die Ausschlagung nicht vor dem Erballe erfolgen kann (Satz 2). Bei der obligatorischen Natur des Vermächtnisses ist eine weitergehende Beschränkung der Ausschlagung, wie sie der § 2033 für die Erbschaft bestimmt, nicht erforderlich.

Von den Vorschriften über die Annahme und Ausschlagung der Erbschaft sind nur einzelne für anwendbar erklärt (Abs. 3); sie sind hier näher zu prüfen. Der Abs. 1 des § 2028 ist bereits durch Abs. 1 des § 1873 gedeckt und daher nicht zu erwähnen. Die Abs. 2 und 3 des § 2028, welche zur Voraussetzung haben, daß der Erbe nach dem Anfall stirbt, erscheinen erst für das Vermächtniß angemessen und sind deshalb für entsprechend anwendbar erklärt. Der § 2029 ist nicht für entsprechend anwendbar erklärt, weil, wenn auch die stillschweigende Willenserklärung bei der Annahme des Vermächtnisses nicht ausgeschlossen ist, eine solche doch, abweichend vom § 2029, erst wirksam wird, wenn sie zur Kenntniß des Beschwerten gekommen ist. Die §§ 2030—2032 eignen sich nicht zur Uebertragung auf das Vermächtniß, theils, weil kein Anlaß vorliegt, auch für das Vermächtniß eine gesetzliche Ausschlagungsfrist zu bestimmen (Abs. 1), theils, weil eine Formalisirung der Ausschlagungserklärung nicht am Platze sein würde, nachdem für das Vermächtniß (Abs. 2) nur Erklärung gegenüber dem Beschwerten vorgegeschrieben ist. Der § 2033 ist durch die Schlußvorschrift des § 1873 Abs. 2 ersetzt. Der § 2034 bleibt, weil er die Ausschlagung seitens des als Erbe beschränkten, beschwerten oder belasteten Pflichttheilsberechtigten betrifft, hier außer Betracht. Die §§ 2035, 2036 passen auch für das Vermächtniß. Die Anwendung des § 2037 (Annahme oder Ausschlagung eines Erbtheiles aus demselben Verurtheilungsgrunde oder verschiedener Erbtheile aus verschiedenen Verurtheilungsgründen) würde nicht zu angemessenen Ergebnissen führen. Zwischen verschiedenen Vermächtnissen besteht nicht ein ähnlicher Zusammenhang wie zwischen mehreren Erbtheilen desselben Erben. Daß von mehreren Vermächtnissen das eine angenommen, das andere ausgeschlagen werden kann, bestimmt der § 173 Abs. 4. Im Falle der Anwachsung von Antheilen desselben Vermächtnisses kann der angewachsene

Vermächtnißtheil nicht besonders angenommen oder ausgeschlagen werden; dies ergibt sich aus der Anziehung des § 2036 verb. mit § 1872; der letztere trägt Sorge, daß die Haftung desjenigen, welchem der Antheil anwächst, durch die Anwachsung nicht erschwert wird. Nicht anwendbar ist der § 2038, welcher die Ausschlagung einer Erbeinsetzung aus einer Verfügung von Todeswegen und die Annahme als gesetzlicher Erbe zuläßt, und für den Fall bestimmt, daß der Erbe zugleich durch Vertrag und durch Verfügung berufen ist; die Vorschriften sind für das Vermächtniß von keiner Bedeutung. Der § 2039 betrifft die Unwiderruflichkeit der Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft; seine entsprechende Anwendung kann keinem Bedenken unterliegen. Die §§ 2040, 2041, welche sich auf die Anfechtung der Ausschlagung beziehen, für anwendbar zu erklären, ist theils unnöthig, da die §§ 103, 104, 112 für das Vermächtniß genügen, theils würde die Anwendung zu einem unrichtigen Ergebnisse führen. Denn für das Vermächtniß muß auch der § 103 Abs. 2 Anwendung finden, weil die Erklärung gegenüber dem Beschwerten abzugeben ist. Die Vorschriften des § 2042 Abs. 1, 2, Satz 1, 2 über die Wirkungen der Ausschlagung sind auch auf das Vermächtniß für entsprechend anwendbar zu erklären. Der Hinweis auf die wichtige Rückbeziehung der Wirkung der Ausschlagung auf den Eintritt des Erbfalls und die Vorschrift über den Anfall an den weiter Verufenen sind auch beim Vermächtnisse nicht zu entbehren. Nicht zur Uebertragung geeignet ist der Satz 3 des Abs. 2, welcher die Mittheilung von der Ausschlagung an den weiter Verufenen seitens des Nachlassgerichtes vorschreibt, da die Ausschlagung nicht gegenüber dem Nachlassgerichte zu erklären ist. Der § 2043 bestimmt das Erforderniß der Genehmigung des VormGerichtes zur Ausschlagung der Erbschaft, wenn der Verufene unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft steht; die entsprechende Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf das Vermächtniß führt zu einem befriedigenden Ergebnisse. Die Ausnahmegvorschrift des § 2044 in Ansehung der Ausschlagung seitens des Gewalthabers eignet sich mit Rücksicht auf die Gründe, auf welchen die Vorschrift beruht, nicht zur Uebertragung auf das Vermächtniß. — Der Entw. stimmt im Wesentlichen mit dem geltenden Rechte überein (Windscheid § 643; Eccius § 276 S. 673f., Dernburg § 143 Anm. 6–10; Unger § 62; sächs. GB. §§ 2427–2430; Mommsen §§ 374–377; hess. Entw. 342 mit 343 ff.). Indessen ist das geltende Recht in dieser Hinsicht sehr dürftig, wohl, weil die hier möglichen Zweifel sich in der Praxis kaum fühlbar machen.

E. 188.

Mit der für das gemeine Recht vertretenen Ansicht (vgl. Windscheid § 643 Anm. 4; Roth § 365 Anm. 14; Eccius § 276 Abs. 10) zu bestimmen, daß aufschiebend betagte Vermächtnisse nicht vor Eintritt des bestimmten Zeitpunktes angenommen oder ausgeschlagen werden können, würde nicht angemessen sein. Ist das Vermächtniß in der Weise betagt, daß die Entstehung des Vermächtnißanspruches bis zu dem Eintritte des gesetzten Termines hinausgeschoben wird, so ergibt sich dasjenige, was zu bestimmen sein würde, schon aus der Schlussvorschrift des Abs. 2. Ist aber nur die Geltendmachung, nicht die Entstehung des Vermächtnißanspruches durch die Betagung hinausgeschoben, so ist nicht ersichtlich, weshalb es, abweichend von den allgemeinen Grundsätzen, dem Bedachten nicht gestattet werden sollte, die auf die Ausschlagung oder Annahme gerichtete Erklärung in der Zeit zwischen dem Eintritte des Erbfalls und dem Fälligkeitstermine abzugeben.

Aufschiebend betagte Vermächtnisse.

| Entsprechend einer Mehrzahl der geltenden Rechte (Brinz § 427 Anm. 55, 56; Dernburg § 143 Anm. 10, Eccius § 276 Anm. 12; Unger § 62 Anm. 5; sächs. GB. § 2429; Mommsen § 376 Abs. 1, § 377; hess. Entw. 350 Abs. 2) ist bestimmt, daß der Vermächtnißnehmer von mehreren Vermächtnissen das eine annehmen, das andere ausschlagen kann (Abs. 4). Entbehrlich ist es hingegen, auszusprechen, daß von mehreren Erben des Vermächtnißnehmers der eine den ihm nach Verhältnis seines Erbtheiles zukommenden Antheil annehmen, der andere den ihm zukommenden Antheil ausschlagen kann, nachdem im Abs. 3 der § 2028 Abs. 3 für entsprechend anwendbar erklärt ist.

E. 189.

Mehrere Vermächtnisse.

Mehrere Erben des Bedachten.

§§ 1874, 1875 (II 2210, —, B. 2319, —, R. 2318, —, G. 2315, —).

1. Die Voraussetzungen der Unwürdigkeit und den Einfluß der Verzeihung verschieden zu bestimmen für die Erbschaft und für das Vermächtniß, wie dies im gemeinen Rechte geschehen ist (Windscheid § 670 Anm. 1, 4, 5, § 671 Anm. 1–6, 8; Brinz § 396; Roth § 382 V), fehlt es an jedem Anlasse. Dem Fiskus gegenüber dem unwürdigen Vermächtnißnehmer Rechte zu gewähren, welche ihm gegenüber dem unwürdigen Erben nicht zugestanden werden, besteht kein Grund. Die Wirkung der Unwürdigkeit ist hingegen bei dem Vermächtnisse in gleicher Weise bestimmt, wie in Ansehung des Pflichttheilsanspruches (§ 2049); die Folge der Unwürdigkeit tritt kraft Gesetzes ein, nicht wie bei dem Erwerbe der Erbschaft auf Grund einer Anfechtung (§§ 2046, 2047). Für diese Entscheidung ist maßgebend, daß der Vermächtnißanspruch wie der Pflichttheilsanspruch (§§ 1975, 1976) nur obligatorische Rechte gewährt.

7. Unwürdigkeit.

8. Unwirk-
samkeit.

2. Die Aufnahme der an die Mehrzahl der geltenden Rechte (Windscheid § 644 Anm. 2; Unger § 63 Anm. 1; MN. I 12 § 366; Code 1043; sächs. GB. § 2424; Mommsen § 372) sich anschließenden Vorschrift des § 1875, daß die Unwirksamkeit eines Vermächtnisses dem Beschwerten zu statten kommt, unbeschadet der Vorschriften über Erbschaftsberufung und Anwachsung, ist wegen der praktischen Erheblichkeit der Entscheidung ratsam. In Ermangelung der Vorschrift würde aus dem Entw. noch nicht mit hinreichender Deutlichkeit hervorgehen, daß der Beschwerte es ist, welchem der Wegfall des Vermächtnisses zu statten kommt. Insbes. wäre sonst auf Grund des § 1791 die Schlußfolgerung möglich, die gesetzlichen Erben, nicht der Beschwerte, und bei dem Wegfalle eines Untervermächtnisses oder eingesetzte Erbe sollten den Vortheil aus dem Wegfalle erlangen.

9. Wegfall des
Beschwerten.

§ 1876 (II 2032, 2057, B. 2137, 2163, R. 2135, 2161, G. 2161, 2187).

| S. 190.

Nach gemeinem Rechte ist das Vermächtniß in der Regel abhängig vom Erwerb der Erbschaft seitens des eingesetzten Erben (Windscheid § 641; Brinz § 429 S. 431, 432; uN.). In dieser Beziehung weicht der Entw. (vgl. S. 178) ab, indem bestimmt wird, daß Vermächtniß werde, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers erhellt, nicht dadurch unwirksam, daß der Beschwerte nicht Erbe oder nicht Vermächtnißnehmer wird (Abs. 1 Satz 1). Im Uebrigen stimmt diese Vorschrift sowie die, daß mit dem wirksam bleibenden Vermächtnisse derjenige als beschwert anzusehen ist, dem der Wegfall des zunächst Beschwerten zu statten kommt (Satz 2), mit dem geltenden Rechte überein (Windscheid § 639 Anm. 8—11; bayer. MN. III 3 § 29; Roth § 338 Anm. 33; MN. I 12 §§ 277—280, 367; sächs. GB. § 2395, § 2388; Unger § 55 Anm. 7; Mommsen § 346; hess. Entw. 290). Verdeutlicht wird die Anwendung des § 1787 auf Grund der Stellung des Entw. zum Satze „nemo pro parte“ etc. und auf Grund der Gleichstellung der Testamentsformen für Vermächtniß und Erbeinsetzung. Nach § 1976 entfällt für den Entw. auch der Einfluß des Pflichttheilsrechtes auf die Rechtsbeständigkeit der letztwilligen Verfügung. Es bleibt nunmehr eine Thatsache oder eine Frage der Willensauslegung, ob die Unwirksamkeit oder Entkräftung der Zuwendung an den Beschwerten auf den Bestand der in der Beschwerten enthaltenen Zuwendung von Einfluß sein soll. Demgemäß bedarf es eines weiteren Hinweises nicht, daß im Einzelfalle zuzusehen ist, ob der Grund der Unwirksamkeit der Zuwendung an den Beschwerten das Vermächtniß gleichfalls unwirksam machen soll. Dieser Hinweis ist ohnehin schon in dem Zusatz „sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers erhellt“ enthalten. — Die Fassung läßt erkennen, daß auch dann, wenn die Verfügung keine Erbeinsetzung enthält und demgemäß der gesetzliche Erbe beschwert ist, die Vorschrift Anwendung findet. Die Worte „zu statten kommt“ am Schlusse des Abs. 1 sind im rein rechtlichen, nicht im ökonomischen Sinne zu verstehen; es kommt also nicht darauf an, ob der Erwerb einen Vermögensvorteil verschafft oder ob dies deshalb nicht der Fall ist, weil die Beschwerten oder die etwa auf dem Erbtheile oder der Zuwendung ruhende Pflichttheilslast den Vermögensvorteil absorbiren. Deshalb die Worte „mit oder auch ohne einen vermögensrechtlichen Vortheil“ beizufügen, ist nicht erforderlich.

Beschränkung
der Haftung.

Daß der Vermächtnißnehmer oder Untervermächtnißnehmer durch den Wegfall des zunächst Beschwerten keinesfalls größere Rechte erlangen kann, als er gegen den zunächst beschwerten Vermächtnißnehmer oder Erben, wenn dieser Vermächtnißnehmer oder Erbe geworden wäre, gehabt haben würde, verdeutlicht noch der Abs. 2. Insbes. ist also der Erbe, welcher einer ihm auferlegten Vermächtnißverpflichtung durch Wegfall des Bedachten ledig wird, den Untervermächtnißnehmern des Weggefallenen, welchem er nach dem Abs. 1 verhaftet bleibt, nicht über den Betrag des beschwerten Vermächtnisses hinaus verpflichtet. Es erscheint zweckmäßig, dies ausdrücklich hervorzuheben, mit Rücksicht darauf, daß der Vermächtnißanspruch nur obligatorische Verpflichtungen hervorruft. — | Deshalb der Entw. nicht mit MN. I 12 § 367 dem Erben das Recht gewährt, dem Untervermächtnißnehmer das ihm angefallene Vermächtniß zu überlassen, davon wird zum § 1881 die Rede sein.

| S. 191.

§ 1877 (II 2056, B. 2162, R. 2160, G. 2186).

V. Rechts-
verh. des
Vermächtniß-
nehmers.

Daß die allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechtes auch auf diejenigen Schuldverhältnisse anzuwenden sind, die dem Gebiete des Erbrechtes angehören, ist selbstverständlich (Windscheid § 647; Unger § 64 Abs. 2; Code 1014; Mommsen §§ 386, 387 nebst Mot. S. 390 bis 392). Die Frage kann sich jedoch erheben, ob gewisse Vorschriften für nicht anwendbar auf den Vermächtnißanspruch zu erklären seien. Als solche, in Ansehung deren ein Zweifel möglich ist, treten in den Vordergrund die §§ 244, 250. Der § 244 betrifft die Haftung vom Eintritte der Rechtsabhängigkeit an für den Fall, daß eine bestimmte Sache herauszugeben ist; er sieht aber nur vor, soweit nicht aus dem Schuldverhältnisse oder dem Bezuge des Schuldners zu Gunsten des Gläubigers ein Anderes sich ergibt. Seine Anwendbarkeit auf den Vermächtnißanspruch läßt sich nicht wohl deshalb bezweifeln, weil der § 244 nur auf die Herausgabe fremder Sachen sich beziehe. Eine so beschränkte Auslegung des § 244 ist nicht veranlaßt (Mot. 2 S. 55). Es würde auch nicht angemessen sein, den § 244 von der Anwendbarkeit ausdrücklich auszuschließen. Denn,

obchon bei dem Vermächtnißanspruch die Voraussetzung der Beschränkung „soweit nicht aus dem Schuldverhältnisse oder dem Verzuge des Schuldners zu Gunsten des Gläubigers ein Anderes sich ergibt“, nicht zutreffen möchte, so hat die Vorschrift doch insofern für den Vermächtnißanspruch Bedeutung, als von der Klagerhebung an ein entschuldbarer Irrthum des Vermächtnißnehmers über das Bestehen des Anspruches dann nicht mehr angenommen werden kann, wenn später die Verurtheilung erfolgt. Der § 250, nach welchem der Schuldner vom Beginne des Verzuges an wegen jeder Fahrlässigkeit haftet, auch wenn er vorher in beschränktem Umfange haftbar war, konnte für das Erbrecht gegenstandslos erscheinen, weil der Beschwerte ohnehin für jede Fahrlässigkeit haftet. Die Vorschrift deshalb für nicht anwendbar zu erklären, erscheint weder nothwendig noch angemessen. Wegen des geltenden Rechtes vgl. Windscheid § 647; Unger § 64 Abs. 2; Code 1014; Mommsen aD.

Ueber die Erfüllung des Vermächtnißanspruches bestimmt der § 1877. Besondere Vor- 1. Erfüllung.
schriften über die Zeit, zu welcher der beschwerte Erbe zu leisten hat, sind entbehrlich. Nach den
allgemeinen Grundsätzen (§ 231 Abs. 1) würde der Vermächtnißnehmer berechtigt sein, die Leistung
alsbald nach dem Anfalle des Vermächtnißanspruches zu fordern. Hierbei kann es nicht sein | S. 192.
Verwenden behalten. Die Rechtsstellung des Erben (§§ 2025 ff.) nöthigt dazu, das Verhältniß
wie in Ansehung der Gläubiger des Erblassers so auch in Ansehung der Vermächtnißnehmer zu
regeln. Besondere Vorschriften sind aber hier wegen des § 2092 Abs. 2, nach welchem die Ver-
mächtnißnehmer als Nachlaßgläubiger anzusehen sind, in Verbindung mit § 2057 nicht erforderlich.
— Einige Rechte geben dem Beschwerten allgemein eine angemessene Erfüllungsfrist (modicum
tempus), deren Dauer bald im richterlichen Ermessen steht, bald fest bestimmt ist (Windscheid
§ 647 Anm. 11; Brinz § 427 Anm. 39; Mommsen § 384; — öst. O. B. § 685: ein Jahr;
säch. O. B. § 2437: einen Monat nach dem Tode des Erblassers). Eine Frist von gleicher Dauer
für alle Fälle ist unzweckmäßig. Auf das richterliche Ermessen zu verweisen, würde für den Entw.
nicht angemessen sein, da eine amtliche Nachlaßregulirung nicht für alle Fälle vorgeschrieben ist
(vgl. §§ 2058 ff.). Demgemäß verdient es den Vorzug, von einer Vorschrift dieses Inhaltes
abzusehen.

Für den Fall, daß ein Vermächtnißnehmer mit einem Vermächtnisse beschwert wurde, ist
dagegen die Vorschrift, daß die Erfüllung nicht eher gefordert werden kann, als bis der Beschwerte
die Leistung, mit welcher er bedacht ist, zu fordern berechtigt ist, nicht zu entbehren. Die Worte
„nicht eher“ weisen darauf hin, daß der letzte Wille eine spätere Fälligkeit ergeben kann
(säch. O. B. § 2437; hess. Entw. 291 Abs. 2). Die Fälligkeit des Anspruches des Unter-
vermächtnißnehmers von der weiteren Voraussetzung abhängig zu machen, daß der Beschwerte die
Zuwendung angenommen habe, erscheint nicht zulässig. Darin läge eine Härte gegenüber dem Ersten,
dem der Beweis der Annahme auferlegt würde, während nach der Natur der Sache der Beschwerte
die Ausschlagung darzuthun hat, um sich von dem Anspruche zu befreien. Auch würde der
Beweis der Annahme unter Umständen mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein, weil die
Annahme nur gegenüber dem Beschwerten zu erfolgen hat (§ 1873 Abs. 2). Zudem würde der
Untervermächtnißnehmer völlig der Willkür des Beschwerten preisgegeben sein, da dieser die An-
nahme, deren Erklärung an eine gesetzliche Frist nicht gebunden ist, nach seinem Belieben verzögern
kann. Sollte hiergegen geholfen werden, so müßte dem Ersten das Recht beigelegt werden,
dem Beschwerten eine Frist zur Erklärung zu setzen. Geschähe dies, so müßte eine Rechtsfolge an
die Nichtabgabe einer Erklärung geknüpft werden. Es könnte nur die Rechtsfolge bestimmt werden,
daß das Vermächtniß ihm gegenüber als angenommen gelte. Damit würde aber ein Ueberlegungs-
recht des Beschwerten geschaffen. Der Beschwerte bedarf aber einer Ueberlegungsfrist nicht; er
kann leicht übersehen, ob die Beschwörung das ihm Zugewendete übersteigt. Ferner würde die
Rechtsfolge der erfolgten Annahme nur für das Verhältniß zwischen dem Untervermächtnißnehmer
und dem Beschwerten, nicht für das Verhältniß zwischen letzterem | und dem Erben, Bedeutung | S. 193.
haben; es würde mithin ein relatives Verhältniß entstehen. Noch weniger läßt sich ein Interesse
des Beschwerten an einer solchen Ausgestaltung oder daran, daß der Untervermächtnißnehmer die
Annahme des Vermächtnisses seinerseits darthue, nachweisen. Zwar kann eingewendet werden, daß
der Beschwerte, wenn gegen ihn im Prozeßwege vorgegangen werde, den Prozeß gegenstandslos
machen könne, indem er nachträglich ausschlage. Allein diese Frage erscheint, abgesehen davon,
ob nach den Grundsätzen der O. B. den Untervermächtnißnehmer in solchem Falle die Kostenpflicht
trifft, sofern ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt, praktisch von zu untergeordneter Bedeutung,
um zu einer Vorschrift, welche Verwickelungen, wie gezeigt, zur Folge haben muß, hinreichenden
Anlaß zu bieten.

In einigen geltenden Rechten finden sich Vorschriften über die Kosten der Erfüllung
(O. B. I 12 § 312; Code 1016; Unger § 64 bei Anm. 9; hess. Entw. 291 Abs. 3). Diese
Kosten treffen selbstverständlich den Beschwerten. Der Entw. beruht nicht auf dem Gedanken, daß
bei Schuldverhältnissen, die lediglich zum Vortheile des Gläubigers dienen, der Gläubiger die Kosten

Beschwörter
Vermächtniß-
nehmer.

Kosten der
Erfüllung.

der Erfüllung zu tragen hat. Vielmehr kommt es auf die Natur des einzelnen Schuldverhältnisses an. Allerdings hat bei dem Auftragsvertrage (§§ 585 ff.) und bei der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 749 ff.) der Geschäftsherr, soweit er überhaupt den Beauftragten oder Geschäftsführer wegen seiner Aufwendungen schadlos zu halten hat (§§ 595, 751), auch die Kosten der Erfüllung zu tragen. Ein gleiches Verhältniß liegt aber bei der Erfüllung eines Vermächtnißanspruches schon deshalb nicht vor, weil der Grund der Verpflichtung in einer Verfügung des Erblassers, nicht in einer Verfügung des Beschwerten, zu finden ist. Im Rechte der Schuldverhältnisse enthält der Entw. besondere Vorschriften über die Kostenpflicht nur in Ansehung des Kaufes (§ 466) und der Quittungsleistung (§ 270). Im Uebrigen ist festgehalten und, insbes. auch in Ansehung der Schenkung, für selbstverständlich erachtet, daß die Kosten der Erfüllung einer Schuldverpflichtung den Schuldner treffen. Denn, wer zu einer Leistung verpflichtet ist, hat auch dasjenige aufzuwenden, was erforderlich ist, um die Leistung zu bewirken. — In Ansehung der auf den Erwerb der Vermächtnisse zu Gunsten des Staates gelegten Steuern unterliegt es keinem Zweifel, daß die steuerrechtlichen Vorschriften dem öff. Rechte angehören. Diesen hinsichtlich der Frage, wer und was besteuert werden soll, vorzugreifen, steht dem bürgerlichen Rechte nicht zu. Deshalb ist auch von Vorschriften abzusehen, welche in Ansehung dieser Steuern lediglich das Verhältniß zwischen dem Beschwerten und dem Vermächtnißnehmer treffen. — In Ansehung des Erfüllungsortes bedarf es keiner Vorschrift. Die Vorschrift des gemeinen Rechtes, daß Vermächtnisse nur an dem Orte zu entrichten sind, an welchem sich der größere Theil der Erbschaft befindet (Windscheid § 282 Anm. 7), ist in die neueren Gesetze kaum übergegangen, paßt auch nicht in den Fällen, in welchen der Beschwerte nicht der Erbe ist.

Staats-
steuern.Ort der
Erfüllung.

| §. 194.

Befreiung
ohne
Willen des
Beschwerten.

Einige Rechte heben hervor, daß der Vermächtnißnehmer sich nicht ohne den rechtsgültigen Willen des Beschwerten befriedigen könne (Windscheid § 649 Anm. 4; MN. I 12 § 311; Code 1014 Abs. 2; Unger § 64 bei Anm. f—k). Gegenüber dem Entw., welcher das vindikationslegat nicht kennt, würde eine solche Vorschrift nur ein sehr beschränktes Anwendungsgebiet haben. Für dieses ist sie bereits durch § 814 gedeckt. Verstößt der Vermächtnißnehmer nicht gegen § 814 und stellt sich sein Vorgehen auch sonst nicht als ein unerlaubtes dar, so liegt kein Anlaß vor, vom Grundsatz des § 188 abzuweichen, daß eine erlaubte Handlung nicht schon dadurch zu einer unerlaubten wird, daß sie zum Zwecke der Selbsthilfe vorgenommen wird (Mot. 1 S. 352). Geht der Vermächtnißnehmer eigenmächtig, aber in einer an sich nicht unerlaubten Weise vor, so ist dennoch der Beschwerte nicht schutzlos. Insbes. kann ersterer nicht in allen Fällen mit Erfolg einwenden „dolo facis, qui petis, quod statim redditurus es“, denn zur Geltendmachung dieses Einwandes wird ein dolus erfordert; ein solcher setzt voraus, daß dem Fordernden jedes Interesse an der Geltendmachung des Anspruches abgeht; der Beschwerte kann indessen sehr wohl ein Interesse an der Rückforderung haben.

§ 1878 (II 2054, B. 98, 2160, R. 98, 2158, G. 102, 2184).

2. Umfang des
Anspruches.

Trotz des § 1859 ist noch eine Vorschrift erforderlich, daß der Bedachte, welchem ein zum Nachlasse gehörender Gegenstand zugewendet ist, auch den Zuwachs und die seit dem Anfall des Vermächtnisses gezogenen Früchte fordern kann, sofern nicht ein entgegenstehender Wille des Erblassers erhellt. Hier handelt es sich nicht darum, zu bestimmen, was zugewendet ist, sondern was der Vermächtnißnehmer fordern kann. Auch würde dieser nach den allgemeinen Grundsätzen, da das Vermächtniß lediglich einen obligatorischen Anspruch giebt, die Nutzungen nur vom Zeitpunkt an beanspruchen können, in welchem er den Beschwerten in Verzug gesetzt hat. Dies ist auch der Standpunkt des gemeinen Rechtes und verschiedener anderer Rechte (Windscheid § 647 Anm. 13, 14; sächs. GB. § 2438 mit §§ 733—735, 737 ff.; Code 1014 Abs. 2, 1015; öst. GB. nach Unger § 64 bei Anm. 9; Mommsen § 387 Abs. 1 nebst Mot. S. 391). Eine solche Gestaltung wird schwerlich dem anzunehmenden Willen des Erblassers entsprechen. Dieser wird zumeist davon ausgehen, daß seine Anordnungen mit seinem Ableben zum Vollzuge kommen, und daß der Bedachte alsbald in der Lage sein werde, die Früchte des vermachten Gegenstandes zu genießen. In Wirklichkeit erfolgt jedoch die Vollziehung des letzten Willens in der Regel nicht so schnell. Deshalb ist der Beschwerte zu verpflichten, die in der Zeit zwischen dem Anfall und der Leistung von dem vermachten Gegenstande gezogenen Früchte herauszugeben, sofern nicht ein abweichender Wille des Erblassers erhellt. Dies ist aber auch deshalb angemessen, weil die Erfüllung sich unter Umständen unverhältnißmäßig lange verzögert und der Vermächtnißnehmer nach § 2057 nicht einmal im Stande ist, den Erben vor der Annahme der Erbschaft in Verzug zu setzen. Die Entscheidung entspricht dem MN. I 12 §§ 305—307 (vgl. Eccius § 276 Anm. 41, 42) und anderen Rechten wohl auch dem öst. GB. § 686 verb. mit § 685; vergl. Mommsen's Mot. S. 391; hess. Entw. 301. — Zu weit würde es gehen, wenn der Inhalt der Verpflichtung dahin bestimmt würde, der Beschwerte solle auch diejenigen Früchte ersetzen, die er zu ziehen unterlassen hat (percipiendi). Ohne besonderen Anhalt aus dem Willen des Erblassers läßt sich

| §. 195.

nicht annehmen, letzterer habe dem Beschwerten eine besondere, über die Erhaltung der vermachten Sache und ihres Bestandes hinausgehende Diligenzpflicht auferlegen wollen. Denn dann wäre der Beschwerte, selbst während der Ueberlegungsfrist, zu einer wirthschaftlichen Nutzbarmachung und Nutzung des vermachten Gegenstandes verpflichtet.

Die Vorschrift spricht nur von Früchten, nicht von Nutzungen, wie das *AN.* I 12 § 307. Zu den letzteren gehören nach § 793 auch die Vortheile, welche der Gebrauch eines Gegenstandes gewährt. Daß nach dem Willen des Erblassers der Beschwerte auch diese Vortheile von der Zeit des Anfalles des Vermächtnisses an zu ersehen habe, kann nicht angenommen werden. — Obschon der Zuwachs Bestandtheil der Sache ist, somit die Sache ohne den Zuwachs nicht herausgegeben werden kann, ist die Erwähnung des Zuwachses geboten, weil sich bezweifeln läßt, ob der Zuwachs dann mit herauszugeben sei, wenn er getrennt werden kann, und ob nicht alsdann der Beschwerte besugt sei, ihn zu trennen und zu behalten. Das Schweigen an dieser Stelle könnte um so mehr zu einem nicht zutreffenden Schlusse Anlaß bieten, als in anderen Vorschriften (*z. B.* § 427 Abs. 2, § 478) der Zuwachs ausdrücklich erwähnt ist und der § 1859 nur bestimmt, das Vermächtniß einer bestimmten Sache ergreife diese in ihrem zur Zeit des Erbfalles vorhandenen Bestande und Zustande. — In Ansehung der Zinsen (*Windscheid* § 647 Anm. 14; *Roth* § 324 Anm. 37; *AN.* I 12 § 328, *Dernburg* § 139 Anm. 13; *öst. GB.* § 664, *Unger* § 72; *heff. Entw.* 310) ist eine Vorschrift nicht erforderlich; es genügt die im § 792 gegebene Bestimmung des Begriffes der Früchte.

Von der Ausdehnung auf Gegenstände, welche der Beschwerte nach dem Erballe auf Grund des vermachten Rechtes erworben hat, ist abzusehen. Für den Fall des Unterganges des vermachten Gegenstandes vor dem Eintritte des Erbfalles ist Surrogation abgelehnt (vgl. zum § 1853 S. 155). Erfolgt der Untergang nach dem Anfalle, so tritt nach dem anwendbaren § 238 Surrogation ein. Für den Fall des Unterganges des vermachten Gegenstandes nach dem Erballe, aber vor dem Anfalle, ist im § 1867 der § 238 | gleichfalls für anwendbar erklärt. Hierdurch ist dem Bedürfnisse genügt. Sene Ausdehnung würde zu weit führen und insbes. den in der vermachten Sache gefundenen Schatz ergreifen. Jedenfalls bedarf es in Ansehung des Schatzes einer besonderen Vorschrift nicht (*Windscheid* § 647 Anm. 10; *Unger* § 64 Anm. 9; *Mommsen* § 368 Abs. 2).

Nicht bestimmt ist für den Fall, daß ein dem Beschwerten oder einem Dritten gehörender Gegenstand vermacht ist, insbes. nicht in Ansehung der Früchte. In dieser Beziehung muß es bei den allgemeinen Grundsätzen verbleiben. Will der Bedachte sich die Nutzungen sichern, so mag er den Beschwerten in Verzug setzen. Eine abweichende Willensrichtung des Erblassers anzunehmen, falls der Gegenstand einem Dritten gehört, fehlt es an einem genügenden Anhalte. Nicht rathsam aber wäre es, in dieser Hinsicht einen Unterschied zu machen, falls der vermachte Gegenstand dem Bedachten gehört, nachdem im Uebrigen diese Fälle durchweg gleich behandelt sind (§§ 1848, 1849).

§ 1879 (II 2052, 2053, B. 2158, 2159, R. 2156, 2157, G. 2182, 2183).

In Ansehung der Gewährleistung ist ausschließlich für den Fall bestimmt, daß der Gegenstand des Vermächtnisses eine nur der Gattung nach bestimmte Sache ist; für andere Fälle sind Vorschriften nicht erforderlich. Ist insbes. ein zum Nachlasse gehörender Gegenstand vermacht, so findet selbstverständlich, wie nach fast allen geltenden Rechten (*Windscheid* § 654 Anm. 7; *Roth* § 323 Anm. 26; *Unger* § 67; *sächs. GB.* § 2452; *Mommsen* §§ 395, 396; *Cecius* § 84 Anm. 31; *Dernburg* § 138 letzter Absatz), Gewährleistung nicht statt; dies bedarf keines Ausdruckes, denn die §§ 370 ff., 381 ff. setzen insgesammt voraus, daß sich Jemand durch Vertrag zur Veräußerung einer Sache verpflichtet hat. Nach §§ 1859, 1861 wird es nicht zweifelhaft sein, daß eine Haftung den Beschwerten in keiner Richtung treffen kann, es müßte denn, wenn der Fall des § 1861 vorliegt, der Erblasser den Uebergang der Belastung auf den Bedachten nicht gewollt haben. In diesem Falle hat aber der Beschwerte schon an sich für die Befreiung des vermachten Gegenstandes von der Belastung zu sorgen, Gewährleistung kommt nicht in Frage. — Ist ein Gegenstand vermacht, welcher einem Dritten oder dem Beschwerten gehört, so genügen, soweit nicht aus §§ 1849, 1859, 1861 ein Anderes sich ergibt, die allgemeinen Grundsätze, bei welchen es bewendet. In Betracht kommen nach den angeführten Vorschriften nur die Fälle, in welchen der Erblasser bei der Anordnung davon Kenntniß gehabt hat, daß der Gegenstand ihm nicht gehöre, oder in welchen der Erblasser den Gegenstand geradezu als einen ihm nicht gehörenden vermacht hat. Denn in anderen Fällen ist das Vermächtniß nach §§ 1848, 1849 unwirksam. Auf das hiernach allein zu prüfende sog. Verschaffungsvermächtniß finden die §§ 1859, 1861 Anwendung. Ob nicht zu bestimmen sei, daß der Beschwerte, wenn er zur Aufwendung von Kosten für die Verschaffung oder zum Wertherfasse verpflichtet | sei, nicht dafür haften solle, daß das zu verschaffende bestimmte Grundstück oder der zu verschaffende Grundstücksantheil, falls dieser Gegenstand bereits zur Zeit des Erbfalles mit einem Erbbaurechte oder einer Grund-

Zuwachs.

Zinsen.

Surrogate.

| S. 196.

Dem Beschwerten zc. gehörender Gegenstand.

3. Gewährleistung seitens des Beschwerten.

| S. 197.

dienstbarkeit oder einer Reallast oder der Grundstücksantheil gemäß § 949 belastet war, von einer solchen Belastung frei sei, kann zweifelhaft erscheinen. Indessen liegt kein hinreichender Grund vor, in solcher Weise vom § 1861 abzuweichen. Auch für diesen Fall entfällt also eine Gewährleistung wegen juristischer Fehler und physischer Mängel. Zu einer näheren Prüfung bietet nur der Fall Anlaß, daß der dem Bedachten verschaffte Gegenstand diesem seitens des wahren Berechtigten wieder entzogen wird. Dabei ist aber nicht zu übersehen, daß das Vermächtniß einer nicht bestehenden Forderung ausscheidet, weil ein solches Vermächtniß von selbst hinfällig ist (Windscheid § 657 Anm. 4; AN. I 12 § 409; Unger § 72 Anm. e; sächs. GB. § 2477; Hess. Entw. 148 Abs. 2). Die Vorschriften der §§ 370 ff. über Gewährleistung des veräußerten Rechtes finden auf den zu prüfenden Fall an sich nicht Anwendung, denn diese Vorschriften setzen eine — hier nicht vorliegende — durch Vertrag begründete Veräußerungspflicht voraus; sie könnten übrigens nicht für schlechthin anwendbar erklärt werden, da es an der erforderlichen Grundlage für deren Anwendung fehlen würde. Die Anwendung der allgemeinen Grundsätze führt aber auch für diesen Fall zu einem befriedigenden Ergebnisse. Wird dem Bedachten der Gegenstand wieder entzogen, so hat der Beschwerte nicht erfüllt. Der Beschwerte hat also nachträglich zu erfüllen oder für das Interesse einzustehen mit der aus § 1849 sich von selbst ergebenden Maßgabe, daß er nicht mehr zu gewähren verpflichtet ist, als er nach dieser Vorschrift zum Zwecke des Verschaffens aufzuwenden oder zu ersetzen hat. Hierbei kann es um so mehr bewenden, als die Fälle eines solchen Verschaffungsvermächtnisses selten sind und auch das bestehende Recht in dieser Richtung Vorschriften nicht erhält. Die Fälle, in welchen der vermachte Gegenstand dem Beschwerten oder einem Dritten gehört, verschieden zu behandeln, wäre nicht rathsam, nachdem im Uebrigen diese Fälle gleich behandelt sind (vgl. S. 142, 196).

Gattungs-
vermächtniß.

Für den allein geregelten Fall, daß der Gegenstand des Vermächtnisses eine nur der Gattung nach bezeichnete Sache ist, erscheint die entsprechende Anwendung der Grundsätze, welche in Ansehung der Gewährleistung des veräußerten Rechtes und wegen Mängel der veräußerten Sache dann gelten, wenn die Verpflichtung zur Veräußerung durch Vertrag begründet ist, angemessen (AN. I 12 § 397; Dernburg § 148, Anm. 7). Natürlich kann nur eine entsprechende Anwendung in Frage kommen. Die einschlagenden Vorschriften können nicht einzeln bezeichnet werden, weil die Vorschriften nur zum Theile zur Anwendung geeignet sind, und insbes. diejenigen, welche eine erfolgte Gegenleistung voraussetzen, nicht passen.

Wahlver-
mächtniß 2c.

[S. 198.

Für das Wahlvermächtniß und für das gemischt-generische Vermächtniß, §§ 1862, 1864, sind Vorschriften über die Gewährleistung gleichfalls entbehrlich. Für das Wahlvermächtniß genügen die allgemeinen Grundsätze. Ist aber die Wahl auf Sachen, welche zum Nachlasse gehören, beschränkt, so ist | selbstverständlich eine Haftung wegen juristischer Fehler und physischer Mängel ausgeschlossen. Wird dem Bedachten die gewählte Sache vom wirklichen Berechtigten entzogen, so muß die Folge eintreten, daß von Neuem zu wählen ist, denn die gewählte Sache stand nicht zur Wahl (AN. I 12 § 397; Dernburg § 153 Anm. 12; Eccius § 252 Anm. 44; sächs. GB. § 2496; Mommsen § 439 Abs. 3).

Von einem
Nicht-
berechtigten
hergeleitete
Rechte.

Im Anschlusse an die Vorschriften über Gewährleistung auszusprechen, daß die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auf den Erwerb des Vermächtnißnehmers, welchem ein nicht zum Nachlasse gehörender Gegenstand als Nachlassgegenstand vermacht ist, keine Anwendung zu finden haben, ist nicht erforderlich. Der Erbe hat im vorausgesetzten Falle zwar nur dasjenige zu leisten, was zum Nachlasse gehört. War der Erblasser lediglich Akquisitionsbefizier, so hat der Erbe nur diesen Besitz zu übertragen. Befindet sich der Erbe in Unkenntniß über die wirkliche Sachlage und läßt er das vermachte Grundstück dem Vermächtnißnehmer auf, so wird dieser Eigentümer, sofern ihm der Glaube des Grundbuchs nach § 837 zur Seite steht. Handelt es sich um eine unter der gleichen Voraussetzung zum Eigenthume übertragene Sache, so erwirbt der Bedachte Eigenthum, sofern die Voraussetzungen des § 877 vorliegen. Die Sachlage ist eine ähnliche, wie wenn Jemand ein ihm nicht gehörendes Grundstück oder eine fremde bewegliche Sache schenkungsweise ausläßt oder zum Eigenthume überträgt. Wie in letzterem Falle die im öff. Interesse aufgestellten großen Grundsätze des Vertrauens auf den Inhalt des Grundbuchs oder des guten Glaubens nicht durchbrochen worden sind, so kann dies auch hier nicht geschehen. Indessen ist nicht ausgeschlossen, daß der beschwerte Erbe, wenn er in Unkenntniß des fremden Eigenthumes und der dadurch bedingten Unwirksamkeit des Vermächtnisses den Vermächtnißanspruch erfüllt hat, das Geleistete nach den allgemeinen Grundsätzen zurückfordern kann, besonders wenn er selbst deshab den Rückgriffsansprüchen des bisherigen Eigentümers ausgesetzt ist.

Verschuldete
Unmöglich-
keit.

Nach einigen Rechten haftet der Beschwerte für jede durch sein Verschulden herbeigeführte Unmöglichkeit der Erfüllung (Windscheid § 647 Anm. 6; sächs. GB. § 2439 mit § 728; Unger § 64 bei Anm. m, n; Roth § 380 Anm. 15, 16). Der Entw. bedarf einer Vorschrift über die Haftung nicht, da das gleiche Ergebnis durch die an sich anwendbaren allgemeinen Vorschriften

des Rechtes der Schuldverhältnisse erreicht wird (vgl. S. 191). Diese Anwendbarkeit führt dahin, daß der Beschwerte, abweichend insbes. vom *RM.* I 12 § 308 (vgl. *Dernburg* § 144 Anm. 9, 10, *Ecclus* § 276 Anm. 36; — anders *Mommsen* § 386), für jede Fahrlässigkeit, also nicht lediglich für Dolus und grobe Fahrlässigkeit, haftet. Nach der Auffassung des Entw. von der Fahrlässigkeit (Mot. 1 S. 279) erscheint dies nur angemessen.

Vom geltenden Rechte wird zumeist dem Vermächtnißnehmer für die Zeit bis zur Erfüllung ein verschieden ausgestalteter Anspruch auf Sicherheitsleistung gegeben (*Windscheid* § 648; *Brinz* § 428; *Koth* § 380 III; *Unger* § 65; *Mommsen* § 385; *RM.* I 12 §§ 290, 291, 482, 486, *Dernburg* § 146, *Ecclus* § 276 S. 679 f.). Auch davon ist abgesehen, obschon es anscheinend nahe liegt, dem Vermächtnißnehmer wenigstens mit Rücksicht darauf ein Recht auf Sicherheitsleistung aus dem Nachlasse einzuräumen, daß das *Requirit* abgelehnt ist. Die Gründe, welche dazu nöthigen, von der Aufstellung eines Veräußerungsverbotes abzusehen (vgl. S. 135, 136 ff.), insbes. die Rücksicht auf die für den Erben unentbehrliche Bewegungsfreiheit bei Liquidirung des Nachlasses, gestatten jedoch nicht, ein solches Recht beizulegen. Von dem Erben für seine Person kann der Vermächtnißnehmer Sicherheitsleistung nur fordern, wenn eine Gefährdung seitens desselben wirklich droht. Abgesehen von dem in Ersatz des sog. Absonderungsrechtes dem Vermächtnißnehmer als Nachlassgläubiger im § 2150 beigelegten Rechte wird dieser im Wesentlichen auf die Rechtsbehelfe des *Arrestes* und der einstweiligen Verfügung beschränkt sein. Für die Fälle, in welchen der Vermächtnißanspruch dem Bedachten nicht mit dem Eintritte des Erbfalles, sondern erst später anfällt, ist durch § 1867 Abs. 3 verb. mit § 133 Vorsorge getroffen.

Sicherheitsleistung.

§ 1880 (II 2055, B. 2161, R. 2159, G. 2185).

Der § 1880 der über die Verwendungen des Beschwerten auf den gemachten Gegenstand bestimmt, spricht vom Beschwerten, nicht vom „Erben“, denn es ist sehr wohl möglich, daß ein Vermächtnißnehmer mit einem Untervermächtnisse beschwert ist (z. B. dem A ist ein Gut vermacht, und ihm aufgegeben, ein Stück des Gutes dem B als Untervermächtnißnehmer zu verabsolgen), und Verwendungen gemacht hat, für welche er von letzterem Ersatz beansprucht. Für alle Fälle, auch für den Fall, daß die aufschiebende Bedingung erfüllt oder der Anfangstermin eingetreten ist — nur nicht für den Fall, daß die aufschiebende Bedingung nicht erfüllt oder der Anfangstermin nicht eingetreten ist, hierfür bestimmt der Abs. 2 — wird vorgeschrieben, der Beschwerte könne den Ersatz nothwendiger Verwendungen, welche er auf den Gegenstand seit dem Erbfalle gemacht hat, fordern; in Ansehung anderer seit dem Erbfalle gemachter Verwendungen wird auf die Grundsätze über Geschäftsführung ohne Auftrag verwiesen (Abs. 1).

4. Verwendungen des Beschwerten.

Der Entw. hat allgemeine Regeln nicht aufgestellt, ob und inwieweit Jemand, welcher eine bestimmte Sache herauszugeben oder zu übertragen hat, für Verwendungen auf die Sache nach Eintritt der Fälligkeit des Anspruches Ersatz verlangen kann. Im Einzelnen ist jedoch die Ersatzpflicht wegen derartiger Verwendungen geordnet für diejenigen Fälle, für welche sie besondere Bedeutung hat, so namentlich bei dem Kaufe und Tausche (§§ 464, 502), bei der widerrechtlichen Entziehung einer Sache (§ 718) und bei dem Eigenthumsanspruche (§ 936). Für das Vermächtniß ist eine Entscheidung der Frage nicht minder wichtig und eine Lösung um so mehr angezeigt, als es in Rücksicht auf den Grundsatz, daß das Vermächtniß lediglich einen obligatorischen Anspruch giebt, besonders wünschenswerth erscheint, die Rechtsbeziehungen zwischen dem Beschwerten und dem Bedachten in dieser Richtung klarzustellen. Für die Entscheidung kann insbes. das gemeine Recht (*Windscheid* § 649 Anm. 1; *Brinz* § 428a Anm. 3; *Mommsen* § 388 Abs. 2 nebst Mot. S. 392) deshalb nicht zum Anhalte dienen, weil es die Bemessung der Ersatzpflicht wegen anderer als nothwendiger Verwendungen dem richterlichen Ermessen überläßt, während der Entw. eine solche wegen ihrer Unbestimmtheit nicht empfehlenswerthe Gestaltung vermieden hat. Aber auch an das *RM.* I 12 §§ 354 ff. kann sich der Entw. nicht anschließen, weil es dem Beschwerten allgemein eine Verwaltungspflicht gegenüber dem Bedachten auferlegt (I 12 § 306), dieser Grundsatz aber vom Entw. nicht übernommen ist. Die unbedingte Ersatzpflicht wegen nothwendiger Verwendungen entspricht dem § 464 und im Wesentlichen dem sächs. *GB.* § 2440 sowie einigen Entw. (heft. Entw. 301 Abs. 2; vgl. auch *Mommsen* § 388 Abs. 1). — In Ansehung anderer Verwendungen kann die Ansicht vertreten werden, es verdiene den Vorzug, den Bedachten nur insoweit haften zu lassen, als er bereichert ist, während der Entw. mit dem sächs. *GB.* § 2440 auf die Grundsätze von der Geschäftsführung ohne Auftrag verweist. Für jene Ansicht läßt sich geltend machen, den Beschwerten treffe eine Verpflichtung nicht, den vermachten Gegenstand zu erhalten und zu bewahren; er könne deshalb auch nicht verpflichtet sein, eine dem vermachten Gegenstande drohende Gefahr unter Aufbietung eigener Mittel abzuwenden; der Beschwerte handele mithin, wenn er dies dennoch thue, auf seine Gefahr und müsse es darauf ankommen lassen, ob der Bedachte durch die gemachten Verwendungen bereichert sei. Allein eine Erhaltungspflicht trifft nach der Auffassung des Entw. den Beschwerten immerhin (vgl. zum

Nothwendige, andere Verwendungen.

§ 200.

§ 1878 S. 195). Aber auch abgesehen hiervon, läßt sich nicht leugnen, daß der Beschwerte, indem er eine Verwendung der bezeichneten Art macht, die Geschäfte des Bedachten führt und daher nicht auf den Bereicherungsanspruch zu beschränken ist. Aus der Erhaltungspflicht läßt sich nicht ableiten, der Beschwerte erfülle, wenn er behufs Abwendung einer Gefahr oder zur Erhaltung oder Bewahrung des vermachten Gegenstandes | zuwendungen sich verstehe, nur seine Verpflichtung und habe folglich die damit verbundenen Kosten zu tragen (Mot. 2 S. 325). Denn dem Beschwerten liegt die Erhaltung und Bewahrung des vermachten Gegenstandes nur als ein Geschäft des Bedachten ob. Die Einwendung, der Bedachte werde leicht in eine mißliche Lage gerathen können, wenn er diewendungen ersetzen müsse, obgleich er ohne Kenntniß von den vielleicht hohenwendungen des Beschwerten das Vermächtniß angenommen habe, kann nicht als begründet anerkannt werden. Dem Bedachten bleibt unbenommen, sich vorzusehen. Die Billigkeit spricht keineswegs dafür, falls der Bedachte dies unterlassen hat, den Beschwerten mit den Kosten zu belasten. Dahingestellt bleiben kann, ob der Bedachte nicht unter Umständen, wenn er von denwendungen keine Kenntniß hatte, die Annahmeerklärung und die darin liegende Uebernahme von Verpflichtungen kondizieren kann. Der Beschwerte führt, indem er auf den vermachten Gegenstandwendungen vornimmt, die Geschäfte des Bedachten, und dies selbst dann, wenn er mit Rücksicht auf das nöthigenfalls anzurufende Inventarrecht oder wegen einer voraussichtlich nöthigen Kürzung des Vermächtnisses den Gegenstand zurückhält und denselben dann gewissermaßen zugleich in seinem eigenen Interesse bewahrt. Zudem liegt die Analogie des § 464 nahe. Auch der § 464 setzt voraus, daß den Käufer die Gefahr treffe; in ähnlicher Weise trifft bei dem Vermächtnisse die Gefahr den Vermächtnißnehmer.

Die Ersatzpflicht entspricht dem anzunehmenden Willen des Erblassers und einer billigen Rücksichtnahme auf den Beschwerten. Die gewöhnlichen Kosten der Erhaltung nur von der Zeit an, in welcher der Bedachte in Verzug der Annahme gekommen ist, erstatten zu lassen, kann in Rücksicht auf das Vermächtniß von Thieren angezeigt erscheinen, bei welchen die Futterkosten leicht den Werth des vermachten Thieres übersteigen. Indessen würde dadurch der Bedachte auf Kosten des Beschwerten begünstigt werden. Für solche Fälle bedarf es aber überhaupt einer besonderen Vorschrift nicht, da das eigene Interesse beide Theilseitigen meist nach Lage der Umstände von selbst zu einer Verständigung führen wird.

Recht der Wegnahme.

Das Recht der Wegnahme (jus tollendi) des Beschwerten ist auch hier aus denselben Gründen unerwähnt geblieben, aus welchen desselben im Falle des § 758 nicht gedacht ist (Mot. 2 S. 867); nach dem § 758 wird auf die Grundsätze von der *condictio ob rem* zurückzugreifen sein und diese genügen. — Den Geldwerth der vom Beschwerten nach dem Erbfall gezogenen Nutzungen, soweit der Beschwerte zu deren Herausgabe nicht verpflichtet ist, auf den zu erzielenden Betrag in Abzug bringen zu lassen, würde nicht angemessen sein. Gegenüber dem § 1878 kann nur der Gebrauch der vermachten Sache in Betracht kommen. Dem Beschwerten diesen ihm an sich gebührenden Vortheil zu entziehen, fehlt es an zureichenden Gründen.

Gezogene Nutzungen.

Im Falle des aufschiebend bedingten oder betagten Vermächtnisses wegen derwendungen vor Eintritt der Bedingung oder des Termins dem Beschwerten nur den Bereicherungsanspruch gegen den Vermächtnißnehmer zu | gewähren (Abs. 2), rechtfertigt sich aus der Analogie des Nießbrauches. Wie der Nießbraucher zieht auch der Beschwerte die Früchte; wie jener führt er der Regel nach, indem er die vermachte Sache ordnungsmäßig im wirtschaftlichen Bestande erhält, zugleich sein eigenes Geschäft. Nach § 1010 Abs. 1 verb. mit § 936 Abs. 1 hat der Nießbraucher, welcher während des Bestehens des Nießbrauches auf die belastete Sachewendungen gemacht hat, zu welchen er gegenüber dem Eigenthümer nicht verpflichtet ist, Anspruch auf Ersatz, soweit der Eigenthümer in Folge derwendungen bei Wiedererlangung der Sache aus dem Vermögen des Nießbrauchers bereichert wird. Dementsprechend erfordert der Entw. als Voraussetzung der Verpflichtung des Vermächtnißnehmers zum Ersatze vonwendungen eine auf seiner Seite bei Erlangung des vermachten Gegenstandes vorhandene Bereicherung. Selbstverständlich ist damit nicht ausgeschlossen, daß der Beschwerte befugt ist, wenn und soweit er als Geschäftsführer des Bedachtenwendungen gemacht hat, seine hierauf sich beziehenden Ansprüche geltend zu machen (vgl. § 936 Abs. 2). Die Analogie des Nießbrauches läßt es nicht rathsam erscheinen, in Ansehung der notwendigenwendungen bei dem bedingten oder betagten Vermächtnißanspruch etwas Abweichendes zu bestimmen. Dagegen ist es für angemessen erachtet, die §§ 997 998 Abs. 1 für entsprechend anwendbar zu erklären, um auch hier auf diewendungen hinzuweisen, welche der Beschwerte als der zur Ziehung der Früchte Berechtigte schon an sich und allein zu tragen hat. Das Bestreiten der im § 1003 bezeichneten Lasten und Ausgaben ist nicht eine Verwendung im eigentlichen Sinne; aber, wenn das Gesetz im Uebrigen lediglich einen Bereicherungsanspruch gewährt, so würden, in Ermangelung einer besonderen Vorschrift, entgegen der Absicht des Entw. auch diese Aufwendungen lediglich unter den Gesichtspunkt der erfolgten Bereicherung gebracht werden können; deshalb ist der § 1003 für entsprechend anwendbar erklärt. Die entsprechende

§ 202.
Aufschiebend bedingtes zc. Vermächtniß.

Anwendung des § 1009 erscheint nur angemessen; der daselbst enthaltene Grundsatz würde an sich auch im Falle des § 1880 Abs. 1 Platz greifen; dort aber bedarf er einer Erwägung nicht, weil das Nöthige, soweit es um nützliche Verwendungen sich handelt, aus den Grundsätzen über Geschäftsführung ohne Auftrag sich ergibt, überdies auf jenen Fall die Analogie des Nießbrauches nicht paßt. Endlich ist auch der § 936 Abs. 3, welcher das Recht der Wegnahme behandelt und auf welchen der § 1010 Abs. 1 verweist, für entsprechend anwendbar erklärt, um unzutreffenden Schlußfolgerungen vorzubeugen, welche aus dessen Nichterwähnung gezogen werden könnten. — In Ansehung des bedingten oder betagten Vermächtnisses kann ebenfalls nicht ausgesprochen werden, es sei auf den zu ersetzenden Betrag der Geldwerth der nach dem Erbfall gezogenen Nutzungen in Abzug zu bringen, soweit der Beschwerte zur Herausgabe der Nutzungen nicht verpflichtet ist (vgl. Windscheid § 649 Anm. 1 a. E.). Soweit der Beschwerte vom vermachten Gegenstande Nutzungen zieht, hat er selbstverständlich die dabei entstandenen Auslagen zu bestreiten. Soll er aber auf den Werth der Nutzungen sich noch andere Verwendungen anrechnen lassen, so wird er in seinem Rechte auf die Nutzungen beeinträchtigt. — Der Abs. 2 trifft auch den § 1867 Nr. 2, 3; in diesen Fällen ist das Vermächtniß gleichfalls wie ein bedingtes zu behandeln.

| S. 203.

Der Entw. regelt wiederum ausschließlich den Fall, daß ein zum Nachlasse gehörender Gegenstand vermacht ist. Für den Fall, daß ein Gegenstand vermacht ist, welcher dem Beschwerten oder einem Dritten gehört, bedarf es in Ansehung der Verwendungen mit Rücksicht auf die Seltenheit eines solchen Vermächtnisses besonderer Vorschriften nicht. Zu unterscheiden, je nachdem der Gegenstand einem Dritten oder dem Beschwerten gehört, ist, wie im Falle des § 1878 (vgl. S. 197), nicht rathsam.

Für alle Fälle, in welchen der Beschwerte den vermachten, zur Erbschaft gehörenden Gegenstand zunächst eine Zeit lang zu behalten berechtigt und erst bei dem Eintritte eines künftigen Ereignisses oder Zeitpunktes weiterzugeben verpflichtet ist, das Schuldverhältniß zwischen dem Beschwerten und dem Bedachten im Anschlusse an das Legalschuldverhältniß des Nießbrauchers allgemein zu regeln, geht nicht an (vgl. Unger § 64 bei Anm. 11). Damit würden dem Vermächtnißnehmer bei einem bedingten oder betagten Vermächtnisse größere Rechte eingeräumt, als bei einem unbedingten oder unbetragten. Gegen eine solche Regelung spricht ferner Folgendes. Die Verpflichtungen eines Beschwerten, welcher unter einer aufschiebenden Bedingung oder bei dem Eintritte eines künftigen Zeitpunktes zu leisten verbunden ist, beurtheilen sich nach §§ 130, 134. Der § 135 kommt nicht in Betracht, weil die rechtlichen Verfügungen eines Schuldners über den Leistungsgegenstand in ihren Wirkungen nicht durch die lediglich obligatorischen bedingten oder betagten Rechte des Gläubigers gehindert werden können. Eine Aenderung in der Beurtheilung tritt auch dann nicht ein, wenn die Anordnung des Erblassers dahin geht, daß dem Bedachten ein bestimmter zum Nachlasse gehörender Gegenstand vom Beschwerten übertragen werden soll, selbst wenn bei Annahme des dinglich wirkenden Vermächtnisses eine bedingte oder betagte dingliche Verfügung des Erblassers über den vermachten Gegenstand anzunehmen sein würde. Für den besonderen Fall der Nacherbschaft (dinglich wirkende Befügung einer Bedingung oder eines Termines) ist das obligatorische Verhältniß des interimsweise Berechtigten gegenüber dem Anfallberechtigten im Anschlusse an die Vorschriften über den Nießbrauch eingehend geordnet. Die Erhaltungspflichten und die sonstigen Verpflichtungen des Nießbrauchers gegenüber dem Eigenthümer als solchem haben ihren Ursprung und ihre Grundlage in dem obwaltenden dinglichen Rechtsverhältnisse. Sie sind dahin aufzufassen, daß eine Pflichtverletzung des Nießbrauchers nicht lediglich schuldvolle Nichterfüllung einer Schuldverbindlichkeit, sondern zugleich Verletzung des Eigenthumsrechtes ist durch Ueberschreitung der für das Verhalten des Nießbrauchers gesteckten obligatorischen Grenzen. Für den Fall der Nacherbschaft konnte etwas Aehnliches nur deshalb bestimmt werden, weil die Nacherbschaft eine Art dinglichen Rechtsverhältnisses und der Vorerbe zu Gunsten des Nacherben dinglich gebunden ist, wenn auch der Nacherbe noch kein gegenwärtiges Recht hat. Es mag dahingestellt bleiben, ob die aus den §§ 130, 133, 134 sich ergebenden Folgen für alle Fälle der dinglichen Bildung zu einem Legalschuldverhältnisse zwischen dem bedingt Verpflichteten und dem bedingt Berechtigten ausgestaltet werden könnten. Für bedingte oder betagte Forderungsrechte paßt jedenfalls nicht die Bestimmung eines ähnlichen Schuldverhältnisses, welches dem bedingt Verpflichteten Erhaltungspflichten in Ansehung des Leistungsgegenstandes auferlegt, deren Verletzung sofort geltend gemacht werden kann. In den bezeichneten Fällen besteht in Ansehung des Leistungsgegenstandes noch kein Recht, auch noch kein bedingtes Recht. Das Recht des Gläubigers richtet sich lediglich gegen die Person. Der Schuldner kann also in der thatsächlichen und rechtlichen Verfügung über den Leistungsgegenstand nicht weiter beschränkt sein, als sich ergibt aus den Vorschriften über seine Haftung bei später eintretender Unmöglichkeit der Leistung, §§ 237 ff., und aus den im § 133 dem bedingt Berechtigten eingeräumten Rechte auf Sicherheitsleistung oder Erwirkung einstweiliger Verfügungen. Hiernach könnte die bezeichnete Vorschrift nur dann als gerechtfertigt angesehen werden, wenn dem Bedachten eine Art von dinglichem Rechte zu ge-

| S. 204.

währen wäre. Damit aber würde der Entw. zu einer relativ dinglichen Rechtsstellung des Bedachten gelangen, welche an Unklarheiten leiden müßte. Endlich fehlt es an jedem Anlasse, bedingte oder betagte Vermächtnisse in dieser Beziehung anders zu behandeln wie andere bedingte oder betagte Forderungsrechte.

Kosten eines
Rechts-
streites.

Eine besondere Vorschrift in Ansehung der Kosten, welche aus einem über den vermachten Nachlassgegenstand mit Erfolg geführten Rechtsstreite dem Beschwerten erwachsen sind, insbes. etwa dahin, daß diese als nothwendige Verwendungen gelten, und wie diese im Falle des Abs. 2 zwischen dem Beschwerten und dem Bedachten zu theilen seien (vgl. Seuffert 16 Nr. 274), ist nicht erforderlich. Die prinzipiellen Vorschriften des § 1880 genügen; aus ihnen wird sich das Richtige unschwer entnehmen lassen.

§§ 1881, 1882 (II 2057, 2058, B. 2163, 2164, R. 2161, 2162, G. 2187, 2188).

Kürzung.

Das gemeine Recht sichert den beschwerten Erben und Universalfideikommissar gegen Ueber-
schwerung und schreibt überdies vor, daß ihm noch die sog. Falcidische oder Trebellianische Quart
verbleiben muß (Windscheid §§ 650—653, 666 Anm. 8; Roth § 328, § 315 Anm. 70 ff.) Ihm
folgen noch die älteren Gesetzgebungen (bayer. RN. III 6 §§ 14, 15; für württ. Recht Stein
§§ 173 ff. u. A.). Von den neueren Rechten ist das Institut aufgegeben (RN. I 12 § 333,
Dernburg § 134, Eccius § 276 Anm. 70; Code 1009; öst. GB. § 690, Unger § 66 Anm. 2;
sächs. GB. § 2443; goth. ErbG. § 127; heff. Entw. 294, Mot. S. 170; Mommsen's Mot.
S. 393). Der Entw. folgt den neueren Rechten. Nicht zu verkennen ist, daß eine gewisse
Billigkeit dafür spricht, dem beschwerten Erben etwas zu belassen, und daß durch Vorschriften
solchen Inhaltes die Fälle der Ausschlagung vermindert werden. Allein gegen das Institut spricht
vor Allem, daß der Zwang gegen den Erblasser der inneren Rechtfertigung entbehrt. Das gemeine
Recht schließt die Quart bei dem Soldatentestamente aus und gestattet dem Erblasser, den Abzug
zu verbieten, macht auch den Abzug von der Inventarerrichtung abhängig (Windscheid § 651
Anm. 1, 3; Roth § 328 Anm. 6, 15). Die Schwierigkeiten der Regelung — bekanntlich ist dieses
Institut eines der an Streitfragen reichsten — in Verbindung mit dem Umstande, daß auch da,
wo es nicht gilt, der Fall der Ausschlagung nicht gerade häufig ist, und mit dem weiteren Um-
stande, daß nach dem Entw. das Vermächtniß in seiner Wirksamkeit nicht vom Erwerbe seitens des
Beschwerten abhängig ist, läßt die Beseitigung wünschenswerth und nicht bedenklich erscheinen. Im
RN. I 12 §§ 354 ff. (Dernburg § 134 a. E., Eccius § 276 S. 682, 683) und im öst. GB. § 690
(Unger § 66 bei Anm. 10) wird ein gewisser Ersatz dadurch gewährt, daß dem Erben neben Ersatzung
der Kosten eine billige Vergütung oder angemessene Belohnung für seine Bemühungen zugesprochen
wird. Das Bedürfniß eines solchen Ersatzes kann nicht anerkannt werden.

Abzugsrecht

Die Vorschriften über das dem beschwerten Erben, falls er überschwert ist, einzuräumende
Abzugsrecht finden sich in den §§ 2133 ff.; sie an dieser Stelle aufzunehmen (sächs. GB. §§ 2443
bis 2450; Code 920—930; Mommsen §§ 391—393; heff. Entw. 294—296), ist deshalb nicht
angemessen, weil der Entw. den Vermächtnißnehmer als Nachlassgläubiger (§ 2092) am Nachlass-
konkurs theilnehmen läßt (§ 2113) und die für den Nachlasskonkurs gegebenen Vorschriften im
§ 2133 Abs. 2 für entsprechend anwendbar auf die Abzugseinrede erklärt werden. Hat der Erbe
das Vermächtniß voll geleistet, so ist er, falls er später des Gegenstandes zum Zwecke der Tilgung
von Nachlassschulden usw. bedarf, auf eine Kondition beschränkt.

Wirkungen
eines Rechts-
streites über
die Erbschaft.

Von den Wirkungen der Anhängigkeit eines Rechtsstreites über die Erbschaft in Ansehung
des Vermächtnißnehmers wird zum § 2088 die Rede sein. Nach § 192 Abs. 1 wirkt das gegen
denjenigen, welcher der wirkliche Erbe nicht ist, seitens des Vermächtnißnehmers erzielte obfiegliche
Urtheil nicht gegen den wirklichen Erben. Ebensovienig kann sich der Vermächtnißnehmer gegenüber
dem wirklichen Erben auf ein Urtheil berufen, welches zu seinen Gunsten in einem Rechtsstreite
gegenüber einem Anderen ergangen ist. Das einem Testamentserben ungünstige Urtheil wirkt
selbst dann nicht gegen den Vermächtnißnehmer, wenn der Ausgang des Rechtsstreites über das
Recht des eingesetzten Erben das Recht des Vermächtnißnehmers berührt. In letzterer Beziehung
weichen die geltenden Rechte zumeist ab, jedenfalls das gemeine Recht und wohl auch das RN.
(Windscheid § 132 Nr. 3, § 584 Anm. 19, ObTrib. 37 S. 341; RN. I 12 §§ 298, 299,
Dernburg § 145 Anm. 4 ff., § 230 Anm. 35, Eccius § 56 (2. A.) Anm. 21, § 276 Anm. 49;
Unger § 53 Anm. 7, 8; sächs. GB. § 177 mit § 2325; Mommsen § 253).

§ 206.

Der Entw. beschränkt sich in den §§ 1881, 1882 auf Vorschriften über das Abzugsrecht
des beschränkten Vermächtnißnehmers gegenüber Untervermächtnißnehmern und in Ansehung der
Auflagen.

Kürzung
recht des
Vermächtniß-
nehmers.

1. Der § 1881 erklärt den Vermächtnißnehmer, auch wenn er das Vermächtniß, welches
ihm selbst zugewendet ist, angenommen hat, für berechtigt, die Leistung, mit welcher er beschwert
ist, insoweit zu verweigern, als zu ihr dasjenige nicht hinreicht, was er aus dem ihm zugewendeten
Vermächtnisse erhält (Satz 1). Die Fassung „was er . . . erhält“, nicht „was er . . . erhalten

hat" ist gewählt, um die Frage offen zu lassen, wie es sich gestaltet, wenn der beschwerte Vermächtnißnehmer nach dem Willen des Erblassers sein Vermächtniß erst nach Ablauf einer bestimmten Zeit zu fordern hat, die ihn beschwerende Leistung aber sofort gewähren soll. Die Fassung greift der Entscheidung nicht vor, ob und inwieweit der beschwerte Vermächtnißnehmer die Gefahr in Ansehung des Empfangenen trägt. Die Beantwortung dieser Frage ergiebt sich aus der Entscheidung, daß die Vorschriften über die Abzugseinrede entsprechende Anwendung finden (Satz 2). Damit gelangt zugleich zum Ausdruck, daß bei dem Vorhandensein Mehrerer, zu deren Gunsten der Vermächtnißnehmer beschwert ist, eine verhältnißmäßige Befriedigung dieser Mehreren einzutreten hat. — Dem Beschwerten die Befugniß beizulegen, statt der immerhin etwas weiläufigen und schwerfälligen Kürzung sich in der Weise von seiner Verpflichtung zu befreien, daß er das Empfangene an denjenigen, zu dessen Gunsten er beschwert ist, herausgiebt, ist nicht für angemessen erachtet. Die Möglichkeit eines etwas weiläufigen Verfahrens würde es nicht rechtfertigen, von dem überwiegend geltenden Rechte (Windscheid § 650 Anm. 5; Roth § 328 Anm. 31; ALR. I 12 § 293, vgl. jedoch § 367 und dazu Dernburg § 136 Anm. 6; Unger § 55, uA.) in solcher Weise abzuweichen. Gegen die Aufnahme einer Vorschrift dieses Inhaltes spricht weiter, daß die Ueberschwerung des Vermächtnißnehmers selten vorkommt und praktisch minder wichtig ist, daß aber auch bei der Einfachheit der Verhältnisse sich die Umständlichkeit des Verfahrens kaum fühlbar macht. Wäre eine solche Vorschrift zu billigen, so könnte nicht dem Beschwerten allein das Recht gewährt werden, statt der Leistung, mit welcher er beschwert ist, die Herausgabe des Empfangenen zu wählen, sondern es müßte auch demjenigen, zu dessen Gunsten die Beschwerde gereicht, die Befugniß eingeräumt werden, die Herausgabe des Empfangenen zu verlangen, wenn der Beschwerte die Leistung verweigert. Abgesehen von den Schwierigkeiten und Verwickelungen, welche durch eine solche Regelung herbeigeführt würden, widerspricht es offenbar dem Willen des Erblassers, daß derjenige, zu dessen Gunsten die Leistung auferlegt ist, möglicherweise statt des ihm Zugewendeten etwas ganz Anderes, zB. statt Geld ein Grundstück, erhält. Dazu kommt, daß der Vermächtnißnehmer, welcher das beschwerte Vermächtniß angenommen hat, den aus der Beschwerde sich ergebenden Verpflichtungen sich unterworfen hat. Es erscheint wenig angemessen, ihm zu gestatten, sich nachträglich durch Herausgabe des Empfangenen von den ihm auferlegten Verpflichtungen zu befreien und dadurch dem Ausschlagungsrechte des Bedachten eine ungemessene Ausdehnung zu geben. Die Schwierigkeiten und Verwickelungen würden sich noch häufen, wenn die Leistung bereits theilweise erfolgt ist, oder wenn mehrere Personen als Untervermächtnißnehmer in Betracht kommen. Alsdann könnte sich die Frage erheben, ob den mehreren Personen das Recht zu gewähren sei, die Vertheilung des Werthes des herausgegebenen Vermächtnißgegenstandes unter sich oder doch eine verhältnißmäßige Befriedigung herbeizuführen. Dies wäre nicht durchführbar ohne die Eröffnung eines konkursmäßigen Verfahrens.

2. In der Regel wird es dem Willen des Erblassers entsprechen, daß der Beschwerte, auch wenn, ungeachtet der erlittenen Kürzung, die beschwerte Zuwendung zur Befriedigung der auferlegten Beschwerden zureichend geblieben ist, den Nachtheil der aus irgend einem Grunde eintretenden Kürzung nicht allein tragen, und daß aus der mittelbaren Zuwendung ein Vortheil für den Untervermächtnißnehmer im Vergleiche mit dem Beschwerten sich nicht ergeben soll. Es ist also anzunehmen, daß in Ansehung der Vertheilung des aus der Kürzung sich ergebenden Abganges der Beschwerte und derjenige, zu dessen Gunsten er beschwert ist, so behandelt werden sollen, als wären sie neben einander beschwert. Deshalb dürfte die aufgestellte Dispositivvorschrift des § 1882 am Platze sein; sie entspricht auch wohl dem überwiegend geltenden Rechte (Windscheid § 650 Anm. 5; ALR. I 11 § 351, vgl. 334 und II 2 § 434, Obertrib. 28 S. 86 ff., Eccius § 250 Anm. 65, Dernburg § 207 Anm. 32, 33; Code 926, 927). — Das gemeine Recht kennt eine Ausnahme in Ansehung der vermachten Alimente; hierauf einzugehen, ist nicht erforderlich, da nur eine Dispositivvorschrift aufgenommen ist.

besienigen,
welcher selbst
eine Kürzung
erleidet.

§§ 1883—1885 (II 2060, 2061, B. 2166, 2167, R. 2164, 2165, G. 2190, 2191).

I. Die Vorschriften des § 1883 über die Ersatzberufung auf das Vermächtniß lehnen sich an die §§ 1800—1803 an, welche die Ersatzberufung betreffen. Sie stimmen mit dem geltenden Rechte im Wesentlichen überein (Windscheid § 637; ALR. I 12 ff. 458—465; Code 898; sächs. GB. § 2411; öst. GB. § 652; hess. Entw. 161; Mommsen § 357), wenn auch in Ansehung der in Bezug genommenen Vorschriften nicht überall Uebereinstimmung mit dem Entw. besteht. — Den Ausdruck „Ersatzvermächtniß“ zu einem technischen zu machen, ist nicht erforderlich.

VI. Ersatz-
berufung.
§ 208.

II. Die sog. fideikommissarische Substitution bei Vermächtnissen bezeichnet der Entw. (§§ 1884, 1885) als „Nachvermächtniß“. Dieser Ausdruck ist für angemessen erachtet und dem sonst in der Theorie geläufigen Ausdrucke „successives Vermächtniß“ vorzuziehen. Es kann zunächst die Frage aufgeworfen werden, ob nicht die Anordnung, durch welche dem Vermächtnißnehmer

VII. Nach-
vermächtniß.

ein aufschiebend bedingtes oder betagtes Nachvermächtniß auferlegt wird, zu verbieten sei. Allein das Institut findet sich im geltenden Rechte, wenn vom Code (vgl. 896) abgesehen wird, ziemlich überall (Windscheid § 637 Anm. 2; Brinz § 423 Anm. 16; Roth § 321 Anm. 2, 3; MN. I 12 §§ 53, 466, 467, 489; öst. GB. § 652, Unger § 59; sächs. GB. §§ 2525, 2526; Mommsen §§ 358, 464—467 nebst Mot. S. 445—447; heff. Entw. 163 ff.). Es läßt sich auch nicht leugnen, daß es in vielen Fällen einem praktischen Bedürfnisse entspricht. Ferner kann nicht anerkannt werden, daß der Erblasser dasselbe Ergebnis erreiche, wenn er demjenigen, welcher nur auf die Zwischenzeit bis zum Eintritte der Bedingung oder des Termines der Vermächtnißnehmer sein soll, am Gegenstande der Zuwendung den Nießbrauch zuweist. Denn es ist sehr wohl ein praktisches Interesse des Erblassers denkbar, den nächsten Empfänger nicht allein zum Nießbraucher, sondern zum vollen Berechtigten, obgleich mit einer eventuellen Herausgabeverpflichtung belastet, zu machen. — Andererseits kann aber der Entw. nicht mit dem MN. und einigen anderen Rechten (vgl. insbes. öst. GB. § 652; sächs. GB. § 2525; Mommsen § 464) auf die Vorschriften von der Racherbschaft verweisen. Da das Vindikationslegat nicht aufgenommen ist, so sprechen dagegen alle die Bedenken, welche S. 203 gegen eine Uebertragung dieser Vorschriften in Ansehung der Fälle, in welchen der Beschwerte den vermachten Gegenstand zunächst einige Zeit behalten soll, dargelegt sind. Insbes. kommt noch in Betracht, daß das Nachvermächtniß nicht Rechtsübergänge bestimmt, welche sich nach einander wiederholen sollen, sondern obligatorisch wirkende Vermächtnisse für eine Reihe nach einander Bedachter unter Befügung von Bedingungen oder Zeitbestimmungen wiederholt.

Vorschriften können deshalb für entbehrlich erachtet werden, weil bei Annahme eines lediglich obligatorische Rechte und Verbindlichkeiten erzeugenden Vermächtnisses die Zulässigkeit eines Nachvermächtnisses selbstverständlich sei. | S. 209. | Allein, wenn Vorschriften nicht aufgenommen würden, so würde dem Nachvermächtnisse auch nach keiner Richtung eine Grenze gesetzt sein. Sind nun auch bei dem schwachwirkenden Vermächtnisse aus dem Mangel einer solchen Beschränkung der Befügungsbefugniß des Erblassers nicht die gleichen Nachteile zu besorgen wie bei der Racherbschaft, so kann doch im vollwirthschaftlichen Interesse dem Erblasser nicht gestattet werden, diejenigen, an die der Nachlaß ganz oder zum Theile, mittelbar oder unmittelbar gelangt, in Ansehung der Befügung über das an sie Gelangte obligatorisch in unbegrenztem Umfange zu binden. Denn die obligatorische Bindung wirkt für den Gebundenen, wenn er gewissenhaft oder wegen seiner obligatorischen Haftung auch nur vorsichtig verfährt, materiell in ähnlicher Weise wie die dingliche Bindung. Es kann nicht eingewendet werden, daß für Rechtsgeschäfte unter Lebenden eine ähnliche Beschränkung nicht bestimmt sei. Der Umfang der Wirkungen der Rechtsgeschäfte unter Lebenden ist von selbst ein begrenzterer als der Umfang der möglichen Wirkungen letztwilliger Befügungen, durch welche Zuwendungen auch an Personen erfolgen können, welche zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht geboren oder empfangen sind, oder deren Persönlichkeit erst durch ein später eintretendes Ereigniß sich bestimmt. — Der Entw. beschränkt sich jedoch, abgesehen von dem hierfür gleichfalls in Betracht kommenden § 1869, auf die wenigen Vorschriften, welche die §§ 1884, 1885 enthalten.

1. Zulassung.
Person des
Beschwerten.

1. Daß die Bestimmung des Erblassers: A soll als Vermächtniß den Gegenstand X erhalten, diesen aber zu der (angegebenen) Zeit oder beim Eintritte der (bezeichneten) Bedingung an B herausgeben, wirksam und ein Nachvermächtniß ist, kann nach § 1756 nicht zweifelhaft sein. Lautet aber die Bestimmung: Bis zum (angegebenen) Zeitpunkte oder bis zum Eintritte der (bezeichneten) Bedingung soll A Vermächtnißnehmer sein, demnachst B, — so wäre ein Zweifel möglich, ob ein Nachvermächtniß oder ein den Erben belastendes zweites Vermächtniß vorliegt. Diesen Zweifel schneidet der § 1884 ab, indem bestimmt wird, der erste Vermächtnißnehmer sei in solchen Fällen als beschwert anzusehen. Daß ein Nachvermächtniß zulässig sei, wird nicht besonders bestimmt. Die Aufnahme einer solchen Entscheidung könnte zu dem unrichtigen und möglicherweise weitere Mißverständnisse herbeiführenden Schlusse Anlaß geben, es stehe, wenn eine solche Vorschrift nicht aufgenommen werde, der Wirksamkeit des Nachvermächtnisses eine Rechtsnorm allgemeineren Inhaltes entgegen. Gegenstand des Nachvermächtnisses kann nicht allein ein zum Nachlasse gehörender Gegenstand sein, auch in Ansehung einer vermachten Geldsumme kann ein Nachvermächtniß angeordnet werden. — Auszusprechen, daß im bezeichneten Falle nur obligatorische Wirkungen der Anordnung eintreten und die beigefügten Bedingungen und Zeitbestimmungen auf die Forderungsrechte, welche durch das Vermächtniß begründet werden, sich beziehen, selbst wenn | S. 210. | der Wortlaut der Befügung | auf den Willen des Erblassers, ein dinglich wirkendes Nachvermächtniß anzuordnen, schließen läßt, ist nicht erforderlich. Denn ein Zweifel in dieser Richtung würde nicht berechtigt sein, da der § 1865 jede derartige Annahme mit hinreichender Deutlichkeit ausschließt.

2. Anwend-
barkeit einiger
Vorschriften

2. Der § 1885 bringt durch die Verweisung auf die §§ 1809 und 1811, welche die Racherbschaft betreffen, in Verbindung mit dem auch für das Nachvermächtniß geltenden § 1869 die

§. 208 angedeuteten Grenzen dieses Institutes zum Ausdrucke. Die entsprechende Anwendbarkeit des § 1809 führt dahin, daß, sofern der Erblasser in seiner Anordnung nicht ein Anderes bestimmt hat, das Nachvermächtniß mit dem Tode des ersten Vermächtnißnehmers eintritt. Dies dürfte innerlich gerechtfertigt erscheinen. Die entsprechende Anwendbarkeit des § 1811 hat zur Folge, daß als Wille des Erblassers anzunehmen ist, es solle die Berufung zum Nachvermächtnisse auf den Fall beschränkt sein, daß der vorbedachte Abkömmling, welcher zur Zeit der Errichtung der Verfügung keinen Abkömmling hat, einen Abkömmling nicht hinterlasse. Die Willensvermuthung trifft in Ansehung des Nachvermächtnisses in gleicher Weise zu wie in Ansehung der Nacherbeinsetzung. Daß der § 1812 nicht in gleicher Weise für entsprechend anwendbar erklärt werden kann, ist bereits zum § 1869 S. 182, 183 gerechtfertigt. Die zeitliche Beschränkung des § 1869, welche das Nachvermächtniß besonders ins Auge faßt, ist bei dieser Vorschrift begründet.

über die Nach-
erbschaft.

Die Schlussvorschrift, nach welcher auf das Verbot gegenüber dem Vermächtnißnehmer, den vermachten Gegenstand zu veräußern oder über ihn von Todeswegen zu verfügen, der § 1844 für entsprechend anwendbar erklärt wird, rechtfertigt sich aus den Gründen, welche für den § 1844 angeführt sind (vgl. S. 138, 189). Die Erwähnung ist zweckmäßig, weil das Veräußerungsverbot häufig gegenüber Vermächtnißnehmern ausgesprochen wird. — Vorzuschreiben, daß auf das Rechtsverhältniß zwischen dem vor- und dem nachberufenen Vermächtnißnehmer die allgemeinen Vorschriften über das Verhältniß zwischen dem Beschwerten und dem Bedachten Anwendung finden, ist entbehrlich. Es besteht kein Bedürfniß, die verschiedene Natur des Rechtsverhältnisses aus dem Nachvermächtnisse im Vergleiche mit der Nacherbeinsetzung auszusprechen. Die Verschiedenheit versteht sich von selbst, da auch das Nachvermächtniß als eine Art des Vermächtnisses nur obligatorische Wirkungen erzeugen kann.

Veräuße-
rungsverbot.Rechts-
verhältniß.

Entsprechend dem § 1807 positiv zu bestimmen, daß die Beifügung einer auflösenden Bedingung und eines Endtermines bei einer Vermächtnißanordnung in ein Nachvermächtniß zu Gunsten des Beschwerten umzudeuten sei, kann angemessen erscheinen. Eine solche Vorschrift findet sich im geltenden Rechte, mindestens in Ansehung der auflösenden Bedingung (Allr. I 12 § 489; öst. GB. § 708, Unger § 64 Anm. 11; heff. Entw. 66). | Allein eine solche Umdeutung wird nicht durch die Wahrscheinlichkeit eines ihr entsprechenden Willens des Erblassers gerechtfertigt. Denn dem Beschwerten stehen schon ohne Weiteres bei dem Eintritte der Resolutivbedingung oder des Endtermines Rechte gegenüber dem Bedachten zu (vgl. Mommsen § 98 Abs. 1). Selbst wenn die beigelegte Bedingung oder Zeitbestimmung in das Erfüllungsgeschäft nicht hinübergenommen ist, und dieses Geschäft demgemäß bei Bestand bleibt, steht dem Beschwerten die *condictio ob causam finitam* zu.

Umdeutung
einer auf-
lösenden Be-
dingung zc.

| §. 211.

5. Titel: Auflage.

§ 1886 (II 2062, B. 2168, N. 2166, G. 2192).

Da der Entw. allgemeine Vorschriften, welche sowohl für Vermächtnisse als für Auflagen gelten, nicht enthält, auch nicht wohl enthalten kann (wegen des geltenden Rechtes vgl. zum § 1757 S. 10), andererseits der nahen Verwandtschaft zwischen diesen beiden Arten der Beschwörung, zu welchen der Erblasser nach §§ 1756, 1757 berechtigt ist, Rechnung zu tragen ist, erscheint die entsprechende Anwendung einiger der für die Vermächtnisse gegebenen Vorschriften angemessen. Die angezogenen Vorschriften liefern für alle Arten von Auflagen ein befriedigendes Ergebnis. Durch die Bezugnahme auf § 1777 Satz 1, 3 wird erkennbar, daß auch in Ansehung der Auflagen unzulässig ist, die Bestimmung des Gegenstandes der Auflage einem Dritten oder dem Beschwerten zu überlassen, soweit nicht eine dem Wahl- oder dem Gattungsvermächtnisse verwandte Auflage in Frage steht. — Die Bezugnahme auf die §§ 1842, 1843 bringt zum Ausdrucke, daß mit der Auflage im Zweifel der Erbe beschwert ist, und wie sich die Beschwörung mehrerer Erben oder Vermächtnißnehmer mit einer Auflage gestaltet. — Eine Auflage muß gleichfalls nichtig sein, wenn die den Gegenstand bildende Leistung weder vom Erblasser bestimmt bezeichnet noch aus der Anordnung zu entnehmen ist (vgl. § 1847). Ist die den Gegenstand der Auflage ausmachende Leistung unmöglich oder durch Gesetz verboten, oder verstößt sie gegen die guten Sitten, so muß das Gleiche gelten, wie wenn eine solche Leistung Gegenstand der Vermächtnißanordnung ist (§ 1853; vgl. auch §§ 105, 106). — Vom § 1876 ist nur der Abs. 1 für entsprechend anwendbar erklärt; Abs. 2 ist von selbst anwendbar, weil dort nur vom Beschwerten gesprochen ist. Aus gleichem Grunde besteht kein Bedürfniß, die §§ 1881, 1882 für anwendbar zu erklären. Der § 1877 eignet sich hingegen zur entsprechenden Anwendung. — Daß Auflagen unwirksam sind, welche unverständlich oder widersinnig sind, bedarf eines besonderen Ausdruckes nicht. Es fehlt bei einer solchen Auflage hinsichtlich des Gegenstandes an einem erkennbaren Willen des Erblassers. Wenn der § 139 über den Einfluß der Beifügung einer unverständlichen oder widersinnigen Bedingung bestimmt, so beruht dies darauf, daß klarzustellen ist, daß die Bedingung vom übrigen Inhalte der Willenserklärung nicht getrennt werden darf (Mot. 1 S. 267). Für die einer letztwilligen Zuwendung beigelegte Auflage trifft dies nicht zu.

Anwendung
von Vor-
schriften über
das
Vermächtniß.

| §. 212.

§ 1887 (II 2065, B. 2171, R. 2169, G. 2195).

II. Folgen der Unwirksamkeit.

Die Unwirksamkeit einer Auflage kann die Wirksamkeit der Zuwendung an den Beschwerten nicht berühren, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers erhellt (Satz 1). Jedoch ist genau zuzusehen, was der Erblasser gewollt hat. Den Worten nach kann eine Auflage angeordnet sein, während doch ein Vermächtniß, eine Bedingung für die Zuwendung oder eine Voraussetzung im Sinne des § 1781 vielleicht vorliegt. Ist dies der Fall, so können die Vorschriften über die Auflage nicht zur Anwendung kommen. Im Einzelfalle kann sehr zweifelhaft sein, ob der Erblasser ein Vermächtniß, eine Bedingung, eine Voraussetzung oder eine Auflage gewollt hat. Nach § 1757 ist zu verneinen, daß ein Vermächtniß gewollt ist, wenn es am Willen (animus) der Zuwendung an eine Person fehlt. Ob, wenn dieser Wille fehlt, dem Erblasser etwa eine Bedingung vorgeschwebt hat, wird nicht selten schwer festzustellen sein. Durch kasuistische Vorschriften nachzuhelfen, erscheint nicht angemessen; es genügt die Hinweisung „sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers erhellt“. Unzulässig würde es sein, eine Vermuthung in der einen oder anderen Richtung aufzustellen. Dazu können die Fälle zu verschiedenartig liegen. Anders steht es mit der Voraussetzung im Sinne des § 1781, wenn eine solche sich im Wege der Auslegung annehmen läßt. In solchem Falle hört die Auflage nicht auf, Auflage zu sein, allein es finden statt des § 1887 die §§ 1781, 1784, 1785, 1787 Anwendung. Dies auszusprechen, ist nicht erforderlich, da auch dieser Gedanke bereits dem Schlusse des ersten Satzes zu entnehmen ist. Eine Voraussetzung im Sinne des § 1781 wird nicht vermuthet, wenn eine Auflage vorliegt. Ist nur angeordnet: Mein Erbe (nämlich mein gesetzlicher Erbe) soll mir ein Monument errichten — so ist zu prüfen, ob eine stillschweigende Erbeinsetzung vorliegt. Ist diese Frage zu verneinen, so ist für die Anwendung der Vorschriften über die Aufsehung kein Raum. — Daß die Auflage in Ansehung der Anwendbarkeit des § 1787 eine selbständige Verfügung ist, in ähnlicher Art wie das Vermächtniß, ist durch die §§ 1886, 1887 dem Zweifel entrückt.

| §. 213.

Unmöglich werden.

Ausnahmen.

Auflage zu Gunsten des Beschwerten.

Im Anschlusse an § 237 wird beigelegt, daß (sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers erhellt) die Zuwendung besonders auch dann nicht unwirksam wird, wenn die Vollziehung der Auflage unmöglich wird (Satz 2). Im Wesentlichen stimmen hiermit überein das *W.R.* I 12 §§ 511, 512, das öst. *Ö.B.* § 710, wohl auch das sächs. *Ö.B.* § 2151 und *Mommsen* § 122 Abs. 2 (arg. e contr. dessen *Mot.* S. 225). — Ausnahmen von der Regel des § 1887 sind nicht aufgenommen. Als solche kommen insbes. folgende in Betracht:

I. Der Erblasser hat eine Auflage angeordnet, welche lediglich zu Gunsten des Beschwerten gereicht, oder von welcher nicht zu ersehen ist, daß irgend eine andere Person daran ein Interesse hat (vgl. l. 71 pr. D. 35, 1; sächs. *Ö.B.* § 2513; *Mommsen* § 123). Wenn eine solche Auflage vorliegt, bleibt noch möglich, daß der Wille des Erblassers dahin ging, dem Beschwerten eine Verbindlichkeit aufzuerlegen. Diesen Willen (nicht etwa den Willen eines guten Rathes, an welchen selbstverständlich Rechtsfolgen nicht zu knüpfen sind) vorausgesetzt, fehlt es an zureichenden Gründen, der Anordnung ausnahmsweise die verbindende Kraft zu entziehen. Die entstehende Verbindlichkeit des Beschwerten ist nach den allgemeinen Grundsätzen des Rechtes der Schuldverhältnisse zu beurtheilen. Nach diesen ist die Begründung eines Schuldverhältnisses nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Erfüllung lediglich das Interesse des Erfüllenden fördert, und weil derjenige, welchem gegenüber die Verbindlichkeit übernommen ist, bei der Verbindlichmachung des Schuldners dessen Interesse im Auge gehabt hat. Auch die Verbindlichmachung des Beschwerten durch eine bei der Schenkung gemachte Auflage ist von dem Entw. nicht in ähnlicher Weise beschränkt (vgl. § 448).

Mangel eines Interesses.

II. Der Erblasser hat eine Auflage angeordnet, an deren Vollziehung keine überlebende Person ein Interesse hat, oder an deren Vollziehung weder der Erblasser noch eine andere Person ein verständiges Interesse hat. „Interesse“ oder „verständiges Interesse“ ist dabei in idealem Sinne zu verstehen, denn eine Beschränkung auf das Vermögensinteresse kann gegenüber dem Entw. nicht in Frage kommen (*Mot.* 2 S. 3). Der Grund für eine solche Beschränkung könnte darin gefunden werden, daß der Erblasser, indem er eine solche Anordnung traf, unverständlich handelte und seine Verfügungsmacht mißbrauchte. Indessen eine solche Beschränkung ist nicht veranlaßt gegenüber der Auffassung des Entw., nach welcher der Ausübung eines Rechtes selbst dann nicht Schranken gezogen werden, wenn diese Ausübung zwecklos, unverständlich oder nur anderen Personen lästig ist (*Mot.* 1 S. 274). Der Inhalt einer Schuldverbindlichkeit ist auch bei der einer Schenkung beigelegten Auflage nicht in solcher Weise beschränkt. Dem Schuldner geschieht damit nicht Unrecht, denn die Uebernahme einer Verbindlichkeit hängt von seinem Willen ab. Zwar kann in Ansehung zweckloser Auflagen geltend gemacht werden, durch deren Zulassung werde dem Erblasser gestattet, den Mißbrauch des eigenen Vermögens noch über seinen Tod hinaus zu erstrecken, und der Nachlaß, welcher den Zwecken der Lebenden zu dienen habe, bleibe den vielleicht irrationalen Zwecken des Erblassers dienlich. Allein gegen diesen Einwand kommt entscheidend in Betracht, daß Unverständigkeit oder Mangel eines jeden, auch nur idealen Interesses

| §. 214.

fein geeignetes Unterscheidungsmerkmal ist, um davon die Unwirksamkeit einer letztwilligen Anordnung abhängig zu machen, und daß die Aufnahme einer derartigen Vorschrift dazu führen würde, die Veranlassung zu einer letztwilligen Verfügung einer völlig eigenartigen richterlichen Kritik auszusetzen. — Im Anschlusse an den Satz 2 zu bestimmen, daß in einem solchen Falle die §§ 237, 238 Anwendung zu finden haben, ist entbehrlich. Die allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechtes finden von selbst Anwendung, soweit sie nicht bei einer Auflage gegenstandslos sind. Der § 238 wird übrigens, wenn überhaupt, jedenfalls nur in sehr seltenen und schwer zu konstruierenden Fällen bei der Auflage anwendbar werden können.

Entsprechend dem 1763 auszusprechen, daß es als eine unverschuldete Unmöglichkeit anzusehen ist, wenn ein Dritter die zur Vollziehung der Auflage nöthige Mitwirkung verweigert, ist ebenfalls nicht erforderlich. Daß im bezeichneten Falle Unmöglichkeit vorliegt, bedarf keines Ausdrucks. Der § 1763 soll auch nicht verdeutlichen, daß Unmöglichkeit vorliegt, bestimmt vielmehr, daß diese besondere Art der Unmöglichkeit — entgegen der Regel — der Erfüllung der Bedingung gleichzuachten ist. Wegen der verschuldeten Unmöglichkeit vgl. § 1888.

Beigerung eines Dritten, mitzuwirken.

Im geltenden Rechte finden sich Vorschriften über das als Auflage aufgestellte Veräußerungsverbot (Windscheid § 678 Nr. 3; Dernburg § 163 Nr. 4). Derartige Vorschriften sind für den Entw. entbehrlich. Daß ein rechtsgeschäftliches Verbot mit Wirkung gegen Dritte nicht statthaft ist, erhellt aus §§ 107 Satz 2, 295 Abs. 2, 312, 796, 1077 (vgl. Mot. 1 S. 213). Ein vom Erblasser angeordnetes dingliches Verbot verstößt gegen das Gesetz und gilt nach dem § 1886 verb. mit § 1853 als nicht beigefügt. Die Auflage erzeugt nur eine obligatorische Verpflichtung. Als solche Auflage ist also das Veräußerungsverbot zulässig; es wird jedoch in der Regel unter § 1844 oder § 1885 fallen.

Veräußerungsverbot.

§ 1888 (II 2064, B. 2170, R. 2168, G. 2194).

Die den im § 1888 bezeichneten Berechtigten beigelegte Befugniß, die Vollziehung der Auflage zu fordern (Satz 1), ist mehr eine formale; ihnen wird nicht ein Forderungsrecht von materiellem Vermögenswerthe zugewendet, | da die Leistung aus der Auflage für sie ohne unmittelbares vermögensrechtliches Interesse ist. Sind mehrere Personen forderungsberechtigt, so kann ein Jeder die ganze Leistung verlangen. Auf dieses Forderungsrecht finden die allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechtes Anwendung, soweit nicht aus dem Mangel eines vermögensrechtlichen Interesses des Berechtigten sich ergibt, daß für die Anwendung kein Raum ist, wie dies zB. in Ansehung des Schadensersatzanspruches der Fall ist (vgl. Mot. 2 S. 49). — Als Berechtigte sind, auf den vermuthlichen Willen des Erblassers gesehen, zunächst der Vollstrecker, wenn ein solcher vorhanden, und der Erbe, einschließlic des Miterben, zu bezeichnen. Die Bezeichnung dieser Personen genügt noch nicht, sonst würde es an einem Berechtigten fehlen, wenn der einzige gesetzliche Erbe beschwert, ein Vollstrecker aber nicht ernannt ist. Auch gegenüber anderen Beschwerten erscheint eine Erweiterung des Kreises der Berechtigten im Interesse der Ausführung des letzten Willens erforderlich. Der Entw. bezeichnet als solche weitere Berechtigte diejenigen, welche bei dem Wegfalle des Beschwerten Vortheile erhalten würden, die ihnen durch die Zuwendung an den Beschwerten entgangen sind. Diese Personen sind als dem Erblasser nach dem Beschwerten am nächsten stehend anzusehen. Wegen des geltenden Rechtes vgl. Windscheid § 636 Anm. 5; Brinz § 376 Anm. 10; Roth § 310 Anm. 104—106, § 320 Anm. 12; W.R. I 12 § 514; Unger § 18 bei Anm. 4; sächs. G.B. §§ 2151, 2152; Mommsen §§ 121, 122; heff. Entw. 69.

Recht auf Vollziehung.

§ 215.

Berechtigte.

Sind Auflagen im öff. Interesse gemacht, so ist es gerechtfertigt, den zuständigen öff. Organen das Recht beizulegen, die Erfüllung der Auflage zu erzwingen. Ueber die Zuständigkeit der berechtigten Behörden wird nichts bestimmt; eine Verweisung auf das öff. Recht reicht aus. Von selbst versteht sich, daß die zuständige Behörde nach dem Landesrechte angewiesen sein kann, von der Befugniß keinen Gebrauch zu machen. Der Vorbehalt für das Reichsrecht ist geboten, weil die Fälle nicht selten sein werden, in welchen das Reich veranlaßt sein kann, die Vollziehung einer Auflage herbeizuführen.

Auflagen im öff. Interesse.

Ueber die Zeit der Leistung entscheiden die allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechtes. Mit dem öst. G.B. § 904, dem sächs. G.B. § 2125 und Mommsen § 122 Abs. 1 (dessen Mot. S. 225) zu bestimmen, das Nachlaßgericht könne auf Verlangen des Berechtigten eine Frist setzen, ist nicht erforderlich, auch durch ein praktisches Bedürfnis nicht geboten. — Der Grundsatz, daß, falls die Erfüllung einen Vermögensaufwand erheischt, der Beschwerte nicht in weiterem Umfange in Anspruch genommen werden kann, als der aus dem Nachlasse ihm gewordene Vortheil reicht, bedarf eines besonderen Ausdruckes nicht, zumal in §§ 1876, 1881, 1882 bereits vom Beschwerten gesprochen ist. Die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 1881, 1882 auszusprechen, ist um so weniger Anlaß, als bei der Auflage | nicht von einer Beschwörung desjenigen, welcher durch die Auflage einen Vortheil erlangt, die Rede sein kann.

Zeit der Leistung.

Gastung nicht über den Vortheil.

§ 216.

Eine größere Zahl der Rechte (Windscheid § 556 Anm. 3, § 636 Anm. 5, 6, § 678 Anm. 6; W.R. I 12 § 510—513; öst. G.B. §§ 709, 710; sächs. G.B. § 2152; Mommsen § 122

Verschuldete Unmöglich. feit.

Abf. 2) giebt denjenigen Personen, welchen durch den Wegfall des Beschwerten Vortheile zufallen würden, ein konditionsartiges Recht auf Herausgabe des vom Beschwerten Empfangenen gegen den Beschwerten, wenn diesem die Vollziehung der Auflage in Folge eines von ihm zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden ist. Von Ausnahme einer solchen Vorschrift ist abgesehen. Auch in Ansehung der einem Beschenkten gemachten Auflage enthält der Entw. eine Vorschrift dieses Inhaltes nicht (vgl. § 448; Mot. 2 S. 301/2). Im Falle der Zuwendung durch letzten Willen kann der Wille des Erblassers ebenfalls ein sehr verschiedener gewesen sein. Insbes. sind folgende Möglichkeiten nahe liegend. Im Falle schuldhafter Nichterfüllung oder verschuldeter Unmöglichkeit soll nach dem Willen des Erblassers die Zuwendung kraft Gesetzes wegfallen (negativ-potestative Resolutivbedingung), oder es soll die Zuwendung von Anfang an als nicht gemacht gelten, oder es soll eine obligatorische Rückgabeverpflichtung in Ansehung des mit der Beschwerten Empfangenen eintreten, oder der Beschwerte soll zur Leistung des Interesses wegen der Nichterfüllung obligatorisch verpflichtet sein. Eine dieser Möglichkeiten durch Aufstellung einer Dispositivvorschrift oder auch nur einer Auslegungsregel zu bevorzugen, würde bedenklich sein. Eine für alle Fälle passende Regel kann um so weniger aufgestellt werden, als der Entw. die Auflage in sehr weitem Umfange zugelassen hat. Soweit ein bestimmter und statthafter Wille des Erblassers aus den Umständen erkennbar ist, sind die für die zu ermittelnde Willensmeinung geltenden gesetzlichen Vorschriften maßgebend. Es kann sich sehr wohl ergeben, daß die Auflage alsdann nicht mehr als solche, sondern als Bedingung usw. in Betracht kommt.

Wegfall des Beschwerten.

Daß die Auflage, wenn die mit ihr beschwerte Zuwendung deshalb unwirksam wird, weil der Beschwerte nicht Erbe oder Vermächtnisnehmer wird, demjenigen zur Last fällt, welchem der Wegfall des Erben oder Vermächtnisnehmers zu statten kommt (heß. Entw. 253, 292), ist durch die Bezugnahme auf § 1876 Abf. 1 im § 1886 bestimmt. Wegen der Unzulässigkeit, sich in Ansehung von Auflagen in einem Erbeinsetzungsvertrage vertragsmäßig zu binden vgl. zum § 1956.

§ 217.

Vor-
bemerkung.

6. Titel: Testamentsvollstrecker.

In welcher Weise die Stellung des Vollstreckers juristisch zu konstruieren sei, ist schwierig und in Ansehung des geltenden Rechtes sehr bestritten (Stobbe § 309 S. 274–277; Windscheid § 567 Anm. 6, 7; Dernburg § 164, Eccius § 255 S. 485–496; Unger § 27 Anm. 7). Eine Auffassung, nach der der Vollstrecker der Mandatar des Erblassers sein soll, wird besonders vertreten von der Doktrin für das franz. Recht (Le Fort 1878 S. 53); nach der herrschenden Meinung ist sie auch die des A.R. (Eccius § 255 S. 491; Gruchot Bd. 24 S. 455, — dagegen Stobbe § 309 Anm. 42) und wohl auch die des öst. G.B. (Unger § 27 Anm. 7). Nach einer anderen Auffassung ist der Vollstrecker Mandatar der Erben (sächs. G.B. § 2244). Eine dritte Ansicht geht dahin, er sei Vertreter oder formeller Repräsentant des Erblassers oder doch Repräsentant des Nachlasses (Dernburg § 164 bei Anm. 9; Sturm in Jhering's Jahrb. 20 S. 91 ff.; hierzu Entsch. 16 S. 188). Nach einer vierten Ansicht besteht zwischen dem Erben und dem Vollstrecker ein dem Vormundschaftsverhältnisse ähnliches Verhältniß (Windscheid § 567 Anm. 7, u.A.). Noch eine andere Auffassung, nach welcher der Vollstrecker ein beschwörter Vermächtnisnehmer sein soll (Koch's Erbrecht § 33, besonders S. 339; hiergegen Entsch. 16 S. 187), hat wohl in neuerer Zeit keine Anhänger mehr. — Der Entw. enthält sich einer prinzipiellen Vorschrift, soweit solche nicht dem § 1903 zu entnehmen sein möchte, und überläßt es der Wissenschaft, aus den aufgestellten Vorschriften das Endergebniß zu ziehen.

§ 1889 (II 2067, B. 2173, R. 2171, G. 2197).

I Ernennung.

1. Durch den Erblasser.

§ 218.

Verwaltende
und über-
wachende.

Die Ernennung eines Vollstreckers gehört nicht zu den Auflagen im Sinne des § 1757. Indem hervorgehoben wird, der Erblasser könne durch Verfügung einen oder mehrere Vollstrecker ernennen, wird ersichtlich, daß es sich auch hier um eine Erweiterung der Testirbefugniß des Erblassers handelt (§§ 1755–1757, 1800, 1804), ähnlich wie bei der im Familienrechte zugelassenen Ernennung eines Vormundes usw. (vgl. §§ 1287, 1347, 1351, 1396, 1431, 1510, 1517, 1538, 1636, 1640, 1647, 1652, 1660, 1693, 1695, 1718, 1738, 1745).

Der Entw. geht nicht aus von einer grundsätzlichen Unterscheidung verschiedener Arten Vollstrecker in dem Sinne, daß besondere Vorschriften gegeben würden für verwaltende und für überwachende, für letztere etwa durch eine Art formalen Vermächtnisses mit Zuweisung des Forderungsrechtes, die Vollziehung der Auflagen zu überwachen. Zu einer solchen Unterscheidung besteht kein Bedürfniß. Der Erblasser kann dem Vollstrecker einzelne der ihm durch das Gesetz beigelegten Befugnisse entziehen (§ 1905). Einem lediglich überwachenden Vollstrecker kann nach dem Entw. eine weitere Befugniß nicht beigelegt werden, als die ihm nach § 1888 in Ansehung der Auflagen zutretende. Ist der Vollstrecker hierauf allein, also auf die Ausübung eines Nebenrechtes, beschränkt, so bedarf es weiterer Vorschriften nicht, besonders, da davon abgesehen ist, ihm ein besonderes Interventionsrecht in Rechtsstreitigkeiten beizulegen (vgl. zu § 1904). — Dem Vollstrecker kann auch die Ausführung eines einzelnen Geschäftes, welches an sich dem Erben obliegen würde,

übertragen werden; dies ergibt sich aus § 1905. — Die Worte „durch letztwillige Verfügung“ bringen zum Ausdruck, daß die Anordnung nur durch eine stets widerrufliche Verfügung erfolgen kann. Dies ist wesentlich, weil der Erblasser durch die Anordnung von Todeswegen verfügt. Hiermit stimmt das gemeine Recht überein (Windscheid § 567 Anm. 6; aber dagegen Stobbe § 309 Anm. 5), wohl auch der Code 1025 und der hess. Entw. 204, 98. Einige Rechte lassen die Ernennung durch Vertrag (sächs. GB. § 2230; für das öst. GB. Unger § 27 Anm. 5, 6) oder gar in mündlicher Form (bayer. M. III 2 § 16⁴) zu; für das ALR. bestehen darüber Zweifel (Cecius § 255 Anm. 34, Dernburg § 165 Anm. 2; Stobbe § 309 Anm. 3, 4); Mommsen gestattet die Ernennung in einer vom Erblasser eigenhändig ge- und unterschriebenen Urkunde (§ 180).

Widerruflich-
keit.

Zulässig ist die Vollstreckungsanordnung auch dann, wenn der Erblasser es bei der gesetzlichen Erbfolge ganz oder zum Theile belassen will. Hierauf weist der Inhalt der §§ 1897—1910 zur Genüge hin; der Gebrauch des Wortes Testamentsvollstrecker wird berechtigte Zweifel nicht hervorgerufen. — Daß die Person des Vollstreckers in der Anordnung zu bezeichnen ist, erscheint, vorbehaltlich des § 1890, selbstverständlich und ist deshalb nicht ausdrücklich bestimmt. Wegen der Ernennung in einem Erbeinsetzungsvertrage vgl. zum § 1956.

Bei der
gesetzlichen
Erbfolge.

Bezeichnung
der Person.

Dem Vollstrecker wird mit dem geltenden Rechte eine absolute Rechtsstellung beigelegt; deshalb kann nicht die Fassung gewählt werden „der Erblasser könne einen Erben oder Vermächtnißnehmer in der Art beschweren, daß . . .“; denn dadurch würde der Gedanke nahe gelegt, wenn nicht geradezu ausgesprochen, die Ernennung gewähre dem Vollstrecker gegenüber dem Beschwerten nur obligatorische Rechte wie eine Auflage.

§ 219.

Durch die an § 1800 sich anschließende Vorschrift, der Erblasser könne einen Vollstrecker auch für den Fall ernennen, daß der zunächst Ernannte vor oder nach der Annahme des Amtes wegfällt, gelangt zum Ausdruck, daß der Erblasser Substituten ohne Beschränkung ernennen kann. Die Verwendung des Wortes „Amt“ macht erkennbar, daß es sich um Rechte und Pflichten des Vollstreckers handelt. Damit wird nicht bestimmt, die Funktion als Vollstrecker sei ein öff. Amt.

Substitut.

§ 1890 (II 2068, B. 2174, R. 2172, G. 2198).

In Abweichung vom § 1770 wird vorgeschrieben, der Erblasser könne die Bestimmung der Person des Vollstreckers auch einem Dritten überlassen (Satz 1). Darnach kann der Vollstrecker auch ermächtigt werden, sich einen Nachfolger zu bestellen. Eine Beschränkung im Sinne des § 1770 wäre um so weniger gerechtfertigt, als damit dem Erblasser die Macht abgesprochen würde, den Vollstrecker mit Substitutionsbefugniß auszustatten, und hierdurch in vielen Fällen eine zweckmäßige Anordnung ausgeschlossen würde. — Die Bestimmung durch einen Dritten ist dahin geregelt, daß eine vom Dritten gegenüber dem Nachlaßgerichte in gerichtlicher oder notarieller Form abzugebende Erklärung erforderlich sei (Satz 2). Mit Rücksicht auf die absolute Rechtsstellung des Vollstreckers erscheint Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte zweckmäßig. Die Formalisirung dient zugleich dazu, festzustellen, wann das Bestimmungsrecht des Dritten ausgeübt und damit erschöpft ist.

2. Durch
Dritte.

Eine vollständige Uebertragung des Amtes seitens des Vollstreckers an einen Dritten ist, soweit nicht die Voraussetzungen des § 1890 vorliegen, ausgeschlossen (vgl. Stobbe § 309 Anm. 19; Cecius § 255 S. 503, Dernburg § 166 Anm. 17; Mommsen's Mot. S. 258). Dies ergibt sich von selbst aus der höchstpersönlichen Natur der Rechtsstellung des Vollstreckers. Für einzelne Geschäfte kann der Vollstrecker sich Substituten bestellen. Letzteres erhellt zur Genüge aus §§ 1890, 1908 Abs. 1 verb. mit §§ 588, 589.

§ 1891 (II 2071, B. 2177, R. 2175, G. 2201).

Des Umstandes, daß der Ernannte bereits verstorben ist, besonders zu gedenken, ist nicht erforderlich. Entsprechend der Regelung bei der Vormundschaft (§ 1699) genügt der § 1894. Wenn das Amt mit dem Tode des Vollstreckers erlischt, so ergibt sich daraus mit hinreichender Deutlichkeit, daß das Amt nicht vererblich ist. — Der § 1891 bestimmt die Unwirksamkeit der Ernennung, wenn der Ernannte geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. Die Unwirksamkeit ist nur für den Fall ausgesprochen, daß der Ernannte zu der Zeit, in welcher er nach dem Willen des Erblassers das Amt anzutreten hat, geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. Die Zeit des Erbfalles kann nicht maßgebend sein; denn es kommt lediglich auf die Zeit an, in welcher das Amt übernommen werden soll. Andererseits kann dem Mangel nicht eine aufschiebende Wirksamkeit beigelegt, also nicht von Unwirksamkeit, so lange der Vollstrecker unfähig ist, gesprochen werden, weil die Anordnung einer Vollstreckung ihren Zweck nicht erreichen würde, wenn der Ernannte nicht gleich bei dem Beginne des Amtes, also zu der Zeit, in welcher er handeln soll, handeln kann, zumal die Vollziehung häufiger in nicht zu langer Zeit sich zu erledigen pflegt. In der Regel wird es dem Willen des Erblassers und dem Bedürfnisse entsprechen, daß der Vollstrecker sofort nach dem Eintritte des Erbfalles eingreife. Indessen sind

3. Geschäfts-
unfähigkeit zc.

§ 220.

auch Fälle denkbar, in welchen der Ernante erst später, zB. als Ersatzmann, eintreten soll und kann. In solchen Fällen ist die später gehobene Unfähigkeit des Ernanten während des sich einschaltenden Zwischenraumes unerheblich; jener früheren Unfähigkeit, zB. der Minderjährigkeit, kann ein Einfluß auf die Wirksamkeit der Ernennung nicht beigemessen werden. Indem die Zeit, in welcher das Amt angetreten werden soll, als entscheidend erklärt wird, wird dies genügend klargestellt. Die Vorschrift trifft auch die Fälle, in welchen ein Dritter zur Bestimmung der Person des Vollstreckers berufen ist. Wegen des geltenden Rechtes vgl. Stobbe § 309 Anm. 2; Roth § 390 Anm. 8, 9; Eccius § 255 S. 502, Dernburg § 165 Anm. 5—8; sächs. GB. §§ 2230, 2231; Code 1028—1030; Mommsen § 181 (Mot. S. 258) heff. Entw. 201—203.

§ 1892 (II 2012, B. 2178, R. 2176, G. 2202).

4. Beginn.

Für den Beginn des Amtes paßt nicht der Anfall kraft Gesetzes; es muß positive Annahme erfordert werden (Abs. 1). Der Abs. 2 bestimmt über die Art, wie die Annahme und Ablehnung zu erfolgen hat. Da ein definitiver Zustand geschaffen werden soll, muß bedingten oder betagten Erklärungen die Wirksamkeit versagt und die Unwiderruflichkeit der Ablehnung ausgesprochen werden. Mit Rücksicht auf die wichtigen Folgen, welche sich an die Annahme knüpfen, und welche auf Dritte sich erstrecken, kann eine für Dritte nicht klarzustellende Annahme gegenüber dem Erben nicht genügen. Vielmehr muß eine Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte verlangt werden. Nur eine solche kann ohne Schwierigkeit auch von Dritten festgesetzt werden. Dagegen erscheint es nicht gerechtfertigt, für die Erklärung gerichtliche oder notarielle Form, wie im Falle des § 1890 Satz 2, zu erfordern. Hiergegen spricht schon, daß dadurch Kosten verursacht würden, welche der zum Vollstrecker Ernante mindestens vorzuschießen hätte. — Den Beteiligten ist die Möglichkeit zu gewähren, die Annahme oder Ablehnung festzustellen. Das Bedürfnis der Beteiligten, besonders der Erben, auf kurzem Wege Gewißheit zu erlangen, ob der Ernante das Amt annimmt oder ablehnt, läßt sich nicht leugnen. Wer ein Beteiligter ist, ergiebt sich ohne Weiteres. Zu den Beteiligten gehört auch ein neben einem Anderen ernannter Vollstrecker. Das Nachlaßgericht hat auf Antrag eines Beteiligten dem Ernanten eine Erklärungsfrist zu setzen; Nichtabgabe einer bestimmten Erklärung innerhalb der Frist gilt als Ablehnung (Abs. 3).

Feststellung
der
Annahme
oder
Ablehnung.
| S. 221.

Vertrag.

Die Ernennung ist widerruflich und kann selbst dann widerrufen werden, wenn der Erblasser auf den Widerruf verzichtet oder die Uebnahmeerklärung des Ernanten angenommen hat. Da die Ernennung eines Vollstreckers eine letztwillige Verfügung ist, so versteht sich die Widerruflichkeit (§ 1753 Abs. 2 § 1754) von selbst. — Eine Vorschrift über die Wirkungen eines zukünftigen Uebnahme des Amtes verpflichtenden Vertrages ist entbehrlich. Ein solcher Vertrag ist nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen. Einer Erklärung der Bereitwilligkeit, das Amt zu übernehmen, gegenüber dem Erblasser oder einem Erben, kann eine besondere Wirkung nicht beigelegt werden. Aus den Gründen, aus welchen Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte verlangt wird, kann ferner nicht einem tatsächlichen Eingreifen des Ernanten eine besondere verpflichtende Wirkung zugeschrieben werden (vgl. Stobbe § 309 Anm. 6, 7, 14—16; Roth § 390 Anm. 10—14; Eccius § 255 S. 503, Dernburg § 165; sächs. GB. §§ 2233—2255, Mommsen § 182; heff. Entw. 205, 208).

Annahmepflicht des Ernanten.

Der Entw. schreibt eine Annahmepflicht des Ernanten nicht vor. Auch wenn einem Erben oder Vermächtnisnehmer das Amt übertragen wird, ist in der Regel eine Auflage nicht anzunehmen, da die Ernennung nicht als Auflage behandelt ist. Der wesentliche Inhalt der Ernennung besteht nicht in der Auflage, gewisse Dienste zu leisten, sondern in der Uebertragung eines mit Rechten und Pflichten verbundenen Amtes. Ausgeschlossen kann nicht werden, daß der Erblasser die Annahme der Ernennung zur Auflage macht. Ob dies aber gewollt ist, ist eine Thatsache, für welche eine Auslegungsregel sich nicht aufstellen läßt. — Mit Rücksicht auf einzelne geltende Rechte (vgl. zB. bayer. NotariatsG. v. 10. Nov. 1861 Art. 29 ff.) wird jedoch den Landesgesetzen im GB. gestattet werden, zu bestimmen, daß Notare zur Annahme des Amtes verpflichtet sind. Reichsgesetzlich kann den Notaren eine Annahmepflicht nicht wohl auferlegt werden, da zur Zeit eine reichsgesetzliche Regelung des Notariatswesens nicht in Frage ist, und genügende Gründe nicht vorliegen, in dieser Hinsicht einzugreifen. Die Landesgesetze können eine öffentlichrechtliche Pflicht der Notare zwar auch ohne besonderen Vorbehalt bestimmen. Der Vorbehalt wird aber aufgenommen werden, weil sich ein Bedürfnis ergeben kann, dieser Pflicht auch einen privatrechtlichen Charakter beizumessen, so daß die Annahmepflicht gegenüber den Beteiligten ebenfalls besteht (vgl. § 736). Wären die Notare überall im Reiche Beamte, so würde auch der Vorbehalt entbehrlich sein. — Eine Annahmepflicht noch anderen öffentlich bestellten Personen aufzuerlegen, besteht einerseits kein Bedürfnis. Andererseits würde eine solche Vorschrift nicht unbedenklich sein, da sonst den Landesgesetzen freigegeben werden müßte, in Gebiete einzugreifen, welche von den-

Vorbehalt für Landesgesetze.

| S. 222.

selben unberührt zu bleiben haben, insbes. in das Gebiet des Gewerberechtigtes und der Rechtsanwaltsordnung.

Dem Vollstrecker eine urkundliche Bescheinigung seiner Ernennung durch das Nachlassgericht erteilen zu lassen, ist nicht zulässig. Eine solche Bescheinigung, welche freilich keineswegs als eine manchen älteren Rechten bekannte gerichtliche Bestätigung oder gar Verpflichtung des Vollstreckers durch das Gericht sich darstellte (vgl. Roth § 390 Anm. 12; Stobbe § 309 Anm. 14), würde nur dann von erheblicher Bedeutung sein, wenn ihr der Charakter eines Legitimationspapiers beigelegt würde, auf das die Vorschriften über den Schutz des gutgläubigen Dritten Anwendung finden. Der Bestallung eines Vormundes einen solchen Charakter beizulegen, ist jedoch als bedenklich angesehen (Mot. 4 S. 1079). Für Urkunden, welche zur Legitimation des Vorstandes einer juristischen Person oder des Gewalthabers dienen, ist ebensowenig eine derartige Vorschrift aufgenommen. Der § 73 der KonkD. legt gleichfalls der dem Verwalter zu erteilenden Bescheinigung eine solche Tragweite nicht bei (Mot. zur KonkD. S. 305). Seine Legitimation kann der Vollstrecker zudem leicht darthun, indem er die seine Ernennung enthaltende oder die vom wahlberechtigten Dritten nach § 1890 ausgestellte Urkunde vorlegt.

§ 1893 (II 2093, B. 2200, R. 2198, G. 2224).

Entsprechend dem anzunehmenden Willen des Erblassers ist im Abs. 1 bestimmt, daß mehrere Vollstrecker nur gemeinschaftlich handeln können (Stobbe § 309 Anm. 8; Roth § 391 Anm. 14, 15; Code 1033; Dernburg § 165 hinter Anm. 9, Eccius § 255 Anm. 61, 62). Die Fassung bringt zugleich zum Ausdruck, daß der Erblasser mehrere Vollstrecker neben einander ernennen kann und daß, wenn solches geschehen, diese Vorschrift Anwendung findet.

Einer Entscheidung bedarf die im geltenden Rechte nicht überall gelöste Frage (Stobbe § 309 Anm. 11, 12; Code 1025, 1033; sächs. GB. § 2236; Mommsen § 183; hess. Entw. 207, Mot. S. 131; Dernburg § 169 Anm. 3), welchen Erfolg der Umstand hat, daß von mehreren ernannten Vollstreckern der eine oder andere wegfällt. Die Entscheidung ist nach Maßgabe des anzunehmenden Willens des Erblassers dahin getroffen, daß der Weggefallene in Ansehung der Zeit nach dem Wegfalle als nicht ernannt anzusehen ist (Abs. 2). Daneben den Fall vorübergehender Behinderung eines mitberufenen Vollstreckers durch Abwesenheit, Krankheit usw. zu berücksichtigen, wird nicht durch ein dringendes Bedürfnis erfordert. Eine solche Vorschrift würde mit der Gefahr eines Mißbrauches des Rechtes zum Alleinhandeln verbunden sein und dadurch vielleicht sogar die Rechtsicherheit beeinträchtigen.

Im geltenden Rechte finden sich Vorschriften darüber, wer bei Meinungsverschiedenheit der mehreren Vollstrecker über eine Maßregel zu entscheiden habe, theils durch Verweisung auf die Entscheidung des Nachlassgerichtes, theils durch Hinweisung auf Mehrheitsbeschlüsse oder gar auf den Prozeßweg zwischen den Vollstreckern. Letzteres wird nur von Schriftstellern behauptet (Stobbe § 309 Anm. 10; Roth § 391 Anm. 16; Dernburg § 165 Anm. 11; — für Mehrheitsbeschluß bayer. Nr. III 2 § 19 Nr. 3; Stobbe § 309 Anm. 9; — für den Prozeßweg Koch's Erbrecht S. 347 ff., mit ihm Foerster, dagegen Eccius, § 255 Anm. 62). Von einer Vorschrift ist abgesehen. Das Nachlassgericht entscheiden zu lassen, würde nicht im Einklange stehen mit der dem Nachlassgericht zugewiesenen Stellung. Ein dringendes praktisches Bedürfnis liegt nicht vor, dem Gerichte in solchem Falle ähnliche Funktionen aufzuerlegen, wie solche dem Vormundgerichte bei Meinungsverschiedenheit mehrerer Vormünder oder Pfleger nach § 1652 Abs. 2 obliegen. Im Falle der Vollstreckung handelt es sich lediglich um das private Interesse solcher Personen, welche an sich ihre Rechte selbst wahrzunehmen im Stande sind. Dies Interesse bietet zur Hereinziehung der Behörde außerhalb einer richterlichen Thätigkeit aus dem Gesichtspunkte einer verwaltenden Funktion der Behörde keine ausreichende Grundlage.

§§ 1894—1896 (II 2094—2096, B. 2201—2203, R. 2199—2201, G. 2225—2227).

1. Die dem geltenden Rechte entsprechende Vorschrift des § 1894, daß das Amt erlischt, wenn der Vollstrecker stirbt oder geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt wird, bringt zugleich die Unvererblichkeit des Amtes zum Ausdruck (vgl. Mot. S. 219; desgl. Code 1032; hess. Entw. 222; Eccius § 255 S. 504, 505, Dernburg § 169 Nr. 1; Roth § 392 Anm. 2).

2. Dem Vollstrecker legt der § 1895 die Befugniß bei, jederzeit das Amt zu kündigen. Durch Bezugnahme auf § 598 Abs. 2, 3 wird dafür gesorgt, daß das Aufgeben des Amtes nicht zur Unzeit erfolgen darf und daß unzeitige Kündigung den Vollstrecker schadenersatzpflichtig macht. Die Kündigung soll nur in der Art erfolgen, daß die Erben für die Besorgung der Geschäfte anderweite Fürsorge zu treffen vermögen. Die Kündigungsbefugniß des Vollstreckers ist im geltenden Rechte nicht überall unbestritten (Stobbe § 309 Anm. 6, 7, 18); einige Rechte (zB. sächs. GB. § 2235; Mommsen § 182; hess. Entw. 206) lassen ausschließlich die Enthebung durch das Nachlassgericht auf Antrag des Vollstreckers zu. — Die Gründe, welche den Entw. bestimmt

Bescheinigung
der
Ernennung.

II. Mehrere
Vollstrecker.

Wegfall eines.

§. 223.

III. Erlöschen
des Amtes.
1. Erlöschen-
grund.

2. Kündigung
des
Vollstreckers.

haben, im § 598 dem Beauftragten das freie Kündigungsrecht zu gewähren, treffen auch für den Vollstrecker zu und sprechen dagegen, an die Annahme | der Ernennung zum Vollstrecker eine lästigere Gebundenheit zu knüpfen als an die Annahme eines Auftrages. Freilich kann eingewendet werden, der Erblasser könne unter Umständen ein besonderes, wenn auch nur ideales Interesse daran haben, daß der Vollstrecker fester gebunden sei als ein Beauftragter; denn er sei durch seinen Tod gehindert, an Stelle des kündigenden Vollstreckers einen anderen zu ernennen; der Vollstrecker habe durch die Annahme des Amtes in eine solche Gebundenheit eingewilligt. Allein es wäre bedenklich, in solcher Weise das Interesse des Erblassers zu bevorzugen. Die Folge könnte sein, daß häufig das Amt abgelehnt würde. Zudem steht es dem Erblasser frei, wie für den Fall der Ablehnung, so für den Fall der Kündigung einen Ersatzmann zu ernennen. Dem Vollstrecker nur offen zu lassen, seine Enthebung vom Amte bei dem Nachlaßgerichte aus wichtigen Gründen zu beantragen, ist schon deshalb nicht rathsam, weil eine erspriessliche Thätigkeit des wider seinen Willen im Amte festgehaltenen Vollstreckers nicht häufig zu erwarten ist. Die Niederlegung des Amtes in solcher Weise zu erschweren, wäre aber auch deshalb nicht gerechtfertigt, weil ein Heranziehen des Nachlaßgerichtes zu vermeiden ist, soweit nicht ein dringendes Bedürfnis vorliegt. Da es an einer zur Ausführung der Verfügung an Stelle des Vollstreckers verpflichteten Person nicht fehlt, vielmehr die Ausführung alsdann dem Erben selbst obliegt, kann ein derartiges Bedürfnis nicht anerkannt werden.

Die Kündigungserklärung an die gerichtliche oder notarielle Form zu binden, wie im Falle des § 1890 Satz 2, geht nicht an; darin würde eine schon des Kostenpunktes wegen nicht angemessene Erschwerung liegen, für welche innere Gründe nicht sprechen.

3. Die Vorschriften des § 1896 über die Enthebung des Vollstreckers, welche sich im Wesentlichen an das geltende Recht (Stobbe § 309 Anm. 18; sächs. GB. §§ 2241, 2242; Mommsen § 186; hess. Entw. 223; Dernburg § 169 Anm. 6, 7; Eccius § 255 Anm. 76; Roth § 392 Anm. 6) anschließen, gewähren einen Ersatz für das bei dem Auftragsvertrage auf Seiten des Geschäftsherrn bestehende Widerrufsrecht, das den Erben wegen des Zweckes der Anordnung versagt werden muß. Ein Ersatz läßt sich nur beschaffen, indem das Nachlaßgericht in Thätigkeit tritt. — Eine Enthebung von Amtswegen (sächs. GB. § 2242; Mommsen § 186), soweit das Gericht von Amtswegen für den Nachlaß zu sorgen hat, kann nicht bestimmt werden, da der Entw. eine amtliche Nachlaßbehandlung nur in den Fällen der § 2058 ff. kennt, eine solche Vorschrift daher für die meisten Fälle gegenstandslos wäre. — Das Antragsrecht wird jedem Betheiligten beigelegt. Wer betheilig ist, näher zu bestimmen, ist auch hier entbehrlich (vgl. S. 221).

Die Thätigkeit des Nachlaßgerichtes ist als eine Handlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit aufzufassen, ähnlich wie die des Handelsgerichtes in | den Fällen der Art. 160, 195, 226, 253, 323 usw. HGB. Nähere Verfahrensvorschriften sind entbehrlich; auf dem Gebiete des Handelsrechtes haben sich in der Praxis daraus, daß es an solchen fehlt, Uebelstände nicht ergeben. Eine Regelung durch Reichsrecht würde um so weniger angemessen sein, als auch sonst das Verfahren in solchen Sachen der nicht streitigen Rechtspflege reichsgesetzlich nicht geregelt ist (§ 2 des GG. zum BGB.) und die Landesgesetze gleichfalls nicht durchgängig besondere Vorschriften darüber enthalten. Nur die Anhörung des Vollstreckers ist aus Zweckmäßigkeitsgründen vorgeschrieben. Gegen die Entscheidung des Nachlaßgerichtes noch den ordentlichen Prozeßweg offen zu halten, besteht kein hinreichender Anlaß. Dagegen sprechen die Möglichkeit verschiedener Entscheidungen nach längerer Zeit und die hieraus sich ergebenden Verwickelungen. Das Nachlaßgericht wird für ausschließlich zuständig erklärt; dies wird genügen. — Der Satz 2 erwähnt im Interesse der Deutlichkeit einige Beispielsfälle, wann ein wichtiger Grund als vorliegend anzunehmen ist.

Daß dem Nachlaßgerichte eine weitere Aufsicht in Ansehung der Geschäftsführung des Vollstreckers nicht zusteht (bayer. MN. III 2 § 18 Nr. 14; hess. Entw. 224), versteht sich von selbst und bedarf keines Ausdruckes. — Die Negative, daß dem Erben ein Widerruf nicht zusteht, auszusprechen, ist entbehrlich, da nur von der Beendigung des Amtes durch Entziehung gesprochen wird. Eine Vorschrift dieses Inhaltes könnte zu einer mißverständlichen Auffassung der Vollstreckungsanordnung, welche ihrer Natur nach den Erben beschränkt, Anlaß geben.

Eine zeitliche Begrenzung der Amtsdauer des Vollstreckers (Code 1026 und verschiedene Statutarrechte, vgl. Roth § 391 Anm. 50, 51; frankf. Recht bei Bender S. 585) ist nicht ausführbar; sie scheitert an der Unmöglichkeit, eine angemessene Zeitdauer zu bestimmen. Aber auch eine Entziehung der Ausführung der Vollstreckung durch übereinstimmende, dem Vollstrecker gegenüber abzugebende Erklärung des Beschwerten und des Bedachten (Entsch. 16 S. 185 ff., besonders S. 189), läßt sich nicht wohl vorschreiben. Soweit für eine weitere Vollziehung kein Raum bleibt, ist selbstverständlich die Thätigkeit des Vollstreckers beendigt. Eine Vorschrift dieses Inhaltes könnte nur zu Mißverständnissen Anlaß geben.

Den § 1876 Abs. 1 für entsprechend anwendbar zu erklären, ist weder nöthig noch angemessen. Von selbst versteht es sich, daß die Rechtsstellung des Vollstreckers unabhängig ist von dem, was

Form der Kündigung.

3. Enthebung vom Amte.

| S. 225.

Zeitliche Begrenzung.

Befehl des Beschwerten.

sich in der Person des Erben oder anderer Betheiligter zuträgt. Im Einzelfalle wird aber dennoch zu prüfen sein, welches der Wille des Erblassers war. So ist es zB. denkbar, daß der Erblasser nur deshalb einen Vollstrecker ernannt hat, weil er einen minderjährigen Erben einsetzte; tritt an die Stelle des minderjährigen ein anderer volljähriger Erbe, so bleibt zu prüfen, ob der Vollstrecker auch diesem zugeordnet werden sollte.

[Zuweilen wird eine Beendigung des Amtes des Vollstreckers durch Eröffnung des Nachlasskonkurs behauptet (bayer. MN. III 2 § 18 Nr. 15; Roth § 392 Anm. 5; vgl. Dernburg § 169 a. G.; Eccius § 255 Anm. 75). Eine Vorschrift ist entbehrlich. Nach § 5 KonkD. bleiben freilich dem Vollstrecker kaum noch Funktionen, aber seine Thätigkeit tritt mehr zurück, als daß sie ein Ende erreicht.

§ 226.
Nachlasskonkurs.

§ 1897 (II 2073, B. 2179, R. 2177, G. 2203).

Der § 1897 regelt die Rechte und Pflichten des Vollstreckers in dem Regelfalle, in welchem durch die Ernennung die Rechte des Erben dahin beschränkt sind, daß der Vollstrecker berufen ist, dasjenige zu besorgen und vorzunehmen, was dem Erben obliegen würde, wenn ein Vollstrecker nicht ernannt wäre. Grundsätzlich abgewichen ist von der Auffassung des sächs. GB. §§ 2237/8 und des hess. Entw. 210, nach welcher die Anordnung im Zweifel dahin verstanden werden soll, daß dem Vollstrecker nicht die Ausführung der Verfügung übertragen sei, sondern daß er nur Aufsichtsrechte und die Befugniß haben solle, von den durch Zuwendung Bedachten, welchen die Ausführung verbleibe, die Befolgung der Anordnungen, insbes. die Erfüllung der Auflagen, zu verlangen. Dafür ist besonders entscheidend, daß diese Auffassung dem gewöhnlichen Wortsinne des Ausdrucks „Vollstrecker“ nicht entspricht und daß sich kaum behaupten läßt, wenn vom sächs. GB. abgesehen wird, das geltende Recht neige dazu, in solcher Weise die Befugnisse des Vollstreckers zu beschränken. Der Entw. giebt ihm eine absolute Rechtsstellung. Soweit im Entw. Rechtsgeschäfte absoluten Charakters behandelt werden, ist regelmäßig davon ausgegangen, eine nähere Angaben nicht enthaltende Willenserklärung sei, sofern nur darin die charakteristische Bezeichnung des Rechtsgeschäftes enthalten ist, als auf die Herbeiführung der ausgedehntesten Wirkungen gerichtet anzusehen. Dem Erklärenden bleibt dann die Bestimmung von Beschränkungen überlassen, deren Grenze, ohne daß das Rechtsgeschäft in ein Rechtsgeschäft anderer Art übergeht, sich aus der besonderen Natur der zu begründenden Rechte ergibt. So ist namentlich im Sachenrechte verfahren. Dieses Verfahren ist praktisch zweckmäßig, weil es für den Erklärenden leichter ist, Einzelheiten eines durch das Gesetz gegebenen Rechtsinhaltes zu verneinen, als positiv zu bestimmen, wie weit der Inhalt des Rechtes zu reichen hat.

IV Rechte und Pflichten.
1. Ausführung der Verfügung.

Der Abs. 1 bringt den Grundsatz zum Ausdruck, indem er ausspricht, der Vollstrecker sei berechtigt und gegenüber dem Erben verpflichtet, die Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen. Die Worte „gegenüber dem Erben“ sollen das mögliche Mißverständnis ausschließen, als hätte der Vollstrecker aus seinem Vermögen zu leisten. Ihre Befügung macht es entbehrlich, hervorzuheben, daß die Erfüllung aus dem Nachlasse zu geschehen hat. Aus dem Inhalte der einzelnen Anordnungen wird sich ergeben, ob und inwieweit eine Vollstreckung durch eine hierzu bestellte Person denkbar ist. Die in Betracht kommenden einzelnen Anordnungen sind daher nicht aufzuzählen. Selbstverständlich scheiden diejenigen familienrechtlichen Anordnungen aus, deren besonderer Inhalt die Ausführung durch einen Vollstrecker ausschließt, zB. die in den §§ 1636, 1660, 1695, 1738, 1745 bezeichneten. — Im Abs. 2 wird über die Vollziehung eines Vermächtnisses oder einer Auflage bestimmt. Ein Entscheidungsrecht kann dem Vollstrecker dann nicht beigelegt werden, wenn der Beschwerte die Verbindlichkeit zur Erfüllung des Vermächtnisses oder der Auflage bestreitet (abweichend MN. I 12 § 561, vgl. Dernburg § 166 Anm. 4–6; Eccius § 255 Anm. 71; — im Uebrigen Stobbe § 309 S. 270, 271; Roth § 391 Anm. 39, 40; Mommsen §§ 184, 185; hess. Entw. 214). Denn das Recht zu einem wirksamen Widerspruche gebührt dem Beschwerten als Geschäftsherrn und es ist nicht anzunehmen, daß ihm auch dieses Recht durch die Vollstreckungsanordnung entzogen werden sollte. Widerspricht der Erbe der Vollziehung, so wird dadurch die Klage auf Erfüllung hervorgerufen werden. Gegen wen diese Klage zu richten ist, bestimmt der § 1903. Ist der Erbe rechtskräftig zur Vollziehung verurtheilt, so ist der Widerspruch beseitigt, wenn auch das Urtheil vielleicht formell den Widerspruch nicht für unbegründet erklärt.

Ausführungs-pflicht.

§ 227.

Vermächtniß, Auflage.

Für den Fall, daß der Nachlass nicht hinreicht, alle Nachlassverbindlichkeiten (§ 2092 Abs. 2), insbes. also die Forderungen der Gläubiger des Erblassers, die Vermächtnisse und die Auflagen, zu erfüllen, eine Vorschrift zu geben, kann entbehrlich erscheinen. Die Aufnahme der erläuternden Vorschrift, daß die Vollziehung der Vermächtnisse und Auflagen nur mit Einwilligung des Erben zu bewirken sei (Abs. 3), ist jedoch zweckmäßig. Ist die Erbschaft unzulänglich, so haftet entweder der Erbe persönlich in vollem Umfange oder er kann durch Geltendmachung der Abzugseinrede den Anspruch auf Erfüllung dem Umfange nach beschränken (§§ 2133 ff.). Hiernach muß dem Erben die Möglichkeit gewahrt bleiben, die Abzugseinrede zu erheben. Selbst wenn der Erbe

Unzureichens der Nachlass.

daß Inventarrecht verloren hat und also vollhaftender Erbe ist, muß ihm die Bestimmung über die Erfüllung der Vermächtnisse und Auflagen vorbehalten bleiben, da durch die Erfüllung sein eigenes Vermögen berührt wird.

Der Abs. 4 verdeutlicht, daß dem Vollstrecker kein Klagerrecht gegen der Erben auf Gestattung der Vollziehung eines Vermächtnisses zusteht. Anders steht es in Ansehung einer Auflage (vgl. § 1888).

Dingliche
Verträge des
Vollstreckers.

Daß ein Vollstrecker den dinglichen Vertrag schließen kann, welcher zur unmittelbaren Vollziehung des Vermächtnisses oder der Auflage erforderlich ist, zB. wenn eine individuelle zum Nachlasse gehörende Sache vermacht ist, wird nicht zweifelhaft sein. Daran ändern auch die Abs. 2 und 3 nichts. Die hiernach bestehenden Beschränkungen beziehen sich ausschließlich auf das obligatorische Verhältniß zwischen dem Vollstrecker und dem Erben. Den Beschränkungen muß, wenn nicht Dritte gefährdet werden sollen, dingliche Wirkung versagt werden. Das Vorhandensein der tatsächlichen Voraussetzungen dieser Beschränkungen ist nach außen nicht erkennbar. Die dem Vollstrecker eingeräumte Vertretungsmacht gilt für alle Rechtsgeschäfte, durch welche er über Nachlassgegenstände dinglich behufs Erfüllung der Vermächtnisse und Auflagen verfügt, also auch dann, wenn vertretbare Sachen zu leisten sind. Voraussetzung für die Wirksamkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäftes bleibt jedoch, daß obligationsmäßig geleistet wird. Denn nur soweit reichen die Befugnisse des Vollstreckers. Ist nicht obligationsmäßig geleistet, so sind auch die Voraussetzungen für die Anwendung der Vorschriften über den Erwerb in gutem Glauben nicht vorhanden.

§ 228.

§ 1898 (II 2074, B. 2180, R. 2178, G. 2204).

2. Ausein-
andersehung
unter
Miterben.

Der § 1898 befaßt sich mit dem Falle, daß mehrere Erben vorhanden sind, und mit den Rechten und Pflichten des Vollstreckers, falls er die Auseinandersehung der Miterben zu bewirken hat. Der Entw. beruht auf der Grundauffassung, daß in der Ernennung zum Vollstrecker nicht ohne Weiteres auch die Uebertragung der Ausführung der Auseinandersehung zu finden ist, wenn der Erblasser darüber keinerlei Bestimmungen getroffen hat (wegen des geltenden Rechtes vgl. Windscheid § 567 Anm. 8; Stobbe § 309 S. 271, 272; Roth § 391 Anm. 42). Der Wortsinne der Uebertragung der Vollstreckung des letzten Willens entspricht nicht einer so weit gehenden Bemessung der Befugnisse des ernannten Vollstreckers. Im bezeichneten Falle spricht keine Vermuthung dafür, daß der Erblasser dem Vollstrecker die Auseinandersehung habe übertragen wollen, wenn er es in dieser Hinsicht stillschweigend lediglich bei den gesetzlichen Vorschriften hat bewenden lassen; eine erweiternde Auslegung findet auch in geltenden Rechte keine genügende Unterstützung (vgl. Anh. § 157 zu AN. II 18 § 421, Eccius § 255 S. 496, 497 und Anm. 34, Dernburg § 166 Anm. 1). Sind dagegen im letzten Willen Anordnungen über die Auseinandersehung getroffen, so muß angenommen werden, der Erblasser habe dem Vollstrecker auch die Befugniß zur Vornahme der Auseinandersehung übertragen wollen. Denn in diesem Falle gehört zur Vollstreckung des Testamentes begrifflich die Ausführung dieser Anordnungen. In solchem Falle müssen das Recht und die Pflicht des Vollstreckers sich in der Regel, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers erhellt, auf die Ausführung der Auseinandersehung des gesammten Nachlasses beziehen; sie können nicht wohl auf die Ausführung der einzelnen Anordnung beschränkt werden, da die Auseinandersehung den ganzen Nachlass umfaßt und nur sehr selten in mehrere von einander unabhängige Geschäfte zerlegt werden kann. Diesen Gedanken giebt der Abs. 1 Ausdruck. Zugleich ist dabelbst ausgesprochen, daß der Erblasser dem Vollstrecker die Theilungsmacht auch dann beilegen kann, wenn er Anordnungen über die Auseinandersehung nicht getroffen hat. Das wäre sonst keineswegs selbstverständlich. Befugnisse, von welchen das Gesetz nicht spricht, kann der Erblasser dem Vollstrecker nicht beilegen (vgl. § 1907).

§ 229.

Ausführung.

In Ansehung der Ausführung wird darauf verwiesen (Abs. 2), daß der Vollstrecker die ihm obliegende Auseinandersehung nach Maßgabe der §§ 2151—2164 zu bewirken habe. Es erscheint zweckmäßig, ihn auf diese Vorschriften als regelmäßig maßgebend, soweit nicht die Besonderheit der Auseinandersehung durch den Vollstrecker Ausnahmen rechtfertigt, hinzuweisen. Dadurch wird zugleich entbehrlich, hervorzuheben, daß der Vollstrecker in erster Reihe die besonderen Anordnungen des Erblassers über die Auseinandersehung zu berücksichtigen hat. Im § 2152 ist zwar nur hervorgehoben, daß der Erblasser durch Verfügung von Todeswegen Anordnungen in Ansehung der Auseinandersehung, besonders der Art der Theilung, treffen kann. Allein hieraus geht hervor, daß eine Verpflichtung der Erben, hier des Vollstreckers, besteht, solche Anordnungen zu berücksichtigen, zumal im Abs. 5 ausgesprochen ist, der Widerspruch des Erben sei begründet, wenn eine Anordnung des Vollstreckers einer Anordnung des Erblassers widerspricht. Der Vollstrecker hat danach auch die im § 2151 in Bezug genommenen Vorschriften über die Gemeinschaft, besonders die §§ 769, 772 zu beachten.

Uebertragung
von Gegen-
ständen.

Im Anschlusse hieran wird dem Vollstrecker die Befugniß als Ausfluß seines Rechtes beilegt, einem jeden Miterben diejenigen Nachlassgegenstände zu übertragen, welche ihm nach seinen

(des Vollstreckers) Anordnungen von den übrigen Miterben zu übertragen sind. Von „Anordnungen“, nicht von „Theilungsanordnungen“ wird gesprochen, um auch Anordnungen einzubeziehen, welche nicht unmittelbar die Theilung betreffen, diese vielmehr nur vorbereiten. Vorstehend ist bereits anerkannt, daß der Vollstrecker die Auseinandersetzung mit obligatorischer Wirkung für die Betheiligten, das heißt in der Art, festsetzen kann, daß die Betheiligten an seine Festsetzung gebunden sind, wie wenn sie den Inhalt derselben vereinbart hätten. Der weitere Schritt, dem Vollstrecker auch die Macht zu verleihen, die zur Erfüllung der Verbindlichkeit des einen Miterben gegenüber dem anderen dienenden Uebertragungsgeschäfte vorzunehmen, ist zwar von erheblicher Bedeutung; aber auch dieser weitere Schritt entspricht dem vermuthlichen Willen des Erblassers und führt zu einer einfachen und zweckmäßigen Gestaltung des Auseinandersetzungsverfahrens. Der Miterbe, zu dessen Gunsten übertragen wird, ist wegen der Unzulässigkeit des Kontrahirens mit sich selbst als bei der Uebertragung mitwirkend zu denken. Der Vollstrecker handelt als Vertreter der Miterben. Durch die Vorschrift soll nicht dem Vollstrecker die dingliche Verfügungsmacht über alle Nachlassgegenstände ohne jede Beschränkung beigelegt werden; er erhält vielmehr eine solche Befugniß nur für den Fall der Leistung auf Grund des angegebenen obligatorischen Grundes (causa). Eine solche Beschränkung der Vertretungsmacht hat nichts Anomales an sich, sie kann in ähnlicher Weise auch bei der Vollmacht vorkommen. Besondere Uebelstände sind daher nicht daraus zu befürchten, daß die dingliche Verfügungsmacht des Vollstreckers nur eine beschränkte ist. Insbes. ist eine solche Befürchtung nicht in Ansehung der Verfügung über Rechte an Grundstücken am Platze. | Die Frage, ob besondere Vorschriften über die dem Grundbuchamte obliegende Prüfung der Legitimation des Vollstreckers nöthig werden, ist bei der Verathung der Grundb. zu erledigen (vgl. jetzt §§ 36, 41).

§. 230.

Die Abs. 3—6 bestimmen näher über das Verfahren bei der Auseinandersetzung durch den Vollstrecker. Der Abs. 3 beruht darauf, daß, wenn die Ausführung der Anordnungen erfolgt, ohne daß diese den Betheiligten mitgetheilt sind, und ohne daß letzteren Gelegenheit gegeben ist, dagegen Widerspruch zu erheben, das Interesse der einzelnen Betheiligten schwer gefährdet werden kann. Es wird zwar nur eine obligatorische Pflicht des Vollstreckers begründet, im Falle eines Widerspruchs die dingliche Uebertragung nicht zur Ausführung zu bringen. Allein diese Pflicht erscheint, wenn sie auch die dingliche Uebertragungsmacht nicht aufhebt, genügend, um die Betheiligten gegen die Gefahr einer übereilten Ausführung zu sichern. Der Umfang der Anordnung kann ein verschiedener sein. Es kann bereits ein vollständiger Auseinandersetzungsplan vorliegen, es kann aber auch nur ein Stück eines solchen in Betracht kommen, insbes. kann ein solches Stück vorliegen, wenn im Interesse der Miterben, wie häufig der Fall ist, nur eine vorläufige Theilung einzelner Nachlassgegenstände sich nöthig macht. — Die Widerspruchsfrist im Gesetze festzusetzen, ist wegen der Verschiedenheit der möglichen Fälle weder ausführbar noch angemessen.

Verfahren.

Im Zusammenhange hiermit steht der Abs. 4. Darnach kann eine die Erledigung des Widerspruchs bezweckende Klage nur vom widersprechenden Erben (oder von einem von mehreren Widersprechenden) oder von den anderen Erben gegen den Widersprechenden erhoben werden, also weder vom Vollstrecker noch gegen diesen. Zu entscheiden ist nur über das unter den Erben bestehende Schuldverhältniß. Vorzuschreiben, der Widersprechende habe als Kläger aufzutreten, besteht kein Anlaß. Vielmehr ist es Sache desjenigen Miterben, welcher die Auseinandersetzung betrieben haben will, seine Rechte im Wege der Klage zu verfolgen, mag dies der Widersprechende oder ein anderer Erbe sein. Die Beweislast ergiebt sich aus den allgemeinen Grundsätzen; etwas Besonderes ist darüber nicht zu bestimmen. — Gegenstand eines solchen Rechtsstreites ist nicht allein die Frage, ob die Anordnung des Vollstreckers einer Anordnung des Erblassers oder einer gesetzlichen Vorschrift widerspreche, sondern auch die Frage, ob jene Anordnung der Billigkeit entspreche. Dies bestimmt der Abs. 5. Auf diesem Wege bleibt es jedem Betheiligten offen, eine richterliche Nachprüfung nach den bezeichneten Gesichtspunkten herbeizuführen. Behauptet der Anzeigende einen Verstoß gegen die Billigkeit, so hat er ihn zu beweisen (vgl. § 194). Einer Bezugnahme auf § 357 bedarf es nicht. — Die Versäumung der im Abs. 3 bezeichneten Frist bewirkt nicht den Verlust des Widerspruchsrechtes, hat vielmehr nur zur Folge, daß die Theilung ausgeführt wird (Abs. 6). Allerdings wird alsdann der Widerspruch nur im Wege der Kondition geltend gemacht werden können. Dem Widerspruche noch bis zum Beginne der Ausführung den Erfolg beizulegen, daß die Ausführung auszusetzen ist, würde nicht angemessen sein, | weil damit die Vollstreckung in nachtheiliger Weise gehemmt würde, aber auch der dann in Frage kommende Zeitpunkt schwer zu bestimmen wäre.

§. 231.

§§ 1899, 1900 (II 2075, 2085, B. 2181, 2192, R. 2179, 2190, G. 2205, 2216).

1. Hervorzuheben, daß der Vollstrecker im Namen des Erben als des Besitzers inne hat, ist entbehrlich. Zweckmäßig aber ist es, auszusprechen, daß er berechtigt und gegenüber dem Erben verpflichtet ist, den Nachlaß in seine Inhabung zu nehmen (Windscheid § 567 Anm. 8; Roth

^{8.} Inhabung und Realisirung des Nachlasses.

§ 391 II Nr. 1—3; Code 1026, 1027; sächs. GB. §§ 2237—2240; Mommsen §§ 184, 185; heff. Entw. 211—214; Eccius § 255 S. 497—499; Dernburg § 166 Nr. 2). In Ansehung der in gleicher Weise dem Vollstrecker auferlegten Feststellungs- und Verwaltungspflicht wendet der Zwischenatz im Sage 2 „soweit es zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist“ die Folgerung ab, als müßte der Vollstrecker alle ausstehenden Forderungen einziehen und alle Rechte klagend geltend machen, während doch das Einziehungsrecht, insbes. bei den auf Zinsen ausstehenden Forderungen, in Folge der Verwaltungspflichten des Vollstreckers einer obligatorischen Einschränkung unterliegt. Die Feststellungsbefugniß ist im weiteren Sinne genommen, so daß sie auch die Befugniß begreift, den Nachlaß mittels Realisirung der im Nachlasse befindlichen Ansprüche zusammenzubringen. Das Einziehungsrecht umfaßt gegebenen Falles auch das Kündigungsrecht. — Das geltende Recht ist in dieser Hinsicht verschieden, selbst abgesehen davon, daß nach manchen Rechten die Verwaltung dem Vollstrecker nur zusteht, sofern sie ihm besonders übertragen ist (vgl. Stobbe § 390 S. 272 Anm. 23, 24, 27—29; Roth § 391 Anm. 28 ff.; Eccius § 255 S. 498, 499; Dernburg § 166 Anm. 10; sächs. GB. §§ 2237—2240; Mommsen § 184 Abs. 2, § 185 Abs. 1; heff. Entw. 212). Wegen der Beschränkungen des Inhabungs- und Verwaltungsrechtes vgl. jedoch den § 1907.

Erfüllung
einer Nach-
laßverbind-
lichkeit.

In Ansehung der Erfüllung einer Nachlaßverbindlichkeit, welche nicht aus einem Vermächtnisse oder einer Auflage entstanden ist, erklärt der § 1899 Abs. 2 die Abs. 2—4 des § 1897 für entsprechend anwendbar. Die Erfüllung ist also besonders, sobald der Erbe widerspricht, so lange zu unterlassen, bis der Widerspruch in der dort bezeichneten Weise beseitigt ist. Ferner ist, falls der Nachlaß unzulänglich ist, die Erfüllung nur mit Einwilligung des Erben zu bewirken. Die Beschränkung des Zwischenatzes „soweit es zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist“ ist auch hier nothwendig, um den Gedanken abzuwehren, als wäre der Vollstrecker verpflichtet, alle Nachlaßverbindlichkeiten, zB. ausstehende Hypothekenschulden, zu tilgen, während dies unter gegebenen Voraussetzungen mit einer ordnungsmäßigen Verwaltung im Widerspruche stehen würde. Die Hinweisung auf § 1897 Abs. 4 regelt das Klagerrecht des Vollstreckers in Ansehung dieser Nachlaßverbindlichkeiten in entsprechender Weise wie in Ansehung eines Vermächtnisses. Giebt der Entw. dem Vollstrecker das Recht und legt er ihm gegenüber dem Erben die Pflicht auf, die Vermächtnisse und Auflagen zu erfüllen, und wird ihm die vorbezeichnete Stellung in Ansehung der Nachlaßaktiva übertragen, so muß ihm auch die Befriedigung der Gläubiger gestattet werden. Zu den Nachlaßverbindlichkeiten gehören im Sinne des Entw. (vgl. § 2092) auch die aus Pflichttheilsrechten. — Auf die Fälligkeit des Anspruches der Nachlaßgläubiger kann die Voraussetzung der Befugniß nicht gegründet werden. Vielmehr kann es nur darauf ankommen, ob nach den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Verwaltung die Berichtigung der Ansprüche nöthig oder doch angemessen ist. Der Sicherheit des Erben geschieht Genüge, wenn diesem ein obligatorisch wirkendes Widerspruchsrecht gegeben wird. Ist der Nachlaß unzulänglich, so muß aus den zum § 1897 entwickelten Gründen dasselbe bestimmt werden, was in Ansehung der Vollziehung der Vermächtnisse und Auflagen für einen solchen Fall vorgeschrieben ist.

§ 232.

Soweit der § 1899 reicht, besteht eine Vertretungsmacht des Vollstreckers in Ansehung des Erben. Bei Erfüllungsgeschäften seitens der Nachlaßschuldner tritt daher für diese Schuldner Befreiung ein, andererseits erwirbt der Erbe unmittelbar die erfüllungshalber übertragenen Rechte durch den vom Vollstrecker vorgenommenen Erwerbsakt. Soweit der Vollstrecker Nachlaßverbindlichkeiten erfüllt, gilt das Gleiche wie in Ansehung der Vollziehung von Vermächtnissen und Auflagen (vgl. S. 227).

4. Ver-
fügungsmacht
des Voll-
streckers im
Allgemeinen.

2. Geregelt wird im § 1900 die dingliche Verfügungsmacht des Vollstreckers über Nachlaßgegenstände, abgesehen von der Vollziehung der Vermächtnisse oder Auflagen, der Auseinanderetzung von Miterben und der Befriedigung der Nachlaßgläubiger. Die Vorschriften beziehen sich auf die Fälle, in welchen die Verfügung erforderlich ist, weil die Mittel zur Erfüllung von Verpflichtungen herbeizuschaffen sind, oder in welchen die Verfügung lediglich im Interesse einer ordentlichen Verwaltung liegt. Die Einwilligungspflicht des Erben für solche Fälle soll sein Widerspruchsrecht nicht beseitigen. Wird der Erbe auf Einwilligung in Anspruch genommen, so kann er sich ihr dadurch entziehen, daß er der Erfüllung der Verpflichtung widerspricht. Erhebt er diesen Widerspruch nicht, so ist er einwilligungs- oder genehmigungspflichtig, es sei denn, daß er die Nothwendigkeit oder Angemessenheit der Verfügung zum beabsichtigten Zwecke zu bekämpfen vermag. — Die dem Vollstrecker auferlegten Beschränkungen wirken gegen Dritte. Dies kann bedenklich erscheinen; allein die Bedenken gegen eine solche Regelung werden gehoben oder mindestens bis zur praktischen Unschädlichkeit gemildert dadurch, daß der Erbe einwilligungs- und genehmigungspflichtig ist.

Unter § 1900 fallen auch die reinen Verwaltungsakte; dies ergibt sich ohne Weiteres. — | § 233. | Angelehnt sind die Vorschriften an die §§ 1823, 1828 ff. über die Verfügungsmacht des Vor-

erben (wegen des geltenden Rechtes vgl. Stobbe § 309 Anm. 22 und dessen Citate; Code 1031 Abs. 3; heff. Entw. 215 Abs. 1; Roth § 392 Anm. 41; Dernburg § 167; Eccius § 255 S. 500). Ein obligatorischer Anspruch des Vollstreckers gegen den Erben genügt nicht, um eine ordnungsmäßige Verwaltung zu ermöglichen. Die zwangsweise Verwirklichung eines derartigen Anspruches, welcher wegen des Mangels eines eigenen Interesses des Vollstreckers als ein mehr formales Recht sich darstellen würde, müßte auch auf mannigfache praktische Schwierigkeiten stoßen. Andererseits würde es zu weit gehen und den Erben gefährden, wenn die Verfügungsmacht des Vollstreckers lediglich in Ansehung der Rechte an Grundstücken beschränkt würde. Bezüglich der in das Grundbuch eingetragenen Rechte wird sich nach § 1900 von selbst ergeben, daß der Vollstrecker die Einwilligung des Erben zu Verfügungen über solche erbchaftliche Rechte beizubringen hat. Der dem Grundbuchamte durch öffentlich beglaubigte Urkunden zu liefernde Beweis, daß die Voraussetzungen der Verfügungsmacht vorliegen, wird in der Regel in anderer Weise nicht beschafft werden können.

§ 1901 (II 2081, B. 2187, R. 2185, G. 2211).

Der § 1901 beschränkt die Verfügungsmacht der Erben, indem er bestimmt, der Erbe könne über einen zum Nachlasse gehörenden Gegenstand, so lange in Ansehung des letzteren das Amt des Vollstreckers besteht, nicht wirksam verfügen. Die Fassung läßt erkennen, daß die Vorschrift sich nicht auf die obligatorische Bindung des Erben bezieht und ihm obligatorische Geschäfte aller Art, auch der Verkauf der Erbschaft, selbstverständlich frei bleiben. Der Zwischensatz „so lange — besteht“ deckt die nicht seltenen Fälle, in welchen der Vollstrecker einzelne Gegenstände dem Erben ausfolgt, deren er zur Vollziehung der Anordnungen nicht weiter bedarf (vgl. § 1907). Würde die Verfügungsbezugnis des Erben nur obligatorisch beschränkt, so würde ein wesentliches Ergebnis nicht erreicht, insbes. bliebe es dem Erben möglich, die Vollstreckungsmacht des Vollstreckers willkürlich zu vereiteln. Nur die dingliche Beschränkung des Erben eröffnet dem Erblasser einen Weg, durch Ernennung des Vollstreckers gegenüber dem Erben die Erfüllung der Vermächtnisse und Auflagen zu sichern (vgl. Mot. S. 136). Zwar kann eingewendet werden, die Verfügungsmacht eines Vertreters und des Vertretenen könne auch in anderen Fällen, zB. bei der Vollmacht und bei dem Pfleger eines Abwesenden, konkurriren, während für diese Fälle eine ähnliche Vorsorge nicht getroffen sei. Allein es ist nicht zu übersehen, daß die Vertretungsmacht des Vollstreckers sich in der Regel gerade gegen den Erben richtet und dadurch zu einer Art Verfügungsmacht wird, welche, soweit sie reicht, die des Erben deshalb ausschließen oder doch ihr vorgehen muß, weil es der Zweck der Ernennung eines Vollstreckers ist, das Interesse der Ausführung der Verfügung zu wahren, selbst wenn ein Widerspruch mit dem persönlichen Interesse des Erben sich ergibt. — Die Beschränkung des Erben muß wegfallen, sobald das Recht des Vollstreckers beseitigt ist; sie muß, wenn sie nicht über ihren Zweck hinausgehen soll, auch in Ansehung jedes einzelnen Nachlassgegenstandes durch Rechtsgeschäft zwischen dem Vollstrecker und dem Erben aufgehoben werden können (vgl. Dernburg § 167 Anm. 4).

5 Verfügungsmacht des Erben.

§ 234.

§ 1902 (II 2076, 2077, B. 2182, 2183, R. 2180, 2181, G. 2206, 2207).

Die Befugnis, eine Verbindlichkeit einzugehen, wird dem Vollstrecker nur so weit beigelegt, als er über einen zum Nachlasse gehörenden Gegenstand zu verfügen befugt ist und die Verpflichtung zu einer solchen Verfügung von ihm übernommen wird, und ferner so weit, als die Eingehung der Verbindlichkeit zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist. Der Satz 2 hebt hervor, daß durch Eingehung einer solchen Verbindlichkeit der Erbe persönlich verpflichtet wird, und entscheidet damit die im geltenden Rechte streitige Frage, ob der Nachlaß oder der Erbe verpflichtet wird (vgl. Stobbe § 309 S. 276; Dernburg § 164 Anm. 7, 9, § 167; Eccius § 255 S. 494 und besonders Anm. 31, 18). Der Zusatz „unbeschadet der Vorschriften über das Inventarrecht“ sichert das richtige Verständnis der Vorschrift. Denn es kann nicht die Absicht sein, den Erben in Folge der ihm vom Erblasser aufgedrängten Vertretung über die Kräfte oder den Werth des Nachlasses hinaus mit seinem eigenen Vermögen persönlich haften zu lassen (vgl. § 2092 Abs. 2, § 2113 Nr. 3). — Der Abs. 2 erläutert die Bedeutung des Abs. 1, indem die Vorschrift des § 1900 Abs. 2 über die Einwilligung- oder Genehmigungspflicht des Erben für entsprechend anwendbar erklärt wird. Die Anwendung dieser Vorschrift setzt selbstverständlich voraus, daß der Vollstrecker als solcher, also als Vertreter des Erben, kontrahirt hat.

8. Eingehung von Verbindlichkeiten.

Soweit dem Vollstrecker in den §§ 1897 ff., besonders im § 1900, die Vornahme des dinglichen Erfüllungsgeschäftes freigegeben ist, so weit muß er auch das zur Erfüllung verpflichtende Schuldverhältnis eingehen können, es sei denn, daß jene Vorschriften eine bereits vorhandene Verpflichtung als Erforderniß der dinglichen Verfügungsgewalt voraussetzen. In der Hauptsache setzt also die Befugnis, eine neue Verbindlichkeit einzugehen, voraus, daß die Eingehung im Interesse der ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist. Daneben bleibt es möglich, daß die Ausführung der Anordnungen und der Schulden tilgung Erfüllungsgeschäfte erheischen,

durch welche Verbindlichkeiten übernommen werden. Auch im § 1902 handelt es sich um den Umfang der Vertretungsmacht des Vollstreckers.

Durch die dem Vollstrecker beilegte Befugniß wird der Erbe nicht überschwert. Denn dem Erben werden nur solche Verbindlichkeiten auferlegt, deren Eingehung wirtschaftlich geboten war, und welche er auch selbst eingegangen sein würde, wenn die Verwaltung ihm zugestanden hätte. Der Vollstrecker ist in dieser Hinsicht als ein vom Erblasser bestimmter, dem Erben auferlegter Vertreter anzusehen. Regelmäßig — von den seltenen Fällen abgesehen, in welchen etwa ein Vollstrecker in einer erst nach Ablauf der Ausschlagungsfrist aufgefundenen Verfügung ernannt ist — erkennt der Erbe den Vollstrecker als solchen an, wenn er die Erbschaft nicht ausschlägt; er muß deshalb des Vollstreckers Handlungen ebenso gegen sich gelten lassen, wie wenn er selbst gehandelt hätte. Eine materielle Beschwerde des Erben ergiebt sich demgemäß nicht, zumal die Schlußworte des Abs. 1 einer Verkürzung der durch das Inventarrecht dem Erben gebotenen Sicherheit vorbeugen.

§§ 1903, 1904 (II 2082, 2083, B. 2188, 2189, R. 2186, 2187, G. 2212, 2213).

7. Vertretung
in Akti-
prozessen.

1. Wenn der Entw. dem Vollstrecker das Recht beilegt, und ihn gegenüber dem Erben verpflichtet, mit Ausschluß des Erben (§ 1901), den Nachlaß zusammenzubringen und zu realisieren (§ 1899), so ist ihm hiermit schon die Befugniß gegeben, die erbchaftlichen Rechte gerichtlich geltend zu machen. Aus dieser Befugniß bestimmt sich der Umfang der Wirkung der ergehenden rechtskräftigen Urtheile. Ein Zweifel könnte jedoch in der Richtung bestehen, ob nicht der Erbe gleichfalls selbständig prozessieren könne. Aus der dinglichen Gebundenheit des Erben allein läßt sich noch nicht das Gegentheil ableiten. Das Prozessieren über ein Recht ist in der Regel dem Verfügenden über ein Recht nicht gleichzusetzen (Mot. 1 S. 379). Deshalb erklärt der § 1903 Abs. 1 den Vollstrecker hierzu für ausschließlich berechtigt (vgl. wegen des geltenden Rechtes zu Abs. 1 und 2 Stobbe § 309 S. 272, 273, insbes. Anm. 25—33; Roth § 391 Anm. 34, 35; Dernburg § 166 Anm. 10, 15, Eccius § 255 S. 498, 499; jächs. GB. § 2240; Mommsen § 185 Abs. 1). Geschähe dies nicht, so würde es dem Erben möglich bleiben, die auf Zusammenbringung des Nachlasses gerichteten gerichtlichen Schritte des Vollstreckers zu durchkreuzen und zu vereiteln. In ähnlicher Weise unterbindet der § 1302 das Prozessieren der Frau über Ehegutsgegenstände gegenüber dem Manne. — Der Erbe kann nach § 1901 dinglich über Nachlaßstücke nicht verfügen und deshalb auch nicht prozessieren; er ist im Allgemeinen prozessfähig, aber ihm fehlt die Dispositionsbefugniß und damit die Prozeßfähigkeit in concreto. Die Dispositionsgewalt ist bei dem Vollstrecker, der aber so weit nur Vertreter des Erben ist. — Damit werden Zweifel, welche sich in mehrfacher Hinsicht erheben könnten, entschieden. So vor Allem die Frage, gegen wen der Nachlassschuldner die Aufrechnungserklärung abzugeben hat. Diese ist sowohl überhaupt als insbes. während des Rechtsstreites gegenüber dem Vollstrecker abzugeben. Weiter ergiebt sich, wie es mit der Erhebung einer Widerklage steht. Da der Vollstrecker nur Vertreter ist, so kann der Beklagte die Widerklage gegen ihn in der Weise erheben, daß der Gerichtsstand begründet wird. Der Simultanprozeß kommt nicht in Betracht, da nach § 136 CPD. das Gericht jederzeit die Prozesse trennen kann. Auch die Feststellungsklage muß zulässig sein; ihre Erhebung kann eine Aenderung in dem Vertretungsverhältnisse nicht begründen; die Sachlegitimation wird nicht zweifelhaft sein. In Ansehung eines zugeschobenen Eides schlägt der Grundsatz des § 435 CPD. durch. Die CPD. bestimmt nicht, welche Personen die gesetzlichen Vertreter seien. Hierüber entscheidet das materielle Recht (vgl. CPD. § 50).

Ausschluß
des Erben.

| S. 236.

Der Entw. hat es versucht, Klarheit in ein dunkles Institut zu bringen. Dasselbe mußte dem Rechtssysteme in einer Weise einverleibt werden, daß nicht Widersprüche mit allgemeinen Grundsätzen sich herausstellen und daß nicht das ganze Institut als eine Anomalie erscheine, welche einen ganz fremdartigen Charakter an sich trägt. Der nicht beschränkte Vollstrecker ist gewissermaßen ein Vertreter des Erben, aber nicht ein gewillkürter, sondern ein gesetzlicher Vertreter im Sinne des Entw. und der Reichsjustizgesetze. Zwar zeigen sich Abweichungen von den für die gesetzliche Vertretung im Allgemeinen geltenden Rechtsnormen, allein sie verändern das juristische Wesen nicht, sie stellen sich vielmehr nur als Besonderheiten dar, welche dem Wesen der gesetzlichen Vertretung nicht widersprechen und durch die das positive Recht vielleicht als bereichert bezeichnet werden kann. Die Abweichung, daß diese besondere gesetzliche Vertretung auf dem Willen des Erblassers beruht, ist nicht von Belang. Das Gesetz legt jenem Willen die Bedeutung bei, daß er eine Art gesetzlicher Vertretung hervorruft, welche nicht eingetreten wäre, wenn sie der Erblasser nicht gewollt hätte. — Die gesetzliche Vertretung tritt in der Regel nur ein, wenn Jemand nicht oder nicht voll geschäftsfähig ist. Diesem Grundsatz scheint es zu widersprechen, hier einen Vertreter zuzulassen, da der Erbe als voll geschäftsfähig anzusehen ist. Der Widerspruch ist jedoch nur ein scheinbarer. Dem Erben fehlt, so weit der Machtkreis des Vollstreckers reicht, nach der dinglichen Seite die Verfügungsfähigkeit und damit in dieser Beschränkung auch die Geschäftsfähigkeit.

fähigkeit. Es wird nicht einem völlig Geschäftsfähigen ein gesetzlicher Vertreter bestellt, sondern — gegen die allgemeine Regel — eine Geschäftsunfähigkeit bestimmt, welche sich nur auf bestimmtes Vermögen (die Erbschaft) und auch nur auf die dingliche Verfügungsmacht bezieht. Die im letzteren Umstande liegende Anomalie reicht nicht einmal so weit wie diejenige, welche sich in der gesetzlichen Vertretung eines bevormundeten Abwesenden zeigt.

Wie bereits im § 1897 klargestellt ist, muß dem Beschwerten offen bleiben, der Vollziehung eines Vermächtnisses oder einer Auflage zu widersprechen und dadurch die Vollziehung zu hindern, da er der Geschäftsherr ist. Diesem Gedanken entspricht es, daß auch die Klage auf Erfüllung gegen ihn zu richten ist und insoweit die Sachlegitimation dem Vollstrecker, welchem die Entscheidung nicht gebührt, entzogen ist. Der gleiche Gedanke liegt dem § 1899 in welchem am Schlusse auf § 1897 zurückverwiesen ist, zu Grunde. Daraus ergibt sich zugleich, daß dem Vollstrecker kein Klagerrecht gegen den Erben, wenn dieser der Erfüllung oder Vollziehung widersprochen hat, zustehen kann (Abs. 2).

Passiv-
prozesse.

Eine besondere Vorschrift, daß dem Vollstrecker die selbständige Erhebung oder Führung von Rechtsstreitigkeiten über das Erbrecht und Pflichttheilsrecht der Betheiligten nicht zustehe (Stobbe § 309 Anm. 34, 36; Dernburg § 166 Anm. 15; Eccius § 255 S. 500, 504; vgl. Entsch. 16 S. 140), ist um so entbehrlicher, als es sich von selbst versteht, daß der Vollstrecker, wenn ihm in Ansehung dieser Rechtsverhältnisse, Rechte und Pflichten nicht weiter beigelegt werden, als im § 1899 geschieht ist, über diese Rechtsverhältnisse auch nicht prozessiren kann.

§ 237.
Erb- und
Pflichttheils-
recht.

2. Der § 1904 Abs. 1 spricht im Satz 1 die Regel aus, daß zur Zwangsvollstreckung gegen die zum Nachlasse gehörenden Gegenstände ein gegen den Erben vollstreckbarer Titel erforderlich und genügend ist. Die Fassung „in die . . . Gegenstände“ würde nach der Redeweise der C.P.D. einen zu engen Sinn geben und nur auf die Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung hinweisen. Nach § 713 C.P.D. ist die Zwangsvollstreckung gegen den Vollstrecker in Ansehung der Sachen, welche sich in seiner Inhabung befinden, nur zulässig, sofern er zur Herausgabe bereit ist. Der die Zwangsvollstreckung Betreibende muß, um an diejenigen Sachen zu kommen, welche in der Inhabung des Vollstreckers sich befinden, den Anspruch des Exequenden auf Herausgabe sich überweisen lassen. Diese günstige Rechtsstellung des Vollstreckers als Inhaber wird nicht beseitigt, indem im Satz 2 ausgesprochen wird, daß gegenüber dem Vollstrecker, welcher sich in der Inhabung befindet, sofern die Inhabung durch die Vollstreckung aufgehoben wird, ein gegen diesen sich richtender vollstreckbarer Titel erforderlich ist (wegen des geltenden Rechtes vgl. Eccius § 255 S. 499; Dernburg § 166 hinter Anm. 11). Um einen solchen Titel zu erlangen, muß dargethan werden, daß ein Anspruch vorliegt, gegen dessen Befriedigung aus dem Nachlasse der Vollstrecker nicht den im Abs. 2 ihm offen gelassenen Widerspruch erheben kann. Die Thatsache der Inhabung verleiht also dem Vollstrecker lediglich die günstigere Stellung, daß er, statt seinerseits mit einer Intervention im Zwangsvollstreckungsverfahren aufzutreten, den Angriff des betreibenden Gläubigers abwarten kann.

8. Zwangs-
vollstreckung
gegen den
Erben.

Der Abs. 2 giebt dem Vollstrecker ein Interventionsrecht in der Exekutionsinstanz. Darnach kann der Vollstrecker sich nur im Wege der Intervention gegen die Zwangsvollstreckung auflehnen. Er ist berechtigt, gegen diese insoweit Widerspruch zu erheben, als sie die Erfüllung der Nachlassverbindlichkeiten, also nach § 2092 besonders die Befriedigung der Gläubiger, Vermächtnisnehmer und Pflichttheilsberechtigten sowie die Vollziehung der vom Erblasser angeordneten Auflagen, beeinträchtigen würde. Am Schlusse ist die Ausnahme beigelegt, es sei denn, daß die Zwangsvollstreckung wegen einer Nachlassverbindlichkeit erfolgt, also insbes., daß derjenige, welcher die Zwangsvollstreckung betreibt, aus dem Nachlasse, als Nachlassgläubiger Befriedigung oder die Vollziehung einer vom Erblasser angeordneten Auflage verlangt. Die Fassung regelt die Beweislast dahin, daß der die Zwangsvollstreckung Betreibende beweisen muß, er verlange die Vollziehung einer Nachlassverbindlichkeit. Die Verurtheilung des Erben genügt nicht, denn diese kann nur beweisen, daß der Erbe Schuldner ist. — Nicht ausgeschlossen ist, das trotz des § 1903 Abs. 2, der Vollstrecker mit dem Erben gleichzeitig belangt wird, um demnächst seinen Widerspruch in der Zwangsvollstreckungsinstanz zu beseitigen oder mit anderen Worten, um zugleich einen vollstreckbaren Titel gegen ihn auf Gestattung der Zwangsvollstreckung zu erlangen.

Inter-
ventionsrecht.

§ 238.

Abgelehnt ist die Auffassung, der Nachlass, welcher der rechtsgeschäftlichen Verfügungsgewalt des Erben entzogen ist, unterliege auch einer lediglich gegen den Erben erwirkten Zwangsvollstreckung nicht, so lange nicht ein gegen den Vollstrecker sich richtender vollstreckbarer Titel erlangt und nicht festgestellt sei, daß der Anspruch und die Pflicht des Vollstreckers, diese Ansprüche aus dem Nachlasse zu befriedigen, begründet sei. Die abgelehnte Auffassung würde zur Folge haben, daß die persönlichen Gläubiger des Erben nicht an den Nachlass gelangen könnten, so lange er gemäß § 1901 der Verfügungsgewalt des Erben entzogen ist und der des Vollstreckers untersteht, wenigstens insoweit nicht, als eine Beeinträchtigung der vor diesen Gläubigern aus dem Nachlasse zu befriedigenden Personen zu befürchten ist und nicht etwa der Vollstrecker einen dem Erben

Vollstreck-
barer Titel
gegen den
Vollstrecker.

gehörenden Reinüberschuß in Händen hat. Dies ist zwar im Allgemeinen richtig; aber eine Vorschrift, welche stets einen besonderen vollstreckbaren Titel gegen den Vollstrecker erforderte, würde zu weit führen; sie würde die Selbstständigkeit der Vertretungsmacht des Vollstreckers nach ihrer Wirkung und nach ihrem Umfange gegenüber dem Erben steigern. Denn, dem praktischen Erfolge nach, wird alsdann der Erbe aus seiner Stellung als Subjekt des Nachlasses verdrängt und durch den Vollstrecker ersetzt. Eine derartige Rechtsstellung des Vollstreckers würde aber auch nicht mit den §§ 1897 ff., insbes. nicht mit dem § 1903 Abs. 2, im Einklange stehen. Aus dem Wesen dieser Verfügungsbeschränkung des Erben folgt nicht nothwendig, daß die rechtsgeschäftliche Verfügung des Erben völlig gleichzustellen ist mit der gegen diesen gerichteten Zwangsvollstreckung, selbst wenn der Erbe diese vielleicht nicht mit aller Sorgfalt abgewehrt, sie vielmehr sogar absichtlich herbeigeführt hat. Es wäre ein wenig befriedigendes Ergebnis, wenn die dritten Berechtigten, die ihren Anspruch nach § 1903 Abs. 2 gegen den Erben im Prozeßwege zu verfolgen veranlaßt waren, nunmehr, um die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß zu erlangen, ihre Rechte in einem weiteren Rechtsstreite gegen den Vollstrecker darlegen müßten.

Widerspruch
des
Vollstreckers.

§. 239.

Im Prinzip verdient die Auffassung Billigung, daß in Ansehung der gegen den Erben sich richtenden Zwangsvollstreckung der Nachlaß und das sonstige Vermögen des Erben als nur ein Vermögen anzusehen sind. Dieses Prinzip kann jedoch nicht ohne Ausnahme durchgeführt werden. Denn sonst wäre dem Erben der Weg geboten, durch Machinationen, gegen welche | der Vollstrecker machtlos ist, den Nachlaß den Händen des Vollstreckers zu entwinden, und die Verwendung des Nachlasses nach Maßgabe der Anordnungen des Erblassers zu vereiteln. Deshalb wird dem Vollstrecker das im Abs. 2 näher bezeichnete Widerspruchsrecht gewährt; es ist gerechtfertigt durch den Zweck der Ernennung eines Vollstreckers und entspricht dem anzunehmenden Willen des Erblassers. Der Vollstrecker kann nunmehr verhüten, daß der Nachlaß den persönlichen Gläubigern des Erben preisgegeben wird, so lange Personen vorhanden sind, welche als Nachlaßgläubiger, insbes. kraft der Verfügung oder als Gläubiger des Erblassers, zu befriedigen, oder so lange Auflagen aus dem Nachlasse zu vollziehen sind. Das Widerspruchsrecht muß aber aufhören, wenn eine Person die Zwangsvollstreckung nachsucht, welche dargethan, daß sie nicht zu den persönlichen Gläubigern des Erben gehört. Ist dies dargethan, so bleibt es Sache der in ähnlicher Rechtslage Befindlichen, ihre Vorzugsrechte geltend zu machen. Dem Vollstrecker kann nicht gestattet werden, sich in diese Rechtsstreitigkeiten einzumischen, da er nicht berufen ist, die Rechte des einzelnen dieser Berechtigten gegenüber den anderen Berechtigten wahrzunehmen. Es ist Sache der Gläubiger des Erblassers, Sorge zu tragen, daß sie vor den Pflichtheilberechtigten, der letzteren, daß sie vor den Vermächtnisnehmern und vor Vollziehung der Auflagen Befriedigung erlangen. Nur wenn es sich um die persönlichen Gläubiger des Erben handelt, kann dem Vollstrecker das Widerspruchsrecht gewährt werden auf Grund seiner Rechtsstellung, für Ausführung der Verfügung zu sorgen. — Gegen die Regelung im Abs. 2 kann anscheinend eingewendet werden, sie lasse sich nur rechtfertigen, wenn ein gesetzliches Absonderungsrecht der Nachlaßgläubiger außerhalb des Konkurses anerkannt wäre. Nachdem aber der Entw. (vgl. § 2150) den Nachlaßgläubigern außerhalb des Konkurses des Erben ein Absonderungsrecht überhaupt nicht gewährt habe, und auch im Konkurse des Erben nur ein Absonderungsrecht auf den ganzen Nachlaß, nicht auf den einzelnen Nachlaßgegenstand, eingeräumt sei, und zwar lediglich zum Vortheile aller Nachlaßgläubiger durch Herbeiführung des Nachlaßkonkurses, entbehre die Vorschrift der Berechtigung. Es sei auch bedenklich, die ihrem Wesen nach absoluten Vorschriften über das Gläubigerrecht dadurch gewissermaßen zu Dispositivnormen zu machen, daß dem Erblasser die Befugniß beigelegt werde, durch Ernennung eines Vollstreckers ein sonst vom Gesetze nicht anerkanntes Absonderungsrecht zu schaffen, und dieses von einer Art, welche das Gesetz nicht kenne. Allein diese Einwendungen können als zutreffend nicht anerkannt werden. Denn die dem Vollstrecker hier beigelegte Befugniß gründet sich nicht auf das Absonderungsrecht der Nachlaßgläubiger, sondern auf die besondere rechtliche Stellung, welche das Gesetz dem Vollstrecker zuweist und in Folge deren der Nachlaß der besonderen Verwaltung und Verfügungsbefugniß des Vollstreckers zum Zwecke der Verwendung für die Ausführung der Verfügungen des Erblassers und die damit in Verbindung stehende Erfüllung der Nachlaßverbindlichkeiten unterliegt.

Inventarrecht
des Erben.
§. 240.

Für das geltende Recht wird die Ansicht vertreten, der Vollstrecker könne das Inventarrecht des Erben aufgeben oder die Errichtung des Nachlaßinventares | durch den Vollstrecker komme dem Erben zu statten (Dernburg § 166 bei Anm. 9). Eine Vorschrift hierüber ist entbehrlich. Dem Vollstrecker steht die Befugniß, das Inventarrecht des Erben aufzugeben, nicht zu, da eine Vertretungsmacht ihm in dieser Beziehung nicht beigelegt ist. Das Gegentheil ergibt sich sogar aus den §§ 1897, 1899, welche über das Verhalten des Vollstreckers im Falle der Unzulänglichkeit des Nachlasses bestimmen. Das vom Vollstrecker gelegte Inventar kann dem Erben nur zu statten kommen, wenn er sich auf dasselbe beruft (§ 2104). — Die Vertretungsmacht des Vollstreckers so

weit auszudehnen, daß ihm die Befugniß gewährt würde, das erbenschaftliche Gläubigeraufgebot (§§ 2120 ff.) oder den Nachlasskonkurs zu beantragen (Dernburg § 166 Anm. 9), fehlt es an genügenden Gründen. Eine besondere Vorschrift ist nicht erforderlich, da selbstverständlich eine solche Befugniß dem Vollstrecker nicht zusteht, wenn sie ihm nicht beigelegt wird. Zu bestimmen, der Vollstrecker müsse stets über den Antrag auf Eröffnung des Nachlasskonkurses gehört werden, ist nicht Aufgabe des bürgerlichen Rechtes. Wenn dies Ergebnis nicht schon aus § 97 Abs. 2 KonkD. sich ableiten lassen sollte, so würde es sich um eine Verfahrensvorschrift handeln, welche der KonkD. angehört.

Gläubiger-
aufgebot,
Nachlass-
konkurs.

Dem Vollstrecker das Recht beizulegen, an allen über die Aufrechterhaltung oder über die Ausführung des letzten Willens geführten Rechtsstreitigkeiten als Nebenintervenient theilzunehmen (Stobbe § 309 Anm. 30; Code 1031 Abs. 4; hess. Entw. 110 Abs. 2), würde nicht angemessen sein. Die Nebenintervention setzt ein rechtliches Interesse des Intervenienten voraus (CPD. § 630 Abs. 1). Ein solches kann in dem lediglich idealen Interesse des Vollstreckers an der Ausführung des letzten Willens nicht wohl gefunden werden. Das Nebeninterventionsrecht des Vollstreckers, wie es allein in Frage kommen kann, ist aber auch von geringem praktischen Werthe; es verschafft dem Vollstrecker nicht selbständige Rechte. Das dadurch allein erreichbare Ergebnis kann der Vollstrecker ohne Intervention erzielen, indem er diejenige Partei, welche er für berechtigt hält, außergerichtlich unterstützt und ihr seinen Rath zu Theil werden läßt. In Institute des Prozeßrechtes kann nicht ohne zwingende Gründe eingegriffen werden; an solchen Gründen fehlt es. Das Interventionsrecht des Erben in Rechtsstreitigkeiten mit dem Vollstrecker, welches sich aus § 66 CPD. ergibt, bleibt selbstverständlich unberührt.

Neben-
intervention.

Vorschriften über das Recht des Vollstreckers, mit sich selbst zu kontrahiren, sind nicht aufgenommen. Ob die im Prinzipie anerkannte Befugniß, mit sich selbst zu kontrahiren (Mot. 1 S. 224), hier in ähnlicher Weise zu beschränken sei, wie es in Ansehung des Vorstandes einer juristischen Person und des Vormundes in den §§ 45, 1651 geschehen ist, kann zweifelhaft erscheinen. Allein diese Beschränkungen gründen sich darauf, daß es bei den | Geschäften jener |
gesetzlichen Vertreter an der erforderlichen Kontrolle seitens des Geschäftsherrn fehlt und ein Schutz des Vertretenen gegen den Mißbrauch der vom Gesetze verliehenen Vertretungsmacht im öff. Interesse geboten ist (Mot. 1 S. 100). Die Vertretungsmacht des Vollstreckers beruht nicht ausschließlich auf dem Gesetze; auch vertritt er den Erben nur in Ansehung eines begrenzten Kreises von Geschäften. Die Vertretungsmacht ist hiernach eine weniger gefahrdrohende. In der Regel fehlt es aber auch gegenüber dem Vollstrecker nicht an einem Geschäftsherrn, welcher zur Ausübung der erforderlichen Kontrolle befähigt und berechtigt ist. Wenn auch dem Erben ein in seinem Willen allein sich gründendes Kündigungsrecht nicht zur Seite steht, so ist doch ein Einschreiten seitens des Erben, falls der Vollstrecker pflichtwidrig handelt, nicht ausgeschlossen (S. 1896). Jedenfalls ist diese Art der Gebundenheit des Erben nicht mit der hilflosen Lage zu vergleichen, in welcher sich juristische und bevormundete Personen gegenüber dem Vorstande und dem Vormunde befinden. — Darüber, daß dem Vollstrecker die Befugnisse und Pflichten eines Nachlasspflegers durch das Gesetz nicht beigelegt werden können, vgl. zum § 2059.

Kontrahiren
mit sich selbst.

| S. 241.

§ 1905 (II 2078, B. 2184, N. 2182, G. 2208).

Durch die Entscheidung, daß die Vorschriften über die Rechte des Vollstreckers insoweit keine Anwendung finden, als der Wille des Erblassers erhellet, das eine oder andere Recht solle dem Vollstrecker ganz oder zum Theile nicht zustehen, gelangen zwei Gedanken zum Ausdruck, einmal unmittelbar, daß der Erblasser die Rechte des Vollstreckers beschränken kann, sowie, daß die Entziehung eines Rechtes nicht ausdrücklich angeordnet zu werden braucht, sondern auch im Wege der Auslegung festgestellt werden kann, und dann mittelbar, daß der Erblasser die Rechte des Vollstreckers nicht über den vom Gesetze bestimmten Wirkkreis hinaus erweitern kann. In letzterer Hinsicht versteht sich jedoch von selbst, daß eine solche Erweiterung nicht ausgeschlossen ist, welche aus einer nach den allgemeinen Grundsätzen zulässigen selbständigen Auflage sich ergibt. Wegen des geltenden Rechtes vgl. Roth § 389 Anm. 11, 12, § 391 Anm. 21, 43, 48; Dernburg § 166 u. l., Eccius § 255 S. 496; sächs. GB. § 2238; Mommsen § 184 Abs. 1, 2.

9. ein-
schränkung
der
Befugnisse.

§§ 1906—1908 (II 2084, 2086/9, B. 2191, 2193/6, N. 2189, 2191/4, G. 2215, 2217/20).

1. Der Vollstrecker hat dem Erben ein Verzeichniß der zum Nachlasse gehörenden Gegenstände und Nachlassverbindlichkeiten mitzutheilen, selbst dann, wenn der Erblasser ein Anderes angeordnet hat (§ 1906 Abs. 1). Der absolute Charakter dieser im Wesentlichen dem geltenden Rechte entsprechende Vorschrift (Stobbe § 309 Anm. 21; bayer. VN. III 2 § 17 Nr. 6; Roth § 391 Anm. 29; Dernburg § 168 Anm. 2—4; sächs. GB. § 2237; Code 1031 Abs. 2; Mommsen § 184 Abs. 2, § 187 Abs. 2; hess. Entw. 212) ist | erforderlich, da es dem Erblasser |
nicht gestattet werden kann, Anordnungen zu treffen, welche die Herstellung eines Inventares |
verhindern oder erschweren und dem Erben Schwierigkeiten in der Wahrung des Inventarrechtes

10. Nachlass-
verzeichnis.

| S. 242.

bereiten. In Abweichung vom § 1042 sind die Nachlassverbindlichkeiten erwähnt mit Rücksicht darauf, daß diese für den Erben von besonderer Bedeutung sind. Im öff. Interesse und zum Schutze des Erben sowie der Nachlassgläubiger kann in keinem Falle davon abgesehen werden, daß der Vollstrecker dem Erben den Vermögensbestand offenzulegen hat. Weiter wird der Vollstrecker verpflichtet, dem Erben die zur Ausübung des Inventarrechtes sonst erforderliche Beihilfe zu leisten (Abs. 1 a. G.). Dies ist geboten, weil möglicherweise das dem Erben mitzuteilende Verzeichniß zum Zwecke der Ausübung des Inventarrechtes nicht genügt, insbes. im Hinblick auf die nach § 2105 Abs. 2 erforderlichen Werthangaben, Dazu kommt, daß dem Erben allein obliegt, das Inventarrecht sich zu sichern, und daß in der Regel gemäß § 1899 der Vollstrecker die zum Nachlasse gehörenden Gegenstände in seine Obhut genommen haben wird. — Im Anschlusse an die §§ 993, 1042 ist ferner bestimmt, wie das dem Erben mitzuteilende Nachlassverzeichnis beschaffen sein soll (Abs. 2).

Vorzuschreiben, daß der Vollstrecker zur Sicherheitsleistung nur verpflichtet sei, soweit der Erblasser Sicherheitsleistung angeordnet habe (bayer. LR. III 2 § 17 Nr. 5; Stobbe § 309 Anm. 19), ist entbehrlich. Wenn eine Verpflichtung zur Sicherheitsleistung nicht bestimmt wird, besteht sie nicht.

11. Ausshändi-
gungspflicht
während des
Amtes.
(G. § 2117.)

2. Die Hauptaufgabe des Vollstreckers ist es, den Willen des Erblassers auszuführen. Das Verwaltungsrecht des Vollstreckers, welches, soweit es reicht, das Verfügungsrecht des Erben einschränkt, ist von Anfang an nur ein Mittel, das diesem Zwecke dient. Das Verwaltungsrecht sachlich auf die zur Ausführung der Verfügung erforderlichen Mittel des Nachlasses zu beschränken, ist nicht ausführbar (vgl. sächs. GB. § 2243; Mommsen § 185 Abs. 3; heff. Entw. 216, 219). Dagegen ist eine entsprechende obligatorische Begrenzung der Rechte des Vollstreckers, wie sie der § 1907 bestimmt, innerlich gerechtfertigt und nothwendig, obschon dadurch das im § 1899 dem Vollstrecker beigelegte Inhabungs- und Verwaltungsrecht in erheblichem Maße beschränkt wird. Daraus ergibt sich, daß der Vollstrecker in Ansehung aller nicht zur Ausführung der Verfügung erforderlichen Nachlassgegenstände in die Wiederherstellung der freien Verfügungsgewalt des Erben zu willigen und Alles zu thun hat, was zur Herstellung eines dieser freien Verfügungsgewalt entsprechenden Zustandes erforderlich ist. Er hat also insbes. in die Eintragung der etwa erforderlichen | Vermerte in das Grundbuch zu willigen und dem Erben die Inhabung der Nachlasssachen einzuräumen, auch zu solchen Verfügungen des Erben seine Einwilligung zu erteilen. Ueber die Rückgabepflicht ist im Uebrigen im § 1908 durch Verweisung auf § 591 bestimmt.

Bedingte
Ver-
mächtnisse 2c.

In Ansehung der bedingten oder betagten Vermächtnisse und Auflagen entspricht die Vorschrift, daß der Vollstrecker die Auslieferung der Nachlassgegenstände nicht verweigern kann, wenn der Erbe wegen der Vollziehung Sicherheit leistet (Satz 2), dem Gedanken, auf welchem die übrigen Vorschriften des § 1907 beruhen. In Ermangelung einer solchen Vorschrift würde wegen der Mittel, welche zur Erfüllung bedingter oder betagter Beschwerden erforderlich sind, die Auslieferungspflicht des Vollstreckers bis zur Erfüllung oder bis zum Feststehen der Nichterfüllung der Bedingung oder bis zum Eintritte der Frist hinausgeschoben bleiben. Selbst die einstweilige Inhabung würde der Erbe kaum fordern dürfen. Daraus könnten sich große Härten für den Erben ergeben, indem dieser unter Umständen auf sehr lange, vielleicht ungemessene Zeit hinaus in der thatsächlichen und rechtlichen Verfügung über Nachlassgegenstände beschränkt sein würde. Den Erben nur für obligatorisch verpflichtet zu erklären, dem Vollstrecker zur gehörigen Zeit die zur Ausführung erforderlichen Mittel zurückzugeben, würde zu weit gehen. Damit würde schwerlich dem vermuthlichen Willen des Erblassers Genüge geschehen. Eine solche lediglich obligatorische Verbindlichkeit des Erben, welchem der Anspruch auf sofortige Herstellung seiner freien Verfügungsbezugniß gewährt wird, würde nicht dem Zwecke der Ernennung eines Vollstreckers entsprechen; denn dieser Zweck muß gerade darin gefunden werden, die Ausführung der Verfügung auch gegenüber dem Erben zu sichern und von dem Willen und der Zahlungsfähigkeit des Erben unabhängig zu machen. In dieser Hinsicht einen Unterschied zu machen zwischen den unbedingten und unbetagten Beschwerden einerseits und den bedingten und betagten Beschwerden andererseits, wäre kaum gerechtfertigt. Wohl aber entspricht es dem praktischen Bedürfnisse und be- jene Härten, wenn die in Satz 2 bestimmte Ermäßigung der Beschränkung des Erben und dem Erben der Anspruch auf Auslieferung gegen Sicherheitsleistung gewährt wird. entar 1
Auflagen, welche eine Unterlassung bezielen, besonders zu gedenken, ist nicht erforderlich. er kom e u
Inhalte nach muß nicht die Ausführung der Auflagen, sondern deren Geltendmachung entbehrl ordn
dem Vollstrecker übertragen angesehen werden. — Ueber zweifelhafte Beschwerden ist zu, da e e
sprechende Vorschrift nicht aufgenommen. Es kann keinem Bedenken unterliegen, daß sich sog 1
Erben freisteht, im Wege der negativen Feststellungsklage die Erledigung solcher Ansprüche ulänglich nmt
schleunigen, da er in Ansehung derselben nach § 1903 Abs. 2 passiv legitimirt ist und ur zu statt ge
liches Interesse an deren Erledigung erhellt. Eine solche Klage steht hingegen dem Vollstreckers hind

Auflagen,
betr. eine
Unterlassung.
Zweifelhafte
Beschwerungen.

nicht zu. Dabei ist noch zu erwägen, daß nach § 1897 der Erbe durch seinen Widerspruch jede Beschwerde zu einer zweifelhaften zu machen im Stande ist.

3. Daß in Ansehung der dem Vollstrecker obliegenden Geschäfte auf das Verhältniß zwischen ihm und dem Erben einige Vorschriften über den Auftragsvertrag für entsprechend anwendbar erklärt werden (§ 1908 Abs. 1), stimmt im Wesentlichen überein mit dem *ABR.* I 12 § 557, während andere Rechte (Stobbe § 309 Anm. 57) auf den Verwalter fremder Angelegenheiten und das sächs. *GB.* § 2244 auf Geschäftsführung ohne Auftrag verweisen. Jene entsprechende Anwendung führt zu einem befriedigenden Ergebnisse. Zweifelhaft kann die entsprechende Anwendung des § 594 insofern erscheinen, als er von einer Vorschußpflicht spricht. Allein auch der § 594 giebt dem Beauftragten nicht einen klagbaren Anspruch gegen den Auftraggeber auf Leistung eines Vorschusses, sondern setzt nur den Beauftragten außer Verantwortung, wenn er einen notwendigen Vorschuß nicht erhält, weil er selbst nicht in Vorschuß zu gehen braucht. Dieser Sinn des § 594 ergibt sich zwar vornehmlich aus der Widerruflichkeit des Auftrages; indessen ist nicht zu befürchten, daß die entsprechende Anwendung der Vorschrift auf den Vollstrecker in einem anderen Sinne könnte aufgefaßt werden.

§ 244.
12. Anwendbarkeit von Vorschriften über den Auftragsvertrag

Die Abs. 2 und 3 dehnen die durch Bezugnahme auf § 591 dem Vollstrecker auferlegte Rechenschaftspflicht dahin noch aus, daß auf Verlangen des Erben der Vollstrecker jährlich Rechnung zu legen hat, und daß die Pflicht zur Rechnungslegung vom Erblasser nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden kann (Stobbe § 309 S. 274, 275; Roth § 391 Anm. 8, 9, § 392 II; Code 1031 letzter Absatz; sächs. *GB.* §§ 22, 39; Mommsen §§ 187, 188 Abs. 2; hess. Entw. 217; *Erclius* § 255 S. 505, *Dernburg* § 168 Anm. 1). Die jährliche Rechnungslegung auf Verlangen des Erben ist bestimmt mit Rücksicht auf die vielleicht lange Dauer des Amtes und weil eine zeitliche Begrenzung der Dauer des Amtes als nicht durchführbar nicht aufgenommen ist (vgl. S. 225). Dem Erblasser zu gestatten, die Rechnungslegung zu erlassen oder wenigstens auf längere Fristen zu beschränken (sächs. *GB.* § 2239), besteht kein zureichender Grund. Die Erlassung der Rechnungslegung würde den Erben völlig in die Hände des Vollstreckers geben.

Rechenschaftspflicht.

§§ 1909, 1910 (II 2090, 2092, B. 2197, 2199, R. 2195, 2197, G. 2221, 2223).

1. Dem Vollstrecker wird, sofern nicht der Erblasser ein Anderes angeordnet hat, der Anspruch auf eine angemessene Vergütung für seine Geschäftsbesorgung zugebilligt. Dies entspricht dem Gedanken, auf welchem § 586 beruht, und der Billigkeit (sächs. *GB.* § 2245; bayer. *M.* III 2 § 20 Nr. 5; Roth § 391 Anm. 13; Code 1034; Mommsen § 188; hess. Entw. 220; Stobbe § 309 Anm. 39). Der Erblasser soll die Gewährung einer Vergütung ausschließen können („sofern nicht der Erblasser ein Anderes bestimmt hat“). Ohne diesen Zusatz könnte angenommen werden, der Erblasser sei nicht befugt, dem Vollstrecker gegenüber dem Erben das Recht auf eine Vergütung zu entziehen, da der Vollstrecker Geschäfte des Erben zu besorgen habe. Ausgesprochen ist damit zugleich, daß, wenn der Erblasser die Vergütung bestimmt hat, es dabei bewenden muß. In Ansehung der Entrichtung der Vergütung ist der § 596 für entsprechend anwendbar erklärt. — Zu bestimmen, der Vollstrecker könne für seine Geschäftsführung eine Vergütung nicht fordern, wenn ihm der Erblasser eine Zuwendung gemacht hat, ist nicht für angemessen erachtet. Ob der Erblasser, indem er den Vollstrecker gleichzeitig zum Erben einsetzt oder ihm ein Vermächtniß zuwendet, ihn dadurch zugleich für seine Bemühungen als Vollstrecker hat entschädigen wollen, ist eine nach den Umständen des Einzelfalles zu entscheidende Thatsache; eine Vermuthung läßt sich in dieser Beziehung nicht aufstellen. — Nicht gerechtfertigt würde es sein, das durch letztwillige Anordnung bestimmte oder nach § 1909 sich ergebende Honorar des Vollstreckers als durch Vermächtniß zugewendet zu behandeln. Durch eine solche Gleichstellung des Rechtes auf Vergütung mit dem Rechte aus einem Vermächtnisse würde die Folge herbeigeführt werden, daß der Vollstrecker erst Befriedigung verlangen kann, wenn zuvor alle Gläubiger des Erblassers sowie die Pflichttheilsberechtigten befriedigt sind. Damit würde der Entscheidung der Frage vorgegriffen werden, ob nicht unter Umständen der Vergütungsanspruch den Charakter einer Masseschuld annehmen kann, wenn nämlich wegen der Art der geleisteten Dienste anzunehmen ist, daß diese Dienste auch im Interesse der Gläubiger geleistet sind und zu leisten waren. Die Frage allgemein zu entscheiden, besteht kein Anlaß, zumal sie nur selten praktische Bedeutung gewinnen wird. — Auf die Vergütung die §§ 353, 354 für entsprechend anwendbar zu erklären, würde gleichfalls nicht gerechtfertigt sein. Die Bezugnahme auf jene Vorschriften hätte nur Bedeutung, wenn in ihnen eine Entscheidung über die Beweislast gefunden werden könnte: diesen Zweck verfolgen jene §§ aber nicht (Mot. 2 S. 192).

13. Vergütung.

§ 245.

2. Die Vorschrift des § 1910, daß, wenn in Ansehung der einem Vermächtnißnehmer auferlegten Beschwerden ein Vollstrecker ernannt ist, die §§ 1889—1909 entsprechende Anwendung finden, deckt durch ihre Fassung alle in Betracht kommenden Fälle, insbes. den, daß in Ansehung eines vielleicht die ganze Erbschaft erschöpfenden erheblichen Vermächtnisses Untervermächtnisse oder Auflagen bestimmt sind, aber auch den Fall, daß ein Vollstrecker im Allgemeinen ernannt

14. Vollstrecker hinsichtlich der Beschwerden eines Vermächtnißnehmers.

| S. 246.

und nach dem Inhalte des Testamentes anzunehmen ist, der Vollstrecker habe als solcher in Ansehung der Beschwerden eines Vermächtnisnehmers gleichfalls seines Amtes zu walten. — Die Frage wird damit nicht beantwortet, ob in der Ernennung zum Vollstrecker, sofern nicht vom Erblasser ein Anderes bestimmt ist, die Uebertragung der Ausführung von Untervermächtnissen oder Auflagen, mit welchen ein Vermächtnisnehmer beschwert ist, zu finden sei. Diese Frage muß der Entscheidung des Einzelfalles überlassen bleiben, und zwar im Wege der Auslegung des letzten Willens. Liegt aber ein solcher Wille erkennbar vor, dann findet die Vorschrift Anwendung, und zwar ohne Unterschied, ob der Auftrag mit einer allgemeinen Ernennung zum Vollstrecker verbunden oder abgefordert und sogar einer anderen Person, möglicherweise auch dem beschwerten Erben, erteilt ist. Der Auftrag, die einen Vermächtnisnehmer beschwerenden Anordnungen auszuführen, unterscheidet sich in seinen Wirkungen von der allgemeinen Ernennung zum Vollstrecker. Die letztere verleiht dem Ernannten eine gewisse, mehr oder weniger selbständige Vertretungsmacht für den Erben, der beschränktere Auftrag eine solche für den Vermächtnisnehmer. Daß aber auch dem Vermächtnisnehmer ein derartiger Vertreter ernannt werden kann, ist ausdrücklich zu bestimmen; es würde nicht als selbstverständlich anzusehen sein. Der Unterschied, daß der so ernannte Vertreter des Vermächtnisnehmers nicht ein ganzes Vermögen zu verwalten hat, läßt für die Anwendung einiger Vorschriften der §§ 1889—1909 keinen Raum, steht aber nicht im Allgemeinen der entsprechenden Anwendbarkeit derselben entgegen. Insbes. hat der für den Vermächtnisnehmer ernannte Vollstrecker den Gegenstand des Vermächtnisses einzufordern und in seine Inhabung zu nehmen, sodann aber die Ausführung der beschwerenden Anordnungen zu besorgen, hierbei jedoch den etwaigen Widerspruch des Beschwerten zu beachten.

7. Titel: Errichtung letztwilliger Verfügungen.

§ 1911 (II 1937, B. 2041, R. 2039, G. 2064).

I. Allgemeine
Vorschriften.
1. Ausschluß
der
Vertretung
| S. 247.

Daß die Errichtung einer Verfügung nur durch persönliche Erklärung des Erblassers erfolgen kann, entspricht im Wesentlichen dem geltenden Rechte (Windscheid § 545 Anm. 5; MN. I 12 § 66; Code 972, 976 ff.; bayer. NotarG. Art. 60, 61; Roth § 302 Anm. 22; sächs. GB. §§ 2064, 2097; für würt. Recht Stein §§ 49 ff.; Lüb. G. v. 9. Dez. 1865 Art. 1 ff.; Mommsen § 61; Hess. Entw. 85, 91). Um bei der Wichtigkeit der Frage jeden Zweifel abzuschneiden, wird nicht bestimmt, die Errichtung könne nicht durch einen Vertreter, insbes. nicht durch einen gesetzlichen Vertreter, erfolgen. Durch eine solche Vorschrift würde nur die Zulässigkeit der Vertretung im Willen ausgeschlossen werden (Mot. 1 S. 223). Darauf sich zu verlassen, daß aus den späteren einschlagenden Vorschriften von selbst erhelte, die Vertretung in der Erklärung, welche in Wirklichkeit keine Vertretung ist, sei ausgeschlossen, wäre nicht unbedenklich. Die Fassung schließt sich an § 1248 an. Dadurch wird klargestellt, daß für die Verwendung irgend einer Mittelsperson, möge sie Vertreter im Willen oder nur Bote sein, bei der Errichtung letztwilliger Verfügungen kein Raum ist. Welche Handlungen für die Errichtung wesentlich und mithin vom Verfügenden persönlich vorzunehmen sind, ergibt sich aus den §§ 1914 ff.; Vorschriften im Sinne des MN. I 12 §§ 68—70 sind daher entbehrlich. Einer Hinweisung auf Ausnahmen bedarf es nicht. Insbes. enthält der § 1918 Satz 2 keine Ausnahme. Das Aufsetzen eines zu überreichenden Schriftstückes ist nur ein vorbereitender Akt.

Die Vorschrift hat zwar die Natur einer Formvorschrift; sie ist aber den Formvorschriften der §§ 1914 ff. vorausgestellt, da sie für jede Art der letztwilligen Verfügungen gilt.

§ 1912 (II 2097, B. 2205, R. 2203, G. 2229).

2. Testaments-
fähigkeit.

Die Vorschriften über die Befugniß desjenigen, welcher in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, eine letztwillige Verfügung zu errichten, weichen erheblich ab von den für Rechtsgeschäfte geltenden allgemeinen Grundsätzen, indem der Geschäftsunfähige gar nicht, weder durch einen gesetzlichen Vertreter noch mit Einwilligung desselben, eine Verfügung errichten kann, während andererseits der in der Geschäftsfähigkeit mit Rücksicht auf sein Lebensalter Beschränkte, sobald er das 16. Lebensjahr zurückgelegt hat, ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters letztwillig verfügen kann. Der Minderjährige gilt hiernach in dieser Beziehung in der Zeit vom vollendeten 7. bis zum vollendeten 16. Lebensjahre für geschäftsunfähig (vgl. demgegenüber die §§ 64, 65; Mot. 1 S. 129).

u
f
Lebensalter
des
Verfügenden.

| S. 248.

In Ansehung des Lebensalters, mit welchem die Befugniß, eine Verfügung zu errichten, beginnt, ist das geltende Recht verschieden. Nach dem gemeinen Rechte (Windscheid § 539 Anm. 4) und einer Anzahl ihm folgender Statuten (mainzer MN. 8, 1; fränk. LWD. 39, 1; nürnb. Ref. 29, 2; schweinf. StR. 17; altenb. Recht, Hesse § 173; uA.) beginnt die Befugniß mit dem vollendeten 12. bz. 14. Lebensjahre, je nachdem es sich um Mädchen oder Knaben handelt. Mit dem vollendeten 14. Lebensjahre beginnt die Befugniß (ohne Unterschied des Geschlechtes) nach dem MN. I 12 § 16, dem sächs. GB. § 2066, dem öst. GB. § 569, dem bayer. MN. III 3 § 13

und einigen anderen Rechten beschränkten Geltungsgebietes. Vereinzelt wird Vollendung des 18. Lebensjahres erfordert, z. B. nach frankf. und brem. Recht, einigen schlesw.-holst. Statuten, auch nach Mommsen § 48; für Frauen genügen nach brem. Rechte 15 Jahre, das hamb. und sächs. Recht sowie einige schlesw.-holst. Statuten erfordern Volljährigkeit. Mit dem Entw. stimmen im Wesentlichen überein der Code 903, das württ. Recht (Stein § 43), die holst. V. v. 21. Febr. 1782, das hohenhloh. ZN. IV 1, 2 und der hess. Entw. 73.

Das ALN. I 12 §§ 17, 152 und das öst. GB. § 569 bestimmen in Ansehung des Verfügenden, welcher das 18. Lebensjahr noch nicht zurückgelegt hat, eine erschwerte Form. Nach dem Code 904 können Minderjährige überhaupt nur über die Hälfte ihres Vermögens letztwillig verfügen. Das württ. Recht (Stein § 43 Anm. 3) legt andererseits dem Pupillensenate die Befugniß bei, solchen, welche das 14. Lebensjahr, aber noch nicht das 16. zurückgelegt haben, durch Dispenation die volle Testirbefugniß einzuräumen. — Der Entw. knüpft an das 16. Lebensjahr an, theils, weil an dieses Alter auch andere Befugnisse geknüpft sind (C.P.D. § 435; St.P.D. § 56 Nr. 1; vgl. § 1233 Abs. 2 des Entw.), theils, weil in der Regel mit dieser Altersstufe die geistige Reife erlangt wird, welche zu einer selbständigen und überlegten Willenserklärung erforderlich ist. Auf ein früheres Lebensalter zurückzugreifen, ist nicht rathsam. Insbes. kann darauf kein Gewicht gelegt werden, daß da, wo 14 Jahre als Grenze festgehalten sind, bisher kein Mangelstand daraus erwachsen sei (Siebenhaar zu § 2066 sächs. GB.; Mommsen's Mot. S. 174). Das 18. Lebensjahr für maßgebend zu erklären, wäre bedenklich. Diese Altersgrenze haben nur wenige geltende Rechte; sie erscheint auch nicht folgerichtig gegenüber den Prozeßgesetzen und würde eine neue Unterscheidung in Ansehung des Lebensalters im Reichsrechte herbeiführen. Die Volljährigkeit zu erfordern, wäre deshalb nicht angemessen, weil es für Waisen nicht ungefährlich sein würde, hierdurch deren vielleicht entfernten Verwandten auf so lange Zeit eine unentziehbare Erbhoffnung und damit eine nicht zu unterschätzende Macht einzuräumen (vgl. Mot. zum preuß. Entw. v. 1835 S. 78). Die Beschränkung der noch nicht Volljährigen auf die Verfügungsmacht über die Hälfte des Vermögens ist nicht geeignet zur Nachbildung. Es läßt sich innerlich nicht rechtfertigen, daß Jemand, welcher nicht über seinen ganzen Nachlaß verfügen soll, verständig und selbständig genug sei, über die Hälfte zu verfügen. Den Mangel der Testirfähigkeit durch Beschränkungen zu ersetzen, wäre gegenüber den Vormundschritten des Entw. nicht gerechtfertigt. Würde bestimmt, die Zuziehung des Vormundes oder Pflegers oder des Gewalthabers sei erforderlich, so wäre die freie Willensbestimmung des Verfügenden gefährdet.

Der Entw. spricht nur von der Beschränkung in Ansehung des Lebensalters. Insbes. besteht kein Anlaß, in Ansehung der Geschäftsunfähigen oder der, abgesehen vom Lebensalter, in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten etwas zu bestimmen. Von selbst versteht sich, daß Geschäftsunfähige auch nicht durch ihren gesetzlichen Vertreter letztwillig verfügen können. Soweit ein Zweifel möglich wäre, wird er durch § 1911 beseitigt. Im Uebrigen trifft der § 64 Abs. 3, nach welchem Willenserklärungen geschäftsunfähiger Personen nichtig sind, auch die letztwilligen Verfügungen solcher Personen. Eine nochmalige Hervorhebung dieses Erfolges ist nicht geboten, insbes. nicht deshalb, weil der § 1753 bestimmt, „der Erblasser kann, soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt, . . . verfügen“; denn der § 1753 betrifft nur die Verfügungsmacht, nicht die Geschäftsfähigkeit. Wenn im § 1231 besonders ausgesprochen ist, daß ein Geschäftsunfähiger eine Ehe nicht schließen kann, so hat dies seinen Grund darin, daß einerseits im Interesse der zur Handhabung des Gesetzes berufenen Standesbeamten sämtliche Ehehindernisse zusammengestellt sind, und daß andererseits jeder Zweifel darüber auszuschließen ist, ob in der Eheschließung ein rechtsgeschäftlicher Akt, ein Vertrag, zu finden ist. Nach § 64 Abs. 2, 3 wird es ferner nicht zweifelhaft sein (Mot. 1 S. 130), daß die Unfähigkeit der wegen Geisteskrankheit Entmündigten, letztwillig zu verfügen, sich bis zu dem Zeitpunkte erstreckt, in welchem die Entmündigung aufgehoben wurde, ohne Rücksicht auf etwaige lichte Zwischenräume oder inzwischen eintretende Gesunden (vgl. ALN. I 12 §§ 20, 21; Code 502, 508; Mommsen § 50; hess. Entw. 72). In Ansehung des lichten Zwischenraumes weichen ab das gemeine Recht (Windscheid § 539 Anm. 3; Roth § 300 Anm. 14), das bayer. ZN. III 3 § 3 Nr. 2 und zahlreiche Statutarrechte, sowie das öst. GB. § 567, in beschränkter Weise das sächs. GB. § 2069, jedoch ist der § 2069 aufgehoben durch G. v. 20. Febr. 1882 III; — vgl. aber auch C.P.D. § 593 ff. Die im ALN. I 12 § 22 aufgestellte Vermuthung, daß, wer innerhalb eines Jahres vor angeordneter Vormundschaft eine außergerichtliche oder privilegierte letztwillige Verordnung errichtet hat, seines Verstandes nicht mächtig gewesen sei, kann als begründet nicht anerkannt werden. — In Ansehung der nach § 1727 des vormundschaftlichen Schutzes für bedürftig Erklärten, und in Ansehung derjenigen, über welche nach § 1737 eine vorläufige Vormundschaft angeordnet ist, bedarf es besonderer Vorschriften nicht; die Vorschrift des Abs. 2 genügt.

Die wegen Verschwendung Entmündigten erklärt das gemeine Recht nach der herrschenden Meinung für unfähig, letztwillig zu verfügen (Windscheid § 539 Nr. 2; Brinz § 368 Anm. 11). Ihm folgen zahlreiche andere Rechte (bayer. ZN. III 3 § 3 Nr. 3; das württ. Recht, Stein § 43

Form-
erschwerung,
Beschränkung
für gewisse
Altersstufen.

§ 249.

Geschäfts-
unfähigkeit etc.

Berücksichtigung.

§ 250.

Nr. 4; das frank., hamb. und brem. Recht; sächs. GB. § 2072; ein Theil der in den thüring. Staaten geltenden Gesetze; Mommsen § 51 mit Zurückbeziehung auf die Zeit des Antrages), in beschränkter Weise das bad. LR. (Satz 502 ff., 513a, „wenn sie, einmal interdicirt, sich Uebertretungen des Verbotes erlaubt haben und nun völlig mundtot gemacht sind“). Jedoch gestatten das sächs. GB. § 2210 und Mommsen § 164 dem Verschwender wenigstens den Widerruf eines früher errichteten Testaments. Das ALR. I 12 §§ 27–34 mit Anh. § 42 und das öst. GB. 568, welche ebenfalls den Widerruf zulassen, beschränken die Verfügungsmacht des Verschwenders unter gewissen Voraussetzungen auf die Hälfte des Vermögens. Ganz frei lassen den Verschwender verfügen der Code 513 und der hess. Entw. (S. 53).

Eine Beschränkung des Verschwenders, wenn sie gleich dem überwiegend geltenden Rechte entspricht, kann als innerlich begründet nicht anerkannt werden. Der Zweck der Entmündigung, zu verhüten, daß der Verschwender sich oder seine Familie dem Nothstande preisgibt (§ 29), rechtfertigt nur eine Beschränkung in Ansehung des Verkehrs unter Lebenden (Mot. -1 S. 149). Gegenüber einer letztwilligen Verfügung des Verschwenders kommt lediglich die Rücksicht auf die Verwandten, insbes. die Familie, in Frage. Dieser Rücksicht entspricht das Institut des Pflichttheilsrechtes. Der Umstand, daß der Verschwender von der Befugniß, letztwillig zu verfügen, möglicherweise einen unangemessenen Gebrauch macht, kann noch nicht dazu führen, ihm diese Befugniß überhaupt zu entziehen und dadurch den Verwandten eine absolute Erbhoffnung einzuräumen. Wenn sich dagegen andererseits geltend machen läßt, die Verwandten würden, wenn ihre Erbhoffnung nicht eine unentziehbare sei, Anstand nehmen, die an sich gebotene Entmündigung zu beantragen, weil der Antragsteller befürchten müsse, daß der Verschwender sich an ihm rächen werde, indem er ihm durch letztwillige Verfügung das Vermögen entziehe, und das Institut der Entmündigung werde deshalb seine praktische Bedeutung großentheils verlieren, so geht diese Besorgniß zu weit. Für einzelne Fälle mag sie nicht ohne jede Berechtigung sein. Aber es ist nicht zu übersehen, daß andererseits das kaum minder wichtige Bedenken sich erhebt, es möchte, wenn den Entmündigten die Befugniß, letztwillig zu verfügen, entzogen wird, darin ein Anreiz für eigennützige Verwandte, welchen das Gesetz nicht einmal einen Pflichttheilsanspruch gewährt, gefunden werden, den wohlhabenden Verwandten mit Entmündigungsanträgen zu verfolgen. Der Mittelweg des ALR. und des öst. GB. entbehrt der Folgerichtigkeit; er enthält eine Erweiterung des Pflichttheilsanspruches auf Verwandte, welche vielleicht an sich nicht pflichttheilsberechtiget sind, und erscheint auch an sich unbegründet, da nicht anzunehmen ist, daß eine Verfügung über die Hälfte des Vermögens die erhobenen Bedenken beseitigt. Damit würden zugleich Verwickelungen geschaffen werden, welche zu beseitigen der Entw. sich angelegen sein läßt, indem er das Pflichttheilsrecht auf einen Forderungsanspruch beschränkt (vgl. § 1976).

| S. 251.

Willens-
mängel.

Der Entw. hat keine Vorschriften im Sinne des ALR. I 12 §§ 23–25 aufgenommen. Es ist nicht abzusehen, weshalb die allgemeinen Vorschriften über die Willensmängel besonders zu gestalten seien in Ansehung gerichtlicher aufgenommener letztwilliger Verfügungen (vgl. Gruchot 30 S. 431 ff.).

Gebrechliche.

Im geltenden Rechte (Windscheid § 539 Nr. 3; Brinz § 368 Anm. 13; Roth § 300 Anm. 17–20; ALR. I 12 § 26; sächs. GB. §§ 2070, 2071, 2098; Mommsen § 52; hess. Entw. 74) finden sich zumeist Vorschriften über die Unfähigkeit, letztwillig zu verfügen, wenn es dem Verfügenden am Willensausdrucksvermögen fehlt, theils unter Aufzählung einzelner Gebrechen, theils allgemeiner Art. Der Entw. beruht auf der Auffassung, daß Personen, welche ihren letzten Willen weder mündlich noch schriftlich auszudrücken vermögen, nicht letztwillig verfügen können, daß also besonders die Errichtung durch Zeichen ausgeschlossen ist. Dies gelangt aber nur zum Ausdruck durch die §§ 1921, 1922. Eine allgemeine Vorschrift, daß solche Personen nicht rechtsgeschäftlich thätig werden können, ist überall nicht aufgestellt und konnte nicht aufgestellt werden. Es würde höchst bedenklich sein, zu gestatten, daß die bezeichneten Personen letztwillig durch Zeichen oder selbst unter Beihülfe von Dolmetschern (vgl. GB. § 188) verfügen. Denn in solchem Falle läßt sich der Wille des Erblassers nicht mit Zuverlässigkeit ermitteln. In Ansehung der Taubstummen, welche weder lesen noch schreiben gelernt haben (Ensch. 18 S. 302 ff.), ist jede Kontrolle des Dolmetschers ausgeschlossen; überdies ist nicht anzunehmen, daß solche Personen das erforderliche Verständniß von der Bedeutung einer letztwilligen Verfügung haben. Indessen ist eine besondere Vorschrift im Sinne jener Rechte nicht am Platze. Denn den bezeichneten Personen ist die Möglichkeit, letztwillig zu verfügen, nicht deshalb verjagt, weil ihre Rechtsfähigkeit gemindert ist oder weil sie geschäftsunfähig sind, sondern lediglich deshalb, weil sie sich nicht in der Lage befinden, ihren Willen in der erforderlichen Form kundzugeben. Nur die Möglichkeit des erforderlichen Willensausdruckes fehlt ihnen. Die thatsächliche Verhinderung, den letzten Willen zu errichten, gelangt zum angemessenen Ausdruck, wenn das Gesetz Formvorschriften aufstellt, aus welchen erhellt, daß diese Personen von den bestimmten Formen nicht Gebrauch machen können. Die thatsächliche Verhinderung steht derjenigen gleich, welche für Jeden besteht,

Errichtung
durch Zeichen.u
f

der sich nicht hinreichend verständlich machen kann, zB. weil er nur eine Sprache spricht und versteht, welche bei uns von Niemandem verstanden wird. Zwar läßt sich erinnern, es werde leicht möglich sein, die Vorschriften des Gesetzes zu umgehen, indem ein solcher Deutscher sich in das Ausland begeben und, falls dort die Errichtung letztwilliger Verfügungen durch Zeichen statthaft ist, daselbst eine Verfügung errichtet, welche nach dem Grundsatz „locus regit actum“ (einem Grundsatz, welchem die Anerkennung nicht versagt ist) anzuerkennen sein werde. Allein dieser Erinnerung kann insofern entscheidende Bedeutung nicht beigemessen werden, als sie nicht zu rechtfertigen vermag, daß die bezeichneten Personen für unfähig erklärt werden, ein Rechtsgeschäft vorzunehmen, an dessen Vornahme sie nur thatsächlich verhindert sind.

Einige Rechte kennen noch eine Unfähigkeit der Pasquillanten, Zinswucherer, Personen, welche eine incestuöse Ehe eingegangen haben, Deserteurs, wegen Hochverrathes oder sonst zu schweren Strafen Verurtheilter usw. (Windscheid § 539 Nr. 1 und 5; Brinz § 368 Anm. 8-10, 14: — vgl. aber auch ALR. I 12 §§ 14, 15, 35, 197 nebst B. v. 28. Febr. 1811; öst. GB. § 574). Diese Vorschriften werden schon im gemeinen Rechte zumeist als nicht mehr geltend angesehen oder passen doch nicht zu den Auffassungen des Entw. Die Unfähigkeit oder die beschränkte Befugniß, letztwillig zu verfügen, welche noch einige geltende Rechte in Ansehung der katholischen Geistlichen (Roth § 300 Anm. 54-61; Stobbe § 303 Anm. 14-16) oder doch in Ansehung der Mitglieder religiöser Orden oder ordensähnlicher Kongregationen (ALR. II 11 §§ 1199, 1206 ff.; öst. GB. § 573; Roth § 300 Anm. 21-30; Stobbe § 303 Anm. 12, 13) kennen, kann außer Betracht bleiben. Es ist nicht Aufgabe des bürgerlichen Rechtes, die Erfüllung von Verpflichtungen der Geistlichen usw. oder von religiösen Gelübden sicher zu stellen. In Ansehung des erblichen Erwerbes solcher Personen wird das CG. bestimmen (vgl. Art. 48, G. 87).

§ 252.

Ablehnung weiterer Unfähigkeitsgründe.

Im geltenden Rechte (Windscheid § 563 Nr. 1, §§ 624, 639 Nr. 1; bayer. MN. III 3 § 3 Nr. 4; ALR. I 12 §§ 11-13, 30; öst. GB. §§ 575, 576; sächs. GB. § 2073; Mommsen § 53; hess. Entw. 71) findet sich eine Entscheidung dahin, daß die Testirfähigkeit nur in dem Zeitpunkte der Errichtung der Verfügung vorhanden sein müsse. Damit soll wohl die Auffassung des gemeinen Rechtes abgewehrt werden, nach welcher die Verfügung, wenn der Verfügende die zur Erbeinsetzung nothwendige Rechtsfähigkeit seitens des Verfügenden wieder auflebte. — Für den Entw., welcher nur eine auf natürlichen Gründen beruhende Unfähigkeit, letztwillig zu verfügen, kennt, ist eine solche Vorschrift selbstverständlich und daher entbehrlich. Wenn einzelne Vorschriften (zB. § 74 Abs. 3, §§ 89, 831, 1250) der für die Geschäftsfähigkeit maßgebenden Zeit gedenken, so beruht dies auf besonderen, hier nicht zutreffenden Gründen. Daß eine Verfügung, welche von einer zur Errichtung nicht befugten Person errichtet ist, nicht dadurch gültig werden kann, daß die Person nachträglich diese Befugniß erlangt oder die Verfügung genehmigt, ergibt sich aus den §§ 109, 110. | Ob und wie dieser Grundsatz im CG. in Ansehung der bereits errichteten Verfügungen zum besonderen Ausdruck zu bringen ist, kann hier dahingestellt bleiben (vgl. Art. 129, G. 213/5).

Fähigkeit im Zeitpunkt der Errichtung.

§ 253.

§ 1913 (II 2132, B. 2239, R. 2238, G. 2265).

Nach dem Entw. kann eine letztwillige Verfügung nur von jedem Verfügenden für sich, also nicht mit Anderen gemeinschaftlich, errichtet werden. Mit dem Entw. stimmen überein der Code 968, 1097, der hess. Entw. 83 und schon das revid. Lüb. Stadtr. I 6 § 2, II 1 § 10. Unbedingt zugelassen wird das gemeinschaftliche Testament im gemeinen Rechte (Windscheid § 568; Brinz § 370 Nr. 3; Roth § 316 und Seuffert 42 Nr. 308), in vielen Statutarrechten (bayer. MN. III 4 § 11 Nr. 1; württ. Recht bei Stein § 64 usw.) und im sächs. GB. §§ 2199-2202, 2214. Das öst. GB. §§ 583, 1248 läßt es nur unter Ehegatten zu, ebenso das hamb. Recht (III 1 Art. 17) und andere Rechte beschränkten Geltungsgebietes; Mommsen §§ 156-161, 168 folgt diesen, jedoch mit der Ausdehnung auf Verlobte. Das ALR. I 12 §§ 614-616 (vgl. II 1 §§ 482-494) läßt es ebenfalls nur unter Ehegatten zu, gedenkt aber ausschließlich der korrespondierenden (bz. reciproken) Testamente (vgl. Dernburg §§ 182, 183; Eccius § 257). Das lediglich gleichzeitige Testament (mero simultaneum) hat in Deutschland schon jetzt ein geringeres Geltungsgebiet; es besteht auch kein Bedürfniß, die Benutzung einer gemeinschaftlichen Form zu gestatten, wenn die Verfügenden sich gegenseitig nicht bedenken wollen. Anders steht es mit wechselseitigen, reciproken und korrespondierenden Testamenten.

3. Ungültigkeit gemeinsch. Testamente.

Wird zunächst von den Ehegatten abgesehen, so liegen die Unzuträglichkeiten eines wechselseitigen Testamentes auf der Hand. Nicht selten besteht eine erhebliche Schwierigkeit, den wirklichen Willen der Verfügenden zu ermitteln. Daneben ergibt sich eine, wenigstens thatsächliche Verengung der freien Widerruflichkeit. Das Institut hält eine unklare Mitte zwischen Erbvertrag und Testament. Es ist wohl hierauf zurückzuführen, daß es zahlreiche Streitigkeiten und Prozesse zur Folge zu haben pflegt. Die Gesetzgebungen der neueren Zeit, welche für größere Gebiete bestimmt sind, haben das Institut, soweit es sich nicht um Ehegatten handelt, zumeist nicht über-

nommen. Das Verbot eines gemeinschaftlichen Testamentes als eine einfache Ordnungsvorschrift aufzustellen, würde nicht genügen. In Ansehung der in ordentlicher Form errichteten Testamente würde damit zwar im Wesentlichen das gleiche Ergebnis erzielt werden, wie wenn an das Zuwiderhandeln gegen das Verbot die Nichtigkeit sich knüpft. Allein in der Aufstellung einer solchen Ordnungsvorschrift würde eine Neuerung liegen, da das geltende Recht wechselseitige Testamente nur frei zuläßt oder unbedingt verbietet. Abgesehen davon, steht einer solchen Regelung entgegen,

| §. 254.

Reciproke 2c.
Testamente
in getrennten
Urkunden.

daß bei den in außerordentlicher Form errichteten Testamenten Bequemlichkeit und Rechtsunkenntniß leicht zu einer gemeinschaftlichen Verfügung führen können. Soll das Verbot den erstrebten Zweck erreichen, so muß auch das Gesetz mehr als eine bloße Ordnungsvorschrift geben. Reciproke und sogar korrespondierende Testamente in getrennten Akten oder Urkunden werden nicht ausgeschlossen. Solche Testamente unterliegen aber der Beurtheilung nach den allgemeinen Grundsätzen, insbes. nach den Vorschriften über bedingte oder unter einer Voraussetzung erfolgte Zuwendungen, namentlich auch dann, wenn der Ueberlebende die Erbschaft des Erstverstorbenen annimmt und demnächst seine Verfügungen aufhebt oder ändert. Sind 2 einfach reciproke Testamente errichtet worden, so ergeben sich in dieser Hinsicht besondere Schwierigkeiten nicht. Dasselbe gilt in der Hauptsache von korrespondierenden Testamenten, welche lediglich den Inhalt haben, daß Mehrere sich gegenseitig unter der Voraussetzung oder unter der Bedingung als Erben einsetzen, daß die Einsetzung eine gegenseitige bleibe, mithin der Eingesetzte seine eigene Verfügung nicht ändere. Nimmt in solchem Falle der eine Theil seine Verfügung bei Lebzeiten des anderen zurück, so wird auch die Verfügung des letzteren hinfällig, und zwar, wenn die Form der Bedingung gewählt ist, unmittelbar, falls aber eine Voraussetzung vorliegt, durch den Hinzutritt der Anfechtung. Im letzteren Falle kann der § 1786 unter Umständen von Bedeutung werden. Ist die Verfügung von keinem Theile zurückgenommen und stirbt nun der eine Theil, so tritt die Verfügung des Erstverstorbenen in Kraft; das Testament des Ueberlebenden wird, da der Verstorbene nicht Erbe werden kann, gegenstandslos; dieser Theil ist nunmehr unbehindert, anderweit zu verfügen.

Nicht so einfach liegt die Sache, wenn beide Personen nicht ausschließlich sich gegenseitig unter der Bedingung oder Voraussetzung des Nichtwiderrufes als Erben einsetzen, sondern eine jede von ihnen noch außerdem für den Fall ihres Ueberlebens Anordnungen zu Gunsten Dritter trifft und die Bedingung oder Voraussetzung sich auf den Fortbestand dieser Anordnungen des anderen Theiles erstreckt. Liegt ein solcher Fall vor und widerruft der eine Theil bei Lebzeiten des anderen seine Verfügung oder schlägt der Ueberlebende die Erbschaft des Erstverstorbenen aus, so ergeben sich keine Schwierigkeiten. Hat aber der Ueberlebende die Erbschaft angenommen und widerruft er demnächst, vielleicht erst nach langer Zeit, die von ihm zu Gunsten Dritter getroffenen Anordnungen, deren Aufrechterhaltung der Erstverstorbene zur Bedingung oder Voraussetzung seiner Verfügung gemacht hat, dann erheben sich Zweifel. Nach einer weitverbreiteten Ansicht, welche namentlich auch im sächs. G. B. (§ 2214) übergegangen ist, wird der Widerruf als unzulässig angesehen, indem davon ausgegangen wird, die Annahme der Erbschaft schließe den Verlust des Widerrufsrechtes in sich. Im A. R. (vgl. II 1 §§ 492 ff.) wird in Ansehung des wechselseitigen Testamentes der Ehegatten bestimmt, der Ueberlebende dürfe wenigstens von demjenigen seiner eigenen Verordnungen nicht wieder abgehen, in Rücksicht auf welche ihm der Verstorbene seinen Nachlaß oder das ihm Hinterlassene zugewendet hat (Cecius § 255 S. 518, 519; Dernburg § 184 Anm. 12 ff.); es werden dabei Vermuthungen aufgestellt, in Ansehung welcher Anordnungen dies anzunehmen sei. Mommsen will zwar den Widerruf zulassen (§ 161), jedoch unbeschadet der Folgen, die sich an die Nichterfüllung der Bedingung oder Voraussetzung der Verfügung des Verstorbenen knüpfen.

| §. 255.

Die ersterwähnte Ansicht hat offenbar Vorzüge, vor Allem den der Einfachheit; allein die Regelung ist eine rein positive. Sie widerspricht dem Wesen der letztwilligen Verfügung und durchbricht den Grundsatz des § 1754, daß auf den Widerruf nicht verzichtet werden kann. Das Testament erhält durch die Annahme des Zugewendeten die Wirkungen eines Erbvertrages. Erscheint dies schon wenig ansprechend, so kommt noch hinzu, daß damit ein Mittel geboten wird, absolute Vorschriften des Gesetzes zu umgehen. Eine Person, welche fähig ist, letztwillig zu verfügen, aber nach § 1942 einen Erbeinsetzungsvertrag zu schließen nicht befugt ist, kann durch Errichtung eines derartigen Testamentes, wenn die Annahme der Erbschaft des Vorverstorbenen hinzutritt, sich unwiderruflich binden oder gar durch die Erklärungen des gesetzlichen Vertreters (§ 2043) gebunden werden, während das Gesetz, weil es die Errichtung eines Erbeinsetzungsvertrages durch eine solche Person wegen dessen Unwiderruflichkeit für gefährlich erachtet, dieser Person die Fähigkeit, einen solchen Vertrag zu schließen, versagt. Ueberdies ist die Unwiderruflichkeit zweischneidig. Allerdings bietet sie die Gewähr, daß dem Willen des Verstorbenen Genüge geschieht. Allein der Ueberlebende kommt unter Umständen in eine unerträgliche Lage. Durch eine spätere Aenderung der Verhältnisse können die Anordnungen eine Bedeutung erlangen, welche nicht vorauszu sehen war. Insbes. können Verhältnisse eintreten, welche den Verstorbenen

selbst, wenn sie ihm bekannt geworden wären, von der Aufrechterhaltung der Verfügung hätten Abstand nehmen lassen. Dem gegenüber verdient es den Vorzug, es bei den allgemeinen Grund- sätzen zu belassen, obgleich auch deren Folgen nicht einwandfrei erscheinen. Steht nämlich die Verfügung des Ueberlebenden mit der des Erstverstorbenen in einem solchen Zusammenhange, daß das Bestehenbleiben der ersteren die Voraussetzung der letzteren bildet, so unterliegt die letztere Verfügung der Anfechtung nach § 1781, wenn in Folge des Widerrufs die Verfügung des Ueber- lebenden wegfällt. Erfolgt die Anfechtung, so wird der Ueberlebende behandelt, wie wenn er nicht Erbe geworden wäre. Daß dies mit gewissen Uebelständen verbunden ist, läßt sich nicht in Abrede stellen. Allein sie sind Folge der Regelung des Anfechtungsrechtes und müssen als solche gegen- über den in der Begründung des § 1781 hervorgehobenen Gründen hingenommen werden. Auch kann nicht geleugnet werden, daß es in solchem Falle unter Umständen an einem Anfechtungs- berechtigten fehlen wird, wenn nämlich der Ueberlebende allein anfechtungsberechtigt ist, zB. weil er der einzige gesetzliche Erbe des Verstorbenen ist. Allein auch hierauf kann kein entscheidendes Gewicht gelegt werden. Es kann moralisch verwerflich sein, daß der Ueberlebende seine Rechts- stellung zu einem Verhalten benutzte, welches sich gegenüber dem Verstorbenen als ein Vertrauens- mißbrauch darstellt. Dieser Umstand allein rechtfertigt es aber noch nicht, diese Folge durch eine gesetzliche nach anderer Richtung höchst bedenkliche Vorschrift abzuwenden.

§ 256.

Bildet der Fortbestand der Verfügung des Ueberlebenden die Bedingung der Verfügung des Verstorbenen, so fällt die Bedingung aus mit dem Wegfalle der ersteren Verfügung. Alsdann kommt der § 1807 zur Anwendung. Soweit also der Verstorbene nicht für diesen Fall besonders vorgesorgt hat, hat der Ueberlebende die Erbschaft, in Ansehung deren er als Vorerbe anzusehen ist, an diejenigen als Nacherben auszuantworten, welche die gesetzlichen Erben des Verstorbenen sein würden, wenn der letztere zur Zeit des Eintrittes der Bedingung gestorben wäre. Nur die- jenigen Schwierigkeiten ergeben sich, welche bei jeder Vor- und Nacherbschaft bestehen. — Freilich wird durch diese Folgen des Widerrufs seitens des Ueberlebenden unter Umständen der Dritte, welcher die ihm vom Verstorbenen zugedachte Zuwendung verliert, hart betroffen. Allein er wird dies als ein Ergebnis der Verfügung des Verstorbenen hinzunehmen haben. Dem Verstorbenen stand es zu, die Durchführung seiner Verfügung in anderer Weise zu sichern und der Entziehung vorzubeugen. Insbes. konnte er entweder einen Erbeinsetzungsvertrag schließen oder die Ver- pflichtung, welche in Frage steht, dem anderen Theile durch Anordnung eines Vermächtnisses auf- erlegen. In letzterer Hinsicht besteht allerdings die Schranke des § 1881; der Beschwerte kann nicht über das ihm Zugewendete hinaus belastet werden. Diese Beschränkung wird jedoch in der Regel ohne Einfluß sein. Soweit die Beschränkung aber im Einzelfalle von Belang wird, er- scheint sie aus den Gründen, auf welchen der § 1881 beruht, völlig angemessen.

Die Gründe, aus welchen besondere Vorschriften über reciproke und korrespondente Testamente nicht aufgenommen sind, treffen nicht minder in Ansehung der reciproken und korrespondenten Zu- wendungen seitens des einen Gatten an den anderen zu. Dieselben treten in Ansehung dieser ganz besonders hervor, wenn etwa eine sehr jugendliche Ehefrau eine derartige letztwillige Verfügung errichtet hat und durch die Nichtauszahlung der Erbschaft seitens ihres gesetzlichen Vertreters gebunden und das Widerrufsrechtes beraubt werden könnte. Mit Rücksicht hierauf ist dem § 1913 eine Ausnahme zu Gunsten wechselseitiger Verfügungen der Gatten nicht beigelegt, zumal das geltende Recht solchen Verfügungen, soweit es sie zuläßt, weitergehende Wirkungen beilegt.

Gemeinsch. Testamente der Gatten.

Bei der weiten Verbreitung gemeinschaftlicher Testamente in Deutschland wird deren Be- seitigung während der ersten Zeit des Bestehens eines neuen BGB. als eine Beengung vielfach empfunden werden. Allein die Rechtsentwicklung, welche solche Testamente begünstigt hat, kann nur als eine abwegige bezeichnet werden. Auch sind solche gemeinschaftliche Testamente, wie die Erfahrung gelehrt hat, von schweren Uebelständen begleitet gewesen. Abgesehen davon, daß sie von jeher eine Quelle von Rechtsstreitigkeiten gebildet haben, ist vielfach schon der Umstand, daß die Verfügungen des überlebenden Gatten der Öffentlichkeit nicht entzogen werden konnten, als ein Uebel empfunden worden. Aufgabe einer neuen Gesetzgebung ist es, die Betretung des rechten Weges anzubahnen.

§ 257.

§ 1914 (II 2099, B. 2207, R. 2205, G. 2231).

Das Testament ist einer der wichtigsten Akte, schon weil ein ganzes Vermögen dessen Gegen- stand bildet oder bilden kann, vor Allem aber, weil dadurch die Familie des Verfügenden, das Interesse Dritter und der Verkehr im Allgemeinen betroffen werden. Daraus ergibt sich von selbst die Nothwendigkeit formaler Schutzmittel. Im geltenden Rechte wird deshalb durchweg eine besondere Form als Merkmal des Aktes vorgeschrieben. Da in der Regel das Testament erst nach dem Tode des Erblassers bekannt wird, so ist es die Aufgabe des Entw., solche Formen vorzuschreiben, welche geeignet sind, Formfehler zu verhüten und den Inhalt des Aktes sicher zu stellen. Denn etwaige Formfehler können nicht mehr verbessert werden und über den Inhalt des

II. Errichtung A. in ordentlicher Form.

Altes ist von demjenigen, welcher den Akt errichtete, kein Aufschluß mehr zu erlangen, weil zu der Zeit, auf welche die Wirksamkeit des Aktes sich erstreckt, der Mund des Verfügenden sich für immer geschlossen hat. Zugleich ist darauf Bedacht zu nehmen, möglichst eine Gefährdung der Sicherheit zu verhüten, also zu sorgen, daß der Akt selbst gesichert wird und daß dem Verfügenden ermöglicht wird, unbeeinflusst von der Einwirkung Beteiligter seinen Willen zu erklären (Mommser's Not. S. 183 ff.; Binding im civil. Archiv 58 S. 195; Bruns in v. Holtendorff's Encyclopädie 1 S. 367). Von diesen Gesichtspunkten aus verwirft der Entw. sowohl das Privat- testament als auch das test. holographum, und zwar das erste ebenso in der rein mündlichen wie in der schriftlichen Form.

Mündliche Form.

Das Privat testament in mündlicher Form, also ohne jedes Niederschreiben, besteht im gemeinen Rechte (Windscheid § 541; Brinz § 169 Anm. 7; Stobbe § 304 Anm. 18—21) und einer Anzahl der diesem folgenden Statuten, auch zum Theile noch in Bayern (vgl. Roth § 301 Anm. 8, § 303 Anm. 30—37, § 304 I), nach dem öst. GB. §§ 577, 584—586 und nach dem sächs. GB. §§ 2100—2103, 2106; es genügt nicht den im Eingange aufgestellten Anforderungen. | §. 258. Dagegen spricht schon, daß die Erklärung des Verfügenden nicht selten der nöthigen Präzision ermangelt, wie sie sich erst bei der Niederschrift ergeben wird. Zudem kann die Auffassung der Zeugen eine sehr verschiedene sein, und fehlt jede Kontrolle dieser Auffassung seitens des Erblassers. Die dem Gedächtnisse weniger Personen anvertraute Aufbewahrung des Erklärten ist allen Gefahren ausgesetzt, welchen der Mensch, sein Dasein und seine Erinnerung unterliegt. Selbst bei einem ganz einfachen Inhalte ist das Gewollte nach einiger Zeit nur mit Mühe und kaum mit Sicherheit festzustellen.

Schriftform.

Häufiger angewendet wird in Deutschland das schriftliche Privat testament, welches sich mit einigen Abweichungen in Einzelheiten außer im gemeinen Rechte (Windscheid § 541; Brinz § 369 I; Stobbe § 304 Anm. 22, 23) und den dem gemeinen Rechte folgenden Statutarrechten, auch in Bayern (Roth § 302 Anm. 2, § 303 Anm. 38 ff.), in Lübeck (G. v. 9. Dez. 1865 Art. 7), im öst. GB. §§ 577, 579—581, im sächs. GB. §§ 2100—2105 und anderen Rechten findet. Aber auch ein solches Testament genügt nicht den Anforderungen, welche im Eingange hervorgehoben sind. Zwar macht sich der Mangel hinlänglicher Rechtskenntnisse des Verfügenden nicht minder bei dem öff. Testamente geltend, wenn ein Schriftstück verschlossen übergeben werden darf. Dieser Grund kann also nicht allein entscheidend sein. Indessen steht der Aufnahme des schriftlichen Privat testamentes entgegen, daß es an jeder Sicherheit für die Aufbewahrung der Urkunde fehlt, und ferner, daß für die Beobachtung der Förmlichkeiten eine größere Rechtskenntniß und Geschäftsgewandtheit erfordert wird, als zumeist sich vorfindet. Völlig ermangelt aber der Schutz, daß der Wille frei und unbeeinflusst erklärt ist. — Die Bedenken, welche dem schriftlichen Privat testamenten gegenüber hervorgehoben sind, erheben sich in noch verstärktem Maße gegen das durch eigenhändige Niederschrift, aber ohne Zeugenziehung errichtete Privat testament, welches im Gebiete des Code 969, 970, 1001, des bad. N. und des öst. GB. §§ 577, 578 zugelassen ist (Stobbe § 304 Anm. 24). Zwar gewährt diese Form den Vorzug, daß das Geheimniß des Verfügenden am besten gewahrt wird; allein es steht noch außerdem entgegen, daß jedes sichere Kennzeichen fehlt, um den vorläufigen Entw. von dem wirklich maßgebenden Verfügungsakte zu unterscheiden, und daß die Gefahr der Unterschiebung falscher sowie der Fälschung oder Unterdrückung wirklicher echter Testamente eine nicht geringe ist.

holographum.

Essentielle Form.

Der Entw. läßt daher, von den Ausnahmefällen der §§ 1927, 1929, 1931 abgesehen, nur Testamente in öff. Form zu. Hierzu werden im geltenden Rechte folgende Arten gerechnet, welche der Entw. ebenfalls nicht anerkennt:

| §. 259.

a) Das test. principi oblatum. Es ist zugelassen im gemeinen Rechte (Windscheid § 545 Anm. 9; Brinz § 369 Anm. 33; Stobbe § 304 Anm. 14), im bayer. N. III 2 § 3, in verschiedenen Rechten | beschränkten Geltungsgebietes (Roth § 301 Anm. 12) und im N. I 12 § 175. Der Entw. hat von ihm um so mehr abgesehen, als von dieser Form da, wo sie besteht kein Gebrauch gemacht zu werden pflegt. Wegen der Landesherren, der Mitglieder landesherrlicher Familien, sowie der fürstlichen Familie Hohenzollern wird im G. bestimmt (vgl. Art. 33, G. 57).

b) Die nach kononischem Rechte zulässige Errichtung vor dem Pfarrer und zwei Zeugen. Diese Form hat gemeinrechtlich keine Geltung (Roth § 301 Anm. 15; für Braunschweig Steinacker S. 637 Anm. 11; Stobbe § 304 Anm. 15, 16). Sie findet sich vereinzelt im hamb. N. S. 52 ff., und anderen Rechten (Bamberg, rudolst. Recht § 150 Nr. 2; Paulsen §§ 202, 203, Esmarck §§ 44, 47; für Pommern Seuffer's Arch. 17 Nr. 149). Für Bayern ist ihre Geltung bezweifelt (Roth § 301 Anm. 22; vgl. aber Bl. für N. 19 S. 315; 38 S. 490; 41 S. 64; 42 S. 15). Ein Bedürfniß, diese Form zuzulassen, kann um so weniger behauptet werden, als deren Geltungsgebiet ein nur beschränktes ist.

c) Das Testament vor Gemeindebeamten (Rathsmannen, Herren des Rathes usw.). Es findet sich vereinzelt in Rechten, welche für kleinere Gebiete Geltung haben; zB. in Bremen; in

einigen schleswig-holst. Statuten, Paulsen § 202; in einigen waldeck. Städten, B. v. 20. Mai 1831 § 2; in Rostock; in einigen bayern. Statuten, Roth § 301 Anm. 14; in der Lüb. Reform. v. 1586 II 1 Art. 2; in einigen Theilen des hamb. Gebietes, G. v. 21. Dez. 1868 § 4, v. 30. Dez. 1873 § 21, Stobbe § 304 Anm. 13. Dasselbe als ordentliche Testamentsform zuzulassen, besteht gleichfalls kein Bedürfnis, soweit nicht, wie in Württemberg (Stein § 52), die Gemeindebehörden als Ortsgerichte die ordentlichen Organe für nichtstreitige Rechtspflege sind. In dieser Hinsicht wird das GG. bestimmen [vgl. Art. 123, G. 150].

Als ordentliche Testamentsformen kommen hiernach nur in Betracht gerichtliche oder notarielle Testamente. Das ALR. I 12 §§ 66 ff. kennt als ordentliche Form ausschließlich die gerichtliche Form. Viele der in Bayern geltenden Statutarrechte kannten ebenfalls die gerichtliche Form, in diesrheinischen Bayern sind aber durchweg an die Stelle der Gerichte die Notare getreten nach Inhalt des NotariatsG. v. 10. Nov. 1861 (Roth § 301 Anm. 17–19, § 302 Anm. 2). Auch das gemeine Recht kennt das Testament durch Erklärung vor Gericht (Windscheid § 545 Anm. 1; Brinz § 369 Anm. 32; Stobbe § 304 Anm. 6–8). Gerichtliche Form findet sich weiter im würt. Rechte (Stein §§ 48 ff.), im sächs. GB. §§ 2092 ff., in den meisten thüring. Rechten, in Hamburg, G. v. 21. Dez. 1868 § 4, im öst. GB. §§ 587 ff., in den Entw. v. Hessen 85 ff., Mommsen §§ 69–77, und neuestens im G. v. 28. Juni 1886 für den OLGBezirk Frankfurt a. M. | Sie ist dagegen ausgeschlossen im Bezirke des Code und des bad. M., sowie in Bayern nach dem jetzt geltenden Rechte. — Das notarielle Testament besteht als ausschließliche Form des öff. Testamentes in Bayern, Rheinpreußen, Rheinhessen, Elsaß-Lothringen, Birkenfeld und in Baden. Neben der gerichtlichen oder sonstigen amtlichen Form besteht das notarielle Testament theils auf Grund des gemeinen Rechtes und der NotariatsD. v. 1512, theils auf Grund besonderer Gesetze in Schleswig-Holstein (B. v. 4. Febr. 1854 und 30. Aug. 1859), in Neuvorpommern und Rügen, in ostrheinischen Theilen des Regierungsbezirktes Koblenz, in Kurhessen, in Frankfurt a. M., in beiden Mecklenburg nach v. Kamptz § 215 Nr. 2, in Braunschweig (NotariatsD. v. 19. März 1850), in verschiedenen thüring. Staaten (Coburg-Gotha, Altenburg, Neuf), in Lübeck (NotariatsD. v. 10. Okt. 1838 und G. v. 9. Dez. 1865), in Hamburg (NotariatsD. v. 29. Juni 1883) in Württemberg (NotariatsD. v. 25. Okt. 1808, G. v. 14. Juni 1843, vgl. Stein §§ 56 ff.), in Hannover (NotariatsD. v. 18. Sept. 1853 §§ 9, 10, G. v. 28. Dez. 1821 § 2 Nr. 2, Grese § 138 II), in Lauenburg (G. v. 4. Dez. 1869 § 15 Nr. I 5, G. v. 6. Juli 1870) und in Anhalt (NotariatsD. v. 11. April 1877). Aber auch das sächs. GB. § 2108 läßt das notarielle Testament als ordentliche Form zu (NotariatsD. v. 3. Juni 1859 mit Nachträgen v. 9. April 1872 und 19. April 1886); ebenso Mommsen in den §§ 69 ff. Notare dürfen Testamente in ordentlicher Form nicht aufnehmen in den nichtervähnten Theilen von Preußen im Gebiete des ALR., in Meiningen, Bremen (NotariatsD. v. 16. Nov. 1880), und in einem kleinen Gebiete von Rheinpreußen (Altenwied und Neuerburg). Soviele ermittelt, sind zur Zeit Notare nicht vorhanden in den großh. hessischen Provinzen Starkenburg und Oberhessen, in Weimar-Eisenach, in Oldenburg, in Rudolstadt, in Lippe und in Waldeck; das letztere ist nicht ohne Zweifel, vgl. waldeck. B. v. 6. Okt. 1868 und Terminkalender für Notare 1888 S. 98, jedenfalls ist im Jahrb. der preuß. Gerichtsverfassung für Waldeck ein Notar nicht aufgeführt.

Der Entw. sieht sich bei der Lage der Dinge weder im Stande, das notarielle Testament zu beseitigen noch es ausschließlich zuzulassen. Er beruht aber auf der Annahme, daß das GG. [vgl. Art. 91, G. 141] eine Bestimmung enthalten wird, nach welcher den Landesgesetzen vorbehalten bleibt, zu bestimmen, daß innerhalb ihres Gebietes die Beurkundung nur durch die Gerichte oder nur durch Notare zu erfolgen habe; jedoch sollen sie nicht bestimmen dürfen, daß weder vor Gerichten noch vor Notaren Testamente in ordentlicher Form errichtet werden können. Die Verfahrensvorschriften des Entw. sind nicht erschöpfend und können bei Lage der Dinge nicht erschöpfend sein, da zur Zeit eine Reichsnotariatsordnung nicht besteht, auch nach dem Inhalte der Reichsverfassung | (Art. 4 Nr. 12) dahingestellt bleiben muß, ob ein solches Gesetz zu Stande kommt. Der Entw. hat jedoch sich angelegen sein lassen, alle wesentlichen Vorschriften aufzunehmen.

Der § 1914 bringt die S. 257 ff. erörterten Gedanken zum Ausdruck, indem als ordentliche Form Errichtung in gerichtlicher oder notarieller Form bestimmt wird. Die Fassung „in gerichtlicher oder notarieller Form errichtet werden“ entspricht der Fassung der §§ 58, 350 Abs. 2, §§ 440, 1212, 1335, 1390, 1393, 1437, 1591. Sie erübrigt, auszusprechen, daß die Errichtung vor Gericht nicht an die ordentliche Gerichtsstelle gebunden ist. Wenn der § 1616 in Ansehung des Vertrages über die Annahme an Kindesstatt anders gefaßt ist, so sollte dort zum Ausdruck gelangen, daß die Erklärung der Vertragsschließenden bei gleichzeitiger Anwesenheit vor Gericht oder Notar zu erfolgen hat. Eines besonderen Ausdruckes bedarf es nicht, daß die vor Notaren innerhalb ihres Wirkungskreises errichteten Testamente der gerichtlich errichteten gleichstehen. In einzelnen Notariatsordnungen finden sich Vorschriften dieses Inhaltes; ihnen dürfte der Zweck zu

Gerichtliches Testament.

§ S. 260.
Notarielles Testament.

Entw.

§ S. 261.

1. Gerichtliche oder notarielle Form.

Gründe liegen, den notariellen Urkunden dieselbe Beweiskraft zu sichern wie den gerichtlichen. Allein diese Gleichstellung ist bereits durch § 380 C.P.D. reichsgesetzlich festgestellt; zudem handelt es sich hier nicht um die Beweiskraft. Wird darauf gesehen, daß in einzelnen gemeinrechtlichen Gebieten den notariellen Testamenten nicht die gleiche Kraft beigelegt wird wie den gerichtlichen (wohl im Anschlusse an die NotariatsD. v. 1512), so kann nach §§ 1914 ff. kein Zweifel obwalten, daß dem Entw. eine solche Auffassung fern liegt.

§ 1915 (II 2099, 2105, B. 2207, 2213, R. 2205, 2211, G. 2231, 2239).

2. Erforder-
nisse im
Einzelnen.
a) Mit-
wirkende
Personen.
Protokoll-
führer;

Welche Personen bei Errichtung des Testamentes in gerichtlicher Form zugezogen werden müssen, bestimmt der Abs. 1. Ueber die Zuständigkeit ist den Landesgesetzen die nähere Bestimmung offen gehalten (vgl. C.G. Art. 91). Indem die Errichtung „vor einem Richter“ vorgeschrieben wird, ist das Testiren vor versammeltem Gerichte, einem Richterkollegium als solchem, ausgeschlossen. — Die Mehrzahl der Rechte verlangt die Zuziehung eines vereideten Protokollführers, zB. ALN. I 12 § 82; KabD. v. 24. März 1839; öst. GB. § 589; sächs. GB. § 2093; bayern. V.R. III 4 § 2 Nr. 6, 7; hess. Entw. 86 Abs. 2; Mommsen § 60 Abs. 2. Dem vereideten Protokollführer entspricht bei der gegenwärtigen Einrichtung der Behörden der Gerichtsschreiber im Sinne des C.G. (§ 154). Allerdings ist er nach Reichsrecht nur mit Angelegenheiten der streitigen Gerichtsbarkeit betraut. Allein in wohl allen Staaten wird er auch in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, soweit solche den Gerichten übertragen sind, thätig. Deshalb ist es für angemessen erachtet, den Gerichtsschreiber als die Person zu bezeichnen, welche zur Testamentserrichtung zugezogen werden kann, obwohl es sich, streng genommen, um eine dem Landesrechte unterstehende Frage des Behördenorganismus in Ansehung der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt. — Schon das ALN. I 12 §§ 83, 84 bestimmt, daß an Stelle des Protokollführers 2 vereidete Schöppen und, falls beständige Gerichtsschöppen nicht vorhanden sind, in schleunigen und dringenden Fällen andere, welche lediglich zu dieser Handlung vereidigt werden, zugezogen werden können. Nach dem G. v. 3. März 1879 § 9 Abs. 2, 3 kann in Preußen die Vertretung eines behinderten Gerichtsschreibers für einzelne dringende Fälle durch eine jede vom Richter berufene Person erfolgen, welche den allgemeinen Dienst eid geleistet hat, oder dahin beeidigt ist, daß sie die Pflichten eines Gerichtsschreibers getreulich erfüllen wolle. Nach dem öst. GB. § 589 kann die zweite Gerichtsperson durch 2 Zeugen vertreten werden. Die Einrichtung, wie sie in Preußen das G. v. 3. März 1879 getroffen hat, besteht nicht überall — und selbst bei dieser Gestaltung ist nicht ausgeschlossen, daß die Errichtung des Testamentes, wenn nicht zugelassen wird, daß der Gerichtsschreiber durch Zeugen ersetzt werde, unmöglich wird, weil eine zu der Funktion als Gerichtsschreiber geeignete Person sich nicht alsbald findet oder zu der Mühewaltung nicht bereit ist. Der Entw. läßt deshalb zu, daß statt des Gerichtsschreibers 2 Zeugen zugezogen werden.

Als Urkunds-
person
Angestellte.

Endlich trägt der Entw. der in einzelnen Staaten, namentlich in Sachsen, bestehenden Einrichtung Rechnung, nach welcher die Zuziehung einer der dort in jedem Orte unter dem Namen „Gerichtsschöppe“ oder „Gerichtsseißiger“ als Urkundspersonen angestellten Personen an Stelle des Protokollführers genügt (sächs. GB. § 2093; Mommsen § 60 Abs. 2). Das sächs. GB. geht davon aus, daß in solchem Falle das Amt des Richters und des Protokollführers in einer Person vereinigt seien, daß also der Richter selbst das Protokoll führt. Daß eine solche Person zugezogen werden kann (Satz 3), erscheint angemessen, da kein Grund vorliegt, der mit der Behördenorganisation im Zusammenhange stehenden Einrichtung entgegenzutreten. Da es jedoch in anderen Staaten an einer entsprechenden Einrichtung fehlt, so genügt ein Vorbehalt für das Landesrecht (vgl. C.G. v. 18. Aug. 1896 Art. 149).

Notar an
Stelle des
Gerichtsschreibers.

Nicht zugelassen werden kann, daß statt des Gerichtsschreibers ein Notar zugezogen werde. An einem Bedürfnisse hierzu fehlt es und die Zulassung würde insofern nicht unbedenklich sein, als, wenn dies gestattet würde, leicht Zweifel entstehen könnten, wer der verhandelnde Beamte sei. Der Entw. schreibt nicht vor, daß der als Gerichtsschreiber zugezogene Beamte das Protokoll selbständig aufzunehmen habe. Dem Richter bleibt unbenommen, das Protokoll zu diktiren oder sogar selbst zu schreiben.

Notarielle
Form.
| S. 263.

Für die Errichtung in notarieller Form wird bestimmt, daß ein zweiter Notar oder 2 Zeugen von dem verhandelnden Notare zuzuziehen seien (Abs. 2), im Wesentlichen übereinstimmend mit den Rechten, in welchen das notarielle Testament in neuerer Zeit zugelassen ist. Die braunschw. NotariatsD. § 18 erfordert noch die Mitwirkung von 4 Zeugen oder von 2 Notaren und 2 Zeugen. Ebenso der Code 971 ff. Das gemeine Recht und alle älteren Gesetze zB. das württ. Recht (Stein §§ 52 ff.) verlangen eine größere Zahl der Mitwirkenden. Die Zuziehung eines Richters an Stelle des zweiten Notares zu gestatten, erscheint aus denselben Gründen bedenklich, aus welchen für das gerichtliche Testament die Zuziehung eines Notares nicht zugelassen ist.

Die gemäß Abs. 1 und 2 zugezogenen Personen müssen während der ganzen Verhandlung anwesend sein (Abs. 3). Es genügt also nicht, daß die zugezogenen Personen bei der Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung des Protokolles gegenwärtig sind. Die zugezogenen Personen haben zugleich die Aufgabe, falls später Streitigkeiten entstehen, über Vorgänge bei der Errichtung und darüber, daß das als Wille des Verfügenden Niedergeschriebene von dem Verfügenden wirklich erklärt ist, Auskunft zu geben. In ersterer Beziehung wird insbes. die Dispositionsfähigkeit des Verfügenden in Frage kommen können. Es besteht auch kein Anlaß, in dieser Hinsicht zwischen dem Gerichtsschreiber oder dem zweiten Notare, deren Anwesenheit selbstverständlich erfordert werden müßte, und den diese ersetzenden Zeugen oder anderen Urkundspersonen zu unterscheiden. Das Gleiche ist von vielen Gesetzen vorgegeschrieben und entspricht wohl im Wesentlichen dem geltenden Rechte. Der Entw. hat von diesem Erfordernisse nicht Umgang nehmen können, ob schon nicht verkannt ist, daß in der Aufstellung von Vorschriften, deren Nichtbeachtung die Richtigkeit einer letztwilligen Verfügung nach sich zieht, thuntlichst Maß zu halten ist.

Anwesenheit.

§ 1916 (II 2100, 2101, B. 2208, 2209, R. 2206, 2207, G. 2234, 2235).

Daß gewisse Personen in Rücksicht auf ihr Verhältniß zum Verfügenden nicht mitwirken können, bestimmt der § 1916. Als absolute Hinderungsgründe, dh. als Gründe, deren Nichtbeachtung die Richtigkeit der ganzen Verfügung zur Folge hat, werden nur bezeichnet: der Umstand, daß eine der genannten Personen der Ehegatte des Verfügenden ist oder war, also auch wenn die Ehe nicht mehr besteht, und ferner nahe Verwandtschaft oder Schwägerschaft mit dem Verfügenden, nämlich in gerader Linie oder im zweiten Grade in der Seitenlinie. Die Fassung der letzteren Entscheidung, welche auffallend erscheinen kann, ist dadurch geboten, daß alle Verwandten der geraden Linie auszuschließen sind. Nicht erwähnt ist als selbstverständlich, daß der Verfügende bei der Errichtung seiner Verfügung nicht selbst zugleich als Richter oder Notar usw. mitwirken kann. Wenn im § 1245 Abs. 2 bestimmt ist, daß der Standesbeamte bei Schließung seiner eigenen Ehe nicht mitwirken könne, so liegt darin kein Grund, eine entsprechende Vorschrift hier aufzunehmen. Der Fall des § 1245 unterscheidet sich wesentlich von dem hier zu regelnden Falle. Ebenjowenig kann ein Bedenken daraus entnommen werden, daß die C.P.D. im § 41 Nr. 1 für erforderlich gehalten hat, zu bestimmen, daß ein Richter nicht in eigener Angelegenheit das Richteramt ausüben kann. Die letztere Vorschrift ist offenbar nur aufgenommen, um daran anzuschließen, daß das Gleiche gilt, wenn der Richter Mitberechtigter oder Mitverpflichteter einer Partei oder dieser gegenüber regerepflichtig ist.

Verhältnis zum Verfügenden.

§ 264.

In Ansehung des Ehegatten stimmt die Vorschrift mit fast allen geltenden Rechten überein (vgl. § 41 Nr. 2 C.P.D.; § 22 Nr. 2 St.P.D.; § 156 I 2 und II 2 des G.W.; wegen des preuß. Rechtes vgl. Gruchot 27 S. 673). — In Ansehung der Schwägerschaft stimmt der Entw. mit dem § 41 Nr. 3 C.P.D., dem § 22 Nr. 3 St.P.D. und dem § 156 I 3, II 3 G.W. überein. Der Zusatz „auch wenn die Ehe nicht mehr besteht“ ist wegen des § 33 entbehrlich. In Ansehung der Verwandtschaft weicht der Entw. insofern von den vorbezeichneten Reichsgesetzen ab, als er den Hinderungsgrund in der Seitenlinie bis auf den zweiten Grad beschränkt. Dies erscheint ausreichend. Für die Testamentserrichtung geht es über das Bedürfnis hinaus, den Personen die Mitwirkung zu versagen, die mit dem Verfügenden im 3. Grade verwandt sind. Der Ausschluß dieser Personen ist weder im Interesse der Wahrung der Integrität des Beamtenstandes noch zur Vermeidung einer Beeinflussung erforderlich; eine Beeinflussung durch solche Personen ist nicht zu befürchten. — Die rheinpreuß. NotariatsD. v. 25. April 1822 Art. 19, 20 und das franz. sog. VentöseG. Art. 8 gedenken auch der uneigentlichen Schwägerschaft, dh. der Schwäger der Frau des Notares, die hannov. § 27 und die sächs. § 11 der Verlobten. So weit zu gehen, besteht kein hinreichender Anlaß.

Die durch Annahme begründete Verwandtschaft bedarf einer Erwähnung nicht. Abgesehen von der Eheschließung, für welche etwas Besonderes gilt (vgl. § 1240 verb. mit § 1236), hat auch der Entw. auf diese Verwandtschaft nicht besonders Bezug genommen (vgl. § 27 Abs. 2, §§ 1480, 1483 Abs. 1, 1485, 1638 Abs. 1, 1651 Nr. 1 und 4, 1657, 1678, 1713, 1715 Abs. 2, 1716 Nr. 3). Zwar setzt der Begriff der Verwandtschaft — wenn vom Verhältnisse des unehelichen Kindes zu der Mutter und deren Verwandten abgesehen wird — eheliche Abstammung nach Maßgabe des § 1466 voraus. Allein es genügt der § 1601 Abs. 1. Darnach erlangt der Angenommene durch die Annahme die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes des Annehmenden, soweit nicht aus dem Gesetze ein Anderes sich ergibt. Von den durch Annahme verbundenen Personen gilt daher innerhalb der durch § 1620 gezogenen Grenzen das Gleiche wie von den auf Grund des § 1466 verbundenen Personen.

Annahme an Kindesstatt.

Der Abs. 2 regelt die Ausschließung von der Mitwirkung durch den Umstand, daß die mitwirkende Person selbst bedacht oder zum Vollstrecker ernannt werden soll, ohne daß in gleicher Weise Jemand bedacht oder ernannt werden soll, der mit einem Mitwirkenden in einem der im

§ 265. Unwirksamkeit gewisser Anordnungen.

Abf. 1 unter Nr. 1, 2 bezeichneten Verhältnisse steht. Die Nichtbefolgung dieses Verbotes soll jedoch nur in beschränkter Weise wirken; es wird nur die betr. Zuwendung an den Bedachten oder die Ernennung als Vollstrecker für unwirksam erklärt. Einige Rechte*) behandeln diese Fälle als Fälle der Erwerbsunfähigkeit (vgl. S. 15). Die Beschränkung, welche bestimmt ist, erscheint angemessen und genügend. Die Ausdehnung der Beschränkung auf Personen, welche mit dem Ehegatten des Bedachten in der im Abf. 1 Nr. 2 bezeichneten Art verwandt oder verschwägert sind, ist nicht erforderlich. Ein Verstoß in dieser Richtung kann leicht vorkommen, da solche Familienbeziehungen nicht immer den entfernteren Stehenden bekannt sind; es wäre hart, daran die Nichtigkeit der Zuwendung zu knüpfen. — Das ALR. beschränkt seine Vorschriften auf den Fall des mündlichen Testamentes (vgl. Dernburg § 109 Anm. 4; Eccius § 249 Anm. 63), giebt auch besondere Vorschriften, in welcher Weise mitwirkenden Personen ein Vermächtniß wirksam zugewendet werden kann (I 12 §§ 136, 137). Das letztere zu bestimmen, besteht kein Bedürfnis. In Ansehung des verschlossen übergebenen Testamentes läßt sich für eine Beschränkung der Vorschrift Manches geltend machen, insbes., daß die Zuverlässigkeit der Beurkundung nicht beeinträchtigen kann, wenn in der verschlossen übergebenen Urkunde Anordnungen zu Gunsten des Mitwirkenden oder gar seiner Verwandten enthalten sind, von welchen dieser vielleicht selbst keine Kenntniß hat. Indessen wäre eine solche Unterscheidung der einzelnen Errichtungsarten mißlich; auch kann der Umstand, daß die Urkunde verschlossen übergeben wird, allein nicht genügen, um den Mangel der Kenntniß von deren Inhalte dazuthun.

Ernennung
zum
Vollstrecker.

Die Ernennung zum Vollstrecker ist der Bedenkung gleichgestellt; innere Gründe, in dieser Hinsicht zu unterscheiden, sind nicht vorhanden. Die Gleichstellung muß erfolgen, ohne Rücksicht darauf, ob der Ernannte als Vollstrecker besonders bedacht ist. Der Vollstrecker hat nach § 1909 Anspruch auf eine angemessene Vergütung für seine Geschäftsbesorgung. Die Vergütung kann unter Umständen zu einer sehr hohen werden. In der Aussicht auf sie liegt möglicherweise ein bedenklicher Anreiz, die Ernennung zum Vollstrecker in eigennützigem Interesse anzustreben. Selbst wenn der Erblasser eine Vergütung ausgeschlossen hat, kann das Amt des Vollstreckers und das Vertrauen, welches sich in der Uebertragung eines solchen Amtes zu erkennen giebt, ein wichtiges Verfügungsgrecht und dadurch zugleich eine Stellung gewähren, welche bedeutamer ist, als ein vielleicht nicht erhebliches Vermächtniß. Freilich ist nicht selten der zum Vollstrecker Ernannte in Wirklichkeit die Vertrauensperson des Erblassers und wirkt alsdann erfahrungsmäßig auch bei der Errichtung des Testamentes mit. Die Nachfälle, welche der Entw. dem Vollstrecker nach §§ 1889 ff. einräumt, nöthigt jedenfalls wegen der zu beforgenden Gefahr des Mißbrauches zu der Vorschrift des Entw., welche sich als eine Vorsichtsmaßregel darstellt.

§ 266.

§ 1917 (II 2102, 2103, B. 2210, 2211, R. 2208, 2109, G. 2236, 2237).

Verhältnis
zum Richter.

Der § 1917 wendet sich zu den Gründen, aus welchen gewisse Personen in Rücksicht auf ihr Verhältniß zum handelnden Richter oder Notare von der Mitwirkung bei der Testamenterrichtung ausgeschlossen sind und zu den Erfordernissen in Ansehung der Zeugen. Daß derjenige als Gerichtsschreiber, zweiter Notar, Urkundsperson oder Zeuge nicht mitwirken kann, welcher zum handelnden Richter oder Notare in einem der im § 1916 Nr. 1, 2 bezeichneten Verhältnisse steht, entspricht im Wesentlichen dem ALR. I 12 § 120 und Kommissen § 72 Abf. 2. Wenn auch die Nichtigkeitsgründe nicht ohne Noth gehäuft werden dürfen, so kann es doch nicht gestattet werden, daß diejenigen, welche wesentlich mit zur Kontrolle des die Verhandlung leitenden Beamten zugezogen werden, zu diesem in einem Verwandtschafts- oder Schwägerschaftsverhältnisse stehen. Jedenfalls würde es Anstoß erregen, wenn zugelassen würde, daß Vater und Sohn als erster und zweiter Notar oder drei Brüder als Richter und Zeugen bei Errichtung mitwirken.

Zeugen:

Ueber die weiteren Erfordernisse in Ansehung der Zeugen bestimmen die Abf. 2 und 3; der erstere enthält diejenigen, deren Nichtbeachtung Nichtigkeit zur Folge hat („kann nicht mitwirken“), der letztere giebt Ordnungsvorschriften. In Ansehung des Lebensalters (Abf. 2 Nr. 1, Abf. 3 Nr. 1) wird erfordert, daß die Zeugen wenigstens 16 Jahre alt seien, grundsätzlich sollen jedoch nur Volljährige zugezogen werden. Nach gemeinem Rechte (Windscheid § 542 Anm. 8) genügt das Alter von 14 Jahren oder der Geschlechtsreife (bei dem Privattestamente); im Uebrigen weichen die Rechte von einander ab. Dem gemeinen Rechte folgen das bayer. LR. III 3 § 8 Nr. 1 und andere Rechte beschränkten Geltungsgebietes, Roth § 303 Anm. 14; 16 Jahre erfordern außer anderen das württ. Recht, Stein § 53, 18 Jahre das öst. GB. § 591, die braunschw. NotarD. § 10, 20 Jahre die hannov. NotarD. § 28, Volljährigkeit der Code 980, das bad. G. v. 1879 § 48, eine Reihe von Notariatsordnungen, das sächs. GB. § 2102, das lübeck. G. v. 1865 Art. 7 (unter ausdrücklicher Zulassung der für volljährig Erklärten). Kommissen § 72 Abf. 1. —

*) Sächs. GB. § 2076; Kommissen § 57; Hess. Entw. 78. — Anders das gemeine Recht, Windscheid § 542 Nr. 41 (nur Erben) § 546 Nr. 2; ALR. I 12 §§ 133—139; Code 975, 1001; öst. GB. § 494; u. a.

Für das Erforderniß der Volljährigkeit spricht schon die wegen der Wichtigkeit des Aktes zu wahrende Feierlichkeit. Verlangt wird nicht das Alter von 21 Jahren, da es an einem zureichenden Grunde fehlt, die Volljährigkeitserklärten, welchen der § 26 im Uebrigen die rechtliche Stellung Volljähriger zubilligt, hier auszuschließen. Dadurch, daß im Falle der Zuziehung einer Person, welche das Alter der Testamentsmündigkeit | erreicht hat (§ 1911), der Nichteintritt der Nichtigkeit bestimmt | S. 267.
wird, wird der Vortheil erreicht, daß ein Irrthum über das Alter der Zeugen, wie er nicht selten obwaltet, unschädlich wird. Kann sich auch der verhandelnde Richter oder Notar über das Lebensalter des Zeugen irren, so wird doch nicht leicht eine noch nicht 16jährige Person für volljährig angesehen werden. Bei der Eheschließung wird ein bestimmtes Lebensalter der Zeugen nicht verlangt; der § 1249 Abs. 2 enthält nur eine Ordnungsvorschrift: Minderjährige sollen nicht zugezogen werden. Allein dort sind die Betheiligten selbst zugegen, die Zeugen dienen im Wesentlichen nur dazu, dem Akte in gewissem Maße den Charakter der Oeffentlichkeit zu verleihen. Hier sind die betheiligten Bedachten und die ausgeschlossenen gesetzlichen Erben nicht Mitwirkende; die Zeugen sind zugleich berufen, bei etwaigen späteren Streitigkeiten über den Hergang bei der Testamentserrichtung Auskunft zu geben.

Für unfähig zur Mitwirkung werden erklärt diejenigen, welche der bürgerlichen Ehrenrechte für verlustig erklärt sind, während der für den Verlust dieser Rechte bestimmten Zeit (Abs. 2 Nr. 2). Würde mit Rücksicht auf § 34 Nr. 5 StGB. dieser Personen nicht gedacht, so könnte sich der Zweifel erheben, ob nicht die Anwendbarkeit der Vorschrift habe verneint werden sollen. Eine Ordnungsvorschrift würde nicht genügen. Die unbedingte Ausschließung solcher Personen als Zeugen ist freilich nicht ohne Unzuträglichkeiten. Eine Eigenschaft wird erfordert, welche äußerlich nicht erkennbar ist. Schon die Frage, ob den Zeugen in dieser Richtung ein Mangel treffe, ist für den die Verhandlung Leitenden mißlich. Der Zeuge wird geneigt sein, den Mangel zu verschweigen. Eine Nichtigkeit kann selbst bei der größten Vorsicht unterlaufen. Nachdem jedoch bei dem Erlasse des StGB. für nöthig erachtet ist, mit der Aberkennung der Ehrenrechte, selbst auf diese Gefahr hin, die Unfähigkeit, als Urkundszeuge mitzuwirken, zu verbinden, wäre es bedenklich, vom StGB. in Ansehung des Testamentes abzuweichen. — Bedenken hiergegen lassen sich aus den § 1249 Abs. 2, § 1640 Nr. 3, § 1646 Abs. 2 deshalb nicht erheben, weil die Eheschließung sich durch die mündlichen Erklärungen der Eheschließenden vollzieht (§ 1248), die Heirathsurkunde aber keinen wesentlichen Bestandtheil der Eheschließung bildet, und weil bei Bestellung eines Vormundes dessen öffentlichrechtliche Stellung und die Verpflichtung durch die zuständige Behörde in Betracht kommt. Daß einige geltende Rechte (Windscheid § 542 Anm. 12, 13; öst. GB. § 592; sächs. GB. § 2102 für das gerichtliche Testament; Lüb. G. v. 1865 Art. 7; Mommsen § 72) nicht so weit gehen wie der Entw., kann hiernach nicht maßgebend sein.

Für unfähig, mitzuwirken, wird erklärt, wer als Gesinde oder Gehülfe im Dienste des verhandelnden Richters oder Notares steht (Abs. 2 Nr. 3). Die Vorschrift beruht auf denselben Erwägungen wie die des Abs. 1. Der Schwerpunkt der Vorschrift liegt auf dem Gebiete des notariellen Testamentes. Das zwischen den Bezeichneten und dem die Verhandlung Leitenden | bestehende Abhängigkeitsverhältniß läßt es angemessen erscheinen, diese Personen schlechthin aus- | S. 268.
zuschließen und nicht lediglich eine Ordnungsvorschrift aufzunehmen. Da eine Grenze zwischen Gehülften und Gesinde oft schwer zu ziehen ist, läßt sich das Verbot nicht auf Gehülften beschränken. Das Gesinde und die Gehülften des Verfügenden gleichfalls auszuschließen, geht nicht an. Die für die Ausschließung der erstbezeichneten Personen maßgebenden Gesichtspunkte treffen nicht zu. In dringenden Fällen werden zudem andere Zeugen nicht selten rechtzeitig nicht erlangt werden können.

Als Zeugen sollen, wie im Wege einer Ordnungsvorschrift (Abs. 3 Nr. 2) bestimmt wird, diejenigen nicht zugezogen werden, welche nach Vorschrift der Strafgesetze unfähig sind, als Zeugen eidlich vernommen zu werden. Ein Verstoß hiergegen ist nicht mit Nichtigkeit bedroht. Daß solche Personen als Zeugen nicht zugelassen werden (§ 161 StGB.), bedingt deren Nichtzulassung als Testamentszeugen. Den Zeugen fällt, obgleich nicht zunächst, immerhin die Aufgabe zu, sofern es nöthig wird, als Beweiszeugen zu dienen; solche Personen sind deshalb auch nicht geeignet, Testamentszeugen zu sein. Die Nichtigkeit des Testamentes kann aber an die Mitwirkung derselben nicht geknüpft werden. In Ansehung solcher Personen machen sich in erhöhtem Maße die Unzuträglichkeiten geltend, deren schon für das Erforderniß des Besizes der bürgerlichen Ehrenrechte gedacht ist, da es sich um die Entziehung einer Eigenschaft auf Lebenszeit handelt. Die Unfähigkeit wird nicht selten ein Geheimniß des Betroffenen sein, welches er nicht preisgibt, zumal wenn seit der Entziehung der Eigenschaft eine längere Zeit verstrichen ist oder der Betroffene seinen Wohnsitz verändert hat.

Im geltenden Rechte, insbes. in den vorzugsweise in Betracht kommenden Notariatsordnungen — bei der Aufnahme gerichtlicher Testamente wirken Zeugen nur ausnahmsweise mit — findet sich noch eine Reihe von Unfähigkeitsgründen, von deren Aufnahme abgesehen ist. Dahin gehören:

Ehrenrechte.

Gesinde des Verhandelnden.

Unfähigkeit, eidlich vernommen zu werden.

Ablehnung weiterer Unfähigkeitsgründe.

Männliches
Geschlecht.

a) Das Erforderniß des männlichen Geschlechtes. Soviel ermittelt, lassen nur das münd. StR. 208, 217 und das württ. Recht bei Privatkodizillen Frauen als Zeugen zu (Roth § 303 Anm. 9, § 304 Anm. 4; Stein § 153). Den auf die Gleichstellung der Geschlechter gerichteten Bestrebungen der neueren Zeit in dieser Hinsicht Rechnung zu tragen, erscheint nicht bedenklich. Läßt auch die Thätigkeit als Testamentszeuge in gewisser Beziehung als eine öffentlichrechtliche sich bezeichnen, so schließt die Eigenschaft als Frau und deren Stellung in der Familie doch nichts in sich, wodurch diese gehindert wäre, den an einen Testamentszeugen zu stellenden Anforderungen zu genügen. Die Zulassung der Frauen als Zeugen wird mittelbar zum Ausdrucke gebracht, indem im Abs. 1 auch die Nr. 1 des § 1916 Abs. 1 angezogen ist.

Persönliche
Bekanntschaft.
Identität.
| S. 269.

b) Das Erforderniß, daß der Zeuge den Verhandellenden oder den Betheiligten persönlich bekannt oder als identisch nachgewiesen sei (bayer. NotariatsD. 53; rheinpreuß. 21; verschiedene andere Notariatsordnungen; bad. G. v. 1879 § 48). Zwar ist es die Pflicht des verhandelnden Richters oder Notares, sich möglichst über die Identität der zugezogenen Personen zu vergewissern. Aber das Erforderniß der persönlichen Bekanntschaft ist ein zu unbestimmtes, um an einen Verstoß gegen dasselbe die Nichtigkeit des Errichtungsaktes zu knüpfen.

Nichtbevor-
mundete.

c) Das Erforderniß, daß der Zeuge nicht bevormundet sei (sächs. GB. § 2102; Lüb. G. v. 1865 Art. 7; noch anhält. NotariatsD. § 23; Mommsen § 72). Nach dem gemeinen Rechte und einigen anderen Rechten (Windscheid § 542 Anm. 9; bayer. LR. III 3 § 8 Nr. 3; Roth § 303 Anm. 13) ist auch der interdizirte Verschwender ausgeschlossen. Das Erforderniß des Nichtbevormundetseins würde nicht mehr in vollem Umfange haltbar sein, nachdem das unbedingt notwendige Alter der Zeugen auf das vollendete 16. Lebensjahr festgesetzt ist. Verschwender oder sonst Bevormundete als Testamentszeugen nicht zuzulassen, liegt kein hinreichender Grund vor.

Analphabeten.

d) Das Erforderniß, daß der Zeuge des Lesens und Schreibens kundig sei (zahlreiche Notariatsordnungen; Lüb. G. v. 1865 Art. 7; sächs. GB. § 2102; Fähigkeit zu schreiben; Mommsen § 72). Die Fähigkeit zu lesen kommt nicht in Betracht; es würde auch sehr zweifelhaft sein, was darunter zu verstehen ist. Das Erforderniß der Schreibenskunde ergibt sich, soweit es aufzustellen ist, aus § 1919 Abs. 4.

Wahr-
nehmungsfähigkeit zc.

e) Die Erfordernisse, daß der Zeuge bei gesundem Verstande, zur vollständigen Wahrnehmung des Herganges und zur Mittheilung seiner Wahrnehmungen im Stande, auch der deutschen Sprache mächtig sei (Windscheid § 542 Anm. 4, 5; Roth § 303 Anm. 6—8, bayer. LR. III 3, § 8 Nr. 1; sächs. GB. §§ 2102, 2104, 2106; württ. Recht bei Stein § 53; Lüb. G. v. 1865 Art. 7; öst. GB. § 591; zahlreiche Notariatsordnungen; Mommsen § 72). Bei der Eheschließung ist nichts bestimmt über die Wahrnehmungsfähigkeit der Zeugen (§ 1249 Abs. 2); es ist nicht für nöthig oder nur räthlich erachtet, die aus dem Begriffe von Solennitätszeugen als erforderlich sich ergebenden Eigenschaften zum Gegenstande gesetzlicher Vorschriften zu machen. Dieser Grundsatz muß in Ansehung der Testamentszeugen um so mehr maßgebend sein, als die geltenden Rechte überwiegend solche Vorschriften nicht enthalten. Daß, wer berufen ist, etwas zu sehen, zu hören, zu begreifen, in der Lage sein muß, zu sehen ufw., versteht sich von selbst; er darf also nicht des Vernunftgebrauches beraubt, blind oder taub sein; er muß auch, da vor einem deutschen Richter in deutscher Sprache zu verhandeln ist, der deutschen Sprache mächtig sein. Die schwierige Frage, ob im Einzelfalle Wahrnehmungsfähigkeit vorhanden ist, entzieht sich nach der Natur der Dinge der Entscheidung durch das Gesetz. Der Entw. muß sich auf die Feststellung positiver rechtlicher Erfordernisse beschränken.

Ausländer.

f) Das Erforderniß, daß die Zeugen nicht Ausländer und auch nicht solche Geistliche oder Aerzte seien, welche für den Verfügenden Seelsorge ausüben oder ihn in Behandlung haben (außer zahlreichen Notariatsordnungen Code 980; sächs. GB. § 591; Roth § 303 Anm. 14). Genügende Gründe für die Aufstellung eines derartigen Erfordernisses liegen nicht vor.

| S. 270.

Rogation.

g) Das Erforderniß der Rogation der Zeugen (Windscheid § 542 Anm. 1; Roth § 303 Anm. 24, 25; bayer. LR. III 3 § 5 Nr. 3). Eine Vorschrift dieses Inhaltes ist um so entbehrlicher, als die Zeugen nach § 1915 Abs. 1 zuzuziehen sind und als die unentbehrliche Unterzeichnung des Protokolles durch die Zeugen (§ 1919 Abs. 4) deren auf die Mitwirkung gerichteten Willen ergibt.

Selbstverständlich muß die erforderliche Fähigkeit der Zeugen zur Zeit der Testamentserrichtung vorhanden sein; der später eintretende Mangel schadet nicht, der Wegfall des wesentlichen Mangels kann das Testament nicht gültig machen (Roth § 303 Anm. 22 und dessen Citate).

§§ 1918—1922 (II 2104, 2106/9, B. 2212, 2214/7, R. 2210, 2212/5, G. 2238, 2240/3).

b) Art der
Errichtung.

1. Die Vorschriften über die Art der Errichtung, sofern der Verfügende weder an Gebrechen leidet noch der Kenntniß der deutschen Sprache entbehrt, enthalten die §§ 1918—1920. Zugelassen sind 2 Formen, einmal die Erklärung vor den Mitwirkenden in mündlicher Form,

dann aber auch die Uebergabe einer die Verfügung enthaltenden Schrift an den verhandelnden Richter oder Notar mit der mündlichen Erklärung, daß die Schrift die Verfügung enthalte (§ 1918 Satz 1). Die erstere Form ist im Wesentlichen allen geltenden Rechten entsprechend (vgl. zB. Windscheid § 545 mit § 541; ALN. I 12 §§ 100—111; Code 791 ff.; sächs. GB. §§ 2094, 2097; bayer. NotarD. Art. 60, 61; öst. GB. §§ 587, 588; Mommsen §§ 59 ff.; Stobbe § 304 Anm. 7). Aber auch die Uebergabe einer offenen Schrift, welche die Verfügung enthält, ist von den meisten Gesetzgebungen — der Code 976 ordnet den sofortigen Verschuß an — gestattet, jedoch wird dieser Form zuweilen nicht ausdrücklich gedacht (zB. die bayer. NotariatsD. v. 1861). Der Entw. läßt zu, daß die Schrift offen oder verschlossen übergeben werde (§ 1918 Satz 3). Das ALN. I 12 §§ 107—111 unterscheidet, ob die offen übergebene Schrift das Testament selbst sein oder nur der mündlichen Erklärung zu Grunde gelegt werden soll. Im letzteren Falle ist selbstverständlich kein Testament durch Uebergabe einer Schrift in Frage. — Nicht bestimmt ist über den Stoff, auf dem geschrieben sein soll, noch über die Schreibmittel, Tinte, Bleistift usw., noch über die Art der Schrift. Nach dem sächs. GB. § 2096 und Mommsen § 64 Abs. 2 soll Zeichenschrift nicht zulässig sein; nach Siebenhaar zu § 2096 und Mommsen's Mot. S. 186 ist steno-graphische Aufzeichnung gemeint. Daß in Betreff der Deutung solcher Zeichen die nöthige Sicherheit fehle, kann nicht anerkannt werden.

Stoff,
Schreib-
mittel.

Das ALN. I 12 § 101 erfordert, daß das Schriftstück vom Verfügenden eigenhändig ge- oder wenigstens unterschrieben sei. | Eigenhändige Schrift des Verfügenden wird also auch hier so wenig verlangt, wie von den übrigen geltenden Rechten (vgl. zB. sächs. GB. § 2096; Code 976; Mommsen § 64 Abs. 1). Jedoch ist diese Frage nicht überall unbestritten oder doch nicht stets unbestritten gewesen, zB. in Württemberg (Stein § 50 Zus. 1). Deshalb ist im § 1918 Satz 2 ausdrücklich bestimmt, daß die übergebene Schrift auch von einer anderen Person als dem Erblasser geschrieben sein kann. Vom Erfordernisse der Unterschrift sieht der Entw. gleichfalls ab (vgl. § 1919 Abs. 2 Nr. 5). Auf diese Frage wird S. 272 noch eingegangen werden.

Eigenhändige
Schrift,
Unterschrift.
| S. 271.

Daß ein Protokoll über die Errichtung der letztwilligen Verfügung aufzunehmen ist (§ 1919 Abs. 1), entspricht mindestens einer größeren Zahl der geltenden Rechte. Gleich hier wird betont, daß es in deutscher Sprache aufzunehmen ist (vgl. § 1923). Dies erscheint angemessen mit Rücksicht auf § 186 GB. Abgelehnt ist damit zugleich diejenige Form, welche Mommsen in seinen §§ 69—77, im Anschlusse an die Schlesw.-holst. G. v. 4. Febr. 1854 und 30. Aug. 1859 sowie das lit. G. v. 1865 Art. 6, befürwortet, nämlich Beglaubigung auf der übergebenen Schrift und ohne ein besonderes über die Verhandlung geführtes Protokoll. Das Geltungsgebiet der bezeichneten Gesetze ist nur ein kleines. Zudem besteht kein Bedürfnis, diese weitere Form zuzulassen. Wenn dafür geltend gemacht wird, daß das Gericht durch den Notar ersetzt werden könne, und daß dem Verfügenden ermöglicht werde, das Testament selbst oder durch einen Vertrauensmann aufzubewahren, so kommt der erstere Grund gegenüber § 1914 nicht in Betracht; der zweite Grund würde dem Gedanken, auf welchem § 1932 beruht, geradezu widersprechen.

Protokoll.

Was das Protokoll zu enthalten hat, wird im § 1919 Abs. 2 unter 5 Ziffern bestimmt. Die Nr. 1 (Ort und Tag der Verhandlung) erscheint auch in Ansehung des Ortes angemessen, weil diese Angabe unter Umständen von erheblicher Bedeutung werden kann für die Beurtheilung der Frage, ob der Richter oder Notar überhaupt zur Vornahme des Errichtungsaktes zuständig gewesen ist. Nach dem Rechte mehrerer Bundesstaaten ist zwar der Richter oder Notar in der Aufnahme von Testamenten nicht an den Bezirk gebunden, für welchen er zuständig ist (vgl. zB. ALN. I 12 § 73; Stobbe § 304 S. 227); jedoch gilt dies nicht allgemein, und auch nach solchen Rechten darf der Richter jedenfalls nicht außerhalb des Staates, welchem er angehört, thätig werden. — Unter Nr. 2 ist erwähnt der Name einer jeden bei der Errichtung mitwirkenden Person, unter Nr. 3 die Angabe der Eigenschaft, in welcher jene Person mitgewirkt hat, unter Nr. 4 der Name des Verfügenden. Dafür, daß die Angabe des Wohnortes der Mitwirkenden ebenfalls als wesentlich bezeichnet werde, läßt sich geltend machen, die Feststellung der Persönlichkeit werde unter Umständen durch die Bezeichnung des Wohnortes derselben | erheblich erleichtert. | S. 272. Allein es würde zu weit gehen, im Falle der Unterlassung dieser Angabe den Errichtungsakt für nichtig zu erklären. Es muß genügen, wenn die Persönlichkeit, falls es erforderlich wird, in irgend einer Weise festgestellt werden kann, und hierzu reicht in der Regel die Angabe des Namens aus. Aus dem gleichen Grunde kann die Angabe des Wohnortes des Verfügenden nicht für wesentlich erachtet werden. Ebensowenig ist es erforderlich, in Ansehung des verhandelnden Richters oder Notares oder Gerichtsschreibers oder Urkundsbeamten die Angabe des Amtssitzes dieser Personen vorzuschreiben. Insbes. kann von einer solchen Angabe die Gültigkeit des Errichtungsaktes nicht abhängig gemacht werden. Zudem läßt sich nach den bestehenden Einrichtungen aus der Angabe des Namens und der amtlichen oder dienstlichen Stellung der Mitwirkenden, der Eigenschaft, in welcher die Betreffenden mitgewirkt haben, überall deren Amtssitz ohne Weiteres feststellen. — Unter Nr. 5 wird verlangt die Feststellung des Herganges bei der Errichtung.

Inhalt des
Protokolles.

Zum Ausdruck gelangt, daß im Falle der Errichtung durch mündliche Erklärung der Inhalt der mündlich erklärten Verfügung anzugeben ist, und daß im Falle der Uebergabe einer Schrift dem Protokolle zu entnehmen sein muß, der Verfügende habe die Schrift mit der Erklärung übergeben, sie enthalte seine letztwillige Verfügung. Die Vorschrift ist jedoch allgemein gefaßt, um zu vermeiden, daß auf den Gebrauch der Worte Gewicht gelegt oder eine sakramentale Formel als erforderlich angesehen werde. — Im Wesentlichen stimmt diese Vorschrift mit dem geltenden Rechte überein.

Unterschrift
der
übergebenen
Schrift.

Einige Rechte verlangen, daß der Verfügende die von ihm als letztwillige Verfügung übergebene Schrift unterschrieben haben und zu Protokoll erklären müsse, die Schrift sei von ihm unterschrieben. Das sächs. GB. § 2096 und einige Rechte beschränkten Geltungsgebietes, zB. nürnb. Reform. 29, 1, fränk. LGO. 40 § 7, uLL., verlangen die Unterschrift nicht; für das gemeine Recht vgl. in diesem Sinne Seuffert 16 Nr. 231. Das ALN. I 12 § 108 erfordert die Unterschrift; ebenso noch das preuß. G. v. 28. Juni 1886 § 5. Aber in Preußen ist wiederholt die Erfahrung gemacht worden, daß die Unterschrift entgegen der Versicherung des Verfügenden bei der Uebergabe fehlte und, da die Versicherung die Unterschrift nicht ersetzt, Testamente als nichtig behandelt werden mußten, welche unzweifelhaft echt waren. Der Entw. hat deshalb von einem solchen Erfordernisse abgesehen. Der Wille des Verfügenden wird durch die nach § 1918 erforderliche Erklärung hinreichend sichergestellt. Gegen eine Unterschiebung bietet der § 1932 genügende Gewähr. Es kann auch nicht zweifelhaft sein, daß der Wille ein ernstlicher und perfekter ist. Wird ein Mehreres verlangt und besonders mit dem ALN. dem Richter zur Pflicht gemacht, sich davon zu überzeugen, daß die Schrift unterschrieben sei, so führt eine solche Vorschrift, falls sie mit großer Vorsicht gehandhabt wird, zu einer entbehrlichen Einsicht in die Urkunde seitens der Mitwirkenden. Wird die Vorschrift nicht angewendet, so kann sich nur zu leicht das bezeichnete unerwünschte Ergebnis herausstellen.

§ 273.

Vorlesung.

Das Protokoll muß stets vorgelesen werden; die Vorlesung hat nicht allein gegenüber dem Verfügenden zu erfolgen (§ 1919 Abs. 3). Auch die mitwirkenden Nebenpersonen müssen von dem Inhalte Kenntniß erhalten; denn sie sind berufen, darüber zu wachen, daß Alles ordnungsmäßig vor sich gehe, daß insbes. das Niedergeschriebene wirklich den Willen des Verfügenden wiedergebe; sie haben dies durch ihre Unterschrift (Abs. 4) zu bestätigen. Das Erforderniß der eigenhändigen Unterschrift des Verfügenden erscheint als Regel unentbehrlich (Abs. 3), weil nach der Auffassung des Lebens die Unterschrift die endgültige Bestätigung der Genehmigung bildet. Eigenhändige Unterschrift wird im Anschlusse an den § 92 Abs. 1 (Mot. 1 S. 185) erfordert. Das aufgestellte Erforderniß der Vorlesung und der Genehmigung entscheidet die hierüber im gemeinen Rechte bestehende Streitfrage (Seuffert 6 Nr. 266) im Sinne des Reichsvisitationsabschiedes von 1713 § 27. — Daß dem Verfügenden auf sein Verlangen das Protokoll zur Durchsicht vorzulegen sei (§ 1919 Abs. 3 Satz 2), ist eine Ordnungsvorschrift, welche angemessen erscheint, da nicht Jedermann im Stande ist, dem Vorlesen dergestalt zu folgen, daß er sofort auch über den Inhalt und die Tragweite des Vorgelesenen sich klar wird. Die Genehmigung des Protokolles seitens der Mitwirkenden liegt in der Vollziehung des Protokolles. Die Mitwirkenden nehmen in dieser Hinsicht dieselbe Stellung ein wie der verhandelnde Richter oder Notar.

Vorlesung.

Erklärung,
nicht schreiben
zu können.

Für den Fall, daß der Erblasser erklärt, er könne nicht schreiben, soll die erforderliche Unterschrift durch die Feststellung dieser Erklärung im Protokolle ersetzt werden (§ 1920). Getroffen wird damit sowohl der Fall, daß der Verfügende überhaupt nicht schreiben kann, als auch der Fall, daß der Verfügende nur (vielleicht in Folge einer Krankheit oder einer Verletzung) außer Stande ist, zu schreiben. Durch die Fassung wird außer Frage gestellt, daß einem späteren Gegenbeweise, dem Verfügenden sei die Bewirkung der Unterschrift möglich gewesen, kein Raum bleibt. Dadurch werden Streitigkeiten und verwickelte Prozesse abgeschnitten. Es genügt jedoch nicht, daß der Verfügende erklärt, er wolle nicht unterschreiben. Kann der Verfügende den regelmäßigen Form-erfordernissen genügen, so soll er sich ihnen nicht entziehen dürfen. Die Erklärung des Verfügenden, daß er nicht schreiben könne, ist um so unbedenklicher für ausreichend zu erachten, als sie erfahrungsgemäß kaum jemals ohne Grund abgegeben wird. Zu bestimmen, daß auch der Grund der Verhinderung am Unterschreiben im Protokolle festgestellt werden müsse, ist nicht rathsam. In die Nichteinhaltung einer solchen Vorschrift die Richtigkeit des Errichtungsaktes zu knüpfen, würde zu hart sein. — Für den Fall, daß eine der zur Mitwirkung bei der Errichtung zugezogenen Personen sich außer Stande erklärt, unterschreiben zu können, bedarf es keiner Vorschrift. Daß einer der Mitwirkenden im Laufe der Verhandlung in Folge einer Verletzung oder sonst unfähig wird, das Protokoll zu unterschreiben, wird kaum vorkommen. Ist aber eine Person zugezogen, von der sich nachträglich herausstellt, daß sie überhaupt des Schreibens unfähig ist und daß sie selbst ihren Namen nicht schreiben kann, so ist sie zur Zuziehung nicht geeignet gewesen; der Akt muß, so mißlich dies unter Umständen sein mag, unter Zuziehung eines Anderen, der dem Erfordernisse genügt, wiederholt werden. Die Zeugen, nur diese kommen dabei in Frage, sollen ein Ersatz sein

§ 274.

für den Gerichtsschreiber oder den zweiten Notar; Personen, welche diesen ersetzen sollen, müssen zum Mindesten ihren Namen zu schreiben verstehen.

Weitere Vorschriften für den zunächst in Betracht gezogenen Fall der Errichtung der Verfügung seitens einer Person, welcher Gebrechen oder andere Mängel, als die Unfähigkeit zu schreiben, nicht anhaften, sind nicht erforderlich. Insbes. bedarf es nicht einer Vorschrift für den Fall, daß der Verfügende vor dem Abschlusse des Protokolles stirbt oder geschäftsunfähig wird, oder daß ein Gleiches in Ansehung einer der zugezogenen Personen etwa eintritt. Nach den allgemeinen Grundsätzen kann es nicht zweifelhaft sein, daß der Verfügende, wenn das Testament gültig sein soll, den Abschluß des Errichtungsaktes, mithin die Vornahme der sämtlichen erforderlichen Formlichkeiten erlebt haben muß. Würde der während des Errichtungsaktes etwa eintretende Tod des Verfügenden als unerheblich behandelt, sofern nur der Verfügende seinen Willen in Gegenwart der vorschriftsmäßig zugezogenen Personen ausgesprochen hat, so würde den aufgestellten Formerfordernissen ihre Bedeutung zu einem nicht geringen Teile entzogen. Alsdann fehlte jede Gewähr dafür, daß der Verfügende seinen Willen wirklich vollständig kundgegeben hat, daß er nur das Erklärte und nicht etwas Weiteres hat bestimmen wollen. Auch der Gesichtspunkt, daß der Verfügende seinerseits Alles gethan hat, was ihm zu thun obgelegen hat, um den gewollten Erfolg herbeizuführen, darf nicht zur Richtschnur genommen werden, obgleich sich dafür geltend machen läßt, daß dieser im Interesse thunlichster Aufrechterhaltung letztwilliger Verfügungen der maßgebende sein müsse, und daß es dem entsprechen würde, wenigstens nur die Genehmigung des Errichtungsprotokolles seitens des Verfügenden, nicht auch dessen Unterzeichnung, welche nach § 1920 durch die Erklärung, nicht unterschreiben zu können, ersetzt werden kann, für unbedingt wesentlich zu erklären. Dahingestellt bleiben kann, ob nicht unter allen Umständen daran festgehalten werden müßte, daß auch das Protokoll seitens des Verfügenden unterschrieben oder die Erklärung des Verfügenden, daß er zu unterzeichnen außer Stande sei, zu Protokoll festgestellt sei, bevor der Tod des Verfügenden eintritt. Jedenfalls handelt es sich um sehr seltene Fälle. Wegen solcher Fälle den Grundsatz, daß ein unter Formvorschriften gestelltes Rechtsgeschäft nur dann gültig ist, wenn die Form gewahrt ist, hier zu durchbrechen, ist weder notwendig noch angemessen. Eine solche Regelung könnte leicht den praktischen Uebelstand zur Folge haben, daß auf den völligen Abschluß des Protokolles, insbes. auf die sofortige Unterzeichnung des Protokolles seitens der mitwirkenden Personen, nicht besonderes Gewicht gelegt wird, die Unterzeichnung vielmehr erst zu einer beliebig späteren Zeit erfolgt, vielleicht sogar ganz unterbleibt. Noch weniger besteht ein Anlaß, in Ansehung der Fälle, daß der Verfügende geschäftsunfähig wird, oder daß einer der Mitwirkenden vor dem Abschlusse des Aktes stirbt oder geschäftsunfähig wird, es nicht bei den allgemeinen Grundsätzen zu belassen.

Tod vor dem Abschlusse.

§ 275.

Entbehrlich ist eine dem für das gemeine Recht geltenden S. C. Libonianum entsprechende Vorschrift (Windscheid § 546 Anm. 3—6, § 633 Anm. 1). Zwar ist das Verbot übergegangen in das sächs. GB. § 2077, das öst. GB. § 595 und das bad. N. 909a; es ist dagegen schon beseitigt im bayer. N. III 2 § 9 Nr. 6 (vgl. Roth § 302 Anm. 5, 26, zugleich wegen des notariellen Testamentes in Bayern) und im N. (vgl. ObTrib. 2 S. 357; Eccius § 249 Anm. 45). Ein Bedürfnis, das Verbot aufzunehmen, kann nicht anerkannt werden. In den §§ 1916, 1917 ist die Mitwirkung derjenigen, welche bedacht sind oder mit dem Bedachten in einem nahen Verwandtschafts- oder Schwägerschaftsverhältnisse stehen, ausgeschlossen. Diese Vorschriften gründen sich darin, daß jede Beeinflussung des Willens des Verfügenden fernzuhalten ist. Eine solche Beeinflussung steht aber bei der Herstellung einer zu übergebenden Schrift nicht in Frage, zumal die bezeichnete Vorschrift sich nicht gegen den Verfasser, sondern gegen den Schreiber der die Verfügung enthaltenden Schrift richtet; sie bezweckt nur den Schutz gegen eine etwaige Fälschung seitens des Schreibers. Eine Fälschung zu Gunsten des Schreibers oder seiner Angehörigen ist möglich, aber die Gefahr, daß auf diese Weise dem Willen des Verfügenden nicht Entsprechendes zur Geltung kommt, liegt fern. Nach § 1922 kann eine Person, welche Geschriebenes nicht zu lesen vermag, letztwillig nur durch mündliche Erklärung verfügen. Läßt derjenige, welcher durch Uebergabe einer Schrift letztwillig zu verfügen beabsichtigt, die zu übergebende Schrift von einer anderen Person schreiben, so muß angenommen werden, daß er die Schrift vor der Uebergabe einer Durchsicht unterzogen hat. Dabei wird er etwaige Abweichungen von seinem Willen wahrnehmen. Dieser Umstand wird schon von einem Fälschungsversuche in der Regel abhalten, weil der Versuch voraussichtlich erfolglos bleiben muß. Sollte aber der Verfügende wirklich einmal so sorglos gewesen sein, das Schriftstück ungelesen zu überreichen, so bleibt selbst bei einer untergelaufenen Fälschung immer noch der spätere Nachweis der Fälschung offen. Durch eine Vorschrift im Sinne des S. C. Libonianum würden in vielen Fällen die Zuwendungsabsicht des Verfügenden vereitelt werden. In der Hauptsache würden nur Rechtsunkundige getroffen. Denn, wenn das Gesetz eine solche Vorschrift enthält, so wird der Rechtskundige nicht unterlassen, die Handschrift durch einen Dritten bewirken zu lassen.

S. C. Libonianum.

3. Erforder-
nisse hins.
Tauben.

1 §. 276.

2. Besondere Vorschriften in Ansehung derjenigen, die nicht hören können, sind mit Rücksicht auf § 1919 Abs. 3 Satz 2 nicht erforderlich. Würde vorgeschrieben, daß, wenn der Verfügende taub ist, diesem das Protokoll zum Durchlesen vorgelegt werden müsse, und daß die Taubheit oder doch die darauf sich beziehende Erklärung des Verfügenden, sowie die Thatsache, daß dem Verfügenden das Protokoll zum Durchlesen vorgelegt ist, im Protokolle festgestellt werden müsse, so würde sich ergeben (vgl. Mommsen § 52), daß eine taube Person, welche nicht lesen kann, ein Testament nicht errichten könnte. Dies geht jedoch zu weit. Weshalb einer solchen Person, wenn sie im Vertrauen auf die Gewissenhaftigkeit des verhandelnden Richters oder Notares oder im Vertrauen auf die Versicherung einer ihr sonst vertrauenswürdig erscheinenden Person hin, daß das Niedergeschriebene ihren Willen wiedergebe, die Genehmigung des Protokolles aussprechen will, die Möglichkeit entzogen werden soll, letztwillig zu verfügen, ist nicht ersichtlich. Die Ordnungsvorschrift des § 1919 Abs. 3 Satz 2 giebt auch einer solchen Person, falls sie lesen kann, das Mittel an die Hand, sich selbst zu überzeugen, daß das Niedergeschriebene ihrem Willen entspricht.

Stumme oder
zu sprechen
Verhinderte.
(G. § 2243.)

1 §. 277.

3. Personen, welche stumm oder zu sprechen verhindert sind, können eine letztwillige Verfügung ausschließlich durch Uebergabe einer Schrift errichten (§ 1921 Satz 1). Dies kann selbstverständlich erscheinen, allein die Vorschrift läßt zugleich erkennen, daß der Entw. eine Testamentserrichtung durch Zeichen (vgl. S. 251) nicht gestattet. Eine Errichtung durch Zeichen hat die Hauptbedeutung jedenfalls für Stumme. Die Aufnahme der Vorschrift wird daher nicht als eine unnötige Deutlichkeit bezeichnet werden können. Möglich wäre es, die Testamentserrichtung mittels Uebergabe allgemein so zu regeln, daß auch Stumme in der Lage sind, dieser Form sich zu bedienen. Die nur für einen besonderen Fall zu treffende Vorschrift müßte alsdann ohne Noth verallgemeinert werden. Damit würde einerseits der Durchsichtigkeit des Gesetzes Eintrag geschehen, andererseits würde damit auch solchen Personen, welche weder stumm noch zu sprechen verhindert sind, die Möglichkeit geboten, sich der in Ansehung solcher Personen für nötig zu erachtenden besonderen Form zu bedienen. Dies kann nicht gestattet werden. Es handelt sich um eine anomale Form, deren Gebrauch nicht in das Belieben eines jeden Verfügenden zu stellen ist, welche vielmehr nur dann angewendet werden darf, wenn die Nothwendigkeit hierfür vorliegt. — Als Voraussetzung für den Gebrauch der Form ist nicht aufgestellt, daß die betr. Person wirklich stumm oder zu sprechen verhindert sei, vielmehr ist für genügend erklärt, daß der verhandelnde Richter oder Notar, wie im Protokolle festzustellen ist, sich die Ueberzeugung verschafft hat, daß der Verfügende an dem Gebrechen leide. Damit werden Streitigkeiten abgeschnitten und wird zugleich dem Umstande Rechnung getragen, daß eine solche Feststellung | unter Umständen für den Verfügenden gefährlich sein kann, zB. wenn er an einem Zungenkrebse leidet oder ihm durch den Arzt wegen der Gefahr für seine Gesundheit oder sein Leben das Sprechen untersagt ist (vgl. Satz 3 a.G.).

Zur Vermeidung von Zweifeln ist es rätlich, auszusprechen, der Erblasser habe in Gegenwart aller mitwirkenden Personen die Erklärung niederzuschreiben, daß die übergebene Schrift die letztwillige Verfügung enthalte (§ 1921 Satz 2). Die Vorschrift verhindert, daß eine bereits vorher niedergeschriebene Erklärung des bezeichneten Inhaltes überreicht wird, und bietet die erforderliche Sicherheit, daß die Erklärung vom Verfügenden herrührt und seinem Willen entspricht. Die Zulassung des Niederschreibens in einer Anlage, welche als solche im Protokolle zu bezeichnen ist (Satz 3), erscheint an sich unbedenklich; sie muß aber besonders ausgesprochen werden, da anderenfalls die Zulässigkeit in Zweifel zu ziehen sein würde (vgl. § 146 Abs. 2 GPD). — Gemäß § 1919 muß die Vorlesung des Protokolles schon mit Rücksicht auf die Mitwirkenden erfolgen. Dagegen erscheint eine besondere Genehmigung des Protokolles seitens des Verfügenden entbehrlich. Sie könnte nach der Sachlage nur dadurch erfolgen, daß der Verfügende die Genehmigung wiederum schriftlich erklärt. Davon kann abgesehen werden, weil die Haupterklärung vollinhaltlich vom Verfügenden niedergeschrieben wird, und die Unterzeichnung seitens desselben über seine Genehmigung keinen Zweifel läßt. Dies rechtfertigt den Satz 4.

Unfähigkeit,
Geschriebenes
zu lesen.
(G. § 2238
Abs. 2.)

4. Für die Errichtung eines Testamentes in mündlicher Form durch eine Person, welche Geschriebenes zu lesen nicht vermag (vgl. S. 275), bedarf es besonderer Vorschriften nicht; es genügen die §§ 1919, 1920. Der Verfügende erhält regelmäßig Kenntniß von dem Inhalte des Errichtungsprotokolles durch Verlesung desselben. Kann er auch seinen Namen nicht schreiben, so greift der § 1920 Platz. Dagegen kann einer solchen Person nicht gestattet werden, durch Uebergabe einer Schrift ein Testament zu errichten. Wer eine Schrift als Trägerin seines letzten Willens überreichen will, muß unzweifelhafte Kunde von ihrem Inhalte zu haben wenigstens in der Lage sein. Diese Voraussetzung trifft bei einer solchen Person nicht zu. Der Entw. kann in dieser Hinsicht streng sein, weil der Weg der mündlichen Testamentserrichtung offen steht und dieser Weg in solchem Falle der allein naturgemäße ist (§ 1922).

Blinde.

Die meisten geltenden Rechte geben besondere Vorschriften für Blinde, zB. ÖN. I 12 §§ 113 ff.; ÖGD. II 3 § 8; sächs. GB. § 2071; bayer. ÖN. III 5 § 6 Nr. 2 und 3 § 7,

(Stobbe § 304 Anm. 25; Roth § 302 Anm. 32, § 304 Anm. 5 ff.) und fast alle Notariatsgesetze. Solche Vorschriften sind für den Entw. entbehrlich; der § 1922 genügt; die soeben hervorgehobenen Erwägungen treffen auch in Ansehung der Blinden zu.

Für den Fall, daß mehrere Gebrechen oder Mängel zusammentreffen (vgl. Entsch. 18 S. 301 ff.; sächs. GB. §§ 2070, 2071, 2098; bayer. MN. III 3 § 3; usw.), sieht der Entw. von Vorschriften ab. Es ist nicht Aufgabe des Gesetzes, die aus den einschlagenden verschiedenen Vorschriften sich ergebenden Folgerungen, bei welchen es bewendet, zu ziehen.

§ 278.
Mehrere
Gebrechen.

§ 1923 (II 2110, 2111, B. 2218, 2219, R. 2216, 2217, G. 2244, 2245).

Wenn Jemand, welcher des Deutschen nicht mächtig ist, letztwillig verfügen will, so wird der Regelfall sein, daß die mitwirkenden Personen nicht sämtlich derjenigen Sprache mächtig sind, in welcher der Verfügende sich erklärt. Mit diesem Falle beschäftigen sich die Abs. 1—3. Die Voraussetzung des Falles wie des im Abs. 4 besonders geregelten Falles, daß alle Mitwirkenden der fremden Sprache mächtig sind, ist, daß der Verfügende nach seiner Angabe des Deutschen nicht mächtig ist. Ein Weiteres zu erfordern, ist weder geboten, noch wäre die Aufstellung einer anderen Voraussetzung durchführbar.

4. des
Deutschen
nicht
Mächtige.

Daß im Regelfalle ein vereideter Dolmetscher zugezogen werden muß (Abs. 1), entspricht dem zumeist geltenden Rechte. Das MN. I 12 §§ 125—132 erforderte die Zuziehung zweier Dolmetscher oder zweier der fremden Sprache kundiger Zeugen; es ist aber geändert durch das G. v. 28. Aug. 1876, nach welchem (§ 4) die Zuziehung nur eines Dolmetschers genügt. Das sächs. GB. § 2099 und Mommsen § 68 verlangen, daß ein verpflichteter Dolmetscher zugezogen werde. So bestimmen auch die meisten Notariatsordnungen, das bad. G. v. 19. Juli 1879 §§ 43—45, das el.-lothr. G. v. 14. Juli 1871 §§ 10, 13, 15 nebst B. v. 17. Sept. 1874 § 2. Die Zuziehung eines gerichtlich vereideten Dolmetschers wird nicht verlangt, weil kein ausreichender Grund vorliegt, den Landesgesetzen entgegenzutreten, soweit sie die Zuziehung von Dolmetschern zulassen, welche von Verwaltungsbehörden bestellt und eidlich in Pflicht genommen sind, oder soweit sie den Notaren die Befugniß einräumen, im Falle des Bedürfnisses Personen als Dolmetscher zu vereidigen. — Daß auf den Dolmetscher die für Zeugen im § 1915 Abs. 3 und in den §§ 1916, 1917 gegebenen Vorschriften für entsprechend anwendbar erklärt werden (Abs. 2), rechtfertigt sich nach der Sachlage ohne Weiteres.

Dolmetscher.

Der Dolmetscher ist nach der Auffassung des Entw. das Organ, durch welches der Verfügende zu den übrigen mitwirkenden Personen redet. Was der Dolmetscher als den Willen des Verfügenden mittheilt, wird so angesehen, als wäre es vom Verfügenden in deutscher Sprache erklärt. Darnach gestaltet sich das nach § 1919 in deutscher Sprache aufzunehmende Protokoll, dessen einzelne Erfordernisse im Abs. 3 näher bestimmt werden. Das Protokoll muß dem Verfügenden vom Dolmetscher vorgelesen werden, und zwar in einer von diesem letzteren anzufertigenden Uebersetzung. Die Uebersetzung muß dem Protokolle als Anlage beigelegt und als Anlage im Protokolle bezeichnet werden. Außerdem muß das Protokoll enthalten die Erklärung des Erlassers, daß er der deutschen Sprache nicht mächtig sei, den Namen des Dolmetschers und die Angabe, daß der Dolmetscher die Uebersetzung angefertigt und vorgelesen habe. Diese Erfordernisse entsprechen der Sachlage. — Das Protokoll muß von dem Dolmetscher und den übrigen mitwirkenden Personen unterschrieben werden (Abs. 3 Satz 3). Hiernach muß auch die Vorlesung in deutscher Sprache bewirkt werden. Allerdings nützt diese Vorlesung dem Verfügenden nichts, allein die Vorlesung muß dennoch wegen der übrigen mitwirkenden Personen erfolgen. Das Protokoll ist vom Verfügenden zu unterschreiben, aber auch dessen Genehmigung, welche vom Dolmetscher als erklärt mitzutheilen ist, ist im Protokolle zu erwähnen. Die Uebersetzung hat lediglich den Charakter einer Vorsichtsmaßregel, indem sie die Gewähr bietet, daß der Dolmetscher als Organ des Verfügenden richtig fungirt hat. Der Dolmetscher wird gleich den Zeugen eine mitwirkende Person; er hat ebensowenig wie der Richter oder Notar das Protokoll selbst zu genehmigen, sondern nur mitzuvollziehen. Die Aufnahme des Protokolles in beiden Sprachen als wesentlich vorzuschreiben, ist nicht geboten.

Protokoll.

§ 279.

Im Falle des Abs. 4 ist natürlich ein Dolmetscher entbehrlich. Die nähere Bestimmung des Falles durch die Worte „nach ihrer Versicherung der Sprache . . . mächtig“ wird mißliche Streitigkeiten darüber abschneiden, ob diese Versicherung der Wahrheit entspricht. Gefahren sind deshalb nicht zu besorgen, weil selbstverständlich der verhandelnde Richter oder Notar sich zu überzeugen hat, daß die Versicherung glaubhaft ist. — In einigen Notariatsordnungen und im preuß. G. v. 26. Aug. 1876 § 7 ist die Niederschrift in der fremden Sprache für genügend erklärt und nur (im Wege einer Ordnungsvorschrift) bestimmt, es sei eine Uebersetzung in deutscher Sprache in das Protokoll aufzunehmen oder ihm als Anlage beizufügen. Dafür läßt sich geltend machen: das Interesse der Angehörigen in denjenigen Landestheilen, in welchen die deutsche Sprache nicht ausschließlich die Umgangssprache ist, ferner, daß es zur Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung

Der fremden
Sprache
mächtige Mit-
wirkende.

ausreiche, wenn die Erklärungen des Verfügenden in dessen Sprache niedergeschrieben sind, weiter die Rücksicht auf die große Zahl der in Deutschland sich aufhaltenden Ausländer, die an sich wünschenswerthe Verkehrserleichterung, die mögliche Gefährdung des Zustandekommens der Verfügung durch die Verzögerung der Errichtung in Folge der Aufnahme der Verhandlung in zwei Sprachen, endlich die Vermeidung der Gefahren, welche sich ergeben können, wenn die Uebersetzung nicht völlig im Einklange steht mit dem Wortlaute in der anderen Sprache. Entscheidend sind jedoch folgende Erwägungen. Der große Grundsatz, daß vor einem deutschen Richter oder Notare in deutscher Sprache zu verhandeln ist, muß, wie er sich im § 186 G.B. findet, hier gleichfalls zur Geltung gebracht werden. Eine nationale Pflicht und Ehrensache ist es, auch hier an der deutschen Sprache festzuhalten. Dies liegt zudem wegen des amtlichen Urkunden zukommenden öff. Glaubens im öff. Interesse. Wenn, wie in anderen großen Staaten, streng auf Beurkundung in der Staatsprache gehalten wird, so wird darunter der Testamentsverkehr nicht leiden, zumal die Aufnahme des Protokolles in beiden Sprachen allen billigen Anforderungen gerecht wird. Die möglichen Verschiedenheiten und vielleicht sogar mitunter nicht leicht zu lösenden Widersprüche zwischen den Erklärungen in den beiden Sprachen können in dieser Hinsicht nicht entscheidend sein; sie sind nur eine Folge der besonderen Gestaltung dieses Falles.

Zur Vermeidung von Mißverständnissen weist der letzte Absatz darauf hin, daß auf das Protokoll im Uebrigen die §§ 1919, 1920 Anwendung finden.

| S. 280.

Zusatz des
Protokolles.

§ 1924 (II —, B. —, R. —, G. —, vgl. G.B. 151).

6. Vorbehalt
für die
Landesgesetze
cc.

Die §§ 1915 ff. bestimmen im Einzelnen dasjenige, was zur Erfüllung der Erfordernisse der ordentlichen Testamentsform nötig und genügend ist, abweichend von dem Verfahren, das sonst, wenn ausgesprochen wird, daß gerichtliche oder notarielle Form erforderlich ist, beobachtet ist (vgl. §§ 58, 92 Abs. 3, 350 Abs. 2, 351, 440 Abs. 1, 1212, 1335 Abs. 1, 1390, 1393, 1397, 1616 Abs. 2). Damit sind alle auf den gleichen Gegenstand sich beziehenden landesgesetzlichen Vorschriften, einschließlich derjenigen, welche nur einen Befehl enthalten, an dessen Nichtbefolgung die Nichtigkeit nicht geknüpft ist, beseitigt und durch die vollständige reichsgesetzliche Regelung ersetzt. Ein Zweifel kann sich jedoch erheben in Ansehung derjenigen Vorschriften der Landesgesetze, welche, wie z.B. diejenigen über die Feststellung der Identität oder Geschäftsfähigkeit des Verfügenden, Verbesserungen, Majoren, Zusätze, Aenderungen, Zwischenschreibungen, Verfügung von Siegeln u. dergl., sich nicht auf die Testamentserrichtung im Besonderen, sondern auf Errichtung von gerichtlichen oder notariellen Urkunden im Allgemeinen beziehen. Diesen allgemeinen Vorschriften die Bedeutung als Ordnungsvorschriften zu wahren, entspricht dem praktischen Bedürfnisse. Sonst könnte leicht eine fühlbare Lücke sich ergeben, so lange es an einer reichsgesetzlichen Regelung des Verfahrens bei der Aufnahme gerichtlicher oder notarieller Urkunden fehlt. Es würde nicht genügen, die Vorschrift in das G.B. aufzunehmen, weil sie zur Begrenzung der rechtsgeschäftlichen Erfordernisse für letztwillige Verfügungen gegenüber gewissen landesgesetzlichen Vorschriften dient. Selbstverständlich wird in keiner Weise die Befugniß der Landesregierungen berührt, Gerichte oder Notare mit Instruktionen, insbes. hinsichtlich des Verfahrens bei Aufnahme von Testamenten, zu versehen (vgl. S. 260).

| S. 281.

Im § 1915 ist nichts über die Zuständigkeit der Richter, Notare und Gerichtsschreiber bestimmt (vgl. S. 261), insbes. nicht, daß eine jede unter die Kategorie der Richter, Notare oder Gerichtsschreiber fallende Person zuständig sein soll. Der Behördenorganismus bestimmt sich auf dem Gebiete der nicht streitigen Rechtspflege nach wie vor nach Landesrecht. Dem Landesrechte muß daher die Befugniß verbleiben, in dieser Hinsicht die Voraussetzung für die gültige Errichtung einer letztwilligen Verfügung zu bestimmen. Dies stellt die dem G.B. [Art. 91] vorbehaltene Vorschrift klar. Die landesrechtlichen Vorschriften über die Zuständigkeit können sich sowohl auf die Abgrenzung der Arten der zuständigen Richter (Amtsrichter, Landrichter usw.) und Notare sowie Gerichtsschreiber aus der allgemeinen Kategorie derartiger Urkundspersonen beziehen, als auch auf die Abgrenzung der örtlichen Zuständigkeit. Der Entw. hat sich einer Entscheidung über die Folgen der Nichtbeobachtung solcher Vorschriften zu enthalten. Das Landesrecht ist nicht behindert, Vorschriften zu erlassen, welche die Gültigkeit des Aktes von der Beobachtung der Zuständigkeitsvorschriften abhängig machen (vgl. einerseits A.M. I 12 § 73; sächs. G.B. § 2093; Mommsen § 70; andererseits öst. G.B. § 589). In dieser Richtung einen Vorbehalt in den Entw. selbst aufzunehmen, ist nicht für erforderlich erachtet. [Vgl. G. v. 7. Mai 1898 §§ 167, 191.]

§ 1925 (II 2113, B. 2221, R. 2219, G. 2249).

B. Außer-
ordentl.
Form.
1. Vor dem
Gemeinde-
vorsteher cc.

Die Eigenthümlichkeit der durch § 1925 für gewisse Nothfälle zugelassenen außerordentlichen Testamentsform besteht darin, daß der verhandelnde Richter oder Notar durch den Vorsteher der Gemeinde des Errichtungsortes oder des landesgesetzlich einer Gemeinde gleichgestellten Verbandes dieses Ortes ersetzt wird, und daß dieser Vorsteher die letztwillige Verfügung, welche sowohl mündlich als schriftlich errichtet werden kann, unter Zuziehung von 2 Zeugen aufnimmt. Daß in

solcher Form errichtete Testament behandelt der Entw. als ein öffentliches (§ 380 der C.P.D.); es erlangt die Beweiskraft einer öff. Urkunde. In Ansehung der Art der Errichtung lehnt sich der Entw. (Abs. 1 Satz 2) an die für die Errichtung in ordentlicher Form gegebenen Vorschriften an. Der Gefahr des Mißbrauches wird durch die zeitlich beschränkte Gültigkeit eines solchen Testaments (§ 1926) vorgebeugt. Das Bedürfnis, einen Ersatz für die ordentliche Form zu schaffen, wenn die Mitwirkung der öff. Organe (Richter oder Notar) nicht zu erlangen ist oder diese verhindert sind, läßt sich nicht in Abrede stellen. Nachdem weder das holographische noch andere Privat-testamente zugelassen sind, ist Sorge zu tragen, daß in schleunigen Fällen möglich bleibt, einen Ersatz für diese Organe zu erlangen. Ein geeigneter, aber auch genügender Ersatz für den verhandelnden Richter oder Notar bietet sich in dem Vorsteher der Gemeinde, in deren Bezirke die Verfügung errichtet werden soll. Dem Gemeindevorsteher wird, um auch für solche Gutsbezirke zu sorgen, welche zu keinem Gemeindeverbande gehören, sondern einen selbständigen Verband bilden, der Vorsteher eines selbständigen Verbandes im Anschlusse an § 36 G.B.G. gleichgestellt (vgl. C.P.D. § 167; G. v. 6. Febr. 1875 §§ 4, 10, 84). — Daß für den Gemeindevorsteher, wie überhaupt, so auch in diesem Falle, der für denselben bestellte Vertreter eintreten kann, ist selbstverständlich und deshalb nicht besonders hervorzuheben.

Vertreter des
Gemeinde-
vorstehers.

Dem geltenden Rechte ist, wenigstens zum größten Theile, eine ähnliche Einrichtung nicht unbekannt. Es gehört hierher das gemeinrechtliche Testament ruri conditum (Windscheid § 544 Nr. 3; Stobbe § 304 Anm. 37—39). Außer den an das gemeine Recht sich anschließenden Statutarrechten (Roth § 304 Anm. 33—37; bayer. L.R. III 4 § 7; schaumb. Polizei-D. Kap. 13 § 5; bernburg. Edikt v. 13. Mai 1732) enthalten das W.R. I 12 §§ 93—98 mit den Rab.D. v. 21. Jan. 1833 und 6. Nov. 1834, Dekl. v. 10. Juli 1846 und Dorfgerichts-Instr. v. 11. Mai 1854 (Dernburg § 113, Eccius § 249 S. 398—400), der Code 974 und das württ. Recht (Stein § 58) sowie andere Rechte entsprechende Vorschriften; Mommsen kennt sogar eine ordentliche Testamentsform vor dem Civilstandsbeamten (§ 77).

§ 282.

Als Voraussetzung genügt dem Entw. nicht der Umstand allein, daß am Errichtungsorte ein Richter oder Notar nicht vorhanden oder der vorhandene verhindert ist. Erfordert wird vielmehr, daß die Gefahr hinzutritt, die Errichtung werde durch den Eintritt des Todes desjenigen, welcher verfügen will, deshalb vereitelt werden, weil den Erfordernissen der ordentlichen Testamentsform nicht genügt werden kann. Das W.R. erfordert, „Gefahr im Verzuge“. Die Aufstellung der strengeren Voraussetzung würde an sich den Uebelstand zur Folge haben, daß die Gültigkeit der letztwilligen Verfügung wegen des Mangels der Voraussetzung bekämpft werden kann. Diesem Uebelstande wird vorgebeugt (Abs. 2), indem die Voraussetzung ohne Zulassung eines Gegenbeweises als erfüllt, aber auch nur dann als erfüllt gilt, wenn das Vorliegen der Voraussetzung im Protokolle festgestellt ist. Der eigentliche Inhalt der Voraussetzung geht also nach dem Entw. dahin, daß der beurkundende Beamte den Nothstand festgestellt hat. — Der Entw. berücksichtigt nur die Lebensgefahr, nicht auch die Gefahr, daß Geschäftsunfähigkeit eintreten möchte. Soweit die letztere nicht in der Gefahr für das Leben mitenthalten ist, verdient sie nicht, besonders ins Auge gefaßt zu werden.

Voraus-
setzung.

Feststellung
im Protokolle.

§ 1926 (II 2116, B. 2224, R. 2222, G. 2252).

Der § 1926 beschränkt zeitlich die Wirksamkeit einer nach Maßgabe des § 1925 errichteten Verfügung. Die Fassung (Abs. 1) „gilt als nicht errichtet“ bringt die Rückbeziehung des Eintrittes der Unwirksamkeit zum Ausdruck. Damit wird zugleich die aufhebende Wirkung des Nothtestamentes gegenüber einem früher errichteten Testamente beseitigt (vgl. §§ 1933, 1936). Im Falle des § 1925 ist nur ein Nothtestament in Frage. Es fehlt daher an hinreichenden Gründen, diesem Nothtestamente noch Wirksamkeit zuzugestehen, wenn der Verfügende die Lage, welche ihn zu einer solchen Verfügung berechtigte, überlebt hat und noch ein weiterer Zeitraum verflossen ist, innerhalb dessen es dem Verfügenden möglich war, ein Testament in ordentlicher Form zu errichten.

Zeitliche
Beschränkung
der
Gültigkeit.

Im Anschlusse an die freilich für andere Fälle gegebene Fristbestimmung des sächs. G.B. § 2004 und des Code 996 (vgl. Mommsen § 81; hess. Entw. 108) erscheint die Frist von 3 Monaten seit der Errichtung in Verbindung mit dem Umstande, daß der Verfügende noch am Leben ist, ausreichend (Abs. 1). Jedoch wird, ähnlich wie im Falle des § 694, Beginn und Lauf der Frist für gehemmt erklärt, so lange der Verfügende außer Stande ist, in ordentlicher Testamentsform zu verfügen (Abs. 2). Hierdurch werden die Fälle einbezogen, in welchen der Verfügende nur ein anderes Nothtestament errichten konnte (vgl. §§ 1927, 1929 usw.), und in welchen der Verfügende wegen persönlicher Unfähigkeit, z.B. wegen Krankheit, außer Stande war, eine Verfügung in ordentlicher Form zu errichten. Dies ist geboten, da es sich darum handelt, dem Verfügenden hinreichende Zeit zu einer definitiv gültigen Errichtung einer Verfügung zu gewähren. — Eine besondere Vorschrift für den Fall, daß der Erblasser nach Ablauf der Frist für todt erklärt ist und der Tag, an welchem er der letzten Nachricht zufolge noch gelebt hat, in die Zeit vor Ablauf der Frist fällt (Abs. 3), ist mit Rücksicht auf den § 8 Abs. 2 zur Verdeutlichung beigelegt.

Frist.

§ 283.

§§ 1927, 1928 (II 2114, 2116, B. 2222, 2224, R. 2220, 2222, G. 2250, 2252).

2. Testament
bei Verkehrs-
sperrung.

1. Wenn Jemand in einer Ortschaft, einer Straße oder einem Gebäude sich aufhält, welche in Folge einer ausgebrochenen Krankheit oder in Folge sonstiger außerordentlicher Umstände dergestalt abgesperrt sind, daß die Errichtung einer letztwilligen Verfügung in ordentlicher Testamentsform nicht möglich oder erheblich erschwert ist, so kann er gleichfalls ein Testament in ordentlicher Form meist nicht errichten. Auch in solchem Falle muß daher ein Testament in außerordentlicher Form zugelassen werden. Das gemeine Recht kennt für diesen Fall das *test. tempore pestis*, welches mit mannigfachen Modifikationen in fast alle Rechte übergegangen ist. Vgl. Windscheid § 544 Nr. 2; Stobbe § 304 Anm. 40—44; württ. Recht bei Stein § 58; *MR.* I 12 §§ 198—204, *RabD.* v. 12. Juli 1831, 8. Okt. 1831 (Cholera), preuß. G. v. 8. Juni 1860 § 14 Abs. 2; Code 985—987; sächs. *GB.* §§ 2113, 2114; öst. *GB.* §§ 597—599; *Mommser* §§ 79—81; heff. *Entw.* 104 ff.; hamb. *StrN.* III 1 Art. 2; frankf. *Ref.* IV 1 § 3; *nA.*

lokaler Noth-
stand.

Die Vorschrift setzt einen Nothstand lokaler, nicht, wie die des § 1925, persönlicher Natur voraus. Ein lokaler Nothstand, welcher an der Benutzung der ordentlichen Testamentsform hindert, wird sich äußerlich immer als Absperrung darstellen. Der *Entw.* beschränkt sich darauf, die Zulassung der besonderen Form von dem Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzung des Nothstandes abhängig zu machen. Insbes. wird nicht erfordert, daß die hindernde Absperrung auf obrigkeitlicher Verfügung beruht; die Absperrung kann auch durch Naturereignisse oder durch Aufruhr oder durch kriegerische Ereignisse, welche den Verkehr hindern, eintreten. Ein solcher Nothstand ist zumeist eine notorische Thatsache. Deshalb ist nicht zu befürchten, daß die Voraussetzung leicht bestreitbar sein werde, und daß die Zulassung der außerordentlichen Testamentsform zu Angriffen auf die Gültigkeit der Verfügung Anlaß geben werde. Vorzuschreiben, daß stets eine Anordnung der Obrigkeit (seitens der zuständigen Verwaltungsbehörde) vorliegen müsse, welche mit Rücksicht auf einen vorhandenen objektiven Nothstand dessen Vorliegen endgültig feststellt, oder daß solche behördliche Anordnungen den Gebrauch der erleichterten Testamentsformen gestatten können, würde nicht angemessen sein. Das erstere ist, wenn von der nur auf die Cholera sich beziehenden bayer. *B.* v. 31. Dez. 1831 abgesehen wird, nirgends in Deutschland geltendes Recht. In beiden Richtungen steht entgegen, daß es durchaus anomal sein würde, wenn im Verwaltungswege darüber befunden werden sollte, ob eine civilrechtliche Voraussetzung vorliegt. Entscheidend ist, daß eine derartige Vorschrift dem praktischen Bedürfnisse nicht gerecht werden würde; die erforderliche obrigkeitliche Anordnung kann in einem solchen Falle schwerlich rechtzeitig erfolgen und noch weniger gehörig zur Kenntniß der Betheiligten gebracht werden. — Der *Entw.* erfordert nur das Ausbrechen der Krankheit, nicht, daß die Krankheit herrscht. Diese Beschränkung der Voraussetzung ist geboten mit Rücksicht darauf, daß, wie die Erfahrung der jüngsten Zeit lehrt, nicht selten auch dann der Kranke sofort isolirt wird, wenn der erste Fall einer ansteckenden Krankheit sich zeigt. Eine weitere Voraussetzung ist der Aufenthalt in einer Ortschaft usw. Es kann nicht das Wohnen in einer Ortschaft usw. erfordert werden; das Verweilen daselbst muß genügen, da ein solcher Nothstand auch in Ansehung eines auf der Reise Befindlichen sich ergeben kann.

Ausbruch der
Krankheit.

verschiedene
Formen.

Im Falle eines solchen Nothstandes werden drei außerordentliche Formen des Testamentes zugelassen, zwischen welchen dem Verfügenden die Wahl bleibt. Zugelassen wird zunächst das in den §§ 1925, 1926 geregelte Gemeindefestament. Dies entspricht der Erwägung, daß während der Absperrung die Mitwirkung des Gemeindevorstehers erlangbar sein kann. Damit wird nicht nur das gleiche Ergebnis wie durch die beiden anderen zugelassenen Formen erreicht, sondern sogar der Vortheil erzielt, daß wenn von dieser Form Gebrauch gemacht wird, eine öffentlichen Glauben genießende Beurkundung beschafft wird. — Neben dieser Form, also nicht etwa, wenn diese Form versagt, werden zwei weitere Formen zugelassen. Gestattet wird einmal die schriftliche (Holographen-) Form, d. h. eine vom Verfügenden unter Angabe des Ortes und Tages der Errichtung eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung (vgl. heff. *Entw.* 107). Die Zulassung einer solchen Form ist geboten, weil vielleicht auch taugliche Zeugen nicht zu erlangen sind und dem Verfügenden die Möglichkeit bleiben soll, selbst dann noch sich zu helfen. — Weiter gestattet der *Entw.* die mündliche Erklärung von 3 Zeugen. Der Abs. 2 giebt die näheren Vorschriften für die dritte zugelassene Form. In Ansehung der Zahl der Zeugen folgt der *Entw.* dem sächs. *GB.* § 2113. Statt der Zeugen die Zuziehung anderer Personen, wie Geistlicher, Aerzte, Polizeibeamten und dergleichen, vorzuschreiben, geht bei den vorausgesetzten Verhältnissen nicht wohl an. Die Erleichterung würde auch keinen Erfolg haben, wenn jene Personen nicht zu beschaffen sind oder ihre Mitwirkung versagen. In Ansehung der Fähigkeit der Zeugen sind weitere Erleichterungen, wie sie z. B. das bayer. *MR.* III 4 § 6 Nr. 2 gewährt, insbes. was das persönliche Verhältniß derselben zu dem Verfügenden oder dem Bedachten angeht, nicht bestimmt. Die Gründe, welche gegen die Zulassung solcher Personen bei der ordentlichen Testamentsform sprechen, treffen hier gleichfalls zu, besonders die Gründe, welche für die Erfordernisse hinsichtlich des Lebensalters und des Besitzes der Ehrenrechte geltend gemacht sind. Das Festhalten an diesen

| S. 285.

Anforderungen wird die Benutzung der erleichterten Form nicht wesentlich erschweren. Die Errichtung vor den 3 Zeugen bedingt selbstverständlich, daß die Zeugen sämtlich bei allen zu der Errichtung erforderlichen Handlungen gegenwärtig sein müssen. Einer Vorschrift, wer von den Zeugen das Protokoll niederzuschreiben oder wie die Niederschrift zu erfolgen hat, bedarf es nicht.

Nicht zugelassen ist die Uebergabe einer die Verfügung enthaltenden Schrift. Wird deren Verlesung vorgegeschrieben, so ergibt sich statt einer Minderung der Form eine Mischform und wird nicht in geeigneter Weise ein Anschluß an die ordentliche Testamentsform erreicht. Ohne daß weitere Vorschriften hinzugefügt würden, wäre eine solche Form nicht benutzbar für diejenigen, welche nicht schreiben können. Für Personen, welche sich schriftlich auszudrücken vermögen, genügt die holographische Form.

Bei der dritten Form wird die Zuziehung eines Dolmetschers nicht gestattet (Abs. 2 a. E.). Dazu fehlt es an jedem Anlasse. Obgleich die 3 ersten Absätze des § 1923 nicht angerufen sind, ist es doch für rathsam erachtet, dies ausdrücklich hervorzuheben. Im Uebrigen sind die Vorschriften über den Inhalt des aufzunehmenden Protokolles im Wesentlichen die gleichen wie bei der Errichtung eines ordentlichen Testaments, soweit überhaupt für deren Anwendung Raum bleibt. Deshalb genügt es, auf jene zu verweisen (Abs. 2).

Der wegen der Erfordernisse in Ansehung der Zeugen mitangezogene § 1917 Abs. 3 enthält nur eine Ordnungsvorschrift. Als solche verliert die Vorschrift freilich hier in gewissem Sinne ihren Werth und Einfluß, weil es an der amtlichen Verantwortlichkeit eines Mitwirkenden fehlt, welche die Befolgung der Vorschrift sichert. Indessen wäre es nicht rathsam, deshalb von der Bezugnahme abzusehen.

Das Protokoll, welches bei Errichtung des Testaments in ordentlicher Form oder vor einem Gemeindevorsteher als öff. Urkunde hollen Beweis für den darin bekundeten Vorgang liefert (§ 380 C.P.D.), wird bei der dritten hier zugelassenen Form ein Privatbericht, dessen Richtigkeit erst erwiesen werden muß. Um diesen Beweis zu erbringen, wird die Aussage der Zeugen, welche mitgewirkt haben, von großem Werthe sein. Dennoch ist der Zweck der Zuziehung von Zeugen, ebenso wie bei der Errichtung des Testaments in ordentlicher Form, zunächst nicht die Sicherung des Beweises, sondern die Erfüllung eines rechtsgeschäftlichen Erfordernisses. Die Zeugen | bleiben also auch hier Solennitätszeugen. Freilich bestimmt das MilG. v. 2. Mai 1874 § 44 Nr. 3, daß die bei dem Militärtestamente zugezogenen Zeugen Beweis- und nicht Instrumentszeugen sein sollen. Allein diese Vorschrift kann für den Entw. nicht maßgebend sein. | S. 286.

2. Für die Vorschrift des § 1928 über die zeitliche Beschränkung der Wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung der in § 1927 bezeichneten Art sind dieselben Gründe maßgebend wie für die Aufnahme des § 1926. Die entsprechende Anwendung des letzteren führt zu einem angemessenen Ergebnisse. | Zeitliche Beschränkung.

§§ 1929, 1930 (II 2115, 2116, B. 2223, 2224, R. 2221, 2222, G. 2251, 2252).

1. Der Entw. enthält keine Vorschriften über das Militärtestament. Solche Vorschriften sind entbehrlich, weil das CG. [Art. 26, G. 44] die hierauf sich beziehenden Vorschriften des G. v. 2. Mai 1874 aufrechterhalten wird (vgl. insbes. § 44 das.). Das Bedürfniß besonderer Vorschriften könnte sich nur insofern ergeben, als auch für diejenigen Fälle zu sorgen ist, auf welche der § 39 Abs. 3 das. sich bezieht. Der § 39 Abs. 3 ist so zu verstehen, daß auch spätere und künftig ergehende Landesgesetze des dort näher bezeichneten Inhaltes Geltung haben. Dies kann in Zweifel gezogen werden, weil der § 39 nicht den Ausdruck wählt, „bleiben unberührt“, wie in den Reichsgesetzen seit den sogen. Reichsjustizgesetzen für solche Gesetze der regelmäßige Sprachgebrauch ist, durch welche auch künftig ergehenden Gesetzen Raum gelassen werden soll, sondern nur bestimmt „es bleiben diejenigen landesgesetzlichen Vorschriften in Kraft“. Diesem Zweifel wird eine in das CG. aufzunehmende Vorschrift vorbeugen. — Mit Rücksicht hierauf ist es auch nicht für erforderlich erachtet, eine den §§ 1—3 des preuß. G. v. 8. Juni 1860 entsprechende Vorschrift aufzunehmen oder einen entsprechenden Vorbehalt dem CG. einzuverleiben. Kann auch künftig im Falle des § 39 Abs. 3 des MilG. den Auditeuren die Ausübung der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit sowohl ein- für allemal als für den einzelnen Fall im Verordnungswege übertragen werden, so sind die Auditeure in der Lage, in dem bezeichneten Falle ein Testament in ordentlicher Form aufzunehmen, sei es unter Zuziehung des beigegebenen Militärgerichtsaftuars als Gerichtsschreiber, sei es unter Zuziehung zweier Zeugen (§§ 1914, 1915). Alsdann ist ein solches Testament nicht lediglich ein in außerordentlicher Form aufgenommenes Testament von zeitlich begrenzter Wirksamkeit. Eines kommandirten Kriegsgerichtes (§ 1 Abs. 2 des preuß. G.) bedarf es nicht mehr.

Militärtestament.

Für die zur Besatzung eines in Dienst gestellten Schiffes oder Fahrzeuges der Kaiserl. Marine gehörenden Personen und für andere an Bord | eines solchen Schiffes oder Fahrzeuges genommene Personen wird, soweit nöthig, das CG. [Art. 26 G. 44] Sorge tragen durch Aus-

3. See- testament. | S. 287.

dehnung der Vorschriften des MilG. v. 2. Mai 1874 auf solche Personen. Hiernach erhebt sich nur noch die Frage, ob Vorschriften erforderlich sind im Interesse solcher Personen, welche sich auf einer Seereise an Bord eines deutschen, zur Kaiserl. Marine nicht gehörenden Schiffes außerhalb eines inländischen Hafens befinden. Das Bedürfnis kann verneint werden, da der Nothstand, in welchem sich solche Personen befinden, dem der Absperrung (§ 1927) insofern nicht völlig gleichzustellen ist, als der Seereisende sich freiwillig in die der Absperrung vergleichbare Lage begiebt und daher sehr wohl vorher die ihm etwa erforderlich erscheinenden Verfügungen auf den Fall seines Todes treffen kann. Im geltenden Rechte finden sich jedoch Vorschriften für diesen Fall, insbes. im Allr. I 12 §§ 205, 206, Code 988 ff., öst. GB. § 597 und bei Mommsen § 79. Wenn das englische Recht und die Rechte der ihm folgenden Staaten Nordamerika's Vorschriften dieses Inhaltes nicht haben, so dürfte die Erklärung hierfür darin zu finden sein, daß dort eine einfache, leicht zu erfüllende Form des ordentlichen Testaments gewährt ist, in England eigenhändige Niederschrift mit Zuziehung zweier Zeugen (vgl. stat. 1 Viet. c. 26, Blackstone II S. 331, Nasmith, institutes of private law Bd. 2 S. 536, 537). Dagegen geben Vorschriften über das Seetestament auch das nied. GB. 994 ff., das ital. GB. 788, das portug. GB. 948 ff., das GB. von Louisiana 1594 ff., fast alle mittel- und südamerikanischen Gesetzbücher, zB. Argentinien IV 12, 68, Uruguay 779 ff., Chile 1055, Bolivia 690, 691, Guatemala 785, 788, Honduras 1087—1094, Venezuela 732, 733, Mexiko 3824 ff., Haiti 794, ferner für Malta Ordonanz VII von 1868 Art. 374 ff., uA. — Der Entw. entscheidet deshalb für die Zulassung des Seetestamentes, bringt aber durch die Fassung zum Ausdruck, daß nur während der Seereise die Befugnis zur Errichtung eines Testaments in dieser außerordentlichen Form gewährt wird.

Führer des Schiffes oder dessen Stellvertreter.

Die meisten aufgeführten Rechte legen Werth darauf, daß zu den Mitwirkenden der Führer des Schiffes oder dessen Stellvertreter gehöre. Der Entw. ist denselben nicht gefolgt. Wird eine Ordnungsvorschrift aufgestellt, so wird diese nur zu leicht wirkungslos bleiben. Eine besondere Eigenschaft für die Zeugen vorzuschreiben, erscheint nicht geboten. Die Zuziehung des Führers des Schiffes würde sich von diesem Gesichtspunkte aus ohnehin kaum rechtfertigen lassen, da der Führer und dessen Vertreter in dieser Hinsicht nicht besondere Eigenschaften besitzen, insbes. nicht eine so ausgeprägte autoritative Stellung einnehmen, daß ihre Mitwirkung irgend welche Garantien für die rechtsgültige Errichtung des Testamentes gewährte oder der aufgenommenen Urkunde öffentlichen Glauben verleihen könnte.

§ 288.

Zeitliche Beschränkung.

Antritt einer neuen Seereise.

2. Die zeitliche Begrenzung der Wirksamkeit des nach § 1929 errichteten Seetestamentes rechtfertigt sich aus den gleichen Gründen wie die des Testamentes vor einem Gemeindevorsteher. Die Frist zu kürzen, etwa auf 1 Monat, ist schon im Interesse der Vereinfachung nicht angemessen. — Zu denken ist noch der besondere Fall, daß vor Ablauf der Frist eine neue Seereise angetreten wird. Bestimmt wird, es werde die Frist dergestalt unterbrochen, daß nach Beendigung der neuen Reise die volle Frist von Neuem zu laufen beginne (Satz 2). Von einer Fortsetzung der Reise ist nicht die Rede; so lange die Reise fortgesetzt wird, versteht sich die Hemmung des Laufes der Frist von selbst. Im Falle eines 3 Monate dauernden Aufenthaltes in einem fremden Hafen die Reise mit der Landung als beendet zu erklären, geht deshalb nicht an, weil eine solche Vorschrift von einer nicht immer richtigen thatsächlichen Voraussetzung ausgehen würde. Trifft die thatsächliche Voraussetzung zu, so versteht sich dasjenige, was bestimmt werden könnte, von selbst. Folgen dagegen mehrere Seereisen derselben Person in geringen Zwischenräumen auf einander und zwar in der Weise, daß dem Reisenden nicht eine volle zusammenhängende Frist von 3 Monaten zur Nachholung der Errichtung des Testamentes in ordentlicher Form bleibt, so ergibt sich das Bedürfnis einer Verlängerung der Frist in der bezeichneten Weise. Einen Unterschied kann es nicht machen, ob der Reisende in der Zwischenzeit im Inlande oder im Auslande sich befunden hat und ob die Reise auf demselben Schiffe wie die frühere oder auf einem anderen Schiffe angetreten ist.

§ 1931 (II 2117, 2118, B. 2225, R. 2223, G. —).

4. Gesandten-testament.

Die durch einen Erlaß des Auswärtigen Amtes v. 28. April 1875 angeregte Ergänzung des KonsulatsG. v. 8. Nov. 1867 dahin, daß ein Wahlkonsul zur Aufnahme eines Testamentes nur dann befugt ist, wenn ihm die betr. Befugnis durch Anordnung des Reichskanzlers besonders beigelegt ist, rechtfertigt sich deshalb, weil die §§ 16, 17 a.D. alle Konsuln für befugt erklären, Akte als Notare aufzunehmen und deshalb den Konsuln das Recht zusteht, auch Testamente von denjenigen Reichsangehörigen aufzunehmen, welche einem Bundesstaate angehören, nach dessen Gesetzen notarielle Testamente gestattet sind. Wahlkonsuln werden jedoch nur dann zur Aufnahme eines Testamentes geeignet sein, wenn sie im Besitze der dazu erforderlichen Rechtskenntnisse sich befinden. Die Aufnahme einer solchen Vorschrift ist nicht durch das G. v. 10. Juli 1879 über die Konsulargerichtsbarkeit entbehrlich geworden; das letztere bezieht sich ausschließlich auf die Ausübung der Gerichtsbarkeit durch diejenigen Konsuln, welchen die ordentliche Gerichtsbarkeit zusteht [vgl. CG. Art. 120 G. 38].

Der § 1931 regelt, im Anschlusse an das preuß. G. v. 3. April 1823, das Gesandten-
 testament. Der Grund, weshalb diese Testamentsform gestattet wird, liegt in einem gewissen
 Nothstande, dessen Vorhandensein in einem Schreiben des Auswärtigen Amtes an das Reichsjustizamt
 v. 14. Aug. 1880 festgestellt ist. Der Nothstand besteht hauptsächlich für Gesandte und Berufs-
 konsuln in außereuropäischen Staaten. Ein gleicher Nothstand läßt sich aber auch für Gesandte
 und Konsuln in europäischen Staaten in Rücksicht auf gewisse zur Levante gehörende Länder nicht
 völlig verneinen. Für Gesandte und Konsuln der einzelnen Bundesstaaten kann ein gleiches Be-
 dürfniß nicht anerkannt werden. Gesandte der Einzelstaaten sind in den in Betracht kommenden
 Ländern nur in geringer Zahl vorhanden. Das Konsulatswesen der Einzelstaaten ist durch Art. 56
 der Reichsverfassung erheblich beschränkt, da im Amtsbezirke der deutschen Konsuln neue Landes-
 konsulate nicht errichtet werden dürfen. Das vorerwähnte Schreiben des Auswärtigen Amtes regt
 denn auch die Aufnahme von Vorschriften nur in Ansehung derjenigen Funktionäre an, welche ihr
 Einkommen aus Reichsmitteln beziehen. Die Vorschriften folgen im Wesentlichen den §§ 2, 5
 des bezeichneten preuß. Gesetzes, nur sind dieselben den Verhältnissen des Reiches und den übrigen
 Vorschriften des Entw. angepaßt. In Ansehung der Vollendung der Errichtung mit der Ab-
 sendung wird Gewicht gelegt nur auf die Absendung, nicht, wie im preuß. G. v. 1823, auf gewisse
 Arten der Uebersendung (Satz 3). Dies erscheint zweckmäßig, weil es bedenklich sein würde,
 durch Beschränkung auf einige Arten der Uebersendung das Ergebnis herbeizuführen, daß durch
 die Wahl einer anderen Art der Uebersendung der zur Gültigkeit der Verfügung erforderlichen
 Form nicht genügt wird.

Zulassung.
| S. 289.

Ablehnung einer Erleichterung der Form für gewisse andere Fälle.

Für gewisse Anordnungen mit Rücksicht auf deren beschränkten Inhalt eine Erleichterung
 der Form zu gewähren, ist nicht erforderlich, ob schon solche Erleichterungen einigen geltenden
 Rechten entsprechen würden. Es gehören dahin:

I. Anordnungen über das Begräbniß des Verfügenden (Allr. I 12 § 169 mit § 162; Begräbniß.
 heß. Entw. 99 mit 98). Solche Anordnungen kommen nur insofern in Betracht, als sie eine
 Auflage enthalten. Für die Zulassung der holographischen Form läßt sich geltend machen, daß
 der Zweck der Anordnung deshalb mit Hilfe der ordentlichen Testamentsform sich nicht erreichen
 lasse, weil die Verkündung des Testamentes und damit die Feststellung, daß eine derartige Auf-
 lage vorliege, selten so schnell werde erfolgen können, daß deren Befolgung ausführbar sei, daß
 hingegen eine Anordnung in holographischer Form die mit der Auflage Beschwerten sofort nach
 dem Tode des Verfügenden über ihre Pflichten unterrichten werde. Allein diese Gründe erscheinen
 nicht ausreichend. Die Ausführung der auf das Begräbniß des Erblassers sich beziehenden An-
 ordnungen zu erzwingen, wird kaum jemals möglich sein. Die Ausführung wird im Wesentlichen
 stets von der Pietät der Hinterbliebenen abhängen, ohne daß es auf die verbindende Kraft der
 Anordnungen ankommen kann. Auch kann eine auf das Begräbniß sich beziehende Anordnung
 unter Umständen höchst beschwerlicher Art und ihre Befolgung mit unverhältnißmäßigen und be-
 trächtlichen Kosten verbunden sein. Es würde mißlich sein, in solchen Fällen die Anordnung in
 Ansehung der Form von der allgemeinen Regel auszunehmen. Dieses gewichtige Bedenken nöthigt
 dazu, alle Anordnungen über das Begräbniß der allgemeinen Regel zu unterwerfen. Dies kann
 um so anstandsloser geschehen, als erfahrungsmäßig derartige, selbst formlos getroffene Anordnungen
 von den Hinterbliebenen aus Rücksichten der Pietät gewissenhaft ausgeführt zu werden pflegen,
 sofern nur die dadurch verursachten Kosten nicht unverhältnißmäßige sind.

| S. 290.

II. Anordnungen über die Auseinandersetzung der Erben. Für solche gewähren eine Form-
 erleichterung das gemeine Recht — doch ist hier streitig, ob sie sich auf die gesetzlichen Erben be-
 schränkt — und viele sich anschließende Rechte (Windscheid § 628, insbes. Anm. 13; Roth § 306
 Anm. 69 ff.; Stobbe § 304 Anm. 47; für württ. Recht Stein § 61; sächs. GB. §§ 2115 ff., 2595;
 Mommsen §§ 82, 83), auch das Allr. I 12 § 170 und II 2 §§ 378 ff. Der Code 1075 ff.
 bestimmt keine Formerleichterung.

Auseinander-
setzung.

Einige Rechte lassen ferner ein privilegiertes Testament oder Kodizill der Ascendenten für
 Zuwendungen an ihre Descendenten zu; so insbes. das gemeine Recht und viele ihm folgende
 Rechte, zum Theile mit Ausdehnung auf den Ehegatten (Windscheid § 544 Nr. 4; Brinz § 369;
 Roth § 304 Anm. 80 ff., § 306 Anm. 63—65; für württ. Recht Stein §§ 59—61; sächs. GB.
 §§ 2115, 2116, 2595; Lüb. G. v. 1875 Art. 8; u. A. Für das Allr. vgl. Dernburg 116 bei
 Anm. 3 ff.; Mommsen's Mot. S. 196, — dazu aber Eccius § 249 Anm. 99.

Für das sog. test. parentum inter liberos eine erleichterte Form zuzulassen, fehlt es an
 zureichenden Gründen. Eine solche Verfügung unterscheidet sich ihrem Inhalte nach nicht wesentlich
 von anderen Testamenten. Soweit es anerkannt ist, bestehen zudem erhebliche Streitfragen, sowohl
 in Ansehung der Voraussetzungen, als der Wirkungen (vgl. Seuffert 2 Nr. 68, 70, 71 und 200;
 17 Nr. 261). Wird hier eine Formerleichterung nicht gewährt, so müßte ein dringendes praktisches

Bedürfnis vorliegen, wenn die sog. *divisio parentum inter liberos* anders behandelt oder auch nur zugelassen | werden sollte, daß der Erblasser, welcher von seinen Abkömmlingen oder von seinem Ehegatten oder von beiden gemeinsam beerbt wird, in erleichterter Form bestimmen könne, in welcher Weise jeder Beteiligte den ihm zukommenden Werthbetrag seines Erbbruchteiles zu erhalten habe. Ein Bedürfnis zu einer derartigen Erleichterung der Testamentsform liegt gegenüber dem Entw. überall nicht vor. Würde aber eine erleichterte Form in dieser beschränkten Weise zugelassen, so würde häufig Streit und Ungewißheit darüber entstehen, ob eine einfache Theilungsanordnung oder eine Zuwendung, welche nur in der Form des ordentlichen Testamentes gewährt werden kann, vorliegt. Im Erfolge würde damit auch sehr wenig erreicht, wenn die Veranschlagung des Werthes eines überwiesenen Gegenstandes seitens des Verfügenden ausgeschlossen bleibt. Letzteres aber kann nicht gestattet werden, wenn dadurch nicht die Erbbruchteile verändert werden sollen. Noch weniger kann zugelassen werden, daß der Verfügende in erleichterter Form über die Ausgleichungspflicht in Ansehung des Vorempfangenen bestimme; denn eine solche Anordnung kann weit über den Begriff einer Theilungsanordnung hinausgehen und tief in das gesetzliche Erbrecht eingreifen.

Ernennung
eines
Vollstreckers.

III. Die Ernennung eines Vollstreckers (AM. I 12 § 557; Refr. v. 19. Mai 1804 in Rabe's Samml. Bd. 8 S. 61; wegen der streitigen Auslegung vgl. Eccius § 255 Anm. 53, Dernburg § 165 Anm. 1; Mommsen § 180; heß. Entw. 98, 99, aber auch 204). Nachdem der Entw. in den §§ 1889 ff. dem Vollstrecker ausgedehnte Befugnisse beigelegt hat, erscheint es nicht zulässig, die in der ordentlichen Testamentsform liegenden Garantien für eine so wichtige Anordnung zu mindern. Dies würde auch kaum im Einklange stehen mit dem § 1916 Abs. 2 und mit der Auffassung, auf welcher § 1927 Abs. 2 beruht (vgl. S. 284).

Gewisse
familienrecht-
liche An-
ordnungen.

IV. Gewisse familienrechtliche Anordnungen, zB. Ernennung als Vormund, als Mitglied des Familienrathes usw. Dem gemeinen Rechte genügt wenigstens Kodizillarform (Windscheid § 628 Anm. 1; Roth § 112 Anm. 14 ff.; würt. R. bei Stein § 155; heß. Entw. 98, 99); neben dem AM. I 12 § 169 kommt die preuß. VormD. v. 1875 § 17 Abs. 2 (vgl. daselbst §§ 21 Nr. 6, 26 Abs. 2, 35 Abs. 3, 47, 57 Abs. 1, 59 Abs. 1, 60 Abs. 2, 70 72) in Betracht. Die Auffassung kann vertreten werden, es seien diejenigen Anordnungen in erleichterter Form zuzulassen, welche nicht unmittelbar eine Zuwendung enthalten, also etwa die Verfügungen des in den §§ 1510, 1538 Abs. 1, §§ 1636, 1640, 1647 Abs. 5, §§ 1660, 1693, 1695, 1718, 1739, 1745 bezeichneten Inhaltes, dagegen sei für die in den §§ 1287, 1347, 1351 Nr. 3, §§ 1415, 1517 bezeichneten Verfügungen wegen ihrer sehr erheblichen vermögensrechtlichen Wirkung die ordentliche Testamentsform zu erfordern. Allein auch in Ansehung der erstgedachten Verfügungen überwiegen die Gründe gegen die Ausnahme einer Ausnahmenvorschrift. Jene Verfügungen lassen sich zutreffender als solche familienrechtliche Anordnungen charakterisiren, zu welchen der Verfügende befugt ist, nicht als das Subjekt seines Vermögens, über welches er zu Gunsten der Bedachten bestimmt, sondern vielmehr wegen seiner

| §. 292.

familienrechtlichen Stellung als Vater usw., durch welche | er zur Fürsorge und zu Schutzmaßregeln berechtigt und verpflichtet ist. Das Hauptbeispiel ist die Ernennung eines Vormundes. Alle jene Verfügungen unterscheiden sich wesentlich von den sonstigen erbrechtlichen Anordnungen. Mit ihnen haben sie nur das gemeinsame, daß sie vor dem Eintritte des Todes des Verfügenden einen unwiderruflichen Bestand haben und erst mit dem Eintritte des Erbfalls ihre Wirksamkeit entfalten. Wegen dieses Umstandes und wegen der Wichtigkeit jener Anordnungen ist im Familienrechte bestimmt, daß dieselben durch letztwillige Verfügungen zu treffen sind. Hiernach sind sie, soweit nicht ein Anderes vorgeschrieben wird, auch in Ansehung der Form den Erfordernissen der letztwilligen Verfügung unterworfen. Für eine Erleichterung der Form spricht zwar, daß Anordnungen der bezeichneten Art in allen Fällen, in welchen eine Gefahr für den Beteiligten sich ergeben kann, vom VormGerichte dem Erfolge nach beseitigt werden dürfen, und daß eine Fälschung solcher holographischen Anordnungen wegen des Mangels eines vermögensrechtlichen Interesses Dritter kaum zu besorgen ist. Andererseits kommt jedoch in Betracht, daß die dem VormGerichte eingeräumten Befugnisse die Gefährdungen, welche mit solchen familienrechtlichen Anordnungen verbunden sein können, nicht völlig zu beseitigen vermögen, und daß insbes. die Einräumung der Stellung als befreiter Vormund immerhin von einschneidender Bedeutung bleibt. Ferner ist zu berücksichtigen, daß die strengere Form der Anordnung nicht allein in Ansehung der Echtheit der Verfügung, sondern auch nach anderen Richtungen Vortheile bietet, so insbes. den, daß die Verfügung sorgfältig erwogen und der Wille endgültig zum Abschlusse gelangt ist.

Bermächtnisse
von geringem
Betrage.

V. Bermächtnisse von geringem Betrage, Dralsideikommiss, Nachzettel. Der Entw., welcher die gemeinrechtliche Unterscheidung zwischen Testament und Kodizill nicht kennt und einer solchen Unterscheidung nach Aufhebung dieses Grundsatzes „*nemo pro parte*“ etc. nicht bedarf (vgl. § 1790), hat weder eine erleichterte Form für Bermächtnisse geringeren Betrages, noch für Dralsideikommiss, noch für *codicilli testamento confirmati* und die sog. Nachzettel zugelassen. Wegen des geltenden Rechtes vgl. Windscheid §§ 628—630; AM. I, 12 §§ 161—168, Anh. § 34;

Mommsen §§ 337, 338; heff. Entw. 99, — für Draftideikommiss insbes. AN. I 12 §§ 172–174, sächs. GB. §§ 2384 ff., — für die sog. Nachzettel des AN. Anh. § 35 zu I 12 § 162, Dernburg § 118, Eccius § 244.

Soweit im geltenden Rechte für Vermächtnisse geringen Betrages eine Formerleichterung gewährt ist, bestehen Schwierigkeiten und Streitfragen in großem Umfange (vgl. zB. Dernburg § 117). Die Erleichterung der Form bietet wenig Sicherheit und reizt zur Unterdrückung der Urkunde und zur Fälschung. Zudem handelt es sich um relative Größen, welche für den Bedachten oder den Beschwerten je nach Lage der Umstände sehr erheblich sein können. Zweifel darüber, ob die Grenze überschritten sei, erfordern Schätzungen und verwickelte Rechnungen. Die Schwierigkeiten mehren sich, wenn individuell bestimmte Sachen an mehrere Personen vermacht sind. Der Vortheil der Kostenersparniß ist gegenüber solchen Bedenken keine maßgebende Empfehlung. Gewicht kann auch nicht darauf gelegt werden (Mommsens Mot. S. 360, 361), daß der Erblasser vielleicht schon über die Erbeinsetzung, aber noch nicht über Vermächtnisse, zB. für treue Diener, schlüssig war. Schließlich spricht gegen die Zulassung, daß in Ansehung des Verhältnisses solcher Verfügungen zu einem später errichteten Testamente Zweifel sich ergeben können. — Das sog. Draftideikommiss gilt zwar in einem großen Theile von Deutschland und es ist noch neuerdings vertheidigt von Sonnenschmidt (neue prakt. Erörter. 1877 S. 34). Verworfen ist es bereits vom Code, dem öst. GB., Mommsen und dem heff. Entw. (Zachariae § 642; Unger § 20 Anm. 11, § 56 Anm. 2; Mommsens Mot. S. 361). Ein praktisches Bedürfniß, von der Form ganz abzusehen, läßt sich nicht anerkennen. Manche Personen mögen gerade in den letzten Lebensjahren zu derartigen Aeußerungen gegenüber einem Erben sich angeregt finden. Bei solchen Aeußerungen bleibt es indessen oft zweifelhaft, ob es sich nicht lediglich um einen Wunsch oder einen guten Rath handelt. Dem Gewissen des Hörers zu überlassen, zu unterscheiden zwischen dem Wunsche und einer ihn verpflichtenden Anordnung, ist für eine Rechtsvorschrift nicht rathsam. Auch dieses Institut ist da, wo es besteht, reich an Streitfragen (vgl. Seuffert 5 Nr. 38, 7 Nr. 68, 8 Nr. 72, 17 Nr. 267, 18 Nr. 96, 33 Nr. 239; sächs. J. f. R. 32 S. 93, 34 S. 437; u. A.). Das AN. begrenzt die Zulässigkeit auf $\frac{1}{20}$ der Erbportion; durch diese Begrenzung treten alle Bedenken hinzu, welche für Vermächtnisse geringen Betrages hervorgehoben sind. — Gegen eine Formerleichterung für Zuwendungen, welche eine Erbeinsetzung nicht enthalten, spricht schon, daß eine solche Zuwendung unter Umständen von weit größerer Bedeutung sein kann als eine Erbeinsetzung. Dieser Umstand spricht entscheidend gegen die *codicilli testamento confirmati* und die aus diesen wohl hervorgegangenen Nachzettel des Anh. § 35 zum AN. Die Bedenken gegen solche Nachzettel können nicht schärfer ausgesprochen werden, als bereits von Suarez in den Jahrb. Bd. 41 S. 76 geschehen ist; vgl. ferner Mommsens Mot. S. 361. Weiter treten hinzu alle Gründe, welche gegen eine Formerleichterung für Vermächtnisse geringeren Betrages sprechen. Der Umstand, daß Nachzettel im Gebiete des AN. sehr häufig sind, und daß der Vorbehalt für Nachzettel daselbst zu einer stehenden Klausel geworden ist, sodas die Gültigkeit von einer nichtssagenden Förmlichkeit abhängig geworden ist, kann nicht von entscheidender Bedeutung sein für die Aufnahme des dem Code, dem öst. GB. (Unger § 56 Anm. 3) und dem heff. Entw. unbekanntes Institutes.

§. 293.

Draftideikommiss.

Nachzettel.

VI. Ergänzungen von Anordnungen, welche in Testamente enthalten sind. Solche Ergänzungen in Ansehung der Person des als Erbe oder Vermächtnißnehmer Bedachten, des Beschwerten, des Gegenstandes, der Modalitäten, auf welche als anderweit kundgegeben hingewiesen ist (*institutio mystica*), erklären für mehr oder minder formfrei das gemeine Recht (Windscheid § 546 Nr. 3, § 623 a. E.; Roth § 309 Anm. 16, 17) und das sächs. GB. §§ 2084, 2085. Das württ. Recht gestattet sogar (Stein 7§ 51, 55), den ganzen Inhalt des Testamentes vom Testirakte zu trennen oder doch nur hinweisungsweise damit zu verbinden, indem dem Verfögendenden die Befugniß beigelegt ist, in öffentlicher oder in Privatform zu erklären, daß der von ihm selbstgeschriebene, bei einem gewissen Gerichte oder Gemeinderathe hinterlegte Aufsatz als sein letzter Wille angesehen werden soll. Das AN. I 12 §§ 47, 48 gestattet dem Verfögendenden, die Person des Erben oder Vermächtnißnehmers durch bloße Bezugnahme auf einen anderen Aufsatz zu bezeichnen, der Aufsatz muß aber dem Testamente selbst, allenfalls besonders versiegelt, beigelegt werden (vergl. Dernburg § 121 Anm. 5; Eccius § 251 Anm. 11). Wegen des öst. GB. vgl. Unger § 13 Anm. 8. Dem Code und dem heff. Entw. sind derartige Vorschriften unbekannt. Auch Mommsen § 89 Abs. 2. (Mot. S. 201–203) verlangt ausdrücklich für solche Ergänzungen Beobachtung der vorgeschriebenen Form.

Ergänzung von Anordnungen. §. 294.

Eine Einrichtung zuzulassen, welche den Zweck der Formvorschriften völlig vereiteln muß, fehlt es an zureichenden Gründen. Werden Beschränkungen hinzugefügt, wie sie das AN. bestimmt, so hat die Einrichtung kaum einen Werth, nachdem die Uebergabe einer verschlossenen Urkunde gestattet ist (§ 1918). Bleibt unzuverlässig, welches die Anordnungen des Erblassers sind, insbes. ob die an dritter Stelle befindliche Urkunde diejenige ist, welche ge... war, so

betreffen die Formvorschriften eine hinweisende Urkunde; für die in Bezug genommene Urkunde fehlt es an den Garantien, welche erreicht werden sollen. — Eine besondere Vorschrift, daß der Inhalt einer letztwilligen Verfügung nicht durch Bezugnahme auf eine anderweit abgegebene Willenserklärung des Erblassers bestimmt werden kann, insbes. nicht durch Bezugnahme auf eine Schrift, sofern nicht diese Schrift nach Maßgabe der §§ 1918, 1925 übergeben wird, ist jedoch entbehrlich. Die Unzulässigkeit des sog. testamentum mysticum ergibt sich zur Genüge aus § 1918 und kann auch bei Errichtung eines Testaments nach Maßgabe des § 1927 nicht wohl in Zweifel gezogen werden.

Verbot der gerichtlichen Siegelung.

VII. Das Verbot der gerichtlichen Siegelung und Inventarisierung (ALR. II 18 §§ 372, 373, AOD. II 5 § 7, VormD. v. 1875 § 15) läßt der Entw. überhaupt nicht zu (vgl. zum § 2058). Eine Formerleichterung hätte daher keinen Zweck.

ad. pias causas.

VIII. Das Testament und Kodizill zu frommen Zwecken (Windscheid § 544 Nr. 5; Roth § 304 Anm. 62 ff., § 306 Anm. 30—32; Stobbe § 304 Anm. 49; für württ. Recht Stein § 62; hollst. B. v. 24. Mai 1754 uA.). Um des guten Zweckes willen können Formerleichterungen nicht gegeben werden. | Auf Kosten der Gewißheit und Ernstlichkeit des Willens des Verfügenden kann der Zweck nicht begünstigt werden (vgl. Mommsen's Mot. S. 192). Ebensovienig besteht ein Bedürfnis, katholischen Geistlichen in Ansehung der Errichtung letztwilliger Verfügungen eine Formerleichterung zu gewähren (vgl. Roth § 304 Anm. 71—79, § 306 Anm. 35; kölnisches Edikt v. 1783 bei Maurenbrecher I S. 391 Anm. 3). Keine der neueren Gesetzgebungen enthält Vorschriften dieses Inhaltes.

§ 295. Katholische Geistliche.

§ 1932 (II 2112/3, 2117, B. 2220/1, 2225, R. 2218/9, 2223, G. 2246, 2249).

C. Verschließung und Verwahrung.

Ob Vorschriften über die Verschließung und Verwahrung der Testamente überhaupt in ein BGB. gehören, kann zweifelhaft erscheinen. Allein solche finden sich fast in allen neueren Gesetzbüchern. Der Abs. 1 bestimmt in Ansehung der Verschließung der in ordentlicher Form und der nach Maßgabe des § 1925 errichteten Testamente. Die Vorschrift entspricht dem ALR. I 12 §§ 105, 106, dem sächs. G. v. 26. Febr. 1870 und der württ. Praxis (Württ. Arch. 13 S. 266). Der Entw. entscheidet sich aber, wie das Wort „soll“ andeutet, für eine bloße Ordnungsvorschrift, während im Gebiete des ALR. darüber Streit bestand, welche Bedeutung der Vorschrift beizumessen (vgl. Anh. § 33 zu I 12 § 139). Da das Rechtsgeschäft als bereits vollendet vorausgesetzt wird, so muß die Nichtbefolgung der Vorschrift ohne Einfluß bleiben auf den Bestand der Verfügung.

Protokollaufschrift.

In Abweichung von der preuß. Praxis wird bestimmt, es sei das über die Errichtung durch Uebergabe einer Schrift aufgenommene Protokoll mitzuverschließen und die Aufschrift nur von dem Richter, Notare oder Gemeindevorsteher zu unterschreiben. Selbstverständlich sind die zu einem Protokolle gehörenden, darin bezeichneten Anlagen als Theile des Protokolles anzusehen. — Daß die Urkunde mit dem „Dienstiegel“ verschlossen werden soll, wird nicht mißverständlich sein. Das Wort durch den Ausdruck „amtliches Siegel“ zu ersetzen (vgl. StPD. § 109), ist nicht geboten. Es ist nicht Aufgabe des Entw. zu der Frage Stellung zu nehmen, ob Notare Beamte sind. Durch die Wahl des Ausdruckes würde eine solche Stellungnahme auch kaum erkennbar.

Dienstiegel.

Verwahrung.

In Ansehung der Verwahrung ist das geltende Recht verschieden. In der gemeinrechtlichen Praxis ist Verwahrung des gerichtlichen Testaments im Gerichtsarchive herkömmlich, aber nicht nothwendig (Windscheid § 545 Anm. 4). Die neueren Gesetze schreiben fast durchweg die gerichtliche Verwahrung des gerichtlichen Testaments vor (ALR. I 12 § 112, AOD. II 4 § 8, DepositD. v. 15. Sept. 1783 Tit. 1 §§ 87 ff., jetzt HinterlD. v. 14. März 1879 §§ 79, 89, 104 und allg. Verf. v. 11. Juli 1879 §§ 3 ff.; bayer. Vn. III 4 § 2 Nr. 14; für Württemberg Stein §§ 49—51; GerD. für Sachsen v. 1865 §§ 2—9; lüb. G. v. 1865 § 2—9; öst. GB. §§ 587, 588; uA.). — Nach einigen Notariatsordnungen wird das | notarielle Testament von dem Gerichte verwahrt; viele Gesetze überlassen dagegen auch die Aufbewahrung des notariellen Testaments den Notaren; nach einigen kann sogar das errichtete Testament dem Verfügenden selbst zugestellt werden (vgl. Stobbe § 304 Anm. 12; Mommsen § 76 nebst Begründung dazu).

§ 296.

Entw.

Die Vorschrift, daß die verschlossene und mit der Aufschrift versehene Urkunde unverzüglich nach Maßgabe der landesgesetzlichen Vorschriften in Verwahrung gebracht werden soll (Abs. 2), beruht auf der Auffassung, daß die Originalurkunde des errichteten Testaments niemals dem Verfügenden auszufolgen ist. Es kann zwar nicht der Fortbestand der amtlichen Verwahrung in der Ausdehnung, daß lediglich das tatsächliche Aufhören der Verwahrung das Testament ungültig macht, zum Erfordernisse der Fortdauer der Gültigkeit des errichteten Testaments gemacht werden. Im öff. Interesse liegt es aber, daß die Testamentsurkunden, welche von Richtern, Notaren oder Gemeindevorstehern aufgenommen sind, in der Verwahrung durch eine Ordnungsvorschrift festgehalten werden. Nur auf diesem Wege läßt sich die Rechtssicherheit, welche durch die Formvorschriften angestrebt wird, in vollem Umfange erreichen. Wird dem Verfügenden gestattet, die Testamentsurkunde selbst zu verwahren, so erlangt er zwar den Vortheil einer Erleichterung des Widerrufs nach Maßgabe des § 1934. Dieser Vortheil tritt jedoch weit zurück gegenüber dem

Vorteile der Rechtssicherheit, welcher mit der amtlichen Verwahrung verbunden ist. Die Erreichung dieses letzteren Vorteiles liegt im öff. Interesse. Daher kann auch der Wille des Verfügenden, wenn dieser die mit der eigenen Verwahrung der Testamentsurkunde verbundenen Gefahren auf sich nehmen will, nicht in Betracht kommen. Zudem wird durch die §§ 1933, 1935 der Zweck angestrebt, dafür zu sorgen, daß die Zurücknahme oder der Widerruf einer getroffenen Verfügung von dem Verfügenden nur in vollständig dispositionsfähigem Zustande und in voller Willensfreiheit nach gehöriger Ueberlegung erfolgen kann. Dieser Zweck wird vereitelt, wenn dem Verfügenden die Möglichkeit gewährt wird, letztwillige Verfügungen jeder Art in seiner Verwahrung zu behalten und dann gemäß § 1934 nach seinem Belieben zu zerstören und zu entkräften. — Dagegen enthält sich der Entw. einer Vorschrift, daß die Testamentsurkunden nur bei den Gerichten zu verwahren seien; er läßt vielmehr mit Rücksicht darauf, daß in Deutschland zur Zeit theils Gerichte, theils Notare mit der Verwahrung betraut sind, dem Landesrechte Raum, in dieser Hinsicht zu entscheiden. Vorausgesetzt wird, daß das Landesrecht bestimmen werde, die demnächst eintretende Verwahrung, in welche nach Abs. 2 die Urkunden aus der gewöhnlichen amtlichen Verwahrung (welcher sie von ihrer Entstehung an unterliegen) übergehen sollen, sei eine besonders qualifizierte, strengere, welche die größtmögliche Sicherheit biete. Ein Wechsel in der Person oder Behörde, welcher die Verwahrung übertragen wird, ist regelmäßig nicht erforderlich.

Der Abs. 3 gestaltet die Art der Verwahrung in Ansehung des Gesandtentestamentes etwas freier. Es besteht kein Anlaß, weiter zu gehen, als daß dem Reichskanzler, sofern er nicht selbst die Verwahrung übernimmt, die Einlieferung an eine landesgesetzlich zuständige Stelle ermöglicht und im letzteren Falle die Anwendbarkeit des § 1935 wegen der Zurücknahme herbeigeführt wird.

Gesandtentestament.
| S. 297.

§ 1933 (II 2121, 2124, B. 2228, 2231, R. 2226, 2280, G. 2254, 2257).

Das geltende Recht läßt zumeist den Widerruf in jeder Form zu, in welcher eine letztwillige Verfügung errichtet werden kann (Allr. I 12 §§ 587 ff.; Code 1035; sächs. GB. §§ 2212, 2413; öst. GB. §§ 717, 719; Roth § 337 Anm. 40 ff.; Mommsen §§ 165, 361, 362; heff. Entw. 178 Abs. 1, 2; uA.). Einige Rechte erleichtern den Widerruf und insbes. den Widerruf von Vermächtnissen (Windscheid § 564, namentlich bei Anm. 6—8, § 640; Roth § 337 Anm. 40—54, § 338 Anm. 35 ff.; Code 1035; sächs. GB. § 2413; württ. Recht bei Stein § 91; Cccius § 256 S. 510; Dernburg § 171 Anm. 14—19; uA.; auch Mommsen § 165 nebst Mot. S. 251, 374). Der Entw. gestattet keinerlei Erleichterung für den Widerruf, verlangt vielmehr, auch in Ansehung der Form, alle Erfordernisse wie für eine positive Verfügung, selbst wenn der Widerruf sich auf einen lediglich verneinenden Inhalt beschränkt. Ist der Widerruf nur die verneinende Rehrseite einer neuen Verfügung, welche über den Nachlaß in einer solchen Weise verfügt, daß mit der positiven Wirksamkeit der neuen Verfügung der Fortbestand der früheren nicht vereinbar ist — ein Fall, welchen der § 1936 behandelt — so ergibt sich ohne Weiteres, daß diese Art der Aufhebung durch Willenserklärung in ihrer Wirksamkeit von der Erfüllung aller Voraussetzungen abhängt, von deren Erfüllung die neue Verfügung, wenn sie nach ihrer positiven Seite in Betracht gezogen wird, abhängig ist. Dies ergibt sich schon daraus, daß in solchem Falle die positive und die verneinende Seite der neuen Verfügung sich nicht von einander trennen lassen. Ob der Verfügende die verneinende Seite der neuen Verfügung hervorgehoben hat, oder ob die verneinende Wirkung sich erst im Wege der Auslegung erkennen läßt, ist gleichgültig. Hiernach sind für die neue Verfügung in Ansehung nicht nur der Form, sondern auch der Geschäftsfähigkeit des Verfügenden, des Inhaltes der Verfügung usw. dieselben Vorschriften wie für die Errichtung der ersten Verfügung maßgebend. Für den Fall anders zu entscheiden, daß die Verfügung sich auf einen lediglich verneinenden Inhalt beschränkt, erscheint nicht gerechtfertigt. Zwar wäre es nicht zulässig, eine solche Verfügung dahin umzudeuten, daß der Verfügende die sich an die Aufhebung der früheren Verfügung anschließenden Folgen positiv gewollt habe, daß also bei entsprechender Lage des Falles nunmehr die gesetzlichen Erben eingesetzt seien. Vielmehr überläßt der Verfügende nur den Nachlaß demjenigen Schicksale, welches ihn trifft in Ermangelung einer Verfügung oder im Falle des nur theilweisen Widerrufs nach der früheren Verfügung, soweit diese nicht widerrufen ist. Aber es kann nicht wohl in Ansehung der Erfordernisse des Rechtsgeschäftes einen Unterschied machen, ob durch neue Verfügung positiv und selbständig über den Nachlaß verfügt wird oder ob nur Raum geschaffen wird für das Eingreifen anderweiter Vorschriften. Die verneinende Wirkung beider Arten von Verfügungen ist die gleiche. Das Rechtsgeschäft der letzteren Art muß daher der gleichen Beurtheilung unterliegen wie das der ersteren Art, wenngleich in einem Widerrufe, welcher nur den Erfolg hat, daß die gesetzliche Erbfolge eintritt, eine Verfügung in dem sonst üblichen Sinne nicht zu finden ist.

III. Aufhebung.
1. Einfacher Widerruf.

| S. 298.

Der bloße Widerruf ist für die Erbfolge nicht minder wichtig, wie die Einsetzung, zumal in Folge eines theilweisen Widerrufs der ohne Beschränkung auf einen Bruchtheil eingesetzte Miterbe nach § 1789 der alleinige Erbe werden kann. Besondere Erleichterungen für den Widerruf

Widerruf
von Ver-
mächtnissen.

der Vermächtnisse zu geben, wäre schon deshalb nicht rathsam, weil unter Umständen Vermächtnisse die ganze Erbschaft aufzehren können. Daraus Gewicht zu legen, daß der Verfügende nur zu demjenigen zurückkehren wolle, was das Gesetz für das im Allgemeinen Nichtige und den Verhältnissen Entsprechende erklärt hat (Mommjen S. 251), erscheint schon deshalb unzulässig, weil dies für den theilweisen Widerruf nicht paßt und weil darin eine Bevorzugung der gesetzlichen Erbfolge hervortritt, von welcher der Entw. sich fern hält.

Die Verweisung im Abs. 1 auf die Vorschriften über die Errichtung letztwilliger Verfügungen, nicht lediglich auf entsprechende Anwendung dieser Vorschriften, stellt klar, daß die Aufhebung durch Willenserklärung gleichfalls eine letztwillige Verfügung ist, und daß der Begriff der letztwilligen Verfügung nicht auf Verfügungen positiven Inhaltes zu beschränken ist (vgl. § 1755 Abs. 2).

Widerruf in
Noth-
testamenten.

Nicht erforderlich ist, hervorzuheben, daß in Ansehung des lediglich verneinenden Widerrufs auch die Formerleichterungen des Nothtestamentes, sofern dessen Voraussetzungen vorliegen, Anwendung finden. Dies versteht sich in Ermangelung einer beschränkenden Vorschrift ebenso von selbst, wie daß die Vorschriften über Nothtestamente vollständig Anwendung finden, also insbes. hinsichtlich der zeitlich beschränkten Wirksamkeit.

Widerruf des
Widerrufes.

Die verdeutlichende Vorschrift des Abs. 2, daß die widerrufenen Verfügung durch den Widerruf des Widerrufs nicht wiederhergestellt wird, bringt nur eine Folge davon, daß der Widerruf eine letztwillige Verfügung im eigentlichen Sinne nicht ist, zum Ausdruck. Die letztwillige Verfügung im strengeren Sinne wirkt nur dann, wenn der Verfügende bei seinem darin niedergelegten Willen bis zum Tode beharrt hat. Dies trifft bei dem Widerruf nicht zu, er wirkt sofort. Der Widerruf des Widerrufs allein kann also die frühere Verfügung nicht wieder zur Geltung bringen. Dagegen bleiben die Vorschriften, welche nicht auf die wesentliche Widerzuzüglichkeit, sondern auf andere Umstände, zB. auf Willensmängel des Erklärenden, oder auf dessen Geschäftsunfähigkeit usw. sich gründen, und welche aus anderen Rücksichten eine Unwirksamkeit der Verfügung und Herstellung des früheren Rechtszustandes zur Folge haben, wirksam. Eine Umdeutung des Widerrufs des Widerrufs in eine positive Verfügung, welche die frühere Verfügung wieder zu Kräften bringt, ist schon deshalb ausgeschlossen, weil diese Ergänzung des Testamentsinhaltes zu einem vom Entw. abgelehnten testamentum mysticum (S. 293, 294) führen würde. Gegen eine solche nicht unbedeutliche Umdeutung kraft positiver Vorschrift (A.N.R. I 12 §§ 566, 567) spricht der Umstand, daß es in dem in Rede stehenden Falle an einem klaren und vollständigen Willensausdrucke fehlt. Es ist nicht rathsam, durch eine positive Ausnahmenvorschrift zu befördern, daß derartige, an einer gewissen Unbedeutlichkeit leidende Erklärungen abgegeben werden, insbes. dann, wenn die Aufhebung der früheren Verfügung nachweisbar ist. Das Gleiche muß auch dann gelten, wenn im Augenblicke des Widerrufs des ersten Widerrufs ein dem Fortbestande der aufgehobenen Verfügung entsprechender Zustand (also Unverehrtheit des in holographischer Form oder vor Zeugen errichteten Testamentes, amtliche Verwahrung des in ordentlicher Form oder nach § 1925 errichteten Testamentes) noch fort dauert und der Wille des Verfügenden auf eine solche Wiederherstellung geht. In diesem Falle würde gleichfalls eine Umdeutung nöthig sein. Ist die verwahrte Willenserklärung zurückgenommen (§ 1934), so wird schon der Inhalt der zurückgenommenen Urkunde wahrscheinlich überhaupt unbekannt sein und muß der Widerruf deshalb ohne Wirkung bleiben. — Abweichend bestimmt das gemeine Recht (Windscheid § 565 Anm. 7) und das württ. Recht (Stein § 91 Zusatz zu 3), im Wesentlichen übereinstimmend das A.N.R. I 12 § 582 („wenn es nicht sonst auf eine rechtsbeständige Art widerrufen ist“) und der hess. Entw. 177 Abs. 2.

| S. 299.

§ 1934 (II 2122, B. 2229, R. 2228, G. 2255).

2. Vernich-
tung der
Urkunde etc.

Nach dem Grundsatze des § 1933 Abs. 1 erheischt der einfach verneinende Widerruf zu seiner Wirksamkeit die Testamentsform. Hiervon macht der § 1934 Abs. 1 eine Ausnahme, falls der Erblasser vorsätzlich und mit dem Willen, die Verfügung aufzuheben, die Urschrift der Testamentsurkunde vernichtet oder an der Urschrift solche Veränderungen vornimmt, durch welche der Wille der Aufhebung einer schriftlichen Willenserklärung ausgedrückt zu werden pflegt. Wegen des geltenden Rechtes vgl. Windscheid § 564 Anm. 8; Roth § 337 Anm. 55–60; für württ. Recht Stein § 91 Nr. 2; A.N.R. I 12 §§ 563, 596, Eccius § 256 Anm. 40, Dernburg § 171 Anm. 17; sächs. G.B. §§ 2219–2221; für franz. Recht Zachariae § 725; Mommjen § 166 (dessen Mot. S. 251, 252); hess. Entw. 184; hamb. St.R. III 1 Art. 37; frankf. Ref. VI 2 § 1, aber auch IV 7 § 3; uA.

Die Vorschrift beschränkt sich nicht auf die Fälle der §§ 1927, 1929, nimmt also die Fälle nicht aus, in welchen in ordentlicher Form oder vor einem Gemeindevorsteher oder im Wege des Gefandentestamentes letztwillig verfügt ist, obschon in den übrigen Fällen die Testamentsurkunden in amtlicher Verwahrung sich befinden, und obschon sie nach § 1935 regelmäßig aus dieser Ver-

| S. 300.

wahrung nur gelangen sollen, wenn der Verfügende deren Ausfolgung verlangt, dann aber an den Empfang seitens des Verfügenden die im § 1935 angegebenen Folgen sich knüpfen. Möglich ist immerhin, daß auch in den übrigen Fällen der Verfügende den Gewahrsam der Urkunde oder die Gelegenheit, über die Urkunde zu verfügen, erlangt. Trifft diese Voraussetzung zu, so soll der § 1934 Anwendung leiden, selbst wenn den Verfügenden der Vorwurf treffen sollte, rechtswidrig gehandelt zu haben. Es würde etwas Anomales darin liegen, wenn dem außerhalb der Willenserklärung liegenden, die inneren Gründe für die Wirksamkeit der Willenserklärung nicht berührenden Delikte in dieser Hinsicht eine besondere Bedeutung beigelegt würde. Dazu kommt, daß nach Vernichtung oder Beschädigung der Originalurkunde durch den Verfügenden, wenn die Fortdauer der Gültigkeit des Testaments vorgeschrieben würde, Beweisschwierigkeiten sich ergeben würden und Streitigkeiten, deren Ausgang sich nicht übersehen läßt, nicht zu vermeiden wären. Endlich kommt in Betracht, daß es sich um seltene Fälle handelt, und daß, wenn das Gesetz von dieser Unterscheidung absieht, eine einfachere Gestaltung sich ergibt. — Die Vorschrift umfaßt auch die

Militärtestamente.

Militärtestamente. Das G. v. 2. Mai 1874 handelt nicht vom Widerruf solcher Testamente, insbes. nicht von dem durch Zerstörung der Urkunde. Es schreibt ferner nicht vor, daß die Urkunden zur Verwahrung eingeliefert werden müssen. Wohl aber kennt es den Fall, daß eine Urkunde der vorgesetzten Militärbehörde zur Verwahrung überliefert ist (§ 44 Nr. 4). Daß in dieser Richtung die Vorschriften des Entw. dann, wenn der Verfügende die Testamentsurkunde zerstört oder aus der Verwahrung zurückverlangt, eingreifen, erscheint nur angemessen. Hervorgehoben wird, es müsse vorsätzlich und mit dem Willen der Aufhebung gehandelt sein. Beides ist neben einander aufzuführen. Zwar kann eingewendet werden, derjenige, welcher mit dem Aufhebungswillen handele, handele auch vorsätzlich. Aber die Richtigkeit dieses Einwandes läßt sich nicht bestreiten und jedenfalls ist jener Satz nicht unbedingt richtig. „Vorsätzlich“ allein genügt nicht, weil im Vorjaze nicht nothwendig der Aufhebungswille enthalten ist. — In Ansehung der Erscheinungsform des Aufhebungswillens werden solche vom Verfügenden an der Urkunde vorgenommene Handlungen verlangt, denen der objektive, aus dem gemeinen Verständnisse sich ergebende Sinn unterliegt, daß die schriftliche Erklärung damit widerrufen sein soll. Zugleich ist davon auszugehen, daß in der Vernichtung der Widerruf des gesammten Inhaltes der Urkunde zu finden ist. Vom § 1933 wird in dieser Hinsicht deshalb eine Ausnahme gemacht, weil es nicht für angemessen erachtet werden kann, dem Willen des Verfügenden, wenn der letztere an der in seiner thatsächlichen Macht befindlichen Urkunde Vernichtungshandlungen oder dergleichen gleichzustellende Veränderungen vorgenommen hat, die aufhebende Wirkung zu versagen. Anderenfalls würde der Erfolg herbeigeführt, daß, im Widerspruche mit dem Willen des Verfügenden, die Wirkungen der Testamentserrichtung fort dauern, obwohl die Urkunde vom Verfügenden zerstört oder in ihrem Zustande dergestalt geändert ist, daß sie ihren früheren Inhalt verloren hat. Schon die in solchem Falle sich ergebenden Beweisschwierigkeiten machen es bedenklich, gegenüber dem an den Tag gelegten Willen des Verfügenden einen strengen Formalismus durchzuführen. Daß die Ergebnisse eines solchen Formalismus nicht haltbar sind, zeigt sich am deutlichsten bei dem holographischen Testamente. Der Entw. verzichtet aber nicht völlig auf jede Form; er verlangt, daß der Aufhebungswille in einer bestimmten Weise zu Tage trete. Die Erscheinungsform ist nach objektiven Merkmalen bezeichnet. Die Ausführung von Beispielen (zerstören, durchstreichen, durchreißen, zerschneiden, ausuilgen oder unleserlich machen und dergl.) würde, weil sie die Fälle nicht erschöpft, nicht genügen. Von einer gänzlichen oder theilweisen Zerstörung zu reden, geht nicht an, weil ein solcher Ausdruck nicht korrekt sein würde. Ob die Willensäußerung, welche in den an der Urkunde vorgenommenen Handlungen liegt, als eine ausdrückliche oder als eine stillschweigende Willenserklärung aufzufassen ist, kann dahingestellt bleiben.

Erfordernisse der Handlung

Form des Aufhebungswillens.

§. 301.

Daß eine persönliche Handlung des Verfügenden erforderlich ist, ergibt sich auch ohne eine besondere Vorschrift (§ 1913) und daraus, daß die Handlung für den Willen schlüssig sein muß. Die Vertretung im Willen ist demgemäß ausgeschlossen. Die Frage aber, inwieweit eine eigene Handlung des Verfügenden vorliegt, wenn er sich zur Zerstörung oder Aenderung der Urkunde einer fremden Hand bedient hat, bedarf keiner besonderen Entscheidung im Gesetze. Das Handeln durch ein Instrument (Mot. 1 S. 223) ist für den vorliegenden Fall nicht ausgeschlossen und fällt nicht unter den Begriff einer Vertretung in der Erklärung. Eine Verdeutlichung in dieser Richtung ist entbehrlich. Die Aufnahme einer dies zum Ausdruck bringenden Vorschrift würde nicht nur besonders schwierig sein, sondern auch leicht dem Mißverständnisse Vorschub leisten, es sei in diesem Falle Vertretung im wahren Sinne, dh. im Willen zugelassen.

Persönliches Handeln.

Selbstverständlich ist, daß die Willensaufhebung sich auf einen Theil des in der Testamentsurkunde niedergelegten Willens beziehen kann. Dies bedarf einer Hervorhebung nicht, soweit eine solche nicht schon im Abs. 1 zu finden sein möchte.

Theil-Aufhebung.

Der Abs. 2 fügt die doppelte Vermuthung bei, daß der Erblasser, welcher gehandelt hat, vorsätzlich gehandelt habe, und daß der Erblasser, der vorsätzlich gehandelt hat, auch mit dem

Vermuthungen.

Willen der Aufhebung gehandelt habe. Ob nicht die erste Vermuthung schon daraus sich ergibt, daß, wenn äußerlich die Handlung einer Person vorliegt, die Ausnahmestände des Irrthumes, der Geschäftsunfähigkeit usw. von demjenigen bewiesen werden müssen, welcher sie behauptet (vgl. § 194), und ob nicht auch die zweite Vermuthung daraus sich herleiten läßt, daß bei einer jeden Erklärung deren objektiver Sinn so lange Geltung haben muß, als nicht subjektive Abweichungen des Willensinhaltes des Erklärenden dargethan sind, kann auf sich beruhen. Jedenfalls gebietet das praktische Bedürfnis, diese Vermuthungen aufzustellen. Sonst würde nach Abs. 1 die Annahme nahe liegen, daß das Gesetz den Beweis der Thatsachen, auf welche die Vermuthung sich bezieht, verlange; dieser Beweis ist aber meistens sehr schwer, wenn überhaupt zu erbringen. — Dagegen ist keine Vermuthung dafür aufgestellt, daß der Verlust oder der gegenwärtige Zustand der Urkunde, welche sich in der Inhabung des Erblassers befand, auf eine Handlung des Erblassers zurückzuführen ist. Eine allgemeine Vermuthung für die ursächliche Beziehung zwischen dem Nichtvorhandensein der Urkunde und einer Thätigkeit des Verfügenden läßt sich nicht rechtfertigen. Eher könnte noch angenommen werden, der Zustand, in welchem eine Urkunde vorgefunden wird, welche sich bis zum Tode des Verfügenden in dessen Hand befand, sei auf Handlungen des Verfügenden zurückzuführen. Indessen auch dies würde nicht selten noch zu weit gehen. Es verdient deshalb den Vorzug, in beiden Richtungen der freien richterlichen Beweiswürdigung Raum zu lassen.

§ 1935 (II 2123, B. 2230, R. 2229, G. 2256).

3. Herausgabe aus der amtlichen Verwahrung.

Einen ganz anderen juristischen Charakter als der § 1934 hat der § 1935, nach welchem der an den Erblasser selbst auf dessen Verlangen erfolgten Herausgabe der Testamentsurkunde aus der amtlichen Verwahrung die Bedeutung beigelegt wird, daß die Verfügung als widerrufen gilt. Der Aufhebungswille ist nicht erforderlich; ein wirklicher Widerruf liegt sogar vielleicht gar nicht vor, weil der Aufhebungswille nicht vorhanden war. Erfordert wird ein genau bestimmter Thatbestand, nämlich, daß der Verfügende die Herausgabe der in amtlicher Verwahrung befindlichen Testamentsurkunde verlangt und daß die Herausgabe an ihn persönlich erfolgt. Die Empfangnahme der Urkunde hat die Wirkung des Widerrufs. Sowohl das Rechtsgeschäft des Antrages auf Herausgabe, als das Rechtsgeschäft der Empfangnahme der Urkunde kann wegen eines Willensfehlers, wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit, Verwechslung der zurückgegebenen Urkunde mit einer anderen usw. nichtig sein. Der Mangel des Aufhebungswillens bleibt jedoch unerheblich. Bei dem in amtlicher Verwahrung befindlichen Testamente besteht ein Interesse des Verfügenden, die Urkunde unter gleichzeitiger Aufhebung der Verfügung zurückzuerlangen, sei es um anderweit zu verfügen, sei es um das Kundwerden des Inhaltes jener Urkunde zu verhüten. Deshalb ist bestimmt (Satz 1), daß die Urschrift der Urkunde herauszugeben sei. In Uebereinstimmung mit dem in großen Rechtsgebieten geltenden Rechte (vgl. zB. AN. I 12 §§ 565—567; bayer. PR. III 4 § 2 Nr. 16; nach dem bayer. NotarG. v. 1861 auch für mündlich erklärte Testamente), und — in Ansehung des übergebenen Testamentes — mit dem sächs. GB. § 2215, aber in Abweichung von anderen Rechten, insbes. dem gemeinen Rechte (Windscheid § 564 Anm. 8 a. G.; Roth § 337 Anm. 61), wird eine erleichterte Art des Widerrufs in Ansehung der amtlich verwahrten Testamente zugelassen. Die Widerrufsform des § 1933 würde die Zahl der amtlich verwahrten Urkunden ohne Noth vermehren. Indessen darf, abgesehen von den Nothformen der §§ 1927, 1929, 1931, keine Form des Widerrufs zugelassen werden, bei welcher das in der Verwahrung bleibende Testament ungültig wird, ohne daß die Urkunde über den Widerruf in die Verwahrung gelangt, weil hieraus eine Rechtsunsicherheit sich ergeben würde. Deshalb kann nicht schon dem Antrage auf Herausgabe die aufhebende Wirkung beigelegt werden. In der Rückempfangnahme der Urkunde eine der Widerrufserklärung gleichstehende Willenserklärung des Empfangenden zu finden, steht nichts entgegen, jedoch nur dann, wenn der Verfügende persönlich die Urkunde zurückempfängt. Entgegen dem AN. I 12 § 571 und dem hess. Entw. 183, aber mit dem sächs. GB. § 2215, schreibt der Entw. vor, daß die Herausgabe an den Verfügenden persönlich erfolgen müsse. Ein Bedürfnis, in dieser Hinsicht eine Erleichterung eintreten zu lassen, kann nicht anerkannt werden. Mit den Vorschriften über die ordentliche Widerrufsform, § 1933, würde es nicht im Einklange stehen, wenn die in der Empfangnahme seitens eines Bevollmächtigten enthaltene Erklärung für wirksam erachtet und insoweit rechtsgeschäftliche Vertretung zugelassen würde. Deshalb wird bestimmt, die Herausgabe müsse an den Verfügenden persönlich erfolgen. Ein praktischer Uebelstand ist in dieser Beziehung nicht zu besorgen, da im Wege eines behördlichen Ersuchens eine unmittelbare Rückgabe stets bewirkt werden kann (vgl. Anh. § 429 zur AGD. II 4 § 9). — Durch den Schlusssatz der Vorschrift gelangt zum Ausdruck, daß die Berücksichtigung des Willens, die Urkunde zurückzuempfangen, aber die Verfügung nicht aufzuheben, als mit dem Gesetze im Widerspruche stehend, ausgeschlossen ist.

4. Aufhebung durch Errichtung einer neuen Verfügung.

§§ 1936, 1937 (II 2125, 2126, B. 2232, 2233, R. 2231, 2232, G. 2258, 2259).

1. Der § 1936 befaßt sich mit derjenigen auf dem Willen des Erblassers beruhenden Aufhebung einer letztwilligen Verfügung, welche nicht in einem einfach verneinenden Widerrufe

besteht, sondern dadurch sich bethätigt, daß neue positive Anordnungen getroffen werden, welche mit den früheren Anordnungen sich nicht vereinigen lassen. In diesem Falle bildet die neue positive Anordnung, in welcher die Aufhebung der früheren Verfügung enthalten ist, mit der Aufhebung ein einheitliches und untrennbares Ganzes. Diejenigen Gründe, welche den neuen positiven Anordnungen die Wirksamkeit entziehen, bringen für den Regelfall zugleich die mit den letzteren verbundene Aufhebung der früheren Verfügung zum Falle. — Indem bestimmt wird, eine Verfügung werde durch die spätere Errichtung einer anderen Verfügung nur insofern aufgehoben, als die spätere mit der früheren im Widerspruche steht (Abs. 1), wird zugleich erkennbar, daß mehrere Verfügungen neben einander Geltung haben, soweit nicht die ausschließliche Geltung des späteren Testamentes durch dessen Inhalt nothwendig wird.

Mehrere Testamente neben einander.

Das geltende Recht steht überwiegend auf einem anderen Boden. Nach der herrschenden Ansicht wird für das gemeine Recht angenommen, die gültige Errichtung eines neuen Testamentes habe von selbst die Aufhebung des früheren zur Folge; es bleibt bei der Aufhebung, selbst wenn das neuere Testament seine Gültigkeit wieder verliert; Windscheid § 565. Ihm folgen zahlreiche Rechte, zB. bayer. NR. III 3 § 28 Nr. 1; Roth § 337 Anm. 67—82; für württ. Recht Stein § 91 Nr. 3; brem. Recht Post § 208 Anm. 5; auch das öst. GB. § 713. Etwas beschränkt liegt diese Auffassung auch dem NR. I 12 §§ 572 ff. (Dernburg § 172, Eccius § 256 S. 511, 512) zu Grunde, jedoch mit der Beseitigung des Grundsatzes „nemo cum pluribus testamentis decedere potest“. Der Entw. befindet sich jedoch in Uebereinstimmung mit dem Code 1036, dem sächs. GB. § 2216 und einigen Entw., zB. hess. Entw. 181, auch Mommsen § 169, dessen Mot. S. 253—255 jedoch nicht als zutreffend anerkannt werden können. Da der Grundsatz „nemo pro parte“ etc. verlassen ist, auch für die letztwillige Verfügung nicht die eine Erbesehung enthaltende Anordnung erfordert, vielmehr jede einseitige Verfügung von Todeswegen als Testament angesehen wird, ergibt sich die getroffene Entscheidung als folgerichtig. Der aus den Umständen des Falles zu ermittelnde Wille des Verfügenden muß stets maßgebend sein.

§. 304.

Der zuletzt bezeichnete Gesichtspunkt läßt Vorschriften entbehrlieh erscheinen sowohl für den Fall, daß mehrere Testamente gleichen Alters vorliegen (Roth § 337 Anm. 72; NR. I 12 §§ 585, 586; öst. GB. § 715; sächs. GB. § 2216; Mommsen § 169 Abs. 3), als für den Fall, daß mehrfach über denselben Gegenstand verfügt ist (NR. I 12 § 586; sächs. GB. §§ 2405, 2406; Mommsen §§ 355, 366; hess. Entw. 299). Der erstere Fall wird nach dem Entw. kaum vorkommen, außer bei holographischen Testamenten (§ 1927), und bedarf schon deshalb nicht einer Regelung. Im letzteren Falle ist kein Anlaß ersichtlich, der richterlichen Würdigung der Umstände des Falles Schranken zu setzen, zumal sich erschöpfende Regeln bei der Vielgestaltigkeit der möglichen Fälle nicht aufstellen lassen.

Absehung weiterer Vorschriften.

Eine Ausnahme wird vorgeschrieben für den Fall, daß den neuen positiven Anordnungen die Wirksamkeit entzogen ist, mit der Rückkehr zur Regel für den besonderen Fall, daß der Bedachte vor dem Anfall der Zuwendung stirbt oder die Zuwendung ausschlägt (Abs. 2).

Ausnahme.

Wird die letztwillige Verfügung deshalb unwirksam, weil der Bedachte vor dem Anfall stirbt, oder schlägt der Bedachte die Zuwendung aus, so liegt immerhin ein Widerruf der früheren Verfügung vor, dessen Wirksamkeit nicht beeinträchtigt werden kann, weil die neuen positiven Anordnungen nicht zur Ausführung gelangen. Im Wesentlichen stimmen hiermit überein das gemeine Recht, Windscheid § 565 Anm. 3, 4, Roth § 337 Anm. 80; NR. I 12 § 580, Eccius § 256 Anm. 45, Dernburg § 172 Anm. 18; das öst. GB. nach Unger § 24 Anm. 14; sächs. GB. § 2217; Code 1037; Mommsen § 170 Abs. 1; hess. Entw. 182 Abs. 1. Anders liegt es, wenn die spätere Verfügung aus anderen Gründen als wegen des Todes des Bedachten vor dem Anfall der Zuwendung oder wegen dessen Ausschlagung unwirksam wird; denn alsdann fehlt es auch an einer Aufhebung. Der einfach verneinende Widerruf des § 1933 ist, wie S. 298 dargelegt, keine letztwillige Verfügung im engeren Sinne; er wirkt sofort; nicht ebenso der im § 1936 behandelte Widerruf durch Errichtung einer neuen Verfügung. Wegen Aufhebung durch einen später errichteten Erbesehungsvertrag vgl. § 1953.

§. 305.

2. Dem Inhaber einer Testamentsurkunde, welche nicht in amtliche Verwahrung zu bringen ist, legt der § 1937 Abs. 1 die privatrechtliche Pflicht auf, die Urkunde unverzüglich, sobald er vom Erballe Kenntniß erlangt hat, an das Nachlaßgericht abzuliefern. — In Rücksicht auf die Militärtestamente verweist die Vorschrift nicht auf § 1932. Die Militärtestamente können zur amtlichen Verwahrung gelangen, wenn sie zu dem Ende der zuständigen Militärbehörde eingeliefert sind (vgl. S. 300). Eine solche Einlieferung ist jedoch nur fakultativ. Die Vorschrift muß sich aber auf solche Militärtestamente erstrecken, welche nicht eingeliefert sind. — Befindet sich die Urkunde in den Händen eines Inhabers, so wird dieser in vielen Fällen bereits vertragsmäßig verpflichtet sein, in zweckentsprechender Weise mit der Urkunde zu verfahren. Es liegt jedoch im öff. Interesse, daß die Urkunde vom Inhaber, sobald er vom Erballe Kenntniß erlangt hat, unverzüglich an das Nachlaßgericht abgeliefert wird. Der Entw. legt deshalb dem Inhaber eine

IV. Ablieferung und Verwahrung der Testamente.

solche Ablieferungspflicht, ohne Rücksicht auf das Vorliegen einer vertragsmäßigen Verbindlichkeit, auf. Im Wesentlichen stimmt damit das ALN. I 12 § 95 in Ansehung des dorfgerichtlichen Testamentes überein (vgl. AGD. II 5 § 32; ebenso das G. v. 8. Juni 1860 § 11 und der hess. Entw. 101, 106; wegen das bayer. LN. vgl. Kreitmayer, Anm. b, h zu III 1 § 11; Roth § 386 Anm. 2). Der Code 991ff. enthält ähnliche Vorschriften in Ansehung des Testamentes, welches auf dem Meere errichtet ist. — Das Mißverständniß, welches die Fassung des Abs. 1 (vermöge des arg. e contrario) hervorrufen könnte, eine Testamentsurkunde, welche in amtliche Verwahrung zu bringen ist, sei vom Inhaber nicht abzuliefern, ist wohl nicht zu befürchten. Der § 1937 will natürlich nur die privatrechtliche Pflicht des Inhabers einer Urkunde der bezeichneten Art regeln.

Die Vorschriften des Abs. 2 über Ablieferung der in amtlicher Verwahrung befindlichen Testamentsurkunden an das Nachlassgericht hat einen lediglich publizistischen Charakter. Das Verfahren der Behörden wird durch Ordnungsvorschriften geregelt. Den Landesgesetzen bleibt offen, zu bestimmen, ob die verwahrende Stelle berechtigt und verpflichtet ist, die Testamentsurkunden von Amtswegen einzuliefern.

§§ 1938, 1939 (II 2127—2131, B. 2234—2238, R. 2233—2237, G. 2260—2264)

Fast alle geltenden Rechte haben die Vorschriften über die Verkündung und Bekanntmachung der Testamente nicht den Verfahrensgesetzen überlassen (ALN. I 12 §§ 208—241, AGD. II 4 §§ 10—13; sächs. GB. §§ 2223—2229, GerD. v. 1865 §§ 10 ff.; Code 1007 mit code de proc. 919—918, 920, Ventöse-G. 29, 20; bad. Geschäftsordn. §§ 23e—25k; Mommsen §§ 172—179; hess. Entw. 193—199; vgl. ferner Windscheid § 567; Roth §§ 386, 387; Stein §§ 93, 94; uA.; neuestens sondersh. G. v. 23. Jan. 1888). Der Entw. folgt diesem Vorgange.

Verkündung.

1. Der § 1938 spricht nicht vom Eröffnen der verschlossenen Verfügung, weil das Eröffnen nur das Mittel ist zu der sich anschließenden mündlichen Verkündung. Mit der Verkündung wird zugleich die Eröffnung im engeren Sinne getroffen. Auch das geltende Recht verwendet vielfach die Ausdrücke „Testamentseröffnung“ oder „Publikation“ zugleich im Sinne von Verkündung.

Verfahren.

— Die Vorschriften des Abs. 1 über das Verfahren entsprechen im Wesentlichen dem überall geltenden Rechte. In Ansehung der Zuziehung der Betheiligten ist zu beachten, daß außer den gesetzlichen Erben von vornherein noch andere Personen als betheiligte bekannt sein können, zB. dann, wenn ein anderes Testament desselben Erblassers bereits eröffnet ist, die darin Bedachten. Abweichend von mehreren geltenden Rechten (ALN. I 12 § 224; bayer. LN. III 2 § 18 Nr. 8; Roth § 387 Anm. 33; Mommsen § 177; hess. Entw. 196; sondersh. G. v. 1888 § 6 Abs. 2) ist die Zuziehung eines für die abwesenden oder für die unbekanntem gesetzlichen Erben vom Nachlassgerichte sofort zu bestellenden Vertreters für entbehrlich erachtet.

Gerichtsschreiber.

Ob bei Aufnahme des Protokolles über die Verkündung ein Gerichtsschreiber zuzuziehen sei, kann den Landesgesetzen überlassen bleiben, da die Frage mit der Organisation der Behörden für die freiwillige Gerichtsbarkeit zusammenhängt. Für die Zuziehung eines solchen läßt sich geltend machen, daß der Richter nicht selten in die Lage kommen wird, ein Testament zu verkünden, ohne daß ein Betheiligter anwesend ist.

§ 307
Unversehrtheit des Verschlusses.

In Uebereinstimmung mit einer Mehrzahl der geltenden Rechte (ALN. I 12 § 225; bayer. LN. III 2 § 14 Nr. 8; Roth § 387 Anm. 34; öst. G. v. 1854 §§ 63, 64; für würt. Recht Stein § 94 Nr. 9; brem. Recht nach Post § 209; Mommsen § 178 Abs. 3; hess. Entw. 197) wird bestimmt, daß in dem über die Verkündung aufzunehmenden Protokolle, wenn das Testament verschlossen ist, der Befund in Ansehung der Unversehrtheit des Verschlusses festzustellen ist (Abs. 1 Satz 3). Festzustellen ist jedoch nur derjenige Zustand, welcher durch die Eröffnung eine Veränderung erleidet, ein Mehreres ist nicht erforderlich.

Zuständiges Gericht.

Befindet sich die Testamentsurkunde in der Verwahrung eines anderen Gerichtes als des Nachlassgerichtes, so soll die Verkündung dem ersteren Gerichte obliegen, dieses aber nach der Verkündung der Urkunde an das Nachlassgericht abliefern und eine beglaubigte Abschrift zurückbehalten (Abs. 2). Die dem ALN. I 12 §§ 226, 227, dem sächs. GB § 2223 und anderen Rechten (Roth § 387 Anm. 28, 29) entsprechende Vorschrift ist für zweckmäßig erachtet, um die unnöthige und nicht ungefährliche Versendung einer noch nicht eröffneten Testamentsurkunde thunlichst zu vermeiden.

Zeit der Verkündung.

Daß durch eine besonder Vorschrift eine Anordnung des Erblassers, die Verfügung nicht alsbald nach dem Erballe zu verkünden, für unwirksam erklärt wird (Abs. 3), beruht darauf, daß einige geltende Rechte das Gegenheil bestimmen oder doch über die Zulässigkeit einer solchen Anordnung Streit besteht (Roth § 387 Anm. 26; Seuffert 2 Nr. 319; Bl. f. RA. 6 S. 289, 8 S. 416, 26 S. 193; Heimbach § 290 Anm. 1; Dernburg § 215 vorletzter Abs.; sondersh. G. v. 1888 § 4: 30 Tage). Dem Erblasser kann die Befugniß nicht eingeräumt werden, die Nichtbefolgung der Vorschriften über die Testamentseröffnung anzuordnen und dadurch die Entscheidung der Frage, wer Erbe sein soll, im Dunkeln zu lassen. — Im geltenden Rechte (ALN. I 12 §§ 218—222,

RabD. v. 22. Mai 1842, preuß. G. v. 1. März 1869; kurhess. B. v. 14. März 1815; altenb. G. v. 14. Januar 1837; uA.) finden sich Vorschriften darüber, wer antragsberechtigt sei, wann die Verkündung frühestens zu erfolgen habe, über die Eröffnung schon sehr lange Zeit verwahrter Testamente usw. In allen diesen Richtungen sind Vorschriften für entbehrlich erachtet oder doch für nicht dem bürgerlichen Rechte angehörend angesehen; es handelt sich um instruktionelle Bestimmungen.

Abkehrung
weiterer
Vorschriften.

2. Dem Nachlassgerichte wird durch die Ordnungsvorschrift des § 1939 Abs. 1 die Pflicht auferlegt, nach der Verkündung jeden Betheiligten, welcher bei der Verkündung nicht anwesend war, von dem ihn betreffenden Inhalte der Verfügung in Kenntniß zu setzen, im Wesentlichen in Uebereinstimmung mit dem geltenden Rechte (vgl. MN. I 12 § 230; Mommsen § 179; sondersh. G. § 9 und oben S. 162 zu § 1938/9 a. U.).

Benachrichtigung der
Betheiligten.
| §. 308.

Weiter instruktionelle Vorschriften über die Art der Bekanntmachung darüber, daß die Mittheilung auf Kosten des Nachlasses zu erfolgen hat, darüber, ob Erklärungen der Betheiligten über die Echtheit oder Anerkennung des Testaments zu erfordern seien u. dgl., wie sie sich im geltenden Rechte finden (MN. I 12 §§ 231 ff., preuß. G. v. 13. Mai 1833, 23. Febr. 1870; Roth § 387 Anm. 34, 35; württ. Recht bei Stein § 93; Heimbach § 290 Anm. 3; nass. Recht bei Bertram (2. U.) § 1905 Abs. 4; hess. Entw. 197), sind theils als selbstverständlich entbehrlich, theils gehören sie nicht dem bürgerlichen Rechte an.

Die Fassung „ihn betreffenden Inhalt“ weist darauf hin, daß die Mittheilung sich auf einen Theil der Verfügung beschränken kann, wenn die Betheiligung sich nur auf einen Theil bezieht. — Als selbstverständlich ist angesehen, daß die Mittheilungspflicht des Nachlassgerichtes gegenüber denjenigen Betheiligten sich erledigt, welche auf eine Mittheilung gegenüber dem Nachlassgerichte verzichten. — Mit einer verbreiteten Praxis, im Anschlusse an das MN. I 12 §§ 233—235, zu gestatten, daß das Nachlassgericht die Bekanntmachung in Ansehung anderer Personen als der Erben oder Pflichttheilsberechtigten dem Vollstrecker übertrage, ist nicht für angemessen erachtet. Die Uebertragung würde das Gericht kaum erheblich erleichtern, da vorgeschrieben werden müßte, das Gericht habe sich von der Erfüllung jener Pflicht seitens des Vollstreckers zu überzeugen.

Daß Jedem, welcher ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, die Befugniß beigelegt wird, von der Testamentsurkunde Einsicht zu nehmen, eine Abschrift, einen Auszug oder eine Ausfertigung zu verlangen (Abs. 2), stimmt im Wesentlichen überein mit dem MN. I 12 §§ 227 bis 229 und einigen anderen Rechten (öst. G. v. 1854 § 68; hess. Entw. 199 nebst Mot. S. 127; sondersh. G. § 10). Die Vorschrift enthält eine Uebertragung der gemeinrechtlichen Grundsätze von dem interdictum de tabulis exhibendis (Windscheid § 567 Anm. 2; Roth § 386). — Das Original des Testaments wird nicht ausgefolgt (MN. I 12 § 266; bayer. LN. III 2 § 14 Nr. 10; Roth § 387 Anm. 36); dies versteht sich von selbst. Die Gültigkeit des Testaments hängt nicht von dem thatsächlichen Fortbestehen der Testamentsurkunde ab; Vorschriften, welche einen Zweifel hierüber zuließen, sind nicht aufgenommen. | Ueber die Ersetzung verloren gegangener Testamentsurkunden (Windscheid § 615 Anm. 7—9; Roth § 337, besonders Anm. 56; Zachariae § 647; Dernburg § 173 Anm. 15, Eccius § 256 Anm. 41; Pescatore, Herstellung des Inhaltes verloren gegangener letztwilliger Verordn. 1877; sächs. GB. § 2300; öst. GB. § 722; hess. Entw. 111, 112) ist nichts bestimmt. Eine Vermuthung, durch welche der Beweis der Aufhebung durch Vernichtung oder Aenderung der Urkunde seitens des Verfugenden erleichtert wird, wäre nicht gerechtfertigt (vgl. S. 302). Eine Vermuthung dahin, daß die bei der Errichtung letztwilliger Verfügungen vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet sind, sofern das Testament vor einem Richter oder Notare errichtet ist, ließe sich nur aufstellen, wenn Förmlichkeiten vorgeschrieben wären, deren Beobachtung an sich wesentlich, deren Feststellung im Protokolle aber nicht wesentlich ist. Solche Förmlichkeiten hat der Entw. nicht bestimmt. Demgemäß kann es darauf nicht einmal ankommen, ob nicht eine solche Vermuthung durch die allgemeine Regel „*legalia praesumuntur*“ entbehrlich wäre.

| §. 309.

13. Abschnitt: Verfügung von Todeswegen durch Vertrag.*)

| §. 310.

Die meisten in Deutschland geltenden Rechte lassen den Erbvertrag, und zwar unbeschränkt, zu (vgl. außer älteren Rechten beschränkten Geltungsgebietes MN. I 12 §§ 617 ff.; sächs. GB. §§ 2003, 2542, 2557; bayer. LN. III 11 § 1; Roth § 330 Anm. 6; württ. LN. IV 1 § 2 und Entw. von 1840 Art. 14; für Thüring. Rechte Heimbach §§ 286, 277; für schlesw.-holst. Recht Paulsen § 207; Greve, hann. Recht Bd. 2 § 142; v. Kamptz, meckl. Recht Bd. 2 § 216; das nass. Recht nach Bertram (2. U.) §§ 2193 ff.; für brem. Recht Post § 211; uA.). Eine größere

Bor-
bemerkung.

*) Der in den Motiven gebrauchte Ausdruck: „Erbeinsetzungsvertrag“ wird hier durch „Erbvertrag“ ersetzt.

Zahl der geltenden Rechte gestattet den Erbvertrag nur zwischen gewissen Personen (öst. GB. §§ 602, 1249 ff.; Mommsen § 189; heff. Entw. 2, 3, vgl. IV 2 Art. 541 ff., nur zwischen Ehegatten oder Verlobten). Hierher gehören auch eine Anzahl älterer Rechte, für welche die unbeschränkte Zulässigkeit von Erbverträgen durch Theorie und Praxis deshalb verneint wird, weil in den Statuten nur von solchen Verträgen zwischen Ehegatten die Rede ist, zB. die joachim'sche Konstitution von 1527 nach Heydemann, Elemente S. 260 ff. Der Code 893, 895, 1082, 1093, 1389 läßt die vertragsweise Erbeinsetzung nur in Ehe Stiftungen zu, dann aber für Dritte ebenso wie für die Ehegatten selbst. Dem röm. Rechte ist der Erbvertrag unbekannt (Windscheid § 529 Anm. 3, § 537 bei Anm. 8, § 538 Anm. 2, § 539 Anm. 1 a. E., § 540 Anm. 4; Brinz § 380; Roth § 330; Mommsen's Mot. S. 261). Nach Plitt S. 117 ist dieser Vertrag dem lüb. Rechte nicht bekannt, indessen sollen im Gebiete von Lübeck wechselseitige Schenkungen unter Ehegatten und im Landgebiete Ehe Stiftungen mit einer gewissen Gegenseitigkeit der Vermögensrechte in Sterbefällen vorkommen.

Ueber die Entstehung und die Entstehungszeit des Erbvertrages wird gestritten (Stobbe § 310 mit § 298 Anm. 1).

Der Entw. kann das in Deutschland fast durchweg anerkannte Institut nicht beseitigen; selbst das gemeine Recht kennt etwas dem Erbvertrage nahe Kommendes, indem es die mortis causa donatio mit Verzicht auf den Widerruf gestattet (Windscheid § 369 Anm. 5). Gegen die | S. 311. Ausnahme lassen sich gewichtige Einwendungen geltend machen. Abgesehen von den erheblichen Schwierigkeiten in Ansehung der sehr bestrittenen juristischen Konstruktion, bleibt das Bedenken bestehen, daß dem Verfügenden die Möglichkeit entzogen wird, den veränderten Umständen gerecht zu werden. Das weitere Bedenken, daß das Recht des anderen Vertragsschließenden, welches nicht selten durch eine Gegenleistung erworben ist, durch Verfügungen unter Lebenden seitens des Einsetzenden vereitelt werden kann, läßt sich nur sehr theilweise beseitigen (§ 1952). Gleichwohl müssen diese Bedenken gegenüber der Einmüthigkeit des geltenden Rechtes zurücktreten.

Denjenigen Rechten, welche den Vertrag nur zwischen Ehegatten und Brautleuten zulassen, im Widerspruche mit dem überwiegend geltenden Rechte sich anzuschließen, mußte Anstand genommen werden. Durchschlagende Gründe hierfür liegen nicht vor, wenn einmal der Erbvertrag, also die nicht frei widerrufliche Erbeinsetzung, im Gegensaße zu den Grundsätzen der §§ 1753, 1754, zugelassen wird. Die Gefahren, welche sich für den Einsetzenden ergeben können, sind in allen Fällen die gleichen. Diese durch ein Verbot fern zu halten, ist nicht Aufgabe des Gesetzes, vielmehr hat sie ein Jeder, welcher einen Erbvertrag schließt, für sich zu prüfen. Zudem läßt sich eine Beschränkung in der bezeichneten Weise kaum durchführen. — Der Code läßt die Verträge nicht zwischen Ehegatten, wohl aber zwischen Verlobten zu, offenbar, um die mögliche Beeinflussung aus dem ehelichen Verhältnisse abzuschneiden. Aber diese Besorgniß ist doch wohl einer zu ängstlichen Fürsorge entsprungen. Gerade zwischen Ehegatten sind solche Verträge sehr häufig und nach Beseitigung des wechselseitigen Testamentes (§ 1913) kaum zu entbehren. Wird der Vertrag zwischen Ehegatten zugelassen, so kann Verlobten nicht wohl versagt werden, bereits vor Eingehung der Ehe die vermögensrechtlichen Folgen des Todes eines der Verlobten durch Vertrag zu regeln. Mit Recht geht schon der Code weiter, indem er die vertragsmäßige Bindung Dritter zuläßt, falls sie für Ehegatten im Ehevertrage erfolgt. Damit wäre jedoch dem Bedürfnisse noch nicht genügt. Auch zwischen anderen Personen als Ehegatten und Verlobten kommen Erbeinsetzungsverträge nicht selten vor, insbes. zwischen Angehörigen gewisser Stände, des Adels und des Bauernstandes. Ferner werden solche Verträge häufig geschlossen bei dem Eintritte in gewisse

Wirkung.

Bersorgungs-, Armen- und Kranken-Anstalten; hier würden sie kaum zu entbehren sein. Soll der Erbvertrag seinen Zweck erfüllen, so kann er nicht lediglich obligatorische Wirkungen haben. So beschränkte Wirkung legt ihm kein geltendes Recht bei (vgl. Hartmann, Erbvertr. 1860 S. 3 ff.). Ferner ist er nicht ein familienrechtliches Rechtsgeschäft, welches ein Statusverhältniß begründet (vgl. Koch, Erbrecht S. 772); der Wille der Beteiligten geht nur auf Schaffung eines event. Erbrechtes. Der Vertrag ist aber auch nicht ein Testament mit angehängtem Widerrufsverzichtvertrage oder ein modifizirtes Testament (Hartmann; dazu Hofmann in der öst. Gerichts- 1876 Nr. 96 ff. bei J. VIII, IX; Beseler, Erbvertr. II 1 S. 118 ff.). Denn dann wäre der | S. 312. Verzichtvertrage nur ein obligatorisches | Rechtsgeschäft, aus dessen Verletzung der anderweit berufene Erbe haftbar würde, der letztere bliebe jedoch Erbe. Dies soll gerade durch Schließung des Erbvertrages ausgeschlossen werden. Zudem würde der Verzicht nicht das Recht des als Erbe Einsetzten, sondern nur die allein dem Lebenden zustehende Befugniß, einzusetzen, zum Gegenstande haben; er wäre ein Rechtsgeschäft unter Lebenden. — Der Wissenschaft bleibt unbenommen, aus den gegebenen Vorschriften die Konstruktion zu begründen; diese darzulegen, ist nicht Aufgabe des Gesetzes.

Vermächtniß-
vertrag.

Neben dem Erbvertrage ist der Vermächtnißvertrag zugelassen (§ 1962). Das geltende Recht ist in dieser Hinsicht nicht frei von Streitfragen. Im gemeinen Rechte wird er nach der

herrschenden Meinung für zulässig gehalten, Windscheid § 632, Stobbe § 312, besonders Anm. 7, 8, — jedoch dagegen Beseler II 1 S. 22 ff., u.ä.; er wird erwähnt im bayer. P.R. III 11 § 1 Nr. 6 (Roth § 336 Anm. 7), für zulässig angesehen im Gebiete des A.R. auf Grund von I 12 § 620 (Dernburg § 179, Eccius § 247 Anm. 69 ff.), für den Code von Renaud im bad. Magazin 1 S. 208; im württ. Rechte, Stein § 181 Zusatz; in Schleswig-Holstein und Nassau, Paulsen § 207, Vertram §§ 2193 ff.; ausdrücklich anerkannt ist der Vertrag im sächs. G.B. §§ 2542 und im hess. Entw. IV 2 Art. 552, 553; Mommsen § 191 will ihn anscheinend ebenfalls zulassen. — Gegen die Ausdehnung lassen sich nicht unerhebliche Bedenken geltend machen (Beseler II 1 S. 22 ff. und Priv.R. § 137 III; Heimbach §§ 286, 287, 300), insbes., daß, wenn lediglich ein Vermächtnißvertrag geschlossen wird, nicht feststeht, wer der Beschwerte ist. Auch die innere Berechtigung eines solchen Vertrages läßt sich sehr wohl anzweifeln. Allein die Rücksicht auf das geltende Recht und der Umstand, daß zwingende Gründe für die Ausschließung dieses Vertrages sich nicht ergeben, müssen auch hier entscheiden. Dazu kommt, daß mit der Ablehnung des Vermächtnißvertrages eine nachtheilige für den Ehevertrag geradezu mit dem praktischen Bedürfnisse in Widerspruch tretende Veengung geschaffen würde (Beseler II 2 S. 137; Rugele § 11, 12). Für bauerliche Verhältnisse kann das Bedürfnis eines selbständigen Vermächtnißvertrages kaum geleugnet werden. Endlich kann ohne die Aufnahme dieses Vertrages die Zwitterbildung der donatio mortis causa (vgl. § 1963) nicht wohl unterdrückt werden.

Die Zulassung des Vermächtnißvertrages neben dem Erbvertrage legt es nahe, entsprechend dem § 1753, den Begriff des Erbvertrages aufzustellen für alle letztwilligen Verfügungen, welche durch Vertrag erfolgen können. Würde das bezeichnete System befolgt, so wäre davon auszugehen, die Verfügungen von Todeswegen könnten in einer doppelten Erscheinungsform vorkommen, nämlich entweder als einseitige Rechtsgeschäfte oder als Verträge. Eine Folge davon wäre es, daß es besonderer Gründe bedürfte, um nicht alle Anordnungen, welche durch einseitige Verfügung getroffen werden können, auch durch Vertrag treffen zu lassen. Der Entw. beruht umgekehrt auf der Auffassung, daß die Zulassung einer vertragsmäßigen Verfügung von Todeswegen die Aufnahme bildet, und daß eine vertragsmäßige Bindung nur insoweit zuzulassen ist, als es das praktische Bedürfnis verlangt (vgl. § 1956). Zudem steht in Hinsicht auf die Häufigkeit der Anwendung und die Wichtigkeit der Erbverträge so sehr im Vordergrund, daß das Gesetz ein nicht zutreffendes Bild der vertragsmäßigen Verfügungen von Todeswegen geben würde, wenn das bezeichnete System zu Grunde gelegt worden wäre.

Gemeinsame Vorschriften.

§ 313.

§ 1940 (II 1818, 2145, B. 1919, 2252, R. 1917, 2251, G. 1941, 2278).

Indem ausgesprochen wird, eine Erbeinsetzung könne durch einen vom Erblasser zu schließenden Vertrag erfolgen (Abs. 1), gelangt die auf S. 310 dargelegte Auffassung in Ansehung der Zulässigkeit des Erbvertrages zum Ausdruck. Zur Erleichterung der Fassung der folgenden Vorschriften wird die Bezeichnung des in einem solchen Vertrage Eingesezten als Vertragserbe zu einer technischen gemacht (Abs. 2). Dadurch, daß bestimmt wird, durch den Vertrag könne sowohl der andere Vertragsschließende als ein Dritter als Erbe eingesetzt werden, wird erkennbar, daß — entgegen der vielfach, zuletzt in Mommsen's Mot. S. 264 vertretenen Auffassung — auch die Erbeinsetzung eines Dritten erfolgen kann, selbst wenn nur diese Einsetzung eines Dritten Gegenstand des Vertrages ist. Die Aufnahme der Vorschrift an dieser Stelle verdeutlicht, daß die allgemeinen Vorschriften über den Erbvertrag auf beide Arten des Vertrages Anwendung finden. Nachdem in den §§ 412—416 Verträge zu Gunsten Dritter zugelassen sind, besteht kein Anlaß, in Ansehung der vertragsmäßigen Erbeinsetzung zu Gunsten Dritter Beschränkungen aufzunehmen, zumal solche Beschränkungen in der einfachsten Weise umgangen werden könnten durch Einsetzung des anderen Vertragsschließenden auf einen verschwindend kleinen Bruchtheil. Andererseits ist ein Bedürfnis, auch in dieser Beziehung dem Willen der Vertragsschließenden Raum zu lassen, kaum zu leugnen (vgl. sächs. G.B. § 2553).

I. Zulässigkeit Inhalt.

Eine Vorschrift, daß ein Vertrag, durch den der Erblasser gegenüber seinen gesetzlichen und letztwillig berufenen Erben auf das Recht verzichtet, von Todeswegen oder anderweit zu verfügen, als Erbvertrag zu beurtheilen sei (Württ. Entw. von 1840 Art. 14, 15; sächs. G.B. § 2558), ist nicht aufgenommen. Soweit es sich um Testamentserben handelt, würde in einem derartigen Vertrage ein Erbvertrag zu finden sein, welcher seinen Inhalt dem früheren, nach § 1953 als aufgehoben anzusehenden Testamente entnimmt. Eine solche Ergänzung des Inhaltes des Erbvertrages aus einem bereits errichteten Testamente ist aus denselben Gründen bedenklich, aus welchen das testamentum mysticum nicht zugelassen ist (§. 293f.). Verzichtet der Erblasser gegenüber den gesetzlichen Erben auf eine Abänderung der gesetzlichen Erbfolge durch letztwillige Verfügung, so bleibt die Umdeutung dieses Verzichtes in einem Erbvertrage möglich, sofern genügend erhellt, daß damit der Wille ausgesprochen ist, dem Vertragsschließenden die künftige Erbfolge zu sichern. Diese Möglichkeit im Gesetze hervorzuheben, fehlt es an hinreichenden Gründen. Eine

Vertrag, nicht letztwillig zu verfügen etc.

§ 314.

Vermuthung, daß ein solcher Wille vorliege, kann nicht aufgestellt werden. Allerdings würden durch eine Vorschrift dieses Inhaltes Zweifel beseitigt, welche daraus sich ergeben können, daß nach § 1754 ein Vertrag nichtig ist, durch welchen Jemand sich verpflichtet, eine letztwillige Verfügung nicht zu errichten oder nicht aufzuheben. Allein solche Zweifel würden, sofern ein Erbvertrag vorliegt, nicht berechtigt sein, da der Entw. den Erbvertrag als gültig anerkennt.

Daß in demselben Vertrage von jedem der Vertragsschließenden ein Vertragserbe eingesetzt werden kann (Abs. 3), ist nur der Deutlichkeit wegen ausgesprochen. Der Inhalt der Vorschrift steht in einem gewissen Gegensatz zum § 1913.

§§ 1941—1944 (II 2141—2143, B. 2248—2250, R. 2247—2249, G. 2274—2276).

II. Er-
richtung.
1. Vertretung.

1. Die Vorschrift des § 1941 über die Ausschließung der Vertretung entspricht dem § 1911, dem sie auch in der Fassung sich anschließt; sie stimmt mit dem geltenden Rechte im Wesentlichen überein (M.N. I 12 § 621; sächs. GB. § 2545; Mommsen § 193, dessen Mot. S. 265; Hartmann S. 36 — abweichend fränk. L.G.D. 120, 5—8). — In gleicher Weise den annehmenden Vertragsschließenden zu beschränken (vgl. Noth § 333 Anm. 3; Stobbe § 311 Anm. 11; Dernburg § 176 Anm. 9, 10), fehlt es an einem zureichenden Grunde. In Ansehung desselben muß es bei den allgemeinen für Verträge geltenden Grundätzen bewenden. Darnach ist nicht ausgeschlossen, daß der eingesetzte Vertragsschließende durch einen mit Vollmacht versehenen Vertreter animmt.

2. Er-
forderlich
in der Person des
Erblassers.

2. Daß der § 1942 in Ansehung des als künftiger Erblasser Verfügenden erfordert, dieser müsse unbeschränkt geschäftsfähig sein, entspricht im Wesentlichen den neueren Rechten (M.N. I 12 § 621; sächs. GB. § 2545; Stobbe § 311 S. 284; Mommsen § 193; württ. Entw. 9, 19). Für das gemeine Recht wird die Ansicht vertreten (Beseler II 1 S. 254—256; dazu Stobbe § 311 Anm. 13), minderjährige oder pflegebefohlene Verfügende dürften, insbes. hinsichtlich des peculium adventicium, unter Mitwirkung oder Einwilligung des gesetzlichen Vertreters Erbverträge schließen. Auf ähnlichem Boden, zum Theile unter Erfordern der Genehmigung des Vormügendes, stehen das bayer. M., u. A. (vgl. Bl. f. R. 39 S. 15; das öst. GB. §§ 865, 1250; hess. Entw. IV 2 Art. 434—436). — Aus den Gründen, auf welchen der § 1912 beruht, vgl. S. 247 ff., muß sich der Entw. den ersterwähnten Rechten anschließen.

§ 315.

Ehevertrag
betr. Güter-
gemeinschaft.

Eine Ausnahme zu bestimmen für den Fall, daß eine Erbeinsetzung in einem auf Einführung der GG. geschlossenen Vertrage erfolgt, ist nicht erforderlich. Wenn auch in der Eingehung der GG. materiell (vgl. § 1385) der Abschluß eines Erbvertrages gefunden werden kann (bei der Schließung eines solchen Ehevertrages behält allerdings die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters ihre regelmässige Wirkung), so können doch durch einen solchen Vertrag nur diejenigen erbrechtlichen Wirkungen herbeigeführt werden, welche in den Vorschriften des Entw. über die gütergemeinschaftliche Erbfolge bestimmt sind. Darin findet die Erleichterung der Vertragsschließung Maß und Ziel. Würde darüber hinausgegangen, so würde die Regel des § 1942 gerade in solchen Fällen durchbrochen, in welchen ihre Anwendung praktisch von besonderer Wichtigkeit ist. Dazu kommt, daß voraussichtlich von der Einführung jenes Güterstandes durch Vertrag in der Regel nur die Mitglieder gewisser Stände innerhalb beschränkter örtlicher Grenzen Gebrauch machen werden. Für solche Personen wird, insbes. wenn die Ehegatten noch nicht volljährig sind, äußerst selten ein Bedürfnis bestehen, durch Erbvertrag die Eltern eines Ehegatten, falls die Ehe kinderlos bleiben sollte, auszuschließen oder auf den Pflichttheil zu beschränken. Handelt es sich um die minderjährige Frau, so würde es bedenklich sein, ihr zu gestatten, daß sie sich in so früher Zeit dem Manne gebunden gegenüberstellt (vgl. zum § 1913 S. 256).

3. Form der
Errichtung.
Regelmässige
Form.

3. Die Schließung eines Erbvertrages ist vom geltenden Rechte nicht durchweg an eine Form gebunden. Das gemeine Recht, wenigstens nach der herrschenden Ansicht (vgl. Entsch. 8 S. 134, 11 S. 215 ff., Stobbe § 311 Anm. 21, 22; Noth § 333 Anm. 10, aber dagegen Stobbe § 311 Anm. 22 a), und eine Reihe von Rechten beschränkteren Geltungsgebietes (vgl. Stobbe § 311 Anm. 21 u. A.) begnügen sich mit der einfachen Vertragsform. Gerichtlichen Abschluß schreiben, außer älteren Statutarrechten, vor das bayer. M. III 11 § 1 Nr. 10, das württ. Recht nach Stein § 99 (anderer Meinung Bierer 3 § 251), die Rechte der meisten thüring. Staaten, der hess. Entw. IV 2 Art. 436, der württ. Entw. v. 1840 Art. 5—7, auch das nass. Recht nach Vertram (2. A.) § 2196. Der Code erfordert Testamentsform oder die Form für Schenkungen unter Lebenden, es sei denn der Vertrag in einem Heirathsvertrage geschlossen. Testamentsform verlangt das M.N. I 12 § 621—623 (vgl. aber auch II 1 § 441; M.G.D. II 1 § 10 Nr. 5, 4 § 15; hierzu Entsch. 17 S. 211) und, sofern eine Ehefrau einen solchen Vertrag schließen will und von ihren Rechten etwas aufgeben soll, gerichtliche Form unter Zuziehung eines Beistandes (vgl. Ciccius § 247 S. 328, Anm. 35—37; Dernburg § 176 Anm. 9 ff.). Das sächs. GB. § 2546 verlangt die Form des gerichtlichen letzten Willens, das öst. GB. § 1249 alle Erfordernisse des schriftlichen Testaments, Mommsen §§ 193—195 die ordentliche Testamentsform. Nach dem braunschv. G. v. 16. Nov. 1860 § 1 ist gerichtlicher und notarieller Abschluß oder die Beobachtung der Testamentsformen vorgeschrieben.

§ 316.

Der Entw. bestimmt, daß der Vertrag nur vor Gericht oder Notar geschlossen werden könne (Abs. 1). Es ist also dieselbe Form vorgeschrieben wie im Falle des § 1616. Die Vertragsschließenden müssen gleichzeitig vor Gericht oder Notar anwesend sein und hier die Willenserklärungen abgeben. Ausgeschlossen ist damit, daß die Vertragsschließenden eine den Erbvertrag enthaltende Schrift übergeben (vgl. § 1918). Das letztere bei diesem Vertrage wie bei dem Testamente mit dem *ABN.* I 12 § 621, dem sächs. *GB.* § 2546, u. A. zuzulassen, ist nicht für angemessen erachtet. Bei der Uebergabe einer solchen Schrift wird nur die Uebereinstimmung in Ansehung des Uebergabeaktes erklärt, in Ansehung des Inhaltes der Willenserklärungen auf ein Schriftstück verwiesen, das nicht zum Vortrage gelangt. Daß eine derartige in gewisser Weise mystische Verlautbarung des Willens zugelassen wird, bildet eine Ausnahme von der Regel. Eine solche Ausnahme erscheint in Ansehung des Testaments angemessen, um dem Verfügenden, welcher sich Niemandem gegenüber bindet, die volle Freiheit der Geheimhaltung des Inhaltes der Verfügung zu gewähren. Dieser Grund trifft für den Erbvertrag nicht zu, da eine Mittheilung des Willens in der Natur des Vertrages liegt. Hiernach ist ebenso wie im Uebrigen an der durch den Vertragscharakter nur wenig modifizirten gerichtlichen oder notariellen Form festgehalten.

Für die Errichtung des Erbvertrages wird eine Anzahl der für die Errichtung einer letztwilligen Verfügung gegebenen Vorschriften für entsprechend anwendbar erklärt (Abs. 2), nämlich, abgesehen von dem zum § 1944 zu würdigenden § 1921 und dem § 1922 (welcher hier nicht in Betracht kommt), alle Vorschriften, welche sich nicht auf die Uebergabe einer Schrift beziehen, mit der Maßgabe, daß diese Vorschriften, soweit sie auf den Verfügenden sich beziehen, auf beide Vertragsschließende zu beziehen sind. Zugleich wird ausgesprochen, daß die Errichtung des Vertrages nur durch mündliche Erklärung des Vertragsinhaltes von Seiten der Vertragsschließenden erfolgen kann. Hierfür ist im Allgemeinen maßgebend, daß die Vorschriften des Entw. über die Testamentserrichtung nicht durch die Einseitigkeit des Rechtsgeschäftes und den damit verbundenen Mangel eines Erklärungsempfängers nöthig gemacht sind, sondern eine erhöhte, reichsgesetzlich zu allgemeiner Geltung gebrachte Gewähr dafür bieten sollen, daß bei einem so wichtigen Rechtsgeschäfte die Erfüllung aller Voraussetzungen für die Gültigkeit desselben thunlichst feststeht und künftigen Streitigkeiten über Verfügungen auf den Todesfall vorgebeugt wird. Diese Rücksichten treffen bei dem Erbvertrage mindestens in gleichem Maße zu. Dazu kommt, daß Verschiedenheiten in der Formalisirung zu mannigfachen Unzuträglichkeiten führen könnten. Ganz besonders aber ist von Belang, daß erhebliche Formvereinfachungen die Umgehung der Formvorschriften für letztwillige Verfügungen ermöglichen würden. — Die Ausdehnung der auf den Verfügenden sich beziehenden Vorschriften auf beide Vertragsschließende ist geboten, um zu vermeiden, daß das Gesetz lückenhaft befunden werde. — Nicht angezogen und nicht anwendbar sind die Vorschriften über die außerordentlichen Testamentsformen; das *ABN.* I 12 § 622 spricht dies besonders aus. — Der § 1922 schließt nur für den darin bezeichneten Fall die Errichtung einer Verfügung durch Uebergabe einer Schrift aus. Da nach Vorstehendem eine solche Form für die Errichtung eines Erbvertrages nicht zugelassen ist, so paßt die Vorschrift hier nicht.

Anwendung von Testamentsvorschriften.

§ 317.

Eine Vorschrift, daß in Ansehung der Konversion die allgemeinen Vorschriften des § 111 gelten, daß also zuzusehen ist, ob der als Vertrag ungültige Erbvertrag als Testament aufrecht erhalten werden könne, ist nicht erforderlich. Zwar findet sich im geltenden Rechte die Vorschrift, daß in Ansehung des Erbvertrages eine Konversion nicht stattfindet (*ABN.* I 12 § 619; sächs. *GB.* § 2547; vgl. Stobbe § 311 Anm. 60 — andererseits Windscheid § 82 Nr. 5, § 529 Anm. 3; Unger § 26, sowie öst. *GB.* § 1250; Mommsen § 196 nebst Mot. S. 267). Allein daraus kann ein Anlaß nicht entnommen werden, das Gegentheil besonders vorzuschreiben, zumal die Aufnahme einer solchen Vorschrift die Tragweite des § 111 zu verdunkeln geeignet wäre (Mot. I S. 218). Noch weniger besteht ein Grund, eine Ausnahme von der Zulassung der Konversion für den besonderen Fall auszusprechen, daß der Bedachte mit der Annahme zugleich auf sein gesetzliches Erbrecht auch für den Fall der Ausschlagung des ihm vertragsweise Zugedachten verzichten sollte und der Vertrag als solcher wegen mangelnder Annahme ungültig ist. Eine derartige Entscheidung würde als kasuistisch bezeichnet werden können. — Etwas Besonderes für den Fall der Konversion zu bestimmen, besteht kein Anlaß. Eine Vermuthung für einen der Konversion entsprechenden Willen des Erblassers aufzustellen, würde nicht gerechtfertigt sein.

Konversion.

4. Der § 1921 eignet sich an sich nicht zur Anwendung auf die Errichtung eines Erbvertrages seitens des Gebrechlichen, da | nur die Form durch Uebergabe einer Schrift gestattet wird, diese Form aber für den Erbvertrag nicht zugelassen ist und die dafür geltend gemachten Gründe (S. 316) auch vorliegend ihre Geltung behalten; eine Verweisung auf § 1921 würde deshalb nicht zulässig sein. Enthielte das Gesetz für die Errichtung eines Erbvertrages seitens der im § 1921 bezeichneten Gebrechlichen keine Vorschrift, so müßten sich Zweifel erheben, ob die Bornahme ausgeschlossen sei, oder ob es nach den landesgesetzlichen Vorschriften über die Abgabe der Erklärungen einer solchen Person im Verfahren der nichtstreitigen Rechtspflege sich bestimme,

Stumme.

§ 318.

in welcher Weise sie einen Erbvertrag zu errichten habe. Einer solchen Person die Errichtung zu versagen, wäre nicht gerechtfertigt, da es möglich bleibt, sich mit ihr über den von ihr zu erklärenden Willen durch schriftliche Mittheilungen ihrerseits zu verständigen. Hiervon ausgegangen, ist es geboten, auch in Ansehung dieses Gebrechlichen durch eine reichsgerichtliche Regelung einzugreifen und dadurch Zweifel zu beseitigen sowie Ungleichheiten des Rechtes zu vermeiden (§ 1944).

In Ansehung des Stummen oder zu sprechen Verhinderten kann die Schrift die Stelle der Rede vertreten. Für die Testamenterrichtung schließt die dort gewährte weitergehende Erleichterung die Zulässigkeit der hier bestimmten Errichtungsart ein. Die schriftliche Erklärung tritt völlig an die Stelle des gesprochenen Wortes. Der unterscheidende Umstand, daß die schriftliche Erklärung sich bleibend auf dem Papiere festhalten läßt, führt dazu, daß nicht nur die Abgabe der Erklärung und deren Inhalt durch den verhandelnden Beamten zu beurkunden ist, sondern daß zur Vermehrung der Sicherheit die betr. Person selbst in der Errichtungsurkunde, sei es im aufzunehmenden Protokolle, sei es in einer diesem beizufügenden Anlage, in Gegenwart der mitwirkenden Personen die Erklärung niederschreibt. Auf solche Weise wird das geschriebene Wort körperlich aufbewahrt, während das gesprochene Wort nur in der Urkunde bezeugt wird. Nicht erforderlich ist, daß der Stumme oder zu sprechen Verhinderte den ganzen Vertragsinhalt niederschreibt. Vielmehr genügt, daß er seine entscheidende Erklärung, aus welcher die Vertragsschließung sich ergibt, selbst schreibt. Dies kann auch in der Weise geschehen, daß der vom anderen Vertragsschließenden angegebene oder sonst durch die Verhandlung ermittelte Vertragsinhalt in das Protokoll aufgenommen wird und nunmehr der mit dem Mangel Behaftete eigenhändig vermerkt, er habe von dem Vertragsinhalte durch Vorlesen oder Durchlesen Kenntniß genommen und sei hiermit sowie mit der Vertragsschließung einverstanden. Ob auch der Vertragsinhalt durch Bezugnahme auf eine Protokollanlage beurkundet werden kann, bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen, welche für die Aufnahme der gerichtlichen oder notariellen Vertragsprotokolle gelten. Eine besondere Vorschrift über die Zulässigkeit der Bezugnahme auf eine Anlage ist nicht erforderlich. Selbstverständlich ist, daß in der schriftlichen Erklärung des Verfügenden die zum Zustandekommen des Vertrages erforderliche Willensentscheidung vollständig enthalten und ersichtlich gemacht sein muß. — | In Ansehung der Feststellungen im Protokolle und der Genehmigung des Protokolles schließt sich der § 1944 völlig dem § 1921 an.

| § 319.

§ 1945 (II 2144, 2166, B. 2251, 2274, R. 2250, 2273, G. 2277, 2300).

Ber-
schließung.
Bewahrung,
Verkündung.

Die Vorschriften über die Verschließung, Bewahrung und Verkündung des Erbvertrages entsprechen den §§ 1932, 1937—1939. Die Angleichung der Vorschriften über die Errichtung eines Erbvertrages an die über die Errichtung einer letztwilligen Verfügung läßt es geboten erscheinen, auch in den angegebenen Richtungen, soweit thunlich, Vorschriften aufzunehmen. — Nicht für alle Fälle läßt sich im Wege einer Ordnungsvorschrift bestimmen, daß die Urkunden über Erbverträge, ebenso wie die in ordentlicher Form oder vor einem Gemeindevorsteher errichteten Testamente, aus der gewöhnlichen amtlichen Bewahrung in die besonders geartete Bewahrung für Testamenturkunden gebracht werden. Denn es kann den Vertragsschließenden die Befugniß nicht verschränkt werden, sich Ausfertigung ertheilen zu lassen und, wenn die Ausfertigung ertheilt ist, haben die Betheiligten kaum ein Interesse daran, daß die Urkunde in einer besonderen Art verwahrt werde. Es kann aber den Vertragsschließenden andererseits nicht versagt werden, die Anwendung der an sich zulässigen Sicherheitsmaßregeln zu verlangen und demgemäß die Versiegelung der Urkunde sowie deren Aufnahme in den Testamentensgewahrsam, oder allein die letztere Maßnahme zu beantragen (vgl. WR. I 12 § 623 nebst Anh. § 43, AGD. II 4 § 15 nebst Anh. § 431, Dernburg § 176 Anm. 12, 13, Eccius § 274 bei Anm. 35).

Wird von den Vertragsschließenden die Versiegelung und besondere Aufbewahrung der Vertragsurkunde verlangt, so gelangt sie, wie eine Testamenturkunde, verschlossen, ohne vorgängige Ausfertigung, in die besondere amtliche Bewahrung. Nur auf gemeinsamen Antrag beider Vertragsschließenden kann der Verschuß aufgehoben und eine Ausfertigung ertheilt werden. Befindet sich die so verschlossene, nicht ausgefertigte Urkunde in amtlicher Bewahrung, so ist es angemessen, in Ansehung der Verkündung und Mittheilung die §§ 1937—1939 entsprechend anzuwenden, so jedoch, daß die darin enthaltenen Verfügungen des noch lebenden Vertragsschließenden weder zu verkünden noch in anderer Weise zur Kenntniß der Betheiligten zu bringen sind. Die Vorschriften passen dann nicht, wenn die Urkunde nicht verschlossen ist oder offen in die amtliche Bewahrung gelangt ist. In solchem Falle muß jedem Vertragsschließenden auf seinen einseitigen Antrag eine Ausfertigung ertheilt werden. Mag die Ausfertigung aber ertheilt sein oder nicht, so können die §§ 1937—1939 doch schon deshalb nicht angewendet werden, weil die Urkunde zur Disposition des Gerichtes oder des Notares bleiben muß.

Bertrags-
antrag.

| § 320.

Eine Vorschrift darüber, daß bei einem Erbvertrage der Vertragsantrag den Antragenden nicht bindet (§§ 80 ff.), ist nicht aufgenommen. | Eine allgemeine Frage ist es, ob bei einem

formalisierten Verträge ein dem Formerfordernisse entsprechender und bindender Vertragsantrag überhaupt denkbar ist, und ob nicht ein solcher Antrag mit der Vertragsschließung zusammenfallen muß. Diese Frage ist im Allg. Theile nicht entschieden (vgl. Mot. 1 S. 467); in Ansehung des Erbvertrages bedarf sie um so weniger einer Lösung, als das nach § 83 allein interessirende Stadium der Bindung entfällt, weil es sich um Schließung eines Vertrages unter Anwesenden handelt. Aus dem nach § 1946 anwendbaren § 1754 ergibt sich zudem, daß eine Verpflichtung zur Eingehung eines Erbvertrages nicht wirksam übernommen werden kann.

§§ 1946, 1947 (II 2146, —, B. 2253, —, R. 2252, —, G. 2279).

1. Nach der aufgestellten Regel, daß auf die Erbeinsetzung durch Vertrag, soweit nicht aus dem Gesetze ein Anderes sich ergibt, die für die Erbeinsetzung durch letztwillige Verfügung geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden, sind sowohl die allgemeinen Vorschriften der §§ 1753 ff. als die §§ 1788 ff. entsprechend anwendbar, soweit nicht in diesem Abschnitte ein Anderes bestimmt ist. Allerdings kann eine Anzahl jener Vorschriften nicht wohl Anwendung finden. Soweit für die Anwendbarkeit Raum nicht vorhanden ist, wird die Bezugnahme nicht nachtheilig sein. Dagegen würde die Bezeichnung der einzelnen anwendbaren Vorschriften leicht zu einer Auslassung führen können. Die allgemein gehaltene Verweisung erscheint daher rathsam (vgl. Mommsen § 197, dessen Mot. S. 267).

4. Anwendung von Vorschriften über letztwillige Verfügung.

Diese Verweisung macht es entbehrlich, über die Anwachsung bei vertragmäßiger Erbeinsetzung eine Vorschrift aufzunehmen. Das geltende Recht ist in dieser Beziehung verschieden, zum Theile sehr streitig. Vgl. Windscheid § 604 Anm. 8 mit § 537 Anm. 8; Roth § 335 Anm. 54 bis 60, § 378 Anm. 40, 41; verneint ist das Anwachsungsrecht von Kreittmayr zum bayer. LM. III 11 § 1 Nr. 6, von Stein § 122 für das württ. Recht, vom württ. Entw. (mit einigen Modifikationen) Art. 36 b, 37, dem hess. Entw. 134 mit IV 2 Art. 541, 548, 551. Das ALR. I 12 § 645 läßt das Anwachsungsrecht wie bei letztwilligen Verfügungen Platz greifen; das Gleiche dürfte gelten vom franz. Rechte, soweit es diese Verträge kennt, Merlin inst. contr. § 10 Nr. VI—VIII; Mommsen § 239 folgt dem ALR. Das sächs. GB. § 2252 läßt Anwachsung nur eintreten, wenn in einem Erbvertrage Mehrere bedacht sind ohne Angabe, wie viel ein Jeder erhalten soll. — Zu besonderen Vorschriften über die Anwachsung hat der Entw. keinen Anlaß. Zweifelhaft kann nur erscheinen, ob es nicht angemessen sei, auszusprechen, daß, wenn die mehreren Erben in verschiedenen Erbverträgen eingesetzt sind, Anwachsung nicht stattfindet, weil es insoweit an einem hinreichenden Anhalte dafür fehlt, daß der Wille des Erblassers hierauf gerichtet war, es sei denn, daß eine besondere Kundgebung eines solchen Willens vorliegt. | Soweit nicht die letztere Ausnahme zutrifft, ist ersichtlich, daß der Erblasser die Anwachsung nicht gewollt haben kann. Daß dies werde verkannt werden, ist nicht anzunehmen. Aus dem gleichen Grunde ist nicht besondere Vorsorge zu treffen für den Fall, daß einzelne Erben durch Verfügung, andere durch Vertrag eingesetzt sind.

Anwachsung.

| S. 321.

Der Erbvertrag ist zugleich ein Vertrag. Dies ergibt schon seine Bezeichnung. Es bedarf deshalb keiner besonderen Vorschrift, daß auf ihn die allgemeinen Vorschriften über Verträge Anwendung finden, soweit für deren Anwendung Raum bleibt. Dagegen finden, ebenso selbstverständlich, die §§ 344—369, welche sich nur auf obligatorische Verträge beziehen, auf den Erbvertrag nicht Anwendung. Freilich ergeben sich Schwierigkeiten daraus, daß neben den Vorschriften über Verträge die über Erbeinsetzung anzuwenden sind. Diese Schwierigkeiten lassen sich jedoch durch eine allgemeine Vorschrift, daß auch die Vorschriften über Verträge anzuwenden seien, nicht lösen (vgl. Mommsen's Mot. S. 264, 265; Stobbe § 311 S. 284).

Vorschriften über Verträge.

Daß im Zweifel der Vertragserbe gegenüber den letztwillig eingesetzten Erben den in den §§ 1793, 1795 vorgesehenen Minderungen des Bruchtheiles nicht unterliege, kann nicht bestimmt werden. Wenn der Erbvertrag nur die Einsetzung als Vertragserbe enthält, so versteht sich von selbst, daß außerhalb des Vertrages liegende Erbeinsetzungen dem Rechte des Vertragserben nicht entgegenstehen. Sind neben der vertragmäßigen Erbeinsetzung andere Erbeinsetzungen enthalten, so würde eine Auslegungsregel zu Gunsten des Vertragserben nicht gerechtfertigt sein. Bei Ermittlung des wirklichen Willens des Erblassers, welcher in der Bezeichnung der Bruchtheile der eingesetzten Erben sich vergriffen hat, ist der Inhalt des Vertrages im Ganzen in Betracht zu ziehen und der Auslegung zu Grunde zu legen.

Minderungen des Bruchtheiles.

Für das geltende Recht wird die Auffassung vertreten, in Ansehung der einer Erbeinsetzung durch Vertrag beigefügten Bedingungen seien die Vorschriften anzuwenden, welche für die Einsetzung durch Testament gelten (ALR. I 12 § 647, Dernburg § 176 Anm. 6, Eccius § 247 Anm. 55; sächs. GB. § 2549), aber auch die Ansicht wird aufgestellt, die für Verträge geltenden Vorschriften seien anzuwenden (öst. GB. § 1251 mit §§ 897—907; württ. Entw. 24, 25 a, 25 b; hess. Entw. IV 2 Art. 542, vgl. aber 549). Für das gemeine Recht haben beide Ansichten Vertretung gefunden (Stobbe 311 Anm. 29; Unger § 26 Anm. 14). Mommsen § 197 (Mot. S. 267,

Bedingungen.

268) schlägt einen Mittelweg ein. Der Entw. hat keinen Anlaß, auf diese Frage einzugehen, da schon in Ansehung des Testaments besondere Vorschriften über widersinnige, unerlaubte, unmögliche Bedingungen nicht aufgenommen sind (vgl. S. 17 ff.). Die §§ 1762, 1763 für den Erbvertrag außer Anwendung | zu setzen, fehlt es an hinreichendem Anlasse; jedenfalls liegt hierfür kein Grund in der besonderen Natur des Erbvertrages und in der bindenden Kraft des Vertrages.

| S. 322.

5. Willens-
mängel.

2. Das Willensdogma ist in Ansehung letztwilliger Verfügungen (§ 1779) strenger durchgeführt als in den allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte. Die dort bestimmten Ausnahmen beruhen auf der eigenthümlichen Natur des Testaments, eines streng einseitigen Rechtsgeschäftes. Giebt der Verfügende die Erbeinsetzung vertragsmäßig an einen anderen Vertragsschließenden hin, so treffen alle Gründe zu, welche die volle Anwendung der zum Schutze des Empfängers einer Willenserklärung in den §§ 95—99 gegebenen Vorschriften rechtfertigen (§ 1947).

§ 1948 (II 2146, 2148/50, B. 2253, 2255/8, R. 2251, 2254/7, G. 2279, 2281—2284).

III. An-
fechtung
1. durch den
Erblasser,

Wenn auf den Erbvertrag gleichzeitig die Vorschriften über Verträge und über letztwillige Verfügungen anzuwenden sind, so ergeben sich Schwierigkeiten auch in Ansehung derjenigen Vorschriften, die sich auf die Nichtigkeit der Willenserklärung wegen Zwanges, Betruges und Irrthumes in den Motiven und auf die aus einem solchen Mangel sich ergebende Anfechtbarkeit der Willenserklärung beziehen. Die Vorschriften über Verträge können so wenig als die über letztwillige Verfügungen in dieser Beziehung ausschließlich für anwendbar erklärt werden. In Abweichung von den §§ 1780 ff. muß bei dem Erbvertrage dem die Verfügung Errichtenden das Anfechtungsrecht eingeräumt werden; es wird hier nicht durch das stärkere Recht des freien Willens entbehrlich. Der § 1780 erweitert in Ansehung der letztwilligen Verfügung das Anfechtungsrecht, welches der § 103 dem durch Drohung oder Betrug zur Abgabe einer Willenserklärung Bestimmten beilegt insofern, als im § 1780 nicht, wie im § 103 Abs. 2, die Anfechtbarkeit beschränkt ist, wenn der Betrug von einem Dritten verübt ist. In solchem Falle ist nach § 103 Abs. 2 die Anfechtung nur zugelassen, wenn der Empfänger der Willenserklärung den Betrug kannte oder kennen mußte. Der § 1780 hat eine solche Beschränkung nicht. In Ansehung des Erbvertrages würde die unbeschränkte Anfechtbarkeit den Vertragsschließenden unbillig beschweren, zumal wenn eine Gegenleistung in Frage steht und etwa schon von ihm geleistet ist. — Der Inhalt der Verfügung ist bei dem Erbvertrage die Erbeinsetzung. Diese verdient den gleichen Schutz wie die Erbeinsetzung in einer letztwilligen Verfügung. Die Rücksicht hierauf überwiegt die auf den anderen Vertragsschließenden zu nehmende Rücksicht, sodaß der § 1781 für anwendbar zu erklären ist. — Wird die dem § 1782 zu Grunde liegende Auffassung auf den Erbvertrag übertragen, so ergibt sich das Bedürfnis, in Ansehung | dieses Vertrages dem Erblasser ein entsprechendes Anfechtungsrecht beizulegen, weil er durch den Fortbestand des Vertrages, zu dessen Abschlusse er durch einen Irrthum oder eine Voraussetzung, wie sie zur Anwendung des § 1782 erforderlich ist, sich veranlaßt fand, in seinen Rechten beeinträchtigt wird. Zwar läßt sich dagegen einwenden, die nach dem Abschlusse des Vertrages dem Verfügenden bekannt gewordenen oder die nach dieser Zeit neu hinzugetretenen Pflichttheilsberechtigten könnten wieder wegfallen. Allein der Einwand ist nicht durchgreifend. Denn es ist anzunehmen, der Verfügende würde einen Erbvertrag überhaupt nicht abgeschlossen haben, wenn ihm die Aenderung der Sachlage, welche durch den Wegfall der ihn zur Verfügung bestimmenden Thatsache eingetreten ist, bekannt gewesen wäre. Dazu kommt, daß der Verfügende ein höchst beachtenswerthes Interesse haben kann, während seiner Lebenszeit feststellen zu lassen, daß der Erbvertrag unwirksam ist, damit er für eine anderweite Verfügung Sicherheit gewinne. In Ansehung des § 1782 bedarf indessen die entsprechende Anwendung einer Modifikation. Ein Pflichttheilsberechtigter kann als solcher nur zur Zeit des Erbfalles vorhanden sein. Dem Vertragsschließenden selbst ist aber das Anfechtungsrecht zu gewähren, sobald die Veränderung der Sachlage ihm bekannt geworden ist. In den Fällen des § 1782 muß daher an die Stelle der Zeit des Erbfalles hier die Zeit der Anfechtung treten. — Der § 1783 paßt bei entsprechender Uebertragung auch für den Erbvertrag.

| S. 323.

seitens der
Ehegatten re.
Einsetzung
eines Dritten.

Der Abs. 2 wendet sich zu dem besonderen Falle, daß in einem zwischen Ehegatten oder Verlobten geschlossenen Erbvertrage ein Dritter als Erbe eingesetzt ist. Für diesen besonderen Fall werde der § 1783 für entsprechend anwendbar erklärt, weil regelmäßig die Einsetzung der Vertragserben in gleicher Abhängigkeit von der Voraussetzung der Fortdauer der Ehe oder des Verlöbnißes steht und deshalb in gleicher Weise wie die Einsetzung des anderen Vertragsschließenden in einer letztwilligen Verfügung anfechtbar sein muß.

Genehmigung
des
anfechtbaren
Vertrages.

Der Abs. 3 befaßt sich mit der Genehmigung des anfechtbaren Erbvertrages seitens des Verfügenden. Die Genehmigung der anfechtbaren letztwilligen Verfügung kommt deshalb nicht in Betracht, weil diese schlechthin widerruflich bleibt, auch wenn sie genehmigt ist. Bei dem Erbvertrage ist dagegen die Genehmigung von Belang, da der Verfügende an sich gebunden ist. Deshalb muß bestimmt werden, daß das aus besonderen Umständen sich ergebende Recht auf die

Aufhebung der Bindung im Wege der Anfechtung durch die Genehmigung des Vertrages seitens des Verfügenden beseitigt wird. Im Anschlusse an § 113 Abs. 3 (Mot. 1 S. 222) wird für diese Genehmigung eine besondere Form nicht vorgeschrieben. Auch bei andere formalisirten Verträgen, insbes. über Rechte an Grundstücken, weicht der Entw. von den allgemeinen Grundsätzen über Anfechtbarkeit der Rechtsgeschäfte nicht ab. Dazu kommt, daß das anfechtbare Rechtsgeschäft, so lange es nicht angefochten ist, rechtlichen Bestand hat. Die Genehmigung ist nicht als eine Art von Wiederholung des Rechtsgeschäftes | anzusehen; sie beseitigt nur ein gegen den Fortbestand des | S. 324.
Rechtsgeschäftes sich richtendes Recht.

Die Frage, ob die Anfechtung sowie die Genehmigung durch einen Vertreter, insbes. durch einen gesetzlichen Vertreter erfolgen können, verneint der Abs. 4. Von den in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten kommen hier nur die wegen Verschwendung Entmündigten und die nach den §§ 1727, 1737 verb. mit § 71 bevormundeten Volljährigen in Betracht. Nur auf die persönliche Willensentscheidung des Verfügenden ist bei der Anfechtung Gewicht zu legen, in gleicher Weise, wie bei der Genehmigung und Anfechtung einer anfechtbaren Ehe durch einen Ehegatten und bei der Anerkennung und Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes durch den Ehemann (§§ 1263, 1265, 1474), da auch die Errichtung des Erbvertrages nur durch persönliche Erklärung des Verfügenden erfolgen kann (§ 1941). Nicht das Gleiche kann von den Erklärungen gelten, welche auf den Bestand des Erbvertrages von Einfluß sind. Zwar muß auch in Ansehung der Anfechtung der in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte, wie bei der Testamenterrichtung (§ 1912 Abs. 2), selbständig und unabhängig vom gesetzlichen Vertreter handeln können. Dagegen wäre es bedenklich, die Genehmigung des Erbvertrages seitens des in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten noch zuzulassen, da die rechtlichen Folgen der Genehmigung von gleicher Bedeutung sind wie die Folgen der Schließung eines neuen Erbvertrages, und da die Genehmigung für den Erblasser die gleichen Gefahren mit sich bringt wie die Schließung eines neuen Vertrages (§ 1942). Dagegen kann eingewendet werden, der Erblasser vermöge das gleiche Ergebnis durch Nichtbenutzen der Anfechtung herbeizuführen, es müsse ihm also auch die Genehmigung gestattet werden. Die Einwendung kann jedoch nicht als zutreffend anerkannt werden. Das passive Verhalten des Erblassers kann nicht einem Rechtsgeschäfte gleichgestellt werden. Wenn in den §§ 1263, 1265, 1474 der persönlichen Willensentscheidung eines in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten auch nach der positiven Seite hin Wirksamkeit beigelegt ist, so rechtfertigt sich diese Abweichung von dem hier befolgten Grundsätze durch die besondere Natur der in den Fällen jener Vorschriften in Betracht kommenden Rechtsfolgen, Unanfechtbarkeit der Ehe, Ehelichkeit des Kindes.

Anschließung
der
Vertretung.

Der Abs. 5 bindet das Anfechtungsrecht des Verfügenden an eine Präklusivfrist. Er überträgt die Vorschriften des § 104; sie erscheinen auch hier angemessen. Nicht übertragen ist der § 104 Abs. 2. Die Gründe, aus welchen diese Vorschrift im Falle des § 2040 übertragen ist, treffen nicht zu, soweit es sich um das Anfechtungsrecht des Erblassers selbst handelt; es hat noch kein Erbübergang stattgefunden, vielmehr gelangt auch der Erbvertrag wie eine letztwillige Verfügung erst mit dem Eintritte des Erblasses zur Wirksamkeit. Allerdings kann geltend gemacht werden, der § 104 Abs. 2 beziehe sich gleichfalls auf bedingte Willenserklärungen unter Lebenden. Allein von diesen unterscheidet sich die Verfügung von Todeswegen wesentlich. Der Erblasser kann die | Verfügung während seines ganzen Lebens widerrufen. Dementsprechend kann der Erblasser, | S. 325.
so lange er lebt, den Erbvertrag anfechten. Anders steht es in Ansehung des Erbverzichtsvertrages. Der Verzichtende kann seine Erklärung gemäß § 104 anfechten. Der Erblasser selbst hat, soweit er nur den Verzicht annimmt, keinen Anlaß zur Anfechtung, er habe denn eine Abfindung für den Verzicht gewährt. Letzterenfalls findet der § 104 gleichfalls Anwendung. War mit dem Verzichte ein Einsetzungsvertrag verbunden, so gelten die Vorschriften in Ansehung des letzteren.

Präklusivfrist
für die
Anfechtung.

§ 1949 (II 2151, B. 2259, R. 2258, G. 2285).

Daß auch den im § 1784 bezeichneten Personen in Ansehung des Erbvertrages ein Anfechtungsrecht nach Maßgabe der §§ 1780—1785 und § 1948 Abs. 2 gewährt werden muß, kann nicht zweifelhaft sein. Dafür sprechen alle diejenigen Gründe, welche zur Aufnahme der §§ 1780 bis 1785 geführt haben. Andererseits kann diesen Personen nicht wohl ein Anfechtungsrecht in größerem Umfange beigelegt werden, als dem Verfügenden selbst zusteht. Daher rechtfertigt sich der Zusatz, daß sie im Falle der Anfechtung wegen Vertrages nur mit der aus § 103 Abs. 2 sich ergebenden Beschränkung anfechten können (vgl. S. 322). — In Ansehung des Anfechtungsrechtes Pflichttheilsberechtigter bedarf es einer besonderen Vorschrift nicht. Es versteht sich von selbst, daß deren Recht nicht davon abhängt, ob sie die Eigenschaft als Pflichttheilsberechtigte schon vor dem Abschlusse des Erbvertrages oder erst nachher erlangt haben. — Voraussetzung dieses Rechtes der Dritten ist (Abs. 2), daß das Anfechtungsrecht des Verfügenden nicht bereits zur Zeit des Erbfalles erloschen ist. Ihnen dieses Recht auch dann zu gewähren, wenn der Verfügende selbst die aufgestellte Präklusivfrist hat unbenuzt verstreichen lassen, besteht kein Bedürfnis. Da die

2. Durch
Ander.

Pflichttheils-
berechtigte.

Wegfall des
Anfechtungs-
rechtes.

Dritten nicht als Rechtsnachfolger des Verfügenden anfechtungsberechtigt sind, kann der Umstand, daß die Anfechtungsfrist für den Verfügenden schon zum Theile abgelaufen war, keinen Anlaß geben, ihnen die Frist zu kürzen.

Anfechtungs-
gegner.

Bei dem Erbvertrage läßt sich nicht als das in Ansehung der Erbfolge eigentlich Wirksame ein Testament unterscheiden oder aussondern und darnach der Anfechtungsgegner in gleicher Weise wie bei der Anfechtung der letztwilligen Verfügung bestimmen. Hiervon ausgegangen, kann eine Vorschrift darüber, wer gegenüber den anfechtungsberechtigten Dritten der Anfechtungsgegner sei, entbehrlich erscheinen, da schon aus § 113 Abs. 2 (Mot. 1 S. 221) abgeleitet werden könne, daß die Anfechtung gegen den anderen Vertragsschließenden zu richten sei, weil es sich um die Wirksamkeit eines Vertrages handele. Allein in Ermangelung einer Vorschrift würde sich ein Zweifel, ob der § 113 Abs. 2 anwendbar sei, daraus herleiten lassen, daß bei einer solchen Anfechtung nicht der eine Vertragsschließende oder dessen Rechtsnachfolger der anfechtende Theil ist (vgl. § 1277 Abs. 2). Diesen Zweifel zu beseitigen, wird bestimmt, daß derjenige | der Anfechtungsgegner sei, welcher mit dem Erblasser den Vertrag geschlossen hat (Abs. 1 Satz 2). Hiergegen kann erinnert werden, es finde die Anfechtung gegenüber einem Gegner statt, der möglicherweise, z. B. bei einem Erbvertrage zu Gunsten eines Dritten, selbst in seinen Rechten durch die Wirkung der Anfechtung nicht berührt werde. Allein dieser Umstand nöthigt nicht zu einer anderen Entscheidung, denn das gleiche Ergebniß kann bei der Anfechtung eines Vertrages zu Gunsten eines Dritten eintreten, und ist auch dort nicht beanstandet.

| S. 326.

§ 1950 (II —, B. —, R. —, G. —).

IV. Wirkung.

In mehreren geltenden Rechten besteht Meinungsverschiedenheit darüber, ob der als Vertragserbe eingesetzte gesetzliche Erbe durch Schließung des Vertrages auf sein gesetzliches Erbrecht verzichte. Daß ein Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht gewollt sei, stellt der württ. Entw. 22, 31 als Regel auf; ähnlich das W.R. II 1 §§ 445, 450 in Ansehung des Erbvertrages zwischen Ehegatten, sofern nicht über den Nachlaß ausdrücklich zu Gunsten einer gewissen Person verfügt und diese Person zur Zeit des Eintrittes des Erbfalles nicht mehr vorhanden ist. Ob ein Gleiches für andere Verträge gelte, ist nicht entschieden in I 12 §§ 629, 642, vgl. hierzu Dernburg § 177 Anm. 14—16, Eccius § 247 Anm. 46, 47, ObTrüb. 15 S. 180; vgl. ferner Mommsen §§ 20, 198, 228; Hess. Entw. IV 2 Art. 543, 547; Beseler II 1 S. 275, 276, II 2 S. 146; Roth § 335 Anm. 46, 48; Sobbe § 311 Anm. 45. Die Schriftsteller befassen sich zumeist mit der Frage, ob der Vertragserbe als solcher die Erbschaft ausschlagen und als gesetzlicher Erbe annehmen kann; vgl. öst. G.B. § 808.

1. Verhältnis
zum gesetzl.
Erbrechte des
Vertrags-
erben;

Der Erbvertrag enthält, auf seinen nächsten und unmittelbaren Inhalt gesehen, nur eine Vereinbarung, durch welche der eine Theil den anderen Theil mit oder ohne Gegenleistung zum Erben einsetzt. Nicht anders verhält es sich bei dem gegenseitigen Erbvertrage; der Umstand, daß bei diesem zwei Erbeinsetzungen neben einander laufen und in ein Verhältniß zu einander gebracht sind, bedingt keinen Unterschied. Möglich bleibt, daß, wenn die Erbeinsetzung vertragsmäßig einem zur gesetzlichen Erbfolge Berechtigten hingegeben wird, in der Annahme seitens des Eingesetzten die Erklärung gefunden werde, er sei mit der ihm gemachten Zuwendung zufrieden und verzichte auf weitere Ansprüche in Ansehung des Nachlasses des Erblassers. Bei derartigen Verträgen wird auch in der That nicht selten der Wille der Vertragsschließenden darauf gerichtet sein, die künftige Erbfolge vollständig und für alle Fälle zu regeln. Mit diesem Willen stimmt es nicht überein, wenn der eingesetzte Erbe an der gesetzlichen Erbfolge in den etwa frei gebliebenen Bruchtheil der Erbschaft Theil nimmt, wie dies in Ansehung einer letztwilligen Verfügung §. 64 für selbstverständlich erachtet ist. Mit Rücksicht auf die in Doctrin und Praxis bestehenden Zweifel erscheint eine Entscheidung rathsam, indessen kann nur eine Auslegungsregel | gegeben werden, da der Beweis eines abweichenden Willens nicht allzu sehr erschwert werden darf. Die Regel wird zugleich darauf hinwirken, daß die Vertragsschließenden ihren etwa abweichenden Willen deutlich und vollständig zum Ausdruck bringen. Als Auslegungsregel wird aufgestellt, es sei nicht anzunehmen, daß der Verzichtende auf sein gesetzliches Erbrecht verzichtet habe. Es verbleibt also in der Regel bei demjenigen, was sich aus dem Wortsinne des lediglich eine Erbeinsetzung enthaltenden Vertrages ergibt. — Fehlt es an einem bestimmten Anhalte für die Ermittlung des Willensinhaltes, so würden, auch wenn ein Verzicht für nicht unwahrscheinlich gehalten wird, mannigfache Dunkelheiten bestehen, wie weit der Verzicht tragen soll. Auch dieser Umstand spricht für die gewählte Auslegungsregel. Eine Regelung dahin, der Verzicht sei nur zu beziehen auf dasjenige gesetzliche Erbrecht, welches dem Vertragserben zustehen würde, wenn der Erbfall unmittelbar nach Schließung des Vertrages eingetreten wäre, also nicht auf die etwaigen Erweiterungen des gesetzlichen Erbrechtes, und der Verzichtswille sei nur anzunehmen, wenn der Vertragserbe das ihm vertragsweise Zugewendete annimmt, würde dem Vorwurfe einer gewissen Willkür unterliegen, auch nicht zu dem erstrebten Ergebnisse einer vollständigen Regelung durch den Vertrag führen.

| S. 327.

Eine abweichende Auslegungsregel für den Fall, daß der Vertrag zwischen Ehegatten geschlossen wird, etwa dahin, der Eingesezte habe durch das ihm Zugewendete wegen seines gesetzlichen Erb- und Pflichttheilsrechtes abgefunden sein sollen, ist nicht angemessen. Die für den anderen Fall geltend gemachten Gründe behalten auch hier ihr Gewicht. Eine solche Vorschrift würde zudem nicht im Einklange stehen mit § 1386, obschon das Bestehen einer Analogie nicht zu leugnen ist. Behält der Ehegatte, welcher die gütergemeinschaftliche Erbfolge ausschlägt, dennoch ein gesetzliches Erbrecht, so kann der entsprechende Fall des Erbvertrages nicht wohl anders beurtheilt werden.

§§ 1951, 1952 (II 2152, 2153, B. 2260, 2261, R. 2259, 2260, G. 2286, 2287).

1. Daß der Erblasser durch Schließung eines Erbvertrages in der Verfügung durch Rechts- geschäft unter Lebenden nicht beschränkt wird, entspricht dem geltenden Rechte (Stobbe § 311 Anm. 30; Beseler, PrivR. § 138 B. III; MN. I 12 § 624; öst. GB. § 1252; sächs. GB. § 2548; Mommsen § 199 Abs. 1; hess. Entw. IV 2 Art. 544 Abs. 1). — Eine Vorschrift über die Zulässigkeit des Verzichtes auf das Recht der freien Verfügung unter Lebenden (vgl. sächs. GB. § 2548; Mommsen § 199) ist nicht erforderlich. Daß durch Vertrag eine dinglich wirkende Verfügungsbeschränkung nicht auferlegt werden kann, ergibt sich aus § 295 Abs. 2 und § 796. Eine lediglich obligatorische Bindung des Erblassers auszuschließen, fehlt es an zureichenden Gründen.

| Gegen den Mißbrauch dieses dem Erblasser eingeräumten Verfügungsrechtes giebt die für das EG. in Aussicht genommene Vorschrift einen gewissen Schutz. Der Entw. stellt im § 29 nur die objektiven Voraussetzungen für den Antrag auf Entmündigung wegen Verschwendung in der Weise fest, daß als Zweck der Entmündigung der Schutz des Verschwenders selbst und seiner Familie erhellt. Dieser Umstand steht jedoch nicht entgegen, die Entmündigung im Interesse anderer Personen zu verwerthen. Der Schutz, welcher durch die dem anderen Vertragsschließenden beigelegte Antragsbefugniß erreicht werden kann, ist nur ein geringer. Indessen würde es bedenklich sein, diesen Schutz, welcher im größeren Theile des Reiches vom geltenden Rechte dem Vertragserben gewährt wird (MN. I 12 § 626; vgl. ferner Stobbe § 311 S. 290; Beseler II 1 S. 265; hess. Entw. IV 2 Art. 545 Abs. 1), dem Vertragsschließenden zu versagen und ihm zuzumuthen, zuzusehen, falls die Verwandten nicht einschreiten, wie die vertragsmäßige Erb- einsetzung durch verschwenderische Erschöpfung des Vermögens dem Erfolge nach vereitelt wird. Es genügt jedoch, wenn eine hierauf sich beziehende Vorschrift in das EG. aufgenommen wird, zumal in diesem Gesetze das Recht, die Entmündigung wegen Verschwendung zu beantragen, zu regeln ist.

2. Einen weiteren Schutz des Vertragserben gegen den Mißbrauch des Verfügungsrechtes seitens des Erblassers bezieht der § 1952. Dem Vertragserben (nicht demjenigen, welcher etwa durch ein besonderes neben dem Verträge errichtetes Testament als Erbe eingesetzt ist) wird, auch wenn er nur auf einen Bruchtheil eingesetzt ist, der Bereicherungsanspruch zugestanden gegen den Beschenkten, wenn und soweit der Vertragserbe Erbe geworden ist. Die Fassung „wenn und soweit“ trifft die verschiedenen Fälle, daß der Vertragserbe zum Universalerben ernannt ist, aber nicht Erbe sein kann oder will, und daß er zum Erben auf einen Bruchtheil eingesetzt ist und auch Erbe wird. Im ersten Falle steht dem Vertragserben kein Anspruch zu, im zweiten nur, soweit er Erbe wird. Der dem Erben beigelegte Anspruch ist nicht die *condictio sine causa* des § 748, deren Voraussetzungen nicht vorliegen; der § 748 Abs. 3 wird jedoch für entsprechend anwendbar erklärt, um den Umfang der Verpflichtung in kurzer Weise zu bestimmen, wie es in gleicher Weise im § 1312 Nr. 1, im § 1362 Nr. 1 und im § 1423 Abs. 3 geschehen ist. Da der Anspruch ein besonderer ist, so ist es geboten, eine besondere Vorschrift über die Verjährung des Anspruches anzuschließen, welche, weil es sich um einen deliktähnlichen Anspruch handelt, dem § 719 nachgebildet ist. Der Deutlichkeit wegen wird ausgesprochen, daß die Verjährungsfrist erst mit dem Anfalle der Erbschaft an den Vertragserben beginnt, obschon dies auch aus § 158 zu entnehmen sein möchte.

| Die dem Erblasser hier auferlegte Beschränkung in der Vornahme von Schenkungen unter Lebenden ist zweifellos positiv. Das geltende Recht bestimmt nicht gleichmäßig (Stobbe § 311 S. 289). Das MN. I 12 § 625 giebt den Vertragserben nur das Recht, übermäßige (dh. die Hälfte des Vermögens übersteigende) Schenkungen auch dann zu widerrufen, wenn der Erblasser sich des Widerrufsrechtes begeben hatte; es ist aber streitig, ob dieses Recht nicht erst nach dem Tode des Erblassers ausgeübt werden kann (Cecius § 247 S. 330; Dernburg § 177 Anm. 5). Andere Rechte begnügen sich, dolose Schenkungen oder Veräußerungen für anfechtbar zu erklären (Code 1083, 1093; Mommsen § 199 Abs. 2 nebst Mot. S. 268, 269; hess. Entw. IV 2 Art. 545). Die Auffassung, daß der Beschenkte dem Vertragserben auf Grund eines ohne Weiteres anzunehmenden Dolus zu haften habe, erscheint nicht haltbar; sie würde dahin führen, daß der

Ehegatten.

2. Verfügungen unter Lebenden.

| S. 328. Verfügungsrecht auf Entmündigung.

Schenkungen an einen Dritten.

Verjährung.

| S. 329.

Verhältnis zum geltenden Rechte.

Beschenkte, wenn er vom Erbvertrage Kenntniß hatte, das volle Interesse zu leisten hätte. Durch Vorschriften, welche auf dieser Auffassung beruhen, würde erheblich, in Abweichung vom überwiegend geltenden Rechte, in den Verfügungsbereich des Erblassers eingegriffen werden. Es kann nur davon ausgegangen werden, es entspreche nicht dem regelmäßig anzunehmenden Willen der Vertragsschließenden, daß der Verfügende in der Lage sein soll, den wirtschaftlichen Erfolg der Erbeinsetzung dadurch zu vereiteln, daß er sein Vermögen unter Lebenden an Andere verschenkt. Anderenfalls würde auch der § 1953, welcher den Erblasser in Ansehung späterer Verfügungen von Todeswegen beschränkt und der unentbehrlich ist, um der vertragsmäßigen Erbeinsetzung die Bedeutung zu sichern, zu leicht und dem praktischen Erfolge nach umgangen werden können, da ein gleiches Ergebnis wie durch Verfügungen von Todeswegen sich durch Schenkungen unter Lebenden erreichen ließe. Soll das vertragsmäßige Erbrecht hinsichtlich der Unentziehbarkeit und der Sicherung dem Pflichttheilsrechte angenähert werden, so muß dem Vertragserben auch ein Anspruch gegen den Beschenkten gewährt werden. Eine Schenkung nur dann als pflichtwidrig zu behandeln, wenn sie die Hälfte des Wertes übersteigt, welchen der Reinnachlaß und die verschenkten Gegenstände zusammen haben, würde nicht angemessen sein. Freilich würde damit dem Erblasser eine größere Bewegungsfreiheit gewährt, aber auch das vertragsmäßige Erbrecht nur zur Hälfte geschützt. Eine solche Rücksichtnahme auf den Erblasser ist überdies von zweifelhaftem Werte. Der Erblasser kann nie mit Sicherheit übersehen, wie sein Nachlaß sich gestalten wird. Er würde daher keine Schenkung mit Sicherheit vornehmen können. Der Beschenkte müßte immer gewärtig sein, daß vom Vertragserben ein Anspruch gegen ihn erhoben werde. Ferner aber ist die praktische Handhabung einer derartigen Vorschrift mit Anzuträglichkeiten verbunden. Wie die Erfahrung da, wo in ähnlicher Weise pflichtwidrige Schenkungen gegenüber dem Pflichttheilsberechtigten für anfechtbar erklärt sind, gelehrt hat, begegnet die Feststellung der in Betracht kommenden Hälfte großen Schwierigkeiten; diese sind insbes. dann kaum einer befriedigenden Lösung zuzuführen, wenn mehrere Schenkungen nach einander vorgenommen sind. In Ansehung des Vertragserben eine mit solchen Verwickelungen verknüpfte Regelung eintreten zu lassen, kann jedenfalls nicht für rathsam erachtet werden.

| S. 330.

Dem Vertragserben wird gegenüber einem noch nicht erfüllten, nach Schließung des Erbvertrages erteilten Schenkungsversprechen des Erblassers eine selbständige, von der Verjährung des Rückforderungsanspruches unabhängige Einrede eingeräumt (Abf. 2; vgl. § 684 Abf. 1).

Ausnahmen.

Im Anschlusse an die §§ 1353, 1661, 1839, 2018 (Abf. 3) ist die Ausnahme für Schenkungen beigelegt, welche durch eine sittliche Pflicht oder die auf den Anstand zu nehmende Rücksicht gerechtfertigt werden. — Eine Verdeutlichung dahin, daß die Vorschriften der Abf. 1 und 2 sich auch beziehen auf Schenkungen, welche auf den Todesfall gemacht, aber vor Eintritt des entscheidenden Todesfalles vollzogen sind, ferner auf Schenkungen, bei welchen der Erblasser die Nutzungen der geschenkten Gegenstände bis zu seinem Lebensende sich vorbehalten hat, ist, weil selbstverständlich, nicht erforderlich. — Daß die Vorschriften auf Ausstattungen und diejenigen Zuwendungen, welche nach Maßgabe des § 2158 die Ausgleichungspflicht bei der Auseinandersetzung begründen, dann nicht zu beziehen sind, wenn solche in den erforderlichen Schranken sich halten, ergibt sich daraus, daß Zuwendungen in Frage stehen, welche durch eine sittliche Pflicht gerechtfertigt werden (vgl. § 1500). Von dem Grundsatz des § 1500 gegenüber dem Vertragserben abzuweichen, fehlt es an zureichenden Gründen. — Eine weitere Ausnahme für den Fall, daß der Erblasser den Rücktritt von dem Vertrage sich vorbehalten hat, erscheint nicht gerechtfertigt. So lange der Rücktritt nicht erklärt ist, muß auch ein solcher Vertrag den allgemeinen Grundsätzen für Erbverträge unterworfen bleiben. Würde die Ausnahme beigelegt, so würde damit thatächlich dem Erblasser ein theilweiser Rücktritt gestattet und dieser brauchte nicht einmal gegenüber dem Vertragserben erklärt zu werden. Dies würde mindestens bedenklich sein.

Rücktritts-
vorbehalt.Dolose
Veräußerung.

Noch weiter zu gehen zum Schutze des Vertragserben und mit der für das geltende Recht vertretenen Auffassung (vgl. Stobbe § 311 bei Anm. 31, Anm. 35–37) jede den Vertragserben benachteiligende Veräußerung, sofern sie nur in dieser dem Erwerber bekannten Absicht vorgenommen ist, einer Anfechtung seitens des Vertragserben durch besondere Vorschrift zu unterwerfen, besteht kein Bedürfnis. Ob und inwieweit im Abschlusse eines derartigen Geschäftes seitens des Erwerbers ein Verstoß gegen die guten Sitten zu erblicken ist, und demgemäß der § 705 zutrifft, kann der Praxis und der Doctrin überlassen bleiben. Diese wird zu prüfen haben, ob nicht unter Umständen der Erwerber nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen haftpflichtig werden kann.

| S. 331.

| §§ 1953, 1954 (II 2155, —, B. 2263, —, R. 2262, —, G. 2289, —).

3. Verhältnis
zu anderen
Verfügungen
von Todes-
wegen.

1. Daß eine vor Schließung des Vertrages getroffene letztwillige Verfügung für aufgehoben erklärt wird, soweit die vertragsmäßige Erbeinsetzung reicht (§ 1953 Abf. 1), entspricht im Wesentlichen dem geltenden Rechte (vgl. Seuffert 8 Nr. 274; fäch. WD. §§ 2543, 2218;

eccius § 256 Anm. 42; Mommsen §§ 171, 200, 362 Abs. 2; württ. Entw. 36 a Abs. 3). Die Vorschrift enthält insofern eine Ergänzung des Testamentsrechtes, als sie ausspricht, daß eine letztwillige Verfügung nicht allein durch die Errichtung einer neuen Verfügung, welche der früheren widerspricht (§ 1936), sondern auch durch eine neue in einem Erbvertrage enthaltene Verfügung der bezeichneten Art aufgehoben wird. Allein es tritt etwas dem Erbvertrage Eigenartiges hinzu. Dies zeigt sich, wenn der Fall in Betracht gezogen wird, daß vor dem Abschlusse des Vertrages eine Zuwendung, welche nicht eine Erbeinsetzung ist, allein oder in Verbindung mit einer Erbeinsetzung letztwillig angeordnet ist. Erfolgt in solchem Falle eine neue Erbeinsetzung durch letztwillige Verfügung, so bleibt nach § 1876 jene Zuwendung davon unberührt, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers erhellt. Anders verhält es sich, wenn demnächst ein Erbvertrag geschlossen wird. In solchem Falle ist auf die Rechtslage des eingesetzten Vertragsserben Rücksicht zu nehmen. Diesem wohnt zumeist keine Kenntniß von früheren Verfügungen des Erblassers bei; er muß daher in der vorbehaltlosen Einsetzung als Erbe die Zusicherung finden, daß das Zugewendete ihm so zukommen soll, wie die Zuwendung sich in Ermangelung früherer Verfügungen gestaltet. Wer einen Vertragsserben ernannt, sichert also dem anderen Vertragsschließenden gleichsam zu, daß die vertragsmäßige Zuwendung nicht durch frühere Verfügungen einen Theil des Wertes, welcher ihr sonst zukommen würde, verliert. Ob der Erblasser den Aufhebungswillen wirklich hatte, ist gleichgültig. Obwohl hiernach die Vorschrift in das Testamentsrecht eingreift, ist sie doch ihres besonderen Inhaltes wegen an dieser Stelle aufzunehmen und nicht dem § 1936 anzuschließen. — Daß die Verfügung auch dann als aufgehoben gilt, wenn der Vertragserbe vor dem Anfalle der Erbschaft stirbt oder die Erbschaft ausschlägt (Satz 2), entspricht dem § 1936 Abs. 2 und beruht auf denselben Gründen wie die angezogene Vorschrift.

Wird von Ehegatten die GG. durch Vertrag eingeführt, so hat diese in Ansehung bereits früher errichteter Verfügungen die gleiche Wirkung wie ein Erbvertrag nach § 1953 Satz 1 wegen der nach den §§ 1382 ff. sich an dieses Güterrecht anknüpfenden erbrechtlichen Wirkungen. Dies ergibt schon der § 1385 Abs. 1. Die entsprechende Anwendung dieser Vorschrift führt zu einem angemessenen Ergebnisse. Wenn die gütergemeinschaftliche Erbfolge nicht eintritt, kann nicht das Gleiche gelten; dies erhellt aus § 1383 Abs. 1, § 1384 Abs. 2 und §§ 1386, 1387 zur Genüge, da es nach diesen Vorschriften in den darin bezeichneten Fällen so angesehen werden soll, als habe GG. zwischen den Ehegatten nicht bestanden. Frühere Verfügungen können daher auch nicht als aufgehoben behandelt werden.

Nach Schließung des Erbvertrages errichtete Verfügungen von Todeswegen erklärt der Abs. 2 für unwirksam, soweit sie das Recht des Vertragsserben beeinträchtigen. Damit gelangt zugleich zum Ausdruck, daß die spätere Verfügung bestehen bleibt, wenn der Vertragserbe nicht erben kann oder will. — Dem Erblasser kann es nicht gestattet sein, das durch die Erbeinsetzung begründete vertragsmäßige Recht des Eingesetzten durch spätere Verfügungen von Todeswegen zu beeinträchtigen. In gleicher Weise bestimmt zumeist das geltende Recht (vgl. Seuffert 18 Nr. 88, 96, 29 Nr. 44; Stobbe § 311 Anm. 38—41; ALN. I 12 § 627, eccius § 247 Anm. 28, Dernburg § 177 Anm. 7—9; öst. GB. § 1254; Mommsen § 201; württ. Entw. 26b; heff. Entw. IV 2 Art. 544). Dem vertragsmäßigen Vorbehalte nachträglicher Verfügungen Schranken zu ziehen, besteht kein Anlaß. Es würde damit ohne Grund die Vertragsfreiheit eingeengt. Jeder Vorbehalt muß zulässig sein, sofern ein solcher nur nicht den Vertrag selbst inhaltslos macht. Dies ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen und bedarf daher keines besonderen Ausdruckes.

Besondere Vorschriften über den Anfall und den Erwerb der Erbschaft aus einem Erbvertrage, und über die Ausschlagung einer solchen Erbschaft, sowie über die Rechtsstellung des vertragsmäßig Berufenen als Erben, insbes. gegenüber den Nachlassgläubigern, auch Pflichttheilsberechtigten und Vermächtnißnehmern (vgl. § 2092), sind an dieser Stelle nicht erforderlich (vgl. Stobbe § 311 VIII; Bessler PrivR. § 138 V; ALN. I, 9 § 367 12 §§ 641, 643, 644, eccius § 247 S. 331, Dernburg § 177 Anm. 12 ff.; sächs. GB. § 2549, 2550; Mommsen § 97; heff. Entw. IV 2 Art. 546). Der Abschnitt 6 des 5. Buches enthält die Vorschriften für Erben jeder Art und macht erkennbar, inwieweit für den Vertragsserben etwas Besonderes gelten soll.

2. Daß die Rechte des Vertragsserben aus der Erbeinsetzung, wenn er den Erblasser nicht überlebt, nicht vererblich sind, kann für selbstverständlich erachtet werden, weil das Recht, Erbe zu werden, begrifflich ein höchstpersönliches ist und der Erbe des als Erbe vertragsmäßig Eingesetzten demgemäß nur als etwa eingesetzter Ersatzerbe in Betracht kommen kann. In der Doktrin wie in der Gesetzgebung besteht jedoch in dieser Hinsicht keineswegs Einverständnis (Stobbe § 311 Anm. 43; ALN. I 12 §§ 631, 632; öst. GB. § 1253; sächs. GB. § 2551; Code 1089 mit 1082; Roth § 335 Anm. 42, 43; württ. Entw. 28, 29; heff. Entw. IV 2 Art. 546 Abs. 2, 3). Auch bleibt immerhin die Auffassung möglich, daß das vertragsmäßige Recht | des Vertragsserben ein Vermögensrecht und als solches der Regel gemäß vererblich sei. Hiernach erscheint ein besonderer Ausspruch des Gesetzes, durch welchen die höchstpersönliche Natur des Rechtes klargestellt

Gütergemein-
schafts-
vertrag.

§. 332.

Spätere Ver-
fügungen von
Todeswegen.

Anfall und
Erwerb etc.

4. Vererblich-
keit der Rechte
des Vertrags-
serben.

§. 333.

wird, angemessen (§ 1954). Inwieweit sonstige Rechte aus dem Vertrage auf den Erben des vorverstorbenen Vertragsschließenden übergehen, wird durch die Vorschrift nicht entschieden.

§ 1955 (II 2165, B. 2273, R. 2272, G. 2299).

V. Sonstiger
Inhalt.
Zulässigkeit
anderweitiger
Verfügungen.

Nach § 1913 können mehrere Personen eine letztwillige Verfügung nicht gemeinschaftlich errichten. Hierdurch wird es erforderlich, klarzustellen, daß im Erbvertrage, und zwar auch vom anderen Vertragsschließenden, Verfügungen der in der Vorschrift bezeichneten Art getroffen werden können, also insbes. Erbeinsetzung, Vermächtniß, Auflage, Ernennung zum Vollstrecker und familienrechtliche Anordnungen der wiederholt bezeichneten Art (vgl. S. 291). Ob und inwieweit eine solche Verfügung von Todeswegen bindend ist, bestimmt der § 1956. Inwieweit die Pflichttheilsentziehung durch Vertrag zulässig ist, ergibt der § 2006. — Ein Zusatz „soweit nicht das Gesetz ein Anderes ergibt“ ist entbehrlich. Die Fassung der Vorschrift ergibt, daß Zuwendungen an Dritte mit oder ohne Belastung des Vertragserben getroffen werden können. Aus § 1940 erhellt, daß im Erbvertrage Zuwendungen an Dritte auch dann zulässig sind, wenn der Erblasser den anderen Vertragsschließenden nicht oder wenn keiner der Vertragsschließenden den anderen bedacht hat.

Im Wesentlichen stimmt hiermit das geltende Recht überein (vgl. insbes. ALR. I 12 §§ 632, 633, 646; Mommsen 191; ferner Stobbe § 311 Anm. 25; Eccius § 247 Anm. 30, 31; Dernburg § 177 Anm. 18–21; Unger § 26 S. 114), jedoch schließt der württ. Entw. Verfügungen zu Gunsten Dritter aus, sofern sie nicht in einem inneren Zusammenhange stehen mit den Zuwendungen der Vertragsschließenden unter sich.

§ 1956 (II 2145, 2154, 2165, B. 2252, 2262, 2273, R. 2251, 2261, 2272, G. 2278, 2288, 2299).

Wirksamkeit
solcher
Verfügungen.

Wie der § 1946 auf die vertragssmäßige Erbeinsetzung die Vorschriften für die Erbeinsetzung durch letztwillige Verfügung für entsprechend anwendbar erklärt, so muß eine entsprechende Vorschrift für die im Vertrage neben der Erbeinsetzung des Vertragserben von dem einen oder anderen Vertragsschließenden getroffenen Verfügungen von Todeswegen aus gleichen Gründen auch hier gegeben werden. Nur eine entsprechende Anwendung kann vorgeschrieben werden, weil die Anordnung, formell in einem Vertrage enthalten, im strengen Wortsinne keine letztwillige Verfügung oder kein Testament ist (wegen des geltenden Rechtes vgl. Stobbe § 311 Anm. 27; Eccius § 247 Anm. 30; Dernburg § 177 Anm. 19). — | Der § 1953 Abs. 2 bleibt selbstverständlich anwendbar; dies bedarf eines erneuten Ausdruckes nicht.

Bindende
Verfügungen.
Erbeinsetzung.

Mit der Frage, welche Verfügungen in einem Erbvertrage als bindende getroffen werden können, beschäftigen sich die Abs. 2–4; die Abs. 2 und 3 stellen Auslegungsregeln auf, wann die Bindung als gewollt anzunehmen ist. Daß bestimmt wird, eine im Vertrage enthaltene Erbeinsetzung sei im Zweifel als Einsetzung eines Vertragserben anzusehen (Abs. 2), und daß also die Erbeinsetzung noch besonders erwähnt wird, obschon nach § 1940 jeder Vertragsschließende einen Vertragserben einsetzen kann, ist geboten zur Würdigung der Fälle, daß der eine Theil einen Vertragserben, zB. zu einem Bruchtheile, einsetzt und damit gegenüber dem anderen Vertragsschließenden durch Vertrag sich bindet, daneben aber in Ansehung des anderen Bruchtheiles einen anderen Erben einsetzt, oder daß im weiteren Verlaufe der andere Vertragsschließende einen Erben einsetzt. Beides kann in nicht bindender Weise geschehen. Auf die nicht bindende Erbeinsetzung finden in den bezeichneten Fällen die Vorschriften über die testamentarische Erbeinsetzung Anwendung; das letztere bestimmt der § 1956. — Die Bindung in Ansehung der Ernennung eines Vollstreckers kann nicht statthaft sein; dies ergibt sich daraus, daß dem Vollstrecker eine Vertrauensstellung eingeräumt werden soll, in Ansehung deren wegen des möglichen Wechsels der Verhältnisse und der Gesinnung des Ernennenden der Widerruf jederzeit offen bleiben muß (vgl. S. 218).

Testaments-
vollstrecker;

familienrecht-
liche An-
ordnungen:

Zweifelhafter kann es sein, ob ein Gleiches in Ansehung derjenigen familienrechtlichen Anordnungen, welche nach den Vorschriften des Familienrechtes im Wege letztwilliger Verfügung getroffen werden können, zu gelten hat. Welche Vorschriften in dieser Hinsicht in Betracht kommen, ist bereits wiederholt, insbes. zum § 1933 S. 218 ff., dargelegt.

Diese familienrechtlichen Anordnungen tragen einen sehr verschiedenen Charakter an sich. Einige derselben sind rein persönlicher Natur. Dahin gehören die Benennung eines Vormundes, eines Gegenvormundes, eines Pflegers, eines Mitgliedes des Familienrathes, die Ausschließung einer Person von einer solchen Stellung, das Verbot des Offenlegens des Vermögensverzeichnisses uH. Andere Anordnungen dieser Art beziehen sich nur insofern auf das Vermögen, als sie dessen künftige Verwaltung beeinflussen. Dahin gehören uH. die Anordnung einer befreiten Vormundschaft, die Ausschließung der Vermögensverwaltung seitens des Ehemannes oder des Gewalthabers oder des Vormundes, Anordnungen hinsichtlich der Art der zu führenden Verwaltung. Wieder andere Anordnungen dieser Art sind vermögensrechtlicher Natur. Zu den letzteren sind zu rechnen die Anordnungen, daß das einer Frau Zugewendete Vorbehaltis- oder Sondergut sein solle, daß

daß einem Kinde Zugewendete der elterlichen Nutznießung nicht unterliegen solle u. dergl. In Ansehung der zuerst gedachten Anordnungen würde eine Bindung mit Rücksicht auf deren rechtlichen Charakter nicht gerechtfertigt sein. Die in zweiter Reihe aufgezählten Anordnungen stehen den ersterwähnten sehr nahe und müssen schon deshalb der gleichen Behandlung unterliegen. In Ansehung der zuletzt bezeichneten Anordnungen sind jedoch Fälle sehr wohl denkbar, in welchen der andere Vertragsschließende ein Interesse daran haben kann, daß die einmal getroffene Anordnung in Kraft bleibe. Dies gilt z. B. dann, wenn der andere Vertragsschließende sich ein Vermächtniß zu Gunsten seiner Ehefrau oder Kinder lediglich deshalb hat auferlegen lassen, um der Ehefrau oder den Kindern Vorbehaltsgut oder freies Vermögen zu schaffen und dadurch für diese Bedachte zu sorgen. Allein solche Fälle sind äußerst selten und können schon deshalb für die Regelung nicht bestimmend sein. Das Gesetz gewährt dem Verfügenden in anomaler Weise die Macht, gewisse Rechte auszuschließen, welche Dritten kraft Gesetzes am Zugewendeten zustehen würden. Diese Machtbefugniß wird dem Verfügenden eingeräumt, weil die Verhältnisse in einer Familie so liegen können, daß sowohl der Verfügende als der Bedachte das dringendste Interesse daran haben, daß das Zugewendete dem Bedachten ungeschmälert verbleibt und nicht in unzuverlässige Hände kommt. Die Möglichkeit, eine solche vermögensrechtliche Fürsorge zu üben, muß sich aber auf den Verfügenden beschränken. Es fehlt das Bedürfniß, auch dem anderen Vertragsschließenden eine solche Möglichkeit zu eröffnen. Nach dem gewöhnlichen Verlaufe der Dinge hat der andere Vertragsschließende kein Interesse daran, daß die Anordnung getroffen wird oder in Kraft bleibt. Ist die Anordnung dahin gerichtet, daß Vermögen, welches ohne die Anordnung in das Ehegut oder Gesamtgut fallen würde, diesem entzogen werden soll, so läßt sich die Bindung des Erblassers sogar als ein Verstoß gegen die guten Sitten wenigstens dann bezeichnen, wenn der andere Vertragsschließende derjenige Ehegatte ist, in dessen Sonder- und Vorbehaltsgut das Zugewendete fallen soll. Die Bindung des Verfügenden hätte aber auch zur Folge, daß er nicht in der Lage ist, den veränderten Verhältnissen Rechnung zu tragen und eine Anordnung aufzuheben, welche im Laufe der Zeit die innere Berechtigung verloren hat. Daraus, daß eine solche Bindung bei Zuwendungen unter Lebenden statthaft ist, kann hiergegen ein Grund nicht entnommen werden, weil in solchem Falle die rechtliche Wirkung, d. i. Zuwendung und Beschränkung, sofort eintritt. Endlich kommt in Betracht, daß eine Unterscheidung hinsichtlich der vermögens- und der nichtvermögensrechtlichen Anordnungen das Gesetz verwickelt macht und dessen Handhabung erschwert, zumal in Ansehung einzelner der in Rede stehenden Anordnungen die Frage, ob sie einen vermögensrechtlichen Charakter haben, eine keineswegs zweifellose ist.

In Ansehung der Auflagen kann eine Bindung des Verfügenden gleichfalls nicht zugelassen werden. Bei Auflagen, mit welchen der Vertragserbe beschwert ist, kann die Bindung des Verfügenden nicht in Frage kommen. Bei Auflagen, welche einem Dritten (Vermächtnißnehmer, gesetzlichen Erben, Ersatzerben) gemacht sind, wird der Vertragsschließende nur selten ein Interesse an deren Erfüllung haben; demgemäß wird auch nur sehr ausnahmsweise der für erforderlich erklärte Bindungswille vorhanden sein. Für die seltenen Fälle, in welchen beide Voraussetzungen vorliegen, den Grundsatz zu verlassen, daß die Verfügung, welche den Charakter einer letztwilligen Verfügung an sich hat, widerrücklich ist, kann nicht für angemessen erachtet werden. Dahingestellt bleiben mag, ob nicht die Bindung in solchen Fällen schon deshalb bedenklich sein würde, weil der Entw. die Auferlegung von Auflagen ohne jegliche Schranke zugelassen hat, und Auflagen jeder Art durch die Bindung zu unumstößlichen gemacht werden würden. In Ansehung der Auflagen, welche mit einer Zuwendung verbunden sind, ließe sich eher befürworten, die Bindung zu gestatten. Allein hiergegen spricht, daß eine verschiedene Behandlung der in Betracht kommenden Fälle nicht rathsam ist und zu einer unnöthigen Kasuistik führt, zumal der Begriff der Auflage (§ 1757) die Voraussetzung ergiebt, daß der Beschwerte bedacht ist. Eine Unterscheidung zwischen Auflagen, welche einen vermögensrechtlichen Charakter haben, und solchen, welche lediglich persönlicher Natur sind, würde gleichfalls zur Kasuistik nöthigen. Im geltenden Rechte findet sich überdies nichts, was darauf schließen ließe, daß eine Bindung in Ansehung anderer Zuwendungen als Erbeinsetzung und Vermächtniß zugelassen würde.

Die aufgestellte Auslegungsregel in Ansehung der Bindung, wenn es sich um eine Erbeinsetzung oder ein Vermächtniß handelt (Abs. 2, 3), entscheidet eine im geltenden Rechte verschiedene beantwortete Frage (vgl. Stobbe § 311 Anm. 27, 28; Roth § 335 Anm. 14; W. N. I 12 § 646, dazu Eccius § 247 Anm. 30, Dernburg § 177 Anm. 20, 21; sächs. GB. § 2553; Mommsen § 205 Abs. 1; württ. Entw. Art. 34; hess. Entw. IV 2 Art. 551). Die meisten geltenden Rechte dürften dahin aufzufassen sein, daß Bindungswille im Zweifel nicht anzunehmen ist. Wenn aber davon auszugehen ist, daß nur in Ansehung einer Erbeinsetzung und eines Vermächtnisses Bindung zulässig ist, so sprechen überwiegende Gründe für die im Entw. gegebene Auslegungsregel. Denn in Ansehung solcher Anordnungen läßt sich wohl annehmen, die Vertrag-

§. 335.

Auflagen.

§. 336.

Auslegungsregel für Erbeinsetzung und Vermächtniß.

schließenden hätten die Bindung gewollt, wenn sie die Anordnungen in den Vertrag aufgenommen haben und, trotz des durch die Vertragsform gebotenen Anlasses, nicht kenntlich gemacht haben, daß diese Anordnungen widerrufliche sein sollen. Die Aufnahme von Auslegungsregeln ist angemessen bei der praktischen Bedeutung der Frage; letztere spricht dagegen, die Entscheidung lediglich der Würdigung des einzelnen Falles anheimzustellen. Andererseits gewährt die Aufnahme von Auslegungsregeln dem richterlichen Ermessen genügenden Spielraum für die Berücksichtigung der anders liegenden Fälle. Die entgegengesetzte Regelung würde jedenfalls die Aufstellung weittragender Ausnahmen nöthig machen, und diese Ausnahmen in befriedigender Weise festzustellen, ist auch den geltenden Rechten und den Entw. nicht gelungen.

Daß die Voraussetzungen für die Anwendung der Regel nicht vorliegen bei Verfügungen, welche den anderen Vertragsschließenden belasten, ist so klar, daß es eines besonderen Hinweises darauf nicht bedarf. Allerdings ist dieser Fall ein solcher, welcher praktisch häufig vorkommt. Die Aufnahme eines Hinweises darauf würde die Besorgniß begründen, daß der Regel eine weitergehende Tragweite beigelegt wird, als ihr zukommt. Wird ein so klarer Fall ausdrücklich aufgenommen, so kann leicht das Mißverständnis hervorgerufen werden, die Regel sei im Uebrigen streng durchzuführen. Alsdann würde, entgegen der Bedeutung, welche der Regel als Auslegungsregel gebührt, diese Regel in Fällen angewendet werden, für welche sie nicht paßt. Ist ein als Erbe eingesetzter Dritter beschwert, so wird die Regel in vielen Fällen zu einem angemessenen Ergebnisse führen.

Auf das bindende Vermächtniß zu Gunsten des Vermächtnißnehmers wird der § 1952 für entsprechend anwendbar erklärt (Abs. 3 Satz 2). Damit wird die weiter reichende Beschränkung des Erblassers, wie sie von Kreittmayr in der Anm. 6a zum bayer. M. III 11 § 1 vertreten und wie sie zum Theil auch für das gemeine Recht und das W.R. behauptet wird (vgl. Stobbe § 312 Anm. 15, 16; Dernburg § 179 a. G., Eccius § 247 Anm. 74–76; Roth § 336 Anm. 7), geleugnet. Allein eine Bindung des Erblassers in dem Sinne, daß, wenn er über den vertragsmäßig vermachten Gegenstand thatsächlich oder rechtlich verfügt, der Werth des Gegenstandes aus seinem Nachlasse zu entrichten ist, würde zwar dem Bedachten eine wesentliche Sicherung gewähren, aber jedenfalls rein positiv sein. Eine derartige Vorschrift würde auch mit den allgemeinen Grundsätzen des Vermächtnißrechtes im Widerspruche stehen und das vertragsmäßige Vermächtniß zu einem Mittelbänge zwischen einem Rechtsgeschäfte unter Lebenden und einer Verfügung von Todeswegen machen. Wird von dem Verschaffungsvermächtnisse abgesehen, für welches die Vermuthung nicht spricht (§§ 1848, 1849), so steht nach § 1848 jedes Vermächtniß unter der Bedingung, daß der vermachte Gegenstand dem Erblasser zur Zeit des Eintrittes des Erbfalls gehört. Ist diese Bedingung nicht erfüllt, so ist in der Regel das Vermächtniß unwirksam; es greift nicht einmal Surrogation Platz, außer bei vermachten Forderungen (§ 1855); noch weniger ist dem Vermächtnißnehmer Ersatz zu leisten. Eine Ausnahme hiervon in Ansehung des vertragsmäßigen Vermächtnisses zu machen, fehlt es an zureichenden Gründen. Dazu kommt, daß der Erblasser hinsichtlich der Verfügungsfreiheit nicht wohl schlechter gestellt werden kann, wie wenn er vertragsmäßig einen Erben eingesetzt hat. Demgemäß bleibt nur übrig, dem Bedachten lediglich das Recht einzuräumen, im Falle einer Schenkung vom Beschenkten die Bereicherung nach Maßgabe des § 1952 zu fordern. Der eingesetzte Vertragserbe steht freilich insofern günstiger, als das Aequivalent, welches der Erblasser bei der Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes erzielt, unter Umständen im Nachlasse sich vorfinden wird. Diese Verschiedenheit liegt jedoch in der verschiedenen Tragweite der Erbeinsetzung und der Vermächtnißanordnung. Jedenfalls läßt sich daraus kein Anlaß entnehmen, den Vermächtnißnehmer noch besser zu stellen, als einen Vertragserben.

Zweifelhaft kann erscheinen, ob nicht eine Vorschrift für den im Leben nicht seltenen Fall aufzunehmen sei, daß mit der gegenseitigen Erbeinsetzung die Bestimmung verbunden wird, es solle nach dem Tode des zuletzt Verstorbenden das vorhandene Vermögen an die beiderseitigen Verwandten oder an Dritte fallen. Mommsen giebt die Entscheidung, es werde in solchem Falle die eine Hälfte der Gesamtmasse als Erbschaft des zuletzt verstorbenen, die andere Hälfte als Erbschaft des längstlebenden Ehegatten betrachtet, und es sei im Zweifel anzunehmen, daß, wenn die Verwandten oder gesetzlichen Erben den Nachlaß erhalten sollen, jeder Ehegatte seinen gesetzlichen Erben die als seine Erbschaft zu betrachtende Hälfte der Gesamtmasse zugewendet habe; welche Personen als die gesetzlichen Erben zu betrachten seien, werde in Beziehung auf beide Ehegatten nach der Todeszeit des zuletzt verstorbenen bestimmt. Eine dem zuerst erwähnten Gedanken entsprechende Vorschrift enthält für die Berechnung der Erbschaftsteuer das preuß. G. v. 30. Mai 1873 § 26. Der Entw. hat derartige Vorschriften nicht aufgenommen. Die Vorschrift, es sei die eine Hälfte der Gesamtmasse als Erbschaft des Verstorbenen, die andere Hälfte als Erbschaft des Ueberlebenden zu betrachten, schafft unklare Verhältnisse. Es ist nicht ersichtlich, ob damit lediglich eine thatsächliche Vermuthung für die schließliche Verteilung auf-

Ablehnung
weiterer
Vorschriften.

§ 338.

gestellt oder ob eine GG. auf den Todesfall des Erstversterbenden eingeführt werden soll, oder ob die Grundsätze von der Vor- und Nacherbschaft zur Geltung kommen sollen. Ist letzteres der Fall, so würden sich kaum lösbare Schwierigkeiten ergeben. Jedenfalls sind die Gläubiger des Verstorbenen, welcher mehr als die Hälfte der Gesamtmasse hinterlassen hat, nicht veranlaßt, sich an diese gesetzliche Halbtheilung zu kehren. Ebenjowenig können die Gläubiger des Ueberlebenden, wenn dieser der vermögendere Theil ist, gehindert werden, auf dessen ganzes Vermögen zu greifen. Wird aber von den Gläubigern abgesehen und angenommen, es solle durch die Vorschrift lediglich das innere Verhältniß zwischen dem Ueberlebenden und den in Betracht kommenden Verwandten geregelt werden, so ergeben sich eigenartige Verwickelungen. Hat der Verstorbene nichts hinterlassen, so wird der Ueberlebende in Ansehung der Hälfte seines eigenen Vermögens gegenüber den Verwandten des Verstorbenen in die Stellung eines Vorerben gedrängt. Es sind Nacherben da, aber in Wirklichkeit kein Vorerbe oder doch nicht ein solcher, welcher etwas erhalten hat. Hat der Nachlaß des Verstorbenen, der Vermuthung entsprechend, in der That die Hälfte des beiderseitigen Vermögens gebildet, so ist dennoch die Lage des Ueberlebenden eine mißliche. Denn die Vorerbschaft erstreckt sich auf die Hälfte des ganzen Vermögens. Der Ueberlebende ist mithin auch in Ansehung der ihm gebührenden Hälfte in der Verfügungsfreiheit vielfach thatsächlich beschränkt. Hiernach verdient es den Vorzug, von positivem Eingreifen durch das Gesetz abzusehen und die Entscheidung der Würdigung des einzelnen Falles zu überlassen. Geht der Wille der Vertragsschließenden einfach dahin, daß der Ueberlebende freie Verfügung über das Ganze haben, das Verbleibende aber den beiderseitigen Verwandten zukommen soll, so liegt es am nächsten, die Anordnungen so zu verstehen, daß jeder Theil den anderen zum Erben eingesetzt und zugleich für den Fall, daß er der Ueberlebende sein sollte, die beiderseitigen Verwandten zu seinen Erben berufen hat. Die Gestaltung ist frei von jeder Verwicklung. Die beiderseitigen Verwandten kommen nur als 1 Erben des zuletzt Verstorbenen in Betracht. Daß die Verwandten eines jeden Theiles die Hälfte zu erhalten haben, wird in der Regel auch ohne besondere Anleitung durch das Gesetz angenommen werden. Wollten aber die Vertragsschließenden, daß der Ueberlebende die Stellung eines Vorerben erhalte, so wird zumeist ihr Wille dahin gehen, daß auch nur das von dem Erstverstorbenen wirklich hinterlassene Vermögen die Vorerbschaft bilden soll. In einem solchen Falle müssen von ihnen die Schwierigkeiten hingenommen werden, welche sich ergeben können, wenn weder der Ueberlebende noch die als Nacherben Berufenen sich um die eingetretene juristische Gestaltung gekümmert haben und in Folge dessen die Feststellung dessen, was die Vorerbschaft gebildet hat, zu Zweifeln Anlaß giebt. In diesem Falle kann übrigens die Vermuthung des § 1282 von Belang sein. Spricht das Gesetz den Verwandten jeden Theiles die Hälfte zu, so wird dies, abgesehen von den erwähnten Verwickelungen, auch meistens dem Willen der Vertragsschließenden nicht entsprechen.

§. 339.

Die Annahme einer GG. auf den Todesfall des erstversterbenden Theiles würde sich nicht wohl mit den Auffassungen des Entw. über die GG. vereinigen lassen. — Welche Personen im bezeichneten Falle als gesetzliche Erben zu betrachten sind, bestimmt sich nach §§ 1771, 1807 im Wesentlichen im Sinne der Vorschrift Mommsen's.

§ 1957 (II 2156, B. 2264, R. 2263, G. 2290).

Daß der Erbvertrag nur durch einen zwischen den Personen, welche ihn geschlossen haben, zu schließenden Vertrag aufgehoben werden kann (Abs. 1 Satz 1), bringt den Grundsatz der Aufhebung durch Vertrag zum Ausdruck. Verdeutlicht wird damit nur dasjenige, was sich als Folgeatz der Vertragsnatur dieses Rechtsgeschäftes ergibt. Indessen ist es rathsam, die Folge besonders auszusprechen, schon weil dies zum besseren Verständnisse der sich anschließenden Vorschriften dient. Aus dem gleichen Grunde und weil angenommen werden könnte, an Stelle des verstorbenen Vertragsschließenden sei dessen Erbe zur Schließung des Aufhebungsvertrages berechtigt, erscheint die Ausnahme der verneinenden Vorschrift, daß nach dem Tode einer dieser Personen der Erbvertrag nicht mehr aufgehoben werden kann (Satz 2), angemessen. Der Vorbehalt in Ansehung des § 2024 beugt der Annahme vor, als werde durch die Vorschrift auch der vertragsmäßige Verzicht des vertragsmäßig als Erbe eingesetzten oder mit einem Vermächtnisse bedachten Dritten ausgeschlossen. Die Hauptbedeutung des verneinenden Satzes liegt darin, daß, wenn der Erblasser durch den Erbvertrag einen Dritten zum Erben eingesetzt oder ihm in bindender Weise ein Vermächtniß zugewendet hat, diese Anordnungen nicht durch einen mit dem Erben des anderen Theilhabenden zu schließenden Vertrag beseitigt werden können, es sei denn der Erbe selbst der Eingesezte oder Bedachte, sodaß der § 2024 anwendbar wird. Das Recht, in die Aufhebung oder Aenderung eines Erbvertrages zu willigen, kann schon an sich als ein höchstpersönliches Recht des 1 anderen Vertragsschließenden angesehen werden. Jedenfalls geht in der Regel die Willensmeinung desselben dahin, es solle ohne seine persönliche Einwilligung eine Aenderung nicht eintreten. Dieser Willensmeinung trägt die Vorschrift Rechnung. Ihre Aufnahme ist um so mehr geboten,

VI. Aufhebung.
1. Durch Vertrag;

§. 340.

als gegenüber dem Erben des anderen Vertragsschließenden die Anfechtung des Erbvertrages erfolgen kann (vgl. S. 326), und als diesem gegenüber der vorbehaltene Rücktritt erklärt werden kann, soweit er nach § 1959 noch zulässig ist. Stirbt der Erblasser zuerst, so ist die Frage gegenstandslos, da mit seinem Tode die von ihm Bedachten ein festes Recht erhalten, welches ohne ihre Zustimmung eine Aenderung nicht erleiden kann.

Vertretung.

In Ansehung der Ausschließung der Vertretung (Abs. 2) entscheiden die für die Aufnahme des § 1942 (S. 315) angegebenen Gründe. Da der Erblasser durch den Aufhebungsvertrag lediglich von einer Verbindlichkeit befreit wird, besteht kein Anlaß, die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person als Erforderniß aufzustellen und damit vom § 65 Abs. 3 abzuweichen. — Der Abs. 3 beläßt es in Ansehung des anderen Vertragsschließenden (also desjenigen, welcher vertragsmäßig als Erbe eingesetzt ist), falls dieser andere Vertragsschließende unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft steht, bei den allgemeinen Grundsätzen, soweit es sich um die Vertretungsfrage handelt, jedoch mit der Besonderheit, daß eintretendenfalls das VormGericht den Vertrag zu genehmigen hat. Diese Besonderheit rechtfertigt sich aus der Wichtigkeit des Geschäftes. Die Vorschrift ergänzt den § 1674. Dieser Umstand könnte dafür sprechen, sie dem § 1674 beizufügen. Davon ist Abstand genommen, weil die Vorschrift mit dem Abs. 1 zusammenhängt. — Wie im § 2043 ist, im Anschlusse an § 1341, nicht von dem Geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten gesprochen, sondern davon, daß der Vertragsschließende unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft steht, weil auch der Pfleger des in der Geschäftsfähigkeit nicht Beschränkten zur Vornahme des Geschäftes der Genehmigung des VormGerichtes bedarf. Ist diese Genehmigung für den Vormund erforderlich, so ergibt sich aus § 1743, daß das gleiche Erforderniß für den Pfleger gilt, mag der Pflegebefohlene in der Geschäftsfähigkeit beschränkt oder nicht sein. Würde besonders ausgesprochen, auch für den Pfleger einer in der Geschäftsfähigkeit nicht beschränkten Person sei die Genehmigung erforderlich, so würde der allgemeine Grundsatz verdunkelt, daß auch ein solcher Pfleger zu allen Geschäften der Genehmigung des VormGerichtes bedarf, zu welchen der Vormund diese Genehmigung einzuholen hat. Die in der Geschäftsfähigkeit nicht beschränkte Person, welcher ein Pfleger bestellt ist, ist zu den von ihr selbst vorgenommenen Handlungen der Genehmigung des Gegenvormundes oder des VormGerichtes auch dann nicht bedürftig, wenn der Pfleger für eine solche Handlung der Genehmigung bedarf; dies wird nach den §§ 64 ff. nicht bezweifelt werden können. Das Bedenken, die Fassung der §§ 1341, 1957 Abs. 3 | und des § 2043 scheine die von einem solchen Pflegebefohlenen selbst vorgenommenen Handlungen mitzutreffen, kann daher nicht für maßgebend erachtet werden.

Genehmigung
des Vorm-
Gerichtes.

| S. 341.

Form des
Aufhebungs-
vertrages.

Auf den Aufhebungsvertrag sollen die §§ 1943, 1944 entsprechende Anwendung finden (Abs. 4). Dieser Vertrag ist also formalisiert,* da er, mindestens unter Umständen, ebenso wichtig ist wie die Eingehung eines derartigen Vertrages. Ist aber eine Form vorzuschreiben, so ist aus den Gründen, auf welchen der § 1933 beruht, dieselbe Form zu bestimmen wie für die Errichtung. — Mit dem RM. I 12 § 623 auch an die Rückgabe des Erbvertrages aus der gerichtlichen Verwahrung dieselben Folgen zu knüpfen, wie an die Rückgabe des Testamentes (§ 1935), geht nicht an. Der besondere Grund für die letztere Wirkung liegt darin, daß die Verfügung in der amtlichen Verwahrung zurückbehalten werden soll, so lange sie Gültigkeit hat. Dies trifft bei dem Erbvertrage nicht zu, da es bei diesem nach § 1945 der Willkür der Vertragsschließenden anheimgestellt ist, ob die amtliche Verwahrung im Sinne des § 1935 überhaupt eintreten soll. Verlangen die Vertragsschließenden die Herausgabe der über die Erbeinsetzung errichteten Vertragsurkunde aus der früher von ihnen beantragten amtlichen Verwahrung, so gelangt die Urkunde lediglich in die gewöhnliche amtliche Verwahrung der Behörde. Eine Ausfolgung der Urkunde in den Privatbesitz der Vertragsschließenden wird nach den entscheidenden Landesgesetzen regelmäßig unzulässig sein.

Errichtung
eines anderen
Vertrages.

Ebenso wenig würde es rathsam sein, den § 1936 für entsprechend anwendbar zu erklären. Eine solche Vorschrift wäre nur für den Fall von Bedeutung, daß mehrere Erbverträge nach einander von denselben Vertragsschließenden geschlossen sind. Denn über die Wirksamkeit des Erbvertrages gegenüber früher oder später errichteten Verfügungen bestimmt der § 1953. Liegt aber eine Reihe von Erbverträgen, welche unter denselben Vertragsschließenden abgeschlossen sind, vor, so entscheidet sich die Frage, ob und inwieweit die früheren Verträge durch die späteren Verträge aufgehoben oder aufrechterhalten sind, nach den allgemeinen Grundsätzen über die Auslegung der Verträge. Die besonderen Zweifel, welche der § 1936 beseitigen will (vgl. S. 303 ff.), kommen überall nicht in Betracht.

* Uebereinstimmend RM. I 12 §§ 621—623, Cocius § 247 Anm. 3, 5; heff. Entw. IV 2 Art. 497 Abs. 2 (mit einer Ausnahme für Vermächtnißverträge Art. 552, 553 das.); das sächs. GB. § 2254 bestimmt, die Aufhebung richte sich nach den Vorschriften über Verträge; Mommsen § 204 Abs. 1 (Mot. S. 271) erklärt den Aufhebungsvertrag für formfrei.

Soweit die Vorschrift den § 1947 für entsprechend anwendbar erklärt, rechtfertigt sie sich aus den Gründen, auf welchen § 1947 beruht (vgl. S. 322). Die Nichterwähnung des § 1947 könnte zu dem Mißverständnisse Anlaß geben, als bewende es in Ansehung des Aufhebungsvertrages bei dem § 1779. — Ueber die Art und Weise, wie eine in einem Erbvertrage enthaltene bindende oder nicht bindende Verfügung von Todeswegen zu Gunsten eines Dritten bei Lebzeiten der Vertragsschließenden aufgehoben wird, enthält der Entw. besondere Vorschriften im § 1960. Dort wird auf die Frage eingegangen werden, wie die Zustimmung des anderen Vertragsschließenden zu erfolgen hat.

Willensmängel.

§ 342.

§ 1958 (II 2159, 2162, B. 2267, 2570, R. 2266, 2269, O. 2293, 2296).

Der Erblasser kann im Erbvertrage den Rücktritt sich vorbehalten haben. Das geltende Recht spricht in solchem Falle zumeist von einem Vorbehalte des Widerrufs (M.N. I 12 §§ 635 ff., 639, Cccius § 247 V; sächs. O.B. § 2556; Mommsen § 206; Stobbe § 311 bei Anm. 50). Ein bloßer Widerruf ist nur bei demjenigen Erbvertrage denkbar, welcher nicht eine gegenseitige Erbeinsetzung zum Gegenstande hat und in welchem eine Gegenleistung weder zugesagt noch gewährt ist. Den Vorzug verdient es, vom Rücktritte zu sprechen, schon um davon den Widerruf der mit einem solchen Vertrage etwa verbundenen einseitigen Verfügungen getrennt zu halten. Der Umstand, daß der Abschnitt über den Rücktritt (§§ 426—436) einen obligatorischen Vertrag voraussetzt, kann kein Hinderniß sein, diese Ausdrucksweise zu wählen.

2. Rücktritt auf Grund Vorbehaltes.

Daß der Vorbehalt des Rücktrittes zulässig ist, gelangt zum Ausdruck, indem an den Vorbehalt Rechtsnormen angeschlossen werden. Obgleich die Unzulässigkeit, wenn sie beabsichtigt wäre, besonders bestimmt werden müßte, ist es doch rathsam, der Zulässigkeit zu gedenken, weil ein Zweifel in der Richtung möglich wäre, ob nicht der Erbvertrag durch den Vorbehalt den Charakter eines Testaments annehme, also auch den Vorschriften über letztwillige Verfügungen unterliege (M.N. I 12 §§ 635 ff.), während diese, wie z.B. der § 1913, bei dem Erbvertrage nicht durchweg Anwendung finden, der Entw. aber gerade durch den gegenseitigen Erbvertrag unter Vorbehalt des Rücktrittes für das wechselseitige Testament der Ehegatten Ersatz gewähren will (vgl. S. 257). Zum Ausdrucke gelangt zugleich, daß auch der andere Vertragsschließende, also nicht der Erblasser allein, den Rücktritt sich vorbehalten kann. Der württ. Entw. 23 und der hess. Entw. IV 2 Art. 550 lassen den vertragsmäßigen Rücktrittsvorbehalt überhaupt nicht zu.

Zulässigkeit des Vorbehaltes.

Geregelt wird ausschließlich der Rücktritt seitens des Erblassers; nur für diesen sind Vorschriften erforderlich. Der Rücktritt bedeutet lediglich die Befreiung von der Bindung durch den Vertrag. Der Vertragsschließende, welcher die vertragsmäßige Zuwendung nur angenommen hat, bedarf kaum eines Rücktrittes. Ob, wenn ein solcher seine Rechte aufgibt oder kraft Vorbehaltes zurücktritt, ein Erbverzicht anzunehmen sei, beurtheilt sich nach §§ 2019 ff. Möglicherweise kann der Rücktritt von Belang sein für denjenigen Vertragsschließenden, welcher eine Gegenleistung gewährt oder versprochen hat und sich durch den Rücktritt eine Kondition oder Einrede in Ansehung der Gegenleistung verschaffen will. Aber für Fälle solcher Art, in welchen rein obligatorische Verhältnisse mit erbrechtlichen, nicht lediglich obligatorisch wirkenden Verfügungen in einem Rechtsgeschäfte verbunden sind, lassen sich gesetzliche Vorschriften nicht wohl aufstellen. Die Beurtheilung solcher Geschäfte muß der Doktrin und Praxis überlassen bleiben. Ob nicht in solchem Falle, wengleich der obligatorische Vertrag mit dem erbrechtlichen Vertrage eine einheitliches Ganzes bildet, die §§ 426 ff., besonders in Ansehung der Form der Rücktrittserklärung und der Art der Ausübung des Rechtes anwendbar werden, kann dahingestellt bleiben. Eine Vereinbarung dahin, der Rücktritt brauche nicht gegenüber dem anderen Theile erklärt zu werden, wird kaum für zulässig zu erachten sein, denn durch eine solche Vereinbarung würde das Rechtsgeschäft den Charakter einer letztwilligen Verfügung annehmen. Ueber das Rücktrittsrecht bei einem gegenseitigen Erbvertrage bestimmt der § 1959. — Ferner wird nur derjenige Rücktritt geregelt, bei welchem mit dem Rücktritte der ganze Vertrag aufgehoben wird. Für den Fall, daß das Rücktrittsrecht lediglich in Ansehung einer einzelnen vertragsmäßigen Bestimmung vorbehalten ist, bedarf es besonderer Vorschriften nicht; solche lassen sich auch kaum geben. Nach den Umständen des Falles muß beurtheilt werden, in welchem Sinne alsdann der Vorbehalt aufzufassen ist, und welche Folgen sich an den Rücktritt knüpfen. Im Zweifel wird die Auslegung gerechtfertigt sein, daß die Verfügung den Charakter einer letztwilligen, mit dem Vertrage äußerlich verbundenen Zuwendung haben soll.

§ 343.

Die Rücktrittserklärung ist formalisirt, jedoch nicht die Form der letztwilligen Verfügung verlangt. Maßgebend ist dafür die Rücksicht auf die Sicherheit des anderen Vertragsschließenden und auf die wichtigen Folgen, welche sich an die Rücktrittserklärung knüpfen. Die gerichtliche oder notarielle Form erscheint ausreichend. Eine Verschärfung dieser Form ist nicht erforderlich. Das Bedürfniß einer Verschärfung der Form für die letztwillige Verfügung hängt hauptsächlich zusammen

Form des Rücktrittes

mit der einseitigen Errichtung der Verfügung; daran fehlt es, wenn die Willenserklärung dem anderen Vertragsschließenden mitzuteilen ist. Dazu kommt, daß es sich um eine Beendigung der Wirkungen des Vertrages in Folge einer von Anfang an geschaffenen inneren Begrenzung dieser Wirkungen handelt, daß also nur der von Anfang an vorhandene, durch den rechtsgeschäftlichen Willen gesetzte Aufhebungsgrund zur Wirksamkeit gelangt (abweichend für das *LR*. Entsch. 10 S. 250). — Eine besondere Art, wie die Mittheilung an den anderen Vertragsschließenden zu erfolgen hat, ist nicht bestimmt. Würde insbes. die Art der Mittheilung auf die Zustellung im Sinne der *CPD*. beschränkt, so ergäbe sich eine nicht nothwendige Beengung für den Fall, daß

| §. 344.

Gegenüber Erben.

der Erklärende | nicht von der ihm nach den §§ 75, 76 zustehenden Befugniß Gebrauch machen, sondern selbst die Mittheilung besorgen will.

Im Falle des Todes des anderen Vertragsschließenden ist hiernach die Rücktrittserklärung gegenüber dem Erben dieses anderen Theiles abzugeben, auch wenn das Recht aus der Einsetzung Dritten zusteht. Ein genügender Grund, von diesem Folgefälle abzuweichen und einen Erklärungsempfänger in anderer Weise zu bestimmen, liegt nicht vor. Noch weniger besteht ein Anlaß, das vorbehaltene Rücktrittsrecht mit dem Tode des anderen Vertragsschließenden erlöschen zu lassen, soweit es sich nicht am einen gegenseitigen Einsetzungsvertrag handelt. Stirbt der als Erbe eingesetzte andere Vertragsschließende vor dem Erblasser, so hat das Rücktrittsrecht keine Bedeutung. Die Erbeinsetzung wird in diesem Falle mit dem Tode des eingesetzten Erben von selbst unwirksam. Sind aber Dritte eingesetzt oder sind andere Personen als Ersatzerven des eingesetzten Vertragsschließenden eingesetzt, so würde eine beschränkende Auslegung des Vorbehaltes der inneren Rechtfertigung entbehren. Anders liegt es bei dem gegenseitigen Erbeinsetzungsvertrage (vgl. § 1959 Satz 2).

Persönliches Handeln.

Der Entw. verlangt auch hier (Satz 2; vgl. §§ 1911, 1942, 1957), daß der Erblasser persönlich handele. Für eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zu erfordern (Satz 3 bestimmt das Gegentheil), wäre nicht gerechtfertigt. In der Rücktrittserklärung liegt materiell eine Verfügung über die Erbfolge. Soweit eine solche von der in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person überhaupt getroffen werden kann, wie bei der Errichtung einer letztwilligen Verfügung (§ 1911), bei dem Widerruf einer solchen (§ 1933) und bei der Aufhebung eines Erbvertrages durch Vertrag (§ 1957), muß ihr der höchstpersönliche Charakter gewahrt bleiben.

Vorbehalt anderer Art.

Im Erbvertrage können den Anordnungen auflösende Bedingungen beliebigen Inhaltes beigefügt werden. Es ist also nicht ausgeschlossen, daß die Wiederaufhebung des Vertrages an den Eintritt von Potestativbedingungen, insbes. an die Vornahme von Handlungen seitens des Erblassers, geknüpft wird. Nur darf die Befügung derartiger Bedingungen nicht im Widerspruch stehen mit der bindenden Kraft des Vertrages, da es sonst am Vertragswillen fehlen würde. Eine Hinweisung auf die Zulässigkeit eines Vorbehaltes anderer Art bei dem Abschlusse des Vertrages ist deshalb nicht veranlaßt.

Der Abs. 2, der die Unwiderruflichkeit der Rücktrittserklärung zum Ausdruck bringt, ist schon im Hinblick auf § 426 Abs. 2 rathsam.

§ 1959 (II 2164, B. 2272, R. 2271, G. 2298).

3. Aufhebung eines gegenseitigen Vertrages. | §. 345.

Haben die Vertragsschließenden sich gegenseitig als Erben eingesetzt oder haben beide oder auch nur der eine oder der andere die Erbeinsetzung eines Dritten vertragsmäßig ausbedungen oder hat der eine Vertragsschließende den anderen als Erben eingesetzt, der andere den ersteren vertragsmäßig mit einem | Vermächtnisse bedacht, so spricht eine Vermuthung dafür, daß der Vertragswille der Vertragsschließenden nur auf die Annahme des Vertrages im Ganzen gegangen ist, nicht aber dafür, daß, wie bei Anwendung des § 1787 angenommen werden könnte, der Bestand der einzelnen Erbeinsetzung oder Vermächtniszuewendung von der Verfügung des anderen Theiles unabhängig sein soll. Hierauf ruht die Entscheidung des Satzes 1, daß der ganze Vertrag ungültig ist, wenn die Verfügung auch nur eines der Vertragsschließenden ungültig ist. In den bezeichneten Fällen liegt eine synallagmatischer Vertrag nicht obligatorischen Charakters vor, welcher in gewisser Beziehung mit der vertragsmäßigen Aufhebung eines gegenseitigen Schuldverhältnisses verglichen werden kann (vgl. § 290). Die Wirkungen der synallagmatischen Natur des Vertrages prinzipiell zu bestimmen, geht nicht wohl an, zumal sich für das Prinzip ein geeigneter Ausdruck kaum finden läßt. Den Vorzug verdient es daher, die Wirkungen in den Hauptfällen, in welchen sie hervortreten, klarzustellen und dadurch das Prinzip erkennbar zu machen. Hierfür spricht auch, daß in Folge des Ausfallens der einer Erbeinsetzung auf einer Seite beigefügten Bedingung lediglich diese eine Erbeinsetzung unwirksam wird — ein Ergebnis, welches mit der Richtung des Willens der Vertragsschließenden auf den Vertrag als ein Ganzes sehr wohl vereinbar ist — ferner, daß für den Fall des vorbehaltenen Rücktrittes besonders zu bestimmen ist. Es wird zur Regel des § 114 zurückgekehrt. Gemäß §§ 1948, 1949 gilt die Vorschrift besonders auch in den Fällen

der Anfechtung. — Ist in einem solchen gegenseitigen Vertrage der Rücktritt vorbehalten, so ist ebenfalls nicht anzunehmen, daß der Wille des Vertragsschließenden dahin gegangen sei, der Vertrag solle theilweise gelten (Satz 2). Uebereinstimmend regeln das ALR. I 12 §§ 637, 640, das sächs. GB. § 2556 und Rommjen § 206 Abs. 2. Wegen derjenigen Anordnungen, welche nicht als vertragsmäßige, sondern als für sich bestehende letztwillige Verfügungen gelten, vgl. § 1960.

Stirbt jedoch einer der Vertragsschließenden, ohne daß vorher der Rücktritt erklärt ist, so muß auch das Rücktrittsrecht erlöschen (Abs. 1 am Schlusse). Bestände in einem solchem Falle das Rücktrittsrecht des Ueberlebenden fort, so würde ein besonderer Uebelstand sich deshalb ergeben, weil mit dem Eintritte des Erbfalles, durch welchen der Erbvertrag in Ansehung der Erbschaft des einen Theiles zur Wirksamkeit gelangt ist, die Sachlage sich wesentlich geändert hat. Würde dem Ueberlebenden selbst dann noch der Rücktritt gestattet, so würde damit der ganze Vertrag zu Falle kommen; der Rücktritt würde also den Anfall der Erbschaft an den Vertragsserben rückgängig machen. Denn die vom Erstverstorbenen angeordnete Erbeinsetzung wäre als eine resolutiv bedingte anzusehen, nämlich als unter der Bedingung stehend, daß der überlebende Vertragsschließende nicht widerrufen. Der Vertragserbe würde darnach nur Vorerbe werden können. Es ist nicht anzunehmen, daß der Wille der Vertragsschließenden dahin ging, ein so verwickeltes, unter einer Resolutivbedingung stehendes Rechtsverhältniß zu schaffen. Soll aber der überlebende Theil definitive Rechte erwerben, so muß auch auf seiner Seite eine definitive, nicht mehr im Wege des Rücktrittes zu lösende Bindung eintreten (übereinstimmend würt. Entw. 35 a, b, 84—87).

Die Vorschriften des Abs. 1 können nur zur Anwendung gelangen, wenn nicht ein anderer Wille der Vertragsschließenden erhellt (Abs. 2). Dadurch wird zugleich verdeutlicht, daß der synallagmatische Charakter des Vertrages nicht auf einer zwingenden Rechtsnorm beruht, sondern auf dem anzunehmenden Willen der Vertragsschließenden.

Darüber, wie ein gegenseitiger Erbvertrag dann aufzufassen ist, wenn der eine Vertragsschließende in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, bedarf es besonderer Vorschriften nicht. Abzuweisen ist aber der Gedanke, daß alsdann ein Rechtsgeschäft im Sinne des § 65 Abs. 3—6 (Mot. 1 S. 134 ff.) vorliege.

§ 1960 (II 2165, B. 2273, R. 2272, G. 2299).

In Ansehung der Art und Weise, wie die in einem Erbvertrage neben der Einsetzung eines Vertragsserben enthaltene bindende Verfügung von Todeswegen bei Lebzeiten der Vertragsschließenden aufgehoben wird, ist nur auf die §§ 1957—1959 verwiesen (Abs. 1). Die Aufhebung einer solchen Verfügung ist nach § 1957 Abs. 1 lediglich mit Zustimmung des anderen Vertragsschließenden möglich. Nach den allgemeinen Grundsätzen erfordert die Aenderung des Vertrages, um welche es sich in solchem Falle handelt, die Schließung des neuen Vertrages unter Beobachtung der vorgeschriebenen Formlichkeiten. Hiervon im Allgemeinen oder in Ansehung der Verfügungen von Todeswegen zu Gunsten Dritter abzuweichen, liegt kein Anlaß vor. Es ist nicht abzusehen, weshalb eine derartige Aenderung des Vertrages anders als eine sonstige theilweise Aufhebung des Vertrages behandelt werden sollte. Die Analogie des § 1390 paßt nicht. Im Falle des § 1390 wird nur die gesetzliche Folge des gütergemeinschaftlichen Erbrechtes abgewendet, nicht ein Vertrag geändert. Ueberdies ist die Erleichterung, welche der § 1390 gewährt, von geringem praktischen Werthe; sie geht nur dahin, daß die Erklärungen der Ehegatten (also bei entsprechender Anwendung der Vertragsschließenden) getrennt gerichtlich oder notariell abgegeben werden können und die Zuziehung der bei dem Erbvertrage zur Mitwirkung erforderlichen Personen erlassen wird, soweit nicht eine solche Zuziehung landesgesetzlich für notarielle oder gerichtliche Beurkundung vorgeschrieben ist. Hiernach kann jede Vorschrift entbehrlich erscheinen. Indessen ist es doch rathsam, auf die Anwendbarkeit der §§ 1957—1959 wegen des Falles hinzuweisen, daß unter den Parteien besonders vereinbart ist, die Verfügung habe als vertragsmäßige zu gelten; denn in diesem Falle genügt auch hier die einfache notarielle oder gerichtliche Form des Rücktrittes; die Rücktrittserklärung ist dem anderen Vertragsschließenden mitzutheilen. Wegen des geltenden Rechtes vgl. Stobbe § 311 S. 288; ALR. I 12 § 646, Eccius § 247 Anm. 30, 31, Dernburg § 177 bei Anm. 21; sächs. GB. § 2553.

In Ansehung der in einem solchen Erbvertrage getroffenen nicht bindenden Verfügung von Todeswegen kann der Zweifel aufgeworfen werden, ob gegenüber § 1956 Abs. 1 noch eine besondere Vorschrift erforderlich sei. Zwar würden nach § 1956 Abs. 1 außer den §§ 1933, 1936 auch die §§ 1934, 1935 für anwendbar erklärt sein; indessen dürfte daran kein Anstoß zu nehmen sein, da die Anwendung der §§ 1934, 1935 nach Lage der Sache von selbst ausgeschlossen erscheint. Würde jedoch eine Vorschrift nicht aufgenommen, so blieben Zweifel möglich, namentlich wenn davon ausgegangen wird, die in Rede stehende Verfügung stelle sich, obwohl der Verfügende daran nicht gebunden sei, als Bestandtheil des Vertrages dar, und unterstehe als solcher Bestandtheil den Grundsätzen, welche für den Rücktritt von einem Vertrage gelten. In solcher Allgemeinheit

Rücktritt.
Tod eines
Vertragsschließenden.

[S. 346.

Dispositive
Vorschriften.

Beschränkte
Geschäftsfähigkeit.

4. Aufhebung
sonstiger
Verfügungen.

[S. 347.
Nicht
bindende
Verfügungen.

ist diese Annahme jedenfalls nicht zutreffend. Hat der Verfügende eine nicht bindende Verfügung von Todeswegen getroffen, sei es, daß er sich nicht binden konnte, sei es, daß er nicht gebunden sein wollte, so liegt eine lediglich formale Vereinigung von Erbvertrag und letztwilliger Verfügung vor. Die Aufhebung der letzteren bestimmt sich nach den für die letztwillige Verfügung geltenden Grundsätzen, sodaß gerichtliche oder notarielle Testamentsform erforderlich aber auch genügend ist. Diese Grundsätze finden der Regel nach auch dann Anwendung, wenn der Verfügende den Widerruf der Verfügung oder in Ansehung dieser Verfügung den Rücktritt sich vorbehalten hat, da im Zweifel in einem solchen Vorbehalte der Ausdruck des Willens zu finden ist, daß diese Verfügung keinen Bestandtheil des vertragsmäßigen Inhaltes des Erbvertrages bilden soll. Denkbar ist jedoch, daß der Wille ersichtlich ist, daß Widerruf oder Rücktritt müsse gegenüber dem anderen Vertragsschließenden erklärt werden. In solchem Falle ist die Verfügung als Vertragsbestimmung anzusehen. Demgemäß hat der Widerruf oder Rücktritt alsdann nach Maßgabe des § 1958 zu erfolgen.

Hiernach verdient es anscheinend den Vorzug, dem Verfügenden in Ansehung der Aufhebung der nicht bindenden Verfügung ein Wahlrecht zu geben zwischen den Formen des Widerrufs einer letztwilligen Verfügung und der Form des Rücktrittes vom Erbvertrage. Allein eine Vorschrift dieses Inhaltes wäre rein positiv. Freilich würde damit erzielt, daß bei Verfügungen, in Ansehung deren zweifelhaft ist, ob eine Bindung vorliege oder nicht, der Verfügende auch dann sicher geht, wenn er in der Meinung, es liege eine bindende Verfügung vor, sich in der Form vergriffen hat und die Form des Rücktrittes gewählt hat, während die strengere Form des Widerrufs erforderlich war. Unzuträglichkeiten in dieser Richtung werden sich indessen nur selten ergeben. Außerdem richtet das Bedenken sich mehr gegen die verschiedene formelle Behandlung des Rücktrittes und des Widerrufs als gegen die als Folge der Unterscheidung sich ergebenden Vorschriften.

Darüber, wie es sich verhält mit dem Bestande der nicht bindenden Verfügungen von Todeswegen, welche in einem Erbvertrage sich finden, wenn die Vertragsschließenden den Vertrag als solchen aufheben oder wenn der Erblasser von dem in Ansehung des ganzen Vertrages vorbehaltenen Rücktritte Gebrauch macht, ist eine besondere Vorschrift nicht aufgenommen. Die Frage eignet sich nicht zur gesetzlichen Entscheidung, weil lediglich die Umstände des Einzelfalles dafür maßgebend sein können, ob die nicht bindenden Verfügungen von Todeswegen als mitaufgehoben anzusehen sind. Allerdings wird mitunter, soweit es sich um den Rücktritt von dem Vertrage handelt, die Verschiedenheit der Form des Rücktrittes von derjenigen der Aufhebung einer Verfügung von Bedeutung sein.

Zustimmung
des Dritten.

Daß zur Aufhebung der in einem Erbvertrage zu Gunsten eines Dritten getroffenen Verfügung von Todeswegen die Zustimmung des Dritten nicht erforderlich sei, ist selbstverständlich sowohl in Ansehung einer bindenden als in Ansehung einer nicht bindenden Verfügung. — Die Frage, ob im Erbvertrage eine Verfügung von Todeswegen zu Gunsten eines Dritten auch dergestalt getroffen werden könne, daß der Dritte sofort ein gegenwärtiges Recht erhält und demgemäß keine Zustimmung nötig wird, ist kasuistischer Natur und bedarf wegen ihrer geringen praktischen Bedeutung einer Lösung im Gesetze nicht. Für die Zulässigkeit einer solchen Verfügung läßt sich geltend machen, daß, obgleich der Vertrag zu Gunsten eines Dritten nur im Rechte der Schuldverhältnisse (§§ 412 ff.) behandelt ist, die Erwägungen, welche zur Anerkennung eines solchen Vertrages geführt haben (Mot. 2 S. 265 ff.), nicht auf der besonderen Natur des Rechtes der Schuldverhältnisse beruhen — dagegen, daß die Zulässigkeit einer Uebertragung jener Grundsätze, wenn das Gesetz schweigt, sich bezweifeln läßt. — Als zweifellos ist anzusehen, daß der Beitritt eines Dritten, wenn ein solcher erfolgen soll, nur im Wege eines völlig neuen Vertrages, bei welchem der Dritte als Vertragsschließender mitauftritt, sich vollziehen kann.

Anfechtung
einer
bindenden
Verfügung.

Auf die Anfechtung einer in dem Vertrage enthaltenen bindenden Verfügung werden die Vorschriften der §§ 1948, 1949, also die über die Anfechtung des Erbvertrages, für entsprechend anwendbar erklärt (Abs. 2). Die Ausnahme der folgerichtigen Entscheidung ist geboten, weil das Institut der Anfechtung ein positives ist und in Ermangelung einer Vorschrift die Auffassung sich kaum rechtfertigen ließe, die Anfechtungsgrundsätze seien entsprechend anzuwenden.

§ 1961 (II 2163, 2164, B. 2271, 2272, R. 2270, 2271, G. 2297, 2298).

VIII. Gegenf.
Erbvertrag
mit Rücktritts-
vorbehalt.
Aus-
schlagung.

§ 349.

Nach § 1958 ist bei einem gegenseitigen unter Vorbehalt des Rücktrittes geschlossenen Vertrage anzunehmen, das Rücktrittsrecht des überlebenden Theiles erlösche mit dem Tode des anderen Vertragsschließenden, sofern nicht ein anderer Wille der Vertragsschließenden erhellt. Entsprechend der für das geltende Recht vertretenen Auffassung von der Bedeutung des Rücktrittsvorbehaltes (vgl. Eccius § 247 S. 326, 333, uA.), wird diese Vorschrift beschränkt, indem dem überlebenden Theile das Recht eingeräumt wird, durch Ausschlagung des ihm in dem Vertrage Zugewendeten die Freiheit der Verfügung in Ansehung der von ihm bindend | getroffenen Verfügungen von Todeswegen zu erlangen. Nach der Ausführung zu § 1913, S. 257, soll der

gegenseitige Erbvertrag das gemeinschaftliche korrespondierende Testament ersetzen. Soweit das letztere besteht, wird von einigen geltenden Rechten sowie von Theorie und Praxis (M.N. II 1 §§ 490, 491, Dernburg § 184 Anm. 9, 10, Eccius § 257 S. 218; sächs. G.B. § 2214; Roth § 316 Anm. 41 und dessen Citate) besonders Gewicht darauf gelegt, daß der überlebende Theil in Ansehung der von ihm getroffenen Verfügungen mit der Ausschlagung der Erbschaft freie Hand erhalte. Die Gründe, auf welchen der § 1958 und der § 1959 Satz 2 beruhen, treffen zwar auch in diesem Falle zu. Allein sie verlieren hier erheblich an Gewicht gegenüber dem Umstande, daß mit der Ausschlagung nicht, wie im Falle des Rücktrittes, der ganze Vertrag rückgängig wird, sondern nur die Folge eintreten soll, daß die bindenden Verfügungen des überlebenden Vertragsschließenden zu nicht bindenden werden, er also nur befugt ist, seine Verfügungen von Todeswegen nach Maßgabe der §§ 1933, 1936 durch letztwillige Verfügung aufzuheben.

§ 1962 (II 1818, B. 1919, R. 1917, G. 1941).

Daß der selbständige Vermächtnißvertrag zugelassen ist, ist bereits S. 312 erörtert. Die Frage kann aufgeworfen werden, ob es nicht ausreichen würde, die Zulässigkeit auszusprechen, wie der Abs. 1 vorschreibt, nachdem derjenige Vermächtnißvertrag, welcher nur einen Theil eines Erbvertrages bildet (unselbständiger Vermächtnißvertrag), bereits in den vorhergehenden Vorschriften geregelt ist. Insbes. bestimmt der § 1955 über die Art der Errichtung eines solchen, der § 1956 über dessen materielle Wirkung, der § 1960 über die Aufhebung. Allein eine solche Vorschrift reicht nicht aus. Zweifel würden bestehen bleiben in Ansehung der Art der Errichtung, denn der § 1955 beschränkt sich auf die Vorschrift, daß der unselbständige Vermächtnißvertrag den Bestandtheil eines Erbvertrages bilden kann, — weiter in Ansehung der Aufhebung, denn der § 1960 redet nur von der Aufhebung der in einem Erbvertrage neben der vertragsmäßigen Erbeinsetzung enthaltenen Verfügungen von Todeswegen, — aber auch in Ansehung der materiellen Wirkungen, weil der § 1956 gleichfalls eine in einem Erbvertrage neben der Erbeinsetzung enthaltene Verfügung von Todeswegen voraussetzt. — Der Abs. 2 beugt solchen Zweifeln vor, indem er auf die Errichtung und Aufhebung des selbständigen Vermächtnißvertrages die Vorschriften über den Erbvertrag für entsprechend anwendbar erklärt (Satz 1). Wegen der Wirkungen wird auf die entsprechende Anwendung der Vorschriften, welche für den Fall gelten, daß in einem Erbvertrage ein Vermächtniß mit bindender Wirkung angeordnet ist, und nicht schlechthin auf den Erbvertrag verwiesen (Satz 2), weil sonst eine ungerechtfertigte Unebenheit gegenüber den Vorschriften über den unselbständigen Vermächtnißvertrag sich ergeben würden. — Daß an Stelle der Vorschriften über die Erbeinsetzung durch letztwillige Verfügung die Vorschriften über das durch Verfügung zugewendete Vermächtniß bei dem Vermächtnißvertrage, entsprechend dem § 1946, Anwendung finden müssen, bedarf eines besonderen Ausdruckes nicht.

B. Vermächtnißvertrag.

Errichtung. Wirkungen.

§ 350.

Für den Fall, daß der eine Vertragsschließende den anderen zum Erben einsetzt, der letztere aber dem ersteren ein Vermächtniß vertragsmäßig zuwendet, ist bereits im § 1956 bestimmt. Die Frage, inwieweit ein Vermächtnißvertrag eine frühere Verfügung aufhebt, kann, als praktisch kaum bedeutsam, auf sich beruhen. Es ist daher nicht erforderlich, auszusprechen, daß der § 1953 entsprechend anzuwenden sei. — In Ansehung der Wirkung des vertragsmäßigen Vermächtnisses auf die Verfügungsmacht des Verfügenden ist im § 1956 Abs. 3 bestimmt und ist auf S. 336, 337 ff. dargelegt, weshalb eine weiter reichende Beschränkung des Verfügenden nicht zulässig erscheint.

§ 1963 (II 2167, B. 2275, R. 2274, G. 2301).

Die Schenkung auf den Todesfall wird als ein besonderes Rechtsinstitut noch anerkannt von der herrschenden Meinung im gemeinen Rechte, vom Code 893, 947, 1082, 1084, 1095, 1096 und einigen Entw. Das bayer. M.N. III 8 §§ 2, 3 und einige ältere Rechte beurtheilen sie als testamentarisches Vermächtniß. Das öst. G.B. §§ 603, 956 schließt sich dieser Auffassung an, fügt jedoch bei, daß, sofern die Unwiderruflichkeit ausdrücklich bedungen ist, eine unbedingte (vererbliche) Schenkung unter Lebenden anzunehmen sei. Das M.N. I 11 §§ 1134 ff., 12 §§ 335, 607, 620 behandelt diese Schenkung als bedingte Schenkung unter Lebenden und im Falle eines ausdrücklichen Widerrufsvorbehaltes als testamentarisches Vermächtniß. Das sächs. G.B. beurtheilt die Schenkung, je nachdem sie vollzogen ist oder nur ein Versprechen vorliegt, als (bedingte) Schenkung unter Lebenden oder als Einsetzungsvertrag oder letztwillige Zuwendung (§§ 2500 bis 2502, 2542).*) — Der Entw. erachtet die Formen der testamentarischen und der vertragsweisen Zuwendung von Todeswegen sowie die Vorschriften über Schenkungen für genügend, um der

C. Schenkung auf den Todesfall.

*) Windscheid §§ 369, 675, 676; Roth §§ 307, 329; Unger § 77; Zachariae §§ 643, 735 bis 737, 739—744; bayer. Entw. von 1861 Rechtsgeschäft Art. 122—128; Hess. Entw. IV 2 Art. 95, 113, 114, 552, 553; für M.N. Dernburg § 154 Anm. 13 ff., Eccius Bd. 2 (2. A.) S. 33—37. Nach Trummer § 586 ist für Hamburg die Vergabung von Todeswegen an die Stelle des Institutes getreten. Rommen §§ 191, 440—442 (Mot. S. 429—432) steht dem öst. G.B. nahe.

Bethätigung jeder Willensmeinung der Beteiligten Raum zu lassen;*) andererseits ist das Bedürfnis nicht zu leugnen, die an dieses Institut sich anschließenden, bis heute ungelösten Streitfragen durch Nichtaufnahme desselben zu beseitigen. Demgemäß begnügt er sich damit, zu bestimmen, daß auf die näher bezeichnete Schenkung, je nachdem nur ein Versprechen erteilt oder die Schenkung vollzogen ist, die Vorschriften über den Erbvertrag oder den Vermächtnißvertrag oder die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden Anwendung finden.

Begriffsbestimmung. Die Begriffsbestimmung ist dahin gegeben: „Schenkungen unter der Bedingung, daß der Schenker vor dem Beschenkten sterbe oder diesen nicht überlebe“. In Wirklichkeit handelt es sich um eine Bedingung, obschon diese, soweit die Umdeutung in eine Verfügung von Todeswegen erfolgt, damit ihre Bedeutung als solche verliert. Einbezogen wird auch der Fall des Nichtüberlebens; hierunter fällt das gemeinsame Vorsterben gleichfalls. An sich kommt es zwar nur darauf an, daß der Schenker vor dem Beschenkten sterbe, denn nur in diesem Falle läßt sich, streng genommen, eine Schenkung als Verfügung von Todeswegen behandeln. Aber auch dann, wenn der Ausdruck, daß der Schenker den Beschenkten nicht überlebe, gebraucht ist, läßt sich annehmen, es sei das Vorsterben gemeint und es liege nur ein Vergreifen im Ausdrucke vor. — Als entbehrliches Beispiel ist die Schenkung bei einer bestimmten Lebensgefahr (M. I 11 § 1138; sächs. G. B. § 2500 u. A.) nicht besonders erwähnt. Der Fall ist selten und es erscheint richtiger, die Entscheidung desselben der Würdigung der Umstände des Falles zu überlassen und nicht hervorzuheben, in diesem Falle sei zugleich die Bedingung als beigelegt anzusehen, die Schenkung solle nur dann bestehen, wenn der Beschenkte den Schenker überlebe.

Einseitiges Versprechen. Mit einigen Rechten des einseitigen Versprechens einer Schenkung auf den Todesfall zu gedenken (sächs. G. B. § 2500; Mommsen § 442), ist nicht für erforderlich erachtet. Die §§ 437 ff. haben zur Grundlage die Vertragsnatur der Schenkung (Mot. 2 S. 288). Die Erklärung einer Person, sie verspreche zu schenken, aber wolle nicht, daß das Versprechen angenommen werde, ist darnach rechtlich bedeutungslos (§ 342). Deshalb ist überall der Ausdruck „einseitiges Schenkungsversprechen“ vermieden. Hat Jemand einseitig in der Form der letztwilligen Verfügung erklärt, er schenke gewisse Gegenstände oder sein ganzes Vermögen einem Anderen für den Fall seines Todes, so ist eine letztwillige Verfügung errichtet, der Verfügende hat sichtbar nur einen unzutreffenden Ausdruck gebraucht, dem der § 1788 (vgl. § 73) zur Geltung verhilft. Wollte der Erklärende, der Beschenkte müsse diese Erklärung annehmen, so bleibt zweifelhaft, ob das Versprechen als letztwillige Verfügung aufrecht erhalten werden kann, und ob es rechtliche Bedeutung nicht erst dann erlangen soll, wenn die Annahmeerklärung in der Form des Vermächtnißvertrages oder Erbvertrages hinzutreten ist. Diese Frage im Gesetze zu entscheiden, besteht kein Anlaß. — Eine Verdeutlichung, wann die Vorschriften über den Vermächtnißvertrag, wann die über den Erbvertrag (z. B. falls Gegenstand des Versprechens das ganze gegenwärtige und zukünftige Vermögen des Schenkers ist) Anwendung finden, ist entbehrlich, zumal die Annahme, im letzteren Falle stehe ein Vermächtniß der Erbschaft (legatum hereditatis) in Frage, durch § 1788 ausgeschlossen ist.

Vollzogene Schenkung. Ist die Schenkung vollzogen, so liegt eine Vergabung des Nachlasses nicht vor; der Schenker mindert vielmehr sein Vermögen sofort und unmittelbar. Die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden müssen daher Anwendung finden. Nicht ausgesprochen wird, daß eine derartige Schenkung als auflösend bedingte Schenkung zu gelten habe. Nachdem die aufschiebend bedingt vollzogene Schenkung unter Lebenden nicht von der für vollzogene Schenkungen gewährten Formfreiheit ausgenommen ist (§ 441, Mot. 2 S. 294), besteht kein Anlaß, die aufschiebend bedingt vollzogene Schenkung von Todeswegen auszuschließen oder umzudeuten. — Ferner wird nicht von einer Schenkung gesprochen, welche während des Schwehens der Bedingung vollzogen ist. Die durch Veräußerung vollzogene Schenkung auf den Todesfall zerfällt nicht in zwei verschiedene Akte, die Schenkung und die Vollziehung, welche der Zeit nach auseinander liegen können. Der vollzogenen Schenkung kann ein Versprechen vorausgehen; sie schließt aber begrifflich in sich, daß durch die Veräußerung die Hingabe des geschenkten Gegenstandes animo donandi bewirkt ist (Mot. 2 S. 294). Das Versprechen kann nur als Beweggrund in Betracht kommen. Die Vollziehung ist an sich ein neues selbständiges Geschäft. Erfolgt die Hingabe auf Grund des Versprechens solvendi causa, so liegt eine vollzogene Schenkung im Sinne der §§ 441, 1963 nicht vor, vielmehr handelt es sich um die Erfüllung eines nichtigen Versprechens oder, wenn das Versprechen als Verfügung von Todeswegen gültig ist, um vorzeitige Erfüllung der Verfügung. Das Geleistete unterliegt der Rückforderung nach den Grundsätzen über Leistung einer Nichtschuld (§§ 737 ff.). Tritt zu dem als Verfügung von Todeswegen gültigen Schenkungsversprechen eine vollzogene Schenkung in Ansehung desselben Gegenstandes hinzu, so kann darin eine Aufhebung des Versprechens nicht gefunden werden, da der Entw. die ademptio legati nicht kennt (S. 153). — Verspricht Jemand

*) Vgl. Koch, Erbr. S. 1138; Gruchot 13 S. 856, dagegen Dernburg § 154 Anm. 15.

vertragsmäßig, einen Gegenstand auf den Todesfall zu schenken und verpflichtet er sich zugleich, den Gegenstand noch vor seinem Tode zu übertragen, so kann dieser Fall nicht unter die Vorschrift über die vollzogene Schenkung gebracht werden; das Versprechen der Vollziehung läßt sich nicht der Vollziehung selbst gleichstellen. Ob in diesem Falle die für das Schenkungsversprechen gegebene Vorschrift anwendbar ist oder ob dieselbe Beurteilung einzutreten hat wie für ein unbedingtes Schenkungsversprechen, welches auf eine von der Bedingung des Vorversterbens des Schenkers abhängige Uebertragung des Gegenstandes gerichtet ist, kann dahingestellt bleiben. Der Fall hat eine zu geringe praktische Bedeutung, um zum Gegenstande einer besonderen Entscheidung gemacht zu werden.

I 4. Abschnitt: Gesetzliche Erbfolge.

§ 353.

Dieser 4. Abschnitt behandelt die gesetzliche Erbfolge, und zwar im Titel 1 die gesetzlichen Erben, im Titel 2 den Pflichttheil. Dem Pflichttheilsrechte ist hiernach ein selbständiger Abschnitt nicht gewidmet. Entscheidend für die Stellung ist nicht der Umstand, das nach dem Entw. das Pflichttheilsrecht nicht ein Erbrecht ist, vielmehr nur als ein unentziehbarer persönlicher Anspruch auf Hinterlassung eines bestimmten Werthbetrages sich darstellt (vgl. §§ 1975, 1976), und ebensowenig, daß das Pflichttheilsrecht auch gegenüber einer Verfügung von Todeswegen Geltung behauptet. Dagegen ist für maßgebend erachtet, daß das Pflichttheilsrecht das gesetzliche Erbrecht zur Voraussetzung hat. Ohne das letztere ist das erstere nicht denkbar. Dieser enge Zusammenhang läßt es ebenso natürlich als angemessen erscheinen, das Pflichttheilsrecht in diesen Abschnitt aufzunehmen. Die rechtliche Natur des Pflichttheilsrechtes wird dadurch nicht verdunkelt.

Stellung des Pflichttheilsrechtes im Systeme.

1. Titel: Gesetzliche Erben.

Der Entw. beruht in Ansehung der Verwandtenerbfolge auf dem Parentelsysteme. Dies kann auffallen, da es für den größten Theil des deutschen Reichsgebietes eine Neuerung bringt (es gilt nur in einigen kleinen Gebieten Bayerns und einem Theile von Schleswig-Holstein) und keineswegs zu verkennen ist, daß es nicht in jeder Hinsicht einwandfrei ist. Allein das zur Zeit geltende Recht ist ein so verschiedenes, die ihm zu Grunde liegenden Systeme, soweit von solchen geredet werden kann und nicht Zwittergestaltungen vorliegen, sind ebenfalls so sehr anfechtbar, daß das in gewissem Sinne vermittelnde System des Entw. immer noch den Vorzug verdienen wird.

Parentel-erbfolge.

Nach dem geltenden Rechte bestimmt sich im Allgemeinen die Nähe der Verwandtschaft, welche für entscheidend angesehen wird, nach der Zahl der Zeugungen zwischen dem Erblasser und seinen Verwandten (vgl. § 31). Das hierauf beruhende Gradualsystem hat kein geltendes Recht ausschließlich zur Anwendung gebracht; von allen Rechten wird die Art der Verwandtschaft mit herangezogen. Demgemäß wird nach Verwandtschaftslinien unterschieden und besteht eine Klasseneintheilung, wie sie sich schon im röm. Rechte findet. Darin stimmen alle Rechte überein, daß die sog. gerade absteigende Linie die nächste Verwandtschaftslinie ausmacht, sodas durchweg diese Linie als ausschließlich erste Klasse, ohne Rücksicht auf die Zahl der Verwandtschaftsgrade, aufgestellt wird. Auch die drei Grade entfernten Urenkelkinder erben vor den im ersten Grade verwandten Eltern.

§ 354. Geltendes Recht.

Für den Fall, daß es an solchen nahen Verwandten fehlt, bestimmen die geltenden Rechte verschieden. Einige Rechte erklären als Erben die Verwandten in der Reihenfolge, daß die Ascendenten die Seitenverwandten unbedingt ausschließen. So vor Allem das sächs. GB. § 2026, im Anschlusse an die kursächs. Konstitution von 1572 III 17 (ebenso die magdeb. PolizeiD. v. 1688 c. 44 § 21). Nach dem sächs. GB. bilden die Klassen 2-4: die Eltern und Voreltern; Geschwister und deren Abkömmlinge mit Bevorzugung der vollbürtigen Geschwister im Erbtheile, die übrigen Seitenverwandten. Nahe kommt diesen die fränk. VbVerD. III Tit. 74 ff., nach welcher in den Klassen 2-5 Ascendenten, vollbürtige Geschwister und deren Kinder, halbbürtige Geschwister und deren Kinder, endlich die übrigen Verwandten erben. — Diesem Systeme kann das des röm. Rechtes nach den Nov. 118, 127 angereicht werden. Hiernach erben in den Klassen 2-4 die Ascendenten nach Gradesnähe mit den vollbürtigen Geschwistern und deren Kindern zusammen nach Köpfen, halbbürtige Geschwister und deren Kinder, die übrigen Seitenverwandten nach Gradesnähe; es tritt aber hinzu Stammesprinzip mit Repräsentation für Ascendenten ohne Repräsentation für die Seitenverwandten. Außer einer Reihe älterer Statuten (vgl. auch Joachimita v. 1527 VI 21 §§ 1, 2), haben sich dem gemeinen Rechte noch angeschlossen die oldemb. G. v. 24. April 1873 und 10. Jan. 1879 Art. 1, und mit Beschränkung der Unterscheidung zwischen vollen und halb-bürtigen Verwandten auf den zweiten Grad der Verwandtschaft zum Erblasser (Bl. f. N. 32 S. 316), das bayer. LR. III 12. Mehr oder minder erhebliche Abweichungen weisen schon auf: das württ. LR. v. 1610 Th. IV Tit. 20 (vgl. Stein §§ 20, 31, Enkel verstorbener vollbürtiger Geschwister werden der Klasse 3 eingereiht), sowie eine Reihe von Rechten beschränkten Geltungsgebietes (nürnb. Ref. v. 1564 III Tit. 34, 35; mainzer LR. Tit. 14 §§ 1-12; meckl. Polizei-

Schooßfallsrecht.

System des röm. Rechtes.

und LandesD. v. 1572; schraub. PolizeiD. v. 1615 Kap. XIV; anh. LandesD. v. 1666 Tit. 35; solmscher PK. Tit. 24—27; nassau-lagenel. LD. v. 1616 Th. IV Kap. III bis V; uA.).

Das AN. II 2 §§ 492—498, II 3 §§ 31 ff. läßt in Klasse 2—5 erben: die Eltern | S. 355. des Erblassers, beide oder einen derselben; die vollbürtigen | Geschwister und deren Abkömmlinge; weitere Voreltern mit Halbgeschwistern und deren Abkömmlingen; die übrigen Seitenverwandten. — Das lübeck. ErbG. v. 10. Febr. 1862 Art. 17, 18 bestimmt die Klassen 2—5 dahin: des Erblassers Eltern, beide oder einer derselben; Vollgeschwister und deren Kinder; Großvater und Großmutter, dann die entfernteren Voreltern nach Gradesnähe; die übrigen Seitenverwandten nach Gradesnähe, ohne Rücksicht auf volle oder halbe Geburt. — Mit mehr oder minder erheblichen Abweichungen liegt dasselbe System zu Grunde den Gesetzen der thür. Staaten, dem frankf. und dem brem. Rechte. Diese berufen in Klasse 2—5: die Eltern des Erblassers; die voll- und halbbürtigen Geschwister des Erblassers und deren Abkömmlinge; die weiteren Ascendenten; die Seitenverwandten der aufsteigenden Linie, mit Bevorzugung derjenigen, welche mit dem Erblasser einen näheren gemeinschaftlichen Vorfahren haben. Unter sich sind insbes. die thür. Gesetze noch wieder in Einzelheiten verschieden. So zieht zB. Altenburg die Klassen 3 und 4 zusammen, Gotha läßt in Klasse 5 den Unterschied zwischen voller und halber Geburt fallen, Weimar, Altenburg und beide Neuß lassen vollbürtige neben halbbürtigen Verwandten je zwei Kopftheile nehmen. — Weiter kann hierher gerechnet werden, außer anderen Rechten beschränkteren Geltungsgebietes, das hamb. StR. v. 1603 III 3 Art. 12 (Großeltern und Halbgeschwister erben zusammen, vollbürtige Geschwister schließen die entfernteren Ascendenten aus, Eltern bilden die 2. Klasse). — Diesen Rechten steht der hess. Entw. nahe; er spricht zwar in den Motiven von Parentelerbfolge, läßt aber in Klasse 2 neben den Eltern die voll- und halbbürtigen Geschwister und ihre Abkömmlinge erben; vollbürtige erhalten neben halbbürtigen je zwei Theile; bei der Theilung zwischen Eltern und Halbgeschwistern wird die Zahl der letzteren besonders berücksichtigt; in der 3. und 4. Klasse erben neben den Groß- oder Urgroßeltern deren Descendenten.

Parentel-
system.

Das Parentelsystem ist rein durchgeführt in dem auch in einigen kleinen Theilen Bayerns geltenden öst. GB. §§ 731—750, in der in Theilen von Schleswig-Holstein geltenden dän. V. v. 21. Mai 1845 und bei Rommjen, endlich in den schweiz. Gesetzbüchern von Zürich, Zug und Graubünden. Dem zür. GB. stehen nahe die Gesetzbücher von Luzern, Thurgau und Nidwalden, wohl auch die von Schaffhausen und Glarus. Daß das ältere lüb. Recht hierher zu rechnen sei (Beseler § 133 Anm. 13; Pauli Abhbl. III S. 42 ff.), ist nicht unzweifelhaft. Die Modification von 1586 (vgl. II 2 Nr. 13 ff. rechtfertigt wenigstens eine solche Annahme nicht.

Gemischtes
System.

Ein gemischtes System befolgt der preuß. Entw. von 1835 (§§ 22 ff., 177—184. 2852—190, S. 108, 122 ff., Descendenten nach Stämmen, Eltern und als deren Repräsentanten ihre Descendenten nach Stämmen, die übrigen Verwandten nach der Nähe des Grades); für die beiden ersten Klassen ist das System der Parentelerbfolge gewählt. — Der Code (Art. 746—755) hat für die 3. und 4. Klasse sich dem Parentelsysteme angeschlossen. Wenigstens läßt sich das System vielleicht so bezeichnen. Seine Klassen sind: 1. Descendenten nach gemeinrechtlichen | S. 356. Grundsätzen; 2. Vater und Mutter des Erblassers (zu je einem Viertel) neben den Geschwistern und deren Abkömmlingen; vollbürtige Geschwister allein theilen nach Köpfen; konkurriren Kinder von vollbürtigen Geschwistern, so wird nach Stämmen getheilt; sind auch halbbürtige Geschwister oder deren Abkömmlinge vorhanden, oder halbbürtige Geschwister aus verschiedenen Ehen, so tritt Theilung nach Linien ein, innerhalb der Linie Theilung nach Köpfen und Stämmen; vollbürtige erben alsdann in beiden Linien; 3. entferntere Ascendenten nach Gradesnähe; sind Ascendenten von beiden Linien vorhanden, so erben diese allein, die väterliche und die mütterliche Linie je zur Hälfte; sind Ascendenten nur von einer Linie vorhanden, so erben sie mit den Seitenverwandten je zur Hälfte; die Seitenverwandten unter sich theilen ihre Hälfte nach den Grundsätzen der 4. Klasse; 4. die Seitenverwandten bis zum 12. Grade mit Theilung nach Linien; in jeder Linie erben die dem Grade nach Nächsten ohne Repräsentationsrecht; gleich Nahe theilen nach Köpfen; sind nur Verwandte von einer Linie vorhanden, so erben diese allein.

Entw.

Der Schwerpunkt für die Entscheidung liegt darin, daß in Ansehung des Verhältnisses der Seitenverwandten zu den Ascendenten die sachlichen Ergebnisse des Entw. als die verhältnißmäßig billigeren und angemesseneren erachtet sind (vgl. § 1966). Ferner spricht dafür die Rücksicht auf die Einfachheit des Gesetzes. Diese geht den gemischten Systemen verloren, insbes. denen des AN. und des Code, ohne daß dadurch besondere, auf anderem Wege nicht erreichbare Vortheile erlangt werden. Das Parentelsystem bietet jedenfalls eine erschöpfende Regelung, welcher sich nur vielleicht gegenüberstellen läßt die Regelung des sächs. GB., bei welcher lediglich die drei Linien entscheiden. Die Regelung des sächs. GB. gelangt jedoch zu dem auffallenden Ergebnisse, daß das Vermögen in der zweiten Klasse nicht an die jüngeren, sondern in der Regel an die ältesten Familienglieder gelangt und auf diesem Wege den näheren Verwandten entzogen wird, zB. durch die Großeltern, weil die Eltern verstorben sind, den Geschwistern, welchen es durch die Großeltern,

wenn dieselben mehrere Kinder hatten, nur theilweise wieder zukommen kann. Alles, was sonst für das Parentelsystem geltend gemacht zu werden pflegt, nämlich Anschluß an den natürlichen Bau der Familie, Uebereinstimmung mit dem vermuthlichen Willen des Erblassers, Bewahrung des Systemes in Oesterreich durch die Abschneidung von Erbschaftsprozessen, Anschluß an eine deutschnationale Grundlage usw., ist theils von zweifelhaftem Werthe, theils nicht unbestritten und kann deshalb nicht entscheidend sein (vgl. die umfangreiche Literatur, insbes. Unger § 31 Anm. 1, 2; Goenner im Archiv für die Gesetzgebung IV S. 254 ff.; Pfeiffer, Ideen eines neuen GB. S. 190; Köpffert in der Dogmengeschichte des CivR. S. 326; Gruchot III S. 272; Bruns in v. Holzendorff's Encycl. § 89 S. 365, 366; Binding im civil. Archiv 57 S. 414 ff.; Mommsen, Mot. S. 116—119; von Amira, Erbfolge nach niederdeutschem Rechte 1874; Brunner, das anglo-germanische Erbsystem 1869, und gegen diesen Wassererschleben, Prinzip der Erbfolge 1870 S. 242; Heydemann, Anklänge an die deutsche Parentel, 1871; Stobbe § 288).

⌋ Dagegen verdient noch hervorgehoben zu werden, daß die Grundgedanken des Parentelsystemes (diejenigen, welche mit dem Erblasser die näheren Stammeseltern gemeinsam haben, sollen solche Verwandte ausschließen, welche durch entferntere Stammeltern mit dem Erblasser verbunden sind, und in der Linie soll Eintritt der Entfernteren an Stelle der Weggefallenen stattfinden) einfach und leicht verständlich sind, daß das Parentelsystem dem Gedanken der Bevorzugung der jüngeren Generation Rechnung trägt (gemeines, franz. Recht), andererseits aber durch die Bevorzugung der Eltern vor den Geschwistern auch das Schooßfallsrecht (Sachsen, ALR.) berücksichtigt, und hiernach eine Ausgleichung der bestehenden Grundverschiedenheiten der geltenden Systeme bietet. Nicht unerwähnt soll endlich bleiben, daß zur Zeit, als die grundlegenden Beschlüsse gefaßt wurden (1875), die auf dasselbe Ergebnis hinzuführenden Vorschläge Mommsen's noch nicht bekannt waren, daß auch Heimbach, Andeutungen usw., Bertram im Vorworte zum nat. PrivR. (1. N) S. VII, u. A. das Parentelsystem befürworteten, daß endlich die für Bayern ausgearbeiteten Entw. (1809, 1811, 1834 und 1856), obschon auch dort das Parentelsystem nur in ganz kleinen Bezirken gilt, insgesammt auf diesem Boden stehen. Die zum Theile sehr neuer Zeit angehörenden Gesetzbücher der deutschen Schweizerkantone vervollständigen das Bild der neueren Rechtsentwicklung, von welcher sich behaupten lassen wird, daß sie überwiegend dem Parentelgedanken zuneige. — Eine nicht zu unterschätzende Einwendung gegen das Parentelsystem wird in der Regel dem Umstande entnommen, daß es zu einer zu großen Zerplitterung des Vermögens führe. Der Entw. hat sich, in Uebereinstimmung mit dem preuß. Entw. v. 1835, angelegen sein lassen, diesen Einwand zu beseitigen (vgl. § 1968).

§ 1964 (II 1800, B. 1901, R. 1899, G. 1923).

Darüber, wann die gesetzliche Erbfolge eintritt, ist bereits im § 1751 Abs. 2 bestimmt. Der Abs. 1 des § 1964 enthält den dem geltenden Rechte gemeinsamen Grundsatz, daß die gesetzliche Erbfolge sich nach dem Zeitpunkte des Erbfalls bestimmt. Eine Vorschrift für den besonderen Fall, daß die Beerbung auf Grund einer Todeserklärung eintritt (daß alsdann die Zeit des Urtheiles entscheide), ist nicht erforderlich (vgl. S. 2). — Die Aufnahme der an § 1758 sich anschließenden Vorschrift, daß eine nach dem Erballe geborene, aber zur Zeit des Erballes bereits empfangene Person erbberechtigt ist, wie wenn sie zur Zeit des Erballes bereits geboren gewesen wäre (Abs. 2), ist erforderlich, da der Entw. den Satz „nasciturus pro jam nato habetur“ nicht allgemein ausspricht (vgl. S. 11, 88, 181), und zwar aus denselben Gründen, auf welchen der § 1758 beruht. Die Vorschrift entspricht dem überwiegend geltenden Rechte (Windscheid § 535 Anm. 5; ALR. I 9 § 371; Code 725, 718; sächs. GB. § 2008; bayer. LR. III 12 § 2 Nr. 5). Das öst. GB. (Unger § 5 Anm. 1), welchem in dieser Beziehung Mommsen folgt (S. 8 Abs. 1, dessen Mot. S. 137), läßt genügen, daß der nasciturus zur Zeit des Anfalles (der nicht nothwendig mit dem Erballe zusammenfällt) concipiert war. Da das öst. GB. (ebenso Mommsen) das Prinzip des Antretungsverbes hat, kann seine Entscheidung für den Entw. nicht maßgebend sein. Freilich werden mit der Regelung des öst. GB. einige Härten beseitigt, welche der Grundsatz zur Folge hat. Dieser Grund erscheint jedoch insofern nicht durchschlagend, als auch damit nur in wenigen einzelnen Fällen geholfen wird.

I. Maßgebender Zeitpunkt.

Erbberechtigung eines nasciturus.

⌋ S. 358.

§ 1965 (II 1801, B. 1902, R. 1900, G. 1924).

Als gesetzliche Erben sind zunächst zur Erbfolge berufen die Kinder und die weiteren Abkömmlinge des Erblassers, als erste Linie (Abs. 1). Wegen des Wortes „zunächst“ vgl. zu § 1970. Das Wort „Linie“ gebraucht der Entw., im Anschlusse an das öst. GB. §§ 730 ff., statt des in der Rechtswissenschaft üblicheren Wortes „Parentel“, weil der Ausdruck Parentel nur Juristen geläufig ist, während die Sprache des Lebens ihn nicht kennt und nicht zu erwarten steht, daß der Ausdruck sich einbürgern werde. Die sonst dafür noch etwa verwendbaren Ausdrücke, wie Klasse, Ordnung, Sippe, Reihe, Erbreihe, Stammreihe, Abstammungsreihe, sind theils dem Leben ebenso wenig geläufig wie Parentel, theils lassen sich gegen ihre Verwendung andere Bedenken erheben,

II. Verwandtenerbfolge. Erste Linie

in Ansehung einiger, daß sie noch in anderem Sinne im Entw. vorkommen, in Ansehung der anderen, daß sie ohne jeden Vorgang sind. — Die Aufnahme der Worte „unbeschadet des Erbrechtes des Ehegatten“ ist nicht erforderlich, weil der § 1971 über die Tragweite des Erbrechtes der Ehegatten keinen Zweifel läßt.

Kinder aus
Putativehe,
usw.

Der Entw. beschränkt sich darauf, von den Abkömmlingen zu reden. Im geltenden Rechte finden sich zumeist oder doch vielfach besondere Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge von Abkömmlingen aus einer Putativehe, aus einer nichtigen oder anfechtbaren Ehe, von unehelichen, legitimierten oder adoptierten Kindern. Der Entw. bedarf solcher Vorschriften nicht und zwar so wenig in Ansehung der gesetzlichen Erbfolge der 1. Linie als der anderen Linien. In dieser Beziehung genügen die auch für das Erbrecht maßgebenden Vorschriften des 4. Buches, welche eine über den Bereich des Familienrechtes hinausgehende Tragweite haben. So stellen insbes. die §§ 1562, 1567 den Grundsatz auf, daß ein Kind aus einer in gehöriger Form geschlossenen, aber ungültigen Ehe als ein eheliches Kind anzusehen ist, sofern es bei Voraussetzung der Gültigkeit der Ehe als ein eheliches anzusehen wäre, soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt. Darin liegt von selbst, daß von den durch eine solche Abstammung mit einander verbundenen Personen das Gleiche gilt, wie von Verwandten, daß also auch ein gesetzliches Erbrecht unter denselben besteht. Diese Schlußfolgerung besonders auszusprechen, ist nicht nöthig und deshalb nicht rathsam, weil in anderer Hinsicht der allgemeine Grundsatz bereits mehrfach für genügend erachtet worden ist (vgl. zB. zu den §§ 1466, 1568, 1583, 1601, | Mot. 4 S. 647, 857, 934, 956). In Ansehung der gesetzlichen Erbfolge der Kinder aus einer Putativehe genügen die §§ 1564, 1566 Abs. 2. Im Falle des § 1564 wird, auch ohne eine besondere Anleitung, nicht verkannt werden, daß nur der Vater, nicht auch der Großvater, aus dem Kreise der Erbberechtigten ausscheidet.

| S. 359.

Uneheliche
Kinder;
Erbrecht
gegenüber
a) dem
Erzeuger;

Was die Verwandtschaft durch uneheliche Geburt angeht, so ist der § 1568 verb. mit § 30 Abs. 3 ausreichend; das geltende Recht weicht in dieser Hinsicht noch vielfach ab (vgl. Stobbe § 295). Mehrere Rechte, so das gemeine Recht nach einer verbreiteten Praxis (Stobbe § 295 Anm. 21; vgl. Nov. 89 c. 12 und Nov. 18 c. 5; Windscheid § 574 Anm. 12 ff.; Roth § 350 Anm. 25 ff.; uA.) das ALR. II 2 § 652, das bayer. LR. III 12 § 2 Nr. 11, das württ. Recht (Stein § 17), uA., geben den unehelichen Kindern wenigstens ein außerordentliches Erbrecht gegenüber dem Erzeuger, zum Theile auch umgekehrt dem letzteren gegen das Kind. Mit dem sächs. GB., dem öst. GB., uA. hat der Entw. ein solches Erbrecht nicht anerkannt. Nach den §§ 1571 ff. ruft die uneheliche Erzeugung eine familienrechtliche Beziehung zwischen dem Erzeuger und dem Kinde nicht hervor. Es fehlt darnach an den Erfordernissen eines Erbrechtes. Ein solches Erbrecht würde auch nicht gewährt werden können, ohne daß besondere Vorschriften angeschlossen würden, nicht nur in Ansehung des Umfangs desselben, sondern auch in Ansehung der Ausgleichung, des Einrückens der Abkömmlinge usw. — In Ansehung des Erbrechtes gegenüber der Mutter und deren Verwandten finden sich im geltenden Rechte noch einige Modifikationen. So gewährt zB. das ALR. II 2 657 ehelichen Abkömmlingen neben den unehelichen Kindern oder deren Abkömmlingen einen Voraus. Mommsen hat nicht allein diese Vorschriften übernommen (§ 27 Abs. 2, Mot. S. 153), sondern auch den unehelichen Kindern im Verhältnisse zu den Voreltern das Pflichttheilsrecht versagt (§ 470 Abs. 2 daselbst). Da der Grundsatz „paterna paternis, materna maternis“ nicht angenommen ist, kann ein Voraus, bestehend in demjenigen, was die Mutter vom Vater der ehelichen Kinder oder von des Vaters Vorfahren erhalten hat, nicht in Frage kommen. Die Versagung des Pflichttheilsrechtes würde eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 30 enthalten, zu der es an zwingenden Gründen fehlt. Die Rücksicht auf die Anschauungen gewisser Stände kann nicht maßgebend sein.

b) der Mutter
und deren
Verwandten.

Legitimirtete etc.

In Ansehung der legitimierten Kinder genügen die §§ 1579, 1582, 1583, 1596, in Ansehung der durch Annahme an Kindesstatt begründeten Verwandtschaft die §§ 1601, 1620, 1625, 1628.

| S. 360.

Gleich-
theilung.

Die nähere Regelung der Erbfolge der Abkömmlinge enthalten die Abs. 2—4. Durch die Entscheidung, daß ein entfernterer Abkömmling durch einen zur Zeit des Erbfalles noch lebenden näheren Abkömmling von der Erbfolge ausgeschlossen wird, sofern er durch diesen mit dem Erblasser verwandt ist (Abs. 2), wird der Abs. 1 nach dessen Wortlaute alle Abkömmlinge erben, beschränkt. Die Fassung deckt die verschiedenen möglichen Fälle. Der Enkel wird ausgeschlossen durch seinen noch lebenden Elterntheil, durch welchen er mit dem Erblasser verwandt ist, ebenso der Urenkel, dessen Elterntheil, durch welchen er mit dem Erblasser verwandt ist, noch lebt, gleichviel, ob das die Verwandtschaft vermittelnde Kind des Erblassers noch lebt oder gestorben ist. — Die Gleichtheilung nach Köpfen bestimmt Abs. 3; es wird also ausgegangen von dem Grundsatz der Gleichberechtigung der Erben. Der Mannestamm ist nicht bevorzugt, wie in manchen älteren Rechten (Stobbe § 290 IV; Roth § 352 Anm. 26; Mommsen's Mot. S. 157), aber auch die Negative nicht besonders ausgesprochen, wie in einigen Rechten geschehen ist (bayer. LR. III 12 § 2 Nr. 2, 5; bamb. LR. S. 89 § 1; sondersh. SuccD. § 10; öst. GB. § 732; Code 745;

Mommsen § 29 Abs. 1). Der von einzelnen Rechten dem Mannesstamme oder Frauen gewährte Vorkaus, für Männer zumeist schon beschränkt auf ein bevorzugtes Erwerbsrecht in Ansehung von Grundstücken oder gewissen Gegenständen, auch Gerade oder Nistel für Frauen oder Töchter (M.N. II 1 § 539; Stobbe § 290 Anm. 36, 39, § 293; Roth § 352 Anm. 27; bayer. M.N. III 1 § 14 Nr. 13; Paulsen §§ 191, 193, 194; Esmarch §§ 38, 43, 48; Mommsen Mot. S. 157), bleibt durch Nichterwähnung unberücksichtigt. — Die Erbfolge nach Stämmen (Abs. 4) wird um so leichter verständlich sein, als der Inhalt der Vorschrift nahe liegt und wohl überall geltendes Recht ist (Stobbe § 290 I Nr. 3, 4).

Erbfolge nach Stämmen.

Daß noch eine besondere Erbfolge in Lehen und Fideikommissen stattfinden kann (M.N. II 1 § 501; sächs. G.B. §§ 2527—2541; uL.), wird als selbstverständlich nicht ausgesprochen. Das G.B. [Art. 35, G. 59] wird die Vorbehalte wegen des Lehenrechtes, der Familienfideikommissen, sowie des bäuerlichen Erbrechtes enthalten. Diese besondere Erbfolge betrifft nicht den Nachlaß, sondern nur gewisse in demselben befindliche Gegenstände. — Die Ablehnung des Grundsatzes des älteren deutschen Rechtes „paterna paternis, materna maternis“ (Weseler § 133 II; Stobbe § 291 Anm. 4—6; saabr. M.N. Kap. 1 Art. 2 Nr. 1; uL.) wird gleichfalls in einigen Rechten besonders ausgesprochen, z.B. im M.N. II 2 § 499 (für Ascendenten und Seitenverwandte), im Code 732, im hess. Entw. 10, von Mommsen § 30 Satz 1, in den thür. Erbgesetzen; auch dies erscheint entbehrlich. — Unerwähnt bleibt endlich der Vorkaus für unerzogene Kinder, deren Erbtheil nicht einmal zu ihrer Erziehung hinreicht (württ. M.N. IV 16 § 3; Stein § 19), obschon der Gedanke noch im preuß. Entw. v. 1835 II 2 §§ 25—29 (Mot. S. 239) Anerkennung gefunden hat.

Lehen und Fideikommiss.

Vorkaus.

§ 1966 (II 1802, B. 1903, R. 1901, G. 1925).

Als diejenigen, welche in der zweiten Linie zur Erbfolge berufen sind, werden bezeichnet (Abs. 1) die Eltern sowie die gemeinschaftlichen und einseitigen Abkömmlinge derselben. Daß die zur ersten Linie gehörenden Abkömmlinge des Erblassers, welche der Wortlaut der Vorschrift mitumfaßt, nicht in Betracht kommen, ergibt der Zusammenhang; auch weisen die Worte „nach der ersten Linie“ darauf hin. Eine weitere Verdeutlichung enthält der § 1970. Die bezeichneten Worte, welche sich entsprechend in den §§ 1968, 1969 wiederholen, lassen ferner erkennen, daß eine successio ordinis eintritt. Nicht erforderlich ist es hiernach, den Satz besonders auszusprechen, daß ein Verwandter der nachfolgenden Linie nicht zur Erbfolge gelangt, so lange ein zur Erbfolge berechtigter Verwandter einer vorhergehenden Linie vorhanden ist.

§ 361.

2. Zweite Linie.

Eine nähere Erläuterung wird dahin beigefügt (Abs. 2—4), daß, wenn beide Eltern leben, diese allein und zu gleichen Antheilen erben, daß an die Stelle des den Erblasser nicht überlebenden Elterntheiles dessen Abkömmlinge nach Maßgabe der Vorschriften über die Beerbung in der ersten Linie treten, und daß, wenn Abkömmlinge eines den Erblasser nicht überlebenden Elterntheiles nicht vorhanden sind, der andere Elterntheil der alleinige Erbe ist. Die letztbezeichnete Vorschrift vervollständigt nur das gegebene Bild der gesetzlichen Erbfolge in der zweiten Linie; sie gewährt aber zugleich den Vortheil, daß damit die Verwerfung des Satzes „paterna paternis, materna maternis“ mit allen Ausflüssen desselben mittelbar einen Ausdruck findet. In Ansehung des Falles, daß ein Elterntheil mit Hinterlassung von Abkömmlingen vor dem Erblasser gestorben ist (Abs. 3), schließt sich der Regelung eng an § 1965 an. Von einer Verweisung auf diese Vorschrift ist jedoch abgesehen, obschon sie nicht nur den Vorzug der Kürze hätte, sondern auch zugleich zum klaren Ausdrucke bringen würde, daß die Beerbung in der ersten und zweiten Linie den gleichen Regeln untersteht, mit Rücksicht auf die praktische Wichtigkeit der Vorschrift sowie darauf, daß die Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge vorzugsweise dazu bestimmt sind, in das Volksbewußtsein überzugehen. Die Anwendung ist deshalb ausführlicher ausgesprochen, die Folgen der Grundsätze sind unmittelbar zum Ausdrucke gebracht. Nur in Ansehung der Art, wie die entfernteren Abkömmlinge an die Stelle des vorverstorbenen Elterntheiles treten, ist auf die Vorschriften über die Beerbung in der ersten Linie zurückverwiesen. — In Betracht kommt auch hier der § 1972. — Eines besonderen Ausdruckes bedarf es nicht, wie geerbt wird, wenn beide Eltern vorverstorben oder sonst nicht Erben sind; auch in dieser Richtung giebt Abs. 3 das Erforderliche an die Hand. Insbes. kann nicht ausgesprochen werden, daß, wenn bei dem Wegfalle beider Eltern vollbürtige Geschwister oder deren Abkömmlinge mit halbbürtigen Geschwistern oder deren Abkömmlingen zusammentreffen, jeder vollbürtige Geschwistertheil oder dessen Stamm für zwei Personen zu rechnen ist und einen doppelten Erbtheil erhält. Allerdings fällt in dem bezeichneten Falle die eine Hälfte dem Stamme des Vaters, die andere Hälfte dem Stamme der Mutter zu; es wird nicht verkannt werden, daß vollbürtige Geschwister sowohl dem Stamme des Vaters als dem der Mutter angehören, also nach beiden Richtungen erben, während halbbürtige Geschwister nur in Ansehung des Stammes des gemeinsamen Elterntheiles berechtigt sind. Eine Vorschrift, wie sie vorstehend angegeben, würde übrigens nach ihrer Wortfassung unter Umständen zu einem unrichtigen Ergebnisse führen. Eine Verdeutlichung ist gegenüber § 1967 nicht erforderlich.

§ 362.

Anderenfalls würde eine Verdeutlichung auch für die erste Linie erforderlich sein. Denn auch in dieser Linie kann der Fall vorkommen, so wenn sich Vetter und Base geheirathet haben, der eine Ehegatte aber schon Kinder aus einer früheren Ehe gehabt hat, Vetter und Base selbst aber sowie deren Eltern schon vor dem großelterlichen Erblasser gestorben sind.

Prüfung.
Ergebnisse.

Nachzutragen ist hier die S. 356 vorbehaltene Prüfung, daß die Lösung des Parentelsystemes für diese Linie zu befriedigenderen Ergebnissen führt, als die von anderen Rechten versuchten Lösungen. Gegen das unbedingte Schooßfallsrecht spricht, wie S. 356 erwähnt, daß das Vermögen in ganz andere Kreise, als an die nächsten Blutsverwandten, gelangen kann, wenn es auf die Großeltern oder noch weiter zurückgeht. Daß die Geschwister durch die noch lebenden Eltern ausgeschlossen werden, erscheint nur natürlich, wenn berücksichtigt wird, daß das Vermögen nicht selten von den Eltern her stammt und so zu denjenigen zurückgelangt, von welchen es dem Erblasser zugekommen ist. Mit dem A.N., dem sächs. G.B. und anderen Rechten zu bestimmen, der noch lebende eine Elterntheil sollte die Geschwister ausschließen, führt in vielen Fällen zu Härten und Unbilligkeiten. Abgesehen davon, daß es an inneren Gründen fehlt, weshalb der überlebende Elterntheil von dem Wegfalle des anderen Elterntheiles Vortheil haben soll, läßt sich dagegen erinnern, daß damit diejenigen halbblütigen Geschwister völlig ausgeschlossen werden, welche nur durch den verstorbenen Elterntheil mit dem Erblasser verwandt sind. Sollen die Geschwister neben den Eltern zur Erbfolge gelangen (Code, hess. Entw.), so ist dagegen einzuwenden, daß es ungerechtfertigt erscheint, das Vermögen nicht an diejenigen zurückgelangen zu lassen, von welchen es zumeist gekommen ist. Sollen die Geschwister neben allen Ascendenten zur Erbfolge gelangen, ohne Rücksicht auf Gradesnähe der Ascendenten (gemeines Recht, bayer. A.N., würt. Recht u.d.), so muß es als ein auffallendes Ergebnis bezeichnet werden, daß die Erbtheile der Geschwister sich unter Umständen verringern, falls sie mit entfernteren Voreltern theilen (wenn z.B. 4 Großeltern leben). Zudem gelangt auch dann ein mehr oder minder erheblicher Theil an entferntere Verwandte durch die Ascendenten hindurch. Sollte der Gedanke durchgeführt werden, daß das Vermögen an jüngere Generationen fällt, so ließe sich dies noch dadurch erreichen, daß den Eltern und Voreltern nur ein Nießbrauchsrecht gewährt würde. Allein kein geltendes Recht in Deutschland normirt so. Auch ist dagegen zu erinnern, daß eine längere Bindung des ganzen Vermögens, wie sie alsdann eintreten könnte, aus nationalökonomischen Gründen nicht angemessen wäre, und daß die immerhin verwickelten und schwierigen Rechtsverhältnisse zwischen Nießbraucher und Eigenthümer, welche erfahrungsmäßig nur zu häufig zu Streitigkeiten Anlaß geben, nicht ohne zwingende Gründe durch das Gesetz selbst zu begründen sind. | Hiernach dürften die Ergebnisse des Parentelsystemes immerhin als die relativ besten anzusehen sein.

| S. 363.

§ 1967 (II 1804, B. 1905, R. 1903, G. 1927).

Gemeinsame
Vorschrift.

Daß in der ersten und zweiten Linie derjenige, welcher verschiedenen Stämmen angehört, den in jedem dieser Stämme auf ihn fallenden Antheil enthält (Satz 1), ist, streng genommen, nur eine Folge der §§ 1965, 1966. Die Aufnahme der Vorschrift ist indessen rathsam, um Zweifel auszuschließen (sächs. G.B. § 2032; Mommsen § 35 Abs. 1). — Die Fassung „auf ihn fallenden Antheil“ rechtfertigt sich aus dem Zusammenhange der Vorschrift mit den §§ 1965, 1966. Dem Sinne nach findet sich eine entsprechende Vorschrift in der großen Mehrzahl der geltenden Rechte. Nur der hess. Entw. schweigt und das hamb. Recht (Baumeister § 100 Anm. 14) hat die gegentheilige Entscheidung.

Der Satz 2, wonach jeder Antheil als besonderer Erbtheil gilt, ist aufgenommen mit Rücksicht auf § 2037. Es besteht kein Anlaß, zu verhindern, daß der eine Erbtheil angenommen, der andere hingegen ausgeschlagen wird. Hierüber möchten sich aber in Ermangelung einer solchen Vorschrift gegenüber dem § 2037 Zweifel erheben.

An-
genommener
Verwandter.

Für den Fall, daß ein zugleich leiblicher Verwandter angenommen ist, giebt das sächs. G.B. § 2032 dem Angenommenen ein Wahlrecht, ob er als Verwandter oder auf Grund der Annahme an Kindesstatt erben will, ebenso Mommsen § 35 Abs. 2 (vgl. auch Brinz § 383 Anm. 29). Würde eine derartige Vorschrift aufgenommen, so wäre wohl auch für den Fall vorzusehen, daß bei dem Zusammentreffen leiblicher Verwandtschaft und eines die rechtliche Stellung der Verwandtschaft begründenden Verhältnisses sowie im Falle des Zusammentreffens mehrerer Verhältnisse der letztgedachten Art dieselbe Person in verschiedenen Graden erbfolgeberechtigt ist. Daß in Folge des Zusammentreffens mehrerer derartiger Verhältnisse eine Person in verschiedenen Graden erbfolgeberechtigt sein kann, ergeben folgende Beispiele: Eine Mutter nimmt das Kind ihrer unehelichen Tochter an; dann ist das angenommene Kind auf Grund der Annahme als Kind, vermöge der leiblichen Verwandtschaft als Enkel erbfolgeberechtigt. Ein Mann nimmt das Kind seiner unehelichen Tochter an, später wird das uneheliche Kind durch nachfolgende Ehe des Annehmenden mit der Großmutter des Angenommenen legitimirt. Auch im letzteren Falle ist das angenommene Kind auf Grund der Annahme und zugleich als Enkel erbfolgeberechtigt. Der Entw. enthält sich

indessen der Regelung dieser Fälle. Entsteht durch die Annahme keine mehrfache Verwandtschaft, wie dies zB. dann sich ergibt, wenn die Mutter ihr uneheliches Kind annimmt, so sind nur verschiedene Rechtsgründe für eine und dieselbe | Verwandtschaft gegeben. In solchem Falle kann ein Wahlrecht nicht in Frage kommen oder ist wenigstens gegenstandslos. Werden aber die Beispielfälle in Betracht gezogen, so kann nicht für angemessen erachtet werden, in derartigen Fällen nur ein Wahlrecht einzuräumen. Hauptzweck der Annahme ist in der Regel, dem Angenommenen ein Erbsolgerecht gegenüber dem Annehmenden zu gewähren. Ist der Angenommene ein Verwandter, so ist nicht abzusehen, weshalb ihm nicht eine mehrfache Erbsolgeberechtigung zustehen soll. Dies Ergebnis folgt aus § 1967 verb. mit § 1601 Abs. 1 und § 1625. Sollte das Ergebnis in Zweifel gezogen werden können, so würde es immerhin nicht angemessen sein, für so überaus seltene und eigenartige Fälle eine besondere Vorschrift aufzunehmen.

§. 364.

§ 1968 (II 1803, B. 1904, R. 1902, G. 1926).

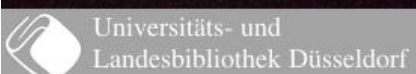
Entsprechend den §§ 1965, 1966, werden als in der dritten Linie erbsolgeberechtigt bezeichnet (Abs. 1) die Großeltern sowie die gemeinschaftlichen und einseitigen Abkömmlinge derselben. Im 2. und 3. Absätze weicht der Entw. vom Parentelsysteme ab. Die zur Zeit des Erbfalls noch lebenden Großelterntheile erben allein und zu gleichen Theilen, ohne Unterschied, ob sie zur Vaterseite oder Mutterseite gehören; ist nur ein Großelterntheil noch am Leben, so ist er der alleinige Erbe. In Ermangelung aller Großelterntheile erbt von den Abkömmlingen der Großeltern derjenige, welcher mit dem Erblasser dem Grade nach am nächsten verwandt ist; mehrere dem Grade nach gleich nahe Verwandte erben zu gleichen Antheilen. Daß auch hier eine ausschlagende, vertragsmäßig verzichtende, für unwürdig erklärte oder durch letztwillige Verfügung (mit Grund) ausgeschlossene Person als vor dem Erbfall gestorben anzusehen ist, ergibt der § 1972. Es findet also nicht eine *successio gradus* oder ein Eintreten der Abkömmlinge statt; Erbe wird, wer nach dem Ausscheidenden mit dem Erblasser am nächsten verwandt ist. Der § 1967 kommt hier nicht zur Anwendung; dies ergibt dessen Stellung und Fassung. Hier bleibt vom Parentelsysteme nur übrig, daß nicht unbefrährt der dem Grade nach nächste Verwandte erbsolgeberechtigt ist, sondern zunächst die Großelterntheile erben und nach diesen derjenige dem Grade nach nächste Verwandte erbt, welcher durch einen dieser Großelterntheile mit dem Erblasser verwandt ist.

3. Dritte Linie.

Bei dem Parentelsysteme in reiner Durchführung tritt bereits hier eine ungemein Zersplitterung des Vermögens ein oder kann doch eintreten, wenn für jeden der 4 Großelterntheile, der nicht mehr am Leben ist, die Abkömmlinge ohne Beschränkung einrücken. Erbsolgeberechtigt ist die Beerbung durch 4 überlebende Großelterntheile eine sehr seltene. Es wird nicht zu den Ausnahmefällen zu rechnen sein, daß von den Großelterntheilen nur einer oder keiner der Erblasser überlebt. Treten nun an Stelle eines jeden Großelterntheiles nach dem Tode der vielleicht zahlreichen Kinder die etwa vorhandenen zahlreichen Enkelkinder ein, so kann der 4. Theil leicht | in einem Stamme in ganz kleine Bruchtheile zersplittern werden, so daß ein Miterbe zB. $\frac{1}{64}$ von einem Viertel, also $\frac{1}{256}$ erhält. Dazu kommt, daß möglicherweise eine übergroße Zahl von Miterben betheilt ist. Unbeachtet darf nicht bleiben, daß (insbes. in großen Städten) schon in der großelternlichen Linie das Bewußtsein der Familienzusammengehörigkeit meist sehr in den Hintergrund tritt. Die Verwickelungen und Schwierigkeiten wachsen, wenn Großelterntheile oder deren vorverstorbene Kinder mehrfach verheirathet waren und noch lebende Enkel oder Kinder aus den verschiedenen Ehen hinterlassen haben, wenn zwischen den Abkömmlingen durch Heirathen mehrfache Verwandtschaft entstanden ist, wenn diese verschiedenen Abkömmlinge sich weit zerstreut haben und einzelne derselben vielleicht in ferne Länder verzogen sind. Unter diesen Umständen verdient es den Vorzug — unter Festhaltung des Grundprinzipes — so, wie im Entw. geschehen, zu regeln. Verkannt ist nicht, daß sich Härten ergeben können. Als Beispiele seien in dieser Richtung nur folgende erwähnt: Der noch lebende Großelterntheil von mütterlicher Seite, welcher allein von den Großeltern lebt, erbt allein und schließt den Vaterbruder aus, während vielleicht dieser allein mit dem Erblasser in näherem Verkehre sich befand und auch das Vermögen des Erblassers vorzugsweise oder ausschließlich von der Vaterseite her stammt und nunmehr in ganz andere Familien gelangt. Ferner: Von den Geschwistern eines Elterntheiles ist nur ein einziger noch am Leben, dieser erbt nach dem Tode aller Großeltern allein und schließt die Abkömmlinge seiner Geschwister aus, während es gerade diese Vettern und Waisen sind, denen der Erblasser im Leben nahe stand und denen das Vermögen in ganz anderer Weise zu statten gekommen wäre, als dem reichen Enkel, welcher kinderlos ist. Allein diese Fragen müssen hingenommen werden und die Abhilfe muß in der Testirfreiheit gesucht werden. Freilich versagt dieses Mittel, wenn der Erblasser das Alter der Testirbefugniß nicht erreicht hat. Der Entw. ist jedoch nicht in der Lage, eine für alle Fälle befriedigende Erbfolge aufzustellen. Insbes. kann nicht behauptet werden, daß andere Systeme zu einer befriedigenderen Lösung gelangten.

Gründe der Abweichung.

§. 365.



Das sächs. GB. benachtheiligt die Seitenlinie noch ganz anders; das gemeine Recht beschränkt die Erbfolge willkürlich in der 3. Klasse auf Kinder der halbbrüderlichen Geschwister und läßt in der 4. Klasse dem Zufalle in weit höherem Maße Spielraum. Gegen das AN. läßt sich in Ansehung der 5. Klasse derselbe Einwand erheben und in Ansehung der 4. Klasse, in welcher alle Ascendenten und die Halbgeschwister sowie deren Abkömmlinge zusammen erben, ergiebt sich der Vorwurf der Prinziplosigkeit. Der Code begünstigt in der 3. Klasse alle Ascendenten vor den Seitenverwandten ohne zureichenden Grund und trennt die väterliche und mütterliche Linie. — Hiernach dürften die Gründe für die Regelung des Entw. überwiegen, zumal, wenn in Betracht gezogen wird, daß verhältnismäßig selten bei einem großen Nachlasse die gesetzliche Erbfolge zur Anwendung gelangt, wenn es an Verwandten der ersten und zweiten Linie fehlt, und daß bei dem Wegfalle eines Pflichttheilsanspruches in solchen Fällen (vgl. § 1795) kein Verwandter der dritten Linie auf die Erbschaft zu rechnen befugt war.

| S. 366.

4. Vierte
Linie zc.Äußere
Grenze.Sozial-
politische
Gründe.

| S. 367.

Beerbung der
die Verwandt-
schaft ver-
mittelnden
Person.

| §§ 1969, 1970 (II 1805—1807, B. 1906—1908, R. 1904—1906, G. 1928—1930).

I. Im Interesse der Uebersichtlichkeit des Gesetzes wird, getrennt vom § 1968, bestimmt, wer nach der dritten, nach der vierten Linie usw. zur Erbfolge berufen ist, nämlich die Urgroßeltern sowie die gemeinschaftlichen und einseitigen Abkömmlinge derselben, die weiteren Voreltern sowie deren gemeinschaftliche und einseitige Abkömmlinge, unter Vorrang der näheren Voreltern und deren Abkömmlinge vor den entfernteren Voreltern und deren Abkömmlingen (§ 1969 Abs. 1). In Ansehung jeder dieser Linien sollen die Abs. 2, 3 § 1968 entsprechende Anwendung finden (Abs. 2).

Das Erbgolgerrecht wird also nicht mit einer äußeren Grenze abgeschnitten (vgl. Stobbe § 287), während das öst. GB. § 751 mit der 6. Parentel abschließt, ebenso Mommsen § 31, das zür. GB. und einige andere schweiz. Gesetzbücher das Erbgolgerrecht mit der 4. Parentel endigen lassen. Eine äußere Grenze ziehen nicht das gemeine Recht, das AN., das sächs. GB. und das bayer. AN., sowie die meisten neueren Rechte und Entw. Das württ. AN. IV 23 und einige ältere Rechte beschränkten Geltungsgebietes lassen das Erbgolgerrecht mit dem 10. Grade der Verwandtschaft endigen, der Code 755 mit dem 12. Grade, das rudoist. Recht sogar schon mit dem 7. Grade. — Möglich wäre es, das Erbrecht dahin zu begrenzen, daß, wenn nur Verwandte vorhanden sind, welche keiner der 4 ersten Linien angehören, nur den Voreltern noch, nicht auch deren Abkömmlingen, ein gesetzliches Erbgolgerrecht eingeräumt würde. Dafür spricht, daß, von den bezeichneten Voreltern abgesehen, erfahrungsmäßig über die vierte Linie hinaus sehr selten ein Bewußtsein der Familienzugehörigkeit besteht. Entscheidendes Gewicht kann indessen hierauf nicht gelegt werden, da es bei der Verwandtenerbfolge nicht darauf, sondern auf die unmittelbare oder mittelbare Blutsverbindung ankommt. In manchen Familien, namentlich in solchen mit gebundenem Grundbesitz, erhält sich übrigens das Bewußtsein der Familienzugehörigkeit sehr weit und selbst über die vierte Linie hinaus. Eine derartige Begrenzung des Erbgolgerrechtes würde vielleicht den Vortheil gewähren, daß damit dem Jagen nach Erbschaften, welche sich doch zumeist als Trugbild erweisen, Einhalt gethan und die damit verbundenen Uebelstände beseitigt würden. Allein, selbst wenn das Ergebnis sich wirklich auf diesem Wege erreichen lassen sollte, so würde damit noch nicht eine derartige Beschränkung sich rechtfertigen lassen. Entscheidend kann nur sein, was sachlich angemessen und materiell gerechtfertigt ist. Mit dem angenommenen Systeme würde sich die Begrenzung ungleich schwerer vereinigen lassen, als mit der Beerbung nach Gradesnähe, und das Abschneiden mit der vierten, fünften oder sechsten Linie würde völlig willkürlich sein. Hieraus erklärt sich, daß das öst. GB. und Mommsen die Grenze anders wie das zür. GB. setzen. — Ob aus sozialpolitischen Gründen die Verwandtenerbfolge zu Gunsten des weiteren Verbandes der Gemeinde oder des Staates als Berechtigter zu beschränken sei, ist eine Frage, welche zur Zeit noch nicht für spruchreif erachtet werden kann, obgleich sie in neuerer Zeit vielfach und von verschiedenen Standpunkten aus beleuchtet und erörtert worden ist (vgl. aus neuerer Zeit Brater, die Reform des Erbrechtes, 1848; Brinz im Staatswörterbuche Bd. 3 S. 403 ff., insbes. S. 412; Marlo, Weltökonomie Bd. 2 S. 851 ff.; Roscher, Nationalökonomie 1877 §§ 85 ff., S. 175 ff.; Schäffle, System der menschlichen Wirthschaft, 3. A., Bd. 2 S. 525; Ampfenbach, des Volkes Erbe 1874; Baron, Angriffe auf das Erbrecht 1877; Scheel, Erbschaftssteuern; uA.).

Der Entw. folgt dem in Deutschland überwiegend geltenden Rechte, wenn er jede Begrenzung unterläßt. Hierfür spricht schon der Umstand, daß, wenn den sich zeigenden Bestrebungen Rechnung zu tragen ist, die Einengung der Verwandtenerbfolge allein nicht genügen würde, vielmehr auch die Testirfreiheit beschränkt werden müßte.

Daß ein Verwandter auch dann zur Erbfolge gelangt, wenn er nicht Erbe der Person geworden ist, durch welche er mit dem Erblasser verwandt ist, bedarf keines besonderen Ausdruckes. Eine Vorschrift dieses Inhaltes würde sich vorzugsweise gegen eine veraltete Ansicht richten. (Windscheid § 572 Anm. 4; Mommsen § 34 nebst Mot. S. 164; Roth § 352 Anm. 8; — aber auch AN. II 2 § 353; Code 744 Abs. 2; sächs. GB. § 2027; die thür. ErbG.; bayer. AN. III 12

§ 2 Nr. 4; Hess. Entw. 14 Abs. 21.) — Der Entw. ist aus sich und nicht nach Maßgabe früher geltender Rechte zu verstehen.

II. Durch die Vorschrift des § 1970, daß ein Verwandter der nachfolgenden Linie nicht zur Erbfolge berufen ist, so lange ein Verwandter einer vorhergehenden Linie vorhanden ist, wird das Wort „zunächst“ im § 1965 Abs. 1 und der Eingang der §§ 1966, 1968, 1969 „nach der . . . Linie“ verdeutlicht. Dadurch wird entbehrlich, in diesen Vorschriften hervorzuheben, daß nur diejenigen Personen gemeint sind, welche nicht schon in einer vorhergehenden Linie als zur Erbfolge berufen bezeichnet sind. Zudem gelangt der Grundsatz der successio ordinis zum Ausdruck.

Gemeinnamige
Vorschrift für
alle Linien.

§ 1971 (II 1808/9, 1811, B. 1909/10, 1912, R. 1907/8, 1910, G. 1931/2, 1934).

Die gesetzliche Erbfolge des überlebenden Ehegatten ist im geltenden Rechte überaus verschieden geregelt (vgl. insbes. Stobbe §§ 233, 240–242, 247, 297). — In Ansehung der gütergemeinschaftlichen Erbfolge finden sich die erforderlichen Vorschriften in den §§ 1382 ff. Ist für die Ehe durch Vertrag ein anderer Güterstand als GG. bestimmt worden, oder ist die besondere gütergemeinschaftliche Erbfolge durch Vertrag ausgeschlossen, so sind besondere Vorschriften nicht erforderlich. Für die vertragsmäßige Trennung der Güter ist dies selbstverständlich. Wegen Auflösung der GG., falls die gütergemeinschaftliche Erbfolge ausgeschlossen ist, bestimmen die §§ 1371 ff., wegen Auflösung der Erzungenschaftsgemeinschaft bestimmt der § 1429, dessen Vorschriften bei Auflösung der Fahrnißgemeinschaft nach § 1431 entsprechend anwendbar sind.

III. Ehe-
gatten-
erbfolge.
Besonderer
Güterstand.
| S. 368.

Der Entw. gewährt, soweit die Regelung des 5. Buches in Betracht kommt, dem Ehegatten stets ein Erbrecht, nicht aber lebenslängliches Nießbrauchsrecht an den Erbtheilen der Abkömmlinge, belastet mit einer gewissen Ausstattungspflicht, und ebenso wenig beides (Erbrecht und Nießbrauchsrecht) neben einander. Für die sog. unbeerbtete Ehe, dh. für den Fall, daß Kinder aus der Ehe nicht vorhanden sind, steht schon das in Deutschland geltende Recht durchweg auf diesem Boden. Anders steht es, wenn auf das geltende Recht gesehen wird, bei der sog. beerbten Ehe. — Für die Entscheidung des Entw. soll, unter Verzicht auf eine erschöpfende Darstellung der dafür geltend zu machenden Gründe, bemerkt werden: Werden diejenigen Rechte zum Ausgangspunkte genommen, welche auf den Boden der sog. Verwaltungsgemeinschaft stehen, so findet sich nur sehr ausnahmsweise die Zuweisung eines Nießbrauches an den Ueberlebenden. Wenn für die Zuweisung eines Nießbrauches geltend gemacht wird, die Nachwirkung der Ehe als der innigen und vollständigen Lebensgemeinschaft müsse den Zweck erfüllen, dem Ueberlebenden im Wesentlichen dieselbe Stellung zu belassen, welche er während der Ehe gehabt habe, so kann dies in solcher Allgemeinheit nicht anerkannt werden, insbes. nicht, soweit es sich um die wirtschaftliche Stellung des Ueberlebenden handelt, ganz abgesehen von der wesentlichen Aenderung in der äußerlichen Stellung des Hausstandes, welche in der Regel mit dem Tode des Mannes eintritt. Es ist hier von entscheidender Bedeutung, daß der Entw. eine elterliche Gewalt, nicht lediglich die väterliche Gewalt kennt. Selbst dann, wenn der Gatte seine wirtschaftliche Existenz auf das Gesamtvermögen gegründet hat, bleibt, so lange die Kinder minderjährig sind, kraft der elterlichen Nutzung das Verhältnis im Wesentlichen unverändert. Werden aber die Kinder volljährig, so tritt eine allmähliche Abwicklung ein. Dies kann nur für angemessen erachtet werden. Der Natur der Verhältnisse entspricht es, daß der Ueberlebende den Kindern eine freie wirtschaftliche Entwicklung ermöglicht. Mindestens ist darin eine Verletzung der elterlichen Autorität nicht zu finden. Ueberdies würde mit dem Erbnießbrauche der Erfolg eintreten, daß die aufgelöste Ehe zu Gunsten des Ueberlebenden stärkere Wirkungen äußert als die bestehende Ehe, indem der auf die Minderjährigkeit der Kinder beschränkte elterliche Nießbrauch (§ 1557) unter einem anderen Namen auf die Lebenszeit der Eltern ausgedehnt würde. Es kann nicht darauf verwiesen werden, daß vielfach durch Testament ein derartiger Nießbrauch des Ueberlebenden eingeführt wird. Testamente solchen Inhaltes sind in gewissen Gegenden häufig, aber sie beschränken sich zumeist auf gewisse Berufsclassen, Beamte und mittleren Bürgerstand. Für Gutsbesitzer, Großkaufleute, Fabrikbesitzer und Erblasser in ähnlichen Verhältnissen kommen solche Testamente kaum vor; für diese würden sie nur selten passen, namentlich wenn die Frau der überlebende Teil ist. Im Verhältnis zur Zahl der Erbfälle sind selbst in den bezeichneten Kreisen derartige Testamente nicht überwiegend üblich. Im Falle der Ausnahme eines Erbnießbrauches müßte jedenfalls dem Ueberlebenden eine Ausstattungspflicht auferlegt werden. Diese Pflicht angemessen zu regeln, würde sehr schwierig sein.

Erbrecht, nicht
Nieß-
brauch oder
gemischtes
System.

| S. 369.

Hätte der Entw. diesen Weg im Widerspruche mit der Auffassung, daß eine Bindung des Vermögens durch lebenslänglichen, nicht im Wege eines Rechtsgeschäftes herbeigeführten Nießbrauch auch von dem Standpunkte der Nationalökonomie aus als verwerflich anzusehen ist, beschritten, so würde ferner die Regelung des Verhältnisses der Nachfolgläubiger und der Gläubiger des Ueberlebenden kaum zu überwindende Schwierigkeiten bereitet haben. Den Gläubigern würde die Möglichkeit, durch Beschlagnahme des Erbnießbrauches die Abkömmlinge der Mittel zum Unterhalte zu be-

rauben, entzogen werden müssen. In dieser Richtung wären Vorschriften nicht zu entbehren, da es den Kindern an einem dinglichen Rechte auf die Einkünfte fehlen würde. Zudem würde die Umwandlung der elterlichen Nutznießung in den Erbnießbrauch, welcher anderen Grundsätzen untersteht, (vgl. §§ 1516 ff. mit §§ 980 ff.) schon deshalb erheblichen Bedenken unterliegen, weil das mit dem Nießbrauche des Elterntheiles belastete Vermögen der Abkömmlinge für die Schulden des Abkömmlinges haftet, diese Haftung aber gegenüber dem mit dem Erbnießbrauche belasteten Vermögen nicht ohne Weiteres fortdauern würde. Von hervorragendem Gewichte ist endlich die Ausführung in der sondersh. B. v. 25. Sept. 1830 über die Gründe, aus welchen das bisher dort geltende Recht, welches einen solchen Erbnießbrauch kannte, geändert worden ist. Außer diesen Gründen sind schließlich noch Mommsen's Mot. S. 166, 167 zu vergleichen.

Verfügung
des
Erbrechtes.

§. 370.

Gerade.
Nistel.
Morgengabe
u. v.

Ebenso wenig würde es sich rechtfertigen lassen, mit einigen geltenden Rechten (Stobbe § 294 Anm. 2a, 3; auch nach mähr. Provinzialrechte in einem gewissen Sinne; Roth § 355 Anm. 1 ff.) dem Ueberlebenden jedes Erbrecht zu versagen. Selbst dann, wenn in der Ehe Gütertrennung bestand, spricht hiergegen das Wesen des ehelichen Verhältnisses, wie kurze Zeit auch die Ehe gedauert haben mag. — Nur dem dürftigen Ehegatten ein Erbrecht zuzubilligen (Windscheid § 574; Roth § 355 Anm. 8 ff.; Stobbe § 294 Anm. 4, 5), würde der Würde und der Bedeutung der Ehe nicht entsprechen, zumal wenn Abkömmlinge aus der Ehe vorhanden sind. Noch weniger kann es gerechtfertigt sein, ausschließlich der Wittve ein Erbrecht beizulegen; selbst das gemeine Recht giebt nach der herrschenden Ansicht, nachdem das in Nov. 53 c. 6 beiden Gatten gewährte Recht in der Nov. 177 c. 5 wieder eingeschränkt ist, | beiden Gatten ein Erbrecht, wenn auch nur hinter den successionsberechtigten Verwandten (Windscheid § 570 Anm. 2; Roth § 355 Anm. 1 ff.; Brinz § 383; Stobbe § 294 I).

Ueber die Institute der Gerade und Nistel hat der Entw. auch bei dem Ehegattenerbrechte besondere Vorschriften nicht aufgenommen (vgl. S. 360); ebenso schweigt er über die Morgengabe, das Witthum (Gegenvermächtniß, Leibgedinge), die Widerlage, den Mußtheil und den Erbschatz sowie das Ehevermächtniß. Vgl. Stobbe § 234, und ferner wegen der Morgengabe ALR. II 1 § 207; öst. GB. § 1232; bayer. LR. I 6 § 16; wegen des Witthumes ALR. II 1 §§ 456 ff.; öst. GB. § 1242; sächs. GB. § 1705; bayer. LR. I 6 § 15 (nur für adelige Wittwen); wegen der Widerlage ALR. II 1 §§ 456, 459, 461; öst. GB. §§ 1230, 1231; bayer. LR. I 6 § 14; wegen des Erbschatzes ALR. II 1 §§ 276—308; wegen des Ehevermächtnisses ALR. II 1 §§ 452 bis 455. Vgl. weiter lüneb. PolizD. v. 1618 Kap. 24; brem. Ritterrecht Tit. 6 § 3, Tit. 7 § 4, Tit. 8 (Mußtheil).

Nichtige,
angefochtene
Ehe.

Für den Fall, daß die Ehe nichtig oder anfechtbar war, bewendet es bei den Vorschriften des Familienrechtes und den Folgen dieser Vorschriften. — Eine Ehe, bei deren Schließung ein wesentlicher Formmangel untergelaufen ist, ist nach den §§ 1250, 1252 ohne Weiteres nichtig. Von einem gegenseitigen Erbrechte der Ehegatten kann daher keine Rede sein. Ist eine Ehe zwar in gehöriger Form geschlossen, aber nichtig oder anfechtbar, so wird es, wenn die Ehe für ungültig erklärt ist, nach § 1252 Abs. 2 und § 1260 Abs. 2 so angesehen, als sei die Ehe nicht geschlossen worden. Nach erfolgter Ungültigkeitserklärung kommt also ein Erbrecht nicht in Frage. Das Gleiche gilt nach denselben Vorschriften, wenn eine in gehöriger Form geschlossene, aber ungültige Ehe, ohne daß es zur Ungültigkeitserklärung gekommen ist, aufgelöst wird, und zwar bei der nichtigen Ehe schlechthin, bei der anfechtbaren Ehe dann, wenn die Anfechtung vor der Auflösung erfolgt ist. Nach § 1258 ist es in dieser Beziehung unerheblich, ob die Gatten oder einer derselben sich in gutem Glauben befunden haben (vgl. Mot. 4 S. 67); anders zB. sächs. GB. §§ 2054, 2055; Code 201, 202; bayer. LR. I 6 § 44; auch der heß. Entw. nach seinen Mot. S. 30, 31.

Ehescheidung.

§. 371.

Wieder-
heirath nach
einer Todes-
erklärung.

Ebenso sind besondere Vorschriften für den Fall der Ehescheidung nicht aufgenommen. Nach § 1452 tritt die Auflösung der Ehe erst mit der Rechtskraft des Scheidungsurtheiles ein. Ein geschiedener Ehegatte ist kein Ehegatte mehr und kann daher auch als solcher nicht mehr erben. Wegen die Auffassung des öst. GB. § 759, welches erfordert, daß der Ehegatte für schuldig erklärt sei, vgl. Mommsen's Mot. S. 170. Jeden Zweifel darüber, ob das Erbrecht schon vor der Rechtskraft des Scheidungsurtheiles entzogen sei (ALR. II 1 § 827; sächs. GB. § 2055; Mommsen § 44 Abs. 2), schließt der § 1452 aus; vgl. Mot. 4 S. 610. Den Verlust des Erbrechtes | schon mit Anstellung der Scheidungsklage eintreten zu lassen (vgl. die thüring. Erbgesetze), läßt sich nicht rechtfertigen. Wenn darauf hingewiesen werden möchte (Mommsen's Mot. S. 170), daß der Bruch mit Anstellung der Klage für unheilbar erklärt sei, so erscheint dieser Grund nicht durchgreifend. Die Erfahrung lehrt, daß sehr häufig Scheidungsklagen zurückgenommen werden, sowie daß ein Vergleich, nach welchem von der Scheidung abgesehen wird, nicht selten sogar nach stattgehabter Verhandlung geschlossen wird.

Endlich kann noch vorkommen, daß nach erfolgter Todeserklärung eines Gatten vom anderen eine neue Ehe geschlossen und damit die frühere Ehe aufgehoben wird (§ 1464). Auch in diesem Falle entfällt selbstverständlich das Erbrecht des Ehegatten mit der Auflösung der Ehe.

Im Falle der beerbten Ehe lassen einige Rechte den Gatten zur Hälfte, andere zu $\frac{1}{3}$, wieder andere zu $\frac{1}{4}$ erben (vgl. Zusammenstellungen bei Gerber § 255 Anm. 7; für Bayern Noth § 355 Anm. 31 ff.). Der nächstliegende Maßstab scheint ein Kindesheil zu sein. Hiergegen spricht, daß der Erbtheil durch die größere Zahl der Kinder gemindert wird; die Fruchtbarkeit der Ehe kann dadurch gefährdet werden. Möglich ist die Feststellung eines Mindestbruchtheiles. So regeln das ALR. II 1 §§ 623 ff., das öst. GB. § 757 und der hess. Entw. 34. Indessen erscheint die Bemessung der Zahl eine willkürliche. Auch sind die Ergebnisse bei Berücksichtigung des Umstandes, daß dieser Ehegatte eigene Kinder schon haben kann, nicht immer angemessene. Es wäre z. B. kaum angemessen, daß, wenn nur ein Kind vorhanden ist, der Ehemann die Hälfte erbt und diese Hälfte zum größeren Theile auf seine einseitigen Kinder vererbt. Deshalb verdient der feste Bruchtheil von $\frac{1}{4}$ (vgl. sächs. GB. § 2049; Mommsen § 41, dessen Mot. S. 166) den Vorzug. — Mit dem sächs. GB. § 2051 und Mommsen § 41 Abs. 2 (dessen Mot. S. 167, 168) etwas Besonderes für den Fall zu bestimmen, daß die verstorbene Frau nur Kinder hinterlassen hat, welche sie während der mit dem sie überlebenden Manne bestehenden Ehe im Ehebruche empfangen hat, ist nicht für angemessen erachtet. Dafür läßt sich geltend machen, die Frau dürfe durch eine unerlaubte Handlung den Erbtheil (oder wenigstens den Pflichttheil) des Mannes nicht schmälern. Allein hiergegen spricht schon der im Familienrechte für durchgreifend erachtete Grundsatz, ein solches Kind nicht unter dem Vergehen der Mutter leiden zu lassen. Dazu kommt, daß in dem in Rede stehenden Falle eine Rücksichtnahme auf den Mann nicht gerechtfertigt erscheint. Führt der Mann in diesem Falle die Scheidung nicht herbei, so muß er hinnehmen, daß sein Erbtheil sich mindert. Wird in Betracht gezogen, daß er dazu vielleicht nicht mehr im Stande war, so kann er dennoch nicht für beschwert erachtet werden, da, wenn die Scheidung erfolgt wäre, ihm ein Erbrecht nicht zustehen würde.

Beerbte Ehe.

Von der Frau im Ehebruche erzeugte Kinder.

Für den Fall der unbeerbten Ehe ist das geltende Recht sehr verschieden. Einige Rechte lassen den Ehegatten ausschließlich erben, jedoch unter | verschiedener Begrenzung des Ausschusses der Verwandten, z. B. wenn erbberechtigter Verwandter bis zum 6. Grade nicht vorhanden sind (ALR. II 1 §§ 621, 622), wenn Abkömmlinge, Ascendenten, Geschwister und deren Abkömmlinge nicht vorhanden sind (sächs. GB. § 2053 und die meisten thüring. Rechte vgl. Mommsen § 42 Abs. 2; hess. Entw. 35; Noth § 355 Anm. 48). Das gemeine Recht, der Code, das öst. GB., das bayer. LR., das württ. Recht, das mähr. Provinzialrecht und andere Rechte schließen die Verwandten niemals völlig aus. Der Entw. folgt dem in Deutschland überwiegend geltenden Rechte, wenn er sich den ersteren Rechten im Wesentlichen anschließt. Schwierig ist die Entscheidung, an welcher Stelle abzuschneiden ist, und welcher Bruchtheil dem Gatten neben Verwandten zuzuwenden ist. Der Entw. schließt mit der 2. Parentel ab und zieht aus der 3. Parentel nur die Großeltern noch in Betracht. Er kommt mit dieser Entscheidung dem sächs. GB. und den ihm sich anschließenden Rechten nahe. Für die Zwischenstufe mit dem ALR. II 1 §§ 625/6 noch zu scheiden ($\frac{1}{3}$ bz. $\frac{1}{2}$) kann nicht für angemessen erachtet werden. Die einfachere Regelung des sächs. GB. § 2053 verdient den Vorzug. So bestimmen auch das säch. G. v. 1862, die oldenb. G. v. 1873 und 1879, das württ. Recht (Stein § 39). Die Großeltern ganz auszuschließen, würde dem überwiegend geltenden Rechte widersprechen und in nicht seltenen Fällen zu Härten führen. Dagegen besteht kein Anlaß, von der Trennung in der dritten Linie abzugehen, da schon der § 1968 eine Trennung in dieser Linie mit sich bringt. Die Ausdehnung auf die übrigen Verwandten der dritten Linie würde zu weit führen.

Unbeerbte Ehe. | S. 372.

Daß der überlebende Gatte zugleich auch als Verwandter erbt, wenn er als solcher zur gesetzlichen Erbfolge berechtigt ist (Abs. 2), entspricht dem § 1967. Den Satz auszusprechen (sächs. GB. § 2056; Mommsen § 45 nebst Mot. S. 171), ist rathsam, um Zweifel abzuschneiden. Beigelegt ist auch hier (vgl. § 1967) mit Rücksicht auf § 2037, daß in solchem Falle der dem Gatten als solchem und der ihm als einem Verwandten anfallende Erbtheil als besondere Erbtheile gelten (vgl. S. 363).

Gatte, der zugleich Verwandter ist.

Dem Überlebenden, welcher neben einem Verwandten der zweiten Linie oder neben einem Großelterntheile zur Erbfolge gelangt, gewährt der Entw. (Abs. 3) außer dem Erbtheile einen näher bezeichneten Voraus. Ein solcher Voraus findet sich häufiger im geltenden Rechte, so im ALR. II 1 §§ 628—630, im bayer. LR. I 6 §§ 36, 37, im württ. Rechte (Stein §§ 224—231) und in vielen Rechten beschränkten Geltungsgebietes; vgl. säch. G. v. 1862 Art. 2 Abs. 2; sonderh. SuccD. §§ 119—123; hamb. Recht nach Baumeister § 104; viele ältere Rechte, zum Theile auch im Mecklenburgischen, v. Kampff § 199 X. — Gegen das Institut kann eingewendet werden (Mommsen's Mot. S. 169), daß es leicht zu Streitigkeiten führen werde. Das Gewicht dieses Grundes, dem noch weitere Gründe angereicht werden könnten, ist nicht zu verkennen; insbes. ist nicht zu leugnen, daß das Institut an gewissen Unklarheiten | leidet. Allein im Leben gestaltet die Sachlage sich einfacher; es wird nicht so schwierig sein, festzustellen, was zum Voraus gehört, wie es vom theoretischen Standpunkte aus den Anschein haben kann. Der Entw. gewährt den Voraus nicht

Voraus des Ehegatten.

| S. 373.

gegenüber Abkömmlingen. Diesen gegenüber würde allerdings die Belastung des Nachlasses durch das feste Viertel und den Voraus zu groß erscheinen. Auch nehmen die Kinder — nicht die übrigen Verwandten — schon bei Lebzeiten des Erblassers an der Benutzung des Voraus Anteil. Solange die Abkömmlinge minderjährig sind, bleibt wenigstens in der Regel der Gatte im Besitze des Nachlasses; in anderen Fällen wird, wie die Erfahrung lehrt, der Gegenstand des Voraus dem Gatten unentgeltlich oder gegen eine mäßige Taxe zumeist überlassen. Sobald aber andere (entfernere) Verwandte als Abkömmlinge neben dem Ehegatten zur Erbfolge gelangen, kann der Voraus sich als sehr zweckmäßig erscheinen, insbes. in den zahlreichen Fällen, in welchen etwas Weiteres nicht vorhanden oder hinterlassen ist, als ein geringfügiges, aber für den Ueberlebenden sehr werthvolles Hausinventar. Alsdann fällt jeder Grund zu Streitigkeiten weg. Andererseits wäre es sehr hart, den Ueberlebenden in solchen Fällen zur Herausgabe selbst vielleicht des einzigen Bettes und der unentbehrlichsten Haushaltungsgegenstände oder zu deren für ihn oft unausführbarem Erwerb von den Miterben zu nötigen.

Gegenstand
des Voraus.

Als Gegenstand des Voraus wird bezeichnet außer den Hochzeitsgeschenken das zum Nachlasse gehörende Hausinventar, welches die Gatten im gewöhnlichen Gebrauche gehabt haben, mit Ausnahme der Gegenstände, welche Zubehör eines Grundstückes sind. Die Hochzeitsgeschenke mit zu erwähnen, kann entbehrlich erscheinen. Aber gerade darüber bestehen nicht selten Zweifel, ob diese Geschenke als beiden Gatten gemacht anzusehen sind. Jedenfalls sollen sie der Regel nach beiden Gatten zu Statten kommen. Gerechtfertigt ist wohl auch die Annahme, daß es dem Sinne der Geber zumeist mehr entspricht, daß der Ueberlebende die Hochzeitsgeschenke erhält, soweit sie ihm nicht schon an sich gebühren, als daß sie zum Theile in die Hände der Verwandten der zweiten Linie oder der Großeltern gelangen. Die ausdrückliche Erwähnung derselben beseitigt den Zweifel, mindestens gegenüber den Miterben, ob die Geschenke beiden Eheleuten gemeinsam oder nur dem einen oder anderen Gatten gemacht sind, sowie ob die Geschenke zu dem an sich den Gegenstand des Voraus bildenden Hausinventar gehören oder nicht gehören. Ueber die Bedeutung und Tragweite der Hochzeitsgeschenke ist ein erheblicher Zweifel nur in seltenen Fällen möglich, da der Begriff ein hinreichend greifbarer und dem Sprachgebrauche des Lebens geläufig ist. — Im Uebrigen würde eine feste Begrenzung des Begriffes des Voraus nur dadurch zu erzielen sein, daß alle einzelnen möglicher Weise in Betracht kommenden Gegenstände aufgezählt werden. Darauf muß selbstverständlich verzichtet werden. Unter diesen Umständen ist die Umschreibung, welche der Entw. gewählt hat, den sonst etwa noch in Betracht kommenden vorzuziehen, insbes. folgenden: „diejenigen beweglichen Sachen, welche der eine oder andere Ehegatte im gewöhnlichen Gebrauche gehabt hat“ oder „diejenigen beweglichen Sachen, welche zum persönlichen Gebrauche entweder ausschließlich des Ueberlebenden oder gemeinsam der beiden Ehegatten gedient haben“. Das „Zubehör einer Berechtigung“ als ausgenommen zu bezeichnen, ist nicht erforderlich, da nur eine Berechtigung der im § 781 Abs. 2 bezeichneten Art in Frage kommen könnte, eine solche Berechtigung aber vom Entw. den Grundstücken gleichgestellt ist.

§. 374.

Bedeutung
des Voraus
gegenüber den
Nachlass-
gläubigern.

Der Schlusssatz regelt, indem auf den Voraus die für Vermächtnisse geltenden Grundsätze für entsprechend anwendbar erklärt werden, die Stellung gegenüber den Nachlassgläubigern. Einen Vorzug dieses Voraus vor anderen Vermächtnissen zu bestimmen (WR. II 1 § 630), erscheint nicht rathsam. Zwar läßt sich dafür anführen, daß dies dem § 1987 Satz 2 entsprechen würde; denn, wenn nicht einmal die Eltern wegen Verletzung ihres Pflichttheiles eine Abminderung des Voraus zu fordern berechtigt sind, so könnte es angemessen erscheinen, daß die Abminderung auch nicht deshalb beansprucht werden kann, weil die Erbschaft nicht mehr zur Befriedigung der Vermächtnißnehmer ausreicht. Allein nach § 1975 Abs. 2 hat der Voraus nicht den Charakter eines Pflichttheiles. Der Erblasser ist daher befugt, den Voraus zu entziehen. Dies geschieht unmittelbar, indem er über die zum Voraus gehörenden Gegenstände verfügt, mittelbar, indem er so viel Vermächtnisse anordnet, daß der Voraus in Mitleidenschaft gezogen wird. Zudem würde eine Vorschrift, welche dem Voraus den Vorzug vor anderen Vermächtnissen einräumt, eine anomale sein und zu eigenartigen Verwickelungen führen. Die Verwickelungen würden sich noch häufen, wenn, wie in Frage kommen kann, dem Ueberlebenden das Recht beigelegt würde, die übrigen Vermächtnißnehmer durch Einspruch am Zugriffe auf Gegenstände des Voraus zu hindern. Endlich bleibt zu berücksichtigen, daß in den Fällen, in welchen der Voraus nach dem zuvor Ausgeführten aus praktischen Rücksichten eine besondere Bedeutung hat, äußerst selten Vermächtnisse, welche die Kräfte des übrigen Nachlasses übersteigen, angeordnet werden. Hiernach ist für unbedenklich erachtet, es bei den Folgen zu belassen, welche sich aus der Natur des Voraus als eines gesetzlichen Vermächtnisses ergeben.

Wegfall der
Ansprüche
und Gegen-
ansprüche der
Gatten.

Daß im Falle der Annahme des Voraus alle Ansprüche und Gegenansprüche zwischen dem Ueberlebenden und den Erben wegfallen, welche sich auf Hochzeitsgeschenke oder die zum Voraus gehörenden Haushaltungsgegenstände beziehen, oder daß der Ueberlebende, wenn er den Voraus nicht ausschlägt, die ihm gegen den Erblasser zustehenden Ansprüche, welche sich auf seine im ge-

wöhnlichen häuslichen Gebrauche befindlichen Sachen beziehen, nicht geltend machen könne, ist nicht bestimmt. Die erstere Vorschrift ist kasuistisch und nicht frei von Dunkelheiten. Der Versuch, die Dunkelheiten zu beseitigen, würde die Vorschrift noch verwickelter machen. Die letztere Vorschrift würde schon insofern bedenklich sein, als sie die überlebende Frau ungünstiger stellte, wie den überlebenden Mann, da der Mann seine Verwendungsansprüche behielte, die Frau dagegen ihre Ansprüche wegen mangelhafter Verwaltung des Ehegutes verlore. Derartige Vorschriften würden jedenfalls gegenüber den Vorschriften des 4. Buches einen regelwidrigen Charakter haben und schon deshalb nicht angemessen sein. | S. 375.

§ 1972 (II 1815, 1830, 2209, 2211, B. 1916, 1931, 2318, 2320, R. 1914, 1929, 2317, 2319, G. 1938, 1953, 2344, 2346).

Das geltende Recht spricht zumeist auch bei der gesetzlichen Erbfolge von Anwachsung (Windscheid § 604 Nr. 2; Brinz § 391 S. 175; Roth § 378 IV; Code 786 — nur bei der Ausschlagung —; für württ. Recht Stein §§ 123, 125; Mommsen § 240 mit § 33). Das sächs. GB. handelt dagegen von der Zuwachsung (§§ 2269—2275) unter der Ueberschrift „Anwachungsrecht unter eingesezten Miterben“, der hess. Entw. 134 im Abschnitte „Erbeseinsetzung, das öst. GB. (§§ 560—563) im Hauptstücke von „Testamenten“ (vgl. jedoch Unger § 38 a. E.). Auch das W.N. redet von dem Rechte des Zuwachses nur im Titel von den Testamenten (I 12 §§ 281 ff.). — Der Entw. hat keinen Anlaß, in Ansehung der gesetzlichen Erbfolge ausdrücklich von Anwachsung zu sprechen; der § 1972 macht dies entbehrlich.

IV. Allgemeine Grundzüge. Anwachsung.

Stirbt einer der mehreren gesetzlichen Erben vor dem Erballe, so erledigt sich die Frage nach der Anwachsung gegenüber dem § 1964 Abs. 1 von selbst. Nur die zur Zeit des Erballes vorhandenen gesetzlichen Erben sind berufen; sie erben kraft der allgemeinen Rechtsregel und kraft eigenen Rechtes.

Tod eines Erben vor dem Erballe.

Der zur Zeit des Erballes vorhandene gesetzliche Erbe kann aber als Erbe wegsfallen, wenn er durch letztwillige Verfügung des Erblassers oder durch Erbverzicht ausgeschlossen ist oder die Erbschaft ausschlägt oder für erbunwürdig erklärt ist. Für alle diese Fälle wird bestimmt, daß der gesetzliche Erbe in Ansehung der gesetzlichen Erbfolge als vor dem Erballe gestorben anzusehen ist. Die Fälle sind wesentlich verschieden von dem erst erwähnten Falle, welcher durch § 1964 Abs. 1 getroffen wird. Das geltende Recht beurtheilt auch diese Fälle zum Theile anders. Der Entw. stellt jedoch diese Fälle unter sich gleich und bestimmt für alle diese Fälle eine successio gradus (echte und unechte) und successio ordinis. Die völlige Gleichstellung bewirkt, daß Abkömmlinge des Wegfallenden, welche erst nach dem Erballe empfangen sind, gemäß § 1964 von der Erbfolge ausgeschlossen bleiben. — In der ersten Linie kommt vor Allem der Fall in Betracht, daß der Abkömmling, welcher zunächst zur Erbfolge gelangen würde, ausschlägt. Für diesen Fall gelangen im Wesentlichen zu dem gleichen Ergebnisse wie der Entw. das gemeine Recht (Windscheid § 595 Anm. 9; Roth § 363 Anm. 32—34; Schirmer, röm. ErbR. S. 264 ff.), wenn ein suns eintreten soll (für die Fälle, in welchen durch Antretung zu erwerben ist, fehlt es im gemeinen Rechte an Vorschriften, weil alle Descendenten Notherven sind), das W.N. II 2 § 352 (vgl. hiergegen Gesetzrevisor S. 298, Koch's Komm. Anm. 37; gegen diese Gruchot III S. 60; Dernburg § 189 Anm. 9, 13, Eccius § 260 Anm. 5), das sächs. GB. § 2030, 2261, die meisten thüring. Erbgesetze und mehrere Entw. (Mommsen § 33; hess. Entw. 14). Abweichend läßt das öst. GB. § 732 (vgl. Unger § 33 Anm. 2, der deshalb das öst. GB. tadelt) die Abkömmlinge durch den ausschlagenden Elternteil ausgeschlossen werden, ebenso der Code 786 ff. mit 744 (Zachariae § 613 Anm. 15) und das goth. ErbG. § 105. Die Härte, welche darin gefunden werden kann, daß der nach der Ausschlagung empfangene Abkömmling gemäß § 1964 ausgeschlossen ist, läßt sich als innerlich gerechtfertigt bezeichnen. Das Wesen des Erbrechtes bedingt (vgl. § 1758), daß der Erbe mit dem Erblasser wenigstens als nasciturus gleichzeitig vorhanden ist. Diese Annahme des entgegengesetzten Grundsatzes führt die Folge herbei, daß der Nachlaß oder doch ein Bruchtheil desselben eine Zeit lang ohne einen Erben ist. — Was in Ansehung der Ausschlagung bestimmt ist, wird auch von der Ausschließung durch Erbverzicht gelten müssen (vgl. §§ 2019, 2022, 1393).

Wegfall auf Grund der Ausschlagung usw.

| S. 376.

Erbverzicht.

Das Gleiche in Ansehung der Ausschließung von der Erbfolge durch den Erblasser anzunehmen, ist für angemessen erachtet. Die begründete Entziehung des Pflichttheiles beseitigt den Pflichtteilsanspruch (§§ 2000 ff.). Weshalb den Abkömmlingen desjenigen, welchem der Pflichttheil mit Grund entzogen ist, das gesetzliche Erbrecht nicht gewährt werden sollte, ist nicht abzusehen. Ist die Pflichttheilsentziehung nicht gerechtfertigt, so besteht der Pflichtteilsanspruch, dieser giebt jedoch nur ein Forderungsrecht (§§ 1975, 1976); der § 1983 sieht vor, daß nicht dem näheren und dem entfernteren Abkömmlinge zugleich ein Pflichtteilsanspruch zusteht; durch § 1995 ist gesorgt, daß dadurch den Miterben im Verhältnisse der Erben zu einander eine Verschwerung nicht erwächst. Für den Fall, daß der Pflichttheil einem Abkömmlinge theilweise entzogen ist, bedarf

Ausschließung durch den Erblasser.

es einer besonderen Vorschrift nicht, insbes. nicht dahin, daß in Ansehung des entzogenen Theiles die Abkömmlinge des Abkömmlinges an dessen Stelle treten. Die Folgen der theilweisen Pflichttheilsentziehung haben sich selbstverständlich entsprechend zu gestalten wie die Folgen der gänzlichen Entziehung (vgl. §§ 1983, 1989 Abs. 3).

Erb-
unwürdigkeit.

In Ansehung der Erbinwürdigkeit bestimmen diejenigen Rechte anders, welche und soweit sie die Unwürdigkeit zu Gunsten des Fiskus oder anderer bestimmter Personen wirken lassen (Windscheid §§ 669—672; Roth § 381 Anm. 2; bayer. LN. III 1 § 20; für württ. Recht Stein § 150, dazu aber zum Theile abweichend Wächter, Erört. zum G. v. 1839 S. 28 ff., sowie im civ. Arch. 23 S. 51 ff., uA.). Mit Rücksicht auf die §§ 2045 ff. besteht für den Entw. kein Anlaß, die Erbinwürdigkeit anders zu behandeln als die Ausschlagung.

§ 377.

| Der Fall, daß ein Abkömmling während der Ueberlegungsfrist gestorben ist, gehört nicht hierher; er ist im § 2028 geordnet. — Wann hiernach der Anfall an den entfernteren Abkömmling erfolgt, ergibt sich ohne Weiteres.

Nach der Art, wie im § 1966 in Ansehung der zweiten Linie geregelt ist, muß das Gleiche gelten, wenn diese Linie zur Erbfolge gelangt. Die Entscheidungsgründe beruhen nicht auf Verhältnissen, welche ausschließlich bei der Erbfolge der ersten Linie in Betracht kommen. Folgerichtig wird daher der allgemeine Grundsatz aufgestellt, in den bezeichneten Fällen habe der Weggefallene als vor dem Erblasser gestorben zu gelten. Der Entw. gelangt dadurch zu einer Fiktion; diese ist jedoch nur dazu bestimmt, in kurzer Fassung die Regel zum Ausdruck zu bringen, deren Geltung in den §§ 1995, 2023, 2042 Abs. 2 theils vorausgesetzt theils näher erläutert wird. Der hess. Entw. 354 Abs. 1, 355 Abs. 1 stellt die Fiktion ebenfalls auf in Ansehung der Ausschlagung und Unwürdigkeit; das sächs. GB. §§ 2278, 2599 und Mommsen § 13 Abs. 1, 497 Abs. 1 greifen zu der gleichen Fiktion für die Fälle der Unwürdigkeit und der Enterbung.

§ 1973 (II 1812, B. 1913, R. 1911, G. 1935).

Besonderer
Erbtheil.

Eine besondere Vorschrift ist erforderlich, durch welche die im § 1972 enthaltene Fiktion beschränkt wird, um zu verhindern, daß ein gesetzlicher Erbe, dessen Erbtheil sich in Folge des Wegfallens einer anderen Person erhöht, durch Vermächtnisse oder Auflagen, mit welchen der Wegfallende belastet war, überschwert wird oder daß eine Ueberschwerung auf Grund der den Wegfallenden treffenden Ausgleichungspflicht gemäß § 2160 eintritt. Der Ueberschwerung wird vorgebeugt, indem in Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen sowie der Ausgleichungspflicht der Bruchtheil der Erbschaft, um welchen der Erbtheil sich erhöht, als ein besonderer Erbtheil angesehen werden soll. Die Vorschrift wird hier angereicht, um zu verhindern, daß die Beschränkung der Fiktion des § 1972 übersehen werde. Das Gleiche wird bestimmt für den nahe verwandten Fall, daß ein solches Ergebnis deshalb eintritt, weil ein gesetzlicher Erbe des Erblassers vor dem letzteren gestorben ist. Wegen die Heranziehung des letzteren Falles läßt sich einwenden, daß in Folge des Versterbens eines gesetzlichen Erben vor dem Erblasser die übrigen gesetzlichen Erben kraft der allgemeinen Vorschrift des § 1964 zu demjenigen Bruchtheile erben, welcher sich für sie zur Zeit des Erbfalls ergibt. Allein, da gemäß § 1876 Abs. 1 und § 1886 Vermächtnisse und Auflagen durch den Tod des Beschwerten nicht unwirksam werden, würde es nicht angemessen sein, eine verschiedene rechtliche Beurtheilung eintreten zu lassen, je nachdem der Erblasser den mit Vermächtnissen und Auflagen beschwerten gesetzlichen Erben noch besonders als Erben eingesetzt oder diese Einsetzung als überflüssig unterlassen hat, weil der gesetzliche Erbe schon an sich Erbe wird.

§ 378.

| Die Vorschrift kann nicht als folgerichtig angesehen werden; sie trifft verhältnismäßig seltene Fälle. Der Grundsatz des § 1972 weist an sich auf eine abweichende Gestaltung hin. Für diese Vorschrift sprechen jedoch überwiegende Gründe der praktischen Zweckmäßigkeit, insbes. im Hinblick auf § 2037, nach welchem ein angewachsener Erbtheil nicht ausgeschlagen werden kann. Dies führt, auf die gesetzliche Erbfolge übertragen, dahin, daß der durch den Wegfall eines anderen gesetzlichen Erben umfanglich sich erweiternde Erbtheil als mitangenommen anzusehen ist. Diesen Rücksichten trägt auf dem Gebiete des Vermächtnisrechtes der § 1872 sowie auf dem Gebiete des Erwerbes aus einer letztwilligen Verfügung der § 1799 Rechnung. Dementsprechend ist bei der gesetzlichen Erbfolge zu bestimmen, daß in Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen der Bruchtheil der Erbschaft, um welchen in Folge des Wegfallens eines gesetzlichen Erben der Erbtheil des zur Erbfolge gelangenden gesetzlichen Erben sich erhöht, als ein besonderer Erbtheil anzusehen ist. Die Fassung trifft auch den Fall, daß der Erbtheil des wegfallenden Erben unbeschwert, dagegen der Erbtheil des zur Erbfolge gelangenden gesetzlichen Erben beschwert war.

Aus-
gleichungs-
pflicht.

Der Ausgleichungspflicht ist neben den Vermächtnissen und Auflagen gedacht, und zwar mit Rücksicht auf die Auffassung, welche dem § 2160 zu Grunde liegt. Nach dieser Auffassung erlischt die Verpflichtung aus der Ausgleichungspflicht eines Abkömmlinges nicht, wenn derselbe den Erblasser nicht überlebt oder die Erbschaft ausgeschlagen hat oder durch Verfügung des Erb-

lassers oder durch Erbverzicht von der Erbfolge ausgeschlossen oder für erbunwürdig erklärt ist, sondern geht in ähnlicher Weise wie die Verpflichtung aus einem Vorausvermächtnisse auf denjenigen Abkömmling über, welcher auf Grund der gesetzlichen Erbfolge an Stelle des Weggefallenen berufen ist. Sollen nicht Härten dadurch hervorgerufen werden, so muß vorgeesehen werden, daß der an die Stelle des Weggefallenen Tretende nicht in größerem Umfange haftet, als der Vortheil reicht, welchen der nummehr auch für diesen Erbtheil Berufene durch den Wegfall erlangt, oder mit anderen Worten, daß die Wirkung der Beschwerung auf denjenigen Erbtheil beschränkt bleibt, welcher nach dem von dem Gesetze durch Bestimmung der Ausgleichungspflicht zur Wirksamkeit gebrachten Willen des Erblassers ursprünglich beschwert werden sollte. Insbes. darf die Beschwerung nicht auch Bruchtheile der Erbschaft ergreifen, welche dem an die Stelle des Weggefallenen tretenden Abkömmlinge schon, unabhängig von diesem Eintritte an Stelle des Weggefallenen, anfallen.

§ 1974 (II 1813, 1819, 1842, 1885, B. 1914, 1920, 1944, 1988, R. 1912, 1918, 1942, 1986, G. 1936, 1942, 1966, 2011).

In Ermangelung anderer Erben ist der Fiskus Erbe (Abs. 1). Die ältere Ansicht, welche den Fiskus als Okkupanten aus dem Gesichtspunkte seines politischen Hoheitsrechtes betrachtete (Stobbe § 297 Anm. 20), ist jetzt allgemein verlassen, auch wohl zweifellos unrichtig und überdies unzweckmäßig, weil sie den Fiskus auf das in seinem Staatsgebiete vorhandene Vermögen beschränkt. Eine für das gemeine Recht vertretene Ansicht (Windscheid § 622 Anm. 1) erklärt den Fiskus für berechtigt auf den Uberschuß des Nachlasses, welcher nach Tilgung der Schulden, Erbschaftslasten und Vermächtnisse verbleibt. Hiermit stimmen andere Rechte mit der Maßgabe überein, daß eine Nachlassauseinanderlegung von Amtswegen zu erfolgen hat und daß der Fiskus in keinem Falle über den Betrag des Empfangenen hinaus haftet (Unger § 90, besonders Anm. 9, 11; Code 812—814; für württ. Recht Stein §§ 6, 41; Esmarck § 89; brem. Recht nach Post § 199 S. 241; Mommsen § 526; hess. Entw. 40, 363 nebst Mot. S. 206). — Für die Mehrzahl der neueren Rechte wird hingegen die Ansicht vertreten, der Fiskus sei Erbe, so insbes. für das *RR.* II 16 § 25 (streitig, vgl. Bornemann *Vd.* 6 S. 282 Anm. 1; Gruchot 3 S. 395; aber anerkannt im *ObDrib.* 7 S. 155, in der *Entsch.* 8 S. 243; vgl. Dernburg § 194 Anm. 13, *Eccius* § 263 Anm. 11), für das *bayer. RR.* III 12 § 5 Nr. 1, das *sächs. GB.* § 2620 und die meisten *thüring. Erbgesetze* (Stobbe § 297 S. 165). — Für die Entscheidung des Entw. ist besonders maßgebend, daß die Gestaltung eines Rechtes auf den Uberschuß Unklarheiten schafft. Darnach bleibt zB. zweifelhaft, ob und wie der Fiskus zu solchen zum Nachlasse gehörenden Vermögensgegenständen zu gelangen vermag, welche erst nach der Regelung des Nachlasses und der Ausantwortung des Uberschusses an den Fiskus ermittelt werden.

V. Erbrecht
des Fiskus.
| S. 379.

Erforderlich ist die Entscheidung, welcher Bundesstaat bz. welcher Fiskus Erbe sein soll. Die im Deutschen Reiche bestehenden staatsrechtlichen Verhältnisse lassen es geboten erscheinen, den Fiskus desjenigen Bundesstaates für den Erben zu erklären (Abs. 1), welchem der Erblasser zuletzt angehört hat (Stobbe § 297 S. 165). Den Wohnsitz für maßgebend zu erachten, würde vielfach zu unbilligen Ergebnissen führen. In Ansehung des Reichslandes Elsaß-Lothringen bedarf es hier einer besonderen Vorschrift nicht; für das *GG.* ist die Vorschrift in Aussicht genommen, im Sinne des *BGB.* gelte auch das Reichsland als Bundesstaat. Die Frage, welcher Staat berechtigt ist, falls der Erblasser mehreren Staaten angehört, ist nicht an dieser Stelle zu beantworten; sie hat eine weitere Tragweite. Aus diesem Grunde kann auch nicht bestimmt werden, daß in Ansehung der unbeweglichen Sachen die Landesgesetze des Ortes entscheiden, an welchem die Sachen gelegen sind (Mot. 1 S. 112), ganz abgesehen davon, daß der Entw. damit den Grundsatz der Gesamterbschaftsnachfolge (§ 1749) verlassen würde.

Fiskus eines
Bundes-
staates.

Abweichend von der für das *RR.* vertretenen Auffassung (*Eccius* § 263 Anm. 13; *Dernburg* § 194 Anm. 15), wird dem Fiskus das Recht, die Erbschaft auszuschlagen, versagt (Abs. 2). Dies ist geboten im Interesse der Rechtssicherheit im Allgemeinen und namentlich mit Rücksicht auf die Nachlassgläubiger, welche bei dem in Folge der Ausschlagung eintretenden Zugriffe eines Jeden um ihre Rechte kommen würden.

Aus-
schlagung.
| S. 380.

Der Fiskus erwirbt also die Erbschaft endgültig mit dem Erballe. Die gefährlichen Folgen, welche sich daraus für den Fiskus ergeben könnten, werden schon dadurch wesentlich abgeschwächt, daß nach den §§ 2058 ff. das Nachlassgericht dann, wenn der Erbe unbekannt ist, von Amtswegen einzuschreiten, einen Nachlasspfleger zu bestellen und die Erben aufzurufen hat. Allein der hierin liegende Schutz genügt nicht, zumal das Nachlassgericht in manchen Fällen nicht einschreiten wird, theils weil der Erbfall nicht zu seiner Kenntniß gelangt, theils weil erst später sich herausstellen kann, daß ein anderer Erbe als der Fiskus nicht vorhanden ist. Deshalb wird dem Fiskus noch ein weiterer Schutz gewährt, und zwar einmal, indem dem Fiskus stets das Inventarrecht gesichert wird (Abs. 3). — Diese Sicherung kann insofern entbehrlich erscheinen, als nach dem Entw. (vgl.

Schutz des
Fiskus.

§§ 2092 ff.) jeder Erbe Inventarerbe ist. Aber der Erbe kann das Inventarerbe verlieren, abgesehen von dem hier in Betracht kommenden Verzicht (§ 2094), dadurch, daß er die ihm auf Antrag eines Nachlaßgläubigers gesetzte Frist verstreichen läßt (§ 2095) und dadurch, daß das Recht gegenüber einem Nachlaßgläubiger im Rechtsstreite nicht geltend gemacht oder im Urtheile nicht vorbehalten ist (§ 2108). Die Möglichkeit des Verlustes durch Verschweigen von Nachlaßgegenständen (§ 2106) kommt hier ebensowenig in Frage wie der Verlust durch Nichtleistung des Offenbarungseides (§ 2142). Demgemäß ist bestimmt, daß dem Fiskus eine Inventarfrist nicht gesetzt werden kann und daß der Verlust des Inventarrechtes für den Fiskus auch dann nicht eintritt, wenn das Inventarrecht im Prozesse nicht geltend gemacht oder im Urtheile nicht vorbehalten ist (Abs. 3).

Daß sodann der Fiskus ein Recht als Erbe nicht geltend machen kann und daß gegen ihn als Erben ein Recht nicht geltend gemacht werden kann, bevor nicht vom Nachlaßgerichte festgestellt ist, daß andere Erben nicht vorhanden sind (Abs. 5), schützt den Fiskus gegen die sofortige Inanspruchnahme seitens der Nachlaßgläubiger. Die Vorschrift ist aber auch erforderlich, um den §§ 2058 ff. Raum zu lassen; sie bringt zum Ausdruck, daß der Fiskus den Nachlaß nicht mit Umgehung des Nachlaßgerichtes und nicht bevor das Nachlaßgericht festgestellt hat, daß andere Erben nicht vorhanden sind, an sich ziehen darf. In Deutschland ist von jeher Rechtsens gewesen, daß es Sache der Gerichte ist, sich mit Verlassenschaften, zu welchen der Erbe nicht bekannt ist, zu befassen, den Nachlaß in einstweilige Obhut zu nehmen und für die Ermittlung der Erben Sorge zu tragen. Erst dann, wenn das Nichtvorhandensein anderer Erben festgestellt ist, schreitet die fiskalische Behörde ein. Hiervon abzuweichen, fehlt es an genügenden Gründen (vergl. § 2058).

[§. 381. Hiernach wird in der Regel ein Inventar vom Nachlaßpfleger bereits | errichtet sein, bevor die Erbschaft an den Fiskus gelangt. Um so unbedenklicher ist der Abs. 3.

Anstufungs-
pflicht.

Zum Zwangsvollstreckungsverfahren muß sich der Fiskus, wie jeder andere Erbe, auf das Inventarrecht berufen (§ 696 CPO. und § 2143), da anderenfalls eine Zwangsvollstreckung mit irgend welcher Sicherheit nicht möglich sein würde. Dieser letztere Umstand läßt es angemessen erscheinen, den Fiskus gegenüber den Nachlaßgläubigern zu verpflichten, über den Bestand des Nachlasses Auskunft zu geben (Abs. 4). Dem Fiskus diese Verpflichtung aufzuerlegen, erscheint mit Rücksicht auf die Vorschrift des Abs. 5 um so weniger bedenklich, als regelmäßig die Ausfolgung des Nachlasses auf Grund eines von dem Nachlaßpfleger errichteten Inventares stattfinden wird.

Konkurs.

Daß dem Fiskus als Inventarerben nach § 2114 die Verpflichtung obliegt, die Nachlaßgläubiger verhältnißmäßig zu befriedigen, kann nicht Anstoß erregen, zumal ihm unbenommen bleibt, sich durch Herbeiführung des erbchaftlichen Gläubigeraufgebotes (§ 2120 ff.) diese Verpflichtung wesentlich zu erleichtern. Ist der Nachlaß wirklich überschuldet, so kann jederzeit die Eröffnung des Nachlaßkonkurses vom Fiskus beantragt werden. Zu bestimmen, daß in solchem Falle die §§ 99, 190 KonkO. nicht anwendbar seien, besteht kein Bedürfnis. — Die Regelung des Entw. bietet uA. den Vorzug, daß sie es entbehrlich macht, in allen Fällen, also auch dann, wenn der Nachlaß zweifellos nicht überschuldet oder nicht zahlungsunfähig ist, den Nachlaßkonkurs von Amts wegen zu eröffnen, wie es geschehen müßte, wenn dem Fiskus nur der Reinüberschuß ausgehändigt werden sollte. Entgegen dem § 203 KonkO. die Konkursöffnung vorzuschreiben, wenn Ueberschuldung nicht vorliegt, und entgegen dem § 95 daselbst ein Konkursverfahren zuzulassen, welches ohne Antrag eröffnet wird, kann für angemessen nicht erachtet werden. Die theilweise Abweichung von diesen Grundsätzen der KonkO. im § 2150 giebt jedenfalls keinen Anlaß, die Grundsätze auch hier preiszugeben. Dazu kommt, daß die Vorschriften des materiellen Konkursrechtes zu einem nicht geringen Theile (vgl. §§ 15—21, 56 Nr. 1 und 2, 58, 63, 160 ff. KonkO.) lediglich für den Fall der Ueberschuldung berechnet und berechtigt sind und daß deren Uebertragung auf die Behandlung eines nichtüberschuldeten Nachlasses zu den erheblichsten Unzuträglichkeiten führen würde. — Aus diesen Gründen kann dem Fiskus auch nicht die Befugniß beigelegt werden, die Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß dann zu beantragen, wenn der Nachlaß nicht überschuldet ist.

[§. 382.

| 2. Titel: Pflichttheil.

Die Erweiterung der Testirfreiheit gegenüber dem geltenden Rechte in dem Sinne, daß das Pflichttheilsrecht völlig beseitigt wird, ist bereits S. 7 abgelehnt. Ueber Aufhebung des Pflichttheilsrechtes haben neuerlich Verhandlungen auf dem 14. Juristentage stattgefunden; vgl. die Gutachten von Bruns (Verh. 1878 S. 72) und Meyersburg (das. S. 52), dazu Braun (preuß. Jahrb. 42 S. 278—302); ferner zu allen diesen Schulzenstein (Gruchot 23 S. 661). Wie vom Juristentage auf den Gedanken einer Beseitigung des Pflichttheilsrechtes nicht eingegangen ist, so kann auch hier die Aufhebung nicht bestimmt werden. Vom Standpunkte der Sozialpolitik aus ist die Frage nicht spruchreif. Die Hauptaufgabe des Entw. besteht darin, einheitliches Recht für

Deutschland herzustellen. Das Recht, welches durchweg in Geltung ist, kann nur beseitigt werden, soweit ganz überwiegende Gründe die Beseitigung erfordern. Die Grundauffassung, von der der Entw. ausgeht, kommt bei den §§ 1975, 1976 zur Erörterung.

§§ 1975, 1976 (II 2169, B. 2277, R. 2276, G. 2303).

1. Als pflichttheilsberechtigter erkennt der Entw. nur an die Abkömmlinge, beide Eltern und den Ehegatten. — Abkömmlinge sind nach allen in Deutschland geltenden Rechten pflichttheilsberechtigter (Stobbe § 305 Anm. 10; Windscheid § 579; Roth § 342 S. 530 ff.; im Gebiete des ALR. bestanden Zweifel wegen II 2 § 391; Theorie und Praxis halten jedoch diese Zweifel für nicht begründet; vgl. II 2 § 437, Dernburg § 198 Anm. 1, Eccius § 248 Anm. 41). Des an Kindesstatt Angenommenen ist hier wie im § 1965 nicht besonders zu gedenken (vgl. § 1601 Abs. 1 und § 1620); ebensowenig der Kinder aus Putativehen, aus nichtigen Ehen und der Legitimierten (vgl. § 1965). Das Gleiche gilt von unehelichen Kindern, in Ansehung deren das geltende Recht noch vielfach abweicht (ALR. II 2 § 661; Schulzenstein, Pflichtheil S. 229 ff.; öst. GB. § 754, viele Rechte geringeren Geltungsgebietes und Mommsen § 470; im Sinne des Entw. entscheiden sächs. GB. § 2565 mit § 2019, württ. Recht nach Stein § 73 Nr. 1, § 17, heff. Entw. 114, goth. ErbG. §§ 62, 20; sehr bestritten ist das Pflichttheilsrecht unehelicher Abkömmlinge im Gebiete des Code, Zachariae § 698.

I. Allgemeine Vorschriften.
1. Berechtigter Abkömmlinge.

Ascendenten schlechthin sind pflichttheilsberechtigter nach dem gemeinen Rechte und der überwiegenden Mehrzahl der geltenden Rechte (Windscheid § 579 Anm. 1; Brinz § 378; Roth § 342 Anm. 30, 31; ALR. II 2 §§ 501 ff.; sächs. GB. § 2565; Code 915; öst. GB. §§ 762, 763; bayer. LR. III 3 § 14 Nr. 1; württ. Recht nach Stein § 73; heff. Entw. 113, 115; Stobbe § 305 Anm. 11). Den Eltern allein geben Pflichttheilsrecht die meisten thüring. Erbgesetze, das frankf. Recht, das lüb. Gesetz von 1862 Art. 22, das in Schleswig geltende Recht, soweit das jüt. Low in Betracht kommt, und Mommsen § 468 (vgl. Bendor § 144; Paulsen § 200 Anm. 12, Esmarck § 22; Mommsen, Mot. S. 451). — Der Grundsatz der Parentelerbfolge legt nahe, das Pflichttheilsrecht aller Vorfahren auszuschließen. Das Pflichttheilsrecht der Großeltern (und der weiteren Voreltern) ist schon deshalb zu beseitigen, weil es nicht angemessen wäre, ihnen einen Pflichttheilsanspruch zu gewähren, obgleich sie nur dann gesetzliche Erben werden, wenn auch keine Geschwister oder Abkömmlinge von solchen zur Erbfolge gelangen. Anderenfalls würde nur selten eine Verfügung von Todeswegen mit einiger Sicherheit getroffen werden können, weil immerhin das Einrücken der Großeltern als gesetzlicher Erben möglich bleibt. Das Pflichttheilsrecht der Eltern kann deshalb bekämpft werden, weil nicht wohl den in derselben Linie und nicht selten neben einander Erbenden ein Pflichttheilsrecht theils gegeben theils versagt werden dürfe. Zudem würde dadurch die immerhin nicht unbedenkliche Befugnis, den Eltern das Pflichttheilsrecht zu entziehen, entbehrlich (vgl. Bruns Gutachten S. 101). Gleichwohl kann das Pflichttheilsrecht den Eltern nicht versagt werden in Rücksicht auf das geltende Recht und in Anerkennung der Pietätsanforderungen (vgl. Schulzenstein S. 227).

§ 383.
Ascendenten.

Den Geschwistern ein Pflichttheilsrecht zu gewähren, würde nicht angemessen sein. Das gemeine Recht erklärt nur von demselben Vater erzeugte Geschwister, und auch diese nur, wenn eine nicht ehrenhafte Person ihnen vorgezogen ist, für pflichttheilsberechtigter; dem gemeinen Rechte folgen noch das bayer. LR., auch das hamb. Recht (Bauermeister § 111 II). Versagt ist dagegen der Anspruch den Geschwistern vom ALR. II 3 § 33, dem öst. GB. § 762, dem sächs. GB. § 2565, dem Code 916, dem württ. Recht nach Stein § 73, dem heff. Entw. 113 ff., und Mommsen (Mot. S. 458), aber auch von den thüring. Erbgesetzen und vielen Rechten beschränkteren Geltungsgebietes, Roth § 342 Anm. 52. Der Entw. folgt den letzteren. Der Anschluß an das ältere Recht würde dazu nöthigen, auch die Abkömmlinge der Geschwister, also alle der zweiten Linie Angehörigen, einzubeziehen. Die Anschauung, welche in der Einsetzung einer nicht ehrenhaften Person eine Ehrenkränkung der nächsten gesetzlichen Verwandten sieht, ist der Gegenwart fremd. Die Verneinung des Pflichttheilsrechtes der Geschwister bedarf eines besonderen Ausdruckes nicht; es genügt, daß das Recht lediglich den Eltern zugesprochen wird. Den § 1966 Abs. 3 auf die Pflichttheilsberechtigung in der Weise anzuwenden, daß an die Stelle des verstorbenen Elternteiles dessen Abkömmlinge treten, ist ohne Weiteres unzulässig, da hierin eine positive Erweiterung des Pflichttheilsrechtes der Eltern liegen würde.

Geschwister.

§ 384.

Dem Ehegatten steht nach gemeinem Rechte ein Pflichttheilsanspruch nicht zu oder richtiger, auch der armen Wittve wird kein Anspruch auf Erbeinsetzung gewährt, sie erhält die Quart sowohl bei der testamentarischen wie bei der gesetzlichen Erbfolge (Brinz § 385 S. 145; Roth § 342 II; Vangerow § 488 Anm. zu 2; aber auch Unger § 78 Anm. 7). Das öst. GB. § 796 giebt dem Gatten nur unter gewissen Voraussetzungen Anspruch auf Gewährung des mangelnden anständigen Unterhaltes. Den Pflichttheilsanspruch versagen dem Gatten das bayer. LR. III 3 § 14 und einige Rechte geringeren Geltungsgebietes (frankf. Recht, Bendor S. 562; braunschw.

Ehegatte.

Recht, Steinacker § 291 Anm. 13; uA.); diese haben indessen nicht unerhebliche Nachwirkungen des ehelichen Güterrechtes, welche nicht entziehbar sind. Die sog. statutarische Portion des mähr. Provinzialrechtes und einiger anderer Rechte ist nicht entziehbar (Scholz §§ 306 ff.; Stobbe § 294 IV). Die Mehrzahl der neueren Rechte (A.N. II 1 §§ 631 ff.; sächs. G.B. §§ 2578 ff.; Gesetze d. thüring. Staaten; württ. Recht, Stein § 73; oldemb. G. v. 1873 und 1879 Art. 43 bz. 38; säch. G. v. 1862 Art. 22; Paulsen § 201 für Schlesw.-Holst.; Mommsen § 468; heff. Entw. 113, 114, 117) giebt auch dem Gatten einen Pflichttheilsanspruch. Wird einmal dem Gatten ein gesetzliches Erbrecht eingeräumt, so erscheint es nur angemessen, ihm auch den Pflichttheilsanspruch nicht zu versagen (vgl. Mommsen's Mot. S. 452).

Hinterlassungs-
pflicht 2c.

Indem ausgesprochen wird, der Erblasser habe jedem seiner Abkömmlinge und Elternteile, welcher als gesetzlicher Erbe zur Erbfolge berufen ist oder in Ermangelung einer Verfügung von Todeswegen zur Erbfolge berufen sein würde, ingleichen seinem Gatten soviel zu hinterlassen, daß der Werth des Hinterlassenen die Hälfte des Werthes des gesetzlichen Erbtheiles erreicht (Abf. 1), gelangt ferner zum Ausdruck: wann der Pflichttheil zusteht; daß der Pflichttheil nur einen Werthanspruch giebt; welcher Bruchtheil zu hinterlassen ist; die Rechtspflicht des Erblassers, zu hinterlassen; endlich die Unabhängigkeit des Rechtes jedes Berechtigten von dem Rechte Anderer.

Voraussetzungen.

§ 385.

Bei dem Eintritte des Erbfalles besteht das Pflichttheilsrecht als gegenwärtiges Recht ebensowenig wie ein Recht auf die Erbfolge aus Gesetz, Testament oder Vertrag. Damit das Recht entstehen kann, müssen in der Person des Berechtigten diejenigen Voraussetzungen sich erfüllen, welche in den Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge für den Eintritt des vorläufigen kraft des Gesetzes erfolgenden Erwerbes der Erbschaft bestimmt sind. Diese Vorschriften zu bezeichnen, ist nicht erforderlich. Zu berücksichtigen ist jedoch, daß eine letztwillige Verfügung, durch welche das Pflichttheilsrecht eines Abkömmlinges | oder Elternteiles ausgeschlossen werden kann, auch in der begründeten Entziehung des Pflichttheiles zu bestehen vermag. Deshalb ist die Fassung gewählt „in Ermangelung einer Verfügung von Todeswegen“. Die Fassung „in Ermangelung einer Erbeinsetzung“ wäre zu eng, weil sie die begründete Entziehung des Pflichttheilsrechtes außer Betracht ließe. — Das Recht des Gatten unterscheidet sich in dieser Beziehung vom Rechte der Abkömmlinge und Eltern darin, daß der Gatte stets zur gesetzlichen Erbfolge gelangt oder in Ermangelung einer Verfügung von Todeswegen gelangen würde. Aus dem Worte „ingleichen“, erhellt, daß auch der Ehegatte nicht pflichttheilsberechtigter ist, wenn er auf das Erbfolgerecht verzichtet hat oder für erbunwürdig erklärt ist. — Die Ausschlagung schließt übrigens unter Umständen das Pflichttheilsrecht nicht aus (vgl. § 1981).

Werth-
anspruch.

Die Worte „so viel zu hinterlassen, daß der Werth die Hälfte des Werthes des gesetzlichen Erbtheiles erreicht“, bringen zugleich mit der Bestimmung des dem Berechtigten gebührenden Bruchtheiles zum Ausdruck, daß dem Pflichttheilsanspruch der Charakter eines Werthanspruches beigelegt ist. Der Code 913, 915 giebt den ehelichen Abkömmlingen und den Ascendenten des Erblassers kraft Gesetzes ein Erbrecht am gesamten Nachlasse und legt dem Erblasser nur das Recht bei, diesen Erben die Herausgabe eines Theiles des Nachlasses aufzuerlegen. Der Erblasser kann daher, wenn er Abkömmlinge oder Ascendenten hinterläßt, über die Erbfolge nicht verfügen (vgl. § 1753; Bauerband, Instit. §§ 198—202; Zachariae § 683 mit §§ 675, 717, 718). In einem Gegensatz hierzu stehen die übrigen geltenden Rechte, welche jedoch unter sich nach verschiedenen Richtungen auseinandergehen. Die Entwicklung des röm. Rechtes darzulegen, liegt außerhalb der Aufgabe dieser Begründung. Für das gemeine Recht wird sich behaupten lassen, es habe ein gemischtes System zur Grundlage. Neben einander stehen die querela inofficiosi testamenti und die actio ad supplendam legitimam. Der Notherbe hat das Recht auf Einsetzung als Erbe. Gegenüber der ungenügenden Erbeinsetzung steht ihm die actio suppletoria zu. In Ermangelung einer Erbeinsetzung des Berechtigten ist das Testament anfechtbar mit der Wirkung, daß für den Verletzten die gesetzliche Erbfolge eintritt. Streitig ist, ob die Nov. 115 hieran überhaupt nichts geändert hat, ob das den Notherben verletzende Testament nichtig oder nur anfechtbar oder aber, je nachdem ein Ausschließungsgrund nicht angeführt oder der angeführte unrichtig oder unzulänglich ist, nichtig oder anfechtbar ist (vgl. für Nichtänderung durch die Novelle Bl. f. N. 38 S. 364; für Nichtigkeit Keller § 521; Bangerow § 486 zu IV; für Anfechtbarkeit Windscheid § 591, besonders zu Anm. 14; Brinz § 378 Anm. 24; für Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit Puchta § 493; uA.). Ältere Rechte geben zumeist in Ermangelung einer Erbeinsetzung oder Enterbung dem Berechtigten Anspruch auf den | vollen Intestaterbtheil, anderen Rechten genügt Hinterlassung quocunque titulo; für das Erstere auch hamb. Recht, Baumeister § 110 III; im Uebrigen vgl. Stobbe § 305 Anm. 3—7; Roth § 343 Anm. 18—20, § 344 Anm. 7; bayer. N. III 3 § 15 Nr. 5, 6, dazu Kreittmayr Anm. 4e; für württ. Recht Stein § 73; Mommsen § 482 mit §§ 498—501, wo eine eigenartige Regelung versucht ist. Das sächs. G.B. §§ 2564, 2589, 2593 ff. giebt dem Erblasser zwar die Enterbungsbefugniß, betrachtet aber den nicht (mit Grund) enterbten Pflichttheilsberechtigten als Erben hinsichtlich seines Pflicht-

§ 386.

theiles; dem Berechtigten wird die Erbschaftsklage auf Gewährung oder Ergänzung des Pflichttheiles nach Verhältniß des Erbtheiles gegeben (vgl. Stobbe § 305 Anm. 9; Schmidt, Vorles. § 205 und Anm. R. Z. 7 S. 369, 9 S. 282, 485, J. f. R. 38 S. 309; u. A.). Ihm haben sich die thüring. Erbgesetze, wenn auch nicht durchweg ohne Modifikationen, angeschlossen. Auch nach dem hess. Entw. 113, 116—119, welcher dem Erblasser in der Regel keine Enterbungsbesugniß giebt, ist der Pflichttheilsberechtigter ohne Weiteres Erbe; er hat die Erbschaftsklage auf den Pflichttheil als Erbquote. Nach dem öst. OB. §§ 775, 776, 781 ist der Pflichttheil nur ein Werthanspruch (Unger § 85), ebenso nach dem lüb. G. v. 1862 Art. 24, 25. Ob das ALR. auf demselben Boden steht, ist bekanntlich sehr streitig; die neuere Theorie und Praxis neigt dahin, anzunehmen, es sei stets oder doch in der Regel, vorbehaltlich gewisser Ausnahmen, nur ein Forderungsrecht auf den ökonomischen Werth des Pflichttheilsbruchtheiles gewährt (Entsch. 6 S. 252; Schulzenstein S. 156 ff., § 33; Dernburg § 196; Eccius § 248 S. 337 ff.).

Der Entw. hat sich im Wesentlichen der zuletzt bezeichneten Auffassung angeschlossen. Der Grundsatz des Codo ist nach seiner Auffassung des Verwandtenerbrechtes und der Testirfreiheit für ihn nicht annehmbar, der Gedanke des Reservatquantums nicht verwendbar. Der Erblasser, welcher pflichtwidrig über seinen Gesamtnachlaß verfügt, greift nicht in eine fremde Rechtssphäre ein. Die Lösung der gemischten Systeme ist eine zu verwickelte. Wird der Pflichttheilsanspruch je nach dem Mehr oder Minder der Verletzung des Berechtigten bald als Erbrecht, bald als Forderungsrecht gestaltet, so muß der Gesichtspunkt der Strafe hineingezogen werden. Der Gedanke führt dazu, daß eine nur scheinbare Erbeinsetzung auf einen verschwindend kleinen Bruchtheil oder ein ganz geringes Quantum (Plitt, lüb. Erbrecht S. 106, 107; Roth § 343 Anm. 10—12, 22) andere Ergebnisse herbeiführt als eine völlige Uebergehung. — Für ein Erbsolgerecht des Pflichttheilsberechtigten sprechen überwiegend ethische Gründe. Die Ehre der Erbeinsetzung hat neben der äußeren auch eine innere Bedeutung. Der Pflichttheilsberechtigter, welcher nur einen Werthanspruch hat, entbehrt der Sicherheit, welche ihm die Erbeneigenschaft gewährt. Ihm wird das Miteigentum am Nachlasse entzogen, er wird auf eine Schätzung des Nachlasses verwiesen, bei welcher Gegenstände, welche keinen Geldwerth haben, ohne Weiteres und ohne jeden Ersatz dem Erben zufallen. Für Zuweisung eines Geldäquivalentes spricht hingegen, außer den Rücksichten der Zweckmäßigkeit, und außer dem Umstande, daß der Pflichttheilsberechtigter durch die An-

Entw.

| S. 387.

gleichung an die Stellung eines Gläubigers auch nicht durch Handlungen, Anerkenntnisse, Bekennnisse usw. des Erblassers berührt wird, eine gewisse Folgerichtigkeit. Kann dem Erblasser die Befugniß nicht verjagt werden, den Pflichttheilsberechtigten mit einem Quantum abzufinden, so muß der Anspruch des Berechtigten auch in der Forderung auf ein Werthquantum sich erschöpfen. Dazu kommt, daß gewisse ökonomische Nachteile mit dem Pflichttheilserbrechte verbunden sein können. Eine Vermögenszerpflüchterung läßt sich nicht vermeiden; es wird unmöglich, gewisse Bestandtheile des Nachlasses, Güter, Fabriken, größere Geschäfte usw. ihrem Zwecke zu erhalten; es ergeben sich Mindererlöse bei den gebotenen Veräußerungen; es entstehen Theilungskosten. Selbst bei der Verfügung über einzelne Nachlaßstücke und bei Theilungsanordnungen steht dem Erblasser das Recht des Pflichttheilserven auf gerichtliche Theilung gegenüber. Es wird also dem Erblasser erschwert, den besonderen Verhältnissen Rechnung zu tragen. Im letzten Erfolge kommt auch bei dem Pflichttheilserbrechte der Pflichttheilsberechtigter doch nur zu einer Geldabfindung. Endlich, und das ist nicht der geringste Nachtheil einer solchen Regelung, führt das Pflichttheilserbrecht für alle Fälle zu schwebenden Zuständen, zeitlicher Unsicherheit der Erbeslegitimation, und in Folge der letzteren zur Erschwerung der Auseinandersetzung, des Gläubigerverhältnisses und der Verfügung über Nachlaßgegenstände, indem die geringste Verletzung des Pflichttheiles nur durch Erweiterung des Erbrechtes des Pflichttheilsberechtigten unter Einschränkung der übrigen Erbtheile ausgeglichen werden kann. Nicht unberücksichtigt kann bleiben, daß gegenüber einem Erbvertrage auch das gemeine Recht überwiegend dem Pflichttheilsberechtigten nur einen Geldanspruch giebt (vgl. Stobbe § 311 Anm. 51 mit § 305 Anm. 4; Roth § 335 Anm. 65 ff. 69), und daß eine einheitliche Regelung für Testamente und Erbeinsetzungsverträge geboten ist.

Rechtspflicht des Erblassers, den Werth zu hinterlassen.

Der § 1975 bringt (vgl. auch § 1976) die Auffassung des Entw. in der Weise zum Ausdruck, daß er vorschreibt, der Erblasser habe dem Pflichttheilsberechtigten so viel zu hinterlassen, daß usw. Es wird also davon ausgegangen, daß eine Rechtspflicht des Erblassers bestehe, die ihm gewährte Testirfreiheit nicht zu mißbrauchen, und daß die Pflichttheilsberechtigte die Rehrseite dieser Rechtspflicht sei. Die rechtliche Wirkung des vom Gesetze an den Erblasser gerichteten Befehles bestimmt sich nach den Folgen, welche eintreten, wenn dem Befehle nicht nachgekommen ist. Diese Folgen sind in den §§ 1978—1982 eingehend geregelt. Hieraus ergibt sich, daß die Rechtspflicht des Erblassers nicht als eine unter Lebenden schon begründete obligatorische Verpflichtung anzusehen ist, bei deren Nichterfüllung die Folgen eintreten, welche der Entw. für den Fall der Nichterfüllung obligatorischer Verpflichtungen bestimmt. Der Eintritt der Wirkungen und damit die Entstehung eines gegenwärtigen Rechtes für den Pflichttheilsberechtigten knüpfen sich

| §. 388. Iediglich an die objektive Nichterfüllung der vorgeschriebenen | Rechtspflicht. Ueber die Ausnahmen von der regelmäßigen Pflicht des Erblassers bestimmen die §§ 2001 ff.

Pflichtheil.

Als dasjenige, was zu hinterlassen ist, bezeichnet der § 1975 „so viel, daß der Werth des Hinterlassenen die Hälfte des Werthes des gesetzlichen Erbtheiles erreicht (Pflichtheil)“. Zur Fassung ist zu bemerken, daß der Ausdruck „Erbtheil“ gewählt ist, weil der Ausdruck „Erbantheil“, welcher vielleicht etwas genauer ist, zur Verdeutlichung kaum beitragen würde, und weil auch sonst der im Entw. häufiger verwendete Ausdruck keinen Zweifel lassen wird, daß unter „gesetzlichem Erbtheile“ der an sich gesetzlich gebührende Erbtheil, nicht ein wirklich angefallener (oder erworbenener) Erbtheil gemeint ist.

Nicht
Nachlaß-
bruchtheil.

Abgesehen von der Höhe des Bruchtheiles weicht der Entw. von einer großen Zahl der geltenden Rechte schon in der Bestimmung: Hälfte des Werthes des „gesetzlichen Erbtheiles“ ab. Der Code spricht von einem „Nachlaßbruchtheile“ (913), ebenso eine größere Zahl von älteren Rechten, zumeist geringeren Geltungsgebietes (Roth § 342 Anm. 64) frankf. Recht bei Bendor S. 562; auch württ. *VR.* III 14 § 4). Der Unterschied ist nur scheinbar unerheblich, wie Bruns im Gutachten S. 103 und Kreittmayr Note 2a zum bayer. *VR.* III 3 § 15 meinen. Entscheidend der Nachlaßbruchtheil, so ist einerseits der Pflichtheil aller Berechtigten, andererseits das den sonstigen Erben Gebührende in je einer Masse ausgeschieden und diese Massen bilden ein engeres Ganzes für die dazu Berechtigten. Der Einfluß zeigt sich besonders bei dem Wegfalle von Berechtigten. Der Entw. folgt in dieser Beziehung dem gemeinen Rechte (Windscheid § 580 Abs. 1), dem *VR.* II 2 § 392 (vgl. II 1 §§ 631–633), dem öst. *GB.* § 765, dem sächs. *GB.* § 2566, dem hess. Entw. 114 und Mommsen § 471 (vgl. Mommsen's Mot. S. 453, 455; Schulzenstein S. 231 ff.).

Der Pflichtheil als Ersatz des gesetzlichen Erbrechtes steht dem einzelnen Berechtigten unabhängig von Anderen zu, der Berechtigte muß sein Recht für sich geltend machen können und es deshalb nach seinem gesetzlichen Erbtheile selbständig zugemessen erhalten. Bei dem Pflichtheile des Gatten geben auch das sächs. *GB.* §§ 2579, 2580 und Mommsen § 479 in gewissen Fällen einen Bruchtheil der Erbschaft als Pflichtheil. Das Gleiche findet sich in älteren Rechten (vgl. Schulzenstein S. 233–236). In dieser Hinsicht zu unterscheiden, fehlt es an zureichenden Gründen.

Hälfte.

Der Bruchtheil „die Hälfte“ ist gewählt theils im Interesse der Einfachheit, theils weil es angemessen erscheint, daß der Erblasser je nach der Zahl der erbberechtigten Verwandten eine erweiterte oder beschränkte Verfügungsbefugniß habe, endlich, weil die Pietätsrückicht in allen Fällen die gleiche ist. Die Festsetzung auf die Hälfte erscheint ferner deshalb angemessen, weil der Pflichtheil nicht bedeutungslos werden, andererseits nicht so anschwellen soll, daß der Erblasser behindert wird, berechtigten Rücksichten bei | der Theilung Rechnung zu tragen. Dazu wird die Hälfte genügen; sie ermöglicht, daß der Erblasser, auch wenn er 6 Kinder hat, dem einen davon $\frac{7}{12}$ zuwendet. Dies genügt in der Regel, um selbst ein Gut, eine Fabrik, ein größeres Geschäft einem Kinde zuzuweisen.

| §. 389.

Geltendes
Recht.
Ab-
kömmlinge.

In Ansehung der Abkömmlinge stimmt die Festsetzung der Hälfte des gesetzlichen Erbtheiles überein mit dem Entw. des *VR.* (Reste davon in I 11 §§ 1113, 1116, 637–639), dem auch der preuß. Entw. v. 1835 sich anschließt (Mot. dazu S. 305), mit dem öst. *GB.* § 765, dem südb. G. v. 1862 Art. 22, dem hess. Entw. 114, Mommsen § 471 und einigen thüring. Erbgesetzen. Abweichend bestimmen das gemeine Recht (Windscheid § 580) $\frac{1}{3}$, und wenn der gesetzliche Erbtheil weniger als $\frac{1}{4}$ beträgt, $\frac{1}{2}$, sodasß jedes von 4 Kindern $\frac{1}{12}$, jedes von 5 Kindern $\frac{1}{10}$ erhält, also mehr als jedes der 4 Kinder, vgl. Mot. des preuß. Entw. S. 305), und diesem folgend das bayer. *VR.* III 3 § 15 Nr. 2, das württ. Recht (Stein § 74), das sächs. *GB.* § 2566 und viele Rechte beschränkteren Geltungsgebietes. Auch das *VR.* II 2 § 392 bestimmt abweichend $\frac{1}{3}$, $\frac{1}{2}$ $\frac{2}{3}$ des gesetzlichen Erbtheiles, je nachdem 1 oder 2, 3 oder 4, mehr als 4 Kinder vorhanden sind, sodasß, wenn 5 Kinder vorhanden sind, jedes $\frac{2}{15}$ oder $\frac{16}{120}$, wenn 4 Kinder vorhanden sind, jedes $\frac{1}{8}$ oder $\frac{15}{120}$, wenn 2 oder 3 Kinder vorhanden sind, jedes $\frac{1}{6}$ erhält, sodasß also nicht nur von 5 Kindern jedes mehr erhält, als wenn nur 4 Kinder vorhanden sind, sondern der Erblasser auch, falls er 2 Kinder hat, über $\frac{4}{6}$, falls er 3 Kinder hat, über $\frac{1}{2}$ verfügen kann (vgl. Mot. aD.). Abweichend bestimmt ferner der Code 913–916 (der Erblasser kann über $\frac{1}{2}$, $\frac{1}{3}$ oder $\frac{1}{4}$ verfügen, je nachdem er 1, 2 oder mehr Kinder hat). Einige Rechte beschränkteren Geltungsgebietes setzen den Pflichtheil durchweg auf $\frac{1}{3}$, die fränk. *GD.* 29 § 1 auf $\frac{2}{3}$ fest (vgl. Stobbe § 305 Anm. 31).

Ascendenten.

In Ansehung der Ascendenten bestimmen auch das *VR.* II 2 § 502 und das südb. G. v. 1862 Art. 22 den Pflichtheil auf die Hälfte des gesetzlichen Erbtheiles. Der Code läßt den Erblasser über $\frac{3}{4}$, wenn Ascendenten in einer Linie, über $\frac{1}{2}$, wenn Ascendenten in beiden Linien hinterbleiben, verfügen. Auf $\frac{1}{3}$ des gesetzlichen Erbtheiles setzen den Pflichtheil des Ascendenten fest das sächs. *GB.* § 2569, das württ. Recht (Stein § 74), die thür. Erbgesetze und viele Rechte

beschränkteren Geltungsgebietes (vgl. Stobbe § 305 Anm. 14), aber auch das öst. GB. § 766, der hess. Entw. 115 und Mommsen § 476. Ganz vereinzelt wird der Pflichttheil auf $\frac{1}{4}$ des gesetzlichen Erbtheiles bemessen von einigen Rechten beschränkter Geltungsgebietes. Das gemeine Recht, dem noch einzelne Statuten und auch das bayer. LR. III 3 § 15 Nr. 2 folgen, überträgt nach der herrschenden, | früher vielfach bestrittenen Ansicht die Grundsätze von der Erbfolge der | S. 390. Abkömmlinge (Windscheid § 580 Anm. 2; Brinz § 405; Roth § 342 Anm. 70).

In Ansehung des Gatten stimmt der Entw. überein mit dem LR. II 1 § 631, dem Lüb. G. v. 1862 (Art. 22), den old. G. v. 1873 (Art. 41 § 1) und 1879 (Art. 38 § 1), den meisten thür. Gesetzen und dem hess. Entw. 114. Das sächs. GB. dagegen bestimmt den ganzen gesetzlichen Erbtheil als Pflichttheil, wenn mit dem Gatten eheliche, angenommene oder gewisse legitimirte Kinder konkurriren; konkurriren Ascendenten, Geschwister oder deren Abkömmlinge, so beträgt der Pflichttheil $\frac{2}{3}$; konkurriren entferntere Verwandte. So ist die Hälfte der Erbschaft Pflichttheil des Gatten (vgl. §§ 2578—2580, 2049—2051). Das württ. Recht (Stein § 74) bestimmt den Pflichttheil des Gatten auf $\frac{1}{3}$ des gesetzlichen Erbtheiles. Mommsen § 478 bestimmt ihn auf $\frac{1}{3}$ in Konkurrenz mit Abkömmlingen wie das sächs. GB. — Daß der Pflichttheil des Gatten sich nicht auf den im § 1971 Abs. 3 bezeichneten Voraus bezieht, und auch nicht auf den Erbtheil, welcher dem Gatten als Verwandten des Erblassers zusteht (§ 1971 Abs. 2), fügt der Abs. 2 erläuternd hinzu. Die letztere Verdeutlichung ist nur der Vorsicht wegen rathlich. Auch die erstere Verdeutlichung kann einbehrlich erscheinen, denn der Ausdruck „Erbtheil“ dürfte kaum gestatten, das im Voraus dem Gatten zugesprochene gesetzliche Vorausvermächtniß als eine hinzutretende zweite Erbportion zu behandeln. Da jedoch, um zu diesem Ergebnisse zu gelangen, eine strenge Festhaltung des Begriffes des Erbtheiles erfordert wird und es nicht fern liegt, den Begriff in einem weiteren Sinne zu verstehen, so ist die Ausnahme der Vorschrift rathsam. In der Sache selbst kann nicht zweifelhaft sein, daß die Billigkeit und die Rücksicht auf den regelmäßig anzunehmenden Willen des Erblassers, welche den Voraus rechtfertigen und dahin führen, dem Gatten einen Werthbruchtheil des Voraus, unabhängig vom Willen des Erblassers, zu sichern. Ueber die sonst in Ansehung des Voraus im Pflichttheilsrechte sich erhebenden Fragen vgl. § 1987.

Gatten.

2. Daß das Pflichttheilsrecht auf die vom Erblasser durch Erbeinsetzung oder durch Ausschließung von der Erbfolge vorgenommene Ordnung der Erbfolge keinen Einfluß hat (§ 1976 Abs. 1), unbeschadet jedoch der Vorschriften, welche die Anfechtung wegen Irrthumes in den Voraussetzungen, wegen irrtümlicher Uebergehung Pflichttheilsberechtigter und die Anfechtung des Erbeinsetzungsvertrages seitens der im § 1784 bezeichneten Personen regeln (vgl. §§ 1781, 1782, 1949), ist nur eine Folge der zum § 1975 bereits dargelegten Auffassung, und zwar eine nur negative Folge. Diese Folge auszusprechen (vgl. LR. II 2 § 436, Mot. dazu bei Siewert Heft 1 S. 67; ObTrib. 33 | S. 39) ist angemessen, schon um den prinzipiellen Standpunkt, von welchem insbes. das gemeine Recht und viele neuere Gesetzgebungen abweichen, klarzustellen. — Der § 1976 Abs. 2 giebt, außer der Definition des Pflichttheilsanspruches, der ebenfalls zum § 1975 bereits dargelegten Auffassung des Entw., daß das Pflichttheilsrecht nur einen Anspruch gegen den Erben auf eine Geldleistung gewährt, besonders Ausdruck. Die Voranstellung dieses Grundsatzes dient zum besseren Verständnisse des Gesetzes. Der nähere Inhalt des Anspruches wird in den §§ 1978 ff. geregelt. Ueber den Zeitpunkt der Entstehung des Anspruches bestimmt der § 1992.

2. Wirkung.

| S. 391.

§§ 1977—1979 (II 2169—2171, B. 2277—2279, R. 2276—2278, G. 2303—2305).

1. Die im § 1977 aufgestellte Auslegungsregel, daß die Zuwendung des Pflichttheiles ohne nähere Bestimmung als Erbeinsetzung im Zweifel nicht anzusehen ist, erscheint geboten, um zu befürchtenden Streitigkeiten vorzubeugen. Wird nur der Pflichttheil zugewendet, so kann, bei wörtlicher Auslegung der Verfügung, eine Erbeinsetzung nicht wohl angenommen werden, da der Pflichttheil vom Erbtheile wesentlich verschieden ist. Sehr häufig wird aber der Berechtigte in solchem Falle die gesichrtere Stellung als Erbe erstreben. Soweit thunlich, muß seine Stellung klar gestellt werden. Eine dispositivc Vorschrift kann aber nicht gegeben werden, da eine Erklärung der bezeichneten Art nicht lückenhaft, sondern nur ihrem Sinne nach zweifelhaft ist.

3. Zuwendung des Pflichttheiles.

2. Eine besondere Vorschrift für den Fall, daß der Pflichttheilsberechtigte lediglich von der Erbfolge ausgeschlossen ist, kann, weil es sich nur um einen Folgesatz des § 1976 handelt, entbehrlich erscheinen. Indessen ist die Aufnahme des § 1978 rathsam, um ein vollständiges Bild zu gewähren, und um das Verständniß des § 1980 zu erleichtern. Die Worte „von der Erbfolge ausgeschlossen ist“ decken auch den Fall, daß ein Anderer als Erbe nur zu einem Bruchtheile eingesetzt ist, im Uebrigen also die gesetzliche Erbfolge eintritt. Wie die §§ 1980, 1982 ergeben, ist zur Anwendung der Vorschrift überdies die Negative erforderlich, daß dem Pflichttheilsberechtigten ein Vermächtniß nicht zugewendet ist. Diese Negative als Voraussetzung aufzunehmen, würde bedenklich sein, weil dadurch eine unrichtige Auffassung in Ansehung der Beweislast sich ergeben möchte.

II. Gestaltug im Einzelnen.

1. Einfache Ausschließung. (G. § 2303.)

2. Einsetzung
auf einen zu
geringen
Bruchtheil.
| §. 392.

3. Indem der § 1979 auspricht, welche Wirkung es hat, wenn der Berechtigte auf einen Erbtheil beschränkt ist, der hinter der Hälfte des gesetzlichen Erbtheiles zurückbleibt, wird im Zusammenhange mit § 1978 erkennbar, daß in Höhe des Bruchtheiles, in Ansehung dessen der Berechtigte als unbeschränkter oder unbelasteter Erbe eingesetzt oder nicht ausgeschlossen ist, ein Pflichttheilsanspruch nicht besteht. Gemeint ist, wie die §§ 1980, 1982 noch deutlicher erkennen lassen, daß der Berechtigte auch nicht außerdem mit einem Vermächtnisse bedacht ist. Dieser Theil der Voraussetzung ist hier, wie im § 1978, nicht hervorgehoben zur Vermeidung einer unrichtigen Auffassung der Beweislast. Das Wort „beschränkt“ ist gewählt, um zugleich den Fall zu decken, in welchem ein Anderer als Erbe nur zu einem Bruchtheile eingesetzt ist, im Uebrigen also die gesetzliche Erbfolge eintritt. Die Bestimmung geht dahin, der Berechtigte habe lediglich den Anspruch gegen die Miterben auf Zahlung des Geldwerthes desjenigen Theiles der Erbschaft, um welchen der dem Berechtigten hinterlassene Erbtheil hinter der Hälfte des gesetzlichen Erbtheiles, also hinter dem Geldwerthe dieser Hälfte, zurückbleibt.

Wie bereits zum § 1975 (S. 385 ff.) dargelegt ist, geht der Entw. davon aus, daß der Berechtigte kein Recht hat auf die Stellung als Erbe; ihm steht vielmehr nur ein minderes obligatorisches Recht, ein Anspruch auf eine Geldleistung, zu. Erhält er seinen Pflichttheilsbruchtheil als Erbe zur Hälfte seines gesetzlichen Erbtheiles, so erhält er damit selbstverständlich den Geldwerth jenes Bruchtheiles. Die Stellung als Erbe befähigt ihn, selbständig seinen Erbtheil in Geld umzusetzen. Wird der Berechtigte genau auf diesen Bruchtheil eingesetzt, so steht ihm ein weiterer Anspruch nicht zu. Er ist insbes. nicht befugt, durch Ausschlagung der Erbschaft sich den Gelbanspruch zu verschaffen. Das Gleiche muß aber gelten, wenn ihm ein zu geringer Bruchtheil unbeschränkt und unbeschwert hinterlassen ist, in Ansehung dieses Bruchtheiles. Denn dadurch, daß der Berechtigte Erbe wird, wird ihm ein Mehr an Recht zu Theil im Vergleiche mit einem Ansprüche auf Leistung des durch Schätzung zu ermittelnden Geldwerthes des ihm zustehenden Bruchtheiles. Ist der Berechtigte zu einem unzureichenden Bruchtheile eingesetzt, so gebührt ihm noch daneben der Anspruch gegen die Miterben auf Leistung des Werthes desjenigen Theiles der Erbschaft, um welchen der hinterlassene Bruchtheil hinter dem ihm gebührenden Bruchtheile zurückbleibt. Wenn ihm also beispielsweise $\frac{1}{4}$ gebührt und er er auf $\frac{1}{8}$ eingesetzt ist, so hat er daneben den Anspruch gegen die Miterben auf Leistung des Geldwerthes des fehlenden $\frac{1}{8}$. Daß der Pflichttheilsberechtigte den ihm hinterlassenen Bruchtheil wie eine Theilleistung zurückweist und das Ganze in Geld fordert, kann nicht zugelassen werden.

§ 1980 (II 2173, B. 2281, R. 2280, G. 2307).

3. Zuwendung
durch unbeschränktes zc.
Vermächtniß.
| §. 393.

Mit dem Falle, daß der Berechtigte mit einem unbeschränkten und unbeschwertem Vermächtnisse bedacht ist, befaßt sich der § 1980. Die Voraussetzung, daß das Vermächtniß nicht beschränkt und nicht beschwert sei, ist nicht besonders bestimmt für den Fall, daß das Vermächtniß beschwert oder beschränkt ist. — Es mag nahe liegen, dem Erblasser die Befugniß einzuräumen, den Berechtigten auch durch Zuwendung eines Vermächtnisses zu I befriedigen, da auch das Vermächtniß ein Forderungsrecht gewährt (§ 1865). Der Entw. hat sich gegen eine solche Regelung entschieden. Damit würde dem Erblasser ein vom Willen des Berechtigten unabhängiges Recht gewährt, ein Vermächtniß an Zahlungsstatt zu gewähren. Dies kann dem Berechtigten in hohem Maße nachtheilig sein. Denn er muß sich alsdann, nicht nur eine durch Schätzung erfolgende Ermittlung des Werthes seines Erbbruchtheiles, sondern auch eine durch Schätzung erfolgende Ermittlung des Werthes des Vermächtnißgegenstandes gefallen und den ermittelten Werth als in Geld gezahlt gelten lassen. Dies ist schon deshalb bedenklich, weil erfahrungsmäßig eine sichere Aussicht nicht besteht, daß der Schätzungswert durch Veräußerung des vermachten Gegenstandes erreicht wird. Dazu kommt, daß letzterer nicht nothwendig ein Erbschaftsgegenstand sein muß, also noch eine besondere Schätzung dieses Gegenstandes hinzutreten müßte. Auf die wohlwollende und fürsorgliche Gesinnung des Erblassers zu vertrauen, ist um so weniger zulässig, als es sich hier um die Begrenzung der Befugnisse des Erblassers handelt. Nicht einmal in Ansehung eines Geldvermächtnisses kann eine Ausnahme gemacht werden. Deckt sich ein solcher Anspruch aus dem Geldvermächtnisse nach allen Richtungen mit dem Pflichttheilsanspruche, so ist die Ausnahme überflüssig. Gewährt jener Anspruch in irgend einer Richtung geringere Rechte, so würde damit der Berechtigte ohne Grund in seinen Rechten gekränkt. Der Entw. gelangt dadurch, daß er dem mit einem Vermächtnisse bedachten Berechtigten gestattet, falls er das Vermächtniß ausschlägt, den Pflichttheilsanspruch geltend zu machen (Satz 1), nicht nur zu einer größeren Einfachheit, sondern auch zu einer angemessenen Vermittelung zwischen denjenigen Rechten, welche dem Berechtigten die Erbenstellung sichern, und denjenigen, welche ihm nur einen Werthanpruch gewähren.

Will sich indessen der Berechtigte durch das Vermächtniß befriedigen lassen, so steht dem nichts entgegen (Satz 2). Da nach § 1867 das Recht aus dem Vermächtnisse kraft Gesetzes vorläufig erworben wird, so kann der Berechtigte die Einwilligung nur dadurch erteilen, daß er das

Vermächtniß nicht ausschlägt oder durch Annahme seines Ausschlagungsrechtes sich begiebt. Die Einwilligung ist alsdann auf die vom Erblasser gleichsam angebotene Annahme an Zahlungsstatt zum Schätzungswerte des vermachten Gegenstandes zu beziehen, so daß dieser Werth in Anrechnung kommt. So lange der Berechtigte das Vermächtniß nicht ausgeschlagen hat, steht seinem Ansprüche die Einrede entgegen, daß er durch das Vermächtniß befriedigt sei. Diese Einrede wird jedoch durch die Replik, daß es von ihm ausgeschlagen sei, entkräftet. Hierüber wird nach der Fassung der Vorschrift „so ist der Anspruch insoweit ausgeschlossen, als der Geldwerth des Vermächtnisses reicht“ kein Zweifel bleiben. Eines besonderen Hilfsmittels, den Berechtigten zur Erklärung über die Ausschlagung oder Annahme des Vermächtnisses zu nöthigen, bedarf es nicht. Regelmäßig wird den Berechtigten das eigene Interesse zur Erklärung veranlassen, damit er in den Besitz des ihm Gebührenden gelange. Zudem ist der Verpflichtete in der Lage, den | Pflichttheilsberechtigten durch Anbieten der Leistung des Vermächtnisses in Annahmeverzug zu setzen. | S. 394.
Geschieht dies, so äußert der Verzug so lange Wirkung, als das Vermächtniß nicht ausgeschlagen ist. — Wegen der Befugniß des Bedachten, das Vermächtniß auszuschlagen, wenn der Anfall noch nicht erfolgt ist, jedoch nicht vor dem Erballe, vgl. § 1873 Abs. 2 Satz 2 und S. 187.

§§ 1981, 1982 (II 2172, 2173, B. 2280, 2281, R. 2279, 2280, G. 2306, 2307).

Die meisten geltenden Rechte lassen, wenn dem Berechtigten ein Erbtheil oder ein Vermächtniß unter Beschränkungen oder Beschränkungen zugewendet ist, lediglich die Beschränkung oder Beschränkung wegfällen; so insbes. das freilich nicht unbestrittene *M.N.* II 2 §§ 398, 433, 516, II 1 § 633 (vgl. dazu Dernburg § 207 Anm. 3; *Excursus* § 248 Anm. 158 gegen Gruchot III S. 137, 138); ferner nach einer häufig vertretenen Auffassung das gemeine Recht (vgl. Schulzenstein S. 48 und dessen Allegate); das sächs. *G.B.* § 2585; die thür. Erbgesetze; das öst. *G.B.* § 774; *Mommser* § 503. Der Entw., welcher schon in Ansehung der bedingten Erbeinsetzung, der Vor- und Nacherbschaft von vielen Rechten wesentlich abweicht, kann um so weniger in dieser Hinsicht auf das geltende Recht zurückgreifen, als auf diesem Gebiete dessen Reformbedürftigkeit nicht wohl anzuzweifeln ist (vgl. Schulzenstein S. 208, ufl.). — Der Wegfall der Beschränkungen führt zu einer Wirkung ganz anderer Art als die sonst bestimmten Wirkungen des Pflichttheilsrechtes. Der Nachlaß wird nicht mit einer Geldverpflichtung beschwert, sondern Verfügungen des Erblassers werden zu Falle gebracht. Dies geht über den Zweck des Pflichttheilsrechtes hinaus. Ohne genügenden Grund wird einer rechtsgeschäftlichen Verfügung des Erblassers die Wirksamkeit versagt, dem durch die Verfügung Bedachten das ihm gewährte Recht entzogen; die Pflichttheilslast wird willkürlich auf diesen Bedachten gewälzt, während sie doch den Nachlaß im Ganzen zu treffen hat. Bei dieser Art der dinglichen Wirkung wird das Pflichttheilsrecht in einer Weise zur Geltung gebracht, welche nicht paßt zu der Weise, in welcher in den gewöhnlichen Fällen das Pflichttheilsrecht geltend zu machen ist, nämlich durch Erhebung des persönlichen Anspruches. Bei einer solchen Regelung bleibt ferner kein Raum für die Anwendung der Vorschriften über Verjährung des Anspruches, über die Ausgleichungspflicht usw., während diese Vorschriften eine gerechte und notwendige Begrenzung des Pflichttheilsrechtes enthalten. Hiernach verdient es den Vorzug, die Uebereinstimmung mit den Grundsätzen der §§ 1978 ff. auch in dieser Beziehung festzuhalten. Demgemäß kann die beschränkte oder beschwerte Zuwendung des Bruchtheiles eines Erbtheiles oder eines Vermächtnisses zur Erfüllung der im § 1975 dem Erblasser auferlegten Hinterlassungspflicht nicht genügen. Es kann auch nicht unterschieden werden, ob die Beschränkung materielle oder nur mehr formelle Wirkungen hat, wie sich von der Ernennung eines Vollstreckers behaupten läßt. Denn im letzteren Falle hat der Berechtigte weder das Recht der freien | Verfügung über | S. 395.
den Nachlaß als Erbe, welches er ohne eine solche Beschränkung haben würde, noch einen festen Anspruch auf die Wertherstattung, während ihm doch das Eine oder das Andere gewährt werden muß. Dem Berechtigten kann eine solche Einsetzung oder Zuwendung nicht ohne seinen Willen aufgedrängt werden; ihm muß mindestens freistehen, unter Ablehnung der Einsetzung oder Zuwendung lediglich den ihm zustehenden Geldanspruch geltend zu machen. Die hiernach nöthigen Vorschriften enthalten die §§ 1981, 1982. Bei deren Rechtfertigung ist des Näheren auf die einzelnen in Betracht kommenden Fälle einzugehen.

1. Ist der Pflichttheilsberechtigte als Erbe eingesetzt, aber beschränkt, sei es durch Einsetzung eines Vor- oder Nacherben, durch Ernennung eines Vollstreckers, durch eine Teilungsanordnung, sei es dadurch, daß er nur als Ersatzerbe eingesetzt ist, oder ist er zwar als Erbe eingesetzt, aber einem Anderen wegen dessen Pflichttheilsanspruches verpflichtet, also belastet, so soll er, abweichend vom Falle des § 1970, die Erbschaft ausschlagen und alsdann den Pflichttheilsanspruch geltend machen können, wie wenn er von der Erbschaft ausgeschlossen wäre (§ 1981 Satz 1). Nicht unterschieden wird, ob dem Berechtigten als Erben genau die Hälfte seines gesetzlichen Erbtheiles oder ein geringerer oder größerer Bruchtheil hinterlassen ist; dies beruht auf der S. 394 dargelegten Auffassung. — Einbezogen sind die Fälle der §§ 1805, 1808 durch die Worte „Einsetzung eines

4. Beschränkung zc.

| S. 395.

Beschränkte, beschwerte, belastete Erbeinsetzung.

Vorerben oder Nacherben". — Die Ersatzberufung ist, so lange sie nicht in Wirksamkeit getreten ist, einer aufschiebend, die ansehbare Einsetzung einer auflösend bedingten Zuwendung gleich zu behandeln; eines besonderen Ausdruckes hierfür bedarf es nicht.

In gleicher Weise wie die durch den Erblasser erfolgte Beschwerung muß die vom Geseze bestimmte Verpflichtung des selbst pflichttheilsberechtigten Erben in Ansehung des Pflichttheilsanspruches eines anderen Berechtigten wirken.

Wegfall der
Beschränkung
2c.

Ist die den Grund des Ausschlagungsrechtes bildende Beschränkung, Beschwerung oder Pflichttheilslast vor dem Eintritte des Erballes erledigt, so kann sie selbstverständlich gar nicht in Betracht kommen, da die Verfügung von Todeswegen erst mit dem Eintritte des Erballes überhaupt in Wirksamkeit tritt, mithin als von der Beschränkung usw. befreit anzusehen ist. Nach den allgemeinen Grundsätzen muß der Erledigung vor dem Erballe die Erledigung nach dem Erballe dann gleichstehen, wenn die Beschränkung usw. in einer Weise sich erledigt, daß sie von Anfang an jede Wirkung verliert, also derjenige Rechtszustand hergestellt wird, welcher in dem erstbezeichneten Falle vorhanden sein würde. Diese Folge wird wegen der Wichtigkeit des Falles besonders ausgesprochen (§ 1981 Satz 2). Die Worte „mit allen Wirkungen | weggefallen“ weisen darauf hin, daß der Wegfall rückwirkende Kraft haben muß, wenn die Vorschrift Anwendung finden soll. Die Voraussetzungen der Vorschrift liegen also nicht vor, wenn die Einsetzung als Nacherbe erst nach dem Erballe wirksam wird, wohl aber insbes. in folgenden Fällen: wenn die der Erbeinsetzung beigelegte auflösende Bedingung ausfällt, wenn die Ersatzberufung eines Anderen wegfällt, wenn der Fall der Ersatzberufung des Berechtigten eingetreten ist, wenn die aufschiebende Bedingung, unter welcher der Berechtigte eingesetzt war, oder wenn der Anfangstermin eingetreten ist, wenn die Ernennung eines Vollstreckers oder die Teilungsanordnung unwirksam geworden ist, wenn das Vermächtniß in Folge der Ausschlagung des Bedachten oder aus anderen Gründen ohne Wirkung ist, wenn die Auflage weggefallen ist usw. In solchen Fällen ist auch der Grund für das Ausschlagungsrecht des Berechtigten weggefallen; der nunmehr befriedigte Berechtigte kann sich nicht mehr durch Ausschlagung der Einsetzung den Pflichttheilsanspruch verschaffen. Ist aber die Ausschlagung bereits während der Schwebzeit erfolgt, so muß diese ihre Wirkungen behalten, sowohl zu Gunsten als zu Ungunsten des Berechtigten, da die Ausschlagungserklärung unwiderprüflich (§ 2039) und die Befügung einer Bedingung nicht gestattet ist (§ 2035). Dem Berechtigten ist jedoch in solchem Falle die Befugniß gewährt, die Ausschlagungserklärung anzufechten (§ 2040).

| §. 396.

Wirkung der
Nicht-
ausschlagung.

Wird der Erbtheil ausgeschlagen, so findet der § 1876 Anwendung (vgl. § 1996 Abs. 2). Die Zweifel, welche sich erheben, wenn die beschränkte, beschwerte oder belastete Erbschaft nicht ausgeschlagen ist, werden dahin gelöst, daß alsdann ein Pflichttheilsanspruch nur insoweit zusteht, als der zugewendete Erbtheil die Hälfte des gesetzlichen Erbtheiles nicht erreicht. Für die Berechnung dieses Anspruches wird der nicht ausgeschlagene Erbtheil so in Rechnung gestellt, als wäre er nicht beschränkt, nicht beschwert oder nicht (mit einem Pflichttheilsanspruch) belastet (§ 1981 Abs. 2). — Der Berechtigte kann in solchem Falle den ihm zugewendeten Erbtheil oder die ihm zugewendete Erbschaft annehmen und sich dadurch die dem Berechtigten an sich nicht zustehenden Rechte als Miterbe oder Erbe verschaffen; alsdann erlangt er insbes. das wichtige Recht auf Aufhebung der Gemeinschaft. Nimmt der ihm zugewendete Bruchtheil des gesetzlichen Erbtheiles den Pflichttheilsbruchtheil nicht erreicht. Im Ausnahmefalle behält er den nach § 1979 ihm zustehenden Anspruch auf Zahlung des Geldwerthes des mangelnden Bruchtheiles. Diese Ausnahme beruht auf Billigkeitsrücksichten. Bei Prüfung der einzelnen Fälle ergibt sich Folgendes:

Beschränkung.

| §. 397.

a) Dem Berechtigten ist eine Beschränkung durch Einsetzung eines Vor- oder Nacherben, durch Befügung einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins oder durch Ernennung eines Vollstreckers oder durch eine Teilungsanordnung auferlegt. Bei der Ermittlung des anzunehmenden | Werthes des Hinterlassenen die Beschränkung gleichfalls in Rechnung zu stellen, wäre vielleicht noch im Falle der Befügung eines festen Endtermins ausführbar; in allen anderen bezeichneten Fällen würde aber die Feststellung des werthmindernden Einflusses der Beschränkung kaum durchgeführt werden können und jedenfalls großen Schwierigkeiten unterliegen. Im Interesse einer einfachen Gestaltung des Rechtsverhältnisses ist es daher geboten, eine solche Feststellung zu ersparen. Außer den Gründen äußerer Zweckmäßigkeit spricht dafür, daß dem Berechtigten in der Stellung als Erbe gleichsam etwas angeboten wird, was das ihm Gebührende übersteigt. Das Angebot ist so aufzufassen, daß gegenüber dem Berechtigten der Vortheil dieses Mehr, welcher sich gleichfalls nicht berechnen läßt, den Nachtheil der Beschränkung ausgleichen soll. Der Berechtigte kann nur dieses Mehr im Ganzen annehmen oder im Ganzen ablehnen, nicht aber den Vortheil annehmen und den mit dem Vortheile untrennbar verbundenen Nachtheil von sich abwenden.

Für den Fall, daß der dem Erballe bald folgende Eintritt der Nacherbfolge für den Berechtigten den Vortheil der Vorerbschaft unter den Betrag des Pflichttheiles herabmindert, zu be-

stimmten, der Berechtigte könne den Werthunterschied so fordern, als seien ihm nur die Zwischen-
 nungen vermacht, wäre nicht angemessen. Eine solche Unterscheidung würde, ganz abgesehen
 davon, daß sie das Gesetz verwickelt, nicht gerechtfertigt sein. Auch in diesem Falle mag der
 Berechtigte erwägen, ob er die Stellung als Erbe (wenn auch nur als Vorerbe), welche einen nach
 dem Pflichttheilsrechte ihm nicht gebührenden Vortheil einschließt, als volle Befriedigung annehmen
 will; dann muß er aber auch den Nachtheil auf sich nehmen, welcher mit diesem Vortheile ver-
 bunden ist. — Den Fall, daß dem Berechtigten als Nacherben ein Erbtheil hinterlassen ist, anders
 zu regeln, kann deshalb geboten erscheinen, weil in diesem Falle der Berechtigte zur Zeit des
 Erbfales nach § 2033 noch gar nicht in der Lage ist, die Nacherbenschaft auszuschlagen. In dieser
 Hinsicht ist jedoch durch § 1832 Abs. 2 Fürsorge getroffen, so daß kein Anlaß besteht, auf den
 Gesichtspunkt des Wegfales des Rechtsgrundes für den Fall des Eintrittes der Nacherbfolge näher
 einzugehen.

Ist der Pflichttheilsberechtigte als Ersatzerbe eingesetzt, so kann er nach § 2034 Abs. 2
 sofort nach dem Erbfales ausschlagen, auch wenn der Anfall an ihn noch nicht erfolgt ist.

b) Der Berechtigte ist im bezeichneten Falle mit Vermächtnissen oder Auflagen beschwert.
 Zwischen diesem Falle und den zu a erörterten Beschränkungen waltet ein tiefgreifender Unterschied
 ob. Die Beschränkung hängt untrennbar mit dem beschränkten Rechte zusammen und bildet eine
 Eigenschaft (Qualifikation) desselben. Die Annahme einer Erbschaft in Unkenntniß der vom Erb-
 lassers bestimmten Beschränkungen ist unwirksam, da durch die Beschränkungen der Gegenstand der
 Annahmeerklärung sich ändert. Die Beschwerde hingegen gründet sich in einer selbständigen
 Verfügung des Erblassers. Das Recht des Beschwerden wird durch die Beschwerde in seinem
 Wesen nicht geändert. Demgemäß läßt die Unkenntniß von einer Beschwerde der Annahme-
 erklärung des Beschwerden an sich ihre volle Wirksamkeit. | Nichtsdestoweniger ist es gerechtfertigt, | S. 398.
 die Fälle der Beschwerde ebenso zu behandeln wie die Fälle der Beschränkung. Die zu a an-
 geführten Gründe treffen auch in Ansehung der Beschwerde im Wesentlichen zu. Soll dem
 Willen des Erblassers in den Grenzen des gesetzlich Gestatteten möglichst Geltung verschafft werden,
 so wird er so zu verstehen sein, als hätte der Erblasser dem Berechtigten, gleichsam unter Voraus-
 setzung der cautela Socini, die Wahl gelassen, entweder den Erbtheil gerade so zu nehmen, wie er
 ihm angeboten ist, also mit der Beschwerde, oder den Anspruch auf den vollen Pflichttheil in
 Geld, unter Ausschlagung des Erbtheiles, zu erheben. Der Umstand, daß die Werthermittelung
 bei Beschwerden meist weniger schwierig ist, als bei Beschränkungen, kann darin nichts ändern.
 Eine anomale dingliche Wirkung würde auch dann dem Pflichttheilsrechte nicht beigelegt werden,
 wenn dem Berechtigten die Befugniß beigelegt würde, aus dem Erbtheile zunächst sich selbst in
 Ansehung seines Pflichttheiles zu befriedigen. Denn die beschwerenden Anordnungen des Erb-
 lassers behalten ihre Gültigkeit und Wirksamkeit. Ähnlich wie im Falle des § 1876 würde auch
 hier eine Uebertragung der Verpflichtung auf andere Personen stattfinden; das Recht aus der Be-
 schwerde würde also materiell nicht berührt und dagegen der Vortheil für den Berechtigten
 erreicht werden, daß er nicht auf ein persönliches Forderungsrecht beschränkt ist, sondern in der
 Stellung als Erbe sich auf einem gesicherten und unmittelbaren Wege den ihm gebührenden Betrag
 verschaffen kann. Aber damit würde doch dem Berechtigten ein Vortheil anomaler Natur zu-
 gestanden werden; dies ließe sich nicht rechtfertigen und würde unüberwindliche Schwierigkeiten in
 Ansehung der Verjährung des Pflichttheilsanspruches schaffen.

Eine Schwierigkeit bleibt freilich bei dem angenommenen Grundsätze. Nicht ausgeschlossen
 ist, daß eine Beschwerde dem Berechtigten erst später, vielleicht nach Jahren zur Kenntniß gelangt.
 Die Annahme des Erbtheiles unterscheidet sich von der gewöhnlichen Annahme einer Erbschaft darin,
 daß, während sonst die Annahme der Erbschaft dem Erben nur das definitive Recht als Erbe ge-
 währt und dadurch dem Erben bei ordnungsmäßigem Verfahren eine Schädigung in der Regel
 nicht erwachsen kann, der Pflichttheilsberechtigte durch die Annahme der Geltendmachung seines
 Pflichttheilsanspruches beraubt wird. Indessen ist im § 2034 Abs. 1 dem Berechtigten dadurch
 geholfen, daß die Ausschlagungsfrist erst läuft, nachdem er von der Beschwerde Kenntniß erlangt hat.

c) Der Pflichttheilsberechtigte ist einem anderen Berechtigten wegen dessen Anspruches auf
 den Pflichttheil verpflichtet. Diese kraft Gesetzes eintretende Beschwerde muß auch im Falle der
 Nichtausschlagung der Erbschaft des Erbtheiles ebenso behandelt werden, wie die seitens des Erb-
 lassers bewirkte Beschwerde. Jedensfalls ist es nicht zulässig, diese Last mit dinglicher Wirkung
 zu ermäßigen. Denn der Grundsatz, daß die Pflichttheilslast auf dem Nachlasse ruht und jeden
 Erben nach Verhältnis seines Erbtheiles trifft (§ 1994), darf auch dann keine Ausnahme erleiden,
 wenn der haftbare Erbe selbst pflichttheilsberechtigt ist. In Frage kann nur kommen, ob eine
 Ausgleichung unter den Erben auf Grund des anzunehmenden Willens des Erblassers stattzu-
 finden hat, durch welche der pflichttheilsberechtigte Erbe, soweit sein eigener Pflichttheil gemindert
 werden würde, von der Theilnahme an der Pflichttheilslast frei wird. Von einer solchen Aus-
 gleichung kann nur die Rede sein, wenn der pflichttheilsberechtigte Erbe nicht Alleinerbe ist. Die

Beschwerung
 mit Vermächtnissen oder
 Auflagen.

Verpflichtung
 für den
 Pflichttheil
 eines anderen
 Berechtigten.

| S. 399.

Frage muß indessen verneint werden, denn es ist davon auszugehen, der Erblasser habe dem auf einen Erbtheil eingesezten Berechtigten diesen Erbtheil so anbieten wollen, wie er nach dem Gesetze sich gestaltet. Der Erblasser kann den selbst pflichttheilsberechtigten Erben auf Kosten der Miterben erleichtern, natürlich nur mit obligatorischer Wirkung unter den Miterben; eine solche Erleichterung muß aber vom Erblasser wirklich angeordnet sein und kann nicht vermuthet werden. — Auch in Ansehung der dem Berechtigten nicht bekannt gewesenen Pflichttheilslast gegenüber einem anderen Pflichttheilsberechtigten sieht der § 2034 vor. Im Falle der Annahme des so belasteten Erbtheiles seitens des Berechtigten kommt der § 1876 nicht in Betracht, da der Annehmende von der Belastung nicht frei wird.

Uebersteigt der dem Berechtigten hinterlassene Erbtheil die Hälfte des gesetzlichen Erbtheiles, so muß der § 1981 um so mehr zur Anwendung kommen, als in diesem Falle der der cautela Socii entsprechende Wille des Erblassers noch deutlicher hervortritt.

Beschränkte
Vermächtniß-
zuwendung.
(G. § 2307.)

2. Der mit einem Vermächtnisse bedachte Pflichttheilsberechtigte kann stets das Vermächtniß ausschlagen, mag es groß oder klein, belastet oder unbelastet, beschränkt oder unbeschränkt sein, und den Pflichttheilsanspruch erheben, wie wenn ihm nichts hinterlassen wäre. Nimmt der so Bedachte ein unbeschränktes und unbeschwertes Vermächtniß an, so ist der Pflichttheilsanspruch insoweit ausgeschlossen, als der Geldwerth des Vermächtnisses reicht. Der Anspruch ist also völlig beseitigt, wenn der Geldwerth des Vermächtnisses dem Geldwerthe des Pflichttheilsbruchtheiles gleichkommt oder noch darüber hinausgeht. Dies erhellt aus § 1980. Ist das Vermächtniß aber beschränkt oder beschwert, so wird durch dessen Annahme der Pflichttheilsanspruch beseitigt, es sei denn, daß der Geldwerth des Vermächtnisses, berechnet ohne Rücksicht auf die Beschränkung oder Beschränkung, den Geldwerth des Pflichttheilsbruchtheiles nicht erreicht; in Ansehung des Werthunterschiedes bleibt der Pflichttheilsanspruch bestehen (§ 1982).

§ 400.

Auch im Falle der Nichtausschlagung des beschränkten oder beschwerten Vermächtnisses den § 1980 in der Weise anzuwenden, daß der wirkliche Werth des Vermächtnisses als in Zahlung angeboten angesehen wird, also der Werth unter Berücksichtigung der Beschränkung oder Beschränkung, erscheint nicht zulässig. In vielen Fällen würden sich große Schwierigkeiten der Schätzung ergeben. Mitunter wird eine Schätzung garnicht möglich sein. Nicht selten würde eine Zwischenzeit der Ungevißheit eintreten und erst nachträglich eine Werthermittelung möglich werden. Dazu kommt, daß es sich, soweit die Grenzen der Testirfreiheit des Erblassers reichen, um dispositives Recht handelt, also mit dem anzunehmenden Willen des Erblassers zu rechnen ist. Wendet der Erblasser dem Berechtigten einen Gegenstand unbeschwert und unbeschränkt zu, so kann man wohl annehmen, er wolle ihm diesen Gegenstand seinem Werthe nach in Anrechnung auf den Pflichttheil anbieten. Ist aber das Vermächtniß beschwert oder beschränkt, so ist mit Rücksicht auf die Unzweckmäßigkeit und die praktischen Schwierigkeiten der Werthermittelung nicht wohl anzunehmen, daß dem Erblasser das Anbieten einer Leistung als Erfüllung an Zahlungsstatt vorgeschwebt habe. Weit eher läßt sich davon ausgehen, der Erblasser habe einen der cautela Socii entsprechenden Willen gehabt. Demgemäß kann auch darauf kein Gewicht gelegt werden, daß dem Berechtigten durch Anbieten eines so beschwerten oder beschränkten Vermächtnisses nicht anderweite Vortheile, wie durch Anbieten eines Erbtheiles geboten werden, und daß das beschränkte oder beschwerte Vermächtniß, wenn es angenommen wird, in gleicher Art wirkt, wie das unbeschränkte und unbeschwerte, obgleich dem Berechtigten nicht dessen voller Geldwerth zufällt, vielmehr nur der Werth, welcher nach Abzug der Beschränkungen oder Beschränkungen übrig bleibt. Daß der Berechtigte das Vermächtniß auch dann ausschlagen kann, wenn es aufschiebend bedingt oder sonst noch nicht angefallen ist, erhellt aus § 1873 Abs. 2 Satz 2.

Ersatz-
berufung.

Werth des Zu-
gewendeten.

Von der Ersatzberufung in Ansehung eines Vermächtnisses gilt ebenfalls das §. 395 in Ansehung der Ersatzberufung auf den hinterlassenen Erbtheil Bemerkte. So lange die Ersatzberufung nicht in Wirksamkeit getreten ist, liegt eine aufschiebend bedingte Zuwendung vor. Die ansehbare Vermächtnißzuwendung ist auch hier einer auflösend bedingten Zuwendung gleichzustellen. — In Ansehung des dem Berechtigten beschränkt oder beschwert zugewendeten Vermächtnisses kann es gleichfalls einen Unterschied nicht machen, ob es genau den Werth des Pflichttheilsbruchtheiles erreicht oder dahinter zurückbleibt oder ob eine Mehrzuwendung vorliegt (vgl. §. 395).

Aus-
schlagungs-
frist.

Zu prüfen bleibt, ob nicht zu bestimmen sei, daß die Ausschlagung des hinterlassenen Erbtheiles oder Vermächtnisses bei Verlust des Pflichttheilsanspruches innerhalb der für die Erbschaftsausschlagung bestimmten gesetzlichen Frist erklärt werden müsse. In Ansehung des Erbtheiles bedarf es besonderer Vorschriften jedenfalls nicht. Ist aber ein Vermächtniß hinterlassen, so würde durch die Aufnahme einer derartigen Vorschrift der Berechtigte mit einem Rechtsnachtheile bedroht, welcher ihn als Vermächtnißnehmer nach § 1873 sonst nicht trifft. Aus der Verzögerung der Entscheidung können sich Unzuträglichkeiten für den Erben ergeben, z. B. wegen des Tragens der Gefahr, wegen der Erhaltung des vermachten Gegenstandes, wegen der Verfügung zum Zwecke

der Liquidirung des Nachlasses und dergl. Diese Unzuträglichkeiten rechtfertigen indessen eine solche Vorschrift nicht (vgl. S. 186).

In Ansehung der Uebertragbarkeit und Vererblichkeit des Rechtes des Pflichttheilsberechtigten, anzunehmen oder auszuschlagen bestimmt der § 1992. Die Aufnahme von besonderen Vorschriften an dieser Stelle ist nicht erforderlich. In allen Fällen, in welchen dem Berechtigten nicht der ihm gebührende Bruchtheil des gesetzlichen Erbtheiles unbeschränkt und unbeschwert gewährt, sondern ihm in anderer Weise etwas hinterlassen ist, erwirbt er mit dem Eintritte des Erbfales einmal definitiv den Pflichttheilsanspruch und dann den der Ausschlagung unterworfenen, vielleicht auch aufschiebend bedingten Anspruch aus der Hinterlassung. So lange er das Hinterlassene noch nicht ausgeschlagen hat, ist er nur in der Geltendmachung des Pflichttheilsanspruches gehindert. Dieser entsteht schon mit dem Eintritte des Erbfales (§ 1992 Abs. 1); die Entstehung ist nicht als bis zur Entscheidung der Ausschlagungsfrage hinausgeschoben anzusehen. Würde letzteres angenommen, so müßten sich Schwierigkeiten in Ansehung der Verjährung ergeben. Dem Berechtigten kann nicht gestattet werden, durch Hinausschiebung seiner Willensentscheidung den Beginn der Verjährung hinauszuschieben. Andererseits würde es eine Anomalie sein, wenn die Verjährung bereits zu einer Zeit beginnen sollte, in welcher die Forderung noch nicht besteht, auch deren Entstehung nicht vom bloßen Willen des Berechtigten abhängt (§ 158 Mot. 1 S. 308). Der Pflichttheilsanspruch kann ganz oder theilweise durch Annahme des Hinterlassenen wegfallen. Nimmt der Berechtigte das Hinterlassene an und beseitigt er damit den Pflichttheilsanspruch, so erwirbt er statt desselben das ihm Hinterlassene. — Darüber, wie die Pflichttheilslast zu tragen ist, wenn der Berechtigte das ihm Hinterlassene ausschlägt, vgl. die §§ 1996—1998.

Uebertragbarkeit, Vererblichkeit. §. 401.

Wenn in Folge der Ausschlagung des Hinterlassenen auf Grund der nunmehr eintretenden gesetzlichen Erbfolge der Berechtigte gesetzlicher Erbe ist, so kann der Ausschlagende insofern leicht gefährdet werden, als er das ihm auf Grund der gesetzlichen Erbfolge Anfallende nach § 2038 Abs. 1, 2 noch besonders ausschlagen muß. Die Nothwendigkeit einer zweiten Ausschlagung kann dem Berechtigten leicht entgehen und er kann alsdann möglicherweise seinen Pflichttheilsanspruch ganz verlieren, wenn der durch Beschwerden erschöpfte gesetzliche Erbtheil in Ermangelung einer zweiten Ausschlagung als von ihm angenommen gilt. Eine solche Gefährdung kann indessen auch in anderen Fällen als im Falle der Pflichttheilsberechtigung eintreten. Deshalb ist für alle diese Fälle im § 2038 Abs. 3 besonders vorgeesehen. Eine Vorschrift dahin, daß der ausschlagende Berechtigte durch die Ausschlagung auch von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist, würde nicht angemessen sein; sie könnte unter Umständen zum Nachtheile des Berechtigten gereichen und ihm werthvolle Erbtheile entziehen, zB. wenn die Erbeinsetzungen zum Theile nachträglich unwirksam geworden sind.

Gesetzliche Erbfolge in Folge der Ausschlagung.

§ 1983 (II 2175, B. 2283, R. 2282, G. 2309).

Demselben Stamme darf nicht zweimal ein Pflichttheil gewährt werden. Dies wird, in Zusammenfassung der verschiedenen Fälle, insbes. auch | der §§ 1981, 1982, dahin ausgedrückt, daß, wenn für einen Abkömmling der Pflichttheilsanspruch begründet oder in Folge einer Zuwendung ausgeschlossen ist, den Abkömmlingen dieses Abkömmlinges sowie den Eltern des Erblassers ein Pflichttheilsrecht nicht zusteht. Mit Rücksicht auf die §§ 1972, 1992 Abs. 2 ist eine Vorschrift schon deshalb erforderlich, weil, wenn es in Folge der Ausschlagung so angesehen wird, als sei der Ausschlagende schon vor dem Erblasser gestorben, der Zweifel nahe liegt, ob nicht mehrere Pflichttheilsansprüche für denselben Stamm geltend gemacht werden können. Damit aber würde die auf dem Nachlasse ruhende Last, entgegen dem Zwecke des Institutes, vervielfacht werden können. Die Fassung des § 1975 würde ohne diese Vorschrift sehr wohl zu einer solchen, deshalb ausdrücklich abzulehnenden Auffassung Anlaß geben können. Die Ausschlagung des Berechtigten hat also in den bezeichneten Fällen in Ansehung des statt seiner einrückenden Berechtigten dieselbe Wirkung wie die Annahme.

III. Nur ein Pflichttheil für denselben Stamm. §. 402.

Außer dem Falle der Ausschlagung müssen aber alle Fälle, in welchen in Folge des Verzichtes oder der Erbnunwürdigkeitserklärung eines vorgehenden gesetzlichen Erben vermöge der eintretenden successio gradus et ordinis in dem nunmehr berufenen gesetzlichen Erben die Voraussetzungen für das Pflichttheilsrecht des letzteren sich erfüllen würden, getroffen werden. Für alle diese Fälle wird das Pflichttheilsrecht des nunmehr berufenen Erben verneint, mag er in Wirklichkeit zur Erbschaft gelangen oder nicht, falls der vorgehende gesetzliche Erbe wegen seines gesetzlichen Erbrechtes befriedigt ist, sei es durch den ihm erworbenen Pflichttheilsanspruch, sei es durch die ihm zum Zwecke seiner Befriedigung wegen des Pflichttheiles gemachten Zuwendungen. Denn durch die Befriedigung oder die als Befriedigung anzusehende Hinterlassung des unbeschränkten und unbeschwerteten Pflichttheilsbruchtheiles (§ 1975) an den vorgehenden Pflichttheilsberechtigten ist die Hinterlassungspflicht des Erblassers erschöpft. In allen diesen Fällen muß ausgeschlossen bleiben, daß die eintretende successio gradus et ordinis zu einer Vervielfältigung der Pflichttheilslast führt.

Entziehung. Der Fall der Pflichttheilsentziehung ist nicht dem Falle gleichzusetzen, daß der Berechtigte wegen seines Pflichttheiles befriedigt wird. Eine Entziehung kann in Verbindung mit solchen Zuwendungen vorkommen, welche der Erblasser dem Bedachten als einem Unberechtigten und nicht an Zahlungsstatt auf den Pflichttheil hat machen wollen. Es versteht sich von selbst und bedarf nicht eines besonderen Ausdruckes, daß von der Annahme derartiger Zuwendungen nicht das Gleiche gilt. — Auszusprechen, daß, wenn der Erblasser den Pflichttheil, obchon er dazu berechtigt ist, einem Abkömmlinge nicht gänzlich, sondern nur theilweise entzogen hat, in den hier in Rede stehenden Fällen der Pflichttheil der entfernteren Abkömmlinge und der Eltern um den dem ersteren Abkömmlinge belassenen Theil des Pflichttheiles sich mindert, ist für entbehrlich erachtet. Es handelt sich um eine jedenfalls nur selten zur Anwendung kommende Folgerung, welche klarzustellen deshalb nicht erforderlich ist. Auch ohne eine Anleitung im Gesetze wird nicht verkannt werden, daß die nur theilweise Entziehung | des Pflichttheiles ähnlich wirkt wie eine nur theilweise Ausschließung von der gesetzlichen Erbfolge.

| §. 403.

§ 1984 (II 2176, B. 2284, R. 2283, G. 2310).

IV. Berech-
nung.
1. Mit-
zuzählende
Personen.

Behufs Feststellung der Größe des Pflichttheiles muß bestimmt werden, welche Personen mitzuzählen sind. Es sollen mitgezählt werden diejenigen, welche die Erbschaft ausgeschlagen haben oder durch Verfügung des Erblassers oder durch Erbverzicht von der Erbfolge ausgeschlossen oder für erbunwürdig erklärt sind.*) Die Ausschließung durch letztwillige Verfügung deckt sowohl den Fall, daß der Pflichttheilsberechtignte thatsächlich nicht Erbe wird nur wegen dieses Grundes, als den Fall, daß der Berechtigte als Erbe eingesetzt war, aber, weil er mit Beschränkungen, Beschränkungen oder Belastungen eingesetzt war, ausschlägt.

Daß es sich nur um die Berechnung des Pflichttheilsbruchtheiles handelt, machen die Worte „bei der Feststellung der Größe des Pflichttheiles“ erkennbar. Dadurch wird die Auffassung ausgeschlossen, als sollten auch in Ansehung der Frage, ob das Pflichttheilsrecht zusteht, diejenigen gesetzlichen Erben mitgezählt werden, welche ausschlagen, in Folge vertragsmäßigen Verzichtes nicht Erben werden, für erbunwürdig erklärt sind, oder welchen der Pflichttheil entzogen ist.

Die Gestaltung der gesetzlichen Erbfolge, wie solche in Ermangelung einer Verfügung des Erblassers von Todeswegen eintreten würde, bildet die nothwendige Grundlage für die Gestaltung des Pflichttheilsrechtes. Diese Beziehung zwischen gesetzlicher Erbfolge und Pflichttheilsrecht erhellt bereits aus § 1975. Steht dem Pflichttheilsberechtignten das Recht auf die gesetzliche Erbfolge in Gemeinschaft mit anderen Personen zu, so scheidet nach § 1972 derjenige, welcher ausschlägt oder auf sein Erbrecht verzichtet hat, von der Erbfolge ausgeschlossen oder für erbunwürdig erklärt ist, in der Weise aus, als wäre er vor dem Erblasser gestorben. Dieses Ausscheiden beruht auf Thatsachen, welche Ausnahmefälle zur Voraussetzung haben. Treten derartige Thatsachen ein, so wird im einzelnen Falle die gesetzliche Erbfolge modifizirt. Es kann zweifelhaft erscheinen, ob das Pflichttheilsrecht nach der einfachen | oder nach der modifizirten gesetzlichen Erbfolge zu bemessen ist. Das geltende Recht entscheidet überwiegend dahin, daß die einfache gesetzliche Erbfolge maßgebend ist; nur für den Fall des Erbverzichtes kann bestritten werden, daß das geltende Recht diese Neigung verrathe. Für die modifizirte gesetzliche Erbfolge läßt sich geltend machen, daß damit ein vollkommener Einflang zwischen der gesetzlichen Erbfolge und dem Pflichttheilsrechte erzielt wird. Dagegen sprechen indessen erhebliche Gründe.

| §. 404.

Gründe für
die
Entscheidung.

Es kommt darauf an, daß jedem Erblasser erkennbar wird, wie weit er in seiner Verfügung gehen kann, ohne die ihm nach § 1975 obliegende Pflicht zu verletzen. Dieser Umstand spricht entscheidend gegen die Nichtmitzählung des Ausschlagenden, des Erbunwürdigen usw. Denn der Erblasser kann nicht immer voraussehen, welche Modifikationen im Einzelfalle eintreten werden, während er die Gestaltung der einfachen gesetzlichen Erbfolge, abgesehen von thatsächlichen Irrthümern, sehr wohl zu übersehen vermag. Würde freilich davon ausgegangen, die Berücksichtigung der Modifikationen sei das Natürliche, sie sei von vornherein gegeben und deren Nichtberücksichtigung ei eine nicht zulässige Erweiterung der Testirfreiheit des Erblassers, so würde die abgelehnte Entscheidung sich rechtfertigen. Allein diese Auffassung ist nicht die Auffassung des Entw. Der Pflichttheilsberechtignte hat vielmehr an sich gar keinen Anspruch auf Berücksichtigung der Thats-

*) Wegen des rechtmäßig Enterbten vgl. Windscheid § 585 Anm. 9; Roth § 342 Anm. 104; ALR. II 2 § 417; sächs. GB. § 2571; goth. G. § 64 Abs. 2, uM.; für Nichtmitzählung bayer. LR. III 3 § 15 Nr. 3; öst. GB. § 767; Mommsen §§ 472, 497; — wegen des Ausschlagenden Roth § 342 Anm. 106; für ALR. Cecius § 248 Anm. 57; sächs. GB. § 2571; Mommsen § 474; für Nichtmitzählung bayer. LR. III 3 § 15 Nr. 5; — wegen des Verzichtenden ALR. II 2 § 488; bayer. LR. III 3 § 15 Nr. 3; für Nichtmitzählung Windscheid § 580 Anm. 4; Roth § 342 Anm. 114; öst. GB. § 767; Mommsen § 472; goth. G. § 64 und sächs. GB. §§ 2571, 2572 (falls er nicht eine Abfindung erhielt); — wegen des Erbunwürdigen Roth § 342 Anm. 5; für ALR. Cecius § 279 Anm. 23; für Nichtmitzählung öst. GB. § 767; bayer. LR. III 3 § 15 Nr. 3; Mommsen § 472.

umstände, welche sich, unabhängig von seinem Willen oder seiner Mitwirkung, zutragen. Die Bestimmung des Pflichttheilsbruchtheiles an Thatsachen zu knüpfen, welche nur ausnahmsweise eintreten, und deren Eintritt mehr oder weniger durch den Willen der Betheiligten herbeigeführt wird, geht nicht an. Wird der ausschlagende Miterbe nicht mitgezählt, so wird der Willkür dieses Erben ein Einfluß auf den Umfang des Pflichttheiles beigegeben und eine definitive Berechnung auf lange Zeit hinaus unmöglich gemacht. Wird derjenige, welchem der Pflichtheil mit Grund entzogen ist, oder wird der Erbunwürdige nicht mitgezählt, so hat die Handlungsweise des Ausschlagenen oder Unwürdigen, welche mit solchen Folgen bedroht ist, mittelbar die Folge, daß der Pflichtheil eines anderen Berechtigten sich erhöht. Zweifel kann der Fall des vertragsmäßigen Erbverzichts hervorrufen. Am nächsten liegt es jedoch, den vorausgehenden Erbverzicht ebenso zu behandeln, wie die nachfolgende Ausschlagung. Würde für den Verzicht gegen Entgelt mit dem sächs. G.B. § 2572 ein Anderes bestimmt, so würde die Einfachheit des Gesetzes gestört und Anlaß gegeben zu Streitigkeiten. Demgegenüber kann nicht entscheidendes Gewicht darauf gelegt werden, daß der entgeltliche Verzicht sich als eine theilweise anticipirte Erbfolge darstellt. Dazu kommt, daß nicht immer feststehen wird, ob ein entgeltlicher Verzicht vorliegt, noch weniger, ob die Gegenleistung eine angemessene ist und in welcher Höhe eine solche versprochen oder erfolgt ist. Es liegt aber auch im Interesse des Berechtigten, daß er weiß, wie hoch sich sein Pflichtheil beläuft. Dieser Umstand spricht gleichfalls gegen den Anschluß an die modifizierte gesetzliche Erbfolge.

Eine dem A.N. II 2 § 607 entsprechende Vorschrift, durch welche die Beeinträchtigungen abgewendet werden würden, welche die Aussichten der gegenüber dem Legitimierten oder Legitimierenden der gegenwärtigen Sachlage nach Pflichttheilsberechtigten vermöge des Zutrittes der in Folge der Legitimation durch Ehelichkeitserklärung Pflichttheilsberechtigten erleiden, kann nicht für angemessen erachtet werden. Dagegen spricht schon der Umstand, daß eine solche Beeinträchtigung nicht als Rechtsverletzung sich charakterisirt, da die Beeinträchtigung kein wohlervorbenes Recht auf einen der damaligen Sachlage entsprechenden Pflichtheil haben. Ein Bedürfnis zu solchen Vorschriften kann um so weniger anerkannt werden, als die Ehelichkeitserklärung nicht durch ein einfaches Rechtsgeschäft, sondern durch einen Staatsakt erfolgt (§ 1583), und dadurch ein Mißbrauch zu dem Zwecke, Veränderungen in den die Gestaltung des Pflichttheilsrechtes bestimmenden Voraussetzungen der gesetzlichen Erbfolge herbeizuführen, ausgeschlossen erscheint. Ueberdies wäre es kaum gerechtfertigt, eine solche Vorschrift aufzunehmen, wenn nicht auch das Pflichttheilsrecht der unehelichen Kinder einer adoptirenden Frau und das der Eltern des Angenommenen bei der Annahme an Kindesstatt, endlich das der unehelichen Mutter bei der Legitimation durch Ehelichkeitserklärung in entsprechender Weise gegen Beeinträchtigungen gesichert würde. Für alle diese Verhältnisse sind entsprechende Schutzmittel nicht für erforderlich erachtet.

Durch Legitimation Zutretende. | §. 405.

§§ 1985—1987 (II 2177, 2178, B. 2285, 2287, R. 2284, 2286, G. 2311, 2313).

I. Für den Bestand des Vermögens des Erblassers läßt der § 1985 die Zeit des Erbfalles entscheiden. Durch die Worte „der Pflichtheil bestimmt sich“ wird ausgedrückt, daß der Bestand nur zur Bemessung des Pflichttheilsbetrages dient. Dem Berechtigten steht keinerlei dingliches oder obligatorisches Recht in Ansehung der einzelnen Nachlassaktiva zu, andererseits hat er aber auch nicht die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung der Nachlassgegenstände zu tragen. — Die Vorschrift stimmt im Wesentlichen mit dem geltenden Rechte, soweit es für den Entw. in Betracht kommen kann, überein (Windscheid § 581 Anm. 11; Roth § 342 Anm. 88; Eccius § 248 S. 357; Dernburg § 200 Anm. 1, 2; bay. P.N. III 3 § 15 Nr. 8; württ. P.N. III 14 § 7; sächs. Anm. N.F. 7 S. 368; Mommsen § 480; heff. Entw. 120). Das öst. G.B. § 786 berücksichtigt auch Vermehrungen oder Verminderungen des Nachlasses in der Zeit vom Todestage des Erblassers bis zur Entrichtung des Pflichttheiles (vgl. hiergegen Unger § 85 Anm. 3).

2. Maßgebende Zeit.

II. Ueber die Berechnung des Pflichttheiles sind noch weitere Vorschriften erforderlich; diese enthält der § 1986. Die für die Werthbestimmung maßgebende Zeit erscheint zu wichtig, um nicht besonders erwähnt zu werden (Abs. 1), zumal unter Umständen die Werthbestimmung erst nach längerer Zeit erforderlich werden kann. Für die Berechnung auf § 2105 zu verweisen, würde nicht rathsam sein, vielmehr erscheint es angemessener, den Gegenstand an dieser Stelle zu ordnen. Die Vorschrift, daß alle zum Nachlasse gehörenden Gegenstände und alle Verbindlichkeiten des Nachlasses nach dem Werthe zur Zeit des Erbfalles in Ansatz zu bringen sind (Abs. 1), stimmt im Wesentlichen mit dem geltenden Rechte (Windscheid § 581 Anm. 12; Roth § 342 Anm. 97; Unger § 81 Anm. 3, 6; Eccius § 248 S. 357; Dernburg § 200 S. 577, 578; bay. P.N. III 3 § 15 Nr. 9, 10; Mommsen § 480 Abs. 2; heff. Entw. 120) überein, jedoch finden sich mehrfach Einzelvorschriften, von welchen der Entw., um eine Kasuistik zu vermeiden, abgesehen hat; insbes. gedenken einzelne Gesetzgebungen der Begräbniskosten, der Kosten für Feststellung des Nachlasses, der Erbtheilungskosten usw., andere nur der Passiva. — Lehnen und Fideikommiss (A.N. II 2 § 397) sind hier so wenig wie bei der gesetzlichen Erbfolge zu er-

3. Werthberechnung. Maßgebende Zeit. | §. 406.

wähnen, weil das Recht der Lehen und Familienfideikommissse vom BGB. ausgeschlossen bleibt. Nach der Natur des Pflichttheilsrechtes versteht sich ferner von selbst, daß Vermächtnisse außer Betracht bleiben. — In Ansehung der dem Erblasser etwa angefallenen Erbschaften oder Vermächtnisse ist gleichfalls etwas Besonderes hier nicht zu bestimmen, da der Entw. die Haftung für den Pflichttheilsanspruch wie eine Nachlassverbindlichkeit behandelt (§ 2092 Abs. 2). Aus § 2112 Satz 4 ergibt sich, daß die ausgeschlagene Erbschaft oder das ausgeschlagene Vermächtniß als Theil der Erbschaft, von welcher der Pflichttheil zu berechnen ist, in Anrechnung kommt. Dahingestellt bleiben kann, ob nicht auch dann, wenn die Ausschlagung der Handlungsweise eines ordentlichen Hausvaters entspricht, der wirkliche Werth des Ausschlagenen in Berechnung kommt. Eine besondere Entscheidung ist nicht geboten.

Schätzung.

Eine wichtige Folge der Auffassung des Entw. ist die, daß der Werth, soweit er einer Ermittlung bedarf, auch wenn er vom Erblasser bestimmt ist, durch Schätzung festzustellen ist (Abs. 2). Der Pflichttheilsberechtigte ist nicht Miteigentümer. Selbstverständlich kann er also auch nicht auf die Veräußerung von Nachlassgegenständen behufs der Werthermittelung Anspruch haben und noch weniger deren Uebernahme zu den Werthansätzen verlangen. Diese negative Folge auszusprechen, ist nicht erforderlich. Ein solcher Ausspruch würde sich nur gegen ein Mißverständnis richten, welches durch die §§ 1975, 1976 ausgeschlossen sein dürfte (öst. GB. § 784 und für WM. Schulzenstein S. 165, 262, Eccius § 248 Anm. 90, Dernburg § 200 Anm. 22, 23). Eine Modifikation für den Fall, daß vor der Entrichtung des Pflichttheiles eine Veräußerung erfolgte (vgl. Unger § 81 Anm. 2, Anh. § 164 zum WM. II 18 § 574), ist nicht angezeigt.

Die beigelegte Ausnahme „soweit er einer Ermittlung bedarf“ berücksichtigt, daß mitunter die Werthermittelung von selbst sich erledigt, zB. | wenn ein Baarbestand zum Nachlasse gehört und wenn ein sicheres und zweifelloses Aktivum vorhanden ist. Zu beachten ist andererseits, daß auch für Verbindlichkeiten und Lasten eine Schätzung erforderlich werden kann. — In Ansehung der Gegenstände, welche einen Kurzwert haben, versteht sich von selbst, daß dieser in Betracht kommt. Die Verweisung auf den mittleren Tageskurs an dem Börsenplätze, welcher dem letzten Wohnsitze des Erblassers zunächst belegen ist, erscheint entbehrlich.

Bedingte Rechte und Verbindlichkeiten ufw.

Beigelegt sind Vorschriften über die Schätzung gewisser Rechte und Verbindlichkeiten (Abs. 3, 4). Das Bedürfnis hierfür ergibt sich aus der Erwägung, daß, falls der Bestand des Nachlasses von künftigen ungewissen Ereignissen abhängt, die Schätzung als Mittel der Werthfeststellung in den meisten Fällen praktisch nicht wohl brauchbar ist. Denn ein gewisses Maß der Wahrscheinlichkeit und der Werth der Aktiva und Passiva des Nachlasses im Verhältnisse zu einem solchen Maße lassen sich kaum jemals mit einiger Sicherheit bemessen. Dies gilt auch dann, wenn die Ungewißheit der Art ist, daß eine wahre Bedingung nicht vorliegt, also nicht allein bei bedingten Rechten und Verbindlichkeiten, sondern auch bei ungewissen oder unsicheren, zum Nachlasse gehörenden Ansprüchen und bei zweifelhaften Nachlassverbindlichkeiten. Der Entw. bestimmt demgemäß, wie zunächst der Bestand des Nachlasses festzustellen ist, und giebt besondere Ansprüche auf nachträgliche Ausgleichung für den Fall, daß die endliche Entscheidung der Ungewißheit mit jener Feststellung nicht im Einklange steht. — Möglich wäre es, bei der Feststellung des Nachlassbestandes in dieser Beziehung an die in den §§ 2137, 2138 gegebenen Vorschriften über die Behandlung solcher Rechte und Verbindlichkeiten bei der Abzugseinrede gegenüber dem seine Befriedigung verlangenden Nachlassgläubiger sich anzulehnen. Es verdient jedoch den Vorzug, den Grundsatz entscheiden zu lassen, daß, je nachdem der Schwebezustand während der bestehenden Ungewißheit zu Gunsten oder Ungunsten des Nachlasses sich gestaltet, die Ungewißheit ohne Einfluß sein soll bz. von einer für den Bestand des Nachlasses ungünstigen Entscheidung der Ungewißheit auszugehen ist. Auf ungewisse und unsichere Rechte werden die Vorschriften über Rechte unter einer aufschiebenden Bedingung, auf zweifelhafte Verbindlichkeiten die Vorschriften über Verbindlichkeiten unter einer aufschiebenden Bedingung für anwendbar erklärt.

Die verschiedene Behandlung der bedingten und unsicheren Rechte und Verbindlichkeiten bei der Berechnung des Pflichttheiles und bei der Abzugseinrede des Inventarerben rechtfertigt sich dadurch, daß bei der Abzugseinrede die Analogie des Konkurses maßgebend sein muß (vgl. § 2133 Abs. 2), während bei der Ermittlung des Pflichttheiles Gewicht darauf zu legen ist, daß der Berechtigte durch den Pflichttheil materiell in Geld so viel erhalten soll (vgl. § 1978), wie er erhalten haben würde, wenn er zu dem dem Pflichttheile entsprechenden Bruchtheile Erbe wäre. Als Erbe würde er aber den Betrag der auflösend bedingten Forderung zunächst ganz erhalten; die aufschiebend bedingten Verbindlichkeiten würde er als Erbe zunächst nicht zu erfüllen haben; die aufschiebend bedingte Forderung würde er zunächst noch gar nicht erhalten, die auflösend bedingte Verbindlichkeit würde er sofort zu erfüllen haben. Das umgekehrte Verhältniß würde in allen Fällen erst eintreten, wenn die Bedingung erfüllt ist.

| §. 408.

Eine einfache Rechtsnorm über die Berücksichtigung ungewisser Aussichten auf Vermehrung oder Verminderung des Nachlasses bei Feststellung des für den Pflichtheil maßgebenden Nachlassbestandes zu geben, erscheint angemessen. Als solche einfache Rechtsnorm stellt sich die vom Entw. gegebene dar, daß solche Aussichten, vorbehaltlich einer späteren Ausgleichung, zunächst unberücksichtigt bleiben. Diese Art der Feststellung davon abhängig zu machen, daß sie von dem einen oder anderen Theile verlangt wird, kann nicht als gerechtfertigt erachtet werden. Muß die Werthermittelung nach Maßgabe einer Schätzung unter Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit für die Verwirklichung der ungewissen Aussichten als unzweckmäßig angesehen werden, so ist deren Anwendung schon durch das Gesetz auszuschließen und kann nicht erst auf Verlangen eines Betheiligten ausgeschlossen werden. Außer Betracht bleibt hier, wie weit die Kraft eines Urtheiles reicht, welches gegen die vom Entw. aufgestellte Rechtsregel verstößt und nicht etwa davon ausgeht, daß eine Ungewißheit nicht vorliege.

Ist die auflösende Bedingung, von welcher die Beendigung des Rechtes abhängt oder die aufschiebende Bedingung, von welcher die Verbindlichkeit abhängt, eingetreten, so muß der Berechtigte zurückzahlen. In beiden Fällen zeigt sich, daß die Aktiva geringer oder die Passiva größer waren, als bei der Berechnung angenommen wurde. Das Entgegengesetzte muß eintreten, wenn die aufschiebende Bedingung, von welcher das Recht abhängt, oder die auflösende Bedingung, von welcher die Beendigung der Verbindlichkeit abhängt, eingetreten ist, da sich nunmehr zeigt, daß die Aktiva größer oder die Passiva geringer waren, als angenommen wurde.

In Ansehung der im Schlußsaze dem Erben gegenüber dem Pflichttheilsberechtigten auferlegten Feststellungs- und Einziehungsverpflichtung ist zu beachten, daß eine solche Verpflichtung nur auferlegt werden kann, wenn die Wahrscheinlichkeit eines günstigen Erfolges den Versuch der Realisirung der Forderung gebietet. In gleicher Weise ist dem Erben, welcher die Abzugseinrede erhebt, eine Diligenzpflicht gegenüber den Nachlassgläubigern im § 2137 auferlegt.

In Ansehung der Schätzung betagter und auf wiederkehrende Hebungen gehender Forderungen sind Vorschriften, wie sie das sächs. G.B. im § 2591 enthält, nicht erforderlich, insbes. ist eine Verweisung auf die Vorschriften der §§ 58, 63 KonkD. nicht notwendig. In dieser Hinsicht erscheint der Schätzungsgrundsatz ausreichend. Wird die Berechnung eines Interusuriums oder die Kapitalisirung einer zeitlich festbegrenzten Rente erforderlich, so werden in dieser Beziehung erhebliche Schwierigkeiten kaum entstehen. Die in der KonkD. bestimmte Art der Schätzung schlechthin als Regel vorzuschreiben, wäre nicht rathsam. Die Vorschriften der KonkD. beruhen zum Theile auf Rücksichten, welche dem Konkurse eigenthümlich sind (vgl. Mot. zur KonkD. S. 276, 291).

Sicherheitsleistung dem Erben oder Pflichttheilsberechtigten zur Pflicht zu machen für den Fall, daß ein Anspruch nachträglich zur Entstehung gelangen kann, erscheint nicht erforderlich, nachdem der Entw. im Allgemeinen von der Sicherheitsleistung zu Gunsten des Pflichttheilsberechtigten abgesehen hat. | S. 409.

III. Daß im § 1987 Satz 1 der im § 1971 bezeichnete Voraus für Berechnung des Pflichttheiles des Gatten als zum Nachlasse gehörend behandelt wird, rechtfertigt sich schon aus der zum § 1871 dargelegten Auffassung des Voraus als eines vermächtnißähnlichen Erwerb (vgl. § 374). Eine Vorschrift erläuternden Inhaltes ist jedoch zweckmäßig, um klarzustellen, daß nicht ein schon bei Lebzeiten des Erblassers bestehendes Recht des Gatten sich gleichsam mit dem Eintritte des Erbfalls konsolidirt. — Die Vorschrift, daß der Voraus bei der Bestimmung des Pflichttheiles des Vaters oder der Mutter als nicht zum Nachlasse gehörend anzusehen ist (Satz 2), kann zwar dahin führen, daß das Pflichttheilsrecht des Vaters oder der Mutter gegenstandslos wird, wenn der Voraus den Nachlass erschöpft. Indessen verdient diese Art der Regelung den Vorzug vor einer bloßen Beschränkung des Rechtes auf Geltendmachung des Pflichttheilsrechtes, da die letztere zu Verwickelungen zu führen droht. Die Vorschrift erscheint insofern gerechtfertigt, als dem Rechte des Gatten auf den Voraus, wenn die Einführung des Institutes einen zweckentsprechenden Erfolg haben soll, der Vorrang vor dem Pflichttheilsrechte der Eltern gewährt werden muß. An die Ausschlagung des Voraus seitens des Gatten die Folge zu knüpfen, daß das Pflichttheilsrecht sich erweitert, würde nicht angemessen sein. Damit würde der Willkür des Ausschlagenden ein nachträglich sich geltend machender Einfluß beigemessen werden. Hiergegen sprechen die Gründe, die S. 403 f. als maßgebend bezeichnet sind.

4. Berücksichtigung des Voraus.

Pflichtheil des Vaters.

§ 1988 (II 2179, B. 2288, R. 2287, G. 2314).

Die Verwirklichung des Pflichttheilsanspruches würde in vielen Fällen kaum ausführbar sein, wenn nicht dem Erben eine Auskunftsspflicht über den Bestand des Nachlasses auferlegt würde. Diese Pflicht bestimmt der Abs. 1. Der Eingang „gegenüber dem Pflichttheilsberechtigten, welcher nicht Miterbe ist“ umfaßt alle in Betracht kommenden Fälle, insbes. auch den, daß der Berechtigte als Erbe eingesetzt ist, aber wegen der ihm auferlegten Beschränkungen oder Beschränkungen aus-

5. Auskunfts-pflicht des Erben.

schlägt (§ 1981 Abs. 1), sowie den, daß er gesetzlicher Erbe ist, aber wegen auferlegter Beschränkungen oder Beschränkungen ausschlägt, und den, daß er übergangen oder ihm das Pflichttheilsrecht ohne Grund entzogen ist. — Durch die Vorschrift wird die für die Anwendbarkeit des § 777 erforderliche Voraussetzung gegeben. Dem Erben auch die Errichtung und Vorlegung eines Inventares zur Pflicht zu machen, ist weder erforderlich noch gerechtfertigt. Allerdings würde ein solches Inventar nach § 2105 Abs. 2 auch Angaben über den Werth der Nachlassgegenstände enthalten müssen. Allein diese Angaben würden für den Berechtigten ziemlich werthlos sein. | §. 410. | Auf Grund der ihm erteilten Auskunft und allenfalls auf Grund der ihm nach § 774 zu gestattenden Besichtigung ist der Erbe ohnehin in der Lage, sich über den Werth des Nachlasses zu unterrichten.

Daß diese Auskunftspflicht und die dadurch nach § 777 gegebene Manifestationspflicht vom Erblasser nicht ausgeschlossen werden kann, weder durch eine Anordnung noch durch einen mit dem Berechtigten geschlossenen Vertrag, verdeutlicht der Entw. besonders, um Zweifel darüber nicht aufkommen zu lassen (Satz 2). Das geltende Recht stimmt hiermit im Wesentlichen überein, wenn auch einige Rechte nur den Anspruch auf Inventarlegung gewähren (Entsch. 8 S. 161; Seuffert 12 Nr. 278, 18 Nr. 97, 25 Nr. 43; für das ALR. Dernburg § 200 Anm. 17—21; sächs. GB. § 2588; Monum. § 507 Abs. 1, 3; u. a.). Dem Berechtigten den Anspruch auf gerichtliche Nachlassregulierung beizulegen, besteht kein Bedürfnis.

Im Anschlusse an eine für das gemeine Recht vertretene Auffassung (vgl. Seuffert 11 Nr. 165) wird ausgesprochen (Abs. 2), daß der Erblasser wirksam anordnen kann, der Erbe solle auf den Pflichttheil beschränkt sein, wenn er die Ermittlung des Nachlasses betreibt. Dagegen verdient die Vorschrift des ALR. II 18 § 393, dem Erblasser zu gestatten, anzunehmen, der Erbe dürfe, wenn ihm mehr als der Pflichttheil zugewendet ist, keinen Offenbarungseid verlangen (vgl. Koch's Erbrecht S. 1163, Eccius § 270 Anm. 72 — dazu Randa, Erbschaftserwerb S. 116), keine Billigung. In Ansehung der Manifestationspflicht des Erben gegenüber dem Berechtigten sind besondere Vorschriften nicht erforderlich (vgl. § 2142). Die Verfahrensvorschriften des § 2142 passen hier nicht.

§§ 1989, 1990 (II 2180, 2181, B. 2289, 2290, R. 2288, 2289, G. 2315, 2316).

6. Abrechnung
auf den
Pflichttheil.
Gegenstand.

I. Ueber die Abrechnung auf den Pflichttheil bestimmen die §§ 1989—1991. Der Entw. geht davon aus, daß im Allgemeinen die Vorschriften über die Ausgleichung bei der Auseinandersetzung der Erben (§§ 2157 ff.) auch für die vom Pflichttheilsberechtigten zu duldennde Abrechnung maßgebend sind. Die §§ 1989 ff. enthalten daher nur diejenigen Modifikationen, welche für die Abrechnung auf den Pflichttheil geboten sind. Die Fassung „sind abzurechnen“ ist gewählt mit Rücksicht auf den in § 1990 gebrauchten Ausdruck „hinzurechnen“. Soweit die Zuwendung reicht, fehlt es an einer Verletzung der Hinterlassungspflicht, mithin an einer zur Entstehung des Pflichttheilsanspruches nothwendigen Voraussetzung (§ 1975). Die Zuwendung des Erblassers bringt nicht ein verzichtbares Gegenrecht zur Entstehung, mittels dessen der Erbe auf dem Wege der Einrede (ähnlich wie in den Fällen des Urtheiles und der Verjährung) den Pflichttheilsanspruch, sobald er geltend gemacht wird, abwehren kann. Daß die Unterscheidung nur eine geringe praktische Wirkung hat, rechtfertigt es nicht, von dem korrekten Ausdrucke abzugehen. Die Abrechnung | hat auch dann zu erfolgen, wenn der Berechtigte der einzige nächste gesetzliche Erbe des Erblassers ist. Dies ist selbstverständlich und deshalb nicht besonders hervorzuheben. Für eine Betonung dieses Umstandes läßt sich geltend machen, daß auch darin eine Modifikation der Grundsätze von der Ausgleichung bei der Auseinandersetzung der Erben liege. Die Abrechnung kommt jedoch in solchem Falle nur in Betracht, wenn der Berechtigte als Erbe ausschlägt (§ 1881). Diesen besonderen Fall zu erwähnen, würde nur störend für das Verständnis sein. Die Abweichung von den Grundsätzen für die Ausgleichung hat wesentlich nur Bedeutung in Ansehung der unter Nr. 3 bezeichneten Zuwendungen. Die Fassung der Nr. 3 läßt indessen keinen Zweifel, daß der in Bezug genomme § 2158 nur in Ansehung der Art der Zuwendung, nicht in Ansehung der Voraussetzungen an- | §. 411. | gerufen wird.

Schenkung.

Als abzurechnen bezeichnet die Nr. 1 des § 1989 eine durch Veräußerung vollzogene Schenkung, welche dem Berechtigten vom Erblasser unter der Bedingung gemacht ist, daß der Schenker vor dem Beschenkten sterbe oder diesen nicht überlebe. Die Fassung „wenn auf die Zuwendung nach § 1963 die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden Anwendung finden“ würde daß Mißverständnis (arg. e contrario) zulassen, eine nach § 1963 als Vermächtniß zu beurtheilende Schenkung sei schlechthin nicht abzurechnen. Die Vorschrift ist erforderlich, weil aus der beigefügten Bedingung sich ohne Weiteres ergibt, daß der Erblasser die Schenkung abgerechnet wissen will, während in Ermangelung einer Vorschrift der Schluß nahe liegt, eine solche Schenkung sei, sofern sie vollzogen ist, wie andere gewöhnliche Schenkungen nur dann abzurechnen, wenn dies der Erblasser angeordnet hat. Im Wesentlichen stimmen damit überein das gemeine Recht (Windscheid

§ 653 Anm. 6; Roth § 342 Anm. 100), das bayer. M. (Kreittmayr Anm. 106 zu III 3 § 15), das sächs. G.B. § 2590, u. vgl. Unger § 81 Anm. 6 — beschränkt auf widerrufliche Schenkungen —; für würt. Recht Stein § 73; goth. G. § 67; Mommsen § 480). Die oldenb. G. v. 1873 Art. 42 § 2 und 1879 Art. 40 § 2 lassen solche Schenkungen gegenüber dem Ehegatten nur dann auf den Pflichttheil abrechnen, wenn bei der Schenkung die Anrechnung auf den Erbtheil oder Pflichttheil vorbehalten ist.

In Ansehung der Zuwendung, bei deren Vornahme die Abrechnung auf den Pflichttheil angeordnet ist (vgl. Windscheid § 581 Anm. 6; Roth § 342 Anm. 134; sächs. G.B. § 2590; Unger § 81 Anm. 10; oldenb. G. v. 1873 Art. 42 § 2, v. 1879 Art. 40 § 2), ist die Vorschrift der Nr. 2 sowohl gegenüber Abkömmlingen als gegenüber anderen Pflichttheilsberechtigten gerechtfertigt, wenn sie auch von einigen geltenden Rechten auf Eltern und den Ehegatten beschränkt ist. Ist ein abweichender Wille nicht ausgedrückt, so wird anzunehmen sein, daß eintretendenfalls auch von dem Pflichttheilsbetrage, für welchen der gesetzliche Erbtheil maßgebend ist, abgerechnet werden soll und nicht lediglich für den Fall der Hinterlassung des gesetzlichen oder doch eines den Pflichttheilsbetrag übersteigenden Erbtheiles. Dennoch ist ausschließlich von der Abrechnung auf den Pflichttheil die Rede, entgegen den oldenb. G. aD., | weil es sich unmittelbar | §. 412. nur um den Pflichttheil handelt. Indessen bringt in dieser Hinsicht die Auslegungsregel des Abs. 2 die angemessene Abhülfe.

Die Zuwendungen der im § 2158 bezeichneten Art kommen nur in Betracht, wenn der Berechtigte ein Abkömmling des Erblassers ist (Nr. 3). Diese sollen abgerechnet werden, sofern nicht der Erblasser bei der Zuwendung angeordnet hat, daß die Abrechnung auf den Pflichttheil nicht erfolgen solle; die meisten geltenden Rechte stimmen hiermit überein; sie drücken dies nicht selten aus unter direkter Verweisung auf die Ausgleichung bei der Auseinandersetzung der Miterben in Ansehung der gesetzlichen Erbfolge (M.M. II 2 § 393; sächs. G.B. § 2574; bayer. M. III 3 § 15 Nr. 1; für würt. Recht Stein § 73; lüb. G. v. 1862 Art. 23; goth. G. § 67; Mommsen § 481 Abs. 1, § 485; hess. Entw. 123; — ohne Bezugnahme Windscheid § 581 Anm. 4, 5; Roth § 342 Anm. 135; öst. G.B. § 788; frankf. Recht nach Bender S. 563). Der Ausdruck „Abrechnung auf den Pflichttheil“ ist wie im Falle der Nr. 2 gewählt und erhält seine Erläuterung ebenfalls durch die Auslegungsregel des Abs. 2, welche von einer Anordnung anzurechnen spricht, weil erfahrungsgemäß dieser Ausdruck der übliche ist und der Ausdruck abzurechnen bisher nicht oft gewählt wird. — In den Fällen der Nr. 2, 3 steht nur eine Anordnung des Erblassers unter Lebenden in Frage. Liegt eine Verfügung von Todeswegen vor, so handelt es sich um ein Vermächtniß. Die Wirkungen eines solchen Vermächtnisses, welches als Beschränkung des Erben oder des Berechtigten sich darstellen kann, sind den sonstigen Vorschriften (insbes. den §§ 1980, 1982) zu entnehmen und nicht an dieser Stelle zu bestimmen.

Das M.M. II 2 § 395 bezeichnet als Anrechnungsgegenstand ferner gewisse vom Erblasser für einen Abkömmling bezahlte Schulden (vgl. Dernburg § 201 Anm. 13; Eccius § 248 Anm. 93—95). Mit Recht verwirft schon der Entw. v. 1835 (dessen Mot. 307) diese gegen Suarez' Meinung aufgenommene Vorschrift. — Die gemeinrechtliche Streitfrage, ob jede Schenkung abzurechnen, wenn einem anderen Berechtigten eine dos oder donatio propter nuptias anzurechnen ist (Windscheid § 581 Anm. 6), kommt für den Entw. nicht in Betracht.

Darüber, ob den Zuwendungen durch Vermächtniß solche mittelbare Zuwendungen gleichzustellen sind, welche dem Berechtigten dadurch zugehen, daß der Erblasser einen Bedachten durch Hinzufügung einer Bedingung veranlaßt, aber nicht verpflichtet, dem Berechtigten etwas zu leisten, ist eine Vorschrift nicht erforderlich. Die Entscheidung, ob die Abrechnung einer solchen conditionis implendae causa wirklich erfolgten und angenommenen Leistung zu gestatten ist, ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen, insbes. daraus, daß der Pflichttheilsanspruch | nur auf den Werth gerichtet ist (§ 1975). Der Umstand, daß dieser Werth dem Vermögen des Erblassers oder daß die Leistung dem Vermögen eines Anderen entnommen ist, kann den Anspruch weder vergrößern noch verringern. Abgerechnet werden kann aber nur dasjenige, was der Berechtigte erhalten hat, nicht, was er erhalten soll. Es bedarf hiernach keiner Vorschrift, welche den im gemeinen Rechte bestehenden Streit über die l. 36 pr. C. 3, 28 (vgl. sächs. G.B. § 2592) entscheidet.

Daß der abzurechnende Betrag sich nach dem Werthe bestimmt, welchen der Gegenstand der Zuwendung zu der Zeit der Zuwendung gehabt hat (Abs. 3) rechtfertigt sich aus den Gründen, auf welchen der § 2163 beruht.

Ein entfernterer Abkömmling hat sich nicht abrechnen zu lassen, was er vor dem Wegfalle des ihn ausschließenden näheren Abkömmlinges erhalten hat, sofern nicht der Erblasser bei der Zuwendung die Abrechnung angeordnet hat; im bezeichneten Falle ist dem entfernteren Abkömmlinge auch dasjenige abzurechnen, was der ihm vorgehende nähere Abkömmling, wenn er zur Erbfolge gelangt wäre, sich hätte abrechnen lassen müssen. Dies gelangt im Abs. 4 zum

Angeordnete
Abrechnung.

Zuwendung
zur Ver-
heirathung etc.

Bezahlte
Schulden.

Cond.
implendae
causa
Geleistetes.

| §. 413.

Betrh.

Entferntere
Abkömmling.

Ausdrücke. Abgesehen von der Verallgemeinerung auf Abkömmlinge stimmen diese Vorschriften im Wesentlichen überein mit dem ALR. nach der herrschenden Auffassung (Eccius § 248 Anm. 98; Dernburg § 201 Anm. 16), mit der Praxis des sächs. Rechtes (Ann. R. F. 1 S. 538), u. A., während für das gemeine Recht die entgegenstehende Meinung wohl überwiegend vertreten wird (vgl. Seuffert 8 Nr. 69). Für den Entw. ist die getroffene Entscheidung geboten, da anderenfalls der § 1972 zu unleidlichen Härten führen müßte.

Zweifelhaft kann erscheinen, ob es nicht den Vorzug verdiene, die Vorschrift des § 1160 in dem weiteren Umfange für entsprechend anwendbar zu erklären, daß der entferntere Abkömmling auch dann die Zuwendung an den Abkömmling, welcher ihn ausgeschlossen haben würde, sich abrechnen zu lassen habe, wenn dieser die Erbschaft ausgeschlagen hat, oder durch Verfügung des Erblassers oder durch Erbverzicht von der Erbfolge ausgeschlossen oder für erbunwürdig erklärt ist. Es würde damit Einklang zwischen den Grundsätzen des Entw. für die Ausgleichungspflicht und für die Abrechnung auf den Pflichttheil erzielt werden. Zudem würde alsdann das nicht unbedenkliche Ergebnis vermieden, daß der Abkömmling, welcher wegen seines abzurechnenden Vorempfanges ausschlägt, seinen Abkömmlingen den unverkürzten Pflichttheil verschafft, da nach § 1990 nur dasjenige hinzugerechnet wird, was ein miterbender Abkömmling an abzurechnenden Gegenständen empfangen hat — ein Ergebnis, welches kaum dem Zwecke des § 1983 entspricht. Die Ausdehnung ist jedoch für bedenklich erachtet, insbes. in Rücksicht auf den Fall, in welchem der Erblasser selbst den Abkömmling, welcher die Zuwendung erhalten hat, beerbt hat, und weil dadurch eine gewisse Ungleichheit mit Rücksicht auf die nicht ausgleichungspflichtigen Verwandten, namentlich den Gatten sich ergeben würde.

§ 414.
Hinzurechnung.

II. Ueber die Art der Berechnung im Falle einer Abrechnung bestimmt der § 1990. In Uebereinstimmung mit dem überwiegend geltenden Rechte (Seuffert's Pand. § 653 zu Anm. 9 a, abweichend Seuffert 4 Nr. 68; Unger § 81 Anm. 11; Dernburg § 201 Anm. 11, Eccius § 248 Anm. 91; sächs. GB. §§ 2590, 2573; Mommsen §§ 480, 481; hess. Entw. 120) wird bestimmt, daß der nach § 1989 auf den Pflichttheilsanspruch abzurechnende Betrag bei Bestimmung des Pflichttheiles dem Werthe des Nachlasses hinzuzurechnen ist (Abs. 1).

Ausgleichungs-
verträge.
anderer Ab-
kömmlinge.

Ist der Pflichttheilsberechtigte ein Abkömmling des Erblassers, so ist auch dasjenige hinzuzurechnen, was ein anderer Abkömmling, welcher zur Erbfolge gelangt, gegenüber dem Pflichttheilsberechtigten nach den Vorschriften der §§ 2157—2164 zur Ausgleichung zu bringen hätte (Abs. 2). Die Fassung berücksichtigt zugleich den Fall, daß eine Auseinandersetzung ausgeschlossen ist, weil nur ein Erbe vorhanden ist, wenn z. B. der Erblasser, welcher nur zwei Söhne hat und dem einen den Pflichttheil ohne Grund entzieht, den anderen zum Alleinerben beruft. Der Entw. entscheidet für die Ansicht, der Berechtigte könne nicht mehr verlangen, als daß die zur Erbfolge gelangenden Abkömmlinge, unter welchen die Auseinandersetzung wirklich stattzufinden hat oder, wenn der Berechtigte nicht ausgeschlossen wäre, stattzufinden hätte, ihm gegenüber das von ihnen Vorempfangene dem Nachlaßwerthe hinzuzurechnen lassen. Abgelehnt ist insbes. die Auffassung, es sei zu Gunsten des Berechtigten dem Nachlaßwerthe (so, wie wenn es vom Nachlasse gegeben wäre) Alles hinzuzurechnen, was der Erblasser solchen Personen gegeben hat, welche, wenn die einfache gesetzliche Erbfolge stattzufinden hätte (also ohne Rücksicht auf Ausschlagung, Erbverzicht, Erbunwürdigkeit, Pflichttheilsentziehung), mit dem Berechtigten zusammen Erben geworden sein würden.

Das geltende Recht steht nur theilweise auf dem gleichen Boden. Hierher gehören das sächs. GB. § 2573 und der hess. Entw. 120, und zu gleichem Ergebnisse gelangt Mommsen, wenn er, der in Ansehung der Mitzählung (§ 1984) in seinen §§ 472 ff. anders als der Entw. regelt, die Zuwendungen an diejenigen mitberechnen läßt, welche bei der Ausmessung des Pflichttheiles mitzuzählen sind, § 481. Das ALR. folgt hingegen dem abgelehnten Gedanken, jedoch mit der weiteren Unterscheidung, daß die Hinzurechnung nur erfolgt, wenn und soweit der Pflichttheil von Erben zu gewähren ist, welche gleichfalls Abkömmlinge des Erblassers sind; vgl. Eccius § 248 Anm. 88 und dessen Citate; Dernburg § 200 Anm. 15 (der aber nur von Miterben spricht). Ebenso dürfte das öst. GB. zu verstehen sein, Unger § 81 Anm. 13, 14. Die oldenb. G. v. 1873 Art. 42 § 1 und 1879 Art. 40 § 1 lassen auch den überlebenden Gatten an dem seitens der Abkömmlinge Vorempfangenen Theil nehmen.

§ 415.

Der Entw. versagt dem Berechtigten den Anspruch auf die Stellung als Erbe. Hiernach kann der Berechtigte auch nicht an der Auseinandersetzung theilnehmen. In Ermangelung einer ausdrücklichen Vorschrift würde der Berechtigte die wirklichen Erben nicht dazu anhalten können, dasjenige zur Nachlaßmasse hinzuzurechnen zu lassen, was sie vorempfangen haben. Durch die Verfassung der Erbenstellung werden die Abkömmlinge (gegenüber einer größeren Zahl von geltenden Rechten) nicht unerheblich benachtheiligt. Für die Abkömmlinge ist deshalb eine Abhülfe erforderlich, aber auch nur für diese. Der berechtigte Abkömmling, welcher nicht Erbe wird, kann diejenigen Abkömmlinge, welche zur Erbfolge gelangen, nicht aber auch den etwa miterbenden überlebenden

Gatten des Erblassers, zu einer solchen Berechnung des für die Pflichttheilsbemessung maßgebenden Nachlasswertes zwingen, daß dasjenige hinzugerechnet wird, was die zur Erbschaft gelangenden Abkömmlinge im Voraus empfangen haben. Sind mehrere berechnete Abkömmlinge als Erben nicht eingesetzt, so hat jeder einzelne von ihnen ein selbständiges Recht gegenüber den Abkömmlingen, welche Erben werden, aber auch nur in der Richtung gegen diese. Dasjenige, was ein nicht erbender Pflichttheilsberechtigter vom Erblasser vorempfangen hat, berührt den anderen ebenfalls nicht erbenden Berechtigten nicht und ebensowenig, was der Ausschlagende oder Verzichtende empfangen hat. Nur auf diesem Wege sind einfache Ergebnisse zu erzielen. Diese Begünstigung ist auch eine genügende. Freilich würde der berechnete Abkömmling weit mehr begünstigt werden, wenn bei der Berechnung des Pflichttheiles davon ausgegangen würde, es sei die einfache gesetzliche Erbfolge der bei der Feststellung der Pflichttheilsbruchtheile nach § 1984 mitzuzählenden Personen eingetreten, und die hiernach sich ergebende Berechnungsweise entscheide stets ohne Rücksicht darauf, wie in Wirklichkeit die Erbfolge sich gestalten möge. Allein diese Begünstigung kann nur Platz greifen, wenn der Berechnete von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen und auf den Pflichttheilsanspruch beschränkt ist, nicht aber auch dann, wenn der Erblasser vollständig der Hinterlassungspflicht nach § 1975 genügt und dem Berechtigten den Pflichttheilsbruchtheil unbeschränkt und unbeschwert hinterlassen hat. Denn im letzteren Falle kann der an dem Auseinanderziehungsverfahren theilnehmende Berechnete von den übrigen Erben nicht verlangen, daß eine Vergrößerung der Teilungsmasse um das vom Erblasser gewährte Vorempfangene zu seinen Gunsten fingirt und sein Antheil demgemäß auf Kosten der übrigen Erben dem Werthe nach gesteigert wird. Tritt aber die bezeichnete Begünstigung nur ein, wenn der Berechnete auf den Pflichttheilsanspruch beschränkt ist, so kann ihm die Hinterlassung der ihm gebührenden unbeschränkten und unbeschwerten Pflichttheilsquote zum Nachtheile gereichen. Es würde daher, um diesen Nachtheil auszugleichen dem Berechtigten in jedem Falle ein Geldanspruch gewährt werden müssen; die Hinterlassung jenes Pflichttheilsbruchtheiles genügt nicht und der Grundsatz, auf welchem die §§ 1979 ff. beruhen, müßte aufgegeben werden. Eine solche Regelung kann das Ergebnis haben, daß die Erben, weil sie dasjenige, was andere Personen erhalten haben, dem Nachlasswertes hinzurechnen lassen müssen, in Wirklichkeit nichts erhalten, weil der ganze Nachlass durch den Pflichttheilsanspruch aufgezehrt wird. | Dieses Ergebnis würde in offenem Widerspruche stehen mit dem erkennbaren Willen des Erblassers. Die vom Erblasser bei der Hingabe des Vorempfangenen getroffene oder als getroffen anzunehmende Bestimmung der Abrechnung erhält damit, ihrer Natur entgegen, eine absolute, sich über die Person des Empfängers hinaus erstreckende Wirkung gegen Dritte. Der unter Lebenden getroffenen Bestimmung des Erblassers wird eine Wirkung beigelegt, welche dem in einer Verfügung desselben Erblassers von Todeswegen niedergelegten Willen Zwang anthut und dessen letztwillige Anordnungen dem Ergebnisse nach vereitelt oder doch vereiteln kann. Durch eine solche weitere Begünstigung des Berechneten würde die Hinterlassungspflicht des Erblassers verschärft werden, nicht aber durch eine dispositive Vorschrift seinem anzunehmenden Willen Rechnung getragen werden. Endlich findet sich im geltenden Rechte die Durchführung des Gedankens nicht in solcher Allgemeinheit oder doch nicht in positiven Vorschriften. — Anders liegt es in Ansehung gewisser Schenkungen, wegen deren der Entw. in den §§ 2009 ff. dem Berechtigten einen besonderen Schutz angedeihen läßt. Die hierdurch gegebene weitere Hinterlassungspflicht des Erblassers unterliegt einer besonderen, an dieser Stelle nicht zu erörternden Regelung.

§. 416.

Eine Vorschrift dahin, daß die Hinzurechnung selbst dann stattfindet, wenn der Erblasser die Abrechnung verboten hat (vgl. sächs. GB. § 2370; bayer. LM. III 1 § 15 Nr. 16; Mommsen § 481 Abs. 2 nebst Mot. S. 462; Eccius § 248 Anm. 88 a. E.; Unger § 45 Anm. 7, 8; uM.), erscheint entbehrlich. Eine Vorschrift zwingender Natur ist jedenfalls nicht veranlaßt. Liegen im Einzelfalle die Voraussetzungen der Abrechnung vor, so findet Abrechnung statt. Wieweit diese Voraussetzungen vom Willen des Erblassers abhängen und ob die Abrechnung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden oder durch Rechtsgeschäft von Todeswegen bestimmt oder verneint werden kann, ist nicht an dieser Stelle zu bestimmen (vgl. § 2159).

Hinzurechnung gegen das Verbot.

§ 1991 (II 2196, B. 2305, R. 2304, G. 2331).

Welcher der Gatten als der Zuwendende anzusehen ist, wenn der Pflichttheilsberechnete eine Zuwendung aus dem Gesamtgute erhalten hat, würde, in Ermangelung einer Vorschrift, dann zweifelhaft sein, wenn unter den Ehegatten der Güterstand der Güter- oder der Errungenschafts- oder der Fahrnißgemeinschaft besteht, oder wenn diese Zuwendung aus dem Gesamtgute der fortgesetzten GG. erfolgt ist, mag diese Zuwendung an einen gemeinschaftlichen Abkömmling der Gatten oder an einen einseitigen Abkömmling eines Gatten oder an einen Elterntheil eines der Gatten erfolgt sein. Die Lösung, welche der § 1991 giebt, kann nur die gleiche sein, wie die im § 2162 gegebene. Die Auffassung, daß der Mann zu bestimmen habe, ob die Zuwendung

Zuwendungen aus dem Gesamtgute.

§ 417. als von ihm oder von der Frau ausgegangen | zu gelten habe, ist möglich, würde aber mit den Grundsätzen des Familienrechtes nicht im Einklange stehen; sie kann daher für den Entw. nicht in Betracht kommen.

§ 1992 (II 2182, B. 2291, R. 2290, G. 2317).

V. Entstehung
und Natur.
1. Zeit der
Entstehung.

Daß der Pflichttheilsanspruch kraft Gesetzes mit dem Erbfall zur Entstehung kommt, kann als bereits aus § 1976 zu entnehmen selbstverständlich erscheinen. Die Aufnahme des dies aussprechenden Abs. 1, der sich in der Fassung an § 1867 Abs. 1 anlehnt, rechtfertigt sich jedoch sowohl wegen der großen praktischen Wichtigkeit derselben als zur Abschneidung möglicher Zweifel. Solche Zweifel sind besonders denkbar dahin, ob der Anspruch nicht unter Umständen in einem späteren Zeitpunkte zur Entstehung gelange, zB. dann, wenn noch Ungewißheit besteht, wer als Erbe eintreten wird, und auch dahin, ob das Bestehen eines solchen Anspruches vor dem Eintritte des Erbfalles gänzlich zu leugnen ist, namentlich im Hinblick auf die §§ 2009 ff. — Das geltende Recht, soweit es auf gleichem Boden steht, stimmt hiermit überein. Die abweichenden Vorschriften des A.R. II 2 §§ 457 ff. für den Fall einer Ehecheidung sind schon durch den Anh. § 92 beschränkt und vom preuß. Entw. v. 1835 (dessen Mot. S. 319, 320) nicht mehr festgehalten.

Aus-
schlagung.

Es läßt sich aufstellen, der Erwerb des Pflichttheilsanspruches müsse in ähnlicher Weise ein vorläufiger sein wie bei dem Erwerbe eines Vermächtnisses oder einer Erbschaft, dergestalt, daß er durch die Ausschlagung rückgängig gemacht werden könne. Indessen wäre es bedenklich, die Analogie des Erwerbes eines Vermächtnisses oder einer Erbschaft durchzuführen; vielmehr verdient es den Vorzug, die sachgemäßen Folgen für das Pflichttheilsrecht selbständig zu bestimmen, soweit Vorschriften hierüber überhaupt erforderlich sind. — Ueber die Verfolgbarkeit des Pflichttheilsanspruches, wenn der Erbe Inventarerbe ist oder während der Zeit, während welcher er deliberirt, sind dagegen besondere Vorschriften entbehrlich, da der Entw. die Verbindlichkeit für den Pflichttheilsanspruch als Nachlassverbindlichkeit behandelt (vgl. § 2092 mit §§ 2117, 2133).

Delibera-
tionsfrist 2c.

Verzinslich-
keit.

In Ansehung der Verzinslichkeit des Pflichttheiles ist eine besondere Vorschrift nicht erforderlich, insbes. besteht kein Anlaß, die Voraussetzungen des Verzuges des Schuldners zu Gunsten des Berechtigten zu ermäßigen. Wenngleich der Pflichttheil seinem Betrage nach noch nicht feststeht, so ist doch deshalb eine wirksame Mahnung weder ausgeschlossen noch wesentlich erschwert. Andererseits ist auch kein Grund vorhanden, den Umfang des Anspruches zu erweitern und dem Berechtigten zur Ausgleichung für das Recht des Erben auf Beziehung der Nutzungen der Erbschaft ein Recht auf die Nutznießungen zu geben. Dem Erben ist die Beziehung von Nutzungen, welche dem Kapitalwerthe entsprechen, nicht vom Eintritte des Erbfalles an | gesichert. Der Erbe würde deshalb überschwert werden, wenn er stets dafür aufzukommen hätte, daß die Forderung des Berechtigten von Anfang an fruchtbringend sei, zumal in solchen Fällen, in welchen der Anspruch erst nach Ausschlagung einer dem Berechtigten gemachten Zuwendung, also vielleicht erst längere Zeit nach dem Erballe geltend gemacht wird.

§ 418.

Bererblichkeit
und Ueber-
tragbarkeit.

Die Ausnahme der Vorschrift, daß der Anspruch vererblich und übertragbar ist (Abs. 2 Satz 1), rechtfertigt sich durch die nahe liegenden Zweifel, zu welchen die abweichende Auffassung vieler geltenden Rechte Anlaß geben kann.*) Hinzugefügt ist eine Ausnahme in Ansehung der Pfändbarkeit des Anspruches***) und dessen Zugehörigkeit zur Konkursmasse des Berechtigten (Satz 2). Würde der Anspruch für unbeschränkt pfändbar erklärt, so würde unter Umständen der Berechtigte mittelbar gezwungen, seinen Anspruch geltend zu machen. Dies kann sich unter Umständen als eine unbillige Härte gegen den Berechtigten erweisen. Denn es sind sehr wohl Fälle denkbar, in welchen der Berechtigte aus aner kennenswerthen Beweggründen das Pflichttheilsrecht nicht geltend machen will. Insbes. kann der Anspruch aus Gründen hinfällig sein, deren Erörterung den Berechtigten und dessen Familie schwer benachtheiligen würde. Zudem ist der Erwerb des Anspruches kraft Gesetzes mit Eintritt des Erbfalles nicht im Interesse der Gläubiger des Berechtigten vor- geschrieben, sondern nur im Interesse des Berechtigten. Daß einem Schuldner mit Rücksicht auf sein eventuelles Pflichttheilsrecht Kredit gewährt werde, verdient nicht begünstigt zu werden; ein solcher Kredit ist erfahrungsgemäß nicht selten ein für den Schuldner verderblicher. Wird aber die Pfändung der Beschränkung unterworfen, daß sie im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung gegen den Pflichttheilsberechtigten nur dann zulässig ist, wenn der Anspruch bereits vom Berechtigten, gerichtlich oder außergerichtlich, geltend gemacht ist, so muß die Zurechnung des Anspruches zur Konkursmasse im Falle des Konkurses über das Vermögen des Berechtigten derselben Beschränkung unterliegen. Es muß jedoch, wie in den Fällen der §§ 2118, 2127, genügen, daß der Anspruch auch nur außergerichtlich geltend gemacht ist.

*) Ceuffert 18 Nr. 153, 19 Nr. 248; Windscheid § 585 Anm. 8, 9, § 584 Anm. 24 (für die Vererblichkeit der actio suppletoria: Anm. 5); Roth § 348 Anm. 40; bayer. LL. III 3 § 16 Nr. 10; Code 921; Für die Vererblichkeit und Uebertragbarkeit öst. G.B. § 775, Unger §§ 85, 86; im A.R. Schulzenstein S. 184 ff., Eccius § 248 Anm. 172—176, Dernburg § 207 Anm. 4—6.

**) Vgl. Schulzenstein S. 184 ff. für die Pfändbarkeit; dagegen Dernburg § 207 Anm. 6.

Der nach dem Entw. auf einen persönlichen Anspruch beschränkte Berechtigte entbehrt der Sicherheit, deren er sich erfreut, wenn ihm ein Recht darauf gewährt wird, Erbe zu werden. Das öst. Recht giebt einen Ersatz dafür in der amtlichen Verlassenschaftsabhandlung, welche im Interesse Pflichtheilsberechtigter mindestens dann, wenn diese minderjährig sind, eintritt, bis der Berechtigte befriedigt oder sichergestellt ist (G. v. 9. Aug. 1854 §§ 160, 162). In dieser Beziehung kann sich der Entw. mit Rücksicht auf seine zu den §§ 2058, 2059 dargelegte Auffassung in Ansehung der Mitwirkung des Gerichtes dem öst. Rechte nicht anschließen. Aber auch die Frage, ob nicht, da ein gesetzliches Hauptpfand nach §§ 40, 41 KonfD. nicht gewährt werden kann, dem Berechtigten wenigstens ein gesetzlicher Titel zur Hypothek einzuräumen sei, ist zu verneinen. Hat der Berechtigte einen vollstreckbaren Titel erlangt, so kann er nach § 1130 eine Zwangshypothek eintragen lassen. Ist der Pflichtheil noch nicht auf einen bestimmten Betrag festgestellt, so gewährt der § 1132 die Möglichkeit, einen Arrestbefehl mit einstweiliger Feststellung eines bestimmten Pflichtheilshöchstbetrages zu erwirken und daraufhin eine Sicherungshypothek zu erlangen. Dies erscheint ausreichend.

Sch.
Maßung
requirit.

§. 419.

Titel zur
Hypothek.

Eine Vorschrift über den Verzicht des Pflichtheilsberechtigten (Mommßen § 522 nebst Mot. S. 495) ist entbehrlich. Auf das persönliche Forderungsrecht, welches der Entw. dem Berechtigten gewährt, kann durch ein nach den Vorschriften über den Erlaßvertrag zu beurtheilendes Rechtsgeschäft verzichtet werden. Der § 290 genügt und läßt nach keiner Richtung Raum für Zweifel.

Verzicht.

Die Annahme des Hinterlassenen für sich allein enthält nicht einen Verzicht auf das Recht, die Ergänzung des Pflichtheiles zu fordern; dies bedarf keines besonderen Ausdruckes. Das geltende Recht entscheidet hierüber verschieden, je nach dem Standpunkte, welchen es in der prinzipiellen Behandlung des Anspruches einnimmt (Windscheid § 585 Anm. 3; Roth § 347 Anm. 23; Unger § 85 Anm. e; MN. II 2 §§ 438, 439 mit I 12 § 612; dazu Eccius § 248 S. 379, 380, Dernburg § 207 Anm. 29 und § 229 Anm. 4; sächs. GB. § 2615 und die diesem folgenden thür. Erbgesetze; Mommßen § 520). Die einfache Annahme des Hinterlassenen läßt in den Fällen, in welchen das Hinterlassene oder dessen Werth nur auf den Pflichtheil in Abrechnung zu kommen hat, insonderheit bei einem unbeschwerten Erbtheile oder Vermächtnisse (§§ 1979, 1980), nicht auf das Zustandekommen eines Erlaßvertrages schließen. In anderen Fällen richtet sich die Wirkung der Annahme nach § 1981.

Annahme des
Hinter-
lassenen.

Wegen der vor dem Tode des Erblassers über einen Pflichtheilsanspruch geschlossenen Verträge bestimmt der § 349 Abs. 2 (vgl. Mot. 2 S. 186). Daß im § 349 vom Verträge über Pflichtheilsanspruch die Rede ist, obschon ein solcher Anspruch vor dem Tode des Erblassers nicht besteht, also in solchem Verträge der Anspruch nur als ein künftig entstehender in Betracht kommen kann, wird zu Bedenken nicht Anlaß geben können.

Verträge vor
dem Erbfall.

§ 1993 (II 2183, B. 2292, R. 2291, G. 2318).

Ist der Erbe mit Vermächtnissen oder Auflagen beschwert, so erhebt sich die Frage, ob die Pflichtheilslast den Erben allein oder auch die Vermächtnisnehmer und die aus der Auflage Berechtigten treffen soll. Die dispositive, für die zweite Alternative entscheidende Vorschrift bringt zugleich durch die Fassung zum Ausdruck, daß der Erblasser auch einen Vermächtnisnehmer damit beschweren kann, die Pflichtheilslast im Verhältnisse zum Erben allein zu tragen. In der Regel ist als Wille des Erblassers anzunehmen, der Vermächtnisnehmer solle die Pflichtheilslast in dem Verhältnisse mittragen, in welchem der dem Erben verbleibende Reinwerth des Nachlasses zu dem Werthe des ihm Zugewendeten steht, also insoweit eine Kürzung des Vermächtnisses dulden, und der Erbe solle befugt sein, den von ihm zur Erfüllung einer Auflage zu machenden Aufwand in entsprechender Weise einzuschränken. Immerhin kann jedoch der Erblasser daran nichts ändern, daß gegenüber dem Berechtigten der Erbe allein haftet. Demgemäß handelt es sich nur um eine Ergänzung der Verfügung dahin, daß eine solche Theilung der Last als vom Erblasser gewollt anzunehmen ist, sofern nicht der Erblasser ein Anderes bestimmt hat. Die innere Berechtigung der Vorschrift erhellt daraus, daß von mehreren geltenden Rechten eine solche Vermuthung aufgestellt ist (MN. II 2 §§ 434, 435; öst. GB. § 783; Mommßen § 499 Abs. 3; hess. Entw. 122; ferner Windscheid § 584 Anm. 3; Unger § 85 Anm. 4 und wegen des MN. I 12 §§ 332 bis 335; Eccius § 248 S. 374 f., gegen diesen aber Dernburg § 702 S. 596 ff.). In der That spricht auch eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, daß der Erblasser nicht davon ausgegangen ist, der Pflichtheilsanspruch solle vom Erben allein getragen werden, daß er vielmehr eine entsprechende Minderung der Beschwerden eintreten lassen wollte. Die Frage ist praktisch zu wichtig, um nicht eine Entscheidung in diesem Sinne aufzunehmen (vgl. S. 207). — Von selbst versteht es sich, daß, wenn sich der Erblasser im Irrthume befand über das Vorhandensein eines Pflichtheilsberechtigten, der § 1872, nicht aber der § 1993 zur Anwendung gelangt.

§. 420.

2. Pflicht-
heilslast.

Darüber, ob auch Vermächtnisse zu kürzen sind, deren vorzugsweise Befriedigung der Erblasser angeordnet hat, oder ob diese erst dann zu kürzen sind, wenn die übrigen Vermächtnisse den

Vorzugsweise
zu befriedi-
gende Ver-
mächtnisse.

§ 417 zu kürzenden Betrag nicht erreichen, würde eine Vorschrift nicht angemessen sein. Solche besonders geartete Fälle bleiben besser der Beurtheilung nach den Umständen des Falles überlassen, zumal es stets auf Auslegung des Willens des Erblassers ankommen wird.

Daß der Pflichttheilsberechtigten sich unmittelbar an die Vermächtnisnehmer solle halten dürfen (vgl. *WR.* II 2 § 435; Windscheid § 584 Anm. 3; *Dernburg* § 207 hinter Anm. 15; *Mommser* §§ 500 ff.), ist nicht bestimmt. Dem Erblasser kann die Befugniß nicht eingeräumt werden, den Pflichttheilsberechtigten an andere Personen als den Erben zu verweisen. Noch weniger besteht ein Bedürfnis, dafür zu sorgen, daß und wie das gegen den Erben ergangene Urtheil gegen die Vermächtnisnehmer wirke, welche die Pflichttheilslast verhältnismäßig zu tragen haben; auch in dieser Beziehung genügt der § 192 Abs. 1 (vgl. *S.* 205 f.).

§ 1994 (II 2189, B. 2298, R. 2297, G. 2324).

Haftung
mehrerer
Erben
nach
Verhältniß
der Erbtheile.

Daß mehrere Erben für den Pflichttheilsanspruch haften, ist bereits den §§ 1976, 1979 zu entnehmen. Diese Vorschriften werden hier ergänzt, indem die Haftung der mehreren Erben näher geregelt wird. Die Pflichttheilslast gilt hier als Nachlaßverbindlichkeit; dies ergibt sich aus den §§ 2092, 2117, 2133. — Die Vorschrift, daß die mehreren Erben nach Verhältniß der Erbtheile haften, kann als eine Folge der angezogenen Vorschriften entbehrlich erscheinen. Allein ohne die Vorschrift würde zweifelhaft bleiben, ob die Regel des § 320 (Theilung nach Köpfen) bei einer Mehrheit von Schuldnern Geltung behält, oder ob diese Regel eine Ausnahme erleidet. Für Vermächtnisverbindlichkeiten bestimmt der § 1843 eine solche Ausnahme, aber nur als Auslegungsregel dahin, daß anzunehmen sei, der Erblasser habe eine abweichende Verteilung der Haftung, nämlich eine Theilung nach Verhältniß der Erbtheile, bestimmen wollen. Die letztere Vorschrift kann nicht außer Zweifel stellen, daß, wenn die Haftung für den Pflichttheilsanspruch den Erben auferlegt wird, eine ähnliche von der Regel abweichende Theilung der Pflichttheilschuld bestimmt werden solle. Vielmehr würde es näher liegen, die Vorschriften über die Theilung der vermögensrechtlichen Verbindlichkeiten des Erblassers unter den Erben (§ 2551) entsprechend auf die Pflichttheilsverbindlichkeit anzuwenden. Auf diese Vorschrift zu verweisen, ist deshalb nicht zulässig, weil Modifikationen erforderlich sind, da jene Verbindlichkeit nicht in allen Beziehungen ebenso geltend gemacht werden kann, wie eine vermögensrechtliche Verbindlichkeit des Erblassers.

Gegenüber dem § 1979 ist nicht erforderlich, noch besonders klarzustellen, welche Folgen sich ergeben, wenn der Berechtigte selbst Miterbe ist und den Werth des Bruchtheiles, welcher ihm an dem ihm gebührenden Pflichttheilsbruchtheile fehlt, verlangt.

Abweichende
Anordnung.

Der Erblasser kann mit Wirksamkeit gegen den Berechtigten die Art der Theilung der Pflichttheilsverbindlichkeit unter den Erben nicht ändern, wohl aber kann er einen Erben dahin beschweren, daß dieser im Verhältnisse zu einem anderen Erben verpflichtet sei, den den letzteren treffenden Bruchtheil jener Verbindlichkeit zu tragen, also den Berechtigten wegen dieses Bruchtheiles zu befriedigen (§ 318 Abs. 1). Dies wird zur Vermeidung von Mißverständnissen im Satz 2 hervorgehoben.

§§ 1995—1998 (II 2185—2188, B. 2294—2298, R. 2293—2297, G. 2320—2324).

Haftung der
Erben im
Verh. zu
einander.

§ 422.
Aus-
schließung.

Die §§ 1995—1998 wenden sich zu der Haftung der mehreren Erben im Verhältnisse zu einander. Der § 1995 befaßt sich nur mit dem Falle, daß an Stelle des von der Erbfolge ausgeschlossenen Pflichttheilsberechtigten in Folge der Ausschließung ein Anderer als gesetzlicher Erbe tritt und mehrere Erben vorhanden sind. Dem an die Stelle Tretenden wird im Verhältnisse mehrerer Erben zu einander die Pflichttheilslast in Höhe des erlangten Vortheiles auferlegt und, wenn der Berechtigte mit einem Vermächtnisse bedacht ist, in gleicher Weise auferlegt, das Vermächtniß in Höhe des erlangten Vortheiles zu tragen. Der Berechtigte ist auch in diesem Falle befugt, sich nach Maßgabe des § 1994 an die Erben in der dort näher bestimmten Weise zu halten. Den Erben aber den bezeichneten obligatorischen Ausgleichungsanspruch heizulegen gegenüber demjenigen, der den durch die Ausschließung des Berechtigten an ihn fallenden Erbschaftsbruchtheil erhält, ist deshalb angemessen, weil dies dem anzunehmenden Willen des Erblassers in der Regel entsprechen wird. Dem etwa abweichenden Willen des Erblassers sichert der § 1998 die gebührende Beachtung. Zu berücksichtigen sind hier insbes. die Fälle, in welchen der entzogene Erbtheil den Abkömmlingen dessen, der von der Erbfolge ausgeschlossen ist, oder aber einem einzelnen Miterben oder nur einigen Miterben zukommt. Aber auch dann, wenn dem von der Erbfolge Ausgeschlossenen ein Vermächtniß zugewendet ist und dieser es annimmt (vom Falle der Ausschlagung handelt der § 1996), wird als Wille des Erblassers in der Regel anzunehmen sein, daß der an dessen Stelle als gesetzlicher Erbe Getretene im Verhältnisse der Erben unter einander das Vermächtniß in Höhe des erlangten Vortheiles tragen soll, und zwar ohne Unterschied, ob dem Berechtigten der Pflichttheil wirksam entzogen ist und er in Folge dessen mit dem Vermächtnisse zufrieden sein muß, oder ob er, weil er mit dem Vermächtnisse zufrieden ist, durch Annahme des Vermächtnisses den Pflichttheilsanspruch aufgibt.

Der § 1996 betrifft einen ganz anderen Fall als der § 1995, nämlich den besonderen Fall, daß durch Ausschlagung des dem Berechtigten Hinterlassenen, und zwar sowohl einer Zuwendung als des gemäß der gesetzlichen Erbfolge Angefallenen, der Pflichttheilsanspruch begründet wird. In diesem Falle erhebt sich die doppelte Frage, wer die Pflichttheilslast im Verhältnisse unter den Erben trage, und wer die auf dem ausgeschlagenen Hinterlassenen lastenden Beschränkungen zu tragen habe. Die erste Frage wird dahin beantwortet (Abs. 1), daß die Last von demjenigen getragen wird, welchem der Wegfall der ausgeschlagenen Zuwendung oder die gemäß der gesetzlichen Erbfolge angefallene Erbschaft zu statten kommt. Es kommen, abgesehen von der Ausschlagung der durch gesetzliche Erbschaft angefallenen Erbschaft, folgende Fälle in Betracht:

Ausschlagung einer Zuwendung.

I. Das Hinterlassene besteht in einer Erbeinsetzung. Der ausgeschlagene Erbtheil fällt nur an einen oder einige Miterben kraft des engeren Anwartschaftsrechtes (§ 1797 Abs. 2), zB. der Eingesetzte ist ein Enkel des Erblassers, welcher neben anderen Enkeln, seinen Geschwistern, und neben Kindern des Erblassers eingesetzt ist. Nur für diese Fälle ist vorzusehen, nicht für diejenigen, in welchen die Ausschlagung allen Miterben in gleicher Weise zum Vortheile gereicht. Dagegen ist auch noch der Fall hierher zu ziehen, in welchem der ausgeschlagene Erbtheil auf Grund des § 1972 vermöge der successio gradus an andere Personen als die eingesetzten Erben fällt, zB. der Fall, daß der Pflichttheilsberechtigte ein Sohn des Erblassers ist und Kinder hat.

Erbeinsetzung.

§. 423.

II. Das dem Berechtigten Hinterlassene besteht in einem Vermächtnisse, mit welchem ein Erbe beschwert ist, so daß nur dieser von der Ausschlagung des Vermächtnisses Vortheil hat.

Vermächtniß.

III. Das dem Berechtigten Hinterlassene besteht in einem Vermächtnisse, mit welchem ein Vermächtnißnehmer oder ein Untervermächtnißnehmer beschwert ist.

Unter- vermächtniß.

Alle diese Fälle, einschließlich der Ausschlagung der gemäß der gesetzlichen Erbfolge angefallenen Erbschaft, trifft der Abs. 1. Selbstverständlich kann auch in allen diesen Fällen der Erblasser dem Berechtigten nicht andere Schuldner aufdrängen. Der Berechtigte ist befugt, sich gemäß § 1994 an die Erben nach Verhältniß ihrer Erbtheile zu halten. Dagegen werden den Erben obligatorische Ausgleichsansprüche beigelegt gegenüber denjenigen, welche von dem durch die Ausschlagung frei werdenden Erbschaftsbruchtheile einen Vortheil erlangen, oder welchen dadurch, daß das dem Berechtigten hinterlassene Vermächtniß nicht zu entrichten ist, ein Vortheil erwächst. Die Vorschrift erscheint deshalb angemessen, weil es dem anzunehmenden Willen des Erblassers in der Regel entsprechen wird, daß das dem Berechtigten von ihm Hinterlassene in erster Reihe zur Befriedigung des Berechtigten verwendet werde. Es wird davon ausgegangen, daß eine solche Uebertragung der Pflichttheilslast als durch die letztwillige Verfügung angeordnet anzusehen ist. Eine dies zum Ausdruck bringende Dispositivvorschrift entspricht einem dringenden Bedürfnisse, da nur selten von einem Erblasser durch besondere Anordnung vorgesehen wird, um eine solche Zweckbestimmung des dem Berechtigten Hinterlassenen bei dem Uebergange desselben auf andere Personen zu wahren. Daß es sich um eine Dispositivvorschrift handelt, spricht der § 1998 noch besonders aus. Da nur der vom Gewinnenden durch die Ausschlagung erlangte Vortheil als in dieser Weise beschwert gelten kann, nicht aber dasjenige, was sonst dem Gewinnenden aus dem Nachlasse zugefallen ist, so darf die nach dem vermuthlichen Willen des Erblassers anzunehmende Verpflichtung nur dahin bestimmt werden, daß der Gewinnende bis zum Betrage des Reinvortheiles, welcher ihm in Folge der Ausschlagung zusteht, zur Erfüllung des Pflichttheilsanspruches beizutragen hat.

Die zweite Frage, wer die auf dem ausgeschlagenen Hinterlassenen lastenden Beschränkungen zu tragen hat, beantwortet schon der § 1876 Abs. 2. Der Abs. 2 des § 1996 fügt aber eine nicht selbstverständliche Besonderheit hinzu. Ist das dem Pflichttheilsberechtigten Hinterlassene oder das ihm gemäß der gesetzlichen Erbfolge Angefallene vom Erblasser mit Vermächtnissen oder Auflagen beschwert und ergiebt sich unter Berücksichtigung der nach § 1996 Abs. 1 dem Gewinnenden auferlegten Verpflichtung, den Pflichttheilsanspruch zu erfüllen, eine Ueberforderung, so tritt gemäß der §§ 1881, 1882, 1887 eine Kürzung der Beschränkungen ein. Bei dieser Kürzung gebührt der Verpflichtung gegenüber dem Erben zur Erfüllung des Anspruches der Vorrang vor den übrigen Beschränkungen, weil der Wille des Erblassers anzunehmen ist, es solle das dem Berechtigten von ihm Hinterlassene zunächst zu diesem Zwecke verwendet werden. In Ansehung der lastenden Erben bestimmen die §§ 2117, 2133 diesen Vorrang. Ein gleicher Vorrang vor den sonstigen Beschränkungen des Vermächtnißnehmers muß der Verpflichtung beigelegt werden, welche in den bezeichneten Fällen einen Bedachten trifft, dem die Befriedigung des Berechtigten zunächst obliegt, und welche dahin geht, im Verhältnisse zu den Erben die Pflichttheilslast zu tragen. Dies wird dahin ausgedrückt, derjenige, welchem die Ausschlagung zu statten kommt, sei in demselben Maße, wie der Ausschlagene gehaftet haben würde, verpflichtet, jedoch nur in Höhe desjenigen, was nach Abzug des Pflichttheilsanspruches übrig bleibt.

Beschränkungen der hinterlassenen Zuwendung.

§. 424.

Nach § 1993 ist der Erbe berechtigt, wegen eines Pflichttheilsanspruches dem Vermächtnißnehmer Abzüge zu machen. Diese Abzüge sind nicht gerechtfertigt, wenn nach Maßgabe

Nicht vom Erben zu tragende Pflichttheils-last.

der §§ 1995, 1996 im Verhältnisse der Erben zu einander der beschwerte Erbe die Pflichttheilslast nicht zu tragen hat, die Last vielmehr derjenige trägt, welcher durch die Ausschließung oder Ausschlagung des Berechtigten gewinnt. Einer solchen Unbilligkeit wird entgegengetreten, indem bestimmt wird, das Recht gemäß § 1993 die Vollziehung eines Vermächtnisses oder einer Auflage zu verweigern, sei insoweit ausgeschlossen, als die Pflichttheilslast nach den §§ 1995, 1996 vom Erben nicht zu tragen ist (§ 1997). Die Vorschrift beruht darauf, daß in den bezeichneten Fällen ein abweichender Wille des Erblassers zu Tage liegt. — Den weiteren Fall, daß nach Maßgabe der §§ 1995, 1996 der beschwerte Erbe die Last verhältnismäßig zu tragen hat, daß also diese nicht ausschließlich dem durch die Ausschließung oder Ausschlagung des Berechtigten Gewinnenden zur Last fällt, sondern zu einem Theile auch dem beschwerten Erben obliegt, hat der Entw. der Entscheidung durch Praxis und Wissenschaft überlassen. Der Sachlage würde vielleicht eine Vorschrift dahin entsprechen, daß der dem beschwerten Erben noch zur Last fallende Betrag gleich einer Nachlassverbindlichkeit auf den Werth des Erbtheiles in Abzug zu bringen sei und daß hiernach der Verhältnißmaßstab zur Kürzung der Vermächtnisse und Auflagen gemäß § 1993 sich ergebe. Allein eine Vorschrift dieses Inhaltes würde, um vollkommen deutlich und verständlich zu sein, eines sehr umständlichen Ausdruckes bedürfen und ist schon deshalb besser zu übergehen, weil es sich um seltene Fälle handelt.

Dispositivnormen.

Die §§ 1995—1997 sind, wie schon erwähnt, nur Dispositivnormen. Der Erblasser ist befugt, zu bestimmen, daß die Erben im Verhältnisse zu einander die Last in anderer Weise zu tragen haben. Dies hervorzuheben, ist insbes. im Hinblick auf die §§ 1993, 1994 rathsam, weil es sonst den Anschein gewinnen könnte, als sei die Verfügungsmacht des Erblassers auf die Fälle der §§ 1993, 1994 beschränkt und ihm stehe nicht die Befugniß zu, Abweichungen von der nach den §§ 1995—1997 sich ergebenden Haftung anzuordnen.

§ 425.
Voraus des Ehegatten.

§ 425. | Durch eine besondere Vorschrift klarzustellen, daß der Voraus des Gatten (§ 1971 Abs. 3) zu Gunsten des Pflichttheiles der Eltern nicht gekürzt werden kann, könnte für angemessen erachtet werden, um zu verhindern, daß ein dritter eingesehter Erbe (heres extraneus) dem Gatten um des Pflichttheiles eines Elterntheiles willen Abzüge macht, wenn er durch den dem Ueberlebenden gebührenden Voraus und gleichzeitig zu Gunsten eines Elterntheiles mit der gesetzlichen Pflichttheilslast beschwert ist. Dahingestellt bleiben kann, ob für ein solches Abzugsrecht noch Raum ist, nachdem im § 1987 vorgeschrieben ist, für die Bestimmung des Pflichttheiles des Vaters oder der Mutter des Erblassers sei der Voraus als nicht zum Nachlasse gehörend anzusehen. Jedenfalls besteht kein Bedürfnis, eine Vorschrift so kasuistischer Natur aufzunehmen.

§ 1999 (II 2197, B. 2306, N. 2305, G. 2332).

VI. Verjährung.
Frist.

Für die Verjährung des Pflichttheilsanspruches wird vom geltenden Rechte zumeist eine abgekürzte Frist bestimmt. Nach gemeinem Rechte verjährt die *quærela inofficiosi test.* in 5 Jahren, während allerdings für die *actio suppletoria*, wenigstens nach der herrschenden Ansicht, die 30jährige Frist festgehalten wird (Windscheid § 585 Anm. 5; Roth § 343 Anm. 36, § 347 Anm. 25). Dem gemeinen Rechte folgen das bayer. LR. III 3 § 15 Nr. 13 und § 16 Nr. 3, das würt. Recht (vgl. Stein § 83 Nr. 3) und viele Rechte beschränkten Geltungsgebietes. Der hess. Entw. 126 hat eine 5jährige Frist, das sächs. GB. § 2616 und das öst. GB. § 1487 eine 3jährige Frist. Das ALR. II 2 § 440 und Mommsen § 521 setzen die Frist sogar auf 2 Jahre fest, indessen wird in Ansehung des ALR. gestritten, ob nicht für die *actio suppletoria* eine 30jährige Frist maßgebend sei (Dernburg § 207 Anm. 22, 24; Eccius § 248 bei Anm. 182 ff.; Schulzenstein S. 254). Einige Rechte beschränkten Geltungsgebietes (Roth § 343 Anm. 36 und frankf. Ref. IV 10 § 1) und das ältere lüb. Recht (Plitt S. 97; Pauli III S. 276) bestimmen noch kürzere Fristen. — Der Entw. hat sich für die 3jährige Frist entschieden mit Rücksicht darauf, daß die Feststellung des Nachlasswerthes immerhin geraume Zeit in Anspruch nehmen kann, daß aber andererseits diese Frist ausreichend erscheint und im Interesse der Verpflichteten nicht wünschenswerth ist, allzu lange im Zweifel zu lassen, ob und welche Ansprüche erhoben werden, daß ferner nach längerer Zeit die Schwierigkeiten der Feststellung des Nachlasses sich mehren.

Beginn der Frist.

Der Beginn der Verjährung wird auf den Zeitpunkt bestimmt, in welchem der Berechtigte vom Eintritte des Erbfalles und von der Verfügung, durch welche sein Pflichttheilsrecht beeinträchtigt ist, Kenntniß erlangt hat (Satz 2). Eine besondere Vorschrift ist erforderlich, weil im Allgemeinen nach § 158 Abs. 1 die Verjährung mit dem Zeitpunkte beginnt, in welchem die Befriedigung des Anspruches rechtlich verlangt werden kann. Dieser Zeitpunkt ist hier die Entstehung des Pflichttheilsanspruches, also nach § 1992 Abs. 1 der Zeitpunkt des Erbfalles. Der § 158 Abs. 1 nimmt für die Regel keine Rücksicht auf das subjektive Hinderniß, welches in der Unkenntniß des Berechtigten von der Entstehung seines Anspruches liegt (Mot. 1 S. 307 ff.). Von dieser Regel muß hier eine Ausnahme vorgeschrieben werden. Die Anwendung der Regel ist um so mehr auszuschließen, als, wenn dem Berechtigten die Stellung als Erbe gewahrt bliebe,

§ 426.

ihm der der ordentlichen Verjährung nicht entzogene Erbschaftsanspruch zustehen würde, und er zu hart getroffen würde, wenn der Anspruch verjähren könnte, ohne daß er von der ihm widerfahrenen Verletzung Kenntniß hat. Ihm ist gewissermaßen ein Unrecht geschehen, dessen Folgen nicht durch eine abgekürzte Verjährung aufgehoben werden können, bevor der Verletzte von der ihm zugefügten Verletzung Kenntniß erlangt hat. Auf einer ähnlichen Auffassung beruhen die §§ 719, 1447 Abs. 1, 2 und der § 1785. Deshalb wird die wirkliche Kenntniß von der beeinträchtigenden Verfügung verlangt und nicht auf die Verkündung der verletzenden Verfügung allein gesehen, da es immerhin möglich bleibt, daß auch von der verkündeten Verfügung der Berechtigte Kenntniß nicht erlangt hat. Von dem dargelegten Ausgangspunkte aus läßt sich vertreten, daß Kenntniß der erlittenen Verletzung zu erfordern sei (vgl. § 719). Der Einfachheit wegen und weil die Kenntniß der beeinträchtigenden Verfügung in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle ausreichend erscheint, um die Verletzung zu erkennen, wird von dem Erfordernisse der Kenntniß der Verletzung abgesehen. Die Möglichkeit einer unrichtigen Auffassung der Verfügung (z. B. ob sie eine Erbeinsetzung oder ein Vermächtniß enthält) ist zwar nicht zu leugnen; sie liegt aber doch zu fern, um eine besondere Berücksichtigung im Interesse des Berechtigten zu verdienen. Bezieht sich die Unkenntniß des Berechtigten auf den Bestand der Nachlassmasse, so gewährt ihm deshalb der Entw. keinen besonderen Schutz; allein seine Unkenntniß kann nach § 2034 unter Umständen zu einer Anfechtung der Annahmeerklärung führen, durch welche der Pflichttheilsanspruch wieder auflebt. — Das geltende Recht weicht zum Theile ab, jedoch stimmt der Entw. im Wesentlichen überein mit dem AM (Dernburg § 207 Anm. 25; Eccius § 248 Anm. 184) und kommt nahe dem säch. GB. § 2616 (Mommsern § 521), nach welchem das Bekanntwerden der letztwilligen Verfügung oder des Erbvertrages maßgebend ist. Andere Rechte beschränkten Geltungsgebietes und der hess. Entw. 126 lassen die Frist mit der Testamentsöffnung beginnen. Soweit Antrittserwerb vorgeschrieben ist, beginnt die Verjährung zumeist mit der Antrittung der Erbschaft; Windscheid § 585 Anm. 7; öst. GB.; uA.

Eine subsidiäre Fristbestimmung (Abs. 2) ist beigefügt, um — wie in den Fällen der §§ 719, 1447, 1785 — zu verhindern, daß die Hinausschiebung des Beginnes der Verjährung dazu führt, daß der Anspruch noch fortbesteht, | ob schon er nach den Vorschriften über die ordentliche Verjährung bereits verjährt sein würde. Subsidiäre
Frist.
| S. 427.

Vorgeesehen ist ferner für die Fälle der §§ 1980—1982. Ist dem Berechtigten ein Vermächtniß zugewendet oder ist ihm ein Erbschaftsbruchtheil beschwert oder beschränkt hinterlassen, so ist zu der Zeit, in welcher der Pflichttheilsanspruch entsteht, ein rechtliches Hinderniß gegeben, welches die Rechtsverfolgung nicht gestattet (§ 162 Abs. 1), mithin auch dem Beginne der Verjährung entgegensteht (§ 161). Denn, so lange das Hinterlassene nicht ausgeschlagen ist, wird die Geltendmachung des Anspruches durch eine Einrede gehindert. In gleicher Weise, wie im § 162 Abs. 2 für die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, der Zurückbehaltung und der Vorausklage geschehen ist, wird bestimmt, daß die Verjährung dadurch, daß die Geltendmachung des Anspruches von der erfolgten Ausschlagung des Hinterlassenen abhängig ist, nicht gehemmt wird (Abs. 3; vgl. Mot. 1 S. 314). Das bezeichnete Hinderniß theilt mit den im § 162 Abs. 2 bezeichneten Einreden das gemeinsame Merkmal, daß der Berechtigte (dort der Gläubiger), gegen welchen die Verjährung laufen würde, das Hinderniß, welches der Geltendmachung des Anspruches entgegensteht, nicht nur beseitigen kann, sondern auch beseitigen soll. Allerdings knüpft sich an das Sollen nicht eine Verpflichtung, welche zum Schadenserzage verbindlich macht, sondern nur die Bedrohung mit Rechtsnachteilen für den Fall der Verzögerung. Ein solches Sollen ist auch hier anzunehmen, denn es besteht immerhin, ähnlich wie bei den Schuldverhältnissen mit Wahlrecht, ein rechtliches Interesse des Erben als des Schuldners des Pflichttheilsanspruches und im Zusammenhange damit eine Art von Rechtspflicht des Berechtigten, daß dieser sich entscheide, ob er das Hinterlassene ausschlagen wolle oder nicht. Eine besondere Vorschrift ist erforderlich, da der § 162 Abs. 2 nur für gewisse Fälle eine Entscheidung giebt. Wenn auch nicht geradezu ausgeschlossen ist, aus § 162 eine höhere Regel zu entnehmen (vgl. Mot. aD.), so verdient es doch den Vorzug, in Anbetracht der Wichtigkeit dieses Falles, eine besondere Vorschrift, und zwar des Zusammenhanges wegen an dieser Stelle, aufzunehmen. Die Hinausschiebung des Beginnes der Verjährung bis zur erfolgten Ausschlagung würde schon deshalb nicht angemessen sein, weil damit ein bestimmter Anfangstermin nicht gewonnen würde und der Zweck der kurzen Verjährung vereitelt werden könnte.

Eine entsprechende Anwendbarkeit des § 167 vorzuschreiben, besteht mindestens kein Bedürfniß. Der § 167 enthält im Abs. 1 eine Ausnahme gegenüber dem § 162 Abs. 1. Die im Falle des Todes des Schuldners sich ergebende rechtliche Hinderung des Gläubigers, welche daraus entsteht, daß zur Zeit ein Erbe oder Nachlasspfleger fehlt, oder welche eintritt in Folge des dem Erben während der Ueberlegungsfrist zu gewährenden Einredenschutzes (§ 2057), soll nur die besondere, im § 167 Abs. 2 bestimmte Berücksichtigung finden (Mot. 1 S. 323). Ob der Wortlaut

Aus-
schlie-
ßung der
Hem-
mung.

des § 167 Abs. 1 Ansprüche voraussetze, welche schon gegenüber dem Erblasser begründet sind, oder ob er auch auf solche Ansprüche sich beziehe, welche erst im Augenblicke des Todes | des Erblassers entstehen, und ob, wenn das Letztere anzunehmen ist, die Vermächtnis- und Pflichtteilsansprüche auch in dieser Beziehung den erst mit dem Tode des Erblassers entstehenden Nachlassverbindlichkeiten gleichzusetzen seien, kann zweifelhaft erscheinen. Diese Fragen haben indessen nur eine geringe praktische Bedeutung, wenigstens in Ansehung des Pflichtteilsanspruchs. Denn die Abs. 1, 2 § 167 sind berechnet auf Ansprüche, bei welchen der Ablauf einer Verjährung in die Zeit zu fallen droht, während deren das Schicksal des Nachlasses noch nicht feststeht und auch ein Vertreter des Nachlasses noch nicht bestellt ist. Diese Zeit ist eine verhältnismäßig kurze. Bei einer dreijährigen Frist, wie sie der § 1999 bestimmt, wird es nicht wohl vorkommen, daß innerhalb jener Zeit ein Pflichtteilsanspruch zur Entstehung gelangt und auch die Verjährungsfrist abläuft. Ist auch der § 167 Abs. 2 für den Pflichtteilsanspruch nicht anzuwenden, so wird sich hieraus ein Uebelstand nicht ergeben. Inwieweit ohne Aufnahme einer Vorschrift im Wege der Analogie der § 167 zur Anwendung zu bringen ist, kann der Rechtswissenschaft und Praxis überlassen bleiben.

§§ 2000—2008 (II 2198—2203, B. 2307—2312, R. 2306—2311, G. 2333—2338).

VII. Ent-
ziehung.

Im geltenden Rechte wird das hier behandelte Institut, soweit es aufgenommen ist, „Ent-
erbung“ genannt. Es handelt sich um diejenige Verfügung des Erblassers, durch welche er von der ihm unter gewissen Voraussetzungen vom Gesetze gewährten Nachbefeugniß Gebrauch macht, das Pflichtteilsrecht eines nach dem Gesetze an sich Berechtigten zu verneinen. Der Entw. hat dafür den Ausdruck „Enterbung“ nicht gebraucht; er paßt nach seinem Wortsinne nicht. Der Wortinn weist hin auf Verneinung der Erbfolge; ein Recht auf die Erbfolge geben aber die §§ 1975 ff. dem Berechtigten nicht. Der Ausdruck ist innerlich nur gerechtfertigt, wenn das Gesetz ein Notherbrecht giebt. Ein Uebelstand wird sich aus der Erziehung des Ausdrucks durch „Ent-
ziehung des Pflichttheiles“ nicht ergeben. Wenn auch im Rechtsverlehere das Wort „Enterbung“ noch längere Zeit vorkommen wird, so ist doch nicht zu besorgen, daß daraus Nachteile entstehen werden. Der § 1778 sichert die Abhülfe durch die freie, an das Wort sich nicht bindende Aus-
legung der Verfügung des Erblassers. Jedenfalls wäre es ein weit größerer Uebelstand, wenn das Gesetz selbst inoffert und zweideutig sich ausdrückte. — Das Institut ist dem franz. Rechte unbekannt; doch wird dagegen die Unwürdigkeit nicht unerheblich erweitert, oder es werden doch die Enterbungsgründe des gemeinen Rechtes, wenigstens theilweise, unter die Unwürdigkeitsgründe verwiesen (vgl. Zachariae § 686). Der hess. Entw. gestattet nicht die Enterbung der Ascendenten, läßt zwar die volle Enterbung des Ehegatten zu, gewährt aber nicht | die Befugniß, Descendenten mehr als den halben Pflichtheil zu entziehen (Art. 116 ff., Mot. S. 82, 87). Das in Deutschland geltende Recht lehnt, wenn vom franz. Rechte abgesehen wird, durchweg die Enterbung, so bereits einzelne Volksrechte und von den deutschen Gesetzbüchern schon das ostfries. *MR.* v. 1559 II 44 (vgl. Stobbe § 306 Anm. 1).

| S. 429.

Speziali-
sierung
der Gründe.

Auf die sich erhebenden einzelnen Fragen wird bei der Begründung der aufgenommenen Vorschriften eingegangen werden. Nur zwei Fragen sind als für mehrere Vorschriften von Be-
deutung vorweg zu erledigen. Es sind die unter sich zusammenhängenden Fragen, ob die Ent-
ziehungsgründe im Einzelnen aufzuzählen seien und ob oder inwieweit der analogen Anwendung Raum zu lassen sei. Eine Spezialisierung hat von den in Deutschland geltenden Rechten, soviel ermittelt, nur das säch. *G.* v. 1862 unterlassen (Stobbe § 306 Anm. 11). Wenn es im Art. 24 bestimmt, es könne enterbt werden, „wer sich der Zuneigung des Erblassers unwürdig gemacht hat“, so ist damit keine befriedigende Generalisierung gegeben; eine solche läßt sich auch nicht wohl geben. Bei dem Widerruf der Schenkung hat der Entw. im § 449 gleichfalls die einzelnen Gründe aufgezählt. Nur durch eine solche Aufzählung kann zahlreichen Streitigkeiten in der Praxis vor-
beugt werden.

Entsprechende
Anwendung
der Gründe.

Die entsprechende Anwendung der einzelnen Gründe der Enterbung ist im geltenden Rechte für das gemeine Recht streitig (Windscheid § 590 Anm. 1; Roth § 346 Anm. 3), dagegen anerkannt insbes. in den älteren Rechten (vgl. bayer. *MR.* III 3 § 16 Art. 5 „andere dergleichen von der nämlichen oder noch größeren Stärke“, uA.). Ausgeschlossen ist die analoge Anwendung im *MR.* II 2 § 410, im säch. *GB.* § 2575 („nur dann“), in den thüring. Erbgesetzen, und schon in älteren Rechten (vgl. Stobbe § 306 Anm. 9), auch wohl nach Mommsen (§ 489). Der Entw. beschränkt sich darauf, durch Einfügung des Wortes „nur“ in den § 2000 erkennbar zu machen, daß die in den folgenden Vorschriften enthaltene Regelung erschöpfend ist. Diese Hinweisung genügt hier wie im Falle des § 1440 Abs. 2. Denn, wenn das Gesetz die Voraussetzungen begrenzt, unter welchen die Entziehung zulässig und wirksam ist, so läßt sich, da eine Lücke im Gesetze nicht vorliegt, schon aus § 1 entnehmen, daß die Fälle der Zulässigkeit einer Entziehung nicht im Wege der Rechts- oder Gesetzesanalogie vermehrt werden können. Die Auslegung der folgenden Vorschriften wird dadurch nicht mehr beengt, als der Umstand mit sich bringt, daß es sich um Ausnahmenvorschriften handelt.

1. Der § 2000 enthält außer der Hinweisung auf die Ausschließung der analogen Anwendung der Gründe eine Begriffsbestimmung, aus welcher erhellt, daß die Entziehung auch die Fälle umfaßt, in welchen der Pflichtheil nur theilweise entzogen oder beschränkt ist.

Durch das Vorliegen eines gesetzlichen Grundes, welcher die Pflichtheilsentziehung rechtfertigt, wird die dem Erblasser nach § 1975 obliegende Hinterlassungspflicht nicht von selbst aufgehoben, vielmehr ist nur die Voraussetzung gegeben für eine Anordnung, durch welche der Erblasser wirksam das Recht auf Hinterlassung des Pflichttheiles verneint und sich gegenüber dem Berechtigten die volle und unbeschränkte Testirfreiheit verschafft (Satz 1). Der Erblasser kann von der ihm durch das Gesetz gewährten Machtbefugniß, eine solche Anordnung zu treffen, und von der für ihn alsdann eintretenden Testirfreiheit nach Belieben in verschiedenem Umfange Gebrauch machen. Die Anordnungen haben nicht einen verschiedenen Charakter je nach dem Umfange, in welchem ein solcher Gebrauch von der Testirfreiheit gemacht wird. Deshalb werden alle betr. Anordnungen des Erblassers unter den gemeinsamen Begriff der Pflichtheilsentziehung gestellt, mag der Erblasser den Anspruch des Berechtigten ganz oder theilweise verneinen, oder von seiner Machtbefugniß nur den Gebrauch machen, daß er dem Berechtigten die Erbschaft oder einen Erbtheil mit Beschränkungen oder nur ein Vermächtniß hinterläßt. Unter die Entziehung gehört demgemäß auch der § 2002, nach welchem dem Erblasser nur gestattet ist, sich in engeren Grenzen vom Hinterlassungszwange frei zu machen.

Im gemeinen Rechte ist die Ansicht vertreten, es dürfe auch aus einem in der Zeit von der bedingten Enterbung bis zum Tode des Erblassers erst eintretenden Grunde enterbt werden (Windscheid § 589 Anm. 9.; Roth § 346 Anm. 50, Unger § 83 Anm. 15). Hiergegen richtet sich die Vorschrift, daß die Entziehung nur zulässig ist, wenn der sie rechtfertigende Grund schon zur Zeit der Anordnung bestand (Satz 2). Der Wichtigkeit des Geschäftes entspricht es, daß der Erblasser nur bei dem Eintritte des Grundes die Entziehung anordnen kann, nicht aber befugt ist, auf die Möglichkeit hin, daß ein solcher Grund eintreten möchte, den Pflichtheil zu entziehen, und daß er auf die eigene Prüfung, ob der Grund eingetreten sei, nicht verzichten darf.

Daß Bedingungen anderer Art auch in Ansehung dieser Anordnung zulässig sind, versteht sich von selbst, erhellt aber auch aus § 1760; deshalb ist von einer besonderen Vorschrift abgesehen, obgleich in dieser Hinsicht im gemeinen Rechte Streit obwaltet (Windscheid § 589 Anm. 3, 4; Roth § 346 Anm. 48, 49; Kreittmayr Anm. 7a zum bayer. P.R. III § 16 Nr. 2; Unger § 83 Anm. 19).

2. Die Gründe, aus welchen der Erblasser einem Abkömmlinge den Pflichtheil entziehen kann, werden im § 2001 unter 7 Nummern aufgezählt.

1. In Ansehung der Nachstellungen nach dem Tode des Erblassers (vgl. § 449) stimmt der Entw. mit dem geltenden Rechte im Wesentlichen überein (Windscheid § 590 A 1; Roth § 346 Anm. 11; P.R. II 2 § 400; sächs. G.B. § 2575; thür. Erbgesetze; für würt. Recht Stein § 84 Nr. 4; öst. G.B. § 540; Mommsen § 490 Nr. 1, u.A.). Schon das P.R. dehnt aus auf Lebensnachstellungen gegen die leiblichen Eltern oder Stiefeltern des Erblassers, das sächs. G.B. auf Nachstellungen gegen den Ehegatten, die Abkömmlinge, Eltern, Voreltern und Geschwister des Erblassers, das öst. G.B. auf des Erblassers Kinder, Eltern oder Gatten, die thür. Erbgesetze zumeist auf die zu des Erblassers nächster Familie gehörenden Personen, Mommsen auf des Erblassers Ehegatten und Abkömmlinge. — Der Entw. folgt in Ansehung der Personen Mommsen; er trifft zugleich das gegen eine vom Erblasser angenommene Person sich richtende Attentat. Das letztere erscheint angemessen, weil es auf das Verhältniß der Person, gegen welche die Lebensnachstellung sich richtet, zum Erblasser ankommt. Entsprechend den §§ 449, 1442 ist nur von Lebensnachstellungen die Rede. Verlangt wird die Urheberschaft der bezeichneten Handlungen. Aus den Vorschriften des St.G.B. ergibt sich, daß, wenn eine Mitwirkung Mehrerer stattgefunden hat, eine jede Art der Theilnahme genügt, mag der Abkömmling als Mitthäter, Anstifter oder Gehülfe gehandelt haben. Diese Bemerkung gilt auch für die unter den folgenden Nummern aufgeführten Handlungen. Nicht erwähnt ist der Fall, daß der Abkömmling Nachstellungen Anderer absichtlich nicht gehindert hat; ein solches Nichtverhindern verdient nur insoweit Berücksichtigung, als es selbst als Lebensnachstellung aufgefaßt werden kann.

Nr. 2. Vorsätzliche körperliche Mißhandlung erkennen als Enterbungsgrund an das gemeine Recht (Windscheid § 590 A 2; Roth § 341 Anm. 7), das P.R. II § 402, das sächs. G.B. § 2576 (die thüring. Erbgesetze; Stein § 84; Mommsen § 491 Nr. 1; hess. Entw. 116 Nr. 2, u.A.; aber viele Rechte beschränken den Grund auf ein derartiges Vergehen gegen den Erblasser. — Wegen § 223 St.G.B. wird hier, wie im § 449, von „vorsätzlicher körperlicher Mißhandlung“ gesprochen. Nicht jede körperliche Gewaltthatigkeit soll genügen. Daß der Fall der Nothwehr ausgeschlossen ist, ergibt sich aus der Medewendung „sich schuldig machen“, und aus § 186 (vgl. P.R. II 2 § 402). Mit dem ostfries. P.R. II 44 Nr. 1 („es wäre denn, daß die Kinder, den Schlag abzuwenden, wie ihnen zu thun erlaubt ist, die Eltern durch solche Abwendung verletzten“) über die

1. Berechtigung des Erblassers. | §. 430.

Entziehung nicht kraft des Gesetzes.

Bestehen des Grundes zur Zeit der Anordnung.

Bedingungen anderer Art.

2. Gründe gegenüber einem Abkömmlinge. (G. § 2333.) | §. 431.

Lebensnachstellungen.

Vorsätzliche körperliche Mißhandlung.

Nothwehr hinaus für den Fall „gerechter Abwehr“ eine Ausnahme zuzulassen, ist wegen der Unbestimmtheit eines solchen Ausdrucks nicht rathsam.

Ausdehnung.
auf den
Ehegatten.
| S. 432.

Der Grund ist auf vorsätzliche körperliche Mißhandlung des Ehegatten des Erblassers ausgedehnt. Im letzteren Falle erscheint das Verhalten | des Abkömmlinges gleichfalls in so hohem Maße verwerflich, daß dem Erblasser das Recht eingeräumt werden muß, deshalb den Pflchttheil zu entziehen. Jedoch ist andererseits die Beschränkung eingefügt, daß nur die Verletzung des Ehegatten, welcher ein leiblicher Elternteil oder Vorelternteil des Abkömmlinges ist, die Entziehung rechtfertigt. In anderen Fällen, insbes. dann, wenn der Abkömmling einen Stiefelterntheil oder einen Stiefvorelterntheil gemißhandelt hat, wird nicht immer eine hinreichend schwere Verschuldung vorliegen, um die Entziehung zu rechtfertigen.

Schwere
Beleidigung.

Das gemeine Recht giebt dem Erblasser eine gleiche Entziehungsbefugniß im Falle schwerer Beleidigung des Erblassers (Windscheid § 590 A 3), und ihm haben sich eine größere Zahl der geltenden Rechte angeschlossen, so noch das WM. II 2 § 403 („Ehre mit groben Schmähungen angetastet“). Mit dem sächs. GB., den thüring. Erbgesetzen und Mommsen ist dieser Grund nicht aufgenommen. Für Beleidigungen wäre eine solche Folge, hingesehen auf alle Bevölkerungskreise, eine zu harte.

Be-
schuldigung
eines Ver-
brechens zc.

Nr. 3. In Ansehung dieses Grundes steht ein Theil des geltenden Rechtes noch auf dem Boden des alten Strafverfahrens. Der Code 227 („accusation capitale, jugée calomnieuse“) berücksichtigt den Thatbestand als Unwürdigkeitsgrund; das ist. GB. §§ 540, 770 macht daraus zugleich einen Enterbungs- und Unwürdigkeitsgrund. Das gemeine Recht sieht in der Anklage, ohne eine wesentlich falsche Anklage zu erfordern, und in der falschen Denunziation, durch welche dem Erblasser ein bedeutender Nachtheil erwachsen ist, einen Enterbungsgrund (Windscheid § 590 A 4, 5; Roth § 346 Anm. 9, 13). Ihm haben sich viele Rechte geringeren Geltungsgebietes angeschlossen (bayer. M.; württ. Recht nach Stein § 84 Nr. 2). Nach dem WM. II 2 § 401 ist zur Enterbung des Abkömmlinges erforderlichlich fälschliche Anschulldigung eines der leiblichen Eltern bei Gericht wider besseres Wissen wegen eines Verbrechens, worauf eine härtere als Geldstrafe oder bürgerliche Gefängnißstrafe verordnet ist. Das sächs. GB. § 2575 gestattet die Enterbung des Abkömmlinges, welcher wider den Erblasser oder seinen Ehegatten wegen eines mit Arbeitshaus oder höherer Strafe bedrohten Verbrechens absichtlich wider die Wahrheit ein Strafverfahren eingeleitet hat. Etwas abweichend, unter sich nicht gleichmäßig, bestimmen die thüring. Erbgesetze. Mommsen § 490 Abs. 2 folgt dem sächs. GB. mit Beschränkung auf Anschulldigung wegen eines mit Zuchthaus oder einer härteren Strafe bedrohten Verbrechens.

Entw.

Der Entw. beschränkt den Grund im Anschlusse an die neueren Rechte, bezieht insbes. die falsche Anschulldigung gegen andere Abkömmlinge des Erblassers als zu weit führend nicht ein, wählt die Fassung „durch Anzeige bei einer Behörde“, um alle in Betracht kommenden Fälle zu treffen, dehnt aber andererseits auf alle Vergehen aus, ohne Rücksicht auf die besondere Schwere des den Gegenstand der Anschulldigung bildenden Vergehens. In der letzteren Hinsicht zu unterscheiden, würde zu einer bedenklichen Kasuistik führen. Wegen der Fassung „Anzeige bei einer Behörde“ vgl. § 164 StGB. — | Die Verleitung zu einer falschen Anschulldigung zu erwähnen, wäre nicht rathsam. Es wird eine auf Herbeiführung von Straffolgen mittels falscher Anschulldigung gerichtete, wider besseres Wissen vorgenommene Handlung verlangt. Eine solche Handlung kann unter Umständen auch in der Anstiftung eines Anderen liegen.

| S. 433.
Verleitung.

Meineid.

Nr. 4. Der wissenschaftliche Meineid zum Nachtheile des Erblassers ist ebenfalls den meisten geltenden Rechten als Enterbungsgrund bekannt (Windscheid aD.; Roth aD.). Wegen der Fassung ist zu beachten der § 157 StGB., dessen Eingang den Meineid durch Hinweisung auf die §§ 154, 155 definiert. Der Ausdruck „in einer Strafsache“ findet sich im § 154 Abs. 2 StGB. Zur Verdeutlichung dient der Zusatz, daß die falsche Aussage auch in einer Disziplinarsache abgegeben werden kann. Das Wort „vorsätzlich“ bezieht sich auf „zum Nachtheile“; dies ergibt sich aus der Einschließung in Kommata. — Die wissenschaftlich falsche eidliche Aussage anders zu behandeln als die wesentlich falsche Anzeige, fehlt es an hinreichenden Gründen. Erfordert wird, daß die Aussage beeidet ist, also als Meineid erscheint. Liegt eine solche Aussage vor, so ist anzunehmen, daß sie nur zum Mittel dient, Straffolgen herbeizuführen. Wird die falsche Aussage in einem Civilverfahren abgegeben, so erhält die Handlungsweise in der Richtung auf den Erblasser einen anderen Charakter. An eine solche Aussage können sich nur civilrechtliche Folgen knüpfen; deshalb kann die Handlung nicht als Grund für die Pflchttheilsentziehung aufgestellt werden.

Einbezogen ist die wesentlich falsch beeidete Aussage zum Nachtheile des Gatten des Erblassers; von einer Ausdehnung auf die Aussage zum Nachtheile der Abkömmlinge des Erblassers ist, wie zu Nr. 3, abgesehen. — Eine Handlung, wie sie der Grund der Nr. 4 erfordert, wird unter Umständen nicht nur im Falle der Anstiftung, sondern auch im Falle der Verleitung eines Anderen zum Meineide (§ 160 StGB.) anzunehmen sein.

Nr. 5. Das gemeine Recht kennt als Enterbungsgrund nur Unzucht mit der Frau oder Konkubine des Erblassers (Windscheid § 590 A 6; Noth § 346 Anm. 12). Die neueren Rechte dehnen aus auf Unzucht mit dem Manne, einige erwähnen ausschließlich Ehebruch mit dem Stiefvater oder der Stiefmutter (vgl. MN. II 2 § 405; bayer. LR. III 3 § 17 Nr. 6; württ. LR. III 17 § 11; Altenburg § 101 Nr. 3; Gotha § 76 Nr. 2, u. A.). Das sächs. GB. und mit ihm einige thür. Gesetze haben diesen Grund unterdrückt. — Der Entw. schließt sich dem überwiegend geltenden Rechte an. Der Umstand, daß der Abkömmling wegen des regelmäßigen Altersunterschiedes zumeist als der vom Gatten des Erblassers Verführte anzusehen sein möchte, rechtfertigt nicht die Unterdrückung des Grundes. Für den Fall, daß der Abkömmling in der That vom Gatten verführt wurde, eine Ausnahme zu machen (Mommßen § 490), besteht kein Bedürfnis. Für eine nach den Umständen des Falles etwa berechnete Entschuldigung läßt der Ausdruck „schuldig gemacht hat“ genügend Raum. | S. 434.

Nr. 6. Das gemeine Recht und mehrere diesem sich anschließende Rechte lassen, über den Entw. hinausgehend, als Enterbungsgründe zu: Vernachlässigung in oder während einer Geisteskrankheit, Verweigerung des Loskaufes aus der Gefangenschaft, Verweigerung der Bürgschaft für den im Gefängnisse befindlichen Ascendenten (Windscheid § 590 A 8, 9, 10; Noth § 346 Anm. 14, 18, 19). Das MN. II 2 § 408 stellt als Grund auf, daß das Kind den Erblasser, als er nothleidend gewesen, nicht hat unterstützen wollen — das öst. GB., daß der Erblasser im Nothfalle hilflos gelassen sei — das sächs. GB. § 2575 Nr. 3 (vgl. hess. Entw. 116 Nr. 1), in Uebereinstimmung mit den meisten thüring. Gesetzen, daß der Erblasser in hilflosbedürftiger Lage verlassen oder ihm in einer solchen Lage die verlangte und in den Kräften des Pflichttheilsberechtigten stehende Unterstützung versagt sei. — „Versagung von Hülfe in Nothfällen“ ist ein zu wenig bestimmter Thatbestand, um an ihn so schwere Folgen zu knüpfen. Die Fassung des sächs. GB. kann bei der Vielgestaltigkeit der zu treffenden Fälle unter Umständen große Härten für den Berechtigten mit sich bringen. Deshalb ist nur die Verletzung der gesetzlichen Unterhaltspflicht, und zwar, wenn sie böswillig (§ 368 Abs. 2) erfolgt, als Erfordernis aufgestellt, und auch nur, wenn eine Verletzung dieser Pflicht gegenüber dem Erblasser vorliegt. Durch das Erfordernis der Böswilligkeit wird erkennbar, daß der Abkömmling im Stande sein muß, den Unterhalt zu gewähren, und daß er sich vorsätzlich der Pflichterfüllung, in Kenntniß davon, daß die sonstigen Voraussetzungen seiner Pflicht vorliegen, entzogen hat. Im Falle einer vom Abkömmlinge zu vertretenden Fahrlässigkeit die gleiche Strenge walten zu lassen, würde bedenklich sein. Mitgetroffen ist die Pflege in Krankheitsfällen, weil diese Pflege zum Lebensbedarfe gehört.

Nr. 7. Die Eheschließung ohne die erforderliche Einwilligung des Erblassers ist dem gemeinen Rechte als Enterbungsgrund bekannt (Windscheid § 590 A 13), jedoch nur in Ansehung der Tochter, Enkelin usw., aber beschränkt durch die Ausnahme, wenn der Ascendent bis zu deren 25. Lebensjahre für die Verheirathung nicht Fürsorge getroffen hat. In etwas modifizirter Weise findet sich der Grund im bayer. LR. III 3 § 17 Nr. 11, voll im vorderöst. Rechte (Noth § 346 Anm. 22, 24). Das MN. II 2 § 412 giebt den Eltern gegenüber dem Kinde, welches ohne die von ihnen ertheilte oder vom Richter ergänzte Einwilligung heirathet, die Befugniß, das Kind bis auf die Hälfte zu enterben; darüber, daß dieser Enterbungsgrund durch § 39 des G. v. 6. Febr. 1875 nicht beseitigt ist, vgl. Gruchot 31 S. 947. Im Einzelnen abweichende Vorschriften finden sich in Rechten beschränkter Geltungsgebiete (vgl. für frankf. Recht Bendor S. 502; für hamb. Recht Baumeister S. 273; für Schleswig Esmarch S. 216 Nr. 13). Das sächs. GB. § 2576 hat den Grund ausgedehnt auf alle Descendenten, falls ein ausreichender Grund zur Verweigerung der Einwilligung vorhanden war. Mommßen (Mot. S. 471) hat den Grund nicht aufgenommen. | S. 435.

Bei dieser Vorschrift kommen legislativ-politische Gründe besonderer Art in Betracht. Den Grund, in Abweichung vom geltenden Rechte, ganz zu beseitigen, würde um so bedenklicher sein, als nach § 1259 das den Eltern in großen Rechtsgebieten zustehende Recht, die ohne ihre Einwilligung geschlossene Ehe anzufechten, versagt ist. Würde ihnen auch das Recht, dem ohne die erforderliche Einwilligung heirathenden Kinde den Pflichttheil zu entziehen, nicht gewährt, so würde die Bedeutung dieses Hindernisses zu sehr abgeschwächt. Es würde um so mehr an Gewicht verlieren, als die Thatfachen, welche die Einwilligung erforderlich machen, sehr leicht vermeintlich und bei der Eheschließung unbeachtet bleiben können. Der Grund dient vorzugsweise zur Stärkung der elterlichen Autorität und des Familienbandes, ohne mit dem Interesse, die Ehe aufrecht zu erhalten, in Konflikt zu gerathen. Ein Kind, welches eine Ehe ohne die erforderliche Einwilligung der Eltern schließt, macht sich regelmäßig einer schweren Verfehlung gegen die Eltern schuldig, einer Verfehlung, welche zugleich eine tiefeingreifende, zerstörende Wirkung auf das Familienband äußert. Unter besonderen Umständen kann freilich die Nichterhaltung der Einwilligung den Charakter einer geringeren Verfehlung haben, zB. wenn das Kind es vorzog, statt die Einwilligung im Wege des Prozesses zu erzwingen, mit Umgehung der Eltern die Ehe

Ehebruch mit dem Gatten des Erblassers.

Böswillige Nichtgewährung des Unterhaltes.

Eheschließung.

zu schließen, weil dieser Weg, um zum Ziele zu gelangen, in seinen Augen mit Rücksicht auf die Eltern und die Familie als der weniger verwerfliche erschien. Allein dies sind Ausnahmen, welche im Gesetze sich nicht ausscheiden lassen. Liegt der Fall so, dann werden die Eltern von der ihnen gewährten Befugniß von selbst keinen Gebrauch machen. Darauf, daß die Eltern im ersten Unwillen sich hinweisen lassen könnten, dem Kinde den Pflichtheil zu entziehen, und später, nachdem sie sich mit der Eheschließung ausgeöhnt haben, vergessen, die Entziehung zurückzunehmen, kann kein Gewicht gelegt werden (vgl. § 2004). — Der Umstand, daß das Kind nach zurückgelegtem 25. Lebensjahre einer Einwilligung nicht mehr bedarf (§ 1238 Abs. 1), kann nicht gegen den Erziehungsgrund geltend gemacht werden. Die Beschränkung des Kindes bis zum 25. Lebensjahre beruht darauf, daß bis zu dieser Altersgrenze die Entscheidung, ob die Eheschließung dem Familieninteresse zuwiderläuft, den Eltern, nach dem bezeichneten Zeitpunkte aber dem Kinde selbst zustehen soll. Die Ausdehnung der Entziehungsbefugniß auf den Fall der Eheschließung nach Vollendung dieses Lebensalters würde zu praktischen Schwierigkeiten und Unzuträglichkeiten führen. Nicht selten würde die Frage, ob der Widerspruch der Eltern begründet war, erst lange Zeit nach dem Tode der Eltern zur richterlichen Entscheidung kommen, da die Eheschließung selbst nicht gehindert war. Weiter würden besondere Vorschriften gegeben werden müssen, unter welchen Voraussetzungen und vor welchem Gerichte sowie in welchem Verfahren eine Entscheidung darüber erfolgen könne, ob der Widerspruch der Eltern begründet sei, um

| S. 436.

es dem Kinde zu ermöglichen, feststellen zu lassen, daß der Widerspruch nicht begründet sei. Mit dem sächs. GB. die Entziehung davon abhängig zu machen, daß ein die Verweigerung der Einwilligung rechtfertigender Grund nicht vorgelegen hat, ist schon deshalb nicht rathsam, weil nach § 1238 Abs. 3 die Beweislast nicht das Kind, sondern diejenigen treffen würde, welche sich auf den Entziehungsgrund berufen.

Abnehmung
weiterer
Gründe.

Weitere Gründe, welche den Erblasser berechtigen, einem Abkömmlinge den Pflichtheil zu entziehen, sind nicht aufgenommen. Im geltenden Rechte finden sich noch insbes. folgende:

a) Vermögensbeschädigung der Eltern, *ABR.* II 2 §§ 406, 407, öst. *GB.* §§ 540, 770. *Mommsen* (Mot. S. 471) ist darin beizupflichten, daß ein solches Verhalten des Abkömmlinges mit dem verwandtschaftlichen Verhältnisse nur in einem entfernteren Zusammenhange steht. Auf ein Eigenthumsverbrechen, wenn ein solches vorliegt, die Strafe der Pflichtheilsentziehung zu setzen, würde der inneren Rechtfertigung entbehren.

b) Verhinderung des Erblassers an der Errichtung einer letztwilligen Verfügung (*Windscheid* § 509 A 5; *Roth* § 346 Anm. 15; *bayer. LR.* III 3 § 17 Nr. 10; *württ. LR.* III 17 § 14; *thüring. Erbgesetze*; uA.). Mit den neueren Gesetzgebungen übergeht der Entw. diesen Grund (vgl. jedoch § 2045 Nr. 2). In solchem Falle fehlt es an einer Verfehlung gegen den Erblasser als Eltern- oder Vorelterntheil.

c) Verurtheilung wegen Verbrechen, öst. *GB.* § 768 Nr. 3, § 769, *thüring. Erbgesetze* (10- oder 3-jährige Zuchthausstrafe, oder Verurtheilung wegen gewisser politischer Verbrechen), *ABR.* II 2 § 399. Mit Recht hat schon das sächs. *GB.* (*Mommsen's* Mot. S. 470) diesen Grund aufgegeben. Nachdem die Konfiskation des Vermögens als Strafe weggefallen ist, entbehrt dieser Grund der Berechtigung. Wenn aufgestellt ist, es sei den Eltern oder Voreltern nicht zuzumuthen, einem im Zuchthause sitzenden Abkömmlinge etwas zu hinterlassen, so ist dagegen zu erinnern, daß es nicht Aufgabe des bürgerlichen Rechtes ist, Strafen für Verbrechen festzusetzen, und daß es nicht angemessen wäre, dem Verurtheilten die Rückkehr zur eigenen Familie zu verschließen.

Schlechter
Lebens-
wandel.

d) Schlechter Lebenswandel des Abkömmlinges. Das gemeine Recht unterscheidet mehrere hierher zu zählenden Gründe, welche zum Theile in die sich anschließenden Rechte übergegangen sind (vgl. *Windscheid* § 590 A 11–13; *Roth* § 346 Anm. 10, 16, 17; *württ. LR.* III 17 §§ 9, 15, 16, dazu *Stein* § 84 Nr. 3; *bayer. LR.* III 3 § 17 Nr. 5, 7; uA.). Das *ABR.* II 2 § 409 faßt die einzelnen Gründe zusammen in „bei erhaltener ehrbarer Erziehung durch grobe Lasten, schändliche Aufführung oder durch die Wahl einer niederträchtigen Lebensart sich bei seinen Standesgenossen öffentlich entehrt hat“. Aehnlich das öst. *GB.* § 768 Nr. 4 und *Mommsen* § 491 Nr. 2. Das sächs. *GB.* hat diesen Grund aufgegeben | (vgl. *Siebenhaar* zum § 2575), entgegen dem Entw. zu jenem *GB.* — Der Entw. folgt dem sächs. *GB.*, in der Erwägung, daß die Pflichtheilsentziehung den Erfolg einer Besserung kaum jemals haben wird, insbes. kein Mittel ist, den Abkömmling von dem zumeist seitens der Eltern nicht völlig unverschuldeten Lebenswandel auf einen besseren Weg zurückzuführen. Auch dieser Grund würde mehr die Natur einer dem Gebiete des bürgerlichen Rechtes fernliegenden Strafe haben.

| S. 437.

Apostasie,
Kezerei.

e) Abfall vom rechten Glauben. Apostasie und Kezerei sind nach dem *bayer. LR.* III 3 § 17 Nr. 12, dem *württ. LR.* III 17 § 18 und anderen älteren Rechten Enterbungsgründe. Für das gemeine Recht gilt nach der herrschenden Ansicht der Grund nicht mehr (*Windscheid* § 590 Anm. 2; *Roth* § 346 Anm. 6). Dem öst. *GB.* § 768 Nr. 1, § 769 galt Abfall vom Christenthume als Enterbungsgrund; allein der Grund ist aufgehoben durch G. v. 25. Mai 1868

Art. 7. — Es ist nicht Aufgabe des Entw., die zumeist beseitigten Reste religiöser Intoleranz zu neuem Leben zu erwecken (Mommfens Mot. S. 470).

3. Das Institut der sog. exhereditatio bona mente ist dem bayer. MN. III 3 § 16 Nr. 3 unbekannt; es ist nicht aufgenommen von dem hess. Entw. und Mommfens. Das gemeine Recht erkennt es nach der Ansicht der meisten neueren Schriftsteller an (Windscheid § 583 Anm. 9; Roth § 344 Anm. 8, 9; — dagegen Mommfens Mot. S. 466 ff.); nach der herrschenden Auffassung wird nur erfordert, daß die Enterbung in wohlmeinender Absicht und im Interesse des Berechtigten geschehen ist (Windscheid § 583 Nr. 2). Dem gemeinen Rechte ist noch neuerdings das südb. G. v. 1862 Art. 24 gefolgt. Aber auch die Ansicht ist vertreten, daß gewisse Gründe (Blödsinn, Verschwendung, Unmündigkeit des Pflichttheilsberechtigten) ausschließlich den Erblasser zu einer solchen Verfügung berechtigen (Roth § 345 Anm. 8—10). Diese Ansicht ist die in den neueren Rechten überwiegend vertretene (vgl. MN. II 2 §§ 419—431; sächs. GB. § 2577; öst. GB. § 773, u.Ä.; vgl. Dernburg § 203; Cccius § 248 S. 365—368; Unger § 84). Selbst der Code 1048 hat dem legislatorischen Gedanken in seinen Vorschriften über die Substitution Rechnung getragen (vgl. Zachariae § 696 Anm. 1).

Enterbung
aus guter
Absicht.
(G. § 2338.)

Die Gründe, welche gegen das Institut geltend gemacht werden, erscheinen nicht durchschlagend. Eingewendet wird die Möglichkeit ärgerlicher Prozesse und der die Eltern treffende Vorwurf vernachlässigter Erziehung (Brauer, Erläuter. 2 S. 480; Gruchot III S. 182) und von | S. 438.
anderer Seite, es fehle an einem praktischen Bedürfnisse, wie daraus erhelle, daß davon nur selten Gebrauch gemacht werde, überdies sei der Verschwender durch Vormundung geschützt. Allein die Möglichkeit ärgerlicher Prozesse kann kaum ein Hinderniß sein, ein im größten Theile des Reiches bestehendes Institut beizubehalten. Der Vorwurf vernachlässigter Erziehung wird nur selten zutreffen; für Charakterfehler kann die Erziehung nicht wohl verantwortlich gemacht werden. Wäre dies aber auch der Fall, so wäre deshalb nicht gerechtfertigt, das Hülfsmittel angemessener Fürsorge für das Interesse der Abkömmlinge aufzugeben. Viel eher könnte daraus geschlossen werden, die Pflichttheilsentziehung sei niemals zu gestatten. Daß es an einem praktischen Bedürfnisse fehle, kann schon deshalb nicht anerkannt werden, weil noch das sächs. GB. entsprechende Vorschriften für geboten erachtet. In allen Theilen Deutschlands sind auch, soweit das Institut gilt, Fälle vorgekommen, in welchen Erblasser von der ihnen durch das Gesetz gewährten Befugniß Gebrauch gemacht haben. An verschwenderischen Personen fehlt es nicht, aber nicht jeder Verschwender wird unter Vormundschaft gestellt; nur zu häufig tritt eine Stellung unter Vormundschaft erst ein, wenn nichts mehr, auch der Nachlaß der Eltern nicht, zu verschwenden ist. — Der Entw. hat sich daher für die Beibehaltung des Institutes entschieden, es aber in der Weise in sein System eingereiht, daß die nach § 2002 zu beurtheilende Anordnung des Erblassers als eine unter den Begriff der Entziehung des Pflichttheiles (§ 2000) fallende Beschränkung des Pflichttheiles behandelt ist. Die Privatautonomie des Erblassers wird also aus einem besonderen Grunde in gleicher Weise erweitert, wie durch die Vorschriften über die regelmäßige Pflichttheilsentziehung. Dem Zwecke und dem Wesen nach sind jedoch diese Arten der Entziehung gänzlich von einander verschieden. Im Falle des § 2002 will der Erblasser materiell dem Berechtigten von dem, was ihm gebührt, nichts nehmen, ihn vielmehr voll befriedigen, ihm aber das Hinterlassene in einer Weise zukommen lassen, mit welcher der Berechtigte sich einverstanden erklären müßte, wenn er sein eigenes Interesse wohl verstände. Vorausgesetzt wird jedoch dabei ein Verständniß des eigenen Interesses von einem höheren ethischen Standpunkte aus, nämlich dem Standpunkte der Fürsorge für die Erhaltung des Vermögensstandes der Familie. Damit wird ein Zwang gegen den Berechtigten nur geübt oder doch die Anordnung nur als Zwang empfunden werden, wenn der Berechtigte eine nicht richtige Auffassung von seinem eigenen Interesse hat. Die dem Berechtigten auferlegte Beschränkung ist deshalb in Wirklichkeit keine Beschränkung, wenngleich die Anordnung zum Zwecke der Erhaltung des Vermögensstandes der Familie dem Berechtigten lediglich die Nutzungen seines Vermögens beläßt. Der innere Grund für die Vorschriften liegt darin, daß der Erblasser durch die angeordnete Beschränkung den Pflichttheilsberechtigten nicht verletzt, nicht aber darin, daß er den Berechtigten zur Vergeltung eines von diesem erlittenen Unrechtes verletzen darf. Nicht zu verkennen ist, daß eine derartige Zwangsfürsorge des Erblassers für den Berechtigten etwas Anomales hat. Ein entscheidender Grund gegen das Institut liegt darin nicht; die Anomalie würde es | S. 439.
Vorthelle des Familienwohlstandes wirkende Institut zu beseitigen.

Durch die Einreihung dieser Art der Pflichttheilsbeschränkung in die Pflichttheilsentziehung ergibt sich, daß die Vorschriften über die Entziehung anwendbar sind, insbes. diejenigen, welche die Form betreffen. Dagegen ist die Beschränkung, weil sie sachlich dem Berechtigten zum Vorthelle gereicht, nicht eine völlige Entziehung. Insoweit bleibt mithin der § 1972 unanwendbar, und den Abkömmlingen des Betreffenden fehlt das Pflichttheilsrecht (vgl. §§ 1964, 1983).

Form der
Entziehung.

Voraus-
setzung.

Die erste der aufgestellten Voraussetzungen (Rechtfertigung der Besorgniß, daß er sich oder seine Familie durch verschwenderische Lebensweise oder verschwenderische Geschäftsführung dem Nothstande preisgibt) stimmt überein mit den thatsächlichen Voraussetzungen für die Erklärung als Verschwender (§ 29; vgl. § 1372 Nr. 4, § 1405 Nr. 4; MN. II 2 § 420; sächs. GB. § 2577; öst. GB. § 773; Lüb. G. v. 1862; hamb. Recht, nach Baumeister § 112). Wie bereits hervorgehoben, wird dem praktischen Bedürfnisse nicht dadurch genügt, daß dem Erblasser freisteht, bei seinen Lebzeiten die Erklärung des Berechtigten als Verschwender zu beantragen. Noch weniger kann verlangt werden, daß der letztere bereits für einen Verschwender erklärt sei. Würde dem Erblasser nur gestattet, die Wirkungen der Erklärung als Verschwender zu steigern, so würde die praktische Anwendbarkeit dieser Vorschriften zu sehr beeinträchtigt. — Als eine andere alternativ in Betracht kommende Voraussetzung wird eine näher bestimmte Ueberschuldung erfordert (MN. II 2 § 419; sächs. GB. § 2577; öst. GB. § 773; thür. Erbgesetze; hamb. Recht; uel.). Es wäre willkürlich und auch zu hart, wenn dem Abkömmlinge eine mögliche, und vielleicht sogar noch einen Ueberschuß lassende vollständige Schuldenbereinigung dadurch abgeschnitten würde, daß lediglich Ueberschuldung erfordert würde. Dem Erblasser kann die Befugniß, den Berechtigten zu beschränken, nicht deshalb gewährt werden, weil er einen künftigen Vermögensverfall oder eine künftige verschwenderische Lebensweise des Abkömmlinges befürchtet (vgl. S. 430). Einer besonderen Vorschrift bedarf es in dieser Beziehung nicht.

Inhalt der
Befugniß.

| §. 440.

Abweichend von einigen geltenden Rechten, bestimmt der Entw. den Inhalt der Befugniß des Erblassers dahin, er könne, sofern er dem Abkömmlinge mindestens die Hälfte des gesetzlichen Erbtheiles hinterläßt, in Ansehung des hinterlassenen Erbtheiles für die Zeit nach des Abkömmlinges Tode die gesetzlichen Erben des Abkömmlinges als Nacherben einsetzen und zugleich anordnen, daß der Abkömmling den Nacherben Sicherheit zu leisten habe. Dem Erblasser wird also nicht gestattet, dem Abkömmlinge auch dann, wenn er nicht auf den Pflichttheilsbruchtheil als Erbe eingesetzt ist, nur den Nießbrauch am Pflichttheile zu gewähren oder anderweite Beschränkungen des Berechtigten zu bestimmen. — | Die dem Erblasser gewährte Erweiterung der Privatautonomie genügt. Das Gesetz gewinnt an Einfachheit, wenn dem Erblasser nur ein bestimmter Weg gewiesen wird, auf welchem die Zwecke am besten erreicht werden können, zu deren Erreichung das Institut aufgenommen ist. Dem Erblasser wird dadurch nicht zu nahe getreten, daß er diese Befugniß nur dann erlangt, wenn er den Berechtigten zum Erben einsetzt. Handelt es sich doch nur um eine ausnahmsweise Erweiterung seiner Verfügungsbefugniß. Würde dem Erblasser die Wahl gelassen unter den verschiedenen möglichen Arten einer solchen Beschränkung des Pflichttheilsrechtes, bei welcher das Stammvermögen erhalten und dem Abkömmlinge nur die Nutzungen belassen werden, als Vermächtniß des Nießbrauches, auflösend bedingtes Eigenthum, Rentenrecht usw., so würde über das Bedürfniß hinausgegangen. Insbes. steht dem entgegen, daß es an einer festen und klaren Grenze der Verfügungsbefugniß des Erblassers fehlen würde. Soll der Charakter der Entziehung aus guter Absicht gewahrt bleiben, so muß der Abkömmling materiell seinen Erbtheil voll und ganz erhalten. Dies Ziel erreicht der Entw. in der von ihm festgesetzten Art und Weise der Beschränkung. Was dem Abkömmlinge genommen wird, wird dessen gesetzlichen Erben zugewendet. Diese Sicherung der gesetzlichen Erben kann nicht als eine wirkliche Minderung des dem Abkömmlinge Gebührenden erscheinen, sobald der ethische Standpunkt festgehalten wird, daß es in gewissem Umfange Jedem obliegt, ererbtes Vermögen thunlichst seiner Familie zu erhalten. — Ob und inwieweit dabei der § 1810 Anwendung leidet, kann der Rechtsanwendung und der Theorie überlassen bleiben.

Sicherheits-
leistung.

Die Anordnung der Sicherheitsleistung an den Nacherben wird gestattet, weil eine solche Maßregel unter Umständen zur Wahrung des Familieninteresses erforderlich sein wird. Soweit die Verfügung nicht ein Anderes ergiebt, wird die Sicherheitsleistung von Seiten eines zu bestellenden Pflegers verlangt werden können.

Sicherung des
Erfolges
gegenüber
Dritten.

Um den Erfolg des Institutes auch gegenüber Dritten zu sichern, werden die §§ 1298, 1299 Abs. 1, 3 für entsprechend anwendbar erklärt (Abs. 2). Ohne eine solche Vorschrift würde die gute Absicht des Erblassers dem Berechtigten zum offenbaren Nachtheile gereichen. Das Gesetz selbst muß daher die von einer besonderen Bestimmung des Erblassers unabhängige Folge anknüpfen, daß die für den Abkömmling als Vorerben begründeten Rechte und die Einkünfte aus diesen Rechten ein der Pfändung, Veräußerung und Belastung entzogenes Vermögen bilden, dessen Rechtschicksal auch nach außen hin mit dinglicher Wirkung dahin bestimmt wird, daß es, soweit die persönlichen Bedürfnisse des Abkömmlinges und seiner Familie reichen, ausschließlich diesen Bedürfnissen zu dienen hat. Die Gläubiger des Abkömmlinges, welche zur Zeit des Erbfalles vorhanden sind, sowie die später hinzutretenden Gläubiger können in dieser Beschränkung des dem Berechtigten zugewendeten Vermögens eine Kränkung ihrer Rechte nicht finden. Unter dem dem Abkömmlinge zu sichernden vorerbschaftlichen Vermögen sind die nießbrauchartigen Rechte an den einzelnen Gegenständen der Vorerbschaft zu verstehen sowie die Einkünfte aus diesen Gegenständen

Das Rechtsverhältniß dieses dem Abkömmlinge zu sichernden Vermögens läßt sich in passender und einfacher Weise bestimmen durch Heranziehung der Vorschriften, welche in ähnlicher Weise in Ansehung der durch die eheliche Nutznießung begründeten Rechte und der auf Grund dieser Rechte erworbenen Früchte (§§ 1298, 1299 Abs. 1, 3) bestimmen. Die darnach sich ergebenden Schwierigkeiten der juristischen Konstruktion sind nicht größer, als diejenigen, mit welchen dort zu rechnen ist. Deshalb kann insoweit auf die Begründung jener Vorschriften verwiesen werden (Mot. 4 S. 213 ff.). Nur eine Maßgabe ist insoweit hinzuzufügen, als eine Pfändung der Einkünfte in Betracht kommt. In dieser Hinsicht ist, in Anlehnung an § 749 Nr. 3 C.P.D., nur der nothdürftige Unterhalt in Betracht zu ziehen, da auch diese Einkünfte nur auf Grund der Freigebigkeit und Fürsorge eines Dritten bezogen werden, wie in dem Falle, welchen die Vorschrift der C.P.D. voraussetzt.

§ 441.

Die angeordnete Beschränkung muß ihrem Zwecke nach wegfallen, wenn der Grund zwischen dem Zeitpunkte der Anordnung und dem Zeitpunkte des Erbfalles sich erledigt. Die Befugniß des Erblassers, eine solche Beschränkung anzuordnen, ist nur auf die zur Zeit des Erbfalles noch fortbauende Gefahr gegründet. Dieser soll der Erblasser vorbeugen dürfen. Gehört sie der Vergangenheit an, so kann von einer Verwirkung des Pflichttheilsrechtes des Abkömmlinges nicht mehr die Rede sein. Dementsprechend wird bestimmt, daß die Anordnung der Nacherbsfolge unwirksam sei, wenn der die Anordnung rechtfertigende Grund zur Zeit des Erbfalles nicht mehr vorhanden ist (Abs. 3).

Wegfall des Grundes.

Dem Erblasser gegenüber einem Abkömmlinge, welcher vor Erlangung der Fähigkeit, ein Testament zu errichten, ohne Hinterlassung von Abkömmlingen oder eines Ehegatten stirbt, die Befugniß einzuräumen, für diesen Fall die Herausgabe desjenigen, was von dem Pflichttheile noch übrig sein wird, an einen Nachberufenen anzuordnen, erscheint nicht erforderlich. Dies wäre in einem gewissen Sinne ein Erbsatz der vom Entw. abgelehnten Pupillarsubstitution (vgl. S. 132 ff.). Allerdings ist nicht zu leugnen, daß auch in solchem Falle die gesetzliche Erbfolge in den Nachlaß des Abkömmlinges zu einer unabänderlichen wird, und daß im Einzelfalle sich hieraus Uebelstände ergeben können. Allein gegen eine derartige Vorschrift spricht außer den Gründen, welche die Nichtaufnahme der Pupillarsubstitution rechtfertigen, schon der Umstand, daß es nicht der Willkür des Erblassers überlassen werden kann, das dem Abkömmlinge Hinterlassene den gesetzlichen Erben des Abkömmlinges zu entziehen und dadurch mittelbar wiederum den Pflichttheil des Abkömmlinges zu mindern, während er schon das gesetzliche Recht auf den Pflichttheil mindern darf. — Von den geltenden Rechten gestattet freilich das gemeine Recht die Pflichttheilsentziehung wegen Unmündigkeit, Wahnsinnes oder Blödsinnes des Pflichttheilsberechtigten zu Gunsten der Kinder desselben (Windscheid § 583 Anm. 7; Roth § 345 Anm. 8). Das A.M. II 2 § 421 hat diesen Gedanken für den Fall des Wahnsinnes oder Blödsinnes aufgenommen. Neuerdings hat Mommsen in den §§ 487, 488 (dessen Mot. S. 464—466) die Wiederbelebung des Gedankens vorgeschlagen. Der Entw. hat aus den angegebenen Gründen mit dem preuß. Entw. v. 1835 (dessen Mot. S. 312, 313) sich nicht angeschlossen.

Ablehnung eines Erbsatzes der Pupillarsubstitution.

§ 442.

Das Institut ist im Entw. auf die Abkömmlinge beschränkt. Im gemeinen Rechte wird zum Theile die Ausdehnung desselben auf Ascendenten und sogar auf Geschwister vertreten (Roth § 345 Anm. 5, 6). Geschwistern steht nach dem Entw. ein Pflichttheilsrecht nicht zu. Diese Ausdehnung wäre daher gegenstandslos. Gegenüber Ascendenten lassen auch das A.M. II 2 § 515 und einige andere Rechte (öst. G.B. württ. Recht nach Stein § 88; hamb. Recht nach Baumeister § 112) die Entziehung aus guter Absicht zu. Einer solchen Fürsorge seitens der Kinder für die nach dem Entw. allein pflichttheilsberechtigten Eltern bedarf es nicht; sie würde sogar unnatürlich erscheinen.

Ausdehnung auf Ascendenten oder Geschwister.

4. Aus den zum § 2001 angeführten Gründen muß die Entziehung des Pflichttheiles auch gegenüber dem Vater sowie der Mutter zulässig sein (§ 2003). Das geltende Recht stimmt damit im Wesentlichen überein. Außer dem in Ansehung eines Elterntheiles nicht in Betracht kommenden Grunde des § 2001 Nr. 7 sind dieselben Gründe aufgenommen wie für die Entziehung gegenüber einem Abkömmlinge, allein ausgenommen die vorsätzliche körperliche Mißhandlung (§ 2001 Nr. 2). Die Rücksicht auf das elterliche Züchtigungsrecht und die Schwierigkeit, eine angemessene Grenze zu ziehen, verbietet es, diesen Grund hier anzuerkennen, der sich auch in keinem der in Deutschland geltenden Rechte findet. Der ihm nahe kommende Grund des A.M. II 2 § 508: „durch üble Behandlung der Gesundheit des Erblassers einen erheblichen und dauernden Schaden böshafter Weise zufügen“ (vgl. goth. G. § 77 Nr. 5) ist von den übrigen neueren Gesetzen nicht übernommen. Soweit nicht der Gesichtspunkt der Lebensnachstellung genügt und auch der Grund des § 2001 Nr. 6 nicht ausreicht, wäre die Aufnahme bedenklich (vgl. ObTrib. 76 S. 158).

3. Gründe gegenüber einem Elterntheile. (G. § 2334.)

Das geltende Recht hat noch einige weitere Gründe, zumeist solche, welche schon in Ansehung der Abkömmlinge nicht gebilligt sind, auf welche deshalb nicht nochmals einzugehen ist. Zu erwähnen ist jedoch der im A.M. II 2 § 512 enthaltene und mit mannigfachen Unterscheidungen

Ablehnung weiterer Gründe.

in die thür. Erbgesetze übergegangene Grund „gröbliche Verletzung der nach den Gesetzen ihnen obliegenden Pflichten bei der körperlichen oder sittlichen Erziehung des Erblassers“. Dem Kinde eine derartige Befugniß beizulegen, wäre nicht angemessen; sie würde zu einer höchst unangemessenen Kritik des Verhaltens der Eltern bei der Erziehung führen können. Auch in dieser Beziehung werden für besonders schwere Fälle zumeist die Gründe des § 2001 Nr. 1 und 6 genügen.

§ 443.

4. Verzeihung.
(G. § 2337.)

§ 5. Daß nach § 2004 die Verzeihung den Wegfall des Entziehunggrundes zur Folge hat, entspricht der großen Mehrzahl der geltenden Rechte. Vgl. für das gemeine Recht Windscheid § 590 Anm. 15, 16 (nicht unbestritten); für das öst. GB. Unger § 83 Anm. 10; bayer. MN. III 3 § 16 Nr. 12; württ. MN. III 17 § 20; sächs. GB. § 2598; thür. Erbgesetze; Mommsen § 496 Abs. 1; für hamb. Recht Baumeister II S. 265; das ALR. hat keine ausdrückliche Vorschrift, vgl. jedoch Dernburg § 202 S. 586, § 205 bei Anm. 7, Eccius § 248 S. 363–365.

In Ansehung der Frage, ob die angeordnete Entziehung nur durch förmlichen Widerruf beseitigt werden kann, ist das geltende Recht verschieden. Für die Bejahung der Frage entscheiden außer anderen das ALR. II 2 §§ 414, 416, das öst. GB. § 772 und das bayer. MN. III 3 § 16 Nr. 12. — Dahingestellt bleiben kann, ob es nach Lage des Entw. schon deshalb angemessen ist, der Verzeihung eine die Entziehung ausschließende Bedeutung beizulegen, weil ein Gleiches im § 451 in Ansehung des Widerrufs einer Schenkung wegen Undankes und im § 1446 in Ansehung der Geltendmachung des Scheidungsrechtes bestimmt ist. Das Recht der Entziehung hat zur Voraussetzung, daß zwischen dem Erblasser und dem Berechtigten durch Schuld des letzteren eine solche Entfremdung eingetreten ist, daß dem Erblasser nicht zugemuthet werden kann, dem Berechtigten noch etwas zu hinterlassen. Alle in den §§ 2001, 2003 bestimmten Gründe lassen sich als schwere Beleidigungen des Erblassers auffassen, zu deren Sühne dem Erblasser das Entziehungsrecht beigelegt wird. Die Entfremdung hört auf, und der Beleidigung ist der Stachel genommen, wenn Verzeihung eingetreten ist. Das Entziehungsrecht verliert damit seine Grundlage und wird von selbst hinfällig. Zudem erscheint es nicht zweckmäßig, daß auf alte abgethane Vorgänge nachträglich im Testamente zurückgegriffen wird, und daß diese zur Entziehung des Pflichttheiles, also zu Zwecken benutzt werden, welche in der Regel mit der zugefügten und verziehenen Verfehlung nichts zu thun haben.

Bedenken
gegen die
Vorschrift.

Gegen die Aufnahme der Vorschrift kann eingewendet werden, daß unter Umständen die Verzeihung sich schwer beweisen lasse, sowie daß zu befürchten sei, die Verzeihung werde nicht selten ohne Grund im Prozesse geltend gemacht werden. Allein diese Einwendungen können nicht entscheiden. In Ansehung der erstgedachten Einwendung ist festzuhalten, daß eine ausdrückliche Verzeihung mit besonderer Rücksicht auf das Entziehungsrecht nicht gefordert wird und nicht gefordert werden kann. Die Wiederherstellung der dem verwandtschaftlichen Verhältnisse entsprechenden innigen und liebevollen Beziehungen muß genügen. — Mit dem ALR. II 2 § 416 Ausöhnung und Verzeihung zu trennen, würde nicht angemessen sein. Die Ausöhnung hat die Verzeihung zur Voraussetzung. Eine Verzeihung mit Vorbehalt der Entziehung des Pflichttheiles ist keine Verzeihung; der Vorbehalt kann daher nicht zugelassen werden. Bei der Entziehung handelt es sich um ein Recht, welches von dem Gesetze nur ausnahmsweise dem Erblasser gewährt wird. Dieses ausnahmsweise Recht erlischt mit der thatsächlich erfolgten Verzeihung. Ist wirklich Verzeihung gewährt, so bleibt hiernach für einen Vorbehalt des Entziehungsrechtes kein Raum. Die Umstände des Falles müssen ergeben, ob die mit einem solchen Vorbehalte erklärte Verzeihung noch eine Verzeihung ist.

§ 444.

Wirkung nach
angeordneter
Entziehung.

Wird aber der Verzeihung eine solche Bedeutung beigelegt, so muß ihr eine gleiche Beachtung auch dann zu Theil werden, wenn sie erfolgt, nachdem bereits die Entziehung des Pflichttheiles angeordnet ist. Der auch in einer Entscheidung des Reichsgerichtes (Bd. 15 S. 167) in den Vordergrund gestellte Gesichtspunkt, daß die errichtete Verfügung nicht durch eine formlose Willenserklärung des Erblassers rückgängig gemacht werden könne, ist nicht für zutreffend zu erachten. Es steht nicht ein Zusammenfallen der Verfügung in Folge einer Willensänderung des Erblassers (*contraria voluntas*) in Frage, sondern es handelt sich darum, ob die getroffene Verfügung noch eine berechnete ist oder ob sie durch die Verzeihung die ihr an sich zukommende Wirkung verloren hat. Das Letztere ist anzunehmen, weil das Bestehen oder Nichtbestehen der Berechnung nach dem Zeitpunkte des Eintrittes des Erbfalles sich bestimmt (vgl. § 2005). Dazu kommt, daß von dem rein praktischen Standpunkte aus eine verschiedene Behandlung der Verzeihung, je nachdem sie vor oder nach der Anordnung der Entziehung eintritt, deshalb nicht rathsam wäre, weil vielfach schwer festzustellen sein wird, ob die Verzeihung als vor oder nach diesem Zeitpunkte erfolgt anzusehen ist. Häufig wird die Verzeihung nicht durch ausdrückliche Erklärung ertheilt, sondern ist einer Reihe von Umständen zu entnehmen, welche sich über einen längeren Zeitraum vertheilen können.

5. Gründe
gegenüber
dem Gatten.
(G. § 2335.)

6. Dem Erblasser wird die Befugniß, dem Gatten den Pflichtheil zu entziehen, nur dann beigelegt, wenn der Ehegatte sich einer Handlung schuldig gemacht hat, durch welche das Recht

des Erblassers auf Scheidung oder auf Trennung von Tisch und Bett nach den §§ 1441—1445 begründet wird. Das geltende Recht bestimmt, soweit es ein Pflichttheilsrecht des Gatten kennt, nicht gleichmäßig. Im Wesentlichen auf gleichem Boden mit dem Entw. stehen das W.N. II 1 §§ 632, 499 (vorausgesetzt wird aber auch, daß der Gatte für schuldig zu erklären sein würde; vgl. Dernburg § 210 Anm. 9; Cccius § 248 Anm. 106), der hess. Entw. 117 (Mot. S. 87), die oldemb. G. v. 1873 und 1879. Das württ. Recht hat daneben noch weitere Entziehungsgründe (Stein § 86). Das sächs. G.B. § 2582 (vgl. jedoch § 2598; Mommsen § 492) und die thüring. Erbgesetze stellen hingegen besondere Enterbungsgründe in Ansehung des Gatten auf, im Wesentlichen im Anschlusse an die gegenüber Ascendenten und Descendenten.

| Die Entscheidung des Entw. rechtfertigt sich im Hinblick auf die Folgen, welche sich an | S. 445.
die erfolgte Scheidung knüpfen. Wenn nach § 1444 der Antrag auf Trennung von Tisch und Bett begründet ist, so besteht thatsächlich auch schon das Recht auf Scheidung, nur schreibt das Gesetz eine solche Trennung vor, um die Möglichkeit einer Ausöhnung zu wahren. Auf diese Möglichkeit ist hier keine Rücksicht zu nehmen, weil die Ausöhnung bereits durch den Tod des Gatten abgeschnitten ist. Zweifel lassen sich erheben, ob nicht der relative Trennungsgrund des § 1444 lediglich dann zu berücksichtigen sei, wenn der Erblasser auf Grund des § 1445, nachdem zuvor auf Trennung erkannt ist, das Recht erlangt hat, die Scheidung zu verlangen. Zu einer solchen Einschränkung besteht aber kein Bedürfnis. Denn es ist, wenn die Pflichttheilsentziehung auf den Trennungsgrund des § 1444 gestützt wird, nicht mit allzu großen Schwierigkeiten verbunden, bei dem Streite über die Wirksamkeit der Entziehung des Pflichttheiles festzustellen, ob die dem Gatten vorgeworfene Pflichtverletzung von der im § 1444 verlangten Schwere ist.

Anderer Gründe für die gegen den Ehegatten sich richtende Pflichttheilsentziehung anzuerkennen, fehlt es an zureichenden Gründen. Liegt kein Scheidungs- oder Trennungsgrund vor, so bleibt der Erblasser verpflichtet, in der Verfügung von Todeswegen den Gatten als Gatten zu behandeln und zu berücksichtigen. — Mit einzelnen Rechten (thüring. Erbgesetze; württ. Recht nach Stein § 88; hamb. Recht nach Baumeister § 112) die Pflichttheilsentziehung aus guter Absicht zuzulassen, besteht um so weniger ein Anlaß, als diese Ausdehnung den meisten geltenden Rechten unbekannt ist.

Die Verzeihung ist hier in weiter greifender Weise als im Falle des § 2004 berücksichtigt und nicht sie allein, sondern auch der Verlust des Rechtes durch Zeitablauf (Abf. 2). In letzterer Hinsicht kommt neben § 1447 die durch § 576 C.P.D. vorgeschriebene prozessuale Beschränkung der Geltendmachung eines Scheidungsgrundes in Betracht.

Unwirksamkeit der Entziehung.

Die Frage kann aufgeworfen werden, ob nicht durch besondere Vorschriften Vorsorge zu treffen sei dahin, daß ein Gatte, welcher Abkömmlinge aus der Ehe mit dem überlebenden Gatten hinterläßt, das Pflichttheilsrecht dieser Abkömmlinge zu Gunsten des Gatten noch weiter in der Art beschränken dürfe, daß der Ueberlebende zum Erben auf seinen und der gemeinschaftlichen Abkömmlinge gesetzliche Erbtheile, die gemeinschaftlichen Abkömmlinge aber für den Todesfall des Ueberlebenden auf das Ganze und, falls der Ueberlebende wiederheirathet, auf ihre gesetzlichen Erbtheile zu Nacherben eingesetzt werden. Damit würde das Erbrecht des Ueberlebenden erweitert, das Pflichttheilsrecht der Abkömmlinge gegenüber einer solchen Verfügung dahin eingeschränkt, daß die letzteren einer derartigen Verfügung nicht entgegen treten könnten, indem sie den Pflichttheilsanspruch geltend machten. Die Erweiterung des Rechtes des Ueberlebenden | würde nur eintreten, wenn der verstorbene Gatte durch eine Verfügung von | S. 446.
Todeswegen dies angeordnet hat. Andererseits würde der Gatte in seinen Rechten insofern beschränkt sein, als er in Ansehung seines Erbtheiles und der Erbtheile der Abkömmlinge, abgesehen vom Falle einer Wiederheirath, nur Vorerbe sein würde. — Eine Regelung dieser Art muß indessen als unthunlich angesehen werden. Dagegen bleibt der auf S. 369 hervorgehobene schwerwiegende Einwand bestehen, daß den Abkömmlingen während der ganzen Lebensdauer des Ueberlebenden die Möglichkeit unterbunden wird, sich wirtschaftlich selbständig zu machen. Es fehlt aber auch an zwingenden Gründen, das Pflichttheilsrecht der Abkömmlinge, welches schon als ein bloßes Forderungsrecht ausgestaltet ist, noch weiter einzuengen. Den Gatten ist unbenommen, durch Einführung der G.G. dem Ueberlebenden in der sich anschließenden fortgesetzten G.G. eine rechtliche Stellung einzuräumen, welche günstiger ist als die durch eine solche Regelung erreichbare. In denjenigen Rechtsgebieten, in welchen bisher gesetzliche G.G. oder das Institut des Weisiges oder der sog. Papiertheilung besteht, kann auf diesem Wege der bisherigen Sitte und Gewöhnung Rechnung getragen werden. Abgesehen davon kommt, wie S. 368 erwähnt, in Betracht, daß nach den §§ 1501, 1502, sofern nicht ausnahmsweise besondere Umstände obwalten, dem Ueberlebenden die elterliche Nutznießung am Vermögen der Kinder bis zu deren Volljährigkeit zusteht. Durch die in Rede stehende Regelung würden also zumeist die Pflichttheilsrechte volljähriger Kinder berührt werden.

Beschränkung der Abkömmlinge

In den Rechtsgebieten, in welchen bisher schon die Verwaltungsgemeinschaft der gesetzlichen Güterstand ist, kommt es allerdings nicht selten vor, daß ein Gatte den anderen unter Nichtberücksichtigung der Kinder zum ausschließlichen Erben letztwillig einsetzt, und daß die Kinder in letztwillige Anordnungen, welche im Wesentlichen dasselbe Ergebnis haben wie die bezeichnete Regelung, sich ohne Weiteres fügen. Allein dies sind vorzugsweise solche Fälle, in welchen das hinterlassene Vermögen nicht oder nur soeben hinreicht, um dem Ueberlebenden ausreichenden Unterhalt zu bieten, oder in welchen es im allseitigen Interesse liegt, eine Zerspaltung des Vermögens zu vermeiden. Keineswegs kann daraus entnommen werden, daß es unbedenklich sein würde, den Abkömmlingen einen Zwang aufzuerlegen, sich in derartige Anordnungen zu fügen. Ein solcher Zwang würde im Gegentheil schwer empfunden werden, als Regel hingestellt der inneren Rechtfertigung durchaus entbehren und deshalb vielfach gar nicht verstanden werden. In den besonders gearteten Fällen die richtige Lösung zu finden, wird, wie in den gedachten Rechtsgebieten Deutschlands bisher, so auch ferner der Pietät und dem Familiensinne ohne Gefahr überlassen bleiben können.

Erfaz an
Armen-
verbände 2c.
für den Unter-
halt.
| S. 447.

Weiter ist geprüft worden, ob ein Bedürfnis bestehe, zu Gunsten der Armenverbände oder Armenpflegeanstalten oder des Staates, welchen der Berechtigte, dem der Pflichtheil entzogen ist, zur Last fällt, dahin vorzusehen, daß diese Erfaz ihrer Aufwendungen fordern können bis zur Höhe der Betrages, welcher dem Berechtigten zugefallen sein würde. Eine Vorschrift dieses oder eines ähnlichen Inhaltes würde anomal sein. Die Unterhaltspflicht unter Verwandten erlischt nach § 1496 mit dem Tode des Pflichtigen. Diese Unterhaltspflicht für den Fall der Entziehung des Pflichttheiles über den Tod des Pflichtigen hinaus zu erstrecken, würde weder innerlich gerechtfertigt sein, noch läßt sich ein Bedürfnis dafür anerkennen, zumal die völlige Entziehung immerhin nicht häufig ist. Keine Gesetzgebung enthält derartige Vorschriften. Wenn das ist. G. B. im § 795 dem von seinem Pflichttheile gesetzmäßig ausgeschlossenen Notherben doch immer den notwendigen Unterhalt ausmessen läßt, und im § 796 dem Gatten statt des Pflichttheiles bis zur Wiederheirath den mangelnden anständigen Unterhalt gewähren läßt, so handelt es sich um Vorschriften anderen Inhaltes. Der Hess. Entw. 116, nach welchem der Erblasser in gewissen Fällen den Pflichtheil bis auf die Hälfte herabssetzen kann, bestimmt gleichfalls in anderer Richtung. Vorschriften des bezeichneten Inhaltes würden zu erheblichen Unzuträglichkeiten führen. Zu beachten ist, daß ein solcher Berechtigter, dem der Pflichtheil gänzlich entzogen ist, erst sehr lange Zeit nach dem Tode des Erblassers der Armenpflege zur Last fallen kann. Wenn auf Grund derartiger Vorschriften der Armenverband usw. dann noch mit Ansprüchen hervortreten könnte, welche gar nicht vorauszusehen waren, und wenn alsdann vielleicht nachträglich Vermächtnisnehmer sollten in Anspruch genommen werden können, weil nunmehr ihre Ansprüche Kürzungen zu unterwerfen seien, so müßten kaum entwirrbare Verwickelungen entstehen.

8. Art der
Pflichttheils-
entziehung.
Form.
(G. § 2336.)

7. Für das gemeine Recht wird die Ansicht vertreten, die Enterbung dürfte nicht in einem Kodizille erfolgen (Roth § 346 Anm. 39; dagegen Stobbe § 306 Anm. 13). Da der Entw. Kodizille als eine besondere Art letztwilliger Verfügungen nicht kennt, ist die Frage für ihn ohne Belang. — Daß die Entziehung des Pflichttheiles nicht in einem Erbvertrage erfolgen kann, spricht eine erheblichere Anzahl der geltenden Rechte aus, so das ALR. II 2 § 431 (vgl. § 379), das sächs. G. B. § 2595, das öst. Recht, das würt. Recht u. A., auch noch das südb. G. v. 1862. Für das gemeine Recht wird diese Ansicht gleichfalls vertreten (Roth § 335 Anm. 17; Stobbe § 306 Anm. 13, 14). Der Entw. (§ 2006) hat keinen Anlaß, jenen Rechten zu folgen. Die Entziehung des Pflichttheiles ist eine Verfügung von Todeswegen im Sinne des § 1753. Als solche hat sie im Wege einer letztwilligen Verfügung zu erfolgen. Diese kann aber in einem Testamente oder in formaler Verbindung mit einem Erbvertrage (§ 1955) getroffen werden. Gegenstand einer vertragsmäßigen Bindung des Erblassers kann die Entziehung nach § 1956 Abs. 2 niemals sein. Ebenso wenig kann sie Gegenstand eines sonstigen Vertrages sein. Eine Bindung des Verfügenden würde gegen die guten Sitten verstößen. Auch müßte ein solcher Vertrag besonders gestattet werden, um zulässig zu sein. Hiernach kann jede Vorschrift entbehrlich erscheinen. Gleichwohl ist die Aufnahme der Entscheidung, daß die Entziehung des Pflichttheiles durch letztwillige Verfügung erfolgt, rathsam. Der Entw. hebt in den §§ 1755, 1756, 1757, 1889 usw. ausdrücklich hervor, welche einzelnen einseitigen Anordnungen von Todeswegen durch letztwillige Verfügung getroffen werden können. Würde, davon abweichend, hier nichts bestimmt, so könnte darin etwas Besonderes gesucht werden. Zudem wird durch die Vorschrift die Deutlichkeit des Gesetzes gefördert. Die Entziehung des Pflichttheiles ist immerhin nur mittelbar eine Verfügung von Todeswegen über das Vermögen. Endlich kann nicht außer Betracht bleiben, daß es in Deutschland Rechtsgebiete giebt, welchen die Pflichttheilsentziehung zur Zeit völlig fremd ist. — Die Entziehung im Erbvertrage, wenn auch ohne Bindung des Verfügenden, zuzulassen, ist schon deshalb unbedenklich, weil der Entw. einen formlosen Erbvertrag nicht kennt, vielmehr in §§ 1943 ff. die Form des Erbvertrages wesentlich der Testamentsform angeglichen hat. Damit entfällt für ihn der in den

| S. 448.

Entsch. 11 S. 117 für die entgegengesetzte Entscheidung geltend gemachte Grund. Selbstverständlich kann die Entziehung auch in einer der nach §§ 1925 ff. zulässigen Testamentsformen erfolgen.

Ueber die Aufhebung der Entziehung in anderer Art als durch Verzeihung (§§ 2004, 2005 Abs. 2) bedarf es besonderer Vorschriften nicht.

8. Im gemeinen Rechte wird gestritten, ob der besondere Grund der Enterbung angegeben sein muß; jedoch sind die Rechtslehrer zumeist dieser Ansicht (Windscheid § 589 Nr. 2; Roth § 346 Anm. 53). Für die Enterbung aus guter Absicht wird auch die entgegenstehende Ansicht vertreten (Seuffert 31 Nr. 252). In Ansehung des ALR. wird gleichfalls hierüber gestritten (vgl. jedoch Eccius § 248 bei Anm. 100, Dernburg § 204 Anm. 5, 6; anderer Ansicht, mit Unger § 83, Behrend's Zeitschr. Bd. 7 S. 62). Das öst. GB. § 771, 782 verlangt die Angabe des Enterbungsgrundes nicht; ebenso wenig Mommsen § 494. Dagegen schreiben die Angabe des Grundes vor das sächs. GB. § 2595, die thüring. Erbgesetze und zahlreiche Rechte beschränkter Geltungsgebietes, sowie die oldenb. G. v. 1873 Art. 41 § 2 und 1879 Art. 38 § 2. — Der Entw. (§ 2007) folgt den letzteren, mit der Ausdehnung auf die Entziehung aus guter Absicht. Wird ein gesetzlicher oder nicht erweislicher Grund angegeben, so entfällt die Entziehung, auch wenn ein anderer sie rechtfertigender Grund erwiesen werden kann.

Aufhebung.

Angabe des Grundes. (G. § 2336.)

9. Eine Vorschrift über die Beweislast kann im Hinblick auf § 194 entbehrlich erscheinen. Die Aufnahme der Entscheidung (§ 2008), daß der Beweis demjenigen obliegt, welcher die Entziehung geltend macht, ist jedoch rätzlich mit Rücksicht auf die, insbes. im gemeinen Rechte, bestehenden Meinungsverschiedenheiten (Windscheid § 583 Anm. 5, § 587 Anm. 4; Roth § 346 Anm. 56; Seuffert 10 Nr. 70, 18 Nr. 263, 25 Nr. 43; Eccius § 248 Anm. 100; Dernburg § 207 Anm. 18—21; bayer. LR. III 3 § 16 Nr. 7; württ. LR. III 17 §§ 2, 5; sächs. GB. §§ 2577, 2595; Unger § 84 bei Anm. 6 uA.).

§ 449.

Beweis des Grundes.

Nach dem gemeinen Rechte wird die Enterbung kraftlos, wenn das Testament desititut wird (Roth § 346 Anm. 43; Dernburg § 205 Nr. 2). Das Gegentheil auszusprechen, kann deshalb erforderlich erscheinen, weil der Entw. nach Aufhebung der gemeinrechtlichen Grundsätze, auf welchen dieses Ergebniß beruht (nemo pro parte usw., Notherbrecht), auf diesem Boden nicht steht. Allein nach Aufnahme des § 1787 muß daß Bedürfniß, einen solchen Folgefall auszusprechen, geleugnet werden. — Ferner bedarf es keiner Vorschrift darüber, wie die Sachlage sich gestaltet bei dem Wegfalle der Entziehung oder für den Fall, daß der Erblasser irrtümlich einen nicht bestehenden Grund als bestehend angenommen hat. Nach dem Entw. muß es als selbstverständlich angesehen werden, daß, wenn der Grund wegfällt, sofern der Erblasser nicht ein Anderes bestimmt hat, der Berechtigte nur Anspruch auf den Pflichttheil hat. Die in dieser Hinsicht bestehende Streitfrage des preuß. Rechtes (vgl. Eccius § 248 S. 365; Dernburg § 205 Anm. 4) kann gegenüber den Vorschriften des Entw. nicht aufgeworfen werden. Daß im Falle eines Irrthumes des Erblassers § 1781 anwendbar werden kann, bedarf nicht der Erwähnung.

Desititutes Testament.

Wegfall der Entziehung. Irrthümliche Annahme eines Grundes.

§§ 2009—2018 (II 2190—2196, B. 2299—2305, H. 2298—2304, G. 2325—2331).

Das geltende Recht sucht dem vorzubeugen, daß der Erblasser den Pflichttheil durch freigebige Geschäfte unter den Lebenden beeinträchtigt. Fast ausnahmslos wird ein Schutz der Berechtigten dadurch zu erreichen gesucht, daß die Schenkungen für ansechtbar erklärt werden und dem Berechtigten ein Anspruch gegen den Beschenkten gewährt wird. In der Ausgestaltung des Anspruches und in der Feststellung der Voraussetzungen, unter welchen solche Schenkungen dem Angriffe unterliegen, ist das geltende Recht verschieden. Der Entw. kann sich um so weniger der Aufgabe entziehen, dem Berechtigten gegen Freigebigkeiten des Erblassers unter Lebenden einen Schutz zuzubilligen, als er im § 1952 sogar dem Vertragserben einen Schutz gegen Schenkungen des Erblassers gewährt. Er begnügt sich jedoch, gegen Schenkungen Schutz zu gewähren. Einige geltende Rechte dehnen den Kreis der ansechtbaren Rechtsgeschäfte aus. So rechnen viele Rechte Gewährung einer Ausstattung und dem gleichgestellte sog. subsidia paterna zu den Geschäften, gegen welche der Pflichttheilsberechtigte zu schützen ist (Windscheid § 586 Anm. 1; Roth § 348 Anm. 16—19; Unger § 86 Anm. 15; sächs. GB. § 2613; Mommsen §§ 519, 288, uA.).

VIII. Inofficiosa donatio.

§ 450.

Die Ausstattung und die im § 2158 Abs. 1 bezeichneten Zuwendungen sind, wie im § 1952, nicht besonders erwähnt. Die Ausstattung im Sinne des § 1500 durch den Vater oder die Mutter ist nach der Entscheidung dieser Vorschrift überhaupt nicht als Schenkung anzusehen. Die übrigen Zuwendungen der im § 2158 bezeichneten Art sind gewöhnliche Schenkungen, soweit nicht die im § 2018 bestimmte Ausnahme vorliegt. Würden solche Zuwendungen besonders erwähnt, so könnte dies zu unrichtigen Schlussfolgerungen Anlaß geben. Ist aber eine solche Zuwendung keine Schenkung, so kann es hier auch nicht in Betracht kommen, ob der Zuwendende die Ausgleichungspflicht für die Auseinandersetzung der Erben ausgeschlossen hat oder nicht. — Das ALR. I 11 §§ 637—639 giebt dem Pflichttheilsberechtigten einen ähnlichen Anspruch wie

Ausstattung 2c.

Leibrentenkauf.

in Ansehung der Schenkungen im Falle des Leibrentenkaufes seitens des Erblassers unter dort näher angegebenen Voraussetzungen (vgl. Dernburg § 212 Anm. 16; Eccius § 248 S. 384, 385). Diese Vorschriften sind ohne Vorgang und Nachfolge in den übrigen geltenden Rechten; sie haben zu zahlreichen Streitfragen geführt; sie entbehren der inneren Berechtigung. — Mit größerem Rechte könnte daran gedacht werden, die für einen Erbverzicht gewährte Abfindung einer Schenkung gleichzustellen, zumal in Rücksicht darauf, daß der Verzichtende bei der Berechnung des Pflichttheilsbruchtheiles mitgezählt wird (§ 1984). Dafür läßt sich geltend machen, daß das Pflichttheilsrecht durch die für einen Erbverzicht gewährte übermäßige Abfindung ebenso beeinträchtigt werden könne, wie durch eine Schenkung, und daß die aleatorische Natur einer solchen Abfindung die Feststellung überaus erschwere, ob oder inwieweit eine Schenkung untergelaufen sei. Allein die Behandlung einer jeden solchen Abfindung als Schenkung würde viel zu weit führen. Damit würde jedes derartige Geschäft in's Schwanken gebracht und die praktische Bedeutung des Institutes des Erbverzichts in einer Weise eingeengt, welche mit den Bedürfnissen des Lebens nicht im Einklange steht. Wie bei allen aleatorischen Geschäften, so muß auch hier der Prüfung des Einzelfalles überlassen werden, ob ein mit Schenkung gemischtes Geschäft vorliegt oder nicht (vgl. Eccius § 248 Anm. 192, 194; Dernburg § 212 Anm. 11). Soweit eine Schenkung vorliegt, greifen selbstverständlich die §§ 2009 ff. Platz.

Übermäßige Schenkungen. Eine größere Zahl der geltenden Rechte gewährt einen Schutz nur gegen übermäßige Schenkungen, dh. gegen Schenkungen, welche nach dem Vermögensbestande zur Zeit der Schenkung übermäßige sind. Das entscheidende Gewicht wird also auf die Größe der Schenkung gelegt. Hierher gehören das gemeine Recht (Windscheid § 586 Anm. 5—7; Roth § 348 II 2; Seuffert 4 Nr. 137, 7 Nr. 213, 9 Nr. 193, 23 Nr. 152 und 238; uL.), das bayer. LR. III 8 § 14 Nr. 3, das württ. Recht (Stein § 76), das sächs. GB. §§ 2603 ff., auch das öst. GB. § 951. Nach gemeinem Rechte können diejenigen Schenkungen angefochten werden, welche den nach dem Vermögensstande des Erblassers zur Zeit der Schenkung einschließlich des Verschenkten (das Vermögen als Nachlaß gedacht) berechneten Pflichttheilsbetrag in dem als nicht verschent zurückbleibenden Vermögen ungedeckt lassen. Spätere im wirklichen Nachlasse noch vorhandene Vermögensmehrungen beseitigen die Pflichtwidrigkeit; spätere Vermögensminderungen lassen die zur Zeit der Schenkung bestandene Lage unberührt. Das ALR. I 11 §§ 1113—1116 folgt zwar im Wesentlichen dem gemeinen Rechte, aber rechnet anders. Dem Berechtigten wird das Recht gewährt, Schenkungen zu widerrufen, welche der Erblasser in den letzten 3 Jahren gemacht hat, sofern der Reinbetrag des Nachlasses bis unter die Hälfte des Betrages der in diesen 3 Jahren gemachten Schenkungen vermindert worden ist; verglichen wird also die Summe der Schenkungen mit der Summe des Nachlasses; erreicht letztere die Hälfte jener Summe nicht, so ist der Nachlaß bis auf diese Hälfte zu ergänzen (vgl. Eccius § 248 S. 382; Dernburg § 212 Anm. 6—8). Das sächs. GB. und die neueren Entw. (Mommsen §§ 508—510; hess. Entw. IV 2 Art. 120) weichen in vielen Einzelheiten vom gemeinen Rechte ab. — Anders regelt der Code 913 ff., 922 ff. (Zachariae §§ 677, 681 Anm. 1, § 685 Anm. 3); jede Schenkung kann darnach angefochten werden, wenn der aus dem Reinbetrage des Nachlasses mit Zuschlag des Geschenkes berechnete Pflichttheilsbetrag sich höher stellt als der Betrag des wirklichen Nachlasses. Mehrere Schenkungen werden zusammen dem Reinbetrage des Nachlasses zugerechnet, aber angegriffen wird zunächst die neueste Schenkung. Die Verfügungen unter Lebenden werden den letztwilligen Verfügungen gleichgestellt und demgemäß zunächst die letzteren und nach diesen die ersteren gekürzt. Mit einzelnen Modifikationen haben sich der preuß. Entw. v. 1831 I 11 §§ 798—801 und der gedruckte bayer. Entw. v. 1861 Art. 111 Abs. 2 angeschlossen.

Entw. Obschon dem Code sichtbar die ihm eigene Unterscheidung von portion disponible und réserve zu Grunde liegt, auch die von ihm durchgeführte Gleichstellung von Schenkungen und Vermächtnissen (im Sinne des franz. Rechtes also auch die Zuwendungen an légataires universels) auf seine Vorschriften nicht ohne Einfluß gewesen ist, erachtet der Entw. den Gedanken des franz. Rechtes für richtig in Ansehung der Entscheidung der Frage, welche Schenkungen in Betracht zu ziehen sind. Er gelangt zu dem Grundsatz, daß der Berechtigte Schenkungen des Erblassers nicht gegen sich gelten zu lassen braucht, wenn ihm nicht so viel hinterlassen ist, als der Pflichttheil betragen würde, wenn das Verschente sich zur Zeit des Erbfalls noch im Nachlasse befände. Die dem Erblasser an sich zustehende Freiheit, unter Lebenden über sein Vermögen zu verfügen, kann keine ungemessene sein. Die Einrichtung des Pflichttheiles bedingt eine Schranke in Ansehung des Umfangs des verschenkbaren Vermögens. Ohne eine solche Schranke würde das Institut des Pflichttheiles kaum eine materielle Bedeutung haben. Daß eine Schranke zu setzen ist, erkennen auch alle geltenden Rechte an. Nur die Bestimmung der Schranke ist eine verschiedene. — Mit dem gemeinen Rechte und den diesem in der Hauptsache sich anschließenden Rechten die Schranke nach dem Zeitpunkte der Schenkung zu bemessen, ist nicht für gerechtfertigt erachtet. Das Ergebnis ist, daß jede Schenkung unantastbar ist, welche den Pflichttheil nicht be-

Abfindung für
ernen
Erbverzicht.

Übermäßige
Schenkungen.

[S. 451.

[S. 452.

einträchtig hätte, wenn der Erblasser im Zeitpunkte der Schenkung gestorben wäre. Dafür kann vorzugsweise geltend gemacht werden, daß eine derartige Schenkung, weil nicht übermäßig, das Pflichttheilsrecht nicht beeinträchtigt, daß ferner, wenn von dem Erfordernisse der Uebermäßigkeit zur Zeit der Vornahme der Schenkung abgesehen werde, kein Grund sich finden lasse, um dem Beschenkten das Geschenk wieder zu entziehen, endlich, daß es hart und unbillig sei, die Wirksamkeit der Schenkung von Umständen abhängig zu machen, welche einer späteren, vielleicht kaum absehbaren Zeit angehören, und welche von dem Beschenkten schlechterdings nicht vorausgesehen werden konnten. Allein diese Gründe können für entscheidend nicht erachtet werden. Freigebige Zuwendungen haben nicht eine so endgültige Wirksamkeit, daß sie nicht unter Umständen im Interesse von Personen, welche darunter zu leiden haben, entkräftet werden können. Dies lehren überzeugend die Vorschriften der KonkO. und des G. v. 21. Juli 1879 über die Anfechtung von Rechts-handlungen. Auf demselben Gesichtspunkte beruht auch der § 1952. Wie das Vertragserbrecht, so ist auch das Pflichttheilsrecht der Regel nach unentziehbar. Diese Unentziehbarkeit läßt es gerechtfertigt erscheinen, davon auszugehen, es wohne jeder Schenkung des Erblassers kraft des Gesetzes die Voraussetzung inne, der Erblasser werde dem Pflichttheilsberechtigten so viel hinterlassen, wie letzterer erhalten haben würde, wenn das Geschenk zur Zeit des Erbfales im Nachlasse vorhanden wäre.

Gegen das Erforderniß der Uebermäßigkeit der Schenkung, wenn allein auf die Zeit der Vornahme gesehen wird, erheben sich gewichtige Bedenken. Es ist schon auffallend, wie eigen-thümlich sich die Lage des Berechtigten gestalten würde, je nachdem die Schenkung die Grenze der Uebermäßigkeit um ein Geringes übersteigt oder um ein Geringes hinter dieser Grenze zurückbleibt. Hat z. B. der Erblasser von dem 10000 betragenden Vermögen 5001 verschenkt, so beträgt der Pflichttheil, falls er die Hälfte des gesetzlichen Erbtheiles ausmacht, 5000, hat er genau 5000 verschenkt, so beträgt der Pflichttheil nur 2500. Erheblicher noch ist das praktische Bedenken, welches der Beweislast zu entnehmen ist. Es ist fast unmöglich, den Bestand des Vermögens, welches der Erblasser zur Zeit der Schenkung gehabt hat, nachträglich festzustellen, nachdem ein längerer Zeitraum verstrichen ist. Für den regelmäßigen Pflichttheilsanspruch besteht in dieser Hinsicht wenigstens das Hülfsmittel des § 1988. Dieses versagt aber bei der Schenkung in mehr als einer Richtung. Die Praxis lehrt, daß nicht selten die wegen pflichtwidriger Schenkungen erhobenen Ansprüche an der Beweisschwierigkeit scheitern. Würde das Erforderniß der Uebermäßigkeit festgehalten, so würden weitere, zum Theile zu anderen Schwierigkeiten führende Vorschriften nöthig über den Einfluß oder die Einflußlosigkeit späterer Vermögensmehrungen oder Vermögensminderungen. Allerdings läßt sich auch gegen den Grundsatz des Entw. erinnern, er werde insofern zu praktischen Unzuträglichkeiten führen, als darnach der Berechtigte jede, auch die geringste und die zeitlich entlegenste Schenkung herbeiziehen könne und nicht selten herbeiziehen werde. Indessen ist dem gegenüber darauf hinzuweisen, daß es sich immer nur um die ungleich einfachere Feststellung des Vorhandenseins und der Höhe der Schenkungen handeln kann, und daß Schenkungen geringfügiger Art zumeist nur solche sind, welche durch eine sittliche Pflicht oder die auf den Anstand zu nehmende Rücksicht gerechtfertigt sind, diese aber durch § 2018 ausgeschlossen sind.

Das A. M. und Mommsen § 508 lassen alle Schenkungen außer Betracht, welche vor längerer Zeit als 3 Jahre vor dem Tode des Erblassers erfolgt sind. Eine solche oder eine ähnliche Fristbestimmung wäre schon deshalb nicht gerechtfertigt, weil der Pflichttheilsberechtigte nicht in der Lage ist, sein Recht zu wahren, so lange der Erblasser lebt. Soll dem Berechtigten ein Schutz gegen die Benachtheiligung durch Schenkungen des Erblassers gewährt werden, so kann es nicht auf die Zeit ankommen, zu welcher die Schenkung gemacht ist. Zweckmäßigkeitsrücksichten nöthigen ebenfalls nicht zu einer zeitlichen Beschränkung. Das Leben bringt von selbst mit sich, daß die einer fernliegenden Zeit angehörenden geringfügigen Schenkungen zur Einrechnung in den Nachlaß nicht herbeigezogen werden. Einige Schranken setzt freilich auch der Entw., nämlich — außer der bereits erwähnten des § 2018 — durch die Zuweisung des Anspruches nur an gewisse Personen, welche zur Zeit der Schenkung vorhanden sind oder als vorhanden angesehen werden, im § 2009, endlich durch die im § 2015 angeordnete Haftung des später Beschenkten vor dem früher Beschenkten. Diese Beschränkungen erscheinen ausreichend. Würde noch eine zeitliche Schranke beigefügt, so müßte wiederum eine Ausnahme gemacht werden in Ansehung solcher Schenkungen, welchen ein Dolus zu Grunde liegt. Denn die Nichtbeachtung doloser Schenkungen ließe sich mit den Grundsätzen, auf welchen der Entw. beruht, nicht vereinigen. Auf den Dolus bei solchen Schenkungen Gewicht zu legen, würde aber im Interesse der Praktikabilität des Rechtes nicht wohl ausführbar sein; überdies ist nicht ersichtlich, wie der Begriff dieses Dolus sich in befriedigender Weise bestimmen ließe. Würde verlangt, daß die Schenkung geschehen sei, um den Berechtigten zu benachtheiligen, so könne die Vorschrift wohl keine praktische Bedeutung gewinnen. Denn die Absicht des Schenkers geht stets dahin, dem Beschenkten einen Vortheil zuzuwenden, kaum aber wird je ein Schenker beabsichtigen, unmittelbar den Berechtigten zu schädigen. Dazu kommt, daß zur Durchführung des Anspruches des Berechtigten erfordert werden müßte, der Be-

Abkehrung
des
Erfordernisses
der Ueber-
mäßigkeit.

§ 453.

Abkehrung
einer Frist-
bestimmung.

- | S. 454. schenkte habe von der dolosen Absicht des | Schenkers Kenntniß gehabt. Der Nachweis einer solchen Kenntniß des Beschenkten würde dem Berechtigten nur in äußerst seltenen Fällen gelingen. Würde nur verlangt, daß der Erblasser bei der Vornahme der Schenkung wußte oder wissen mußte, daß er durch die Schenkung den Pflichttheil schmälere, so müßte von dem verworfenen und nicht haltbaren Grundsätze der Uebermäßigkeit der Schenkung ausgegangen werden. Endlich würde jede zeitliche Begrenzung eine willkürliche sein.

Anfechtung.
Widerruf.

Das geltende Recht giebt überwiegend dem Berechtigten nur einen Anspruch gegen die Beschenkten und spricht von einer Anfechtung der Schenkung (Windscheid § 586; Roth § 348; Unger 86; sächs. GB. § 2603; Mommsen § 508; uA.), das AN. sogar von einem Widerruf der Schenkungen (I 11 § 1113); immer aber ist zunächst nur von einem Anspruche gegen den Beschenkten die Rede (Windscheid § 586 Anm. 12; Roth § 348 Anm. 33). Der Entw. geht, im Anschlusse an den Code von der Auffassung aus, daß das Recht des Pflichttheilsberechtigten sich zunächst gegen denjenigen richte, welcher für den regelmäßigen Pflichttheilsanspruch haftet oder, wenn der Anspruch in Folge einer Zuwendung ausgeschlossen ist (§§ 1979 ff.), haften würde, gegen den Beschenkten erst dann, wenn ein in erster Reihe Haftender fehlt, insbes. also, wenn der Berechtigte selbst der einzige Erbe ist, oder wenn der Nachlaß unzureichend ist (§ 2014).

Im geltenden Rechte ist das Verhältnis, in welchem der dem Pflichttheilsberechtigten wegen einer Schenkung des Erblassers zustehende Anspruch zum Pflichttheilsanspruche selbst steht, zumeist von Dunkelheiten nicht frei. Hat ein ohne Hinterlassung einer Verfügung von Todeswegen verstorbener Erblasser den einzigen gesetzlichen Erben durch eine bei Lebzeiten gemachte Schenkung in seinem Pflichttheilsrechte beeinträchtigt, so ist klar, daß der Berechtigte sich lediglich an den Beschenkten halten kann. Anders liegt der Fall, wenn der Erblasser in der Lage war, dem Berechtigten so viel zu hinterlassen, als dessen Pflichttheil unter Berücksichtigung der Schenkung beträgt, wenn er dies aber gleichwohl nicht gethan, vielmehr eine Verfügung von Todeswegen errichtet und durch diese Verfügung dasjenige, was zur Befriedigung des Pflichttheilsanspruches auch in Ansehung der Schenkung ausreichen würde, Anderen durch Erbeinsetzung zugewendet hat. Dann erhebt sich der Zweifel, ob der Pflichttheilsberechtigte sich zunächst an den eingesetzten Erben solle halten können oder müssen und ob ihm die Befugniß, gegen den Beschenkten vorzugehen, nur insoweit beizulegen sei, als der Erbe nicht haftet. Die Folgesätze des zuerst erörterten Grundsatzes weisen offenbar darauf hin, daß in der hier fraglichen Beziehung eine letztwillige Verfügung nicht anders behandelt werden kann als eine Schenkung. Die letztwillige Zuwendung ist ebenso ein Akt der Freigebigkeit wie die zuvor gemachte Schenkung. Da ohne die Zuwendung die Schenkung unberührt geblieben wäre, so muß zunächst jene Zuwendung zur Gewährung der Ergänzung des Pflichttheiles dienen. Dies tritt klar hervor, wenn der Erblasser einen beliebigen Fremden (extraneus) zum Erben eingesetzt hat. Ein solcher kann nicht wohl besser gestellt sein als der Beschenkte. Dasselbe muß aber auch dann gelten, wenn ein anderer gesetzlicher Erbe auf Kosten des Pflichttheilsberechtigten begünstigt worden ist. Die Auseinandersetzung der Erben mit etwaigen Vermächtnisnehmern bestimmt sich alsdann nach allgemeinen Grundsätzen. Ähnliche Gedanken spricht Mommsen in seinen Mot. S. 490, 491 zum § 515 seines Entw. aus.

| S. 455.

Wenn eingewendet werden möchte, die Schenkung sei von Anfang an mit einer Schwäche behaftet gewesen, welche sie als entkräftbar erscheinen lasse, nicht das Gleiche gelte von der völlig gültigen letztwilligen Zuwendung, so kann dieser Einwand nicht als zutreffend anerkannt werden. Damit würde der zuerst erörterte Grundsatz überspannt werden. Der Zweck jenes Grundsatzes — zu verhüten, daß der Berechtigte durch Schenkungen unter Lebenden benachtheiligt wird — trägt nicht weiter, als daß Schenkungen insoweit ökonomisch rückgängig gemacht werden, als der Nachlaß bei dem Tode des Erblassers nicht hinreicht, dem Berechtigten das ihm Gebührende zu gewähren. Hat der Erblasser diesen Nachlaß selbst noch durch willkürliche Anordnungen zum Nachtheile des Berechtigten gemindert, so müssen diese Anordnungen zunächst fallen. Demgemäß ist davon als Regel auszugehen, daß der durch eine Erbeinsetzung benachtheiligte Berechtigte sich an den eingesetzten Erben, welcher auch sonst für den Erbtheil haftet, zu halten hat. Soweit er sich aber an dem Erben wegen des auf die Schenkung fallenden Pflichttheilsbetrages nicht zu erholen vermag, muß er auch gegen den Beschenkten vorgehen können; so insbes., wenn der Erbe selbst nur dasjenige erhalten hat, auf welches er auch gegenüber dem Pflichttheilsberechtigten ein Recht hat, ferner, wenn der Nachlaß zur Befriedigung des durch Hinzurechnung der Schenkung vergrößerten Pflichttheilsbetrages nicht ausreicht. — Zu einer Aenderung des § 1990 dahin, daß bei Berechnung des Pflichttheiles überhaupt der Werth der Schenkungen dem Nachlaßbestande hinzuzurechnen ist (vgl. S. 414), nöthigt dieser Grundsatz nicht. Denn es handelt sich hier um einen speziellen Fall, der nur unter ganz besonderen Voraussetzungen vorliegt, während der § 1990 eine allgemeine Tragweite hat und für alle diejenigen Fälle voll berechtigt ist, in welchen das hier fragliche Verhältnis nicht obwaltet.

Die sachlichen Erwägungen, welche dieser Auffassung zu Grunde liegen, legen an sich nahe, so zu regeln, daß der Anspruch des benachteiligten Berechtigten sich zunächst gegen den Beschenkten zu richten hat, und daß der Beschenkte nur dann nicht haftet, wenn die Benachteiligung nicht durch die Schenkung selbst, sondern erst dadurch eingetreten ist, daß der Erblasser zu Gunsten Anderer Verfügungen von Todeswegen getroffen hat, so daß also nur im letzteren Falle diese Anderen zu haften haben. Der Entw. geht indessen von der entgegengesetzten Annahme aus und kommt dadurch zu dem Ergebnisse, daß von einer Anfechtung ganz abzusehen ist, der Anspruch vielmehr als ein außerordentlicher Pflichttheilsanspruch sich gestaltet, indem der Anspruch grundsätzlich gegen denjenigen sich richtet, welcher gegenüber dem Pflichttheilsberechtigten an sich für den Pflichttheilsanspruch einzustehen hat. Die Fälle, in welchen nicht dieser, sondern der Beschenkte haftet, werden als Ausnahmen hingestellt. Diese Regelung unter Zugrundelegung eines formalen Prinzips unterliegt Einwendungen, zumal der Grundsatz mit Rücksicht auf die maßgebenden sachlichen Gesichtspunkte weitgehende Ausnahmen erfahren muß. Allein diese Einwendungen müssen zurücktreten vor dem großen Vortheile, welchen die feste Kategorie des Pflichttheilsanspruches gewährt. Die Regelung entspricht übrigens auch dem Gedanken, auf welchen die Entscheidung des Reichsgerichtes Bd. 4 S. 119 sich stützt, sogar die erlaubte Schenkung werde gegenüber dem Erben dem Nachlasse hinzugerechnet, es sei denn, daß der Erbe nur den gesetzlichen Erbbruchtheil erbt. Wegen dieser letzteren Ausnahme vgl. zum § 2013.

Außerordentlicher Pflichttheilsanspruch. | S. 456.

Den Anspruch gegen den Beschenkten charakterisirt der Entw. (vgl. § 2016), ebenfalls in Abweichung von vielen geltenden Rechten, als einen Herausgabeanspruch. Wird der dem Berechtigten zum Schutze gegen Schenkungen des Erblassers gewährte Anspruch als Theil und Ausfluß des Pflichttheilsanspruches behandelt, so könnte es gerechtfertigt erscheinen, davon auszugehen, daß wie der regelmäßige Pflichttheilsanspruch (§§ 1975, 1976) so auch dieser Anspruch als Geldanspruch auszugestalten sei. Dem steht jedoch die billige Rücksichtnahme auf den Beschenkten entgegen, auf dessen Seite eine Verpflichtung nur nach den Vorschriften über Bereicherung (§§ 737 ff.) in Frage kommen könnte. Dem Beschenkten läßt sich füglich nicht ansinnen, etwas herauszugeben, was er nicht bekommen hat, also Geld statt der erhaltenen Gegenstände zu geben. Der Anspruch gegen ihn muß demgemäß zunächst auf Herausgabe des Empfangenen gewährt werden. Wie sich dieser Anspruch im Einzelnen gestaltet, wird zu § 2016 näher zu prüfen sein.

Herausgabeanspruch gegen den Beschenkten.

1. Der § 2009 Abs. 1 bringt den Hauptgrundsatz des Entw. zum Ausdruck, indem, im Anschlusse an § 1975, dem Erblasser zur Pflicht gemacht wird, wenn er eine Schenkung an einen Anderen als den Berechtigten gemacht hat, den Pflichttheil so zu hinterlassen, wie wenn die Schenkung nicht erfolgt wäre. Betroffen werden durch „Schenkungen“ sowohl das Schenkungsversprechen als die vollzogene Schenkung, wie denn überall im Entw. unter Schenkung beide Arten von Freigebigkeitsakten zu verstehen sind. Einen Unterschied kann es nicht machen, ob der Erblasser die Schenkung unmittelbar vollzogen oder eine Verpflichtung zur Leistung schenkungsweise übernommen hat. Deshalb bedarf es auch einer besonderen Vorschrift nicht, wie es sich gestaltet, wenn das vom Erblasser gegebene Schenkungsversprechen noch nicht erfüllt ist. — Der § 1963 scheidet die Schenkungsversprechen auf den Todesfall von selbst aus, während andererseits die durch Veräußerung vollzogenen Schenkungen auf den Todesfall durch die Vorschrift ebenso selbstständig getroffen werden.

1. Voraussetzungen. (G. § 2325.) Schenkung.

Die Worte „wie wenn die Schenkung nicht erfolgt wäre“ bringen zum Ausdruck nicht nur, daß die Berechnung unter Hinzurechnung des Werthes der Schenkung zum Nachlasse zu erfolgen hat, sondern auch, wie der Werth des Beschenkten dabei zu bemessen ist. Es kommt auf den Werth zur Zeit des Eintrittes des Erbfalles an. Die Werthminderung, welche den verschenkten Gegenstand in der Zwischenzeit bei dem Erblasser getroffen haben würde, ingleichen der Untergang, welcher in dieser Zeit bei dem Erblasser eingetreten sein würde, trifft den Pflichttheilsberechtigten; dieser kann nicht mehr verlangen, als so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn der Erblasser nicht geschenkt hätte. Die Fassung „wie wenn das Geschenk zum Nachlasse gehörte“ würde das zur Zeit des Eintrittes des Erbfalles noch nicht erfüllte Schenkungsversprechen nicht treffen, da es sich insoweit um eine Nachlassverbindlichkeit handelt. — Für die Werthberechnung eines zur Zeit des Erbfalles noch nicht erfüllten Schenkungsversprechens einen Maßstab zu bieten, ist nicht erforderlich. Ist das Versprechen zur Zeit des Erbfalles fällig, so versteht es sich von selbst, daß es auf denjenigen Werth ankommt, welchen die entsprechende Nachlassverbindlichkeit bei dem Eintritte des Erbfalles hat. Für die seltenen Fälle, in welchen das Versprechen unter einer noch nicht eingetretenen Bedingung oder Zeitbestimmung steht, ist nicht besonders vorzusehen. Es liegt dann nicht anders, wie wenn bei der Feststellung des regelmäßigen Pflichttheiles oder bei der Abzugseinrede oder bei der Auseinandersetzung von Miterben eine bedingte oder betagte Verbindlichkeit geschätzt werden muß. Die für diese Fälle geltenden Vorschriften werden entsprechend anwendbar sein.

S. 457. Hinzurechnung.

Verbrauch-
bare Sachen.

In Ansehung der verbrauchbaren Sachen wird eine Ausnahme beigelegt (Satz 2). Der Werth, welchen sie zur Zeit der Schenkung hatten, muß hier — wie im Falle des § 1840 und aus den gleichen Gründen wie dort (vgl. S. 130 f.) — maßgebend sein. Wenn dagegen erinnert werden kann, es komme nicht auf die Zeit der Schließung des Vertrages, sondern auf die Zeit der Erfüllung an, so würde dieser Einwand auch den § 1840 treffen. Die Berechtigung der Erbin-
nung kann aber hier so wenig wie dort anerkannt werden, da der Zusammenhang darauf hin-
deutet, daß der Ausdruck „Schenkungen“ im Sinne von „Verschenkungen“ gebraucht ist, also die Hin-
gabe des Gegenstandes der Schenkung gemeint ist.

Schenkungen an
einen Anderen
als den
Berechtigten.

Daß nur Schenkungen in Betracht kommen, welche nicht schon nach § 1990 bei der Be-
rechnung des Pflichttheiles an sich zur Anrechnung zu gelangen haben, ist nicht besonders hervor-
zuheben. Darüber kann nicht wohl ein Zweifel bestehen. Eine allzu große Korrektheit im Aus-
drucke würde das Verständniß des Gesetzes mehr erschweren als fördern. — Dagegen wird betont,
daß eine Schenkung an einen Anderen als den Berechtigten in Frage steht. Dies ist eine noth-
wendige Voraussetzung der Vorschrift. Ist lediglich der Berechtigte selbst beschenkt, so kann von
einer Erhöhung seines Pflichttheiles wegen der Schenkung selbstverständlich nicht die Rede sein.
Wie diese Schenkung dann zu berechnen ist, wenn sie nach § 1989 auf den Pflichttheilsbetrag nicht
abzurechnen ist, bestimmt der § 2012.

§ 458.
Berechtigter
Personen.

§ 2009 die § 453 bereits angedeutete Beschränkung zum Ausdrucke.
Zur Begründung des Anspruches wird erfordert, daß der Berechtigte zur Zeit der Schenkung
bereits vorhanden und entweder pflichttheilsberechtigter war, oder es in Folge des Wegfallens einer
oder mehrerer anderer Personen werden konnte. Die letztbezeichneten Worte beziehen solche Fälle
ein, in welchen der Erblasser z. B. zur Zeit der Schenkung Kinder und Eltern hatte und die Kinder
vor ihm starben. — Diese Beschränkung könnte mit Rücksicht auf den § 452 dargelegten Grund-
satz nicht folgerichtig erscheinen. Gegenüber der Auffassung, es wohne jeder Schenkung kraft
Gesetzes die Voraussetzung inne, daß der Schenker den ihm gegenüber pflichttheilsberechtigten so
viel hinterlasse, wie diesen zukommen würde, wenn die Schenkung nicht erfolgt wäre, kann es,
streng genommen, nicht darauf ankommen, wann der einzelne Berechtigte zur Existenz gelangt ist.
Weiter läßt sich nicht verkennen, daß, da Bestand und Umfang des Pflichttheilsrechtes nach der
Zeit des Erbfales sich bestimmen, daraus abgeleitet werden kann, diese Zeit müsse allein auch in
der hier fraglichen Hinsicht über die Berechtigung des pflichttheilsberechtigten entscheiden. Die
vom Entw. bezogene Gleichstellung von Schenkungen und Zuwendungen von Todeswegen (§ 455 f.)
legt es gleichfalls nahe, daß, wie im Falle des § 1781 für solche Zuwendungen keine Rücksicht
darauf genommen ist, ob der Berechtigte zur Zeit der Zuwendung schon vorhanden war, so auch
hier darauf kein Gewicht gelegt werde. Endlich kann gegen die Beschränkung geltend gemacht
werden, daß, soweit sie im geltenden Rechte Anerkennung gefunden habe (vgl. öst. GB. § 951;
Mommser § 512, dessen Mot. S. 488 f.), von dem Grundsatz ausgegangen werde, die Pflicht-
widrigkeit der Schenkung sei durch deren Uebermäßigkeit bedingt, und daß insbes. das gemeine Recht
(Windscheid § 586 Anm. 36) das A. N. der Code, der hess. Entw. (IV 2 Art. 122), der
der bayr. Entw. v. 1861 Art. 113, eine solche Beschränkung nicht kennen, das sächs. GB. § 2606
sogar das Gegentheil ausdrücklich bestimme.

§ 459.

Nichtsdestoweniger kann nicht jedem zur Zeit des Todes des Erblassers vorhandenen Be-
rechtigten ein solcher Anspruch beigelegt werden. Hauptgrund und Hauptzweck des Anspruches ist,
den Erblasser zu hindern, das pflichttheilsrecht durch Schenkungen unter Lebenden zu vereiteln.
Hieran die Folge zu knüpfen, daß überhaupt Niemand mit Sicherheit vollwirksam schenken kann,
auch wenn zur Zeit der Schenkung Personen gar nicht vorhanden sind, welche ihm gegenüber
pflichttheilsberechtigter sind, würde zu weit gehen. Das ganze Institut richtet sich vorzugsweise,
wenn dies auch nicht ausdrücklich ausgesprochen wird, gegen die Möglichkeit eines Mißbrauches
der Verfügungsfreiheit seitens des Erblassers. Die Möglichkeit eines solchen Mißbrauches liegt
erst dann vor, und erst dann ist zur Vorsorge Anlaß gegeben, wenn der betr. Berechtigte bereits
zur Zeit der Schenkung vorhanden ist. Ferner darf nicht ausschließlich auf den pflichttheils-
berechtigten gesehen werden. Soweit der Beschenkte als haftpflichtig in Betracht kommt, verdient
auch die Lage des Beschenkten berücksichtigt zu werden. Für ihn bildet die Schenkung, und nur
diese, den grundlegenden Akt seiner Verpflichtung gegenüber dem pflichttheilsberechtigten. Die
Gleichstellung von Schenkung und Zuwendung von Todeswegen ist überdies keineswegs eine der-
artige, daß sie auch in der hier fraglichen Hinsicht festgehalten werden müßte. Demgemäß er-
scheint es gerechtfertigt und zweckmäßig, diesen Anspruch nur demjenigen zu gewähren, welcher
zur Zeit der Schenkung bereits vorhanden gewesen ist. Indessen kann es keinen Unterschied
machen, ob die betr. Person zu dieser Zeit schon unmittelbar pflichttheilsberechtigter gewesen ist oder
nur zu den Berechtigten dergestalt gehört hat, daß ihr zunächst noch ein anderer später weggefallener
Berechtigter vorgegangen ist. Solche Personen bleiben dagegen außer Betracht, welche zur Zeit

der Schenkung zwar bereits gelebt haben, aber erst durch eine spätere Eheschließung, Annahme usw. in den Kreis der Berechtigten eingetreten sind.

Die Vorschrift würde eine zu enge sein, wenn sie nicht auf die zur Zeit der Schenkung bestehende Ehe Rücksicht nähme und nicht auch die Abkömmlinge der zur Zeit der Schenkung bereits vorhandenen Abkömmlinge des Erblassers einbezöge. Eine solche Ausdehnung der Beschränkung des Erblassers bestimmt Abs. 2. Der Anspruch ist auch solchen Personen zu gewähren, theils um Unbilligkeiten und Härten abzuschneiden, theils, weil das Bestehen einer Ehe das künftige Vorhandensein eines Pflichttheilsberechtigten als in Aussicht stehend erscheinen läßt. Mit Mommsen § 512 Abs. 1 die Berechtigung der Abkömmlinge, welche aus einer zur Zeit der Schenkung bereits bestehenden Ehe abstammen, aber nach der Schenkung geboren werden, davon abhängig zu machen, daß ein Abkömmling aus dieser Ehe bereits zur Zeit der Schenkung vorhanden war, ist weder nothwendig noch wegen der damit verbundenen weiteren Verwickelung des Rechtes rathsam. Die Vorschrift „welcher aus einer zur Zeit der Schenkung bereits geschlossenen formgültigen Ehe des Erblassers oder von einem bereits vorhandenen Abkömmlinge des Erblassers abstammt“, Abs. 2 Satz 1, trifft außer dem Falle, daß es sich um einen nasciturus handelt, insbes. noch folgende Fälle: Zur Zeit der Schenkung sind Abkömmlinge aus einer materiell ungültigen Ehe vorhanden.

— Der Erblasser hatte zur Zeit der Schenkung an Kindesstatt angenommen oder durch Ehelichkeitserklärung gemäß §§ 1583 ff. legitimirt. Die Abkömmlinge des Angenommenen oder Legitimirten haben den Anspruch, mögen sie vor oder nach der Schenkung geboren sein, auch dann, wenn der Angenommene oder Legitimirte selbst nachträglich weggefallen ist. — Die Erblasserin hatte zur Zeit der Schenkung außerehelich geboren; die Abkömmlinge des unehelichen Kindes haben in gleicher Weise den Anspruch. — Die entfernteren Abkömmlinge, also auch Enkel oder Urenkel, sind einbezogen, weil sie, wie sonst, so auch in dieser Hinsicht an die Stelle des verstorbenen Elternteiles treten. Gerechtfertigt erscheint die Berücksichtigung auch dieser Personen nur dann, wenn der Abkömmling, von dem die Abkömmlinge abstammen, selbst pflichttheilsberechtigter war oder es werden konnte. Dies ist nicht | der Fall, wenn er zur Zeit der Schenkung durch Erbverzicht ausgeschlossen war (vgl. § 2019 Abs. 2). Das Gleiche muß indessen auch dann gelten, wenn der Berechtigte aus einer Ehe des Verzichtenden abstammt, welche zur Zeit der Schenkung bereits geschlossen war. Es würden sonst nicht alle Abkömmlinge gleichgestellt. Deshalb ist die Ausnahme in Ansehung der Abkömmlinge eines durch den Erbverzicht von der Erbfolge ausgeschlossenen Abkömmlinges beigefügt (Abs. 2 Satz 2). — Der Entw. stellt im Abs. 2 eine Fiktion auf. Eine solche ist jedoch zweckmäßig, weil damit eine wesentliche Vereinfachung des Gesetzes erzielt wird.

2. Der § 2010 bringt die S. 454 ff. dargelegte Auffassung des Entw. von der Art des Anspruches zum Ausdruck, indem er bestimmt, daß auf die sich ergebende Erhöhung des Pflichttheiles, soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt, die Vorschriften über den Pflichttheil entsprechende Anwendung finden. Im Interesse der Abkürzung wird für den Anspruch der terminologische Ausdruck „außerordentlicher Pflichttheil“ eingeführt.

Daß auch der auf die Verjährung sich beziehende § 1999 entsprechend anwendbar ist, versteht sich hiernach von selbst. Zwar läßt sich geltend machen, die direkte Anwendbarkeit sei insofern ausgeschlossen, als die Schenkung nicht eine Verfügung im Sinne des § 1999 sei. Allein darauf kann Gewicht nicht gelegt werden, nachdem auf den Anspruch überhaupt die Vorschriften über den Pflichttheil für anwendbar erklärt sind. Aus dieser Anwendbarkeit ergibt sich ohne Weiteres, daß auch der Anspruch gegen den Beschenkten der kurzen Verjährung unterstellt ist, obgleich nach § 2016 der Beschenkte nur zur Herausgabe verpflichtet ist, und daß die kurze Verjährung nicht beginnt, bevor nicht der Berechtigte von der Schenkung Kenntniß erlangt hat. — Einwenden läßt sich, es liege hier im Interesse des Verpflichteten, die Kenntniß des Berechtigten nicht als Erforderniß des Beginnes der kurzen Verjährung aufzustellen — eine solche Verschärfung sei unbedenklich, da die Schenkung ein offenkundiger oder doch leicht zu ermittelnder Akt sei, während dies von der letztwilligen Verfügung, welche im Falle des § 1999 in Frage stehe, nicht in gleicher Weise gelte. Allein eine solche Verschärfung wäre nicht rathsam, wenngleich das geltende Recht zum Theile den Beginn der Verjährung in Ansehung pflichtwidriger Schenkungen anders als für den Pflichttheilsanspruch bestimmt, und insbes. hier eine fünfjährige vom Tode des Erblassers laufende Frist kennt. So das gemeine Recht (Noth § 348 Anm. 41), das bayer. LR. III 8 § 14 Nr. 4, das sächs. GB. § 2616 („wenn kein letzter Wille oder kein Erbvertrag vorhanden ist“), der hess. Entw. IV 2 Art. 125, u. A., während Mommsen's Mot. S. 494 | die Zeit der erlangten Kunde vom Tode des Erblassers maßgebend sein lassen. Für das ALR. wird die Ansicht vertreten, die kurze Verjährung finde hier überhaupt nicht statt (Cecius § 248 Anm. 201; Dernburg § 212 Anm. 15). Für den Entw. besteht kein Anlaß, das Recht durch eine derartige Entscheidung zu verwickeln. Auch von den Schenkungen erlangt der Berechtigte nicht selten erst lange nach dem Erballe Kenntniß.

Die Verweisung auf die Grundsätze von dem regelmäßigen Pflichttheile macht es entbehrlich, noch besonders hervorzuheben, daß der Berechtigte, welcher die ihm angefallene Erbschaft ausschlägt,

Ab-

| S. 460.

Charakterisierung des Anspruches. (G. 2325.)

| S. 461.

Wegfall mit dem Verzicht auf den Pflichttheil.

den Anspruch auf den außerordentlichen Pflichtteil nur dann hat, wenn ihm der regelmäßige Pflichtteilsanspruch zusteht. Im Gegenseite dazu vorzuschreiben, daß der Berechtigte, welcher außer den Fällen der §§ 1980–1982 eine ihm gemachte Zuwendung des Erblassers ausschlägt, damit im Zweifel nicht auf den außerordentlichen Pflichtteil verzichte, erscheint nicht angemessen, auch wenn in Verbindung damit bestimmt würde, der Ausschlagende habe sich alsdann Alles, was er ohne die Ausschlagung aus der Erbschaft erlangt haben würde, auf jenen Pflichtteil abrechnen zu lassen. Denn es besteht kein Anlaß, für den Fall, daß mit der Ausschlagung der Erbschaft der Verlust des Pflichtteilsrechtes nach allgemeinen Grundsätzen verbunden ist, von diesem Verluste den außerordentlichen Pflichtteil auszunehmen. — Ebenso macht die Verweisung einbehrlich, auszusprechen, daß der außerordentliche Pflichtteil in derselben Weise wie der regelmäßige entzogen werden kann, und daß derjenige, dem der Pflichtteil entzogen ist, auf den außerordentlichen Pflichtteil Anspruch nicht hat.

Entziehung.

3. Anspruch
bei Einziehung
auf den
Pflichtteils-
anspruch.
(G. § 2326.)

3. Zu sorgen ist auch für den Fall, daß gemäß § 1979 der Pflichtteilsanspruch deshalb ausgeschlossen ist, weil dem Berechtigten die Hälfte des gesetzlichen Erbtheiles, und zwar, wie aus dieser Vorschrift in Verbindung mit § 1981 erhellt, unbeschränkt und unbeschwert, hinterlassen ist. Auch in diesem Falle soll nach § 2011 dem Berechtigten der Anspruch auf den außerordentlichen Pflichtteil zustehen. Der Halbsatz 2 fügt erläuternd bei, daß, wenn dem Berechtigten mehr als diese Hälfte hinterlassen ist, der Anspruch insoweit ausgeschlossen ist, als der Geldwerth des mehr Hinterlassenen reicht. Der § 2011 ist erforderlich, weil aus der Behandlung des Anspruches auf den außerordentlichen Pflichtteil als Theil des Pflichtteilsanspruches in Ermangelung einer Vorschrift die Folgerung gezogen werden könnte, dem Berechtigten stehe im Falle des § 1979 auch dieser Anspruch nicht zu, da er an sich in Folge genügender Befriedigung keinen Pflichtteilsanspruch habe.

| §. 462.

4. Schenkung
an den Pflicht-
teilsberechtig-
ten selbst.
(G. § 2327.)

4. Der § 2012 zieht weiter in Betracht den Fall, daß dem Berechtigten selbst eine Schenkung vom Erblasser gemacht ist, welche nach § 1989 auf den Betrag des Pflichtteilsanspruches nicht abzurechnen ist. Eine Schenkung, welche nach den §§ 1989, 1990 zur Feststellung des (regelmäßigen) Pflichtteilsanspruches dem Nachlasse hinzugerechnet und dann auf diesen Anspruch abgerechnet wird, scheidet aus. Hierher gehört jedoch die einfache Schenkung, deren Anrechnung vom Erblasser nicht bestimmt ist. Eine solche Schenkung kann an sich den außerordentlichen Pflichtteilsanspruch niemals begründen; sie ist deshalb auch im § 2009 ausgenommen (vgl. S. 457); sie wird aber von Belang, wenn der Erblasser zugleich einen Dritten beschenkt hat und der Berechtigte wegen dieser Schenkung gegenüber dem Dritten einen Anspruch erhebt. Der auf diesen Fall sich beziehende § 2012 Abs. 1 beruht auf Rücksichten der Billigkeit. Das dem Berechtigten gemachte Geschenk muß von diesem ebenfalls herausgegeben oder dem Nachlasse hinzugerechnet und auf den außerordentlichen Pflichtteilsanspruch abgerechnet werden. Das Hinzurechnen zum Nachlasse hat so zu erfolgen, wie bei dem Geschenke an einen Dritten, also nach Maßgabe des § 2009 („wie wenn die Schenkung nicht erfolgt wäre“), nicht nach den Grundsätzen der §§ 1989, 1990. Die Hinzurechnung wird immer zu einem bestimmten Geldbetrage führen, um welchen der Nachlaß sich erhöht. Dieser Betrag wird auf den Betrag des außerordentlichen Pflichttheiles voll abgerechnet. — Noch weiter zu gehen und die Abrechnung der dem Berechtigten gemachten Schenkung vorzuschreiben, ohne gleichzeitig die Schenkung bei der Feststellung des Pflichttheiles in den Nachlaß einrechnen zu lassen, würde zu hart gegenüber dem Berechtigten sein und mit den Anforderungen der Billigkeit nicht im Einklange stehen.

Im Eingange hervorzuheben, daß nur eine Schenkung in Betracht kommt, welche nach § 1989 auf den Betrag des Pflichtteilsanspruches nicht abzurechnen ist, könnte deshalb einbehrlich erscheinen, weil im § 2009 nicht ausgesprochen ist, daß von den Schenkungen an Dritte diejenigen nicht zu berücksichtigen sind, welche schon nach § 1990 bei der Berechnung des Pflichttheiles an sich zur Anrechnung gelangen (vgl. S. 457). Allein die letzteren sind im § 2009 nur deshalb nicht erwähnt, weil es als selbstverständlich angesehen ist, daß solche Schenkungen außer Betracht bleiben. Hier handelt es sich hingegen um eine positive Vorschrift, welche, wie nach anderer, so auch nach dieser Seite hin, einer genauen Abgrenzung bedarf.

Mehrere
Schenkungen.

Von selbst versteht sich, daß, wenn mehrere Schenkungen gemacht sind, diese insgesammt dem Nachlasse hinzuzurechnen sind. Dies auszusprechen, ist nicht erforderlich, und zwar um so weniger, als aus § 2015 zu entnehmen ist, daß der Entw. hiervon ausgeht. Würde es ausgesprochen, so müßte auch ersichtlich gemacht werden, daß diejenigen Schenkungen nicht hinzuzurechnen seien, welche gemäß § 2009, weil der betr. Berechtigte noch nicht geboren war oder als noch nicht geboren anzusehen ist oder doch zur Zeit der Schenkung weder pflichtteilsberechtigt war noch in Folge des Wegfallens anderer Personen pflichtteilsberechtigt werden konnte, gegenüber dem außerordentlichen Pflichttheile unbeachtet bleiben. Wenn sich im geltenden Rechte ausdrückliche Vorschriften über die Anrechnung mehrerer Schenkungen finden (RN. I 11 § 1115; säch. GB.

| §. 463.

§ 2612), so erklärt sich dies aus der den anderen Rechten zu Grunde liegenden, in mehrfacher Hinsicht abweichenden Auffassung.

Für den Fall, daß der Berechtigte ein Abkömmling des Erblassers ist, wird der § 2161 und in Ansehung einer Schenkung an einen anderen Abkömmling, welcher den Erblasser nicht überlebt hat und den Berechtigten von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen haben würde, der § 2160 für entsprechend anwendbar erklärt (Abs. 2), im Anschlusse an § 1990 Abs. 2 und aus denselben Gründen, auf welchen die letztere Vorschrift beruht, vgl. S. 414, 415.

Ausgleichs-
beträge
anderer Ab-
kömmlinge.

5. Von dem Grundsätze, daß für Befriedigung des Anspruches auf den außerordentlichen Pflichtheil derjenige, welcher in Folge einer letztwilligen Verfügung des Erblassers eine Zuwendung erhält, vor dem Beschenkten haften soll, muß die S. 455 bereits angedeutete Ausnahme dahin gemacht werden, daß jeder Erbe nur in Ansehung desjenigen ihm hinterlassenen Erbtheiles haftet, welchen er in Ermangelung einer Anordnung des Erblassers über die Erbfolge nicht erhalten haben würde, oder welchen er in Folge der den Pflichttheilsanspruch begründenden Ausschlagung der Erbschaft seitens eines Pflichttheilsberechtigten erhalten hat (§ 2013). Der Grund der Vorschrift ist, daß die vom Erblasser durch eine Verfügung von Todeswegen Bedachten nicht besser gestellt sein können als die von ihm bei Lebzeiten Beschenkten, daß vielmehr die ersteren als die zuletzt auf Kosten des Berechtigten Begünstigten das Empfangene zunächst herauszugeben haben. Im Anschlusse hieran könnte gefolgert werden: In einer solchen Begünstigung auf Kosten des Berechtigten fehle es dann nicht, wenn der Erblasser der Errichtung einer Verfügung von Todeswegen überhaupt sich enthalten habe, aber auch dann nicht, wenn der Erblasser zwar von Todeswegen verfügt, dabei aber dem Berechtigten nur dasjenige belassen habe, was diesem als gesetzlichen Erbtheil ohne die Errichtung einer Verfügung zugekommen sein würde. Ein solcher Fall sei insbes. auch dann gegeben, wenn der Erblasser über die Erbtheile, welche anderen gesetzlichen Erben zugefallen wären, zu Gunsten eines Fremden (extraneus) verfügt habe. In allen solchen Fällen liege daher eine Begünstigung des Bedachten auf Kosten des Berechtigten nicht vor. Demgemäß schlage der leitende Gesichtspunkt nicht ein. Hiernach müsse der Erbe, durch dessen Einsetzung der Berechtigte nicht benachtheiligt sei, haftfrei sein. Mithin sei zu bestimmen, die Erben hafteten für den außerordentlichen Pflichttheilsanspruch überhaupt nicht, wenn der Berechtigte Erbe zu seinem gesetzlichen Erbtheile geworden sei; sie hafteten aber auch dann, wenn er von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen | oder nur zur Hälfte seines gesetzlichen Erbtheiles oder zu einem geringeren Antheile Erbe geworden sei, lediglich bis zum Werthe der Hälfte des gesetzlichen Erbtheiles des Berechtigten, und, wenn er weniger als seinen gesetzlichen Erbtheil, aber mehr als die Hälfte desselben erhalten habe, lediglich bis zum Werthe desjenigen Theiles, um welchen der dem Berechtigten hinterlassene Erbtheil hinter dessen gesetzlichem Erbtheile zurückbleibe; soweit hiernach die Erben nicht hafteten, stehe dem Berechtigten der Anspruch gegen den oder die Beschenkten zu.

5. Haftung
der Erben.
(G. § 2328.)

§ 464.

Diese Folgerungen sind als begründet nicht anerkannt. Aus den als zutreffend anerkannten Vorderätzen wird vielmehr Folgendes abgeleitet: Der Beschenkte muß in allen Fällen vor dem Angriffe des Berechtigten gesichert sein, in welchen der Erblasser überhaupt durch eine Verfügung von Todeswegen einer Person etwas zugewendet hat, was dieser nach dem Gesetze nicht zugekommen sein würde, mithin dann, wenn der Erblasser einen Fremden (extraneus) zum Erben eingesetzt hat, oder wenn er einem gesetzlichen Erben mehr zugewendet hat, als der gesetzliche Erbtheil, wie er in Ermangelung jeder Verfügung von Todeswegen sich gestaltet hätte, betragen würde. Damit wird zugleich die immerhin noch mögliche Auffassung abgelehnt, der gesetzliche Erbe sei nur so weit von der Haftung für den außerordentlichen Pflichtheil zu befreien, daß ihm der ihm gebührende (regelmäßige) Pflichtheil verbleibe. Selbstverständlich tritt die Entlastung der Beschenkten nur insoweit ein, als die letztwillige Zuwendung der bezeichneten Art reicht. Der Entw. kann jedoch hier nicht vom gesetzlichen Erbtheile reden, da alsdann der § 1972 für die Entscheidung, wie hoch der gesetzliche Erbtheil sich beläuft, maßgebend sein würde, die Anwendung dieser Vorschrift aber zu einem Ergebnisse führen würde, welches dem zu Grunde liegenden Gedanken nicht entspricht. Der Gedanke ist der, daß die Erben für den außerordentlichen Pflichtheil nur insoweit zu haften haben, wenn und soweit sie in Folge einer Verfügung des Erblassers von Todeswegen ein Mehreres erhalten haben, als ihnen nach dem Gesetze in Ermangelung einer solchen Verfügung zugefallen sein würde. Hieraus ergibt sich, daß, wenn der Erblasser einen der gesetzlichen Erben ausgeschlossen und in Folge dessen mittelbar oder auch ausdrücklich die Erbtheile der anderen gesetzlichen Erben erhöht hat, diejenigen, welche Erben bleiben, dem durch die Schenkung beeinträchtigten Berechtigten mit dem Betrage zu haften haben, um welchen ihre Erbtheile durch die Ausschließung des einen Erben erhöht sind, mag der letztere vom Erblasser mit Recht oder mit Unrecht ausgeschlossen sein. Zwar könnte auch vorgegeschrieben werden, die Erben hätten dann nicht zu haften, wenn ein anderer gesetzlicher Erbe als derjenige, welcher den außer-

ordentlichen Pflichttheil verlangt, rechtmäßig ausgeschlossen sei; allein für eine solche Vorschrift fehlt es an zureichenden Gründen.

Aus-
schlagung.

§. 465.

Schlägt einer der gesetzlichen Erben aus, so kommt es darauf an, ob die Ausschlagung seitens eines Pflichttheilsberechtigten deshalb erfolgt, weil er beschwert oder beschränkt ist unter Wahrung des Pflichttheilsanspruches auf Grund der §§ 1980—1982, oder ob die Ausschlagung ohne einen solchen Anlaß erfolgt. Im ersteren Falle hat der Erblasser durch seine Verfügung von Todeswegen die Erbfolge nicht unmittelbar geändert, indessen hat doch seine Verfügung dazu geführt, daß der Berechtigte ausgeschlagen hat. Die Verfügung hat also mittelbar bewirkt, daß die Erben, welchen die Ausschlagung zu statten kommt, ein Mehreres erhalten haben, als ihnen ohne die Verfügung zugekommen wäre. Die Erben müssen deshalb, unbeschadet ihrer Rechte aus § 1993, mit dem, was sie mehr erhalten haben, für den außerordentlichen Pflichttheil einstehen. Erfolgte hingegen die Ausschlagung, ohne daß einer der durch die §§ 1980—1982 geregelten Fälle vorliegt, so können die Erben, welchen diese Ausschlagung zu statten kommt, mit demjenigen, was sie in Folge der Ausschlagung mehr erhalten, für den außerordentlichen Pflichttheil nicht haften. Die Aenderung in der gesetzlichen Erbfolge hat sich ohne jedes Zutun des Erblassers vollzogen. Der maßgebende Gesichtspunkt, daß die Erben mit demjenigen zu haften haben, was sie durch Verfügung des Erblassers, also durch dessen Freigebigkeit, erhielten, trifft hier nicht zu. — Das Gleiche gilt in Ansehung desjenigen, was den Erben in Folge davon zugekommen ist, daß ein Erbe für erbunwürdig erklärt ist; in diesem Falle ist eine Haftung mit dem ihnen dadurch zugekommenen deshalb ausgeschlossen, weil sie nichts durch eine Verfügung des Erblassers erhalten. Anders steht es hingegen mit demjenigen, was in Folge eines Erbverzichtvertrages mehr erhalten, da der Entw. den Erbverzichtvertrag, wie zum § 2019 darzulegen sein wird, in gewisser Hinsicht als eine Verfügung des Erblassers behandelt. Mit demjenigen Theile der Erbschaft, welcher einem anderen Erben in Folge des durch Erbverzichtvertrag herbeigeführten Verzichtes eines Erben zufällt, muß dieser andere Erbe also dem durch eine Schenkung des Erblassers benachtheiligten Berechtigten für den außerordentlichen Pflichttheil haften.

Unwürdigkeit.

Erbverzicht.

Hat der Erblasser durch eine Verfügung von Todeswegen überhaupt erst bewirkt, daß Personen, welche an sich nicht zu den im vorliegenden Falle berufenen gesetzlichen Erben gehören, in den Kreis der gesetzlichen Erben eintreten (z. B. der Erblasser hat das einzige Kind, welches außer dem in Rede stehenden Berechtigten noch in Betracht kommt, von der Erbfolge ausgeschlossen und ihm aus einem zutreffenden Grunde den Pflichttheil entzogen und es gelangen nunmehr gemäß § 1967 die Eltern oder andere Verwandte zur gesetzlichen Erbfolge), so dürfen diese von der Haftung für den außerordentlichen Pflichttheil nicht frei sein; sie haben vielmehr mit ihrem ganzen Erbtheile für diesen Pflichttheil einzustehen. Denn die bezeichneten Personen hätten ohne das Eingreifen des Erblassers nichts erhalten.

Der Entw. bringt diese Gedanken zum Ausdruck durch die gewählte Fassung „nur in Ansehung desjenigen ihm hinterlassenen Erbtheiles verpflichtet, welchen er in Ermangelung einer Anordnung des Erblassers über die Erbfolge nicht erhalten haben würde, oder in Folge der den Pflichttheilsanspruch begründenden Ausschlagung der Erbschaft von Seiten eines Pflichttheilsberechtigten erhalten hat“. Der letzte Theil der Vorschrift trifft insbes. auch den Fall, daß der eingesezte, mit einem Vermächtnisse oder einer Auflage beschwerte oder sonst beschränkte Berechtigte ausschlägt, um den Pflichttheil zu fordern. In diesem Falle erhöhen sich nach § 1972 die Erbtheile der anderen Erben. Mit dem dadurch Mehrerhaltenen haften die Erben für den außerordentlichen Pflichttheil, weil eine Anordnung des Erblassers die Ausschlagung mittelbar hervorgerufen hat.

§. 466.

Haftung
mehrerer
Erben.

Ablehnung
weiterer
Vorschriften.

Schließlich wird bestimmt, wie hiernach die Haftung mehrerer Erben sich gestaltet, nämlich, daß sie nach Verhältniß der Erbtheile haften, in Ansehung deren sie verpflichtet sind (Satz 2). Eine besondere Vorschrift für den Fall, daß der Pflichttheilsberechtigte, gegen welchen der außerordentliche Pflichttheil geltend gemacht wird, selbst mit demjenigen, was ihm über seinen gesetzlichen Erbtheil hinaus zugewendet ist, noch nicht dasjenige erhalten hat, was ihm das Pflichttheil, einschließlich des auf die Schenkung entfallenden Betrages, gebührt, ist nicht erforderlich. Eine solche Vorschrift könnte etwa dahin gegeben werden, daß der in Anspruch Genommene jedenfalls dasjenige behalten müsse, was er selbst verlangen könne, und das demgemäß von ihm die Vollziehung der ihm auferlegten Vermächtnisse und Auflagen verweigert werden könne; es würde dann zugleich zu bestimmen sein, daß oder wie nunmehr die übrigen Erben haften. Die Seltenheit des bezeichneten Falles läßt es nicht gerechtfertigt erscheinen, von den aus den allgemeinen Grundsätzen sich ergebenden Folgen abzuweichen, zumal die für diesen Fall erforderlichen Vorschriften sehr verwickelter Natur sein würden.

Ver-
mächtnisse.

Zu erwähnen ist noch der Fall, daß der Erblasser Vermächtnisse oder Auflagen angeordnet hat. Besondere Vorschriften für diesen Fall sind indessen nicht geboten. Ist ein als Erbe eingesezter Fremder (extraneus) mit Vermächtnissen belastet, so haftet er dennoch dem Pflichttheils-

berechtigten, unbeschadet des ihm nach § 1993 gegenüber den Vermächtnisnehmern zustehenden Kürzungsrechtes. Das Gleiche gilt, wenn der Belastete ein in der vorbezeichneten Weise eingesetzter gesetzlicher Erbe ist; nur ist bei Vornahme der Kürzung auf seiner Seite lediglich der Beitrag in Rechnung zu stellen, um welchen die Erbschaft seinen gesetzlichen Erbtheil übersteigt. — Des Zusammenhanges wegen soll hier auch zugleich der erst in § 2014 geregelte Fall mit in Betracht gezogen werden, daß der Erblasser den zum alleinigen Erben eingesetzten oder als einzigen gesetzlichen Erben hinterlassenen Pflichttheilsberechtigten mit Vermächtnissen belastet hat. In diesem Falle steht letzterer vor der Wahl, die Erbschaft auszuschlagen oder anzunehmen. Schlägt er aus, so ist er in der Geltendmachung des Pflichttheilsanspruches, einschließlich der Erhöhung durch den außerordentlichen Pflichttheil, unbeschränkt. Nimmt er an, so hat er nach § 1981 sich die Erbschaft auf den Pflichttheil so anrechnen zu lassen, als sei die Belastung mit Vermächtnissen nicht vorhanden; er kann in Folge dessen gegen den Beschenkten nur dann und nur insoweit vorgehen, als — auch abgesehen von den Vermächtnissen — für ihn eine Benachteiligung eingetreten ist. Hat der Erblasser Auflagen angeordnet, so findet eine entsprechende Beurtheilung statt.

Belastung des
einzigsten
Erben.

6. Der § 2014 bringt den S. 456 erörterten Grundsatz des Entw. in Ansehung der Haftung des Beschenkten dahin zum Ausdruck, daß der Beschenkte dem Berechtigten wegen dessen Anspruches auf den außerordentlichen Pflichttheil verpflichtet ist, sofern der Erbe für die Befriedigung des Anspruches nicht haftet. Der Beschenkte haftet auch dann, wenn der Erbe in Folge des ihm zustehenden Inventarrechtes nicht haftet, also, wenn der Nachlaß zur Befriedigung des Berechtigten nicht hinreicht. Auch dies kann aus den Grundsätzen des Entw. gefolgert werden, verdient aber der Deutlichkeit wegen besonders hervorgehoben zu werden. — Daß der Beschenkte dann für den außerordentlichen Pflichttheil haftet, wenn der Pflichttheilsberechtigte der einzige gesetzliche Erbe oder eingesetzte Erbe ist und Erbe wird, kann selbstverständlich erscheinen, muß aber wegen des in § 2009 aufgestellten Grundsatzes ausgesprochen werden. Ueber die Beschwerung des einzigen Erben mit Vermächtnissen und Auflagen vgl. zum § 2013 S. 466.

Haftung des
Beschenkten.
(G. § 2329.)
| S. 467.

7. Die Vorschriften des § 2015, daß der später Beschenkte vor dem früher Beschenkten haftet, und daß der später Beschenkte nur insoweit haftet, als der früher Beschenkte nicht verpflichtet ist, sind nur ein Ausfluß der dargelegten Grundsätze des Entw. Wie der eingesetzte Erbe als der später Begünstigte dem Beschenkten in der Haftung vorgeht, so geht auch der später Beschenkte dem früher Beschenkten vor. Hinzutritt, daß dem Erblasser nicht wohl die Möglichkeit eröffnet werden kann, eine von ihm gemachte Schenkung dadurch der Entkräftung auszusetzen, daß er eine weitere Schenkung macht. — Daß der früher Beschenkte nur insoweit haftet, als der später Beschenkte nicht verpflichtet ist, rechtfertigt sich dadurch, daß dem früher Beschenkten eine Haftung für die Leistungsunfähigkeit (Insolvenz) des später Beschenkten nicht wohl auferlegt werden kann, während nach den Grundsätzen, auf welchen der § 2009 beruht, die Haftung des später Beschenkten nur in dem Umfange in Betracht kommen kann, in welchem sie ihm durch § 2009 auferlegt ist. Soweit also die spätere Schenkung wegen des Wegfalles der Bereicherung seitens des Beschenkten nach Maßgabe des § 2009 nicht mitberechnet wird und soweit in Folge dessen seine Verbindlichkeit nicht hinreicht, um die Benachteiligung des Berechtigten zu heben, muß der früher Beschenkte haftbar sein. Für die Ermittlung des außerordentlichen Pflichttheiles wird nach § 2009 jede Schenkung so angesehen, als sei sie nicht erfolgt; der Berechtigte kann sich also an jeden Beschenkten halten, soweit dieser nicht durch die Haftung des später Beschenkten entlastet wird. Mittelbar bringt die Vorschrift zugleich zum Ausdruck, daß mehrere Schenkungen insgesammt zuzurechnen sind (vgl. S. 462).

Haftung
mehrerer zu
verschiedener
Zeit
Beschencter.
(G. § 2329.)

8. Daß der Entw. die Verpflichtung des Beschenkten als eine Herausgabepflicht ansieht (vgl. S. 456), wird im § 2016 zum Ausdruck gebracht. Die Worte „zum Zwecke der Befriedigung“ sind im Anschlusse an § 1 des G. v. 21. Juli 1879 gewählt. Demgemäß sind die Vorschriften entsprechend anzuwenden, welche in §§ 745 ff. C.P.D. für den Fall der Pfändung von Ansprüchen auf Herausgabe körperlicher Sachen behufs der Befriedigung des Gläubigers gegeben sind.

Herausgabe-
pflicht.
(G. § 2329.)
| S. 468.

Die Rückforderung muß auch dann stattfinden, wenn dem Beschenkten nur der Besitz oder die Inhabung eingeräumt war (§ 737 Abs. 3). Demgemäß erklärt der § 2016 Abs. 2 auf die Verpflichtung des Beschränkten zur Herausgabe den § 737 Abs. 3 für entsprechend anwendbar. In Ansehung desjenigen, was vom Beschenkten zu leisten ist, wenn die Beschaffenheit des Geleisteten die Herausgabe ausschließt oder wenn der Beschenkte bei Eintritt der Rechtshängigkeit des Anspruches das Geleistete herauszugeben außer Stande ist, wird der § 1739, in Ansehung des aus dem Geleisteten Erworbenen, der Herausgabe oder Vergütung der Nutzungen, sowie der Vergütung von Verwendungen seitens des Beschenkten der § 740 für entsprechend anwendbar erklärt. Der außerdem für entsprechend anwendbar erklärte § 741 Abs. 2 betrifft die Erweiterung der Verpflichtungen des Berechtigten von dem Zeitpunkt der Kenntniß an, daß die Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung geleistet wurde, nicht bestand. Die letztere Vorschrift wird für anwendbar erklärt unter ausdrücklicher Bezeichnung des Zeitpunktes, von welchem an auf Seiten des Be-

Besitz.

schenken böser Glaube anzunehmen ist. — Soweit im geltenden Rechte derartige Vorschriften sich finden, stimmen sie damit im Wesentlichen überein (M. I 11 § 1165; sächs. G. § 2607 mit §§ 1062, 1534 ff.; öst. G. § 952; hess. Entw. IV 2 Art. 127; Mommsen § 514 Abs. 2 nebst Mot. S. 490).

6. Schenkungen aus dem Gesamtgute. (G. § 2331.)

9. Im Zusammenhange mit den §§ 1991, 2162 ist in Ansehung des außerordentlichen Pflichttheiles für den Fall einer Schenkung aus dem Gesamtgute im § 2017 bestimmt. Ist eine derartige Schenkung an eine Person gemacht, welche nicht zu den Abkömmlingen gehört, auch nicht ein Elterntheil oder ein Vorelterntheil ist, so ist der Zweifel möglich, ob, falls der Mann mit Zustimmung der Frau geschenkt hat, diese Zustimmung nur die Bedeutung habe, daß die Schenkung gültig sein solle, oder die Bedeutung, daß die Frau auch ihrerseits schenke. Der Zweifel wird dahin gelöst, daß anzunehmen sei, jeder der Gatten habe zur Hälfte geschenkt. — Möglich wäre es, weiter zu unterscheiden, je nachdem der Beschenkte mit beiden Gatten gar nicht oder in gleichem Grade verwandt ist und, wenn der Beschenkte nur mit einem Gatten oder mit diesem in näherem Grade verwandt ist, je nachdem die Vorschriften des § 2162 über die Zuwendung an einen gemeinschaftlichen oder einen einseitigen Abkömmling für anwendbar zu erklären. Allein solche Unterscheidungen führen zur Kasuistik und werden daher besser vermieden.

7. Ausnahme für gewisse Schenkungen. (G. § 2330.)

10. Daß nach § 2018 Schenkungen, welche durch eine sittliche Pflicht oder die auf den Anstand zu nehmende Rücksicht gerechtfertigt werden, außer Betracht zu bleiben haben, ist bereits §. 450 und §. 453 erwähnt. Wie anderen Ortes (vgl. § 1353 Abs. 3, §§ 1661, 1839, 1952 Abs. 3), so ist auch hier dem Umstände Rechnung zu tragen, daß derartige Schenkungen sich nicht sowohl als reine Freigebigkeitsakte, sondern als die Erfüllung einer Art natürlichen Verbindlichkeit darstellen. — Eine gleiche Ausnahme mit M. Anh. § 28 zu I 11 § 1113 und bayer. Entw. v. 1861 Art. 107 für belohnende Schenkungen zu machen (vgl. Dernburg § 212 Anm. 10) oder für belohnende Schenkungen und solche Schenkungen, bei welchen zum Vortheile des Erblassers eine Bedingung gemacht wurde (Cecius § 248 Anm. 195), oder mit Mommsen § 513 (dessen Mot. S. 490) „wenn Umstände nachgewiesen werden, aus denen sich ergibt, daß die Schenkung einen anderen Beweggrund gehabt hat, sofern dieser Grund die Schenkung auch ihrem Umfange nach als gerechtfertigt erscheinen läßt“, besteht für den Entw. kein Anlaß. Soweit der § 2018 diese Fälle nicht deckt, besteht kein Bedürfnis, zumal der Entw. auch sonst die belohnenden Schenkungen nicht weiter berücksichtigt (vgl. Mot. 2 S. 289, 303).

Zuwendung zur Bereicherung u. w.

Eine Ausnahme ist nicht bestimmt für den Fall, daß der Pflichttheilsberechtigte ein Elterntheil ist und Schenkungen oder Zuwendungen der im § 2158 bezeichneten Art gemacht sind. Ein solcher Fall würde insbes. vorliegen, wenn Abkömmlinge vor dem Erblasser mit Hinterlassung von anderen Erben als Abkömmlingen oder mit Hinterlassung des Erblassers selbst als Erben gestorben sind, oder wenn in Folge Ausschlagung der Erbschaft seitens aller Abkömmlinge, in Folge gerechtfertigter Entziehung gegenüber allen Abkömmlingen usw. die Eltern als Pflichttheilsberechtigte eintreten. Sollte eine solche Vorschrift aufgenommen werden, so müßte sie weiter gehen und alle Fälle treffen, in welchen ein Berechtigter wegfällt, in Folge des Wegfallens aber ein anderer Berechtigter an die Reihe kommt. Alsdann erhebt sich aber die Frage, ob es nicht richtiger wäre, zu bestimmen, daß der spätere, die Stelle des Weggefallenen einnehmende Berechtigte die dem letzteren gemachten Schenkungen sich anrechnen lassen müsse. Jedenfalls ist es nicht rathsam, für so seltene Fälle von geringer praktischer Bedeutung mit positiven Vorschriften einzugreifen. Vielmehr verdient es den Vorzug, bei den Folgen der allgemeinen Grundsätze es bewenden zu lassen. Auch die Frage, ob und inwieweit der spätere Berechtigte die Schenkungen an den weggefallenen Berechtigten sich abrechnen lassen muß, bleibt, soweit sie nicht im § 2012 Abs. 2 entschieden ist, eine offene.

11. §. 470.

5. Abschnitt: Erbverzicht.

Der Erbverzicht ist in einem besonderen Abschnitte behandelt. In den Abschnitt „Verfügung von Todeswegen durch Vertrag“ können die Vorschriften nicht aufgenommen werden, weil nach dem Entw. in Folge Erbverzichts die Delation wegfällt, so daß der Abschnitt auch für die gesetzliche Erbfolge eine besondere Bedeutung hat und nicht vor dieser seine Stelle finden kann. Aber auch in den Abschnitt „gesetzliche Erbfolge“ gehören die Vorschriften deshalb nicht, weil nach § 2024 der Erbverzicht in Ansehung der in einem Erbeinsetzungsvertrage erfolgten vertragsmäßigen Erbeinsetzung und der bindenden Zuwendung eines Vermächtnisses in einem solchen Vertrage zugelassen ist.

Geltendes Recht.

Das röm. Recht kennt bekanntlich den Verzicht auf das Erbrecht gegenüber einer noch lebenden Person nicht (Windscheid § 585 Anm. 1; Roth § 360 Anm. 2); das franz. Recht (Code 791, 1130, 1189, vgl. 1600) verwirft alle Verträge über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten und damit zugleich den Erbverzichtvertrag (Entsch. 15 S. 325, Stobbe § 313, besonders bei Anm. 23). Das gemeine Recht kennt den Erbverzicht durch Vertrag; die neuere Gesetz-

gebung hat ihn durchweg anerkannt (Stobbe § 314; bayer. MN. III 11 §§ 2–9; württ. Recht bei Stein, Zuf.; Roth § 360 Anm. 6; für schlesw.-holst. Recht Paulsen §§ 208, 233 Anm. 5, Esmarck § 32 S. 153; braunschw. Recht bei Steinacker § 290; öst. GB. § 551; hamb. Recht bei Baumeister II S. 366; württ. Entw. von 1840 Art. 4, 43, 45 Abs. 1; Mommsen §§ 209 bis 213). Das MN. II 2 §§ 481–488, vgl. I 12 §§ 649–656, handelt von diesem Vertrage nur, soweit er mit Abkömmlingen geschlossen wird; die Praxis läßt jedoch den Vertrag unbeschränkt zu (Obtrüb. 20 S. 143, Eccius § 265 S. 464, 465, Dernburg § 180 Anm. 7, 8). — Der Entw. hat den Vertrag ausgenommen, obschon das Institut für ihn um so eher entbehrlich erscheinen kann, als nach § 1755 Abs. 2 eine bestimmte Person von der Erbfolge durch letztwillige Verfügung ohne Einsetzung eines Erben ausgeschlossen werden kann und sich aufstellen läßt, nur derjenige Vertrag sei noch zu regeln, durch welchen das Pflichttheilsrecht ausgeschlossen wird. Allein der Erbverzicht ist dem deutschen Rechtsleben geläufig, in Gewohnheit und Sitte so tief eingewurzelt, wie das geltende Recht bestätigt, daß er nicht wohl lediglich deshalb beseitigt werden kann, weil der dadurch erstrebte Zweck auch auf andere Weise sich erreichen läßt. Die Anerkennung des Institutes bietet ferner praktische Vortheile, unter anderen den, daß der Ausschluß eines Pflichttheilsberechtigten von dem Pflichttheilsrechte und der gesetzlichen Erbfolge in einem Rechtsgeschäfte erfolgen kann, während ohne die Anerkennung zwei Geschäfte erforderlich sein würden.

Entw. | §. 471.

Der Erbverzicht ist nach dem Entw. eine die Delation unmittelbar ändernde Verfügung. Der Vertrag hat nicht lediglich obligatorische Wirkung, sondern einen erbrechtlichen Charakter. Dies ist die neuere Auffassung im gemeinen Rechte (Stobbe § 414 Anm. 9; Roth § 360 Anm. 7–10; Unger § 30 Anm. 10) und die Auffassung der neueren Rechte (vgl. zB. bayer. MN. III 11 § 3 Nr. 1, 5; öst. GB. §§ 538, 551; u.A.). Der Erbverzicht ist somit nicht ein Rechtsgeschäft, welches sich als Schenkung oder Vergleich behandeln läßt. Durch den Vertrag wird mehr bezelt, als eine obligatorische Bindung, das Erbrecht nicht geltend machen zu wollen. — Der Erbverzicht ist ferner nur zugelassen in der Form eines Vertrages. Hiermit stimmen überein die herrschende Ansicht im gemeinen Rechte (vgl. Stobbe § 314), das MN., das öst. GB., das sächs. GB. § 2560, Mommsen § 209, u.A. Diese Auffassung entspricht dem § 342. — Daß der Vertrag nicht zwischen dem Verzichtenden und Dritten vor dem Tode des Erblassers geschlossen werden kann, ergibt der § 349. Das geltende Recht (Stobbe § 314 S. 309; Roth § 360 Anm. 8; Eccius § 265 S. 565–568; Dernburg § 181 bei Anm. 16 ff.; württ. MN. II 31 §§ 1, 2; württ. Entw. Art. 45 Abs. 2, 46; u.A.) nimmt in dieser Beziehung nicht selten einen abweichenden Standpunkt ein (vgl. Mot. 2 S. 182 ff.). Der Entw. läßt demgemäß den Vertrag nur zwischen dem Erblasser und dem Verzichtenden zu.

Vertrag.

In der Behandlung des Erbverzichts wird insofern von den meisten geltenden Rechten abgewichen, als nach dem Entw. der Verzichtende nicht der im Vordergrund stehende Theil ist. Der Kern des Erbverzichts wird vielmehr darin gefunden, daß der Erblasser, unter Zustimmung des Verzichtenden, eine Aenderung der gesetzlichen Erbfolge herbeiführt. Die erbrechtliche Wirkung des Vertrages liegt hiernach mehr im Willen und in der Verfügung des Erblassers als in der Erklärung des Verzichtenden, wenn auch äußerlich der Verzichtende vielleicht in gleicher Weise, wenn nicht noch mehr, hervortritt als der Erblasser.

Aenderung der Erbfolge durch den Erblasser.

Diese Auffassungen haben zum Theile nur mittelbar Ausdruck gefunden in den §§ 2019–2024.

| § 2019 (II 2211, B. 2320, R. 2319, G. 2346).

| §. 472.

Ein Theil der S. 470, 471 hervorgehobenen Grundsätze gelangt zum Ausdrucke durch die Vorschrift, daß durch einen zwischen dem Erblasser und einem Verwandten oder dem Gatten des Erblassers zu schließenden Vertrag der Verwandte oder der Gatte von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen werden kann (Abs. 1). Die an § 1755 Abs. 2 sich anlehrende Fassung läßt insbes. erkennen, daß der Erblasser durch den Vertrag mit Zustimmung des Verzichtenden die gesetzliche Erbfolge ändert, daß ein Vertrag erforderlich ist und daß der Vertrag nur mit dem Erblasser geschlossen werden kann. Als der andere Vertragsschließende werden ein Verwandter oder der Gatte bezeichnet. Der als gesetzlicher Erbe an letzter Stelle stehende Fiskus (§ 1974) kann also wie eine Erbschaft nicht ausschlagen, so auch nicht durch Vertrag auf eine Erbschaft verzichten. — Aus § 2019 verb. mit § 2020 erhellt ferner, daß der Erbverzichtvertrag zwischen dem Erblasser und dem gesetzlichen Erben, welcher kein Pflichttheilsrecht hat, ohne Bedeutung ist; der Erblasser kann den durch einen solchen Vertrag erzielbaren Zweck durch einseitiges Rechtsgeschäft von gleicher Form erreichen. Ausgeschlossen ist deshalb ein solcher Vertrag nicht.

Zulässigkeit und Wirkung.

Die Vorschrift, daß, wer durch Erbverzicht von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist, auch kein Pflichttheilsrecht hat (Abs. 2), beruht auf dem Gedanken, daß, da der Erblasser das gesetzliche Erbrecht schon einseitig entziehen kann, für ihn der Erbverzicht in der Regel materielle Bedeutung nur hat, wenn der Verzichtende zugleich das als Ausfluß des gesetzlichen Erbrechtes

Einbeziehung des Pflichttheils.

sich darstellende Pflichttheilsrecht aufgeben will. Daß das Gegentheil im Vertrage bestimmt werden kann, versteht sich von selbst. Wie aber ein solcher Vertrag zu beurtheilen ist, in welchem ausdrücklich nur auf das gesetzliche Erbrecht, nicht auf das Pflichttheilsrecht verzichtet ist (Beseler, Erbv. II 2 S. 246, 247; Unger § 79 Anm. 7; Roth § 360 Anm. 40; württ. Entw. Art. 47, 51), kann dahingestellt bleiben. Es genügt, daß auch ein solcher Vertrag nicht ausgeschlossen ist.

Beschränkung
auf die Aus-
schließung
des
Pflichttheils

Indem gestattet wird, den Vertrag auf die Ausschließung des Pflichttheilsrechtes zu beschränken (Abs. 3), wird ersichtlich, daß der letztere Vertrag den gleichen Rechtsnormen unterworfen ist wie der Vertrag über das Erbrecht. Der Verzicht auf das Pflichttheilsrecht ist, nach der Auffassung des Entw. vom Pflichttheile (§§ 1975, 1976), an sich ein Verzicht auf einen Geldanspruch. Mit Rücksicht auf seine Quelle und seine erbrechtliche Bedeutung ist es jedoch erforderlich, auch diesen Vertrag den gleichen Rechtsnormen wie den Vertrag über das gesetzliche Erbrecht zu unterwerfen. — Der Zweifel kann aufgeworfen werden, ob ein Bedürfnis bestehe, beide Verträge zu unterscheiden. Allein es kann sehr wohl ein Anlaß vorliegen, den Vertrag über das Pflichttheilsrecht allein zu schließen, obschon der Verzicht auf den Pflichttheil allein die Delation nicht ändert. Im Leben kommt es nicht selten vor, daß nur auf das Pflichttheilsrecht verzichtet wird,

| S. 473.

ohne daß dabei an ein Aufgeben des gesetzlichen Erbrechtes gedacht wird. In solchem Falle wird nur bezweckt, dem Erblasser die Freiheit der unbeschränkten Verfügung über seinen Nachlaß zu verschaffen (vgl. Eccius § 265 Anm. 1). Macht der Erblasser demnach von dieser Freiheit keinen Gebrauch, so soll es auch nach dem Willen der Betheiligten bei demjenigen bewenden, was sich aus dem Geetze ergibt.

Weitere Dispositivnormen über die Bedeutung des Erbverzichtes sind nicht aufgenommen. Für das geltende Recht wird die Ansicht vertreten, der Erbverzicht habe auch den Verlust der letztwilligen Zuwendung zur Folge (Beseler, Erbv. II 2 S. 248; W. I 12 § 652, der sich auf den Vertrag unter Miterben beschränkt, Eccius § 265 Anm. 9, Dernburg § 181 Anm. 2; Roth § 360 Anm. 43; württ. Entw. 4; — dagegen für das sächs. Recht W. f. R. 1873 S. 269, Anm. R. 3. 7 S. 185). Auch darüber bestehen Meinungsverschiedenheiten, ob der Verzicht alle Ansprüche aus der gesetzlichen Erbfolge oder nur das dem Verzichtenden zur Zeit des Vertragsschlusses unmittelbar zustehende gesetzliche Erbrecht ergreife (vgl. Dernburg § 181 Anm. 3; Mommsen § 213 Abs. 2 nebst Mot. S. 278). Als Thatfrage muß es der Beurtheilung des Einzel-falles überlassen bleiben, wie weit der Erbverzicht reicht, soweit nicht der § 2022 in Betracht kommt.

§ 2020 (II 2212/3, 2216, B. 2321/2, 2325, R. 2320/1, 2324, G. 2347/8, 2351).

Errichtung.

In Ansehung der Errichtung eines Erbverzichtvertrages fehlt es im gemeinen Rechte an Formvorschriften; deshalb wird die Ansicht vertreten, es bedürfe keiner Form (vgl. Stobbe § 314 Anm. 13, 14; Dernburg § 181 Anm. 10; Roth § 360 Anm. 23 ff.). Das W. II 2 § 484 unterwirft die Verträge der Kinder mit ihren Eltern insofern einer Form, als Errichtung vor dem ordentlichen Gerichte der ersteren vorgeschrieben wird, in Ansehung anderer Verträge bestehen Meinungsverschiedenheiten und insbes. wird gestritten, ob die Formen des Erbvertrages erforderlich sind (dagegen ObTrib. 20 S. 153, Dernburg § 181 Anm. 13—15, Eccius § 265 S. 564). Das sächs. G. B. § 2560 verweist auf die Vorschriften über Verträge und bestimmt ausdrücklich, daß die Formen des Erbvertrages nicht erforderlich sind. Mommsen § 211 (dessen Mot. S. 275 f.) verlangt schriftliche Form unter Ablehnung der Formen des Erbvertrages, fügt aber eine Modifikation bei für den Verzicht der Ehefrau auf das gesetzliche Erbrecht. Das öst. G. B. § 551 erfordert keine besondere Form (Unger § 30 Anm. 6). Nach dem in Bayern geltenden Rechte bedarf es gegenwärtig notarieller Form (Roth § 360 Anm. 29). — Der Entw. erachtet nicht nur für geboten, den Vertrag an eine Form zu binden, sondern hält es auch für innerlich gerechtfertigt und zweckmäßig, als diese Form, entsprechend den §§ 1943, 1944, die besonders geartete Form der letztwilligen Verfügung zu wählen (Abs. 1). Den Vorzug verdient es, alle Verfügungen von Todeswegen im Wesentlichen den gleichen Formvorschriften zu unterstellen, zumal Erbverzichte im Allgemeinen von nicht geringerer Wichtigkeit sind als Erbverträge. Demgemäß ist auf die entsprechende Anwendung der §§ 1943, 1944 verwiesen. Um Mißverständnisse zu verhüten, ist auch hier wie im § 1957 Abs. 4, und aus den gleichen Gründen (vgl. S. 341 mit S. 346) der § 1947 für entsprechend anwendbar erklärt.

| S. 474.

Fähigkeit zur
Errichtung.

Das geltende Recht beschäftigt sich fast ausschließlich mit der Fähigkeit des Verzichtenden. Das gemeine Recht verlangt (nach der herrschenden Ansicht) für Minderjährige Zustimmung des Vormundes und des Vorm. Gerichtes (Beseler, Erbv. II 2 S. 255, 256). Das bayer. W. III 11 § 2 Nr. 4 gedenkt nur der Zustimmung des Vormundes. Nach Ansicht Anderer ist jedoch auch für das gemeine Recht volle Handlungsfähigkeit erforderlich (Stobbe § 314 bei Anm. 11). Das W. II 2 § 484 erfordert für die Verträge zwischen Eltern und Kindern Volljährigkeit und Entlassung aus der väterlichen Gewalt, für die übrigen Verträge Erklärung des Vormundes mit Genehmigung des Gerichtes oder des Vaters (Dernburg § 180 Anm. 9). Wegen des öst. G. B.

vgl. Unger § 30 Anm. 6. Der württ. Entw. Art. 9, 10 Abs. 2 und Mommsen § 210 nebst Mot. S. 275 gestatten den Verzicht nur volljährigen vollhandlungsfähigen Personen. Der Entw. erklärt in Ansehung der Fähigkeit des Erblassers und der Unzulässigkeit der Vertretung desselben die §§ 1911, 1912 für maßgebend (Abs. 1). Wie der Erblasser nach § 1755 Abs. 2 verb. mit § 1912 durch letztwillige Verfügung das Erbrecht nicht vor Zurücklegung des 16. Lebensjahres entziehen darf, so kann ihm nicht wohl vor Erreichung dieses Alters die Befugniß beigelegt werden, einen Erbverzichtvertrag zu errichten. Andererseits ist ihm im Hinblick auf jene Vorschriften nach Erreichung dieses Lebensalters die Errichtung eines solchen Vertrages nicht zu verjagen. Den § 1942 hierher zu übertragen, fehlt es an zwingenden Gründen.

In Ansehung des Verzichtenden läßt sich der Vertrag mit dem Vertrage, durch welchen ein Erbvertrag aufgehoben wird, in Parallele stellen. Allerdings kann für das Erforderniß persönlicher Erklärung und voller Geschäftsfähigkeit die in der Nichtübersehbarkeit der Folgen liegende Gefährlichkeit dieses Rechtsgeschäftes geltend gemacht werden. Allein mit der Aufstellung eines derartigen Erfordernisses würde dem Erbverzichtvertrage ein wesentlicher Theil seiner praktischen Bedeutung entzogen werden. Insbes. würde es alsdann unmöglich sein, daß der Gewalthaber, wie bei Auswanderungen nicht selten vorkommt, zugleich im Namen seiner Kinder den Erbverzicht erklärt. — In Ansehung der Gewährung einer Abfindung seitens eines in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Erblassers die Genehmigung des VormGerichtes als Erforderniß aufzustellen, ist weder notwendig noch zweckmäßig. | Will ein in der Geschäftsfähigkeit beschränkter Erblasser eine Abfindung für den Erbverzicht gewähren, so kann er dies selbstverständlich, wie im Falle des § 1957, nur mit Genehmigung des gesetzlichen Vertreters wirksam thun. Der § 2020 befaßt sich lediglich mit dem erbrechtlichen Geschäft. Außer der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters noch die Genehmigung des VormGerichtes zu erfordern, wäre schon deshalb nicht ratsam, weil alsdann das Gleiche in Ansehung der Gewährung einer Abfindung im Falle des § 1957 zu bestimmen sein würde. Die Gewährung einer Abfindung ist zwar ein Geschäft, welches außerhalb der regelmäßigen Vermögensverwaltung liegt, und durch welches aus dem Vermögen des Vertretenen eine Leistung versprochen oder gemacht wird, ohne daß eine Verpflichtung dazu besteht. Dennoch ist schon bisher im geltenden Rechte nicht die Wirksamkeit eines jeden derartigen Geschäftes an die Genehmigung des VormGerichtes geknüpft worden. Bei dem Erbverzicht liegt dazu insofern um so weniger ein Anlaß vor, als dieses Rechtsgeschäft seitens einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person nur selten vorgenommen wird und, wenn es vorkommt, die Verhältnisse regelmäßig so gestaltet sein werden, daß die Beurtheilung, ob das Geschäft ein angemessenes ist, besser der eigenen Entscheidung des Erblassers und dem pflichtmäßigen Ermessen des gesetzlichen Vertreters überlassen bleibt. Eine Einmischung des VormGerichtes vorzuschreiben, wäre nicht zweckmäßig. Soweit die Abfindung einen Akt in sich schließt, welcher als solcher an die Genehmigung des VormGerichtes gebunden ist, wie zB. die Gewährung einer Ausstattung nach § 1731, muß die Genehmigung aus einem anderen Grunde hinzutreten.

Fähigkeit des Verzichtenden.

§. 475.

Für eine Vorschrift dahin, eine Frau bedürfe zur Erklärung des Verzichtes nicht der Genehmigung des Mannes — abweichend für das ALN. Dernburg § 180 bei Anm. 9 —, läßt sich geltend machen, daß eine Frau nach § 1308 Nr. 1 ohne Einwilligung des Mannes eine ihr angefallene Erbschaft ausschlagen oder auf einen bereits erworbenen Pflichttheil verzichten könne. Allein, wenn eine Frau diese Befugnisse hat, so bedarf sie noch weniger der Einwilligung des Mannes zu einem Verzicht in dieser Richtung vor Eintritt des Anfalles. Nach dem Entw. ist die Ehefrau an sich geschäftsfähig; nur in Ansehung des Ehegutes, des Gesamtgutes und des Sondergutes ist ihre Verfügungsgewalt beschränkt. Eine noch nicht angefallene Erbschaft gehört aber weder zum Ehegute noch zum Gesamtgute oder Sondergute. Dazu kommt, daß der Erblasser befugt ist, dem der Ehefrau Hinterlassenen die Eigenschaft des Vorbehaltsgutes beizulegen. Den § 1308 Nr. 1 auf den vorliegenden Fall zu erstrecken, wäre auch nicht angemessen. Die im § 1308 Nr. 1 behandelten Geschäfte enthalten eine Verfügung über Ehegut; nach § 1300 würde daher an sich zu deren Wirksamkeit die Genehmigung des Mannes erforderlich sein. Der § 1308 Nr. 1 läßt, soweit er reicht, eine Ausnahme von der Regel des § 1300 eintreten. Im vorliegenden Falle findet die Regel des § 1300 keine Anwendung; es bedarf daher nicht der Bestimmung einer Ausnahme von der Regel.

Ehefrau. Genehmigung des Ehemannes.

Für das geltende Recht wird die Ansicht vertreten, daß eine Aufhebung des Erbverzichtvertrages durch Vertrag unzulässig sei, weil das Erbrecht durch den Erbverzichtvertrag definitiv zertrübt sei (Beseler, Erbv. II 2 S. 257 ff.; Unger § 30 Anm. 10; dagegen Stobbe § 314 bei Anm. 22). Der Entw. steht nicht auf diesem Boden. Es fehlt an Gründen, die vertragmäßige Aufhebung auszuschließen. Dies noch besonders hervorzuheben (vgl. Hofmann, Erl. IV zu § 531 d. G.) und auszusprechen, daß der Erbverzicht das Erbfolgers nicht vernichtet, sondern nur ein Hinderniß der Verwirklichung der Erbhoffnung ist, welches als solches wieder wegfallen kann, besteht kein Anlaß. Uebrigens würde nicht bestimmt werden können, der Vertrag gelte als nicht

§. 476. Aufhebung.

geschlossen, denn Wirkungen des aufgehobenen Erbverzichts zeigen sich doch insofern, als z. B. die während des Bestehens des Vertrages vom Erblasser gemachten Schenkungen für den außerordentlichen Pflichttheil auch im Falle der Wiederaufhebung des Vertrages nicht in Betracht kommen würden.

Form.

Der den Erbverzicht aufhebende Vertrag bewirkt eine Aenderung der Erbfolge, indem er die gesetzliche Erbfolge wiederherstellt; er muß daher gleichfalls den für die Verfügungen von Todeswegen geltenden Vorschriften unterworfen werden, und sind demgemäß im Abs. 2 auch auf den Aufhebungsvertrag die §§ 1943, 1944, 1947 für entsprechend anwendbar erklärt. In Ansehung der Fähigkeit und der Vertretung des Erblassers wird auf die §§ 1911, 1912 verwiesen. Der Umstand, daß der Erblasser durch den Vertrag eine gewonnene Rechtsstellung aufgibt, erscheint nicht ausreichend, entsprechend dem § 1942, die volle Geschäftsfähigkeit des Erblassers zur wirksamen Eingehung eines solchen Aufhebungsvertrages zu erfordern. In Folge der Aufhebung wird nur der Zustand herbeigeführt, welcher schon zuvor in Ansehung der Erbfolge nach dem Gesetze bestand. — Was den anderen Vertragsschließenden angeht, so ist eine Vorschrift entbehrlich, da dieser durch den Vertrag nur eine aufgegebene Rechtsstellung wiedererlangt, also ausschließlich gewinnt.

Wechsel-
seitiger
Erbverzicht.

Für den Fall eines wechselseitigen Erbverzichtvertrages bedarf es einer Vorschrift nicht. Wenn der Fall überhaupt vorkommen sollte, so muß dasjenige zur Geltung gelangen, was sich aus dem synallagmatischen Verhältnisse der beiden Verfügungen nach den allgemeinen Grundsätzen ergibt. Ein Bedürfnis, auf § 1959 zu verweisen, läßt sich nicht anerkennen. Ob und inwieweit derselbe entsprechend anwendbar sein kann, besonders zu entscheiden, ist nicht erforderlich.

§ 2021 (II —, B. —, R. —, G. —).

Verbindung
mit einem
Erbvertrage
z.

| S. 477.

Der Verbindung eines Erb- oder Vermächtnisvertrages mit dem Erbverzichtvertrage sieht an sich nichts entgegen, zumal die Formvorschriften für beide Verträge nach dem Entw. die gleichen sind (§ 2019). In dieser Hinsicht würde es vielleicht einer besonderen Vorschrift nicht bedürfen.

Allein, da der § 1955 nur ausspricht, daß in einem Erbvertrage letztwillige Anordnungen getroffen werden können, möchten, wenn das Gesetz schwiege, immerhin darüber Zweifel entstehen, ob eine solche Verbindung zulässig sei; es ist daher rathsam, die Zulässigkeit der Verbindung auszusprechen (Satz 1). — Wird diese Verbindung zugelassen, so ergibt sich aus § 1955 von selbst, daß auch andere letztwillige Anordnungen in demselben Vertrage getroffen werden können. Zweifel könnten noch erhoben werden, ob nicht die Anwendbarkeit des § 1955 Satz 2 auszuschließen sei, d. h. ob nicht dem Verzichtenden zu verjagen sei, im Erbverzichtvertrage Verfügungen von Todeswegen zu treffen. Allein die Gründe, aus welchen der § 1955 Satz 2 die Grundätze des § 1913 durchbricht, rechtfertigen es, für den Erbverzichtvertrage die gleiche Modifikation des § 1913 vorzuschreiben, und mindestens fehlt es an genügendem Anlasse, hier etwas Abweichendes zu bestimmen; demgemäß ist der § 1955 für entsprechend anwendbar erklärt (Satz 2).

Um den Gedanken der Vorschrift völlig zum Ausdruck zu bringen, muß ferner der § 1956 Abs. 1 für entsprechend anwendbar erklärt werden (Satz 2). Mithin finden auf die im Erbverzichtvertrage getroffenen sonstigen Anordnungen die Vorschriften entsprechende Anwendung, welche für den Fall gelten, daß die Anordnung durch letztwillige Verfügung getroffen wird. Der § 1956 Abs. 2—4, insbes. der Abs. 3 Satz 2, eignet sich nicht zur entsprechenden Anwendung für den Erbverzicht; es bedarf daher auch keiner Vorschrift über die Aufhebung der mit bindender Wirkung getroffenen Anordnungen (§ 1960).

Die Vorschriften des § 2021 gelten nach § 2019 Abs. 3 auch für den Vertrag, welcher auf die Ausschließung des Pflichttheilsrechtes des Verzichtenden sich beschränkt.

§ 2022 (II 2215, B. 2324, R. 2323, G. 2350).

Erbverzicht zu
Gunsten einer
bestimmten
Person.

| S. 478.

Ob, wenn einem Erbverzicht die Bestimmung beigelegt ist, er solle zu Gunsten einer bestimmten Person gereichen, anzunehmen sei, der Erblasser habe sich vertragsmäßig binden wollen (Befeler, Erb. II 2 S. 253—255), ist nicht bestimmt. Die Feststellung des Willens der Vertragsschließenden wird besser der Prüfung des Einzelfalles zu überlassen sein. Der Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht zu Gunsten eines Dritten kann in verschiedenem Sinne erfolgen. Wird der Wortlaut in's Auge gefaßt, so liegt darin zunächst nur, der Verzicht erfolge für den Fall, d. h. unter der Bedingung oder in der Voraussetzung, daß der Verzicht dem Dritten, und nur diesem, zu statten komme. Der Wille der Vertragsschließenden kann aber auch dahin gehen, daß der Erblasser den Dritten unmittelbar auf den durch den Verzicht frei werdenden Theil der Erbschaft einsetzt, und zwar letztwillig oder vertragsmäßig. Es würde aber zu weit gehen, diese unmittelbare Einsetzung oder gar die vertragsmäßige Einsetzung als dem Willen der Vertragsschließenden in der Regel entsprechend oder als das vernünftigerweise Gewollte anzusehen. Erfolgt der Erbverzicht, wie dies vielfach geschieht, zu Gunsten der vorhandenen übrigen gesetzlichen Erben, so wird meist anzunehmen sein, es solle nach dem Willen der Vertragsschließenden der Nachlaß des Erblassers den verbleibenden Erben so zukommen, wie das Gesetz es in Folge des Verzichts mit

sich bringt. Daß die verbleibenden Erben auf den Erbtheil des Verzichtenden eingesetzt sein sollen, liegt den Vertragsschließenden zumeist fern. Was sie veranlassen könnte, die verbleibenden Erben in die Stellung eingesetzter Erben zu bringen, ist nicht ersichtlich. Ist der Verzicht ausgesprochen zu Gunsten eines von mehreren gesetzlichen Erben oder zu Gunsten einer Person, welche nicht zu den gesetzlichen Erben gehört, so ist die Möglichkeit, daß der Begünstigte als Erbe eingesetzt werden solle, eher gegeben. Allein nothwendig ist es auch dann noch nicht, eine solche Einsetzung anzunehmen, namentlich im ersteren Falle. Auch hier handelt es sich zunächst nur um einen bedingten Verzicht. Dem Erblasser wird überlassen, die Bedingung durch eine entsprechende Verfügung von Todeswegen zu Gunsten der betr. Person zu erfüllen. Die Aufstellung einer Vermuthung, daß der Dritte vertragsmäßig habe zum Erben eingesetzt werden sollen, würde nicht angemessen sein. Aber ebensowenig wäre es gerechtfertigt, eine Vermuthung aufzustellen, daß der Dritte nicht habe vertragsmäßig zum Erben eingesetzt werden sollen, obschon hierzu vielleicht mehr Grund vorliegen würde. Zu Uebereinstimmung mit der Mehrzahl der geltenden Rechte (Stobbe § 314 Anm. 20; Roth § 360 Anm. 50—52; ALN. II 2 § 486; bayer. MN. III 11 § 4 Nr. 3 und § 5 Nr. 3; Unger § 30 Anm. 9; Mommsen § 213 Abs. 1) wird für den Fall des Erbverzichts zu Gunsten einer bestimmten Person die Auslegungsregel aufgestellt, der Verzicht solle unwirksam werden, wenn der Verzichtende nicht zur Erbfolge berufen wird oder die Erbschaft ausschlägt oder für erbunwürdig erklärt wird. Das sächs. GB. § 2562 läßt den Verzicht wenigstens dann unwirksam werden, wenn die Erbschaft an den Staat fallen würde.

Verzichtet Jemand zu Gunsten eines Anderen auf sein gesetzliches Erbrecht, so hat dies im Zweifel nach dem Willen der Vertragsschließenden die Bedeutung, daß der betr. Andere Erbe werden muß, wenn der Verzicht wirksam sein soll. Die gewollte Voraussetzung entfällt nicht nur, wenn der Andere vorher stirbt, sondern auch dann, wenn er aus anderen Gründen nicht zur Erbfolge gelangt, zB. weil ihm der Pflichttheil mit Recht entzogen wird, aber auch in den in der Vorschrift besonders bezeichneten Fällen, in welchen er so angesehen wird, als sei er vor dem Erb-falle gestorben (§ 1972). Zweifelhaft kann dies erscheinen im Falle der Ausschlagung. Indessen wird nicht anzunehmen sein, der Verzicht solle selbst für den Fall erteilt sein, daß die Erbschaft an einen entfernten Verwandten oder gar an den Fiskus gelangen sollte | Auch das geltende Recht | S. 479. beschränkt sich zumeist nicht darauf, den Fall vorzusehen, daß der begünstigte Dritte vor dem Verzichtenden stirbt. Würde nur für diesen Fall bestimmt, so möchte daraus ein erhebliches arg. e contrario entlehnt werden. — Gegen die Vorschrift kann eingewendet werden, daß jedenfalls kein Grund vorliege, den Verzicht dann unwirksam werden zu lassen, wenn der Erblasser dem begünstigten Dritten, ohne ihn zum Erben einzusetzen, so viel hinterlassen habe, als er überhaupt habe erhalten sollen. Allein diesem Einwande kann erhebliches Gewicht nicht beigelegt werden. Es ist Sache des Erblassers, welcher einen Erbverzichtvertrag geschlossen hat, der Rechtslage, welche sich aus einem solchen Vertrage ergibt, in seinen Verfügungen von Todeswegen Rechnung zu tragen.

Daß der Verzicht zu Gunsten mehrerer Personen erst dann unwirksam wird, wenn sämtliche Personen, zu deren Gunsten verzichtet ist, weggefallen sind, bedarf keines besonderen Ausdruckes.

Mit dem ALN. II 2 § 487 (Mommsen § 213 Abs. 2) auszusprechen, der Erbverzichtvertrag sei im Zweifel nicht als zu Gunsten der Ascendenten und der Seitenverwandten geschlossen anzusehen, oder auch nur, der Vertrag zwischen dem Erblasser und seinem Abkömmlinge solle im Zweifel lediglich zu Gunsten der übrigen Abkömmlinge und des Gatten gereichen, besteht kein hinreichender Anlaß. Dadurch würde einem vorbehaltlos und unbedingt geschlossenen Vertrage die Deutung gegeben, daß er nur zu Gunsten gewisser Personen geschlossen sei. Im Einzelfalle kann der dafür geltend zu machende Umstand, daß dem Erblasser, wie dem Verzichtenden die Verwandten der ersten Linie und der Gatte näher stehen, als die Verwandten der weiteren Linien, die Annahme begründet erscheinen lassen, der Wille der Vertragsschließenden sei nicht dahin gegangen, den Verwandten der weiteren Linien oder gar dem Fiskus einen Vorzug in der Erbfolge vor dem Verzichtenden einzuräumen. Allein auf diesen Umstand eine Vermuthung dafür zu gründen, daß der Verzicht den entfernteren Verwandten nicht, und zugleich, daß der Verzicht den übrigen Abkömmlingen und dem Gatten immer zu statten kommen solle, muß Anstand genommen werden. Aus der im § 1810 aufgestellten Vermuthung kann für den hier zu entscheidenden Fall nichts gefolgert werden, denn dieser Fall liegt anders. Hier ist nicht selten die Tragweite des Verzichts nach dem Willen der Vertragsschließenden eine abweichende. Insbes. erfolgt ein Erbverzicht durch Vertrag zwischen dem Erblasser und dem Verzichtenden häufiger unter der stillschweigenden Voraussetzung, der Verzicht solle lediglich dem Gatten des Erblassers zum Vortheile gereichen, nicht aber den noch etwa vorhandenen Geschwistern des Verzichtenden, und zwar deshalb, weil dem Gatten nach dem Tode des Erblassers ein ausreichender Unterhalt gesichert werden soll. — Anzuerkennen ist, daß nach der Erfahrung des Lebens die Erklärungen der Vertragsschließenden häufig die erforderliche Bestimmtheit über den angestrebten Erfolg vermissen lassen und sich hieran Streitigkeiten

Verzicht zu
Gunsten
Mehrerer.
Vermuthung
gegen den
Verzicht zu
Gunsten der
Ascendenten
usw.

| §. 480. geknüpft haben. Dieser Uebelstand wird sich jedoch voraussichtlich künftig weniger fühlbar machen, da der Erbverzicht der Form der letztwilligen Verfügung unterliegt und zu erwarten steht, der verhandelnde Richter oder Notar werde in der Regel für die wünschenswerthe Klarstellung des Willens der Vertragsschließenden Sorge tragen. Wäre aber selbst die Vermuthung als gerechtfertigt anzuerkennen, so würde doch deren Aufnahme mit Rücksicht auf die allgemeine Fassung des § 2019 Abs. 2 bedenklich sein.

Bedingung zc. Daß der Erbverzicht unter Befügung einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgen kann (Roth § 360 Anm. 49), bedarf keiner besonderen Erwähnung. Der Entw. beruht auf der Auffassung, daß jedem Rechtsgeschäfte eine Bedingung oder Zeitbestimmung beigefügt werden kann, soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt oder die Natur des Rechtsgeschäftes von selbst entgegensteht (vgl. Mot. 1 §. 249, 3 §. 320 ff., 4 §. 42 und 43 und zum § 1760 §. 16). Zu bestimmen, welchen Vorschriften der bedingte oder betagte Erbverzicht unterliegt, ist nicht erforderlich.

Teilweiser Verzicht, entgeltlich oder unentgeltlich. Von selbst versteht es sich, daß ein Erbverzicht theilweise, entgeltlich oder unentgeltlich erfolgen kann. Würde auf die Möglichkeit hingewiesen, daß der Erbverzicht gegen Entgelt erfolgen kann (Roth § 360 Anm. 56, 57, 74), so könnte dies den Anschein hervorrufen, als sei der Erbverzicht und das nebenherlaufende, zum Theile unter besonderen Grundsätzen stehende Abfindungsgeschäft nicht genügend auseinander gehalten. Die Nichterwähnung des Abfindungsgeschäftes macht es ferner entbehrlich, Vorschriften darüber aufzunehmen, wie es mit der Gegenleistung sich verhält, wenn der Verzicht in Folge Todes des Verzichtenden vor dem Tode des Erblassers bedeutungslos wird (vgl. Beseler, ErbV. II. 2 §. 248, 249; Hofmann, Erf. X). In der Regel wird die Rückforderung aus dem Grunde der Bereicherung ausgeschlossen sein.

Entfernter Berufene als Verzichtende. Daß der Verzichtende nicht der zunächst Berufene sein muß, daß vielmehr auch mit einem entfernter Berufenen ein Erbverzichtvertrag geschlossen werden kann (Mommsern § 209 und Mot. §. 275), erhellt zur Genüge aus § 2019 Abs. 1.

§ 2023 (II 2214, B. 2323, R. 2322, G. 2349).

Wirkung für die Abkömmlinge. Die verschiedenen Auffassungen des geltenden Rechtes von der Wirkung des Erbverzichts für die Abkömmlinge des Verzichtenden sind bei Stobbe § 314 Nr. 5 S. 313 zusammengestellt (ferner Roth § 360 Anm. 69—73; ARN. II 2 § 358, Eccius § 265 Anm. 7, Dernburg § 181 Anm. 7—9; öst. GB. § 551, Unger § 30 Anm. 11; sächs. GB. § 2561, Mommsern §§ 212, 292 nebst Mot. §. 276—278; würt. Entw. 49, 50). Der Entw. beruht auf der wegen § 1972 keines besonderen Ausdrucks bedürftigen Auffassung, daß das gesetzliche Erbrecht sowie

| §. 481. das Pflichttheilsrecht der Abkömmlinge des Verzichtenden gegenüber dem Erblasser vom Verzicht unberührt bleiben. Bei der Erörterung der Frage, inwiefern der Erbverzicht für die Abkömmlinge des Verzichtenden maßgebend ist, scheidet der Fall aus, in welchem der Verzichtende als gesetzlicher Vertreter der Abkömmlinge zugleich in deren Namen den Verzicht mitgeteilt hat (vgl. §. 474). Abgesehen von diesem Falle, ist maßgebend die Folge des allgemeineren, dem Entw. zu Grunde liegenden Grundsatzes (§ 1972 und §§ 1965 ff.), daß das Erbrecht der Abkömmlinge kein abgeleitetes, sondern ein selbständiges ist. In Frage kann nur kommen, ob nicht an dieser Stelle der Grundsatz durch eine Ausnahme zu durchbrechen sei. Das Festhalten an jenem Grundsatz hat freilich bei dem Erbverzicht die Unzuträglichkeit zur Folge, daß der Zweck, welcher mit dem Abschluß eines Erbverzichtvertrages zwischen dem Erblasser und einem seiner Abkömmlinge in der Regel verfolgt wird, die Abfindung und Ausschließung des Abkömmlinges sowie seines ganzen Stammes, nicht mit Sicherheit erreicht werden kann. Dies ist offenbar der Grund, aus welchem in fast allen geltenden Rechten Vorschriften sich finden, durch welche die Abkömmlinge an den Erbverzicht des Elternteiles in mehr oder minder weitgehender Weise gebunden werden, selbst wenn den Rechten das sog. Repräsentationsprinzip fremd ist.

Der Entw. enthält im § 1398 Abs. 3 gleichfalls eine einschlagende Vorschrift für die fortgesetzte GB. Allein sie kann hier wegen ihres engen Zusammenhanges mit jenem eigenartigen Institute nicht zum Vorbilde dienen; sie greift überhaupt der zu treffenden Entscheidung nicht vor. Eine Abhilfe wäre, wie die geltenden Rechte zeigen, auf verschiedenen Wegen möglich. Als solche Wege kommen mit Rücksicht auf die sonstigen Vorschriften des Entw. folgende in Betracht: Es könnte bestimmt werden, daß, wenn aus dem Vertrage der Wille erhellt, auch das Erbrecht der Abkömmlinge solle ausgeschlossen werden, diese Abkömmlinge dann nicht zur Erbfolge gelangen, wenn der Verzichtende zur Zeit des Erbfalles noch lebt. Dafür läßt sich insbes. geltend machen, daß im vorausgesetzten Falle der Elternteil, auch wenn er nicht verzichtet hätte, die Abkömmlinge deshalb ausgeschlossen haben würde, weil er zur Zeit des Erbfalles noch vorhanden war. Allein eine solche Vorschrift würde sich, auf die zu beseitigende Unzuträglichkeit gesehen, nur als eine halbe Maßregel darstellen. Die Unzuträglichkeit tritt wieder hervor, sobald der Verzichtende vor dem Erblasser gestorben ist. Mit der Grundauffassung, daß das gesetzliche

Erbrecht der Abkömmlinge ein selbständiges ist, würde also gebrochen werden, ohne daß der praktische Zweck, auf welchen es ankommt, voll erreicht wird. — Ferner könnte bestimmt werden, es solle der Grundsatz des § 1972, daß der Wegfallende als vor dem Erbfall verstorben anzusehen ist, für den Fall des Verzichtes nicht gelten, sofern der Verzichtende zur Zeit des Erbfalls noch lebt. Dadurch würde erreicht, daß der Verzichtende im vorausgesetzten Falle durch sein Vorhandensein seine Abkömmlinge von selbst ausschließt. | Aber auch dieser Lösung würde der gleiche Einwand wie der zuerst in Betracht gezogene entgegenstehen, daß sie nur für den Fall, wenn der Verzichtende den Erblasser überlebt, Abhilfe schafft. — Dem gleichen Einwande würde die Vorschrift nicht ausgelegt sein, daß der Vertrag auch für die Abkömmlinge des Verzichtenden wirke, sofern nicht ein Anderes vereinbart sei. Darnach könnte der Verzichtende seine Abkömmlinge schlechthin binden. Zur Rechtfertigung ließe sich geltend machen, der Erbverzicht schließe eine antizipirte Erbfolge in sich. Es sei anzunehmen, der Verzichtende habe in der für den Verzicht gewährten Abfindung seinen Erbtheil empfangen und, falls eine Abfindung nicht gegeben sei, der Verzichtende habe erklärt, der Erbtheil solle als empfangen gelten. Allein damit würde thätächlich das gesetzliche Erbrecht und sogar das Pflichttheilsrecht der Abkömmlinge ausschließlich in die Hand des Elterntheiles gelegt. Damit würde nicht der im Repräsentationsprinzipie enthaltene berechnigte Gedanke verwirklicht werden, sondern der Entw. würde zum Repräsentationsprinzipie selbst sich bekennen und die Abkömmlinge vergewaltigen lassen. | S. 482.

Hiernach erscheint es richtiger, die Folgen des Grundsatzes, daß das gesetzliche Erbrecht der Abkömmlinge ein selbständiges ist, auch hier zu ziehen. Dies ist um so mehr zulässig, als der Erblasser auch ohne solche Vorkehrungen in der Regel erreichen kann, daß eine Behelligung seitens der Abkömmlinge des Verzichtenden nicht mehr eintritt. Nach § 2021 steht es dem Erblasser offen, im Verzichtvertrage zugleich den Abkömmlingen des Verzichtenden durch eine letztwillige Verfügung jedes Erbrecht zu entziehen. Machen die Abkömmlinge das Pflichttheilsrecht geltend, so müssen sie nach § 2023 die dem Verzichtenden gewährte Abfindung auf den Pflichttheil sich abrechnen lassen. Dadurch werden sie in den meisten Fällen befriedigt sein. Hat der Erblasser dem Verzichtenden keine Abfindung gewährt oder doch nur eine solche, welche hinter dem Betrage des Pflichttheiles der Abkömmlinge zurückbleibt, so ist es nur angemessen, daß die Abkömmlinge mit ihrem Pflichttheilsanspruche noch hervortreten können.

Der § 2023 bestimmt über die den Abkömmlingen des Verzichtenden obliegende Ausgleichungs- oder Abrechnungspflicht in Ansehung der für den Verzicht gewährten Gegenleistung. Die Ausgleichung oder Abrechnung erfolgt, unabhängig davon, ob die Gegenleistung vom Verzichtenden an dessen Abkömmlinge gelangt ist oder nicht, wie im Falle des § 1989 (vgl. dessen Abs. 4). Dasjenige, was als Abfindung für einen Erbverzicht auf einen Stamm entfällt, ist von diesem Stamme zur Ausgleichung zu bringen oder ihm abzurechnen. Der Kreis der Abkömmlinge, welche hierzu verpflichtet sein sollen, ist nicht nach Maßgabe der Grundsätze, welche für die Ausgleichung wegen des Vorempfangenen nach §§ 2157 ff. gelten, zu bestimmen. Dies verdeutlicht noch der Zusatz „gegenüber den Miterben“. Diese Regelung ist bevorzugt, da anzunehmen ist, daß der Erblasser, wenn er den Fall sich vergegenwärtigt hätte, voraussichtlich eine derartige Anordnung getroffen haben würde. Es erscheint in der That angemessen, daß nur einen Fall hervorzuheben, daß die Abkömmlinge des verzichtenden Elterntheiles die Abfindung dieses Elterntheiles sich anrechnen lassen müssen. Ausgleichung;
Abrechnung.

| Eine besondere Vorschrift für den Fall, daß derjenige, welcher nur auf seinen Pflichttheilsanspruch verzichtet hat, dann aber gleichwohl wegen des Eintrittes der gesetzlichen Erbfolge zu seinem ungeschmälernten Erbtheile gelangt, sich die Verzichtabfindung anrechnen lassen müsse, ist wegen der Seltenheit des Falles nicht erforderlich. Eine solche Vorschrift würde auch keineswegs unbedenklich sein, da es leicht möglich ist, daß der Grund, aus welchem die Abfindung gegeben wurde, nicht deshalb weggefallen ist, weil der Verzichtende nachträglich Erbe wurde. Die Abfindung kann zB. lediglich deshalb für den Verzicht auf das Pflichttheilsrecht gewährt sein, um zu verhindern, daß eine Schenkung an einen Dritten seitens des verzichtenden Pflichttheilsberechtigten gemäß §§ 2009 ff. entkräftet werden kann. | S. 483.

Der Schlusssatz des § 2023 trifft Vorfrage, daß auch in Ansehung der Abfindung für einen Erbverzicht die Vorschriften des § 2162 wegen der Zuwendungen seitens eines Ehegatten aus dem Gesamtgute der allgemeinen oder partikulären GG. oder aus dem Gesamtgute der fortgesetzten GG. zur entsprechenden Anwendung gelangen. Zuwendung
aus dem
Gesamtgute

§ 2024 (II 2217, B. 2326, R. 2325, O. 2352).

Wie S. 470 erwähnt, wird auch der vertragsmäßige Verzicht auf eine bindende vertragsmäßige Zuwendung oder Erbeinsetzung in Uebereinstimmung mit einigen geltenden Rechten ge- Verzicht auf
die vertrag-
mäßige Zu-
wendung von
Todeswegen.

stattet.*) Der Entw. enthält keine allgemeine Vorschrift über die Verzichtbarkeit der Rechte. In Ermangelung des § 2024 könnte daher sehr wohl in Frage gezogen werden, ob ein solcher Verzichtvertrag zulässig ist, namentlich mit Rücksicht auf den § 2033, nach welchem die Ausschlagung der angefallenen Erbschaft vor dem Beginne der Ausschlagungsfrist nicht zulässig ist, zumal der § 2033 nach § 1873 Abs. 3 auch für das Vermächtniß gilt, und nur in Ansehung des Pflichttheilsberechtigten nach § 2034 eine hier nicht in Betracht kommende Ausnahme erleidet.

Der Verzicht auf das in einem Erb- oder Vermächtnißvertrage Zugewendete muß aber vor dem Anfall zulässig sein. Dies widerspricht nicht dem Wesen und Zwecke eines solchen Vertrages und ist durch ein praktisches Bedürfnis geboten. Die Stellung des vertragsmäßig Bedachten ist derjenigen eines Pflichttheilsberechtigten verwandt (vgl. S. 329). Die Gründe, welche dazu nöthigen, diesem zu gestatten, vertragsmäßig bis auf den Pflichttheil zu verzichten (§ 2019), treffen hier gleichfalls zu. Ein Bedürfnis der Zulassung ergibt sich insbes. in den Fällen, in welchen die vertragsmäßige Zuwendung durch den Tod des anderen Vertragsschließenden unabänderlich geworden ist (§ 1957 Satz 2), während der Verfügende in Folge einer Aenderung der Verhältnisse ein dringendes Interesse daran haben kann, durch eine Verständigung mit dem hierzu bereiten Bedachten sich frei zu machen.

Ein solcher Verzichtvertrag wird angemessen den gleichen Grundsätzen wie der Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht oder Pflichttheilsrecht unterstellt. In gleicher Weise ist bereits in dem ähnlichen Falle des § 1393 für den Verzicht auf die Rechte an dem Gesamtgute der fortgesetzten GG. bestimmt worden; jedoch ist dort nur gerichtliche oder notarielle Form für den Vertrag vorgeschrieben. — Daraus, daß die Grundsätze vom Erbverzicht, streng genommen, nicht passen, wenn der Dritte nur mit einem Vermächtnisse bedacht ist, kann ein Bedenken nicht hergeleitet werden, da auch der Pflichttheilsberechtigte nach §§ 1975, 1976 ebenfalls einen nur ausnahmsweise entziehbaren Anspruch auf Hinterlassung eines gewissen Werthbetrages hat. Wird aber dem Dritten der Verzicht gestattet, so kann er dem bedachten anderen Vertragsschließenden nicht wohl versagt werden. Das Bedürfnis ist in Ansehung desselben freilich nicht das gleiche; denn die Aufhebung der Verfügung läßt sich im Wege einer Aenderung des Vertrages herbeiführen (§ 1957). Aber immerhin ist kein Anlaß vorhanden, den Weg des Verzichtes zu versagen, welcher wenigstens dann der einfachere ist, wenn ein einzelner nicht erheblicher Theil des Vertrages rückgängig gemacht werden soll.

Die entsprechende Anwendbarkeit der Vorschriften über den Erbverzicht, welcher das gesetzliche Erbrecht oder das Pflichttheilsrecht zum Gegenstande hat, auf den im § 2024 behandelten Verzichtvertrag ist nur in Ansehung des § 2020 Abs. 1 zu bestimmen (Satz 2). Die entsprechende Anwendung des § 2023 würde nicht zu angemessenen Ergebnissen führen, für die §§ 2021, 2022 fehlt es an einer Unterlage; für deren Anwendung besteht daher ein Bedürfnis nicht.

| §. 485.

16. Abschnitt: Rechtsstellung des Erben.

1. Titel: Erwerb der Erbschaft.

Geltung für
alle Delatationsgründe.

Der 6. Abschnitt enthält die Vorschriften, welche auf das „Erbesein“ sich beziehen und für jeden Erben gelten, mag das Erbrecht auf letztwilliger Verfügung, Vertrag oder Gesetz beruhen. Hierdurch wird erforderlich, daß sie in einem besonderen Abschnitte vereinigt werden. Eine Unterscheidung zwischen den Vorschriften, welche auf das „Erbwerden“ und denen, welche auf das „Erbgewordensein“ sich beziehen, ist weder notwendig noch zweckmäßig.

Erwerb kraft
des Gesetzes.

Der Entw. beruht auf der Grundauffassung, daß der Nachlaß als Ganzes mit dem Anfall auf den Berufenen kraft Gesetzes übergeht, jedoch vorbehaltlich des Rechtes der Ausschlagung. Das geltende Recht geht nur zum Theile von der gleichen Auffassung aus. Auf dem Boden des Entw. stehen das ALR. I 9 §§ 367–369, 382 (vgl. I 12 § 242, 485, 631), das hamb. Recht, das lüb. Recht und das lüb. G. v. 10. Febr. 1862 Art. 13, 20, 26, sowie der hess. Entw. 226 (vgl. Dernburg § 217; Cccius § 268; Baumeister II § 125; Pauli, Abh. III S. 131; Stobbe § 282). Für die (eigentlichen) gesetzlichen Erben und für die Universallegatäre (héritiers légitimes et institués), sofern den letzteren nicht sog. Vorbehaltserben gegenüberstehen, folgt der Codo 724 Abs. 1, 1006 demselben Grundsatz. In beschränktem Umfange, für heredes sui, hat auch das gemeine Recht diesen Grundsatz (Windscheid § 595; Brinz § 393; Roth § 363 IA); ihm folgen darin viele andere Rechte (Roth § 363 Anm. 42; für würt. Recht Stein § 103), noch neuerlich brem. Debit- und NachlaßD. v. 1843 und das oldenb. G. v. 1873 Art 1. Ob

*) Stobbe § 14 bei Anm. 10. Wegen des ALR., insbes. I 12 § 652, vgl. Cccius § 265 Anm. 9, Dernburg § 181 Anm. 2. Das bayer. LR. III 11 § 4 kennt sogar einen vertragsmäßigen Verzicht auf das testamentarische Erbrecht. Unger § 30 Anm. 7 bekämpft überhaupt die Zulassung eines solchen vertragsmäßigen Verzichtes.

und inwiefern das sächs. GB. wegen seines § 2265 ebendahin zu rechnen ist (Stobbe § 282 Anm. 2), kann hier auf sich beruhen. — | Dagegen geben dem als Erbe Berufenen nur ein Recht, anzutreten oder auszuschlagen, das gemeine Recht, soweit es sich nicht um sui handelt (Windscheid §§ 596 ff.; Brinz § 394; Roth § 363 I B), das öst. GB. §§ 547, 550, 533, 534, das sächs. GB. §§ 2009, 2010, 2250, 2549, das bayer. LR. III 1 § 8, sowie verschiedene Rechte beschränkten Geltungsgebietes (Roth § 363 Anm. 1, 43—45; Stobbe § 282 Anm. 7), ferner die thür. Erbgesetze, welche ausdrücklich die Unterscheidung zwischen sui und extranei heredes beseitigen, Mommsen §§ 9, 10 Abs. 1, §§ 219 ff., 244, vgl. § 197, endlich der Code in anderen als den oben bezeichneten Fällen. — Das Reichsgericht (Entsch. 7 S. 131) geht davon aus, der Grundsatz des Entw. sei nur dann anzuwenden, wenn er für das betr. Partikularrecht nachgewiesen ist.

Die praktischen Vorzüge des Systemes des LR. sind für überwiegend erachtet. Als solche sind besonders hervorzuheben die Einheit und die Einfachheit des Gesetzes. Fällt das Erforderniß eines Erbschaftes hinweg, so sind Vorschriften über die Voraussetzungen der Erwerbshandlung und über diese Handlung selbst für die Regel entbehrlich. Eine ruhende Erbschaft kommt nicht vor (Stobbe § 282 Anm. 9). Anfall und Erwerb werden der Zeit nach vereinigt, von gewissen Ausnahmefällen abgesehen. Der Erwerb der Erbschaft und des Vermächtnisses beruht im Wesentlichen auf den gleichen Grundsätzen. — Ferner kommt in Betracht die Rücksicht auf dasjenige, was in der Mehrzahl der Fälle thatsächlich geschieht. Erbschaften werden verhältnißmäßig selten ausgeschlagen. Daß im Behaltenmüssen einer Erbschaft, welche nicht ausgeschlagen wird, eine Art Zwang gegen den Erben liegt, empfindet das Volksbewußtsein kaum, mag dies auch dem Rechtsverständigen auffallend erscheinen. Gefährdet wird der Erbe insofern nicht, als ihm das Recht der Ausschlagung bleibt, und als die letztere nach 2042 Abs. 1 die Wirkung hat, daß der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt gilt. — Weiter spricht für den Grundsatz, daß er den Gläubigern und den Schuldnern des Erblassers eine bessere Lage verschafft. Den Gläubigern wird für die Regel nicht zugemuthet, die Berechtigung des Erben und den Antritt der Erbschaft seitens desselben nachzuweisen. Die Ausschlagung tritt in einer unzweideutigen Handlung zu Tage. Die Erklärung wird, falls die Absicht, auszuschlagen, vorhanden ist, um so eher abgegeben werden, als damit jede Belästigung seitens der Gläubiger entfällt, während, wenn eine Annahme verlangt wird, der Antrieß zur Verschleunigung der Erklärung fehlt. Den Schuldnern des Erblassers wird für die überwiegende Mehrzahl der Fälle ermöglicht, sich mit demjenigen einzulassen, welcher als Erbe nicht mehr ausgeschlagen kann, ohne daß sie auf den umständlichen Weg der Hinterlegung verwiesen sind. — Wird daneben in Betracht gezogen das große Geltungsgebiet des Erwerbes kraft Gesetzes und daß auf diesem über den Erwerb der Erbschaft kraft Gesetzes niemals Klagen erhoben worden sind, so möchten diese Gründe genügen.

| Verkannt wird dabei nicht, daß das Gesetz seine Zuflucht zu einer Fiktion nimmt und daß jede Fiktion des Gesetzes bedenklich erscheinen kann. Aber auch der entgegengesetzte Grundsatz kommt ohne Fiktion nicht aus. Eine Lücke zwischen der Herrschaft des Erblassers und der Herrschaft des Erben kann auch der Antrittserwerb nicht zulassen. Der letztere greift zu der Fiktion „heres a morte testatoris successisse intellegitur“ (Cavigny System Bd. 4 S. 1 ff.; Windscheid § 605; Roth § 368; Brinz § 397, 363 uA.). Mag nun auch die letztere Fiktion juristisch folgerichtiger sein als die für den Erwerb kraft Gesetzes erforderliche Fiktion, der Ausschlagende habe niemals erworben, so hat doch die letztere nur einen negativen Inhalt. Wenn eingewendet worden ist (Kanda, Erbschaftserwerb S. 15), auch bei dem Erwerbe kraft Gesetzes werde durch die Möglichkeit, die Erbschaft auszuschlagen, die Antrittung auf einem Umwege eingeführt und das sei unnatürlich, so kann diesem Einwande Gewicht nicht beigelegt werden. Schweigen ist gewiß keine Annahmeerklärung. Dagegen ist richtig, daß auch bei dem Erwerbe kraft Gesetzes dem Willen des Erben die ihm zukommende Bedeutung nicht entzogen wird. Die Willenserklärung ist aber nicht Voraussetzung des Erwerbes des Angefallenen, sondern Voraussetzung des Wegfalles des Erworbenen mit rückbezüglicher Wirkung. Hiernach handelt es sich mehr um eine Konstruktionsfrage. Für diese ist noch zu berücksichtigen, daß sich die im gemeinen Rechte anerkannte Transmissions des Erbschaftsrechtes, welche allerdings als Ausnahme hingestellt wird, aber soweit geht, daß für die Regel nicht viel übrig bleibt (Windscheid §§ 600, 601; Roth § 366) nur schwer mit dem Antrittserwerbe verbinden läßt (vgl. Suarez in v. Kampff' Jahrb. 41 S. 12). Das gemeine Recht erklärt demgemäß auch das Recht, anzutreten oder auszuschlagen, noch grundsätzlich für nicht übertragbar, ebenso das würt. Recht (Stein § 114). Das bayer. LR. folgt darin gleichfalls, aber es hat die Transmissionsfälle vermehrt (Roth § 366 Anm. 8, 17). Andere auf dem Antrittserwerbe beruhende Rechte erklären dagegen schon das bezeichnete Recht des Erben für ein schlechthin vererbliches (öst. GB. §§ 536, 537, 809; sächs. GB. § 2010, vgl. §§ 2265, 2267, 2290; Mommsen § 10 Abs. 2, § 232). Ob der Grundsatz des Entw. dem älteren deutschen Rechte entspricht (Stobbe § 281), kann dahingestellt bleiben, jedenfalls würde er darin nur für die gesetzliche Erbfolge eine Stütze finden, für den Erbvertrag vielleicht mit Hilfe sehr künstlicher Kon-

struktionen (Binding im civ. Arch. 57 S. 402, bes. S. 409, 410), aber keinesfalls für den Erwerb aus letztwilliger Verfügung. Nicht unerwähnt kann bleiben, daß sich der 13. Juristentag von 1876 trotz der entgegengesetzten Gutachten Mommsen's, Jung's und Kanda's (Verh. II S. 138—171, 415—421) und außerdem namhafte Juristen für den Grundsatz des Entw. ausgesprochen haben (vgl. bei Stobbe § 282 Anm. 3).

| § 488.

1. Anfall.
1. Regelfall.

| § 2025 (II 1819, B. 1920, R. 1918, G. 1942).

Der § 2025 bringt den S. 485 ff. erörterten wichtigen Grundsatz des Anfalles kraft Gesetzes zum Ausdruck und stellt ihn an die Spitze des Abschnittes. Die Worte „kraft des Gesetzes“ sind nicht zu entbehren; sie sind wesentlich, weil sie die Abweichung von einer Mehrzahl der Rechte klarstellen; sie finden sich auch im § 1867 Abs. 1. Die Fassung „welcher durch Verfügung des Erblassers von Todeswegen oder durch Gesetz als Erbe berufen ist“ ist gewählt, nicht die Fassung „welcher auf Grund . . . Erbe wird“. Die letztere Fassung erscheint deshalb naheliegend, weil bereits im § 1749 Abs. 1 der Begriff des Erben festgestellt ist und die §§ 1749, 1750 ergeben, daß auf den Erben das Vermögen des Erblassers als Ganzes oder zu einem Bruchtheile übergeht. Allein es verdient den Vorzug, die Vorschrift darüber, was unter dem Erwerbe kraft Gesetzes zu verstehen ist, unmittelbar und nicht unter Benutzung anderer technischer Ausdrücke zu geben. — In Ansehung des Falles, daß mehrere Erben vorhanden sind, bestimmt der § 1750. Die technische Bezeichnung „Anfall der Erbschaft“ für den vorläufigen Erwerb der Erbschaft, welcher durch Ausschlagung noch rückgängig gemacht werden kann, entspricht der für das Vermächtniß im § 1867 Abs. 1 gegebenen technischen Bezeichnung „Anfall des Vermächtnisses“. Diesen Ausdruck einzufügen, ist hier der geeignete Ort. — Nach dem Sprachgebrauche des Entw. fällt die Erbschaft an; wer, vorbehaltlich des Rechtes der Ausschlagung, erwirbt, ist „berufen“. Dies ergibt sich aus dem Entw. selbst, ohne daß es erforderlich wäre, das Wort „Berufung“ zu einem technischen zu machen.

Verdeutlichend wird hinzugefügt (vgl. § 1749 Abs. 1), daß die Erbschaft mit dem Erballe anfängt (Abs. 2). Diese Regel erleidet Ausnahmen; darauf weisen die Worte hin „soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt“. Die Regel des Abs. 1 ist dagegen eine absolute.

§ 2026 (II 1800, 1981, B. 1901, 2085, R. 1899, 2083, G. 1923, 2108).

2. Anfall an
einen
nasciturus.

In Ansehung des Erbfalles ist, in Uebereinstimmung mit fast allen geltenden Rechten (vgl. Windscheid §§ 52, 535 Anm. 5; Roth § 296 Anm. 40, 41; WM. I 9 §§ 371 ff., I 12 § 527; Code 725, 906; sächs. GB. § 2008; thür. Erbgesetze; für öst. GB. Unger § 5 bei Anm. 1; Mommsen § 8 Abs. 2; heff. Entw. 5), der Satz zum Ausdruck zu bringen „nasciturus pro iam nato habetur“ (vgl. Mot. 1 S. 29). Diese Vorschrift (Abs. 1) ist nicht wegen des § 1758 Abs. 1 und des § 1964 Abs. 2 entbehrlich; die bezeichneten Vorschriften betreffen nur die Einsetzungsfähigkeit und die gesetzliche Erbberechtigung des nasciturus. Hier handelt es sich hingegen um die Wirkung, den Anfall. — Der Anfall erfolgt zwar erst mit der Geburt, die Wirkung des Anfalles wird jedoch zurückbezogen, „gilt als schon vor dem Erballe geboren“. Uebrigens ist es mehr eine theoretische und Konstruktionsfrage, ob dies oder umgekehrt anzunehmen ist, daß dem nasciturus schon bei dem Eintritte des Erbfalles wirklich anfalle.

| § 489.

Ruhende
Erbschaft.

Die rechtliche Berücksichtigung der besonderen tatsächlichen Sachlage (ruhende Erbschaft oder nicht; vgl. Windscheid § 528 Anm. 7, § 531; Roth § 393; Eccius § 242 Anm. 22; Dernburg § 630 Anm. 18; Code 725, 906, 811—814; sächs. GB. §§ 2246—2249; Unger § 7; Mommsen §§ 214—218; heff. Entw. 305—308) ist durch Anordnung einer Nachlasspflegschaft für diesen Fall (§ 2058) erfolgt. Eine Entscheidung dahin, daß, wenn die Ungewißheit gehoben ist, der Erbe so angesehen wird, als habe eine Ungewißheit in Ansehung des Anfalles nie bestanden, ist entbehrlich. Ueber den Beginn der Ausschlagungsfrist in solchem Falle bestimmt der § 2030.

Nacherbbschaft.

Mit Rücksicht auf § 1758 Abs. 2 ist es erforderlich, zu verdeutlichen, daß der Abs. 1 auf die Nacherbbsfolge mit der Maßgabe entsprechende Anwendung findet, daß an die Stelle des Erbfalles der Fall der Nacherbbsfolge tritt (Abs. 2). Wegen der zeitlichen Begrenzung vgl. §§ 1812, 1813.

§ 2027 (II 1840, 2014, B. 1941, 2117, R. 1939, 2115, G. 1963, 2141).

3. Unterhalts-
anspruch der
Mutter eines
nasciturus.

Daß der mit einem erbberechtigten nasciturus Schwangeren ein subsidiärer Unterhaltsanspruch gewährt wird, ist positiv, aber im sozialen Interesse und aus Rücksichten der Humanität geboten. Ähnliche Vorschriften finden sich in fast allen geltenden Rechten (Windscheid § 618 Anm. 8; bayer. WM. I 4 § 10 Nr. 3, 4, und Kreittmayr zu III 1 § 12; Roth § 396 Anm. 43; WM. I 9 §§ 377, 381; sächs. GB. § 2345; Mommsen § 278; heff. Entw. 6 Abs. 2; uA.). Das Kind soll in der Mutter geschützt werden, indem für diese gesorgt wird. Ein Grund zur Fürsorge liegt jedoch nur dann vor, wenn die Mutter ihren standesgemäßen Unterhalt nicht schon an sich zu bestreiten vermag (abweichend für das WM. Eccius § 267 Anm. 25). In dieser Hinsicht mit dem sächs. GB. § 2345 (Mommsen § 278) und dem heff. Entw. 6 einen Unterschied zu machen, je nachdem die Schwangere die Wittve des Erblassers ist oder nicht, und nur für den

letzteren Fall das Erforderniß der Bedürftigkeit aufzustellen, würde der inneren Rechtfertigung entbehren. — In Ansehung der Voraussetzungen der Bedürftigkeit verweist der Abs. 2 auf § 1481; dies führt zu einem befriedigenden Ergebnisse. Hervorgehoben ist, daß standesmäßiger Unterhalt zu gewähren sei, weil der § 1488 nur die gesetzliche Unterhaltspflicht i. e. S. behandelt.

Mit Rücksicht auf den § 1482 ist auszusprechen, daß der Unterhalt nicht ausschließlich aus den Nutzungen (sächs. GB. § 2543; Mommsen § 278), sondern, wenn nöthig, aus der Substanz des Nachlasses, und, wenn das zu erwartende Kind oder die mehreren zu erwartenden Kinder nur als Miterben in Betracht kommen, aus den Nutzungen und der Substanz des Erbtheiles, an welchem diese theilhaftig sind, zu gewähren ist. Die Fassung bringt dies zum Ausdruck.

Entnahme aus den Nutzungen und der Substanz.

Ist der nasciturus nur Miterbe, so kann ein doppelter Fall vorliegen; einmal der Fall, daß der nasciturus einen Bruchtheil allein erben wird, | z. B. der Erblasser hinterläßt mehrere Kinder und eines vorverstorbenen Sohnes bisher kinderlose, aber schwangere Wittve; dann aber auch der Fall, daß der nasciturus einen Bruchtheil nicht allein erben wird, z. B. wenn im ersterwähnten Falle die schwangere Wittve bereits andere Kinder hat. In beiden Fällen muß, weil es ungewiß ist, wie viele Kinder werden geboren werden, die Aufhebung der Gemeinschaft ausgesetzt bleiben, soweit die Ungewißheit der Erbtheile entgegensteht (vgl. § 2154). Im ersteren Falle kann bereits die Gemeinschaft aufgehoben werden; werden demnächst mehrere Kinder geboren, so ist nur noch die Aufhebung der Gemeinschaft des wegen der Schwangerschaft vorbehaltenen Theiles erforderlich. Im zweiten Falle kann in Ansehung des auf den Stamm des verstorbenen Sohnes fallenden Theiles die Gemeinschaft noch nicht aufgehoben werden; der nasciturus oder die nascituri verkleinern lediglich den Antheil der Kinder des vorverstorbenen Sohnes; die endgültige Aufhebung der Gemeinschaft in Ansehung dieses Theiles muß wegen der Ungewißheit, ob ein Kind oder mehrere Kinder geboren werden, ausgesetzt bleiben. Der Unterhalt wird der Wittve aus demjenigen gewährt, in Ansehung dessen die Aufhebung der Gemeinschaft noch nicht erfolgen kann. Der positiven Vorschrift des röm. Rechtes zu folgen, daß wegen der Schwangerschaft 3 Theile zu reserviren seien, würde bedenklich und jedenfalls unpraktisch sein, obschon noch das sächs. GB. §§ 2293, 2344 (Mommsen §§ 277, 280 Abs. 2, 302) diese Vorschrift zum Vorbilde nimmt (vgl. zum § 2154). — Der unbestimmte Artikel „eine erberechtigte Person“ trägt der Möglichkeit Rechnung, daß mehrere Kinder geboren werden.

§. 490.

Ueber die etwaige Rückersatzpflicht der Schwangeren (Windscheid § 618 Anm. 9—12; Roth § 396 Anm. 44; ALR. I 9 § 377, Dernburg § 217 Anm. 10) bedarf es einer besonderen Vorschrift nicht. Die Ersatzpflicht im Falle der betrügerischen Vorpiegelung einer Schwangerschaft ergiebt sich aus allgemeinen Grundsätzen. Aus der Fassung der Vorschrift erhellt die Ersatzpflicht für den Fall, daß der nasciturus aus einer Zeugung herrührt, welche ihn von der Erbberechtigung ausschließt. Daß der Ersatz des gewährten Unterhaltes nicht deshalb gefordert werden kann, weil der nasciturus nicht lebend zur Welt kommt, erscheint selbstverständlich. Zweifelhaft könnte nur der Fall sein, in welchem die Schwangerschaft irrtümlich angenommen ist. Der Fall ist so selten und es handelt sich, wenn der Fall vorkommen sollte, um einen so kurzen Zeitraum, während dessen Unterhalt gewährt ist, daß kein Anlaß besteht, von den allgemeinen Grundsätzen abzuweichen. Es wird lediglich eine auf die Bereicherung beschränkte Kondition nach Maßgabe der §§ 737 ff. in Frage kommen.

Rückersatzpflicht.

Die *missio in possessionem ventris nomine* (Windscheid § 618; Brinz § 395 I 2; Roth § 396 III) haben alle neueren Gesetzgebungen aufgegeben; Mommsen allein hat sie (§ 324; Mot. S. 352, 353) aufgenommen. Ein Bedürfniß für dies Institut kann gegenüber der Regelung in den §§ 2027, 2058 nicht anerkannt werden. — | Ebenjowenig besteht noch ein Bedürfniß in Ansehung der *missio ex edicto Carboniano* (Windscheid § 619; Roth § 396 IV). Ein besonderer Schutz für den geschlechtsunreifen Descendenten, welchem *quaestio status et filiationis* gemacht ist, ist nicht erforderlich, auch in keiner neueren Gesetzgebung, vom bayer. LR. III 1 §§ 13 ff. abgesehen, für nothwendig erachtet. — Auf Grund des S. C. Plancianum, welches der sich schwanger fühlenden Ehefrau trotz der Nichtanerkennung des Kindes Unterhaltsansprüche beilegt (Windscheid § 520 Anm. 5), sind besondere Vorschriften nicht erforderlich, wie solche sich denn auch in keinem der neueren Rechte finden (vgl. Siebenhaar zu § 1775 des sächs. GB.). Die Vorschriften des ALR. II 2 §§ 41—48 bezwecken nur die Sicherung des Mannes gegen Unterziehung eines Kindes und gegen Entziehung seines Kindes.

Missio ventris nomine.

§. 491. Ex ed. Cart

S. C. Plancianum.

Eine Vermuthung, welche von mehreren Personen die andere überlebte, wenn mehrere gleichzeitig umgekommen sind, stellt das gemeine Recht auf, mit Beschränkung auf den Fall, daß Eltern und Kinder gleichzeitig umgekommen sind (Windscheid § 53 Anm. 5, 6; Roth § 296 Anm. 8). Der Code 720—722 hat eine Reihe von Vermuthungen in Ansehung des Ueberlebens aufgestellt. Das ALR. hat von solchen Vermuthungen abgesehen (I 1 § 39, 12 § 461, vgl. Dernburg I § 41 Anm. 13; Eccius § 19 Anm. 24), ebenso das sächs. GB. § 2007, die thüring. Erbgesetze, das öst. GB. § 25, der hess. Entw. 7 und Mommsen § 7 Abs. 2 (dessen

Vermuthung des Ueberlebens für gleichzeitig umgekommene

Mot. S. 136, 137). Die zuletzt bezeichneten Rechte stellen andererseits die Vermuthung auf, daß der Tod alle gleichzeitig betroffen habe. Allein eine Vermuthung ist überhaupt entbehrlich. Wenn auch anzuerkennen ist, daß ein derartiges gemeinsames Unkommen in der neueren Zeit noch häufiger vorkommt, als in den Zeiten geringeren Verkehrs, insbes. bei der Auswanderung ganzer Familien, bei dem Untergange von Schiffen, bei dem Zusammenstoße von Eisenbahnzügen, bei Theaterbränden u. dgl., so läßt sich doch eine Vermuthung, ohne zur Willkür zu greifen, nicht aufstellen. Da auch im Allg. Theile Vorschriften für den Fall des Todes bei einer gemeinsamen Gefahr nicht gegeben sind (Mot. 1 S. 32), so würde mit einer Vermuthung des gleichzeitigen Todes der mehreren Personen nichts gewonnen sein. Mit Hilfe der allgemeinen Beweisgrundsätze und insbes. des § 4 wird im Wesentlichen das gleiche Ergebnis wie nach jenen Rechten sich herausstellen.

§ 2028 (II 1829, B. 1930, R. 1928, G. 1952).

II. Aus-
schlagung.

| S. 492.

Uebergang
des Aus-
schlagungs-
rechtes.

Zu bestimmen, daß die angefallene Erbschaft ausgeschlagen werden kann (Abs. 1), möchte entbehrlich erscheinen; allein der § 2025 setzt eine solche Vorschrift nur voraus; sie wird daher durch den § 2025 nicht überflüssig (vgl. heß. Entw. 226 Abs. 2). Das Ausschlagungsrecht ist nicht ein höchstpersönliches Recht des Erben, vielmehr kann dieses Recht, wenn der Erbe stirbt, so lange er das Recht noch | auszuüben befugt ist, auch vom Erben des Erben ausgeübt werden (Abs. 2). Vorausgesetzt wird damit die erst in §§ 2030 ff. behandelte Möglichkeit des Verlustes des Ausschlagungsrechtes. Dieser Umstand nöthigt nicht, die Vorschrift an eine andere Stelle zu versetzen; denn, daß ein Recht zu bestehen aufhört, ist schon an sich nicht ausgeschlossen. Dagegen bedarf es nicht der besonderen Hervorhebung, daß die Erbschaft auf den Erben des Erben übergeht, wenn der Erbe stirbt, während ihm die Ausschlagung noch offen steht. Der Uebergang der Erbschaft auf den Erben des Erben ist eine notwendige Folge des dem § 2025 verb. mit § 1749 zu Grunde liegenden Grundsatzes. Wenn das Vermögen des Erblassers kraft Gesetzes auf den Erben übergeht, vorbehaltlich des Ausschlagungsrechtes, so versteht es sich von selbst, daß der Erbe dieses von ihm, wenn auch zunächst nur provisorisch, erworbene Vermögen weiter vererbt. Zwar spricht das *WR.* I 9 § 370 verb. mit § 368, den bezeichneten Grundsatz aus, obgleich auch das *WR.* in der Hauptsache auf dem gleichen Boden wie der Entw. steht. Allein durch Aufnahme einer solchen Vorschrift könnte die Tragweite des § 2025 leicht eine Verdunkelung erfahren. — Zu besorgen ist nicht, es werde aus der provisorischen Natur des Erwerbes der Erbschaft, verbunden mit rückwirkenden Kraft der Ausschlagung, abgeleitet werden, die Rechtsstellung des Erben sei in gleicher Weise eine höchstpersönliche wie bei der zu einer solchen Stellung des Erben führenden Theorie des Erwerbes durch Antretung. Jedenfalls ist kein Zweifel in dieser Richtung möglich, nachdem bestimmt ist, daß das Ausschlagungsrecht auf den Erben des Erben übergeht.

Sachlich stimmt hiermit auch das gemeine Recht für den Erbschaftserwerb durch *sui* überein (Windscheid § 595 Anm. 14). Im Uebrigen nimmt das gemeine Recht an, der Anfall sei höchstpersönlicher Natur; die Regel wird aber durch die weitgreifenden Transmissionsgrundsätze durchbrochen (Windscheid §§ 600, 601; Roth § 366).

An-
wachsungs-
recht.

| S. 493.

Darüber, wie es sich mit dem Anwachsungsrechte gegenüber Erben des Berufenen verhält, enthält sich der Entw. einer Vorschrift. Was in dieser Hinsicht bestimmt werden könnte, nämlich daß die Vorschriften über Anwachsung auch dem Erben des Berufenen zu Statten kommen, ist eine Folge der §§ 1972, 2042 Abs. 1, § 2048. Die Aufnahme einer Entscheidung könnte das Mißverständnis zur Folge haben, es habe etwas Besonderes bestimmt werden sollen. — Mit dem öst. *GB.* § 809 den Fall vorzusehen, daß der Erblasser eine Person zum Erben eingesetzt, zugleich aber angeordnet hat, diese Person solle nicht mehr Erbe sein, wenn sie zwar nach ihm, aber vor dem definitiven Erwerbe der Erbschaft sterbe, würde nicht angemessen sein. Wird einer derartigen Anordnung die Deutung gegeben, daß der Erblasser an die Stelle des Erwerbes der Erbschaft kraft des Gesetzes den Antretungserwerb habe setzen wollen, so könnte die Vorschrift den Gedanken erwecken, es sei dem Erblasser | gestattet, den Grundsatz des Erwerbes kraft Gesetzes durch seinen Willen zu ändern. Dies steht jedoch nicht in seiner Macht; insoweit ist die Vorschrift des § 2025 zwingendes Recht. Der Anordnung läßt sich aber auch der Sinn beilegen, der Erbe habe unter der auflösenden Bedingung eingesetzt sein sollen, daß er vor Annahme der Erbschaft sterbe. In solchem Falle würde der Erbe nur Vorerbe sein. Alsdann kann bezweckt sein, es solle bei den allgemeinen Grundsätzen für bedingte Erbeinsetzung verbleiben, oder aber, es solle das Besondere hinzutreten, daß, wenn die Bedingung erfüllt ist, auch die Früchte der Zwischenzeit herauszugeben seien. Es fehlt an genügendem Anlasse, mit einer positiven Vorschrift einzugreifen, zumal letztwillige Verfügungen dieses Inhaltes voraussichtlich sehr selten vorkommen werden. Zu ermitteln, welche Bedeutung der Anordnung nach dem Willen des Erblassers zukommen soll, bleibt besser der Prüfung des Einzelfalles überlassen.

Die Auffassung, daß mehrere Erben des Erben nur gemeinsam ausschlagen können, lehnt ^{Ausschlagung seitens eines der mehreren Erbeserben.} der Abs. 3 ab. Nach den allgemeinen Grundsätzen kann es zweifelhaft sein, ob, wenn der Erbe, während ihm das Ausschlagungsrecht zusteht, mit Hinterlassung mehrerer Erben stirbt, jeder dieser Erbeserben das Ausschlagungsrecht selbständig in Ansehung des seinem Erbtheile entsprechenden Theiles der provisorisch erworbenen Erbschaft habe. Insbes. läßt sich die Ansicht aufstellen, die Erben des Erben könnten das Ausschlagungsrecht nur gemeinsam in Ansehung der ganzen provisorisch erworbenen Erbschaft ausüben, wie auch nach § 2036 die Ausschlagung nicht auf einen Theil der Erbschaft beschränkt werden kann. So bestimmt in der That der Code 782 und so bestimmt der Entw. im § 433 in Ansehung der Ausübung des Rücktrittsrechtes von dem Vertrage. Wäre diese Auffassung auch für den Erbschaftserwerb theoretisch richtig, was dahingestellt bleiben kann, so entspricht es doch unverkennbar der Billigkeit und den Verkehrsbedürfnissen ungleich mehr, jedem Erben für den auf ihn fallenden Theil ein selbständiges Ausschlagungsrecht zu geben. Können die Erben das Ausschlagungsrecht nur gemeinsam und einheitlich ausüben, so genügt der Widerspruch eines einzigen vielleicht nur gering betheiligten Erben, um die Ausschlagung der überlasteten Erbschaft zu verhindern. Wenn nun auch das Inventarrecht den Erben einen Schutz gegen die Haftung mit dem eigenen Vermögen bietet, so ist es doch schon in hohem Grade lästig, in die Stellung eines Inventarerben gedrängt zu werden. Verwickelungen sind daraus, daß von den mehreren Erben des Erben der eine seinen Theil annimmt, der andere seinen Theil ausschlägt, nicht zu befürchten. Die Lösung der Frage, wem der Theil des Ausschlagenden zufällt, ergibt sich aus der Rückbeziehung der Ausschlagung (§ 2042 Abs. 1). Ein Bedenken in Ansehung der Gläubiger des Erblassers der Erben besteht nicht. Da die Gläubiger sich gefallen lassen müßten, daß die Erben insgesamt die Erbschaft ausschlagen, so gewährt ihnen der Umstand, daß einer der Erben jene Erbschaft annimmt, nur den Vortheil, daß für die Haftung des einen Erben dasjenige, was dieser aus der Erbschaft erhalten hat, umfänglich sich erweitert. Soweit die Anfechtung der Ausschlagung ihrerseits etwa zulässig ist, weil die | provisorisch erworbene Erb- | §. 494. schaft für die Befriedigung ihrer Ansprüche gleichfalls haftet, bleibt die Anfechtung zulässig.

Möglich ist auch, daß der vor Ablauf der Ausschlagungsfrist verstorbene Erbe ^{Vorerben und Nacherben} Vorerben und Nacherben eingeseht hat, und daß die provisorisch erworbene Erbschaft als Theil des Nachlasses an den Vorerben gelangt. Die Frage läßt sich aufwerfen, ob nicht dem Vorerben die Befugniß beizulegen sei, mit Wirkung für den Nacherben die Erbschaft auszuschlagen. Die Auffassung kann vertreten werden, der Vorerbe sei hierzu ohne eine besondere Vorschrift nicht befugt; denn gegenüber dem Grundsatz des Erwerbes kraft Gesetzes stelle sich, wenigstens formal, die Ausschlagung als Verfügung über einen der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstand im Sinne des § 1828 dar; eine seitens des Vorerben ohne Zuziehung des Nacherben bewirkte Ausschlagung werde daher im Falle der Nacherbfolge gemäß § 1828 als unwirksam zu behandeln sein. Ob eine solche Gestaltung im Interesse des Nacherben geboten und also sachlich richtig ist, oder ob sie als innerlich nicht gerechtfertigt und den Verkehrsbedürfnissen nicht entsprechend zu erachten ist, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls erscheint der Fall nicht dazu angethan, zum Gegenstande einer besonderen gesetzlichen Entscheidung gemacht zu werden. Ein solcher Fall kommt nur ausnahmsweise vor. Schlägt im bezeichneten Falle der Vorerbe aus, so wird die Sachlage fast immer eine solche sein, daß die Ausschlagung im Interesse des Vorerben ebensowohl als in dem des Nacherben liegt, so daß der Nacherbe nicht veranlaßt sein wird, sich dagegen aufzulehnen, auch wenn er dazu befugt sein sollte. Ueberdies handelt es sich im vorausgesetzten Falle um eine der zahlreichen rechtswissenschaftlichen Fragen, zu welchen das Institut der Vorerbserbschaft Anlaß bietet. Die Beantwortung dieser Frage der Praxis und Wissenschaft zu entziehen und durch eine positive Vorschrift einzugreifen, ist im Interesse der Rechtssicherheit nicht geboten.

§ 2029 (II 1820, B. 1921, R. 1919, G. 1943).

Die Vorschrift bringt den terminologischen Begriff „Annahme der Erbschaft“. Unter den- 2. Annahme. selben fällt die Versäumung der in den §§ 2030 ff. geregelten Ausschlagungsfrist. Ferner wird bestimmt, daß das Recht, die Erbschaft auszuschlagen, auch durch die ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung, Erbe sein zu wollen, erlischt. Dadurch wird festgestellt, wie der mit dem Anfall eintretende provisorische Erwerb der Erbschaft zu einem definitiven wird. Daß diese Umwandlung sich vollzieht durch die ausdrückliche Erklärung, Erbe sein zu wollen, sowie durch die Versäumung der Ausschlagungsfrist, kann nicht zweifelhaft sein (Windscheid § 599 Anm. 3, § 598 Anm. 7: vom Richter gesetzte Abtretungsfrist; *WM.* I 9 § 412, wegen der Worte „zum Nachtheile eines Dritten“ vgl. *Ecclus* § 269 Anm. 56; *Code* 778, 783, vgl. 802; *sächs. GB.* §§ 2251, 2257; *Mommsen* § 221, *heft. Entw.* 259).

Dagegen kann bezweifelt werden, ob die Erklärung des Erben, Erbe sein zu wollen, auch ^{Pro herede gestio.} | §. 495. stillschweigend, durch schlüssige Handlungen, abgegeben | werden kann. Das Institut der *pro herede gestio* läßt sich unter den Gesichtspunkt bringen, daß der Erbe, welcher sich in die Erbschaft

einmische, gewissermaßen zur Strafe die Ausschlagungsbefugniß verlieren soll (vgl. Code 792; hess. Entw. 352). Allein eine solche Auffassung des Institutes entspricht weder der geschichtlichen Entwicklung noch dem geltenden Rechte. Die angerufenen Stellen betreffen auch nur das Verheimlichen von Nachlaßgegenständen (*diverti ou recelé*), nicht eigentlich die *pro herede gestio*. Die Auffassung kann daher außer Betracht bleiben.

Bedenken
gegen,

Gegen die Zulassung des Verzichtes auf das Ausschlagungsrecht durch stillschweigende Willenserklärungen — und um einen solchen Verzicht handelt es sich in Wirklichkeit nach der Auffassung des Entw. bei dieser Annahme der Erbschaft — lassen sich erhebliche Bedenken geltend machen. Jeder stillschweigenden Willenserklärung haftet etwas Unsicheres an; dies gilt hier in erhöhtem Maße. Der Schluß aus einer Handlung des Erben auf den Willen, Erbe zu sein, kann um so leichter trügen und von dem Einen so, vom Andern anders gezogen werden, als es sich zugleich darum handelt, festzustellen, ob nur eine fürsorgliche Verfügung vorliegt. Das Institut hat auch in der Praxis zu Unzuträglichkeiten geführt, zumal dann, wenn erst nach Verlauf einer längeren Zeit darauf zurückgegriffen worden ist von Gläubigern, welche zunächst mit ihren Ansprüchen nicht hervorgetreten sind. Dazu kommt, daß es nahe liegt, schon bei der Wichtigkeit des Verzichtes auf das Ausschlagungsrecht, eine unzweideutige Kundgebung zu fordern, um so mehr, als der Verzicht dinglich (in rem) wirkt und seine Bedeutung sich auf eine nicht-geschlossene Zahl von Beteiligten erstreckt. Weiter mindert sich das praktische Bedürfnis für die Zulassung des Institutes gegenüber der kurzen Frist, welche der § 2030 für die regelmäßigen Fälle festsetzt. — Als ein Uebelstand des Institutes muß ferner bezeichnet werden, daß seine Zulassung unter Umständen die Folge haben kann, daß ein vom Nachlaßgerichte ertheilter Erbschein sich als unrichtig herausstellt. Dies tritt insbes. ein, wenn der Erbe die Ausschlagung erklärt hat und in Folge dessen dem nächstberufenen Erben ein Erbschein ausgestellt worden ist, später aber sich ergibt, daß der erstberufene Erbe nicht mehr ausgeschlagen konnte, weil er im Wege der *pro herede gestio* bereits das Ausschlagungsrecht verloren hatte. Endlich ist die Zulassung des Institutes nicht unbedenklich gegenüber der im § 2032 bestimmten Formalisirung der Ausschlagungserklärung.

Gründe für
die Aufnahme
des
Institutes.

§. 496.

Allein die *pro herede gestio* ist ein von allen geltenden Rechten zugelassenes Institut (Windscheid § 596 Anm. 7; Roth § 363 Anm. 8—11; MN. I 9 § 420; Code 778—780; sächs. GB. §§ 2252, 2253; Mommsen § 21; hess. Entw. 230—232, u. A.); einige Rechte zählen diejenigen Handlungen auf, bei deren Vornahme eine Annahme der Erbschaft angenommen oder nicht angenommen werden soll. Daraus geht schon hervor, daß den vorerwähnten Unzuträglichkeiten gewichtige Gründe für die Zulassung des Institutes gegenüberstehen. Wenn im Gebiete des MN. besonders | mißliche Erfahrungen in dieser Hinsicht gemacht worden sind, so dürfte dies damit im Zusammenhange stehen, daß nach dem MN. (I 9 §§ 424—427) die Frist zur Erhaltung der Inventarwohlthat eine gesetzliche ist. Da in Folge dessen der Erbe, welcher die Frist unbenutzt verstreichen läßt, vollhafter Erbe wird, so ergibt sich der Anreiz für die Gläubiger, welche aus der Erbschaft nicht oder nur unvollkommene Befriedigung erlangt haben würden, nachträglich mit der Behauptung aufzutreten, der Erbe habe sich in die Erbschaft eingemischt, um so vom Erben selbst aus dessen Vermögen volle Befriedigung zu erlangen. Nach dem Entw. ist dagegen die Inventarfrist dem Erben nur auf Antrag eines Gläubigers vom Nachlaßgerichte zu setzen (§ 2095). Damit entfällt dieser Anreiz von selbst. Das Bedenken in Ansehung des Erbscheines erledigt sich zum großen Theile durch die §§ 2076, 2077, wenigstens soweit dadurch Dritte, welche auf die Richtigkeit des Erbscheines sich verlassen haben, gefährdet werden möchten. Die Formalisirung des ausdrücklichen Verzichtes auf das Ausschlagungsrecht nöthigt nicht dazu, das Institut aufzugeben. Darauf wird zum § 2032 einzugehen sein. — Für die Zulassung des Institutes spricht noch vorzugsweise Folgendes: An sich widerspricht es dem Rechtsgeföhle, daß ein Erbe, welcher mit der angefallenen Erbschaft nach Willkür geschaltet und gewaltet hat, die Erbschaft soll nachträglich ausschlagen und damit bewirken können, daß er so zu behandeln ist, als sei er nie Erbe geworden (§ 2042 Abs. 1). Anstößig erscheint ferner die Folge, welche sich an die Zulassung einer späteren Ausschlagung anknüpfen würde, daß die vom Erben in der Zwischenzeit über Erbschaftsgegenstände getroffenen Verfügungen als unberechtigte sich darstellen müßten. In dieser Hinsicht würden, insbes. zum Schutze der an den Erben leistenden Erbschaftsschuldner, besondere Vorschriften gegeben werden müssen. Die mit dem Erben in Verkehr tretenden Dritten und die Erbschaftsschuldner darauf zu verweisen, daß es ihre Aufgabe sei, die Vorlegung eines Erbscheines zu verlangen und sich dadurch die in den §§ 2076, 2077 bezeichnete Sicherheit zu verschaffen, könnte nicht genügen. Denn im Leben pflegen die Betheiligten auch da, wo das Institut des Erbscheines bereits besteht, sich zumeist damit zu begnügen, daß der berufene Erbe als Erbe handelt und der Entw. wird kaum ein anderes Ergebnis durch die Aufnahme des Institutes des Erbscheines erreichen, zumal ein Erbschein, wie nach den meisten geltenden Rechten, gemäß § 2068 regelmäßig nur einem gesetzlichen Erben ausgestellt wird. Ganz besonders aber ist die Verbeibaltung

der pro herede gestio im Interesse der Nachlaßgläubiger erforderlich. Diesen kann nicht wohl zugemuthet werden, mit der Geltendmachung ihrer Ansprüche bis nach dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist zu warten (§ 2057), wenn der Erbe nicht mehr delibertir, sondern in Wirklichkeit bereits angenommen hat. Von nicht geringerem Gewichte ist, daß die Gläubiger sich den haftenden Erben erst suchen sollen, wenn der Erbe, obgleich er thatsächlich verfügt und vielleicht die Erbschaftsgegenstände verschleudert hat, ausschlägt, und in einem solchen Falle nicht selten nur an den an letzter Stelle stehenden Fiskus, welcher nicht ausschlagen kann, verwiesen sein würden. Zwar hat der an die Stelle des Ausschlagenden tretende Erbe | gegen diesen Ausschlagenden einen Erbschaftsanspruch wegen seines unberechtigten Verhaltens, und diesen Anspruch könnten sich die Gläubiger überweisen lassen. Allein der Regel nach bietet ein solcher Anspruch nicht entfernt die Sicherheit, welche die Gläubiger gehabt haben würden, wenn sie sofort gegen den ersten als Erben Verufenen hätten vorgehen können. Endlich ist auch die Lage des schließlich eintretenden Erben, insbef. des Fiskus, im bezeichneten Falle zu berücksichtigen. | S. 497.

Der Entw. bringt diese Auffassung zur Geltung, indem er von ausdrücklicher oder stillschweigender Erklärung, Erbe sein zu wollen, als Erlösungsgrund des Ausschlagungsrechtes spricht. Dies kann insofern überflüssig erscheinen, als nach § 72 (Mot. 1 S. 153) davon auszugehen ist, es sei, wenn das Gesetz von Willenserklärung spricht, darunter sowohl eine ausdrückliche als eine stillschweigende Erklärung zu verstehen. Indessen ist mehrfach im Entw. ein Hinweis, daß auch eine stillschweigende Erklärung zulässig sei, dann gegeben, wenn ein besonderes Bedürfnis obwaltet, dies zu betonen (vgl. zB. §§ 81, 86 Abs. 3, § 127 Abs. 2, §§ 354, 667 Abs. 2, § 684 Abs. 2, § 742). Ein solcher Hinweis ist hier in gleicher Weise angemessen, wenn nicht geboten. — Mit einigen geltenden Rechten näher anzugeben, wann eine stillschweigende Willenserklärung der einschlagenden Art vorliegt, ist nicht rathsam. Der Entw. hat überall von dem Veruche einer derartigen Bestimmung abgesehen. Der Versuch würde auch hier nur zu einer nicht erschöpfenden und deshalb nicht ungefährlichen Kasuistik führen. — Mit einigen Rechten Handlungen, welche zur Sicherung des Nachlasses oder zur Erhaltung desselben im wirtschaftlichen Bestande dienen (ABR. I 9 § 388 „Handlungen, welche keinen Aufschub leiden“; sächs. GB. § 2253; Mommsen § 221 Abs. 4; Hess. Entw. 232), auszuscheiden als solche, welche eine pro herede gestio ausschließen, ist weder erforderlich noch zweckmäßig. Eine Klarstellung dahin, daß fürsorgliche Handlungen, welche der Erbe lediglich zum Zwecke der Sicherung des Nachlasses oder zur Erhaltung desselben im wirtschaftlichen Bestande vornimmt, nicht als pro herede gestio anzusehen sind, ist entbehrlich. Andererseits wurde eine solche Vorschrift das Mißverständniß nahe legen, als solle es in Ansehung der bezeichneten Handlungen lediglich auf den objektiven Charakter derselben ankommen, während doch auch insoweit allein zu entscheiden hat, ob der Wille, Erbe zu sein, der Handlung nach der Sachlage zu entnehmen ist. Ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung.

§ 2030 (II 1821, B. 1922, R. 1920, G. 1944).

Der Grundsatz des Erwerbes kraft des Gesetzes erfordert eine Regelung der Ausschlagungsfrist. Der Abs. 1 bestimmt über die Dauer der Frist. Für den Regelfall wird, im Anschlusse an das ABR. I 9 § 384, eine Frist von 6 Wochen, für den Fall aber, daß der Erbe bei dem Beginne der Frist im Auslande sich aufhält, oder daß der Erblasser seinen letzten | Wohnsitz nur im Auslande gehabt hat, eine Frist von 6 Monaten vorgeschrieben, während das ABR. I 9 § 385 nur für den Fall, daß der Erbe im Auslande sich aufhält, eine besondere Frist von 3 Monaten gewährt. | S. 498.

Für die Bemessung der gesetzlichen Frist können ausschließlich praktische Rücksichten entscheiden. Diese Rücksichten sprechen gegen die Bestimmung einer einheitlichen Frist von 6 Monaten. In den meisten Fällen würde eine solche Frist zu lang sein. Eine Frist von 6 Wochen ist zumeist für den Erben völlig ausreichend, um sich eine genügende Kenntniß von den für seinen Entschluß, ob er ausschlagen oder annehmen solle, maßgebenden Verhältnissen zu verschaffen, zumal ihm trotz des Ablaufes der Frist das Inventarrecht bleibt. Zu beachten ist dabei, daß auch das Interesse der allenfalls an Stelle des Wegfallenden Verufenen und der Nachlaßgläubiger Berücksichtigung verdient, und daß die Gläubiger durch eine längere Frist im Hinblick auf § 167 Abs. 2 wesentlich beeinträchtigt werden können. — Verweilt hingegen der Erbe bei Beginn der Frist im Auslande, so ist eine längere Frist erforderlich. Es kann nur darauf ankommen, wo der Erbe sich bei Beginn der Frist befindet, da nach Abs. 2 die Kenntniß des Anfalles entscheidet, sodas die Kenntniß aller einschlagenden Thatsachen erforderlich und der Zeitpunkt maßgebend ist, in welchem die Kenntniß aller Thatsachen zusammentrifft. Dem im Auslande weilenden Erben muß die Möglichkeit gewahrt bleiben, die Erklärung über die Ausschlagung rechtzeitig abzugeben. Hierzu würde eine Frist von 3 Monaten noch in manchen Fällen zu kurz sein. Selbst bei den heutigen Verkehrsverhältnissen ist es nicht möglich, innerhalb der Frist von 3 Monaten die für die Entscheidung, ob eine Ausschlagung angezeigt sei, erforderlichen Ermittlungen über die Verhältnisse anzustellen und zugleich eine die Ausschlagung enthaltende, gemäß § 2032 formalisirte Erklärung an das Nachlaßgericht gelangen zu lassen, zumal nach § 2032 eine telegraphische Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte Dauer der Frist.

3. Ausschlagungsfrist.

Dauer der Frist.

nicht zulässig sein würde. Eine Frist von 6 Monaten erscheint aber auch für diese Fälle ausreichend. Zu unterscheiden, je nachdem der Erbe in diesem oder jenem Lande oder Erdtheile verweilt, ist weder zweckmäßig noch nothwendig. Die Berücksichtigung der Möglichkeit einer Rückkehr des Erben oder der wirklichen Rückkehr desselben würde zu einer mißlichen Kasuistik führen. — Dieselben Gründe, welche die geräumigere Frist für den im Auslande verweilenden Erben erforderlich machen, sprechen auch dafür, dieselbe längere Frist für den Fall zu bestimmen, daß der Erblasser seinen letzten Wohnsitz nur im Auslande hatte. Gebrochen wird damit zugleich der Fall, daß der Erblasser seinen letzten Wohnsitz an einem Orte hatte, welcher nicht zum Gebiete des Deutschen Reiches gehört, an welchem aber deutsches Recht gilt (die Konsulats- und Schutzgebiete), ohne Unterschied, ob die Erben im Inlande oder im Auslande sich befinden. Wegen des Wortes „nur“ vor „im Auslande“ vgl. C.P.D. § 568 Abs. 2, § 594 Abs. 2.

Beginn der
Frist.

§ 509.

Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkte, in welchem der Erbe Kenntniß davon erlangt hat, daß die Erbschaft ihm angefallen und aus welchem Grunde der Anfall erfolgt ist (Abs. 2). Die Vorschrift deckt alle Fälle der Berufung und erledigt zugleich die Fälle des Irrthumes. Erfordert wird das Wissen des Erben, daß der provisorische Erwerb sich vollzogen hat. Für die gesetzliche Erbfolge muß, um den Zwecken der Ueberlegungsfrist und dem Interesse des Erben gerecht zu werden, die Kenntniß des provisorischen Erwerbes gemäß § 2025 verlangt werden. Die Umstände des Einzelfalles ergeben darnach, was der Erbe wirklich wissen muß. Ihm muß bekannt sein: der Erbfall, sein Verhältniß als Verwandter oder Ehegatte, auf Grund dessen das Gesetz ihn als Erben beruft, aber auch, daß kein Verwandter ihm vorgeht, oder daß der vorgehende und ihn ausschließende Verwandte weggefallen ist. Weiter muß ihm bekannt sein, daß eine letztwillige Verfügung nicht vorliegt, welche das gesetzliche Erbfolgerecht ausschließt, wenigstens insofern, als die irrthümliche Annahme, eine solche Verfügung liege vor, die Kenntniß von dem Anfalle dergestalt ausschließt, daß die Frist nicht beginnen kann. Weiß der Erbe nicht, daß die letztwillige Verfügung, deren Vorhandensein ihm bekannt war, nichtig ist, so kann gleichfalls die Frist nicht beginnen. In gleicher Weise wirkt jeder Irrthum, welcher die Kenntniß von dem Anfalle hindert, so lange der Irrthum nicht beseitigt ist, und selbst der Rechtsirrtum, welcher auf Nichtkenntniß der einschlagenden gesetzlichen Vorschriften beruht. Die Berücksichtigung eines solchen Rechtsirrtumes erscheint deshalb nicht bedenklich, weil der Erbe denselben zu beweisen hat.

Für die Berufung durch letztwillige Verfügung führt der gleiche Grundsatz zu einem befriedigenden Ergebnisse, jedoch ist hinzugefügt, daß die Frist nicht vor der Verkündung der Verfügung beginnen kann. So bestimmt auch das ALN. I 12 § 242 (vgl. R.D.H.G. 12 S. 437, Gruchot Bd. 25 S. 725, Dernburg § 218 Anm. 11, Eccius § 269 Anm. 10). Erforderlich ist also die Kenntniß von der den Anfall begründenden Anordnung, nicht aber eine amtliche Mittheilung, zumal eine solche häufig nicht erfolgt, da auf die Mittheilung verzichtet werden kann und nicht selten verzichtet wird (§ 1939 Abs. 1). Die Zustellung einer Mittheilung oder gar eine Ersatzzustellung entscheiden zu lassen, würde zu Härten führen, weil eine solche Zustellung nicht immer dazu führt, daß der Berufene wirklich von dem maßgebenden Inhalte der Verfügung Kenntniß erlangt. Daß die Frist nicht vor der Verkündung zu laufen beginnt, ist vorgeschrieben, um Streitigkeiten zu verhüten, und rechtfertigt sich auch wegen der Möglichkeit einer Aenderung der Verfügung.

Die Folgerichtigkeit gebietet, in Ansehung der Berufung durch Erbvertrag das Gleiche zu bestimmen, falls der Vertrag nach § 1945 der Verkündung bedarf. In Ansehung des Vertrages kommt vorzugsweise der Fall in Betracht, daß ein Dritter, nicht der andere Vertragsschließende, als Erbe eingesetzt ist.

§ 500.

Mit der Praxis im Gebiete des ALN. eine Ausnahme zu machen für den Fall, daß der Erbe erst in Folge der Ausschlagung eines anderen Erben berufen ist, und in diesem Falle die Frist erst mit der Mittheilung von der Ausschlagung seitens des Nachlassgerichtes (vgl. § 2042 Abs. 2 Satz 3) beginnen zu lassen (vgl. ObTrib. 13 S. 140, Dernburg § 218 Anm. 10, Eccius § 269 Anm. 13), kann nicht für angemessen erachtet werden und wäre insofern bedenklich, als das Nachlassgericht nicht selten kaum mit Sicherheit wird ermitteln können, wer der nunmehr Berufene ist. Die Mittheilung wird daher oft auf Schwierigkeiten stoßen. Die Kenntniß vom Anfalle erscheint ausreichend.

Die Vorschrift genügt auch für den Fall, daß die Verfügung wegen eines Formmangels oder aus einem anderen Grunde nichtig ist; sie trifft ferner den Fall, daß die Einsetzung eines Erben unter einer Bedingung erfolgt ist.

Aufschiebende
Potestativ-
bedingung.

Eine besondere Vorschrift für den Fall, daß der Erbe unter einer aufschiebenden Potestativbedingung eingesetzt ist, findet sich im gemeinen Rechte (Windscheid § 598 Anm. 5—7; Roth § 363 S. 680—682), im ALN. I 12 § 494, 495, im sächsl. G.B. § 2266 und bei Rommjen § 231 Abs. 2. Der Entw. bedarf einer besonderen Vorschrift nicht, nachdem der § 1808 dem unter einer aufschiebbaren Bedingung Eingesetzten, also auch dem unter einer solchen Potestativbedingung

Eingesehten, die Rechtsstellung eines Nacherben zugewiesen hat. Der Vorerbe hat regelmäßig kein Interesse, den Nacherben zur Erfüllung der Bedingung zu treiben. In einem beachtenswerthen Interesse anderer Beteiligter, welchen ein Erbe stets gegenübersteht, fehlt es ebenfalls. Hiernach besteht kein Anlaß, den Willen des Erblassers zu brechen. Dies würde aber durch Aufnahme solcher Vorschriften, wenigstens in manchen Fällen geschehen. Die Bedeutung des Abs. 2 wird klargestellt durch die Worte „und aus welchem Grunde der Anfall erfolgt ist“. Zur Kenntniß des Anfalles ist, wie aus dem Vorstehenden erhellt, auch die Kenntniß des besonderen Anfallgrundes unentbehrlich. Dies ausdrücklich hervorzuheben, ist zum richtigen Verständnisse der §§ 2033 ff. zweckmäßig.

Die Vorschriften der §§ 164, 166 werden für entsprechend anwendbar erklärt (Abs. 3). Soweit der § 166 in Betracht kommt, ist die Entscheidung insbes. zum Schutze einer Person, für welche der gesetzliche Vertreter die Erklärung abzugeben hat, erforderlich (vgl. § 1785). Ohne den hierdurch gewährten Schutz könnte es sich leicht zutragen, daß ein gesetzlicher Vertreter zwar bei dem Beginne der Frist vorhanden gewesen ist und deshalb die Frist zu laufen begonnen hat, dem stat jenes nach dessen Wegfalle eingetretenen anderen Vertreter aber die Frist nicht mehr oder nur in beschränktem Umfange zu Statten kommt. Soweit die Vorschrift den § 164 betrifft, ist sie deshalb angemessen, weil im Falle des Stillstandes der Rechtspflege die Erklärung überhaupt nicht abgegeben werden kann.

Hemmung der Frist.

Darauf, ob die Kenntniß und der Aufenthaltsort des Vertreters entscheidet (vgl. Cocius § 269 Anm. 9), ist hier des Näheren nicht einzugehen. Der § 117 | bezieht sich freilich nur auf das rechtsgeschäftliche Handeln des Vertreters (Mot. I S. 226 ff.) und läßt sich nicht verwenden für Entscheidung der Frage, ob für den Beginn und die Dauer der Ausschlagungsfrist die Kenntniß und der Aufenthalt des gesetzlichen Vertreters einer geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person maßgebend ist. Allein eine besondere Entscheidung für diesen einzelnen Fall würde nicht angemessen sein, wenn auch gegenüber der Auffassung des Entw. von der Stellung des gesetzlichen Vertreters und des Vormundes insbes. als richtig anzuerkennen ist, daß dessen Kenntniß und Aufenthaltsort als maßgebend anzusehen sein wird.

Kenntniß des Vertreters. | S. 501.

Der Entw. bestimmt hier eine gesetzliche Präklusivfrist. Selbstverständlich kann der Erblasser diese Frist nicht ändern, falls ihm das Gesetz die Befugniß dazu nicht beilegt. Deshalb bedarf es nicht einer Vorschrift, daß (wie das sächs. GB. § 2264 und Mommsen § 230 bestimmen) Verfügungen des Erblassers, welche die Frist beschränken oder erweitern, bedeutungslos sind. Ebenso ist eine Verlängerung der Ausschlagungsfrist durch das Nachlaßgericht (sächs. GB. §§ 2266, 2268; Mommsen §§ 230, 233) unzulässig. Es würde höchst bedenklich sein, dem Nachlaßgerichte die Befugniß beizulegen, auf Antrag des Erben die Frist zu verlängern. Ein Bedürfniß hierfür besteht nicht. Zudem könnte eine solche Vorschrift zu einer das Interesse der Beteiligten in hohem Maße gefährdenden Praxis führen. — Daß die an die Verjährung der Frist geknüpfte Rechtsfolge von selbst und mit Wirkung für alle Beteiligten eintritt, versteht sich von selbst und ist deshalb nicht besonders hervorzuheben.

Gesetzliche Präklusivfrist.

Einer besonderen Erwähnung bedarf es ferner nicht, daß der § 2030 für alle Erben, also auch für die als Erben eingesehten Pflichttheilsberechtigten, gilt. Die hierüber im geltenden Rechte bestehenden Streitfragen (vgl. Roth § 364 Anm. 14, 15; Cocius § 269 S. 591) sind nach dem Entw. (§§ 1975 ff.) gegenstandslos. Wegen des als Erbe beschränkten oder beschwerten Pflichttheilsberechtigten bestimmt der § 2034. — Auch des Falles, daß ein nasciturus als Erbe in Betracht kommt, ist hier nicht besonders zu gedenken. Nach § 2026 gilt zwar eine zur Zeit des Erbfalles bereits empfangene Person in Ansehung des Anfalles der Erbschaft als vor dem Erb-falle geboren. Daraus kann jedoch nicht gefolgert werden, es sei auch die für den Beginn der Ausschlagungsfrist erforderliche Kenntniß des Vertreters zurückzubeziehen, zumal, wie S. 488 ff. erwähnt, nur die rechtlichen Wirkungen des Erwerbes der Erbschaft seitens des in der Folge geborenen nasciturus zurückbezogen werden. Die Ausschlagungsfrist kann erst von der Kenntniß des Anfalles an laufen, wie der § 2030 vorschreibt; diese Kenntniß kann nicht vor der Geburt des Empfangenen eintreten.

Pflichttheils-berechtigte Erben.

Nasciturus.

Endlich ist die Todeserklärung nicht ausdrücklich zu erwähnen (vgl. zum § 1749). Auch ohne eine besondere Vorschrift kann es nicht zweifelhaft sein, daß der Berufene mit der Kenntniß von der Todeserklärung diejenige Thatsache erfahren hat, an welche das Gesetz nach § 21 Abs. 2 verb. mit § 2025 den Anfall knüpft.

Todes-erklärung.

| § 2031 (II 1829, B. 1930, R. 1928, G. 1952).

| S. 502.

Einer besonderen Regelung bedarf der Fall, daß der Erbe vor Ablauf der Ausschlagungsfrist stirbt. In diesem Falle soll diese Frist nicht ablaufen vor dem Ablaufe der für die Ausschlagung der Erbschaft des Erben bestimmten Frist. Die Fassung läßt erkennen, daß es nicht darauf ankommt, ob der Erbe des Erben von der ersten Erbschaft oder gar von deren nur provisorischem

Tod des Erben vor Ablauf der Heber-legungsfrist.

Erwerber Kenntniß hatte. Nicht ausgeschlossen ist, daß der Erbe des Erben die zuerst angefallene Erbschaft ausschlägt, aber die zuletzt angefallene Erbschaft annimmt; dagegen ist es ihm nicht gestattet, wenn er die zuletzt angefallene Erbschaft ausschlägt, die seinem Erblasser angefallene Erbschaft anzunehmen. Auch hier muß der Grundsatz entscheiden, daß Kenntniß des Anfalles der auszuschlagenden Erbschaft erforderlich ist. Indessen darf aus Zweckmäßigkeitsgründen die Frist für die Ausschlagung der dem Erblasser angefallenen Erbschaft nicht ablaufen, so lange nicht entschieden ist, ob der Erbe des Erben die zuletzt angefallene Erbschaft annimmt. So bestimmt auch das ALR. I 9 § 397. Maßgebend ist diejenige Frist, welche für den Erben des Erben in Ansehung der Ausschlagung der Erbschaft seines unmittelbaren Erblassers bestimmt ist, mag diese auch eine 6 monatige sein, selbst wenn dem Erblasser des Erben nur eine 6 wöchige Frist zu Statten gekommen wäre.

§§ 2032, 2033 (II 1822, 1823, B. 1923, 1924, R. 1921, 1922, G. 1945, 1946).

4. Erklärung
der
Aus-
schlagung.
Form.

I. Die Ausschlagungserklärung hat der § 2032 formalisiert, nicht allein wegen der großen Wichtigkeit der Erklärung für das Schicksal des Nachlasses, sondern auch deshalb, weil dadurch das Nachlaßgericht die nöthige Sicherheit und Grundlage für die Ausstellung des Erbcheines gewinnt. Das gemeine Recht und das sächs. GB. sowie die thüring. Erbgesetze formalisiren die Erklärung so wenig wie Mommsen's Entw., wohl aber das ALR. I 9 §§ 398—400, der Code 784 und der hess. Entw. 229, 349. Die Form ist nicht mehr zu erschweren, als der Zweck der Vorschrift erfordert. Erklärung vor dem Nachlaßgerichte zu erfordern, würde deshalb zu weit gehen, auch vom geltenden Rechte sich entfernen. Der § 1398 Abs. 1 kann nicht entscheidend sein; er betrifft den Verzicht auf den Antheil am Gesamtgute der fortgesetzten GG.; für diesen Verzicht kommen andere Gesichtspunkte in Betracht. Wie in den Fällen des § 1266 Abs. 2, und des § 1475 Abs. 2 ist Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte vorgeschrieben, ähnlich wie in den Fällen des Grundbuchverkehrs (vgl. zB. §§ 834, 960, 965 Abs. 2, §§ 977, 1061, 1142), jedoch nur in öffentlich beglaubigter Form. Auch in den Fällen des Grundbuchverkehrs handelt es sich darum, daß die Behörde eine streng einseitige Willenserklärung zu dem Zwecke entgegenzunehmen hat, damit durch die Abgabe und die Entgegennahme der Erklärung die Vollenbung der Willenserklärung festgestellt werde. — Den Landesgesetzen bleibt Raum, zu bestimmen, ob die Beglaubigung durch das Gericht oder den Notar oder auf die eine wie die andere Weise oder durch eine andere landesgesetzlich hierzu bestellte Behörde zu erfolgen hat. Zulässig ist ferner die Abgabe der Erklärung zum Protokolle des Nachlaßgerichtes und die Abgabe der Erklärung durch eine öff. Behörde in der Form einer öff. Urkunde.

[§. 503.

Erklärung
durch Bevoll-
mächtigte.

Die Erklärung durch einen Bevollmächtigten ist dahin geregelt, daß der Bevollmächtigte einer besonderen auf Abgabe der Erklärung gerichteten Vollmacht in öffentlich beglaubigter Form — also mandatum ad hoc — bedarf, und daß die Vollmacht beigefügt oder innerhalb der Ausschlagungsfrist nachgebracht werden muß (Satz 2, 3; vgl. Mot. 1 S. 233). Die Vorschriften beziehen sich selbstverständlich nicht auf den gesetzlichen Vertreter. Wegen des geltenden Rechtes vgl. Windscheid § 599 Anm. 8—10; Seuffert 15 Nr. 232, 21 Nr. 243; für ALR. Eccius § 269 Anm. 52 mit Anm. 37, Dernburg § 219 Anm. 8; sächs. GB. § 2250; Mommsen § 219; hess. Entw. 229, 349.

Nichtformali-
sierung der
Annahme-
erklärung.

Ueber die Erklärung der Annahme der Erbschaft bestimmt der Entw. nicht. Diese Erklärung kann also wirksam ohne jede Form abgegeben werden (ALR. I 9 §§ 392ff., Dernburg § 219, Eccius § 269 S. 597; abweichend wohl Code 784, dessen Auffassung jedoch nicht unbestritten ist). Wie schon zum § 2029 (S. 497) angedeutet, würde eine Formalisirung der Annahmeerklärung sich mit der im § 2029 anerkannten pro herede gestio kaum vereinigen oder nur schwer durchführen lassen, da das Ausschlagungsrecht durch Verfügungen oder Handlungen des Erben, welche den Willen der Erbschaftsannahme nothwendig voraussetzen, verloren geht. Eingewendet kann nicht werden, die Formalisirung sei erforderlich, um festzustellen, daß nicht ein Monolog oder nur die Erklärung, die Annahme erst erklären zu wollen, vorliege, während bei der pro herede gestio ein objektives Moment für die Feststellung des wirklichen Willens des Erben gegeben sei. Denn auch dann, wenn pro herede gestio behauptet wird, ist nicht selten darüber zu befinden, ob jenes objektive Moment wirklich vorhanden ist. Eine abgegebene ausdrückliche Erklärung, annehmen zu wollen, ist ebenfalls im Einzelfalle daraufhin zu prüfen, ob sie in der That die Willenserklärung der Annahme enthält. Würde auch für die Annahme eine Form vorgeschrieben, so müßte dies zu mannigfachen Zweifeln und Unzuträglichkeiten führen.

Zeit der
Erklärung.

II. Die Erbschaft kann nicht vor Beginn der Ausschlagungsfrist angenommen oder ausgeschlagen werden (§ 2033). Auf die Ausnahmen von dieser Regel, welche im § 1831 für die Vorerbschaft und im § 2034 für den Pflichttheilsberechtigten getroffen sind, wird durch den Vorbehalt „sofern nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt“ hingewiesen. — Die Annahme stets sofort nach dem Anfall der Erbschaft zuzulassen (sächs. GB. § 2254), geht nicht an. Als Erforderniß

einer wirksamen | Annahmeerklärung muß die wirkliche Kenntniß des Erben von dem Grunde, auf welchem der Anfall beruht, aufgestellt werden. Wenn hierzu auch nicht die Vorschriften des § 2030 über den Beginn der Ausschlagungsfrist nöthigen, so ist doch davon auszugehen, daß eine so wichtige Erklärung, wie die über die Annahme einer Erbschaft, nicht abgegeben werden kann, bevor der Erbe genügende Klarheit über die maßgebenden Verhältnisse erlangt hat. Hierzu gehört, daß der Erbe den Grund, auf welchem im Einzelfalle der Anfall beruht, kennt. Diese Auffassung allein entspricht den Anforderungen des Lebens; denn es wird nicht leicht Jemand sich dazu verstehen, die Annahme einer Erbschaft zu erklären, bevor er den Grund des Anfalles kennt. Thatsächlich will dies auch das sächs. GB., wenn es auch nur vom Anfalle redet (vgl. Windscheid § 597 Anm. 1; Mommsen § 222). Besonders wichtig ist aber die Vorschrift mit Rücksicht auf die Grundsätze des Entw. über den Irrthum. Wäre lediglich der Anfall der Erbschaft maßgebend, so möchte es sich nicht rechtfertigen lassen, den Irrthum des Erben über den Grund des Anfalles anders denn als einen Irrthum in den Motiven (§ 102) anzusehen. Der Erbe würde alsdann an seine Erklärung gebunden sein, obgleich er sehr wohl ein Interesse daran haben kann, davon frei zu werden, weil er aus dem Grunde, aus welchem er berufen ist und welchen er zur Zeit der Erklärung nicht kannte, niemals Erbe sein wollte. Die Vorschrift gilt auch für den Fall der stillschweigenden Annahme nach Maßgabe des § 2029. Eine solche kann gleichfalls nicht angenommen werden, wenn der Erbe nicht zugleich vom Anfalle und vom Grunde des Anfalles Kenntniß hat. — Die gleichen Gesichtspunkte treffen in Ansehung der Ausschlagung zu (Windscheid § 599 Anm. 11; Dernburg § 219 Anm. 19; Entsch. 16 S. 43; sächs. GB. § 2258; Mommsen § 226).

Neben der im § 2033 geregelten Art der Annahme noch eine allgemeine, für jede Art der Berufung erfolgende Annahme zuzulassen, besteht kein Bedürfnis. Hiergegen spricht auch, daß unter einer solchen Vorschrift die Einfachheit des Gesetzes leiden würde, und daß, wenn der Fall besonders erwähnt würde, zu bestimmen sein würde für den weiteren Fall, daß der Erklärende trotz der allgemein gehaltenen Erklärung nur Willens war, die Annahme für eine bestimmte Art der Berufung zu erklären (vgl. §§ 98, 99).

§ 2034 (II 2172, B. 2280, R. 2279, G. 2306).

Nach § 1981 Abs. 1 kann der Pflichttheilsberechtigte, welcher als Erbe eingesetzt, aber beschränkt oder beschwert oder mit einem Pflichttheilsansprüche belastet ist, ausgeschlagen und den Pflichttheil fordern. Schlägt er dagegen nicht aus, so wird ihm nach § 1981 Abs. 2 der nicht ausgeschlagene Erbtheil als nicht beschwert, nicht beschränkt oder nicht belastet in Rechnung gestellt. Die Nichtausschlagung enthält also in solchem Falle eine Art Ausschlagung des Pflichttheilsanspruches. Hiernach ist es erforderlich, den Pflichttheilsberechtigten besonders zu sichern. Der Entw. | bestimmt deshalb, daß für den Pflichttheilsberechtigten die Ausschlagungsfrist erst beginnt, nachdem er von der Beschränkung, Beschwörung oder Belastung Kenntniß erlangt hat (Abs. 1). Demgemäß wird das Recht der Ausschlagung durch eine vor diesem Zeitpunkte erklärte Annahme nicht ausgeschlossen. Diese Folge bedarf jedoch eines besonderen Ausdruckes nicht, Wegen des Anfechtungsrechtes des Pflichttheilsberechtigten, falls er einen beschränkten, beschwerten oder belasteten Erbtheil ausgeschlagen hat, während ohne sein Wissen die Beschränkung usw. bereits mit allen Wirkungen weggefallen war, bestimmt der § 2040 Abs. 1. — Eine Sicherung des Pflichttheilsberechtigten ist ferner dann erforderlich, wenn er nur als Ersatzerbe eingesetzt ist. Ihm wird, in Abweichung von der Regel des § 2033, die Befugniß beigelegt, die Erbschaft sofort nach dem Erballe auszuschlagen, auch wenn der Anfall an ihn noch nicht erfolgt ist (Abs. 2).

Für den Fall, daß der Pflichttheilsberechtigte nur als Nacherbe eingesetzt wurde, ist bereits im § 1831 Abs. 2 bestimmt.

§§ 2035—2038 (II 1824—1828, B. 1925—1929, R. 1923—1927, G. 1947—1951).

I. Daß nach § 2035 die Erklärung über Annahme oder Ausschlagung nicht unter Befügung einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgegeben werden kann, stimmt im Wesentlichen mit allen geltenden Rechten überein (vgl. Windscheid § 597 Anm. 10, 12, § 599 Anm. 15; Roth § 363 Anm. 114, 123; aber anderer Meinung Kreittmayr Anm. 61 zum bay. ZR. III 1 § 5; WZ. I 9 § 394; sächs. GB. §§ 2256, 2258; Mommsen §§ 224, 226; Hess. Entw. 233, 248). Mit dem WZ. die Befügung eines Vorbehaltes wegen des Inventarrechtes zu gestatten (I 9 § 394), ist entbehrlich, namentlich mit Rücksicht darauf, daß nach dem Entw. (§§ 2092 ff.) jeder Erbe Inventarerbe ist, sofern er nicht des Inventarrechtes sich verlustig gemacht hat. — Auch hier ist selbstverständlich die stillschweigende Annahme mitgetroffen; dies kann nach § 2029 nicht zweifelhaft sein.

Enthält die Erklärung zugleich die Angabe des Berufungsgrundes und ist dieser richtig angegeben, so liegt nur ein die Erklärung erläuternder und daher unerheblicher Zusatz vor. Ist aber der angegebene Berufungsgrund nicht richtig (zB. es wird auf Grund der gesetzlichen Erbfolge angenommen oder ausgeschlagen, während der Erbe durch eine letztwillige Verfügung berufen

| S. 504.

Ausschlagung
des
beschwerten
Pflichttheils-
berechtigten.

| S. 505.

Bedingte
oder beschränkte
Erklärung.

Angabe des
Berufungs-
grundes.

war), so kann der Zusatz nur als Bedingung aufgefaßt werden. Die Erklärung ist also unwirksam. — Ist ein Grund des Anfalles nicht angegeben, so macht sich der § 2033 geltend. Die Erklärung kann nur wirksam sein, wenn die Ausschlagungsfrist bereits zu laufen begonnen hatte. Vorausgesetzt ist also, daß der wirkliche Grund des Anfalles dem Erben bereits bekannt war. Ein Irrthum hierüber hat die Unwirksamkeit zur Folge. — War hingegen der angegebene Grund richtig, zerfällt er aber später aus irgend welchen Gründen, so bleibt die Erklärung wirksam. Ob

| S. 506

die Erklärung für eine neue Berufung wirkt, entscheidet sich nach anderen Vorschriften. Insbes. kommt dann, wenn der durch letztwillige Verfügung berufene Erbe zugleich der gesetzliche Erbe ist und nur die Berufung aus der Verfügung ausschlägt, der § 2038 in Betracht. Wenn der durch Verfügung berufene Erbe die Erbschaft annimmt, aber erbunwürdig ist, so sind die §§ 2046—2048 maßgebend (vgl. Windscheid § 599 Anm. 14).

Beschränkung
der Erklärung
auf einen
Theil.
(G. § 1950.)

II. Daß nach § 2036 die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft, oder eines und desselben Erbtheiles nicht auf einen Theil beschränkt werden kann, und daß die Annahme oder Ausschlagung eines Theiles unwirksam ist, entspricht im Wesentlichen dem geltenden Rechte, das indessen manche Modifikationen enthält (Windscheid § 597 Anm. 11, 13, § 599 Anm. 3a, § 602 Anm. 2; Roth § 363 Anm. 115, 124; MN. I 9 §§ 395, 396; sächs. GB. § 2255, vgl. jedoch §§ 2262, 2263; Unger § 19 Anm. 11, vgl. jedoch Anm. 4; bayer. NB. III, 1 § 5 Nr. 5; Mommsen § 223, vgl. jedoch § 229; hess. Entw. 159, 233, 348, vgl. jedoch 236).

Für die Vorschriften sind Gründe der Zweckmäßigkeit maßgebend. Statt dessen zu bestimmen, die Ausschlagung eines Theiles gelte als Ausschlagung des Ganzen, die Annahme eines Theiles sei unwirksam, würde eine einfachere Gestaltung ermöglichen, aber bedenklich sein. Die erstere Vorschrift würde insbes. zu einer der inneren Rechtfertigung entbehrenden Fiktion greifen. Dem Leben und seiner Auffassung würde Zwang angethan, wenn der Berufene die ganze Erbschaft verlieren sollte, falls er in der Meinung, dazu berechtigt zu sein, einen Theil der Erbschaft ausschlägt. — Die Fassung „nicht auf einen Theil“ deckt sowohl die Beschränkung der Erklärung auf einzelne Stücke oder Bestandtheile der Erbschaft als die Beschränkung auf einen Bruchtheil. Es kann nicht zulässig sein, daß der Erbe zB. nur die vorhandenen Mobilien oder Immobilien ausschlägt oder annimmt. Eine Ausnahme dahin, die Beschränkung sei zulässig, wenn der Erblasser dies gestattet habe, ist entbehrlich. Etwas Derartiges wird sehr selten vorkommen. Sollte aber ein Erblasser so bestimmt haben, so wird zu prüfen sein, ob nicht damit besondere Erbtheile bestimmt sind. Mit dem sächs. GB. § 2254 und Mommsen § 223 Abs. 1 auszusprechen, die Erbschaft dürfe nur „so wie sie liegt“ oder „so wie sie angefallen ist“ angenommen werden, ist nicht erforderlich. Eine andere Annahme wäre Annahme unter einer Bedingung; über eine solche bestimmt der § 2035.

Berufung zu
mehreren
Erbtheilen.
(G. § 1951.)

| S. 507.

III. Der Fall, daß derselbe Erbe zu mehreren Erbtheilen berufen ist, kann bei der gesetzlichen Erbfolge vorkommen, (vgl. §§ 1967, 1971 Abs. 2), wenn auf Grund mehrfacher Verwandtschaft oder auf Grund der Verwandtschaft | und des Verhältnisses als Ehegatte geerbt wird. Der Erbtheil eines gesetzlichen Erben kann sich auch dadurch erhöhen, daß ein anderer gesetzlicher Erbe von der Erbfolge ausgeschlossen ist oder ausschlägt oder für erbunwürdig erklärt wird. Für den letztbezeichneten Fall bestimmt § 2048 in Verbindung mit der Bezugnahme auf § 2042. In den übrigen Fällen entstehen dadurch besondere Erbtheile nur in Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen, nicht aber in anderer Richtung, wie der § 1972 ergibt. Bei der Erbfolge auf Grund letztwilliger Verfügung oder eines Vertrages kann darüber, ob der Erbe zu mehreren Erbtheilen berufen ist, nur der Umstand entscheiden, ob der Erblasser mehrere Erbtheile gebildet hat. Dies ist zB. zu bejahen, wenn A und B mit oder ohne Bestimmung von Bruchtheilen, welche das Ganze erschöpfen, eingesetzt sind und A noch vor dem Erblasser stirbt, nicht minder aber auch dann, wenn der Erblasser nur einen Erben auf den ganzen Nachlaß eingesetzt hat, jedoch in der Art, daß bestimmt ist: X sei der Erbe zur Hälfte, wegen dieser Hälfte hat er folgende Vermächtnisse zu entrichten; X sei auch Erbe zur zweiten Hälfte, von dieser Hälfte sind folgende Vermächtnisse zu entrichten. — Der § 2037 unterscheidet in Ansehung solcher Fälle je nach dem Berufsungsgrunde. Nur, wenn der Berufsungsgrund ein verschiedener ist, unterliegt der einzelne Erbtheil für sich der Annahme und Ausschlagung. Wann ein verschiedener Berufsungsgrund anzunehmen ist, wird klargestellt, einmal negativ, indem bestimmt wird, daß verschiedene letztwillige Verfügungen oder verschiedene Erbverträge nicht als verschiedene Berufsungsgründe gelten (Abs. 1 a. E.), dann aber positiv, indem vorgeschrieben wird, als verschiedene Berufsungsgründe gelten: Erbvertrag, letztwillige Verfügung und Gesetz. Der Entw. trifft damit besonders die Fälle, daß die Berufung zu einem Erbtheile auf letztwilliger Verfügung, die Berufung zu einem anderen Erbtheile auf einem Erbvertrage oder auf der gesetzlichen Erbfolge oder daß die Berufung zu einem Erbtheile auf einem Erbvertrage, zu einem anderen Erbtheile auf der gesetzlichen Erbfolge beruht.

Abweichender
Wille des
Erblassers.

Dem Erblasser wird jedoch offen gehalten (Abs. 2), zu gestatten, daß auch dann, wenn verschiedene Berufsungsgründe nicht vorliegen, die einzelnen Erbtheile für sich angenommen oder aus-

geschlagen werden können, selbst dann, wenn sie erst später anfallen. Vorgegriffen ist damit nicht der Prüfung des Einzelfalles, ob eine vorliegende Erklärung des Erben auf alle Erbtheile zu beziehen sei, auch wenn dieselben der besonderen Annahme und Ausschlagung unterliegen.

Die Vorschriften beruhen lediglich auf Zweckmäßigkeitsrücksichten. Der Entw. stellt einheitliche prinzipielle Gesichtspunkte auf und sucht zugleich der Zersplitterung der Erbschaft thunlichst vorzubeugen. Letzteres dient vornehmlich dem hier zu beachtenden Interesse der Nachlassgläubiger. Die Vorschriften werden auch dem anzunehmenden Willen des Erblassers entsprechen; deshalb ist dem Erblasser vorbehalten, wenn er es für erforderlich erachtet, sich darüber auszusprechen, wie seine Anordnungen verstanden werden sollen.

Das geltende Recht kann nicht in Betracht kommen, da lediglich die Rücksicht auf die praktische Zweckmäßigkeit maßgebend sein muß. Insbes. kann das röm. Recht nicht zum Anhalte dienen, da ihm verschiedene Verfassungsgründe wegen seines Grundsatzes „nemo pro parte etc.“ nicht bekannt sind. | §. 508.

Hervorzuheben ist, daß unter der Verufung durch Erbvertrag nur die vertragsmäßige Einsetzung des anderen Vertragschließenden oder eines Dritten zu verstehen ist, nicht die bei Gelegenheit eines Erbvertrages und in einem solchen einseitig widerrufen erfolgende Erbeinsetzung (§ 1955).

Durch die Vorschriften wird der Fall, daß ein Erbe zugleich als Ersatzerbe für einen Miterben eingesetzt ist (Unger § 19 Anm. 11; hess. Entw. 159), mitgetroffen; dieser Fall bedarf daher einer besonderen Regelung nicht. Darüber, wie das Inventarrecht in solchem Falle sich gestaltet, vgl. den § 2147.

Besondere Vorschriften für den Fall, daß, wer auf Grund seiner stillschweigenden Erklärung gemäß § 2029 als Erbe anzusehen ist, nur eine beschränkte Annahme gewollt hat, oder darüber, welche Bedeutung einer dem Verhalten, welches die stillschweigende Willenserklärung enthält, beigefügten Verwahrung beizumessen ist (Seuffert 42 Nr. 223), sind nicht erforderlich. Eine Entscheidung in der letzteren Richtung würde um so weniger angemessen sein, als auch in den Allg. Theil eine Vorschrift darüber nicht aufgenommen ist, wie es mit der protestatio facto contraria zu halten sei (Mot. 1 S. 154). Beschränkte Annahme Protestatio.

IV. Dem Erben kann die Erbschaft aus verschiedenen Verfassungsgründen anfallen. Für den Fall, daß der Erbe, sei es durch Vertrag, sei es durch letztwillige Verfügung, eingesetzt, demnächst aber auch als gesetzlicher Erbe berufen ist, wird bestimmt, der Erbe könne als eingesetzter Erbe ausschlagen, jedoch als gesetzlicher Erbe annehmen (§ 2038 Abs. 1). Schlägt also der gesetzliche Erbe als Testaments- oder Vertragserbe aus, so läuft ihm aus der Verufung als gesetzlicher Erbe eine neue Ausschlagungsfrist, deren Versäumung die Annahme aus dem Grunde der gesetzlichen Erbfolge zur Folge hat. Hieraus können sich praktische Unzuträglichkeit ergeben. Diese werden durch die Entscheidung, daß der Erbe in Ansehung aller Verfassungsgründe mittels einer und derselben Erklärung ausschlagen kann (Abs. 3), mindestens zum großen Theile, gehoben. Die Verufung als gesetzlicher Erbe kann auch eine mittelbare Folge jener Ausschlagung sein, nämlich dann, wenn die zunächst Berufenen wegfallen, und nunmehr die ausgeschlagene Erbschaft oder vielleicht nur ein Bruchtheil derselben dem Ausschlagenden von Neuem auf Grund des Gesetzes anfällt. Verschiedene Verfassungsgründe für denselben Erben. (G. § 1949)

Das Ergebnis, daß der erneute Anfall wirksam ist und durch die vorausgegangene Ausschlagung nicht berührt wird, kann selbstverständlich erscheinen. Die Aufnahme der Vorschrift ist jedoch rathsam, theils, weil es als auffällig angesehen werden kann, daß der Erbe dieselbe Erbschaft wiederholt auszuschlagen hat, theils, weil das ALR. I 9 § 401 das Gegentheil bestimmt. | Gegen die Auffassung des ALR., welche freilich zur Vereinfachung führt, sprechen überwiegende Bedenken. Die aus der Verfügung des Erblassers sich herleitende Verufung kann nicht zugleich in dem negativen Sinne aufgefaßt werden, daß dem Berufenen die eventuellen gesetzlichen Rechte auf die ihm zugewendete Erbschaft entzogen sein sollen. Auch kann nicht mit Grund behauptet werden, es fehle in jedem Falle an einem Interesse des Berufenen, die durch Vertrag oder letztwillige Verfügung ihm angebotene Erbschaft auszuschlagen und dieselbe Erbschaft dennoch anzunehmen, wenn sie ihm durch das Gesetz angeboten wird. Zwar bleiben nach den §§ 1876, 1886 Vermächnisse und Auflagen trotz der Ausschlagung bestehen, aber dem Erblasser ist es nicht verjagt, das Gegentheil ausdrücklich anzuordnen. Denkbar bleibt also, daß dem Ausschlagenden auf Grund des Gesetzes die ausgeschlagene Erbschaft von Neuem unbeschwert angeboten wird, falls der Wille des Erblassers erhellt, es solle dem Erben die Beschwerung nur für den Fall auferlegt sein, daß er die Erbschaft auf Grund der letztwilligen Verfügung erwirbt, nicht auch dann, wenn er ausschlägt und als gesetzlicher Erbe annimmt. | §. 509.

Ist der Erbe durch Vertrag und durch letztwillige Verfügung als Erbe auf die ganze Erbschaft oder zu einem Bruchtheile eingesetzt, so soll er die Verufung aus dem einen Grunde annehmen, aus dem anderen ausschlagen können (Abs. 2). Beide Verfügungen von Todeswegen haben nach dem Entw. neben einander Bestand, nur entbehrt nach § 1953 das Testament in-

Verufung durch Vertrag und durch letztwillige Verfügung.

soweit der Wirksamkeit, als es die Rechte des Vertragserben beeinträchtigt. Wegen dieser nur relativen Unwirksamkeit des Testamentes wird dem Vertragserben, welchem die Erbschaft aus beiden Gründen anfällt, eine Art Wahlrecht eingeräumt; der Erbe soll durch Aufgeben seiner Rechte aus dem einen Anfallsgrunde seine Rechte aus dem anderen Anfallsgrunde nicht verlieren. Die aus diesem wiederholten Anfall sich ergebenden praktischen Anzuträglichkeiten mindert die Zulassung der Ausschlagung in Ansehung aller Berufungsgründe mittels einer und derselben Erklärung (Abs. 3). Dieselben fallen übrigens hier um so weniger ins Gewicht, als Fälle dieser Art zu den seltenen gehören; deshalb eignen sich die Fälle nicht zu einer alle Einzelheiten vorsehenden Regelung.

Ausschlagung
mittels
derselben
Erklärung
für alle
Gründe.
(G. § 1949.)

Die Erleichterung, daß in allen Fällen der Abs. 1 und 2 die Erbschaft in Ansehung aller Berufungsgründe mittels einer und derselben Erklärung ausgeschlagen werden kann (Abs. 3 Satz 1), ist durch jene Verweisung auf die beiden ersten Absätze dahin beschränkt, sofern der Anfall aus dem anderen Grunde nur die Folge der Ausschlagung des Anfalles aus dem einen Grunde ist; sie bezieht sich nicht auf den Fall, daß eine Erbschaft erst nachträglich, z. B. in Folge einer Einsetzung als Nacherbe anfällt. Die Ausschlagung dieses Falles ist von besonderer Wichtigkeit für die im Abs. 3 Satz 2 beigefügte, besonders zu erwähnende Auslegungsregel. — Die Erleichterung wird gewährt, um eine nicht erforderliche Belästigung durch die Nothwendigkeit wiederholter Ausschlagung abzuwenden. Beseitigt wird durch die Vorschrift der Zweifel, ob es zulässig sei, gleichzeitig aus mehreren successiven Anfallsgründen auszuschlagen, ein Zweifel, welcher sich daraus herleiten ließe, daß nach § 2033 die Ausschlagung nicht vor Beginn der Ausschlagungsfrist erfolgen kann, diese aber nach § 2030 Abs. 2 nicht vor erlangter Kenntniß von der erfolgten früheren Ausschlagung beginnen kann. Die Schlussfolgerung kann als zu spitz bemängelt werden; es verdient aber doch den Vorzug, den Zweifel abzuschneiden.

| §. 510.

Auslegungs-
regel.

Dem praktischen Bedürfnisse würde damit noch nicht genügt werden. Deshalb ist die Auslegungsregel, daß die Ausschlagung sich im Zweifel auf alle Berufungsgründe beziehe, beigefügt (Abs. 3 Satz 2). Die umfanglichere Wirkung der Ausschlagungserklärung wird in der Regel gewollt sein. Da der Nachweis, daß der Wille des Ausschlagenden dahin gegangen sei, großen Schwierigkeiten begegnen kann, erscheint die aufgestellte Vermuthung, deren genügende Begrenzung hervorgehoben ist, angemessen.

Mehrfache
Berufung
eines gesetz-
lichen Erben.

Für den Fall, daß ein gesetzlicher Erbe aus mehrfacher Verwandtschaft oder als Ehegatte und Verwandter berufen ist, bedarf es einer besonderen Vorschrift an dieser Stelle nicht. Obgleich nach §§ 1967, 1971 Abs. 2 die Erbtheile als besondere Erbtheile anzusehen sind, so ist doch, weil die Berufung auf denselben Grunde beruht, nach § 2037 die Ausschlagung für beide Erbtheile maßgebend. Dies wird auch in der Regel dem Willen des Ausschlagenden und dem anzunehmenden Willen des Erblassers entsprechen; indessen kann der letztere anders bestimmen.

§ 2039 (II 1824, B. —, R. —, G. —).

Unwiderruflichkeit
der
Erklärung.

Daß die Erklärung der Annahme oder Ausschlagung unwiderruflich ist, kann selbstverständlich erscheinen. Denn die Unwiderruflichkeit einer einseitigen Erklärung, welcher das Gesetz eine gewisse Wirkung beimißt, läßt sich schon daraus ableiten, daß die eingetretene Wirkung der Verfügung des Erklärenden entrückt ist, soweit nicht ein Anderes bestimmt wird. Die Aufnahme der Vorschrift ist indessen schon deshalb angemessen, weil das geltende Recht zum Theile verneint, daß der Erklärende gebunden sei, und ihm gestattet, während der Ausschlagungs- oder Annahmefrist den Willen zu wechseln (Windscheid § 595 Anm. 17; aber auch Roth § 363 Anm. 125; Code 790; — andererseits ALR. I 9 §§ 411, 412; sächs. GB. § 2260; öst. GB. § 806; Rommjen § 227; heff. Entw. 351, 353). — Uebrigens betont der Entw. auch schon an anderen Stellen der Deutlichkeit wegen die Unwiderruflichkeit einseitiger Willenserklärungen (vgl. insbes. den § 1892 Abs. 2 und den § 1958). — In Betracht kommt nicht allein die pro herede gestio (§ 2029), sondern auch die Veräumung der Ausschlagungsfrist (ebenda).

§§ 2040, 2041 (II 1831/2, 1834, 2174, B. 1932/3, 1935, 2282, R. 1930/1, 1933, 2281, G. 1954/5, 1957, 2308).

5. Anfechtung
der Aus-
schlagung.
Drohung oder
Betrug.

| §. 511.

I. Mit der Anfechtung der Ausschlagungserklärung befaßt sich der § 2040. Der Entw. geht davon aus, daß die Ausschlagungserklärung auch wegen Drohung oder Betruges anfechtbar ist. Dies ist indessen nur mittelbar zum Ausdruck gebracht durch die Regelung der Art, wie die Anfechtung zu erfolgen hat (Abs. 2). Würde es, wie im § 1780, besonders vorgeschrieben, so könnte angenommen werden, es sei verkannt, daß die Ausschlagung als Rechtsgeschäft den allgemeinen, für die Rechtsgeschäfte geltenden Vorschriften unterliegt, also auch der § 103 Anwendung leidet.

Firrhum.

Eine allgemeine Anfechtung der Ausschlagungserklärung wegen Irrthumes ist nicht zugelassen. Dem Irrthume des Ausschlagenden, welcher sich immer nur als ein Irrthum in den Motiven darstellen wird, einen besonderen Einfluß beizumessen, würde sich nicht rechtfertigen lassen.

Nach allgemeinen Grundsätzen bleibt es Sache des Ausschlagenden, sich vor seiner Entscheidung die vollständige Kenntniß von den letztwilligen Verfügungen des Erblassers zu verschaffen. Ihm kann nicht gestattet werden, weil er seine Lage wegen ihm unbekannt gebliebener letztwilliger Verfügungen des Erblassers verkannt hat, nachträglich die Rechte derjenigen, an welche in Folge seiner Ausschlagung ein Anfall erfolgt ist, in Frage zu stellen. Zudem würde eine solche Anfechtung zu einer Abweichung vom geltenden Rechte nöthigen (Windscheid § 596 Anm. 20, 21, § 599 Anm. 12, 13; Code 783, nur für die Annahme; für das W.R. Dernburg § 219 Anm. 22, 23, Eccius § 269 Anm. 68; Mommsen § 127; heff. Entw. 351, 353).

Für den Pflichttheilsberechtigten muß hiervon abgewichen werden. Nach § 1981 Abs. 1 a. G. ist eine Beschränkung oder Beschwörung oder Pflichttheilslast, wenn sie vor der Ausschlagung mit allen Wirkungen weggefallen ist, als nicht angeordnet anzusehen. Aus §§ 1979 ff. ergibt sich ferner, daß, wenn dem Pflichttheilsberechtigten der ihm gebührende Bruchtheil der Erbschaft unbeschränkt und unbeschwört hinterlassen ist, ihm ein Pflichttheilsanspruch nicht zusteht. Schlägt er den scheinbar beschränkten oder beschwerten oder belasteten Bruchtheil aus, um den Pflichttheilsanspruch geltend zu machen, so würde er, wenn inzwischen die Beschränkungen oder Beschwörungen oder die Pflichttheilslast weggefallen sind, ohne daß er davon Kenntniß hatte, mit der Ausschlagung auch den Pflichttheilsanspruch verlieren. Der Erfolg der Ausschlagung würde ein ganz anderer sein, als ihn der Pflichttheilsberechtigte wollte. In Frage steht im vorausgesetzten Falle nur ein Irrthum in den Motiven (§ 102), welcher den Pflichttheilsberechtigten veranlaßt hat, eine ihn nur scheinbar nicht voll, in Wirklichkeit aber voll befriedigende Zuwendung zurückzuweisen. Ein solcher Irrthum steht dem Irrthume über den Gegenstand des Rechtsgeschäftes (§ 98) sehr nahe. Daher sprechen jedenfalls überwiegende Billigkeitsgründe dafür, dem Ausschlagenden gegen die unerwarteten Folgen seiner Erklärung einen Schutz durch Verleihung des Anfechtungsrechtes zu gewähren (Abs. 1). Hierbei muß, wie die Fassung erkennen läßt, der Irrthum, welcher der Grund des Schutzes ist, als die vom Pflichttheilsberechtigten eintretendenfalls zu beweisende Voraussetzung der Rechtsnorm aufgestellt werden. Im Anschlusse an § 99 die Erfordernisse der Anfechtung dahin zu steigern, daß ein nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhender Irrthum verlangt wird, würde nicht angemessen sein. Abgesehen davon, daß eine solche Qualifikation des Irrthumes praktisch nicht von großer Bedeutung wäre, kommt in Betracht, daß der Ausschlagende durch den Verlust seines Pflichttheilsrechtes in den in Rede stehenden Fällen übermäßig hart getroffen werden würde.

des Pflichttheilsberechtigten.

§ 512.

Daß die Anfechtungserklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte abzugeben sei (Abs. 2 Satz 1), muß bestimmt werden wegen der auf dritte Betheiligte sich erstreckenden Wirkung der Erklärung (vgl. § 1266 Abs. 2, § 1475 Abs. 2, § 1478). Die Vorschrift ist auch deshalb rathsam, weil dadurch zugleich für diejenigen Fälle Abhilfe geschafft wird, in welchen die Person oder der Aufenthalt desjenigen, welcher an die Stelle des Ausschlagenden getreten war, unbekannt ist. Die Benachrichtigungspflicht des Nachlaßgerichtes (Satz 2) schafft einen genügenden Ersatz dafür, daß die Erklärung nicht unmittelbar gegenüber den an die Stelle des Ausschlagenden getretenen Erben zu erfolgen hat.

Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte.

Benachrichtigungspflicht.

Ueber die rechtlichen Wirkungen der Anfechtung bedarf es einer besonderen Vorschrift nicht. Sie ergeben sich aus § 112. Eine verdeutlichende Vorschrift über die Gestaltung dieser Wirkungen ist hier so wenig, wie im Falle des § 1781, veranlaßt und würde eher das Gesetz verdunkeln.

Wirkungen der Anfechtung.

In Anlehnung an die Vorschriften des § 2030 ist für die Anfechtung eine Präklusivfrist bestimmt (Abs. 3—6). Die Analogie zwischen der Ausschlagung und der sie beseitigenden Anfechtung läßt diese Uebertragung gerechtfertigt erscheinen. Neben der kurzen Präklusivfrist läuft, wie im Falle des § 1785, kumulativ eine dreißigjährige, welche von einem objektiv bestimmten Zeitpunkte an, demjenigen der Abgabe der Ausschlagungserklärung, beginnt (Abs. 5). Der Zweck der Vorschrift ist, zu verhindern, daß die durch den einmal erfolgten Erbschaftsübergang in Ansehung der Betheiligten, insbes. der Nachlaßgläubiger, der Erbschaftsschuldner, sowie Dritter, begründeten Rechtsverhältnisse noch nach sehr langer Zeit in Frage gestellt werden können (vgl. § 1999). Darüber, daß es des Schutzes Dritter, die sich mit demjenigen eingelassen haben, welcher in Folge der anfechtbaren Ausschlagung als Erbe eingetreten ist, nicht bedarf, vgl. zum § 2091.

Präklusivfrist.

II. In Ansehung der Anfechtung der Annahmeerklärung wird nur bestimmt, wie die Anfechtung wegen Drohung oder Betruges zu erfolgen hat. Sie soll gegenüber dem Nachlaßgerichte in Verbindung mit der Ausschlagung in der für diese bestimmten Frist und Form erklärt werden. Die Fassung läßt keinen Zweifel, daß ausschließlich die Erklärung Gegenstand der Anfechtung sein kann, die Annahme durch Versäumung der Frist hingegen ausscheidet, vgl. § 2029. Nach § 2029 umfaßt das terminologische Wort „Annahme der Erbschaft“ auch die letztere Art der Annahme.

Anfechtung der Annahmeerklärung.

Nach dem Entw. ist die an die Annahmeerklärung sich knüpfende Rechtsstellung als definitiver Erbe zwar eine solche, daß dem Erben das Inventarrecht, sofern er es nicht aufgegeben oder verwirkt hat (§§ 2092 ff.), verbleibt. Aber dennoch ist die Rechtsstellung mit Verpflichtungen

| §. 513. verknüpft, welche zu einer drückenden Last werden können. Der Umstand, daß das eigene Vermögen des Erben nicht unmittelbar in Mitleidenschaft gezogen wird, reicht nicht aus, um — entgegen den allgemeinen für Rechtsgeschäfte geltenden Grundsätzen — die Anfechtung der Annahmeerklärung wegen Drohung oder Betruges auszuschließen oder auf den Fall zu beschränken, daß ausnahmsweise die Annahmeerklärung des Pflichttheilsberechtigten nach § 1981 Abs. 1 einen wirklichen Vermögensverlust, nämlich den Verlust des Pflichttheilsanspruches, zur Folge hat. — Diese Anfechtung soll nur in Verbindung mit der Ausschlagung erfolgen. Eine Wiederherstellung der Ausschlagungsbefugniß ist nur insoweit gerechtfertigt, als der Anfechtende von der Befugniß, auszuschlagen, wirklich Gebrauch machen will und kann. Die Anfechtung kann einen praktischen Erfolg nicht haben, wenn der Anfechtende bereits aus einem anderen Grunde, nämlich in Folge des Ablaufes der Ausschlagungsfrist, so zu behandeln ist, wie wenn er angenommen hätte. Gegen den Ablauf der Ausschlagungsfrist kann und will auch der Entw. selbst dem zur Annahme durch Drohung Gezwungenen oder durch Betrug Verleiteten einen besonderen Schutz nicht gewähren.

Daß auch diese Anfechtung bei dem Nachlaßgerichte und in gleicher Frist und Form wie die Anfechtung der Ausschlagung zu erklären ist, rechtfertigt sich im Hinblick auf die Rechtsähnlichkeit der beiden Anfechtungsfälle. — Wegen der event. Präklusivfrist des § 2040 Abs. 5 genügt die Verweisung auf die Vorschriften über die Ausschlagung.

§ 2042 (II 1830, B. 1931, R. 1929, G. 1953).

6. Wirkungen
der Ausschlagung.

Daß in Folge der Ausschlagung der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt gilt (Abs. 1), kann als Ergebnis des Erwerbes kraft Gesetzes bezeichnet werden. Im Wesentlichen stimmt damit überein das geltende Recht (wegen des AN. vgl. Dernburg § 220 bei Anm. 6, Eccius § 269 Anm. 61; Code 785; hess. Entw. 341; aber auch sächs. GB. § 2259 und thüring. Erbgesetze), das gemeine Recht in Ansehung des suus (Windscheid § 595 Anm. 6—8, Roth § 363 Anm. 24—31). Die Hinweisung auf Ausnahmen ist entbehrlich; soweit der Entw. solche macht, ergeben sie sich aus den einschlagenden Vorschriften.

Weiterer
Anfall.

Den weiteren Anfall der ausgeschlagenen Erbschaft regelt der Abs. 2. Die ausgeschlagene Erbschaft fällt demjenigen an, welcher berufen gewesen wäre, wenn der Ausschlagende den Erblasser nicht überlebt hätte (Satz 1). In Ansehung der gesetzlichen Erbfolge vgl. § 1972. Die Aufnahme des Satzes, welcher sich nur als ein Folgesatz darstellt, ist der Deutlichkeit wegen für zweckmäßig erachtet. Auch diese Vorschrift entspricht im Wesentlichen dem geltenden Rechte (AN. I 9 § 406; Code 786; sächs. GB. 2261; hess. Entw. 354, 238), dem gemeinen Rechte, soweit ein suus der Erbe ist (Windscheid § 595 Anm. 9, Roth § 363 Anm. 32—34).

| §. 514.
Zeitpunkt
des weiteren
Anfalles.

| Aus gleichem Grunde ist beigelegt, daß der Anfall an den an Stelle des ausschlagenden Verufenen als mit dem Erballe erfolgt gilt (Satz 2). Nicht erwähnt ist, daß dies auch dann gilt, wenn der weiter Verufene in der Zwischenzeit gestorben ist. Wenn sich ein solches Ergebnis auch für die Regel dem Satz 2 verbunden mit § 2031 entnehmen läßt, so bleibt es immerhin eine thatsächliche Frage, ob nicht, falls es sich etwa um einen Ersatzerben handelt, der Erblasser gewollt habe, daß der Ersatzerbe die Ausschlagung erlebt haben müsse.

Mittheilung
durch
das Nachlaß-
gericht.

Die Aufnahme der Vorschrift, daß das Nachlaßgericht demjenigen, welchem die Erbschaft nunmehr anfällt, die Ausschlagung mitzuteilen habe (Satz 3; vgl. AN. I 9 § 407), ist rathsam mit Rücksicht auf § 2030 Abs. 2, um die Ausschlagungsfrist gegen den weiter Verufenen in Lauf zu setzen. Mit dem AN. aD. zu bestimmen, die Benachrichtigung habe nur zu erfolgen, wenn bekannt ist, wer dieser nunmehr Verufene ist, oder mit anderen Worten, wenn die Benachrichtigung ausführbar ist, erscheint so wenig erforderlich, wie in den ähnlichen Fällen der §§ 1266, 1398, 1475. Die Pflicht des Nachlaßgerichtes begrenzt sich von selbst durch entgegenstehende Hindernisse. Ist unbekannt, an wen nunmehr der Anfall erfolgt, so kommen die §§ 2038 ff. zur Anwendung.

§§ 2043, 2044 (II 1534a, 1702, B. 1622, 1800, R. 1620, 1798, G. 1643, 1822).

7. Ausschlagung
seitens Bevormundeter etc.
a) Genehmigung
des Vormund-
gerichtes.

Der Entw. beschränkt sich auf die Vorschrift, daß zur Ausschlagung seitens des unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft stehenden die Genehmigung des Vormundgerichtes erforderlich ist. Dieselben auch gegen den definitiven Erwerb der Erbschaft zu schützen, würde nicht vereinbar sein mit den Bedürfnissen des praktischen Lebens und auch nicht mit der im § 2030 bestimmten Präklusivfrist. — Würde vom gesetzlichen Vertreter gesprochen, so würde auch der gesetzliche Vertreter einer juristischen Person getroffen werden. In Betracht zu ziehen ist ferner der Fall, daß eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person selbst mit Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters handelt. Eine besondere Vorschrift in Ansehung des Pflegers einer solchen Person ist nicht erforderlich mit Rücksicht auf § 1743. Die Aufnahme einer Vorschrift dieses Inhaltes würde den Grundsatz verdunkeln, daß in Ansehung eines Pflegers die gleichen Erfordernisse gelten wie in Ansehung des Vormundes, mag der Pflerbevollene in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sein oder nicht. — Wegen der Fassung der Vorschrift vgl. zum § 1957 S. 340 f.

Von der Regel des § 2043 macht der § 2044 eine Ausnahme für den Fall, daß der Gewalthaber nicht als Miterbe mit dem Kinde zur Erbschaft berufen ist. Er soll alsdann die Erbschaft für das Kind | ohne Genehmigung ausschlagen dürfen, falls die Erbschaft in Folge seiner Ausschlagung dem unter seiner elterlichen Gewalt stehenden Kinde anfällt. Auch wird ihm die Befugniß beigelegt, in einem solchen Falle beide Ausschlagungen mittels einer und derselben Erklärung zu bewirken.

b) Aus-
nahme.

| S. 515.

Einige geltende Rechte gehen weiter, indem sie den Gewalthaber ohne Genehmigung des Gerichtes ausschlagen lassen (Roth § 383 Anm. 47, 48; wegen des ALR. Eccius § 269 Anm. 39, Dernburg § 219 Anm. 2; sächs. GB. § 1818; Code § 389 ff.; uA.). Wenn er die zunächst ihm angefallene Erbschaft ausschlägt, so ist fast mit Gewißheit anzunehmen, daß die Erbschaft überhaupt für den Berufenen, also auch für das nächstberufene Kind, ohne Vortheil sein werde, da der Gewalthaber das dringendste Interesse hat, die Erbschaft zu erwerben und nicht leicht ohne gehörige Prüfung der Sachlage ausschlagen wird. Dieser Umstand rechtfertigt eine Erweiterung der regelmäßigen Befugnisse des Gewalthabers und gestattet, ihm gegenüber von dem Erfordernisse der Genehmigung des VormGerichtes abzusehen. Eine solche Erweiterung ist im praktischen Interesse um so mehr angemessen, als es sonst leicht dazu kommen kann, daß das VormGericht, um jede Verantwortlichkeit von sich fern zu halten, auf Annahme der Erbschaft für das Kind, welchem das Inventarrecht zustehe, besteht, auch wenn die Insolvenz der Erbschaft kaum zu bezweifeln ist. Bleibt unbeachtet, welche Last und Mühe dem Gewalthaber aus einer solchen widerwilligen Annahme der Erbschaft erwächst, so ist zu besorgen, daß daraus erhebliche Nachteile für das Kind und sein Verhältnis zum Gewalthaber sich ergeben. — Die Verbindung der beiden eigentlich successiven Ausschlagungen in einer und derselben Erklärung zuzulassen, ist angemessen aus denselben Zweckmäßigkeitsrücksichten, auf welchen der § 2038 Abs. 3 beruht (vgl. S. 509 f.). Der Umstand, daß vorliegend die eine Erklärung vom Gewalthaber für sich selbst, die andere von ihm in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter des Kindes abzugeben ist, ändert daran nichts.

Ist jedoch der Gewalthaber Miterbe des Kindes, so liegt die Sache anders. Die Prüfung der Ausschlagung seitens des Gewalthabers für sich geht nicht voraus, sondern die Prüfung im Interesse beider steht in gleicher Linie. Von vornherein ist zu entscheiden, ob die Ausschlagung für das Kind angemessen sei, und es ist in Betracht zu ziehen, daß die Wirkung der Annahme bei dem Wegfalle von Miterben sich erweitert. Ein Widerstreit des Interesses Beider ist nahelegend. In solchen Fällen muß es daher bei der Regel des § 2043 sein Bewenden behalten.

Gewalthaber
als Miterbe.

Für den Fall, daß einem der Gatten, während der gesetzliche Güterstand besteht, eine Erbschaft anfällt oder daß der Anfall an eine Frau, ohne daß der gesetzliche Güterstand ausgeschloffen ist, erfolgt, bedarf es besonderer | Vorschriften nicht. Erfolgt der Anfall an den Mann, so ergiebt sich aus den §§ 1351, 1352, 1417, 1431, erfolgt der Anfall an die Frau, aus den §§ 1291, 1338—1340, 1350, 1417, 1431 bz. § 1308 Nr. 1, §§ 1351, 1355, 1417, 1431 die Entscheidung. Wegen der selbständigen Prozeßführung der Frau dann, wenn der Anfall zum Ehegute erfolgt ist, bestimmt der § 1302.

Anfall an
einen Gatten.

| S. 516.

2. Titel: Erbunwürdigkeit.

Von den in Deutschland geltenden Rechten betrachtet nur das öst. GB. den Erbunwürdigen als kraft Gesetzes unfähig, aus dem betr. Nachlasse zu erben, mit einer Ausnahme in Ansehung der wiederheirathenden Wittve (vgl. §§ 540—543, 819); an den Erbunwürdigen fällt nicht an. Für die wegen gewisser Verbrechen vor dem Erwerbe der Erbschaft durch den Strafrichter Verurtheilten steht das württ. Recht nach dem G. v. 5. Sept. 1839 auf gleichem Boden (vgl. Stein § 150 und Unger § 5 Anm. 4, 18). — Die Mehrzahl der deutschen Rechte geht davon aus, daß der Erbunwürdige Erbe wird, daß ihm aber die Erbschaft wieder entzogen werden kann. Nach einigen Rechten verliert der Erbe nur die Vortheile der Erbschaft; er bleibt jedoch Erbe. So nach gemeinem Rechte, nach dem bayer. MR. III 1 § 20 und anderen Rechten beschränkteren Geltungsgebietes (Windscheid § 674; Roth § 381 Anm. 41 ff.; Unger § 5 Anm. 4), auch nach dem ALR. (vgl. Dernburg § 101; Eccius § 278). Nach dem Code 727—729, 1046, 1047 gestaltet sich das Verhältnis ähnlich wie bei dem ausschlagenden Erben. Das sächs. GB. §§ 2280, 2278 mit §§ 2259, 2261 gelangt im Wesentlichen zu dem gleichen Ergebnisse, indem es die Unwürdigkeit abhängig macht von der seitens eines Betheiligten zu betreibenden Unwürdigkeitserklärung, die Wirkungen einer solchen Erklärung aber denen der Ausschlagung angleicht. In der Hauptsache auf gleicher Auffassung beruhen ferner die thüring. Erbgesetze. Der hess. Entw. 8, 340/1, 355—357 folgt dem franz. Rechte, Mommsen führt aus, er habe sich dem öst. GB. angeschlossen (Mot. S. 140); im Ergebnisse weicht er jedoch nicht erheblich ab vom sächs. GB. (vgl. §§ 12, 13, 16—18). — Der Entw. unterscheidet nicht zwischen Indignität und Inkapazität; indem er die Anfechtung zum Ausgangspunkte nimmt (§§ 2046, 2047), folgt er der Mehrzahl der deutschen Rechte.

Unfähigkeit
kraft Gesetzes.

| §. 517.

Fiskus als
Berechtigter.

| Das gemeine Recht erklärt den Fiskus für denjenigen, welcher die Erbschaft dem Unwürdigen zu entreißen hat (Windscheid §§ 670, 671; Roth § 381 Anm. 41 ff.). Diesen in älteren Rechten noch festgehaltenen Grundsatz hat bereits das *ALR.* verlassen (Dernburg § 101 Anm. 3, 4); alle neueren Rechte haben dem Fiskus eine solche Befugniß nicht eingeräumt. Der Entw. sieht gleichfalls von einer Begünstigung des Fiskus ab.

Das *ALR.* läßt gewisse Gründe nur in Ansehung der gesetzlichen Erbfolge wirken (vgl. Dernburg § 101; *Ecclus* § 278). Eine Unterscheidung in dieser Richtung ist nicht aufgenommen.

§ 2045 (II 2204, B. 2313, R. 2312, G. 2339).

I. Gründe der
Erb-
unwürdigkeit.

Der Entw. geht durchweg davon aus, daß es in Ansehung der Unwürdigkeitsgründe nicht, wie bei den Gründen der Pflichttheilsentziehung (§ 2001), auf die besonders schwere gegen den Erblasser sich richtende Verfehlung ankomme, durch welche die einer Strafe ähnliche Zufügung eines Vermögensnachtheiles sich rechtfertigt. Vielmehr ist der Grund der Erbunwürdigkeit wesentlich der, daß der Erbunwürdige den Erblasser hindert, von seiner Testirfreiheit Gebrauch zu machen, oder daß er nach dem Tode des Erblassers einen hindernden Einfluß in Ansehung der Feststellung des Willens des Erblassers ausübt. Nach diesen Gesichtspunkten sind die Voraussetzungen der Erbunwürdigkeit bestimmt. Verlangt wird nicht der Nachweis, daß der Erblasser ohne die Verfehlung des Unwürdigen in anderer Weise, als geschehen, von Todeswegen verfügt oder, daß und in welcher Weise er verfügt haben würde. Es genügt, daß die Handlung des Unwürdigen sich als eine Kränkung der Testirfreiheit des Erblassers darstellt. Die Voraussetzung muß erschütternd sein, daß der wirkliche Wille des Erblassers zum vollen und rechtsgültigen Ausdruck gelangt sei, oder, wenn es in Ermangelung jeder Verfügung des Erblassers von Todeswegen um die gesetzliche Erbfolge sich handelt, daß der Erblasser die gesetzliche Erbfolge ohne jene Handlung nicht durch eine Verfügung von Todeswegen geändert haben würde. — Die anerkannten einzelnen Erbunwürdigkeitsgründe werden unter Nr. 1—4 aufgezählt.

Tödtung des
Erblassers.

Der Grund Nr. 1 (dolose Tödtung des Erblassers) ist allen geltenden Rechten bekannt (vgl. Windscheid § 670; *Seuffert* 32 Nr. 59, 43 Nr. 34; Roth § 381 Anm. 7; *ALR.* I 12 §§ 599, 600 — ob auf die gesetzliche Erbfolge auszudehnen, ist nicht unzweifelhaft, vgl. aber II 1 §§ 823, 829 — Code 727; sächs. *GB.* § 2277; *Mommsen* § 12; hess. Entw. 8; bayer. *LR.* III 1 § 20; uA.). Das Delikt ist in derselben Weise wie in § 722 bezeichnet. Es kommt nicht in Betracht, ob die Absicht des Handelnden auf einen Eingriff in die Testirfreiheit gerichtet war. Die Handlung muß gewollt sein; sie muß ihrer Natur nach den Gebrauch der Testirfreiheit seitens des Erblassers beschränken. Schaltet sich eine Zwischenzeit zwischen der rechtswidrigen Handlung | und dem Tode des Erblassers ein, in welcher der Erblasser im Stande gewesen ist, von seiner Testirfreiheit zum Nachtheile des ihm bekannten Unwürdigen Gebrauch zu machen, so behält dennoch der Erbunwürdigkeitsgrund seine Geltung. — Nicht in gleicher Weise sind Lebensnachstellungen oder der Versuch einer Tödtung (Code 727; hess. Entw. 8 Nr. 1) zu beurtheilen, da nicht vom Gesichtspunkte der Strafe ausgegangen ist. — Nicht aufgenommen ist der gemeinrechtliche Grund der unterlassenen gerichtlichen Verfolgung des Mörders (Windscheid § 670 Nr. 2; Roth § 381 Anm. 8). Der Tödtung gleichgestellt ist (sächs. *GB.* § 2277; *Mommsen* § 12 Nr. 1) der Fall, daß der Erblasser bis zu seinem Tode in einen Zustand versetzt wurde, durch welchen er zur Errichtung einer letztwilligen Verfügung unfähig wurde. Für diesen Fall muß, gemäß dem im Eingange Bemerkten, der Vorsatz nicht gerade darauf gerichtet sein, den Erblasser bis zu dessen Tode in einen Zustand zu versetzen, welcher nach dem Gesetze die Testirunfähigkeit zur Folge hat. Nicht erforderlich ist ferner, daß überhaupt an die Testirunfähigkeit besonders gedacht sei.

| §. 518.

Verhinderung
beabsichtigter
Verfügung.

Der Grund Nr. 2 betrifft die Verhinderung an einer konkreten vom Erblasser beabsichtigten Verfügung. Dieser Grund ist dem überwiegend geltenden Rechte entnommen (Windscheid § 671 Nr. 6; Roth § 381 Anm. 10; *ALR.* I 12 § 605; *Mommsen* § 12 Nr. 2). — Die Aufhebung der letztwilligen Verfügung ist besonders erwähnt, da sonst Zweifel entstehen könnten, ob auch die Verhinderung am Widerruf mitgetroffen sei, insbes., wenn es sich um einen beabsichtigten Widerruf durch Zerstörung der Urkunde (§ 1934) oder durch Zurücknahme der Verfügung aus dem amtlichen Gewahrsam (§ 1935) gehandelt hat. Die Verhinderung am Abschlusse eines erbrechtlichen Vertrages wird einbezogen und deshalb von „Verfügungen von Todeswegen“ geredet. Auch dann liegt ein Eingriff in die Testirfreiheit des Erblassers vor, wenn das Zustandekommen einer vom Erblasser gewollten vertragsmäßigen Verfügung gehindert wird.

Widerrecht-
liche Bestim-
mung zu einer
Verfügung.

Der Grund Nr. 3, widerrechtliche Bestimmung zu einer Verfügung von Todeswegen, trifft auch die Bestimmung des Erblassers zu einer vertragsmäßigen Verfügung (*ALR.* I 12 § 609; sächs. *GB.* § 2277; *Mommsen* § 12 Nr. 2; hess. Entw. 8 Nr. 2; uA.). Nicht erwähnt ist die Anwendung von Gewalt, weil im Falle körperlicher Ueberwältigung (*vis absoluta*) von einer Willensbestimmung des Erblassers nicht gesprochen werden kann und der Fall der *vis absoluta* auch ohne ausdrückliche Erwähnung vermöge des arg. a potiori mitgetroffen ist. — Dieser Un-

würdigkeitsgrund kann entbehrlich und die Anfechtbarkeit der an einem Willensmangel leidenden Verfügung des Erblassers ausreichend erscheinen. Für die Aufnahme des Grundes ist als entscheidend erachtet, daß durch die widerrechtliche Beeinflussung des Erblassers eine Unsicherheit darüber herbeigeführt wird, wie der Erblasser sonst vielleicht verfügt haben würde. Eine derartige Kränkung der Testirfreiheit des Erblassers muß als ein genügender Grund für die Erbnunwürdigkeit angesehen werden. | S. 519.

Der Grund Nr. 4 betrifft die nach den §§ 267—274 StGB. strafbaren Handlungen in Ansehung einer Verfügung von Todeswegen (also auch vertragsmäßiger Verfügungen). Das geltende Recht zählt zumeist die Fälle auf, welche hierher gehören, aber keineswegs gleichmäßig, insbes. Unterdrücken, Fälschen, Beweisunbrauchbarmachen oder Unterschlagen der errichteten Urkunde, Unterschreiben einer falschen Urkunde u. dergl. (Windscheid § 671 Nr. 3, 4; Roth § 381 Anm. 12; MN. I 12 § 608; säch. GB. § 2277; Mommsen § 12 Nr. 3; hess. Entw. 8 Nr. 3). — Die Anlehnung an die Vorschriften des StGB. über Urkundenfälschung verdient den Vorzug, weil durch die Bezugnahme auf diese Vorschriften der verlangte Thatbestand genau und erschöpfend festgestellt wird. Das Delikt der Urkundenfälschung unterscheidet sich von den durch die Gründe Nr. 1—3 getroffenen Verfehlungen dadurch, daß die letzteren bei dem Tode des Erblassers zu einer Rechtslage in Ansehung der Erbschaft führen, von welcher durch das Delikt zweifelhaft wird, ob sie mit dem wirklichen und freien Testirwillen des Erblassers sich in Uebereinstimmung befindet, während die Urkundenfälschung die Rechtslage gar nicht oder doch nur mittelbar dadurch beeinflusst, daß für die Ueberlebenden die klare Rechtslage verdunkelt wird oder verdunkelt werden soll. Für das Schicksal der Erbschaft ist aber nicht die wirkliche, sondern die scheinbare und erweisliche Rechtslage bestimmend. Daraus erhellt, daß die Urkundenfälschung geeignet ist, die Testirfreiheit, dem praktischen Erfolge nach, in gleichem Maße zu kränken, wie die in den Nr. 1—3 bezeichneten Verfehlungen. Entscheidend kann nicht sein, ob die Urkundenfälschung wirklich zu einer nicht zu hebenden Dunkelheit der Verfügungen des Erblassers geführt und dadurch dessen Willen unausführbar gemacht hat. Würde die Erbnunwürdigkeit ausschließlich von dem Umstande abhängig gemacht, daß thatsächlich der Wille des Erblassers verdunkelt ist, so würde der Zufall entscheiden, ob nicht trotz der Urkundenfälschung die wahre Rechtslage klargestellt und der rechtsgültige Wille des Erblassers in vollem Umfange zur Ausführung gebracht werden kann. Der Fälscher muß auch dann, wenn er seine Ziele verfehlt, von dem Nachtheile der Erbnunwürdigkeit getroffen werden. Wenngleich dadurch ein gewisses strafendes Moment in die Vorschriften über die Erbnunwürdigkeit hineingetragen wird, so läßt sich doch hieraus allein ein begründetes Bedenken gegen die Aufnahme der Vorschrift nicht herleiten. — Daraus, welchen Inhalt die von der Urkundenfälschung betroffene Verfügung von Todeswegen hatte, kann ebensowenig ankommen, wie der Inhalt der zu treffenden oder getroffenen Verfügung in Ansehung der Gründe Nr. 2, 3 erheblich ist. Im geltenden Rechte findet sich noch eine Anzahl anderer Erbnunwürdigkeitsgründe, theils solche, theils Verfehlungen gegen den Erblasser — vgl. I außer dem gemeinen Rechte (Windscheid § 670; Roth § 381) MN. I 12 § 599 mit II 2 § 762, Code 727 Nr. 2, 3, öst. GB. § 540, theils Verfehlungen gegen den letzten Willen des Erblassers (Windscheid § 671; Roth § 381), theils Verfehlungen gegen das Gesetz (Windscheid § 672; Roth § 381; Dernburg § 101 Nr. 3; uA.). Diese weiteren Gründe sind theils nicht für erheblich genug erachtet, um sie aufzunehmen, theils sind sie ungeeignet gegenüber der dargelegten Grundausfassung. In Ansehung einiger dieser Gründe genügt die Befugniß des Erblassers, den Pflichttheil zu entziehen (§ 2001), in Ansehung anderer kommen ausschließlich Strafgesichtspunkte in Betracht.

Fälschung
u. v.

Absehung
weiterer
Gründe.
| S. 520.

Daß, soweit Mehrere bei der entscheidenden Verfehlung mitgewirkt haben, jede Art der Theilnahme an dem zur Erbnunwürdigkeit führenden Delikte genügt, ist hier so wenig wie im Falle des § 2001 ausdrücklich zu bestimmen nöthig (vgl. zum § 2001 S. 431).

Mitwirkung
Mehrerer.

§§ 2046, 2047 (II 2205—2207, B. 2314—2316, R. 2313—2315, G. 2340—2342).

1. Im Anschlusse an die Mehrzahl der geltenden Rechte hat sich der Entw. (§ 2046) gegen das System der Wirkung der Unwürdigkeit kraft Gesetzes und für die Anfechtbarkeit entschieden. Freilich spricht gegen die Anfechtbarkeit, daß die Anfechtung sich nicht, wie sonst in dem Entw., richtet gegen den Bestand eines Rechtsgeschäftes (vgl. zB. §§ 1780 ff., 1948 ff., 2040 ff.) oder gegen eine Willenserklärung (§ 103), sondern gegen ein Rechtsverhältniß, „das Erbe geworden sein“, ferner daß die Gesichtspunkte, welche zu der gewöhnlichen Anfechtbarkeit führen, hier nicht zutreffen. Dagegen kommt vom praktischen Standpunkte aus vorzugsweise in Betracht, daß die Wirkung kraft Gesetzes unvereinbar ist mit dem an der Kundbarkeit der Erbfolge bestehenden öff. Interesse. Es würde nicht angemessen sein, einem Thatbestande, welcher seiner Natur nach in der Regel dem Kundwerden sich entzieht, einen kraft Gesetzes wirkenden Einfluß auf den Eintritt der Erbfolge beizulegen. Diese Rücksichten führen dazu, eine gerichtliche Feststellung der Erbnunwürdigkeit zu verlangen und das Rechtsverhältniß des Erbeseins eines Unwürdigen nach den für die

II. Geltend-
machung.
Anfechtung.

Anfechtbarkeit geltenden Grundsätzen zu beurtheilen. Nach dem Entw. unterliegt auch die Stellung eines Kindes als eines ehelichen — also gleichfalls ein Rechtsverhältniß, kein Rechtsgeschäft — einer ähnlichen Anfechtung (vgl. § 1475). Um die angedeuteten Zwecke zu erreichen, muß die Anfechtungserklärung nicht nur formalisirt, sondern auch ihre Wirksamkeit bis zur Erlassung des Urtheiles hinausgeschoben werden, und zwar in der Weise, daß die Anfechtung erst in diesem Zeitpunkte wirkt, dann aber auch von diesem Zeitpunkte an rückwirkende Kraft erlangt. Der Abs. 1 spricht lediglich den Grundsatz der Anfechtbarkeit aus.

Zeit der
Zulässigkeit.

§ 521.

Die Anfechtung ist erst nach dem Anfalle zulässig (Abs. 2). Hinzugefügt ist die Ausnahme, daß die Anfechtung im Falle der Erbunwürdigkeit eines Nacherben schon vor dem Anfalle der Erbschaft an den Nacherben nach Eintritt | des Erbfalles erfolgen kann (Satz 2). Mitgetroffen ist durch die Ausnahme der Fall der Einsetzung unter einer aufschiebenden Bedingung, da eine solche nach § 1808 als Nacherbeinsetzung wirkt. Für die Vorschrift sprechen Gründe der Zweckmäßigkeit. In solchem Falle nimmt der Erbunwürdige schon vom Erballe an eine Rechtsstellung ein, aus welcher er durch die Anfechtung muß verdrängt werden können. Wenn aber auch vor dem Anfalle geklagt werden kann, so läuft doch selbst in diesem Falle die Präklusivfrist des Abs. 4 erst von der Kenntniß des Anfechtungsgrundes (Abs. 4 Satz 2).

Der
Anfechtungs-
berechtigte.

Anfechtungsberechtigt kann nach der dem Entw. zu Grunde liegenden Auffassung (vgl. § 1972) nur derjenige sein, welcher Erbe sein würde, wenn der Erbunwürdige den Erblasser nicht überlebt hätte (vgl. Abs. 3). Im Anschlusse hieran, entsprechend dem § 2028 Abs. 2, für den Fall vorzusehen, daß der Anfechtungsberechtigte während des Laufs der Anfechtungsfrist verstorben ist, erscheint nicht erforderlich. Wirkte die Unwürdigkeit kraft Gesetzes, so würde der § 2028 Abs. 2 selbstverständlich anwendbar sein. Dadurch, daß der vom Unwürdigen gemachte Erwerb nur für anfechtbar erklärt wird, soll das schließliche materielle Ergebnis nicht geändert werden; es wird nur bestimmt, daß dieses Ergebnis im Wege der Anfechtung herbeizuführen ist. Nun würde freilich ein abweichendes Ergebnis eintreten, wenn das Anfechtungsrecht ein höchstpersönliches Recht wäre, welches ausschließlich dem ursprünglich Berechtigten zustände. Von dem Grundgedanken des Entw. über die Erbunwürdigkeit ausgegangen, liegt eine solche Auffassung so fern, daß einer solchen nicht durch die Aufnahme einer Vorschrift, welche eher verdunkelnd wirken würde, entgegenzutreten ist.

Als selbstverständlich ist ferner angesehen, daß, wenn ein an sich anfechtungsberechtigter Erbe in der Weise wegfällt, daß der Anfall als an ihn nicht erfolgt anzusehen ist (vgl. zB. § 2042), das Anfechtungsrecht auf den an dessen Stelle tretenden Erben übergeht.

Zeit zur
Anfechtung.

Die Vorschriften über die Anfechtungsfrist (Abs. 4—6) entsprechen dem § 1788 mit den erforderlichen Modifikationen in Ansehung des Beginnes der Frist. Die Modifikationen lassen die vollständige Aufnahme der Vorschriften ohne Verweisung auf § 1788 angemessen erscheinen, da eine Verweisung mit Hinzufügung der Maßgabe nicht zu einer erheblichen Abkürzung führen würde. Wegen der Entbehrlichkeit eines Schutzes Dritter, welche sich mit dem Erbunwürdigen eingelassen haben, vgl. zum § 2091.

Schutz
Dritter.

2. Art der
Anfechtung.
Beginn der
Wirkung.
(G. § 2342.)

§ 522.

2. Die Anfechtung erfolgt durch Erhebung der Klage auf Erbunwürdigkeitserklärung (§ 2047). Die Klage enthält, wie die Klage, durch welche eine Ehe oder die Ehelichkeit des Kindes angefochten wird, zugleich den rechtsgeschäftlichen Anfechtungsakt. Nach § 2046 ist Gegenstand dieser Anfechtung der Anfall. Der Klageantrag geht auf Erbunwürdigkeitserklärung, weil diese — ähnlich wie die Ungültigkeit einer anfechtbaren Ehe — zur Klarstellung der Rechtslage mit Rücksicht auf die wichtigen Vorschriften des § 2048 (Behandlung, als wäre | der Anfall nicht erfolgt usw.) auszusprechen ist und der Klageantrag dem Urtheile zu entsprechen hat, obgleich er sachlich mit dem Antrage zusammenfällt, die Anfechtung mit den Wirkungen des § 2048 für begründet zu erklären. Das Urtheil ist nur deklaratorischer, nicht konstitutiver Natur. Dies stellt der § 2048 außer Zweifel. Die vernichtende Wirkung in Ansehung des Anfalles wohnt auch hier der Anfechtungserklärung bei. Die Bezeichnung der Klage als Klage auf Erbunwürdigkeitserklärung darf nicht so aufgefaßt werden, als sollte von diesem Grundsätze abgewichen und dem Urtheile konstitutive Bedeutung beigelegt werden. Der § 1972 enthält gleichfalls den Ausdruck „für erbunwürdig erklärt ist“, ebenso der § 2022; es sind also durchweg an die durch richterliches Urtheil erklärte, dh. festgestellte Erbunwürdigkeit Wirkungen geknüpft.

Zwischenzeit
bis zum
Urtheile.

In der Zwischenzeit zwischen der Klagerhebung und dem feststellenden Urtheile dürfen der geschenehen Anfechtung im Interesse der Kundbarkeit des Rechtsverhältnisses noch nicht gegenwärtige Wirkungen zugestanden werden. Dies bringt der Satz 2 zum Ausdruck. Die Aufnahme der Vorschrift ist geboten, weil es bei der gewöhnlichen Anfechtung nach § 113 verb. mit § 112 sich anders verhält.

Anfechtungs-
gegner.

Daß Anfechtungsgegner der Unwürdige ist, bedarf der Erwähnung nicht. Würde es bestimmt, so wäre das Mißverständniß möglich, die Klage dürfe nur gegen den Unwürdigen selbst, nicht gegen dessen Universalnachfolger, gerichtet werden. Würden aber letztere ebenfalls erwähnt,

so würden damit alle diejenigen Vorschriften, bei welchen ein solcher Zusatz nicht gemacht ist, verdunkelt.

Vorzusehen, daß ein Dritter, an welchen eine Zuwendung unter einer zu Gunsten des Unwürdigen beigefügten Bedingung erfolgt ist, nicht leide, falls die Bedingung wegen der Unwürdigkeit desjenigen, dessen Vortheil sie bezweckt, nicht erfüllt werden kann (vgl. Mommsen § 13 Abs. 3, dessen Mot. S. 143), erscheint nicht erforderlich. Es handelt sich um einen ganz speziellen Fall, für welchen eine angemessene Entscheidung schwerlich allgemein gegeben werden kann.

Fürsorge für gewisse Dritte.

§§ 2048, 2049 (II 2209, 2210, B. 2318, 2319, R. 2317, 2318, G. 2344, 2345).

1. Die rechtlichen Wirkungen der begründeten Anfechtung oder der Erbunwürdigkeitserklärung bestimmt der § 2048 Abs. 1, indem die Vorschriften des § 2042 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, 2 für entsprechend anwendbar erklärt werden. Der Anfall gilt also als nicht erfolgt, die Erbschaft fällt demjenigen an, welcher berufen gewesen wäre, wenn der Erbunwürdige den Erblasser nicht überlebt hätte; der Anfall an den an Stelle des Erbunwürdigen Berufenen gilt als mit dem Erbfall erfolgt. Der Entw. schließt sich hiernach nicht dem gemeinen Rechte und dem A.R. an; er gelangt aber durch seine Regelung zu einer nicht unerheblichen Vereinfachung. Eine verschiedene Behandlung, je nachdem es sich um gesetzliche Erbfolge oder um Berufung durch letztwillige Verfügung handelt (Code 1046, 1047 mit 727), würde nicht angemessen sein; für den Code ist wohl auch in dieser Beziehung die Unterscheidung zwischen Erben und légataires universels von Bedeutung gewesen. Ausdrücklich hervorzuheben, daß jene Unterscheidung | zwischen den Berufungsgründen nicht gemacht wurde, ist nicht erforderlich. Selbstverständlich erscheint ferner, daß es auch nicht von Belang ist, ob der Erbe ein Pflichttheilsberechtigter ist oder nicht.

III. Wirkungen der durchgeführten Anfechtung.

| S. 523.

Daß der Anfechtende nicht ausgeschlagen kann (Abs. 2), rechtfertigt sich deshalb, weil es nicht zulässig erscheint, an die Stelle eines schwebenden Verhältnisses ein anderes schwebendes Verhältniß zu setzen. Dies würde aber geschehen, wenn der Anfechtende durch die Erbunwürdigkeitserklärung nur in die Stellung eines noch zur Ausschlagung berechtigten Erben gelangte. Deshalb wird durch zwingende Vorschrift der Anfechtung die Wirkung einer Annahmeerklärung beigelegt. So zu regeln, erscheint nicht bedenklich, da der Anfechtende ein wirkliches, berechtigtes Interesse an der Erbunwürdigkeitserklärung nicht haben kann, wenn er nachträglich noch ausschlagen will.

Nichtberechtigung des Anfechtenden zur Ausschlagung.

Von einer Vorschrift für den Fall, daß von mehreren Anfechtungsberechtigten nur einer oder mehrere die Erbunwürdigkeitserklärung erheben, ist hier, wie in anderen Fällen der Anfechtung, abgesehen. Ein besonderer Grund, dieser Frage gerade bei der Erbunwürdigkeit näher zu treten, liegt nicht vor. Auch im Falle des § 112 ist die Frage nicht im Gesetze gelöst, ebensowenig im Falle des § 1785.

2. Wie zum § 2048 bemerkt ist, versteht es sich von selbst, daß der Erbe, welcher zugleich pflichttheilsberechtigter ist, ebenfalls für erbunwürdig erklärt werden kann, und durch die Erbunwürdigkeitserklärung Erbrecht und Pflichttheilsrecht verliert. Der § 2049 befaßt sich mit einem anderen Falle. Er versagt dem Pflichttheilsberechtigten, welcher nicht Erbe ist, dem also nur der Pflichttheilsanspruch zusteht, diesen Anspruch im Falle der Erbunwürdigkeit dergestalt, daß die Unwürdigkeit im Wege der Einrede geltend gemacht werden kann, ohne daß es einer Anfechtungsklage und Erbunwürdigkeitserklärung bedarf, und ohne daß die Einrede (wie die Anfechtungsklage) an eine Präklusivfrist gebunden ist. Es wird also zu der einfacheren Wirkung der Erbunwürdigkeit kraft Gesetzes zurückgekehrt. Dies kann geschehen, weil nach den §§ 1975, 1976 das Pflichttheilsrecht nur ein Schuldverhältniß zwischen dem Erben und dem Erbunwürdigen zur Folge hat und damit diejenigen Gründe entfallen, welche gegen die Bestimmung einer unmittelbaren und kraft Gesetzes eintretenden Wirkung maßgebend sind. Ein vor dem Erballe liegender Unwürdigkeitsgrund wirkt kraft Gesetzes vernichtend. In Ansehung der Zurückforderung des Geleisteten entscheiden die Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung. Den bezeichneten Anspruch zeitlich zu begrenzen, fehlt es an genügenden Gründen. Zudem ist die Frage von so geringer praktischer Bedeutung, daß schon deshalb eine Sondervorschrift besser vermieden wird.

VI. Pflichttheilsanspruch.

Einrede.

Zurückforderung des Geleisteten.

Eine besondere Vorschrift wegen Rückbeziehung der Wirkungen einer erfolgreichen Anfechtung mit der Erbunwürdigkeitserklärung in der Weise, daß von der Erhebung der Anfechtung an alle Folgen eintreten, welche an die Erhebung der Erbschaftsklage sich knüpfen, ist entbehrlich. Dahingestellt bleiben kann, | ob mit der Anfechtungsklage der Erbschaftsanspruch verbunden werden kann; diese prozessuale Frage eignet sich ihrer Natur nach nicht zur Lösung durch das bürgerliche Recht. Um so weniger wäre es angemessen, durch eine besondere Vorschrift dafür zu sorgen, daß auch dann, wenn eine Verbindung beider Ansprüche nicht erfolgt ist, von der Erhebung der Anfechtungsklage an für den Kläger die Folge eintritt, daß der Erbunwürdige als Prozeßbesitzer, also in weiterem Umfange, nach § 244 haftet. Eine solche positive Entscheidung wäre an sich bedenklich; sie würde aber auch kaum von praktischem Interesse sein, da der Unwürdige selbst immer in bösem Glauben oder im Verzuge sein wird; nur der Erbe des Unwürdigen kann vielleicht redlicher Besitzer sein.

Gleichstellung mit dem Erbschaftsansprüche.

| S. 524.

Nutz-
niehung zc.
an dem der
Ehefrau zc.
Bugefallenen.

In einigen Rechten findet sich eine Vorschrift, daß der Erbunwürdige kein Recht haben soll auf die Nutzniehung und Verwaltung dessen, was seiner Ehefrau oder seinen Kindern von dem Nachlasse zufällt (vgl. außer den thüring. Erbgesetzen Code 730; heff. Entw. 356; Mommsen § 14 nebst Mot. S. 143). Als erbrechtliche Vorschrift entbehrt dieselbe der Begründung; aus familienrechtlichen Gesichtspunkten würde es sich ebensowenig rechtfertigen lassen, die Unwürdigkeit als Beendigungsgrund für die eheliche Nutzniehung und Verwaltung oder für die elterliche Nutzniehung aufzustellen (vgl. §§ 1327 ff., 1536, 1553, 1554).

§ 2050 (II 2208, B. 2317, R. 2316, G. 2343).

V. Ber-
zeihung.

In Ansehung der Wirkungen der Verzeihung stimmt der Entw. überein mit dem sächs. GB. § 2279, dem öst. GB. § 540, den thüring. Erbgesetzen und einigen anderen Rechten (Mommsen § 15; heff. Entw. 358; uM.). Das gemeine Recht räumt der Verzeihung rechtliche Wirkungen nicht ein; das Gleiche gilt vom Code in den Fällen des Art. 727. Das AN. I 12 § 600 bestimmt solche Wirkungen nur für den Fall der Tödtung in Folge eines Versehens (vgl. Dernburg § 101 Anm. 7; Eccius § 278 Anm. 1). — Zu weit würde es gehen, wenn die gegen den Erblasser sich richtende Verzeihung noch als Erbunwürdigkeitsgrund gelten sollte, nachdem eine Verzeihung stattgefunden hat, während die Pflichttheilsentziehung gemäß § 2004 unwirksam ist, wenn der Erblasser die Handlung verziehen hat, welche die Entziehung rechtfertigt. Die Erbunwürdigkeit ist nur bestimmt im Interesse der Testirfreiheit des Erblassers; seiner Verzeihung muß daher ein Erfolg zugebilligt werden, wenngleich es sonst nicht in der Macht des Erblassers steht, die gesetzlichen Folgen der Erbunwürdigkeit durch Rechtsgeschäft aufzuheben. Eine besondere Form der Verzeihung vorzuschreiben (heff. Entw. 358; dagegen Mommsen's Mot. S. 141, 142) geht nicht an; damit würde der Zweck der Vorschrift im Wesentlichen vereitelt.

Mit der Verzeihung fallen selbstverständlich alle Wirkungen der Erbunwürdigkeit weg, also auch die kraft Gesetzes tilgende Wirkung in Ansehung des Pflichttheilsanspruches.

| §. 525.

Verzicht auf
die
Anfechtung.

Ueber die Wirkungen des einseitigen Verzichtes und die Genehmigung seitens des Anfechtungsberechtigten bedarf es besonderer Vorschriften nicht. Ein einseitiger Verzicht kommt schon deshalb nicht in Frage, weil der Anfechtungsberechtigte nicht der durch den Erbunwürdigkeitsgrund oder die diesem zu Grunde liegende Verfehlung Verletzte ist. Aus der Natur der Erbunwürdigkeit ergibt sich vielmehr, daß es nicht in der Macht des Berechtigten steht, die vom Gesetze bestimmten Folgen der Unwürdigkeit durch eine Willenserklärung aufzuheben. Inwieweit ein vertragsmäßiger Verzicht den Berechtigten bindet, bestimmt sich nach den Vorschriften über den Erbschaftsanspruch, da diesem dinglichen Ansprüche Einwendungen aus einem obligatorischen Rechte entgegengesetzt werden können.

Wegfall des
Anfechtungs-
rechtes wegen
unterlassener
Verfügung.

Entsprechend dem § 1786 das Anfechtungsrecht dann wegfallen zu lassen, wenn im Falle der Verhinderung des Erblassers an der Errichtung einer letztwilligen Verfügung (§ 2045 Nr. 2) diese Verhinderung während des Lebens des Erblassers weggefallen und vom Zeitpunkte des Wegfalles an bis zum Tode des Erblassers 1 Jahr verstrichen ist, würde nicht angemessen sein. Keine Gesetzgebung hat eine Vorschrift für diesen besonderen Fall. Nach der Fassung des § 2045 Nr. 2 wird es nicht zweifelhaft sein, daß Handlungen, durch welche der Erblasser nur vorübergehend gehindert wurde, nicht nothwendig als wirkliche Hinderung im Sinne jener Vorschrift aufzufassen sind, wenn der Erblasser nachträglich noch genügend Zeit hatte, von Todeswegen zu verfügen.

3. Titel: Wirkungen des Erbschaftserwerbes.

Die §§ 2051—2057 erschöpfen nicht die Wirkungen des Erbschaftserwerbes; vielmehr werden nur einige Wirkungen erwähnt. Die Ueberschrift des Titels wird indessen nicht irre führen.

I. Uebergang
der einzelnen
Rechte und
Verbindlich-
keiten.

§ 2051 (II 1843, 1906, 1932, B. 1945, 2009, 2035, R. 1943, 2007, 2033, G. 1967, 2032 2058).

Der Satz 1 spricht aus, daß mit dem Vermögen als Ganzem (§ 2025 Abs. 1) auch die einzelnen Rechte und Verbindlichkeiten, aus welchen das Ganze sich zusammensetzt, übergehen (Windscheid §§ 528, 605; Unger § 1; Mommsen § 244; — in der Fassung mehr oder weniger abweichend: AN. I 9 § 350 mit 2 §§ 34, 35; öst. GB. § 531; sächs. GB. §§ 2281, 2284; Code 724; heff. Entw. 240). Die Worte | „Vermögen des Erblassers“ sind gewählt, obchon der Ausdruck „Erbschaft“ näher zu liegen scheint, da die Vorschrift an § 2025 sich anschließt. Die unentbehrliche Beschränkung „soweit die Rechte und Verbindlichkeiten nicht mit dem Tode des Erblassers erlöschen“ würde den Ausdruck „Erbschaft“ inkorrekt erscheinen lassen; denn die mit dem Tode des Erblassers erloschenen Rechte und Verbindlichkeiten gehören nicht zur Erbschaft. Uebergang „auf den Erben“ bezieht sich selbstverständlich auch auf den gesetzlichen Erben.

Uebergang
kraft Gesetzes.

Eine Hinweisung auf die Wirkungen des Inventarrechtes ist an dieser Stelle entbehrlich. Rathsam ist es aber, hervorzuheben, daß auch der Uebergang der einzelnen Rechte und Verbindlichkeiten kraft Gesetzes erfolgt. — Ein Verzeichniß derjenigen Rechte und Verbindlichkeiten, welche mit dem Tode des Erblassers erlöschen, ist von keinem geltenden Rechte beigelegt. Der

Entw. enthält sich gleichfalls eines solchen Verzeichnisses. — Darüber, daß durch den Erwerb der Erbschaft die Rechte des Erblassers gegen den Erben und des Erben gegen den Erblasser erlöschen (vgl. *WR.* I 16 §§ 486 ff., *Ecclus* § 270 Anm. 19; *Code* 802; *sächs. GB.* § 2285; *Mommsen* § 248; für das gemeine Recht *Windscheid* § 605, besonders Anm. 7, *Koth* § 368 Anm. 5, 6; *bayer. WR.* IV 5 § 3; u.Ä.), sind Vorschriften nicht erforderlich; es genügen die §§ 291, 1016 Abs. 1; für das Immobilienrecht schließt der § 835 das Erlöschen aus. Wegen der Ausnahmen vgl. ferner die §§ 333, 499, 1016 Satz 2, 1031, 1032, 1833, 2114, 2133 Abs. 2. — Auch darüber sind Vorschriften entbehrlich, wie die Sachlage sich gestaltet, falls der Erblasser über Gegenstände verfügt hat, welche dem künftigen Erben gehören, selbst dann, wenn das Inventarrecht des Erben in Betracht kommt (vgl. die §§ 310, 830, 876 und Begründung des § 2114).

Rechte des Erblassers gegen den Erben.

Sind mehrere Erben vorhanden, so gehen die einzelnen Rechte und Verbindlichkeiten kraft Gesetzes auf diese Erben nach Verhältnis der Erbtheile über (Satz 2). Das röm. und das gemeine Recht gehen davon aus, die Miterben seien in Ansehung der einzelnen Aktiv- und Passivrechte der Erbschaft dergestalt mitberechtigt und mitverpflichtet, daß das gegenseitige Verhältnis in Ansehung der einzelnen Erbschaftsgegenstände nach denjenigen Vorschriften sich bestimmt, welche überhaupt bei einer Mehrheit von Berechtigten und Verpflichteten entscheiden. Hiernach gestaltet sich das Verhältnis verschieden, je nachdem die Natur des einzelnen Erbschaftsgegenstandes eine Theilung kraft Gesetzes, eine Gemeinschaft nach Bruchtheilen, eine Gemeinschaft ohne Bruchtheile oder die Folgen mit sich bringt, welche an die Untheilbarkeit des Gegenstandes einer Forderung oder Verbindlichkeit sich knüpfen. Das Ergebnis ist somit dasselbe, wie wenn den Miterben eine gleiche Anzahl von Erblassern, wie Erbschaftsgegenstände vorhanden sind, gegenübersteht, für deren gegenseitiges Verhältnis in Ansehung der einzelnen Gegenstände des Nachlasses das den Erbtheilen entsprechende Bruchtheilverhältnis, soweit es überhaupt auf Bruchtheile ankommt, maßgebend ist. Jeder Erbschaftsgegenstand erscheint | gleichsam als besondere Erbschaft, welche gesondert liquidirt und vertheilt wird (*Windscheid* § 528 Anm. 5, § 608 Anm. 7; *Koth* § 373 Anm. 3—8). Dieser Auffassung hat sich die Mehrzahl der Rechte angeschlossen (vgl. *bayer. WR.* III 1 § 14 Nr. 12, 30, 31; *württ. Recht* bei *Stein* §§ 337, 338; *sächs. GB.* §§ 2324, 2347, 2348; *Mommsen* §§ 244, 253 nebst *Mot.* S. 299, 300; *Code* 870, 876, 1220, 1223, mit nicht unerheblichen Ausnahmen: 873, 1221). Das *WR.* beruht auf einer wesentlich anderen Auffassung (vgl. I 9 §§ 368, 382, 17 §§ 115 ff., insbes. §§ 127 ff., 151); hiernach findet vor der Erbtheilung nur ein Miteigentum der Erben statt an der Erbschaft als einem Ganzen, nicht in Ansehung der damit verbundenen Rechte und Pflichten; Aktiva können von den Miterben nur gemeinschaftlich geltend gemacht werden. Nach der Erbtheilung treten zwar die Miterben in alle einzelnen Rechtsverhältnisse des Erblassers ein, jedoch ergibt sich in Ansehung der Schulden ein Gesamtschuldverhältnis der Erben; die Miterben können sich aber durch Bekanntmachung der bevorstehenden Theilung an die Erbschaftsgläubiger in näher vorgeschriebener Weise der ungetheilten Haftung entziehen (I 17 §§ 137—146; vgl. *Ecclus* § 271; *Dernburg* § 238). Das öst. *GB.* steht dem *WR.* nahe. Bis zur gerichtlichen Einantwortung der Erbschaft ist das Erbvermögen eine Gesamtmasse, welche als solche von den Erben vertreten wird. Diese können nur zusammen belangt werden. Nach der gerichtlichen Einantwortung gelten zwar dem gemeinen Rechte ähnliche Vorschriften, aber die Erben bleiben gegenüber den Gläubigern Gesamtschuldner (vgl. *Unger* § 43). Einen Mittelstandpunkt nehmen ein: *heff. Entw.* 312, in gewissem Umfange auch *Mommsen* § 286. Nach diesem Entw. kann jeder Miterbe, Gläubiger oder Vermächtnisnehmer verlangen, daß erst nach Befriedigung oder Sicherstellung der Schulden getheilt werde, widrigenfalls alle Miterben gesamtverbindlich haften. Nach dem *heff. Entw.* 248 können auch Erbschaftsforderungen vor der Erbtheilung nur von den Miterben gemeinschaftlich geltend gemacht und eingezogen werden. Einzelne weitere Abweichungen dieser Entw. können hier übergangen werden.

Mehrere Erben.

| S. 527.

Der Entw. folgt dem gemeinen Rechte. Das System des röm. Rechtes ist zwar nicht durch die Rechtslogik oder die allgemeinen Rechtsprinzipien nothwendig geboten. Es liegt insbes. etwas Anomales in der Theilung der Schulden, welche das Gesetz, unabhängig von einer Befreiigung der Nachlassgläubiger, bestimmt, während durch Privatautonomie eine ähnliche Theilung ohne Zuziehung der Gläubiger nicht herbeigeführt werden kann. Am nächsten scheint es zu liegen, daß, bevor ein Miterbe einen seiner selbständigen Verfügung unterliegenden Gegenstand erhält, mag dieser Gegenstand auch in dem Bruchtheile eines Rechtes bestehen, der Nachlaß liquidirt und die Schuldentilgung beendet sein muß, und daß bis zu diesem Augenblicke der Nachlaß | gegenüber den Gläubigern einer einheitlichen Verfügung zu unterliegen und ein ungetheiltes Angriffsobjekt für die Gläubiger zu bilden hat. Um dieses Ziel zu erreichen, müßte diejenige Gemeinschaft besonders geregelt werden, bei welcher ein Vermögen als Ganzes mit Aktiven und Passiven Gegenstand der Gemeinschaft ist. Eine solche Regelung findet sich im *GB.* für die Liquidation des Vermögens einer Handelsgesellschaft. Es könnte daran gedacht werden, im Anschlusse an diese

Entw.

| S. 528.

Vorschriften oder doch an die leitenden Gedanken derselben, dafür zu sorgen, daß der Satz: Miterben dürfen nichts gewinnen, so lange noch unbezahlte Nachlassschulden vorhanden sind, verwirklicht würde. Dieser Gedanke liegt offenbar dem Systeme des *LR.* und des öst. *GB.* zu Grunde. Allein ein solcher Anschluß an die Vorschriften des *HGB.* ist nicht durchführbar. Die obwaltenden Verschiedenheiten sind in dieser Hinsicht zu groß. Vor Allem fehlt es bei der Erbschaft an Liquidatoren und an der öff. Kundbarkeit der Personen derselben, an der buchmäßigen Klarlegung des Vermögens und der mit dessen Bestandtheilen eintretenden Veränderungen. Dazu kommt, daß die einzelnen Miterben vermöge der Vorschriften über das Inventarrecht eine verschiedene Rechtsstellung haben können in Ansehung der Verpflichtung zur Schuldentilgung. Endlich würde eine solche Regelung dazu nöthigen, eine Nachlassverwaltung zwischen dem Erbfall und der Verfügungsfreiheit der Erben einzuschalten, aus deren Hand der einzelne Miterbe dasjenige empfinde, was ihm nach Tilgung aller Nachlassschulden und Nachlassverbindlichkeiten gebührt. Diese Nachlassverwaltung würde dem Nachlassgerichte, wie thatsächlich in Oesterreich der Fall, übertragen werden müssen. Alsdann würde eine weitgehende Thätigkeit des Nachlassgerichtes sowie ein umständliches und kostspieliges Verfahren erforderlich. Dies ginge aus praktischen Gründen kaum an; in der weit überwiegenden Zahl der Erbschaftsfälle würde es als eine drückende Belästigung empfunden werden. Bei der Gemeinschaft aus einer Gesellschaft vermeidet es der Entw. ebenfalls (vgl. Mot. 2 S. 626), die Aufhebung der Gemeinschaft des Gesellschaftsvermögens ähnlich zu gestalten wie die Aufhebung der Gemeinschaft des Vermögens einer Handelsgesellschaft. — Muß hiervon abgesehen werden, so spricht für das gemeine Recht, daß es zu einer Vereinfachung der Rechtsverhältnisse und zu einer klaren Rechtslage führt, obgleich es für gewisse Fälle nicht alle Schwierigkeiten beseitigt. Dem Systeme des gemeinen Rechtes fehlt es indessen nicht an schwerwiegenden Nachtheilen. Vor Allem können andere Miterben schwer benachtheiligt werden. Dem einzelnen Miterben wird die Verfügung über seinen Bruchtheil oder Theil an den einzelnen Erbschaftsgegenständen ermöglicht. Hat ein Miterbe eine Nachlassschuld voll bezahlt (was, wie die Erfahrung lehrt, häufig kaum zu umgehen ist), hat dieser Miterbe Auslagen für die Erbschaft bestritten, oder hat er Ersatzansprüche gegen jenen wegen dessen rechtswidrigen Verhaltens erlangt, so sieht er sich außer Stande, dafür aus dem Nachlasse Befriedigung zu suchen. Noch härter kann ihn die Möglichkeit der Verfügung über die einzelnen Erbschaftsgegenstände seitens jenes Miterben treffen, wenn er eine Ausgleichung wegen des Vorempfangenen zu fordern hat; denn in diesem Falle

[S. 529.

kann nicht einmal darauf verwiesen werden, daß er selbst gehandelt, Schulden bezahlt und Auslagen bestritten habe. Dazu tritt der schon erwähnte Uebelstand, daß die Gläubiger des Erblassers ohne ihr Zutun statt eines Schuldners eine große Anzahl von Schuldnern erhalten, wenn eine große Zahl von Miterben vorhanden ist, und daß dadurch eine Forderung erheblich im Werthe verringert werden kann. Dieser Uebelstand trifft in ähnlicher Weise die Erbschaftsschuldner, deren Verbindlichkeit durch die kraft Gesetzes eintretende Theilung der Forderung eine viel drückendere werden kann.

Das *LR.* vermeidet die dem gemeinen Rechte anhaftenden Nachteile zum großen Theile. Allein es ist von anderen, noch schwerer anzuschlagenden Nachtheilen begleitet; es hindert den einzelnen Miterben, vor der Auseinandersetzung über die einzelnen Nachlassgegenstände, auch nur in Höhe seines Erbbruchtheiles, zu verfügen (vgl. Dernburg § 238 Anm. 4, 5; Eccius § 271 Anm. 35—37). Verzögert sich die Auseinandersetzung, wie dies häufig der Fall ist, so bleibt die Verfügungsgewalt des einzelnen Miterben, wenn er nicht sein Erbrecht im Ganzen veräußern will, auf kürzere oder längere Zeit gänzlich gelähmt. Weiter stößt die Geltendmachung der erbchaftlichen Ansprüche auf große Schwierigkeiten; sie ist, wenn nicht volle Uebereinstimmung unter allen Miterben besteht, mit den erheblichsten Weiterungen verbunden. Erfahrungsmäßig fehlt eine solche Uebereinstimmung nur zu oft. Diese Uebelstände haben sich in der Praxis empfindlich fühlbar gemacht. Zu deren Beseitigung hat die Theorie zu der mißlichen und schwer durchführbaren Trennung von Individualrechten und Gesamtrechten gegriffen (vgl. Dernburg § 239; Eccius § 271 S. 628—630). Indessen ist auch damit, wie die Rechtspredung genügend lehrt, nichts weniger als eine vollkommene Abhilfe erreicht. Endlich läßt sich einwenden, daß das *LR.* im Falle der bekannt gemachten Theilung doch in Ansehung der Schuldenhaftung zum gemeinen Rechte zurückzukehren genöthigt ist, daß diese Bekanntmachung aber nur eine sehr unvollkommene und nicht gerade praktische Aushilfe bietet. — Wird noch in Betracht gezogen, daß der Entw. im Rechte der Schuldverhältnisse, im Gegensatz zum *LR.* I 5 §§ 424 ff., den Satz festhält „nomina ipso jure divisa sunt“ (§ 320), und daß der Grundsatz des § 696 *GB.*, welcher im Interesse des allgemeinen Verkehrs die Nichtunterscheidung zwischen dem Erbschafts- und dem Erbvermögen zur Regel macht, durch § 2133 noch verschärft ist, so ergeben sich überwiegende Gründe für den gemeinrechtlichen Grundsatz. — Uebrigens liefert das *LR.* und noch mehr das öst. *GB.* den Beweis, daß mit einer unvollständigen Regelung der Erbengemeinschaft im Sinne der gesammten Hand wenig gewonnen ist, selbst abgesehen von den Dunkelheiten, welche eine solche unvollständige

Regelung mit sich bringt. Das *RM.* begrenzt das Liquidationsstadium, bis zu dessen Beendigung der Nachlaß für sich fortbestehen soll, nicht fest. Während dieser Zwischenzeit wird dem einzelnen Miterben ein genügender Einfluß auf die Förderung der einheitlichen Liquidation nicht in hinreichender Weise gesichert. Noch weniger wäre es rathsam, lediglich das Verfügungsrecht des Miterben über den Antheil [an einem ungetheilten Nachlaßgegenstande oder an Nachlaßforderungen einzuschränken und entsprechend auch den Nachlaßgläubigern oder anderen Gläubigern des Miterben die Zwangsvollstreckung in einen solchen Antheil oder Theil auf Grund eines nur gegen den Miterben erlangten vollstreckbaren Titels zu verjagen. Damit würde die Liquidation des Nachlasses in keiner Richtung gefördert, wohl aber die Korrealhaftung der Miterben nach der Naturaltheilung aufgegeben werden.

§ 530.

Im Satz 2 ist der Zusatz „nach Bruchtheilen“ vermieden, weil er, auf die einzelnen Rechte und Verbindlichkeiten gesehen, irreleiten könnte in Ansehung solcher Rechte und Verbindlichkeiten, welche wegen des für sie geltenden Grundsatzes der gesammten Hand gemäß §§ 946, 1344, 1373 nicht nach Bruchtheilen erworben werden. Die Miterben treten auch in solche Rechte und Verbindlichkeiten nach Verhältniß der Erbtheile ein. Dies ist von Wichtigkeit für das innere Verhältniß und bei Aufhebung der Gemeinschaft. Soweit für das Verhältniß der Mitberechtigung und Mitverpflichtung Bruchtheile maßgebend werden können, bestimmen sich diese Bruchtheile nach den Erbtheilen. — Darüber, wie das gegenseitige Verhältniß der Mitberechtigung oder Mitverpflichtung nach der Natur des einzelnen Gegenstandes und des Inhaltes der Berechtigung oder Verpflichtung sich gestaltet, bestimmt der § 2051 nichts, da nur auf Folgefälle aus allgemeinen Vorschriften hingewiesen werden könnte, eine solche Hinweisung aber ohne besonderen Nutzen sein würde. In Betracht kommen insbes. die Vorschriften über die Theilung der Forderungen und Schulden bei einer Mehrheit von Gläubigern (§ 320), über die Folgen der Untheilbarkeit der Leistung (§§ 339, 340), über Gemeinschaft und Miteigenthum, wobei die Möglichkeit eines nicht nach Bruchtheilen zustehenden gemeinschaftlichen Rechtes zu berücksichtigen ist §§ (762, 946, 1344 auch sächs. *GB.* §§ 2324, 1037; *Code* 873, 883, 1221, 1229; *Mommsen* § 252).

§§ 2052—2054 (II 779 a, B. 842, R. 841, G. 857).

1. Nicht in gleicher Weise wie die Rechte und die vermögensrechtlichen Verbindlichkeiten des Erblassers gehen Besitz und Inhabung an den zur Erbschaft gehörenden Sachen auf den Erben über. Der § 2052, der dies ausspricht, bringt zugleich zum Ausdruck, daß der Erbe Besitz und Inhabung nur durch besonderes Handeln nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze erlangen kann (vgl. *Mot.* 3 S. 100). Besitz und Inhabung werden getrennt erwähnt, weil zum Besitzererbe nicht, wie bei dem Ererbe der Inhabung, die Erlangung der thatsächlichen Gewalt genügt, sondern gemäß § 797 ein Mehreres hinzutreten muß, der Besitzwille, dh. der Wille des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben (*Mot.* 3 S. 82). — Die negative Fassung des Entw., welche zu demselben sachlichen Ergebnisse führt, wie die positive Fassung, daß zum Ererbe der Inhabung | oder des Besitzes ein neuer Erwerbsakt erforderlich sei, gestattet eine einfachere Ausdrucksweise und schließt sich angemessen dem § 2051 an.

II. Uebergang von Besitz und Inhabung.
1. Allgemeine Vorschrift.

§ 531.

Verpflichtungen, welche Inhabung oder Besitz zur Voraussetzung haben, können den Erben für seine Person erst treffen, wenn er die Inhabung oder den Besitz sich verschafft hat, soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt.

Die Vorschrift ist wegen ihres Zusammenhanges mit anderen erbrechtlichen Vorschriften, insbes. mit dem Uebergange der Erbschaft kraft Gesetzes (§ 2051), hier aufgenommen, und nicht im Abschnitte 2 des 3. Buches gegeben. Ihre Aufnahme ist geboten, weil dem im geltenden Rechte und in der Theorie bestehenden Streite, ob Inhabung und Besitz des Erblassers mit dessen Tode endigen (vgl. *Mot.* 3 S. 101 Anm. 1), auch bei dem Erbschaftsererbe kraft Gesetzes nicht ohne Weiteres jede Berechtigung abgesprochen werden kann und die Frage zu wichtig ist, um darüber Zweifel bestehen zu lassen. Zudem spricht dafür, daß der § 806 auf eine erschöpfende Aufzählung der Beendigungsgründe des Besitzes hinweist, aber den Tod des Besitzers nicht erwähnt. Diejenigen Rechte, welche nicht den Erbschaftserwerb kraft Gesetzes kennen, stehen zumeist auf demselben Boden (*Windscheid* § 605 Anm. 5, §§ 611 ff.; *Roth* § 363 Anm. 19; *bayer. RM.* III 1 § 6 Nr. 6; *öst. GB.* §§ 747, 797, 810, 819; *Unger* § 39; *sächs. GB.* § 2288; *Mommsen* § 249; *uL.*; für das gemeine Recht in Ansehung des *suus*: *Seuffert* 22 Nr. 19; wegen des *RM.* vgl. *Dernburg* § 96 Anm. 25 und *Vd.* 1 § 155, *Ecceius* § 268 Anm. 29—32; wegen des *Code* außer *Art.* 724 *Renaud* in der *Zeitschrift für Gesetzg. des Auslandes* *Vd.* 19, 20; *heff. Entw.* 240).

2. Die dem § 2052 zu Grunde liegende Auffassung schließt nicht aus, daß die schon in der Person des Erblassers begründeten possessoriischen Rechtsmittel für aktiv und passiv vererblich erklärt werden (*Mot.* 3 S. 101). Aus der passiven Vererblichkeit folgt, daß der aus der verbotenen Eigenmacht des Erblassers in Anspruch genommene Erbe so verantwortlich ist, wie wenn auf ihn

2. Verbotene Eigenmächte gegen den Erblasser etc.

die fehlerhafte Inhabung des Erblassers übergegangen wäre. Die aktive Vererblichkeit ergibt, daß die Störung der Inhabung des Erblassers als eine Störung der Inhabung des Erben gilt. Indem der § 2053 von Rechten und Verbindlichkeiten aus verbotener Eigenmacht spricht, bedient er sich eines im § 814 (Mot. 3 S. 40) erläuterten, zu einem technischen gemachten Ausdruckes.

Die aktive Vererblichkeit kann schon als eine Folge des § 2051 angesehen werden. Indessen lassen sich aus der besonderen Natur der Inhabung und des Besitzes Zweifel herleiten. Es kann aufgestellt werden, Selbsthülfe und Besitzklagen dienen ihrem Zwecke nach dazu, die thatfächliche Gewalt in der Hand des Inhabers festzuhalten; sie würden daher ihren Zweck verfehlen, wenn die Person des Inhabers weggefallen sei. Auch ist nicht zu leugnen, daß die Selbsthülfe und die Besitzklagen in der Person des Erben nicht zur Bewahrung oder Wiedererlangung der Inhabung, sondern zur Erlangung der Inhabung dienen. Allein die Besitzschutzmittel sind für den Erben von Werth und werden nicht durch den Erbschaftsanspruch und dessen Ausdehnung im § 2081 Nr. 1 ersetzt; denn bei dem Erbschaftsanspruche bleibt der Erbe petitorischen Einreden ausgesetzt (vgl. zum § 2081). Dem Erben die Besitzschutzmittel zu versagen, liegt kein Grund vor; es würde sogar den Anforderungen der Rechtsordnung nicht entsprechen, wenn derjenige, welcher verbotene Eigenmacht verübt hat, deshalb, weil sein Gegner verstorben ist, gegenüber der Besitzklage oder der Selbsthülfe frei würde. Daß dem Erben auch die Befugniß zur Selbsthülfe zugebilligt wird, kann insofern bedenklich erscheinen, als die Befugniß an das Vorhandensein eines Rechtes in der Person des Selbsthülfeberechtigten geknüpft und dadurch zu einem irrthümlichen Gebrauche der Selbsthülfe Gelegenheit geboten wird. Das Bedenken ist jedoch nicht für durchgreifend zu erachten. Denn es ist unvermeidlich, die Selbsthülfe auch in solchen Fällen zuzulassen, in welchen der dazu Berechtigte bei der Ausübung von der Annahme eines Rechtes in seiner Person abzugehen hat. Der § 822 ergibt, daß, soweit es sich um den Nachweis handelt, es liege verbotene Eigenmacht nicht vor, eine Erörterung der Rechtsfrage bei der Regelung des Besitzverhältnisses nicht schlechthin ausgeschlossen ist (Mot. 3 S. 129, 130). — Die passive Vererblichkeit rechtfertigt sich, weil die Inhabung in der Hand des Erben fehlerhaft bleibt. Dies genügt jedoch nicht, vielmehr muß die Besitzklage auch gegen den Erben zulässig sein, wenn die Sache nur noch gegenwärtig im Nachlasse sich befindet. In Ansehung der Besitzstörungsklage wird in Betracht kommen, ob ihre Voraussetzungen nach dem Tode des Erblassers noch fort dauern, nämlich eine begründete Befürchtung künftiger Störung oder die Fortdauer eines störenden Zustandes. Ist dies der Fall, so muß die Besitzstörungsklage auch gegen den Erben erhoben werden können. Wegen des hiermit nicht ganz übereinstimmenden geltenden Rechtes vgl. insbes. für das RM. Eccius § 268 S. 588, Dernburg § 96; — ferner säch. GB. § 2289; Mommsen § 250 (dessen Mot. S. 299.)

Die Worte „kraft des Gesetzes“, welche sich im § 2052 finden, werden nicht wiederholt, weil die Wiederholung das Verständniß der Vorschrift, welche nur die aktive und passive Vererblichkeit gewisser Rechte klarzustellen bezweckt, beeinträchtigen würde.

Einwendung
des Erben
wegen der
Inhabung.

Der Erbe kann sich demjenigen gegenüber, gegen welchen der Erblasser Eigenmacht verübt hat, nicht darauf berufen, daß er, ungeachtet des § 2053, zur Wiedereinträumung der Inhabung deshalb nicht angehalten werden könne, weil er selbst die Inhabung noch nicht erlangt habe. Dies klarzustellen, ist nicht erforderlich. Der § 2053 bringt zum Ausdrucke, daß in Ansehung der Rechte aus verbotener Eigenmacht, welche der Erblasser verübt hat, die fehlerhafte Inhabung des Erblassers ohne Weiteres als auf den Erben übergegangen anzusehen ist. Dies wird nicht verkannt werden, zumal der Fall, daß der Erbe bereits die Inhabung erlangt hat, im § 818 Satz 2 besonders geregelt ist (Mot. 3 S. 122). — | Ebensovienig bedarf es einer weiteren Verdeutlichung, daß in Ansehung der Rechte des durch verbotene Eigenmacht gestörten Inhabers die Inhabung des verstorbenen Inhabers als mit seinem Tode auf seine Erben übergegangen gilt.

| S. 533.

Verbotene
Eigenmacht
eines Dritten
nach dem
Erbfalle.

3. In Uebereinstimmung mit dem Code und einigen Rechten beschränkter Geltungsgebietes (vgl. Zachariae § 615 bei Ann. 1a; magdeb. PolizeiD. Kap. 44 § 15; ufl.), aber hinausgehend über das zumeist geltende Recht, enthält der § 2054 den Grundsatz, daß die possessoriischen Rechtsmittel dem Erben auch dann zustehen, wenn ein Dritter in Ansehung von Nachlasssachen verbotene Eigenmacht verübt hat, bevor der Erbe sich Besitz oder Inhabung verschafft hat. Dem Erben wird ferner die *condictio possessionis* auch dann gewährt, wenn ein Dritter den Besitz oder die Inhabung einer solchen Sache erlangt hat, welche bei dem Tode des Erblassers in des letzteren Besitz oder Inhabung sich befand. Die Fassung ist eine etwas verwickelte, weil die Redeweise „verbotene Eigenmacht verüben“ nach § 814 nicht verwendbar ist, da die Inhabung dem Erben fehlt. Deshalb ist umschrieben „welche, wenn der Besitz oder die Inhabung mit dem Erballe auf den Erben übergegangen wäre, verbotene Eigenmacht gewesen sein würde“. — Ob in der Zeit zwischen dem Tode des Erblassers und der Ergreifung des Besitzes oder der Inhabung seitens des Erben verbotene Eigenmacht denkbar ist, läßt sich bezweifeln, da der Eingriff des Dritten nicht dem Willen einer natürlichen Person begegnet, der § 814 aber (in den Worten „ohne den Willen“) einen solchen Willen erfordert, dessen Nichtbeachtung die Handlungsweise zu einer verbotenen

Eigenmacht stempelt. Der dem § 814 zu Grunde liegende Gedanke, daß gegenüber dem Besitzenden Gewaltthandlungen verboten sind (*vim ne facias possidenti*; vgl. Mot. 3 S. 110), berechtigt das Gesetz, zu befehlen, der Dritte habe sich einer Antastung auch solcher Erbschaftsachen zu enthalten, welche noch nicht in die thatsächliche Gewalt des Erben gelangt sind. Hier, wie im Falle des § 2053, dienen die Selbsthülfe und die possessorisches Schutzmittel dazu, daß der Erbe den Besitz oder die Inhabung erlangt. Dies erscheint aus den zum § 2053 dargelegten Gründen zulässig. In Ansehung der beweglichen Sachen wird die Selbsthülfe allerdings nur unter besonderen Verhältnissen eintreten können; indessen ist doch Selbsthülfe denkbar, z. B. wenn der Nachlaß verschleppt zu werden beginnt und der Erbe noch rechtzeitig eintrifft. Die Vorschrift trifft auch die Selbsthülfe, indem sie von „Rechten“, nicht von „Ansprüchen“ aus verbotener Eigenmacht spricht.

Eine besondere Vorschrift in Ansehung der *cond. poss.* (§ 737 Abf. 3) kann für entbehrlich erachtet werden, weil für die meisten Fälle Zweifel nicht bestehen und im Uebrigen die in Ansehung der Eigenmacht gegebenen Vorschriften zur Lösung etwaiger Zweifel hinreichen. Allein die Gefahr liegt mindestens nahe, daß eine Vorschrift, welche sich auf die possessorisches Rechtsmittel beschränkt, mit Hülfe des *arg. e contrario* so verstanden wird, als solle in Ansehung der petitorischen Besitzschutzmittel nicht das Gleiche gelten, zumal die Ausdehnung der *cond. poss.* auf den Erben jedenfalls rein positiv ist. Solchem Mißverständnisse vorzubeugen, ist mit Rücksicht auf die immerhin nicht geringe praktische Bedeutung der *cond. poss.* geboten. — Der Entw. fingirt nicht, der Erblasser habe zu der in Rede stehenden Zeit noch gelebt, sondern der Erbe sei bereits bei Eintritt des Erbfalls Besitzer oder Inhaber gewesen, weil die letztere Fiktion als die natürlichere und näherliegende sich darstellt. — In Ansehung des im § 945 dem Besitzer gewährten Anspruches (*actio Publiciana*; Mot. 3 S. 429 ff.) bedarf es einer besonderen Vorschrift nicht.

§ 534.

Actio Publ.

Den Besitzschutz des Erben noch auszudehnen und in Ansehung einer Sache, welche zur Zeit des Erbfalls in der Inhabung oder im Besitze des Erblassers war, den Anspruch auf Herausgabe auch gegen denjenigen zu geben, welcher die Sache, jedoch nicht auf Grund eines von ihm beanspruchten Erbrechtes, besitzt oder innehat, fehlt es an einem erweislichen Bedürfnisse. — Dem Nachlaßpfleger sind besondere Besitzschutzmittel nicht gewährt. Die §§ 2059 ff. lassen erkennen, daß der Nachlaßpfleger Vertreter desjenigen ist, welcher der Erbe sein wird; als Vertreter dieses Erben stehen ihm die Schutzmittel zur Seite, welche dem Erben gewährt sind.

Ablehnung
weiteren
Schutzes.

Nachlaß-
pfleger.

Im Gebiete des sächs. Rechtes und in einigen anderen Rechten hat sich das Institut des sog. 30sten erhalten (Stobbe § 281 II S. 23—25; sächs. GB. § 2249; Lüb. Stat. II 2 Art. 27, Pauli II S. 91, 92; Plitt S. 50; Bremer Debit- und NachlaßD. § 284; hamb. Recht bei Baumeister II S. 247, 248; Mommsen § 218 nebst Mot. S. 283; u. a.). Eine entsprechende Vorschrift, durch welche Personen, die mit dem Erblasser bis zu dessen Tode in häuslicher Gemeinschaft lebten und auf dessen Kosten unterhalten wurden, ein Anspruch gewährt wird, noch 30 Tage seit dem Todestage des Erblassers im Gebrauche der Wohnung und des Haushathes zu bleiben und den erforderlichen Unterhalt für Rechnung der Nachlaßmasse zu beziehen, hätte, vornehmlich wenn sie auf den Fall eingeschränkt würde, daß das Verhältniß nicht auf einer rechtsgeschäftlichen Verpflichtung des Erblassers beruht, gewisse Rücksichten der Humanität und der Billigkeit für sich. Allein das Institut steht im Zusammenhange mit wirtschaftlichen Zuständen, welche gegenwärtig nicht mehr oder doch nicht in gleichem Maße wie früher zutreffen. Das Institut eignet sich daher nicht zur Aufnahme. Noch weniger würde es sich rechtfertigen lassen, das Institut auf Rechtsgebiete zu erstrecken, welchen es bisher fremd ist; zudem bietet dasselbe in juristischer Hinsicht Schwierigkeiten; seine Aufnahme würde besondere Vorschriften in Ansehung der Geltendmachung und in Ansehung der Wirkungen im Konkurse über den Nachlaß und bei der Abzugseinrede u. s. w. erforderlich machen, ohne daß ein zwingendes Bedürfniß für eine derartige Verwickelung des Rechtes vorliegt. — Im Wesentlichen kommen nur die verhältnißmäßig seltneren Fälle in Betracht, in welchen die Personen, welche mit dem Erblasser bis zu dessen Tode in häuslicher Gemeinschaft gelebt haben, nicht ebenfalls Erben sind. Selbst in solchen Fällen wird der Regel nach und, sofern nicht besondere Gründe, insbes. Rücksichten auf die Nachlaßgläubiger, obwalten, erfahrungsgemäß der Hausstand des Erblassers nicht sofort seitens des Erben aufgelöst.

Der
Dreißigste.
(G. § 1969)

§ 535.

Eine Vorschrift, daß der Erbe, um an Nachlaßsachen Inhabung oder Besitz zu ergreifen oder darüber zu verfügen, weder einer Ermächtigung durch das Nachlaßgericht noch einer Bescheinigung seines Erbrechtes durch dasselbe bedürfe, ist überflüssig. Eine solche würde nur den Zweck haben können, die Auffassung einiger geltenden Rechte (Noth § 384 Anm. 21—26, 49; Stobbe § 281 S. 27; Unger § 39; für württ. Recht, Stein §§ 289 Anm. 1, 290) abzulehnen. Gegenüber dem § 2025 besteht kein Anlaß, hervorzuheben, daß dem Erben die Befugniß zusteht, selbst zuzugreifen. Die Aufnahme einer solchen Vorschrift würde aber insofern nicht unbedenklich sein, als darin gefunden werden könnte, den Landesgesetzen solle die Möglichkeit entzogen werden, der Freiheit des Zugriffes aus publizistischen, insbes. steuerrechtlichen Gründen gewisse Schranken

Gerichtliche
Ermäch-
tigung zc.

zu setzen. — Mit der Nichtaufnahme einer solchen Vorschrift entfällt das Bedürfnis, eine Ausnahme gegen Ausländer als Erben im Inlande im Wege der Retorsion vorzusehen.

§ 2055 (II 1844, B. 1946, R. 1944, G. 1968).

III. Kosten
der
Beerbigung.

Die publizistische Beerbigungspflicht liegt außerhalb des Bereiches des bürgerlichen Rechtes. Dagegen gehört ihm die Frage an, wer die Kosten der Beerbigung des Erblassers zu tragen und deshalb demjenigen, welcher die Beerbigung vorgenommen hat, zu haften habe. Daß der Erbe die Kosten der standesmäßigen Beerbigung zu tragen verpflichtet ist, kann selbstverständlich erscheinen, zumal im Hinblick auf § 1488 Abs. 4 und § 2113 Nr. 5. Die Verpflichtung ist in dessen praktisch von Wichtigkeit. Deshalb ist es rathsam, die Natur dieser Verpflichtung besonders festzustellen und dabei zugleich darauf hinzuweisen, daß die Verpflichtung die Kosten einer der Lebensstellung des Verstorbenen entsprechenden, mithin nach § 1488 Abs. 2 standesmäßigen Beerbigung zum Gegenstande hat. Hieraus ergibt sich von selbst, daß das Bestreiten der Beerbigungskosten für den Erbschaftsanspruch eine Verwendung im Sinne des § 2084 Abs. 2 ist (sächj. GB. § 2314; Mommsen § 314 nebst Mot. S. 344, 345).

§ 536.

Die Vorschrift stellt zugleich klar, daß die Verpflichtung, die Beerbigungskosten zu tragen, eine Nachlaßverbindlichkeit ist. Einer besonderen Vorschrift dieses Inhaltes bedarf es nicht. Ohne Weiteres erhellt, daß die Verbindlichkeit nicht bereits in der Person des lebenden Erblassers begründet ist. Nach § 2113 Nr. 5 sind die Beerbigungskosten Masse-schulden im Nachlaßkonturfe. Diese Vorschrift ist für die Abzugseinrede nach Maßgabe des § 2133 zur entsprechenden Anwendung zu bringen. Wäre die Verbindlichkeit nicht eine Verbindlichkeit des Erben als solchen, so könnte sie weder im Nachlaßkonturfe noch bei der Abzugseinrede in Betracht kommen. Eine dies verdeutlichende Entscheidung im § 2092 ist entbehrlich, zumal der Abs. 2 des § 2092 nur Beispiele enthält („insbes.“) und nicht erschöpfend bestimmt, welche Verbindlichkeiten Nachlaßverbindlichkeiten sind. Die Vorschrift ist an dieser Stelle eingereiht, weil nach dem Systeme des Entw. eine besser geeignete Stelle nicht ermittelt ist. — Mit dem sächj. GB. § 2314 (Mommsen § 314) auch der Kosten für ein Grabdenkmal des Erblassers zu gedenken, besteht kein hinreichendes Bedürfnis.

§ 2056 (II 1836, B. 1937, R. 1935, G. 1959).

Rechts-
th. des
Aus-
schlagungs-
berechtigten

Der Erbe ist auch während der Ueberlegungsfrist zur Inhabung und Verwaltung des Nachlasses berechtigt. Obwohl er die Erbschaft nur vorläufig erworben hat, kann er auf sie greifen und sie verwalten. Eine Vorschrift dieses Inhaltes ist entbehrlich; sie könnte zu Mißverständnissen Anlaß geben, insbes. zu der Annahme, ein Erbe, welcher noch ausgeschlagen kann, solle durch das Gesetz ermächtigt sein, die Erbschaft für sich innezuhaben und zu verwalten. Wird darin gefunden, daß in den Handlungen, welche der provisorische Erbe in Bezug auf die Inhabung und Verwaltung vornimmt, niemals eine stillschweigende Annahmeerklärung liege, so würde die Vorschrift zum § 2029 gehören und entgegen den dort geltend gemachten Gründen (vgl. S. 497 ff.) gewisse Handlungen bezeichnen, deren Vornahme die Annahme einer pro herede gestio ausschließt.

zum defini-
erten Erben.

Der Berufene, welcher erb-schaftliche Geschäfte besorgt, ohne damit die Erbschaft anzunehmen, handelt, wenngleich er formell als Erbe thätig wird, in Wirklichkeit für denjenigen, den es angeht, mag dies er selbst oder ein später Berufener sein. Er steht mithin, wenn er auch nicht Geschäftsführer ohne Auftrag im Sinne des Entw. ist, einem Geschäftsführer sehr nahe. Hierauf beruht der Abs. 1, welcher in Ansehung jener Geschäfte die Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag für entsprechend anwendbar erklärt. — Möglich wäre auch eine Regelung dahin, es solle dem wirklichen Erben gegen den Ausschlagenden, welcher erb-schaftliche Geschäfte besorgt hat, ein Anspruch in demjenigen Umfange zustehen, in welchem der Erbschaftsanspruch gegen den Erbschaftsbesitzer nach § 2085 von der Erhebung der Erbschafts-klage an begründet sein würde. Eine solche Regelung müßte aber davon ausgehen, der Erbschaftsanspruch sei gegenüber dem Ausschlagenden, welcher erb-schaftliche Geschäfte besorgt hat, an sich gegeben. Dieser Ausgangspunkt unterliegt bereits erheblichen Bedenken. So lange der Berufene nicht ausgeschlagen hat, ist er der Erbe und er enthält Niemandem etwas vor (§ 2080). Die Grundsätze über den Erbschaftsanspruch passen aber auch in allen denjenigen Fällen nicht, in welchen der Berufene erb-schaftliche Geschäfte besorgt, ohne Erbschaftsgegenstände in Besitz zu nehmen, zB. wenn er die Kosten der Beerbigung bestritten, Ansprüche der Diensthöten oder Arbeiter des Erblassers befriedigt hat, usw. Zudem läßt es sich nicht rechtfertigen, den Ausschlagenden, soweit er Erbschaftsgegenstände in Besitz genommen hat, in die Lage zu versetzen, in welcher sich der Erbschaftsbesitzer nach Erhebung der Erbschafts-klage befindet. So lange der Berufene sich über die Annahme oder Ausschlagung noch nicht entschieden hat, hat er keine Verpflichtung, für die Erbschaft zu sorgen. Befäht er sich gleichwohl mit der Erbschaft in solcher Weise, daß darin eine Annahme nicht zu finden ist, so geschieht dies der Regel nach zum Zwecke der Sicherung des Nachlasses oder zur Erhaltung des Nachlasses in dessen wirtschaftlichem Bestande. An ein solches Verhalten die Folge zu knüpfen (wie die Anwendung des

§ 537.

§ 2085 mit sich bringen würde), daß der Berufene, wenn er nachträglich ausschlägt, für die Früchte, einschließlich derjenigen, welche zu ziehen gewesen wären (percipiendi), einzustehen hat, und daß ihm Verwendungen nur insoweit zu ersetzen sind, als der spätere wirkliche Erbe durch dieselben bei der Herausgabe bereichert ist, verstößt gegen die Billigkeit. Die Regelung des Entw. vermeidet eine solche unbillige Behandlung des Ausschlagenden.

Ueber die Haftung des späteren wirklichen Erben für die Ansprüche des Ausschlagenden aus der Geschäftsführung ohne Auftrag und über das Verhältnis dieser Verbindlichkeiten zu den sonstigen Nachlassverbindlichkeiten ist in den §§ 2092, 2113 Nr. 4 bestimmt. — Unter „demjenigen, welcher . . . Erbe wird“ ist regelmäßig der definitive Erbe zu verstehen. Ein diesen Gedanken verdecktender Zusatz ist jedoch nicht aufgenommen, weil es möglich ist, daß der nachfolgende Erbe, so lange er noch provisorischer Erbe ist oder die Erbschaft noch nicht angenommen hat, das aus dem fraglichen Rechtsgeschäfte sich ergebende erbchaftliche Geschäft zu besorgen bezweckt, wenn schon diese Möglichkeit nicht gerade nahe liegt.

Haftung des definitiven Erben.

Nach den für entsprechend anwendbar erklärten Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag kommt auch die in § 753 Abs. 2 aufgestellte Vermuthung in Betracht, daß der Geschäftsherr gebilligt haben würde, was ein ordentlicher Hausvater hätte für angemessen erachten müssen. Den nach § 198 zulässigen Gegenbeweis gegen die Vermuthung des § 753 auszuschließen, erscheint entbehrlich. Eine solche Vorschrift würde einen kasuistischen Charakter an sich tragen; die Rechtsanwendung wird für die Regelfälle auch ohne besondere Anleitung zu diesem Ergebnisse gelangen.

Vermuthung der Billigung.

Geboten erscheint es, diejenigen Dritten zu sichern, welche gegenüber dem provisorischen Erben ein dingliches Rechtsgeschäft vorgenommen haben, das gegenüber dem Erben als solchem, d. h. dem definitiven Erben (Erben cum pleno jure) vorzunehmen ist, oder mit welchen der provisorische Erbe ein solches Rechtsgeschäft geschlossen oder welchen gegenüber ein solcher provisorischer Erbe ein Rechtsgeschäft vorgenommen hat, falls ein zum Nachlasse gehörender Gegenstand veräußert oder belastet wird oder ein die Venderung eines erbchaftlichen Rechtes unmittelbar bezweckendes Rechtsgeschäft in Frage steht (Abs. 2). Insbes. ist mitzutreffen der Fall, daß eine Leistung bewirkt ist, welche dem Erben als solchem gebührt; dieser Fall wird deshalb besonders hervorgehoben.

Rechtsgeschäfte des provisl. Erben.

Der § 2042 Abs. 1, wonach im Falle der Ausschlagung der Erbschaft der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt gilt, hat an sich zur Folge, daß alle Verfügungen, welche der Ausschlagende in Ansehung von Nachlassgegenständen vorgenommen hat, ohne das Ausschlagungsrecht zu verwirken (§ 2029), rückwärts hinfällig werden, soweit nicht die Grundsätze über den Schutz des guten Glaubens, des Vertrauens auf das Grundbuch und den Erbschein usw. Platz greifen. Dabei kann es nicht belassen werden. In Frage kommt nur, ob die Verfügungen und Rechtsgeschäfte des provisorischen Erben Bestand haben sollen, ohne Unterschied, ob der betheiligte Dritte davon Kenntniß gehabt oder nicht gehabt hat, daß der als Erbe ihm gegenüber Stehende noch das Ausschlagungsrecht hat, oder ob lediglich der § 2077 in Ansehung der von einem Erbschaftsbesitzer, welcher den Erbschein hat, vorgenommenen Rechtsgeschäfte entsprechend anzuwenden sei. Im letzteren Falle würde vom § 2077 allein der Abs. 1 in Betracht kommen dürfen, weil sonst ein Schutz Dritter nur in sehr geringem Maße erzielt würde, insbes. nicht ein Schutz derjenigen, welche, obwohl sie wußten, daß ihnen ein nur provisorischer Erbe gegenübersteht, gezwungen sind, sich mit diesem einzulassen. Aber, auch abgesehen davon, würden Dritte nur selten geschützt sein, da diese davon, daß der Erbe noch nicht angenommen hat, meist schon deshalb unterrichtet sein werden, weil der Erbe sich in einem solchen Falle noch das Ausschlagungsrecht wahren will. Richtiger erscheint es, die vom provisorischen Erben getroffenen dinglichen Verfügungen nicht lediglich zu Gunsten des Dritten, sondern auch zu Gunsten eines solchen Erben selbst, also schlechthin, als wirksam zu behandeln (wegen des A. N. vgl. Dernburg § 218 Anm. 21, Eccius § 269 Anm. 34 zu I 9 § 388). Allerdings liegt hierin eine nicht unwesentliche Einschränkung des § 2042 Abs. 1 oder mit anderen Worten der mit der Ausschlagung verbundenen Rückwirkung. Allein der provisorische Erbe kann füglich nicht schlechter gestellt werden als ein Nachlasspfleger. Eine solche Gestaltung ist aber auch unbedenklich, wenn nur in Betracht gezogen wird, daß lediglich solche Verfügungen und Rechtsgeschäfte in Frage stehen, welche eine Annahme der Erbschaft nach § 2029 nicht enthalten, also im Wesentlichen nur solche Geschäfte, welche dem späteren wirklichen Erben nicht besonders gefährlich sein können. Auch derjenigen Geschäfte, welche von Dritten gegenüber dem Erben als solchem vorgenommen werden (z. B. Mahnung, Kündigung usw.) muß gedacht werden, weil es den Dritten sonst während der zuweilen nicht kurzen Dauer der Zeit, in welcher nicht feststeht, ob der Berufene nicht ausschlagen wird, unmöglich sein würde, solche Geschäfte überhaupt vorzunehmen. — Die juristische Konstruktion der Vorschrift, insbes. die Entscheidung der Frage, ob der provisorische Erbe als zur Vornahme oder Entgegennahme der betr. Geschäfte gesetzlich ermächtigt anzusehen sei, kann der Rechtswissenschaft anheimgestellt bleiben.

§ 538.

Gerichtliches
Verfügungs-
verbot.
| S. 539.
Nachlaß-
konturs.

Von selbst versteht sich, aber keiner Erwähnung an dieser Stelle bedarf es, daß, sofern auf Antrag Betheiligter ein gerichtliches Verfügungsverbot an den Erben ergangen ist und dieses dem dritten Erwerber bekannt oder im Grundbuche vermerkt war, die aus anderen Vorschriften sich ergebenden Wirkungen eines solchen Verbotes sich geltend machen. — Der Fall, daß, während dem Verufenen die Ausschlagung noch frei steht, Konkurs über den Nachlaß eröffnet wird, ist hier nicht näher zu erörtern (vgl. § 2111). Die Konkursöffnung hebt den Verufenen nicht der Nothwendigkeit, entweder auszuschlagen oder anzunehmen. Schlägt er aus, so findet der Abs. 1 Anwendung. Die gegen den Ausschlagenden nach den Grundsätzen über Geschäftsführung ohne Auftrag etwa erwachsenden Ansprüche gehören zum Nachlasse und sind vom Verwalter geltend zu machen. Nimmt der Verufene die Erbschaft als Inventarerbe an, so kommt der § 2112 in Ansehung der rechtlichen Stellung des Inventarerben wegen seines Gebahrens mit dem Nachlasse vor der Eröffnung des Nachlaßkonturses in Betracht.

§ 2057 (II 1835, 1888, B. 1936, 1991, R. 1934, 1989, G. 1958, 2014).

V. Rechts-
streit zc.
gegenüber
dem provi-
sorischen
Erben.

Die EPO. enthält keine Vorschrift über die Verpflichtung des Erben, vor der Annahme der Erbschaft auf neue Rechtsstreitigkeiten über Nachlaßverbindlichkeiten sich einzulassen; in dieser Beziehung beläßt sie es bei dem bürgerlichen Rechte. Der Entw. bringt die Entscheidung hierüber an dieser Stelle, indem er bestimmt, der als Erbe Verufene könne die Einlassung verweigern. Die Vorschrift stimmt überein mit dem A.R. I 9 § 386, welches jedoch nur von „Forderungen“ spricht. Die Worte „ist der Erbe nicht verpflichtet“ bringen zum Ausdruck, daß es sich um eine prozessuale Einrede handelt. — Nach der EPO. werden Rechtsstreitigkeiten, welche zwischen dem Erblasser und einem Dritten bereits anhängig sind, mit dem Eintritte des Erbfalls unterbrochen, oder das Verfahren ist auf Antrag auszusetzen, bis die Aufnahme erfolgt; die Aufnahme kann vom Gegner erzwungen werden, wenn der Erbe die Aufnahme verzögert (vgl. §§ 217, 223 EPO.). Im Anschlusse hieran bestimmt der Entw., daß eine Verzögerung der Aufnahme nicht vorliegt, so lange der Erbe die Erbschaft nicht angenommen hat, ohne daß im Uebrigen die Vorschriften der EPO. berührt werden. Uebersehen darf nicht werden, daß hier nur vom Erben gesprochen wird, also die Befugniß des Klägers nicht beseitigt oder beschränkt wird, gemäß § 2059 Abs. 2 durch Erwirkung der Bestellung eines Nachlaßpflegers die sofortige Rechtsverfolgung, und zwar in den beiden Fällen, welche der Satz 1 des § 2057 trifft, zu ermöglichen.

Anhängige
Rechtsstreitig-
keiten.

Zwangs-
vollstreckung.

Die EPO. bestimmt in den §§ 693, 694, daß die Zwangsvollstreckung gegen den Nachlaß auch vor Annahme der Erbschaft zulässig sei, während selbstverständlich die Vollstreckung gegen das Vermögen des Erben vor Annahme der Erbschaft ausgeschlossen ist. Die Vorschriften der EPO. bedürfen jedoch insofern der Ergänzung, als sie von Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung bei ruhender Erbschaft sprechen, während der Entw. eine ruhende Erbschaft nicht kennt. Die Worte der EPO. „bei ruhender Erbschaft oder wenn der Erbe oder dessen Aufenthalt unbekannt ist“ sind deshalb durch die Worte „vor der Annahme der Erbschaft“ zu ersetzen. — Daß sowohl die Fortsetzung einer bereits gegen den Erblasser eingeleiteten Zwangsvollstreckung, soweit bei einer Vollstreckungshandlung die Hinzuziehung des Schuldners nöthig ist, als auch der Beginn einer neuen Zwangsvollstreckung die Bestellung eines Nachlaßpflegers zur Voraussetzung hat, wird nicht zweifelhaft sein (vgl. auch § 2059 Abs. 2, § 2062). An Stelle des Schuldners den Erben, welchem noch die Ausschlagungsbefugniß zusteht, zuziehen zu lassen, besteht kein Anlaß.

Arrest-
vollziehung.

Daß der Entw. neben der Zwangsvollstreckung die Vollziehung eines Arrestes erwähnt, kann für entbehrlich erachtet werden. Die Hinzufügung ist erfolgt im Interesse der Deutlichkeit und Vollständigkeit. — Die Vorschriften umfassen auch dingliche Ansprüche gegen den Nachlaß.

Zwangs-
vollstreckung
zc. wegen einer
Verbindlich-
keit des Erben.

Die Zwangsvollstreckung und Arrestvollziehung wegen einer anderen mit der Erbschaft nicht in Beziehung stehenden Verbindlichkeit des Erben muß vor der Annahme der Erbschaft beschränkt werden (Abs. 2). Daß dingliche Ansprüche gegen den Erben in den betreffenden, in dessen Vermögen oder im Nachlasse befindlichen Gegenstand vollstreckbar sind, versteht sich von selbst (vgl. auch § 1084 Abs. 3 Satz 2). Ohne den Abs. 2 würden die Gläubiger eines Erben, welchem das Ausschlagungsrecht noch zusteht, sich an den Nachlaß halten und damit sowohl den wirklichen Erben als die Nachlaßgläubiger schädigen und mannigfache Verwickelungen herbeiführen können. Die Vorschrift rechtfertigt sich zudem durch die provisorische Natur des Verhältnisses, in welchem der Erbe zu einer angefallenen, aber noch nicht angenommenen Erbschaft steht. Fraglich kann nur sein, ob dies nicht selbstverständlich sei; die Aufnahme der Vorschrift ist indessen rathsam, schon um Mißverständnissen zu begegnen. — Die Ausdehnung auf die Arrestvollziehung ist nicht zu entbehren. Würde letztere zugelassen, so würde sich mindestens eine Rechtsunebenheit ergeben. Die Gläubiger des Erben werden durch die Verjagung der Arrestvollziehung nicht ohne Noth beengt; ihnen ist nicht verwehrt, eine einstweilige Verfügung (§§ 814 ff. EPO.) auszubringen. Da den Rechten des später eintretenden Erben nicht vorgegriffen werden kann, müßte der Arrest jedenfalls unwirksam werden, wenn demnächst der Erbe, welchem die Erbschaft nur angefallen ist

ausschlägt. Gestattete das Gesetz die Vollziehung eines Arrestes, welchen der Erbe jederzeit durch Ausschlagung der Erbschaft zu brechen in der Lage ist, so würde dieses Ergebnis eigenthümlich und wenig befriedigend sein.

4. Titel: Fürsorge des Nachlassgerichtes.

§. 541.

Die §§ 2058—2067 handeln vorzugsweise von dem Nachlasspfleger. Die Ueberschrift „Nachlasspflegschaft“ würde indessen nicht erschöpfend sein, während die Nachlasspflegschaft sich als ein Ausfluß der Fürsorge des Nachlassgerichtes betrachten läßt.

§ 2058 (II 1837, B. 1938, R. 1936, G. 1960).

Daß der Entw. nicht auf dem Boden der gerichtlichen Verlassenschaftsregulirung steht, ist bereits wiederholt hervorgehoben. Ein amtliches Einschreiten in Ansehung der Verlassenschaft kann daher nur in besonderen Fällen zugelassen werden. Als solche Fälle, in welchen einzuschreiten ist, bezeichnet der Abs. 1 „wenn ein Erbe unbekannt oder für den Nachlaß zu sorgen außer Stande ist“. Durch die Fassung „ein Erbe“ gelangt zum Ausdruck, daß es genügt, wenn von mehreren Erben auch nur einer in einer solchen Lage sich befindet. Mit § 1742 zu fassen „wenn nicht bekannt oder gewiß ist, wer als Erbe berufen ist“, erscheint nicht erforderlich. Gemeint sein kann nur, daß unbekannt ist, wer als Erbe berufen ist, der definitive Erbe ist zunächst immer ungewiß. Statt „wenn — ein Erbe unbekannt ist“ zu setzen „so lange — unbekannt ist“ würde, ganz abgesehen davon, daß in dem „wenn“ das „so lange“ enthalten ist, kaum von Bedeutung sein, da zunächst nur in Frage steht, unter welchen Voraussetzungen einzuschreiten ist, nicht, was zu geschehen hat, wenn die Voraussetzungen wegfallen. Das Einschreiten ist dem Nachlassgerichte übertragen, in Uebereinstimmung mit der §. 380 vertretenen Auffassung. Einige Beispiele, wann der Erbe außer Stande ist, für den Nachlaß zu sorgen, werden mit den Worten „insbes. weil“ usw. angeführt. Diesen, einer Mehrzahl der geltenden Rechte entsprechenden Beispielen ist gemeinlich, daß eine Behinderung nur angenommen wird, wenn es an einer bereiten Vertretung gebricht.

I. Sorge für die Sicherung des Nachlasses.

Das Nachlassgericht soll für die Sicherung des Nachlasses sorgen. Welcher Art die Sicherungsmaßregeln sein sollen, wird gleichfalls durch einige Beispiele (Satz 2) erläutert. Aus der Beschreibung erhellt, daß die Maßregeln nur vorübergehender Natur sind und nicht eine Vertretung des Nachlasses im Rechtsverkehre bezwecken. Den Gegensatz hierzu bildet die im § 2059 behandelte Nachlasspflegschaft. — Daß, soweit es sich lediglich um provisorische Maßregeln handelt, dem Ermessen des Nachlassgerichtes in Ansehung der Frage, wann und wie es einzugreifen hat, thunlichst Spielraum gelassen werden soll, wird hinreichend hervortreten. — Das geltende Recht steht, soweit es nicht Obsignation in allen Fällen eintreten läßt (außer dem öst. G.B. fast alle in Bayern geltenden Rechte, | württ. Recht, bad. GeschäftsD. für die Notare §§ 101, 102, uN.), im Wesentlichen auf demselben Boden, obgleich die Fälle des Einschreitens sehr verschieden bestimmt sind (Roth § 384 Anm. 8—14; Heimbach §§ 303, 309 für die thür. Rechte; sächs. G.B. §§ 2246—2249, 2286, 2287, 2322, 2323, 2349; Mommsen §§ 214—218, 260, 280; heß. Entw. Mot. S. 127; Plitt S. 51; hamb. G. v. 21. Dez. 1868 §§ 8 ff.; brem. Recht nach Post § 213; wegen des franz. Rechtes vgl. Zachariae §§ 609, 610, 612, 640 mit § 590 a. E.; wegen des RN. Eccius § 267, bes. Anm. 5, Dernburg § 214).

Sicherungsmaßregeln.

§. 542.

Die Fürsorgepflicht des Nachlassgerichtes schon dann für entbehrlich zu erklären, wenn von mehreren Erben auch nur einer die Sorge für den Nachlaß übernimmt (vgl. preuß. VormD. § 15), ist für bedenklich erachtet worden. Wenn auch darauf kein Gewicht zu legen sein möchte, daß der Begriff des Uebernehmens der Sorge ein ziemlich unbestimmter ist, so geht doch nicht selten das Interesse der einzelnen Miterben auseinander. Der oder die unbekannt oder behinderten Erben würden darnach unter Umständen wenig gesichert sein, wenn die Wahrung ihrer Rechte in die Hände der übrigen Erben oder eines derselben gelegt werden sollte. Durch die Einschränkung „insoweit . . . als das Bedürfnis erfordert“ wird ein angemessenes Ergebnis erreicht werden. Nimmt sich einer der Erben des Nachlasses an, und erblickt das Nachlassgericht hierin eine genügende einstweilige Fürsorge für den oder die unbekannt oder behinderten Erben, so wird es nicht von Amtswegen eingreifen. Bietet hingegen die Person oder das Vorgehen des betr. Erben dem Nachlassgerichte keine genügende Bürgschaft, so hat das Gericht einzuschreiten, soweit es ein Bedürfnis als vorliegend erachtet. Das Einschreiten erfolgt im Interesse und zur Sicherung des oder der unbekannt oder behinderten Erben. Soweit die Durchführung der für erforderlich erachteten Maßregeln nicht möglich ist, ohne den übrigen Nachlaßbestand in Mitleidenschaft zu ziehen, haben die Maßregeln auf diesen sich gleichfalls zu erstrecken. Dies auszuschließen, erscheint nicht zulässig.

Mehrere Miterben.

Die Landesgesetze sind nicht behindert, die Ausführung der vom Nachlassgerichte angeordneten Maßregeln anderen Beamten, insbes. Notaren, zu übertragen. — Darüber, ob die Landesgesetze auch unter anderen als den in § 2058 bezeichneten Voraussetzungen die Errichtung eines Nachlaß-

Uebertragung an Notare.

verzeichnis und Sicherungsmaßregeln anordnen können, wird im GG. bestimmt werden [vgl. Art. 88, G. 140, 148].

Vollstrecker.

Die Ausnahme, daß das Nachlassgericht einem Vollstrecker, soweit er nach den Anordnungen des Erblassers zur Sorge für den Nachlaß berufen ist, die Sorge für den Nachlaß zu überlassen hat (Abs. 2), rechtfertigt sich mit Rücksicht auf die den §§ 1897 ff. zu Grunde liegende Auffassung des Entw. von der Stellung des Vollstreckers.

Verbot der Siegelung zc. nicht zulässig. | S. 543.

Dem WM. und einigen anderen Rechten ist das Verbot der Siegelung seitens des Erblassers bekannt. Bei Erörterung der Formvorschriften S. 294 ist erwähnt, daß einige geltende Rechte eine erleichterte Form für ein solches Verbot zulassen. Der Entw. hat die Wirksamkeit eines solchen Verbotes des Erblassers nicht anerkannt. Die Anlegung von Siegeln und die Anfertigung eines Nachlaßverzeichnisses kommt nur in den Fällen in Frage, in welchen das Nachlassgericht von Amtswegen für die Sicherung des Nachlasses zu sorgen oder gemäß § 2059 eine Nachlaßpflegschaft einzuleiten hat, im letzteren Falle nur dann, wenn das Nachlassgericht oder der Nachlaßpfleger diese Maßregel nach Lage der Sache für geboten erachtet. Ist aber das Eine oder das Andere der Fall, so vermag ein entgegenstehender Wille des Erblassers hieran nichts zu ändern. Vom Nachlassgericht wird im Interesse der öff. Ordnung vorgegangen; der Wahrung der öff. Ordnung kann durch eine Privatdisposition nicht entgegengetreten werden. Hieran muß um so mehr festgehalten werden, als die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, daß mit dem Tode des Erblassers Umstände eingetreten sind, welche dieser zur Zeit der Anordnung des Verbotes zu würdigen nicht vermocht hat. Indem der Entw. sich jeder Vorschrift enthält, gelangte diese Auffassung hinreichend zum Ausdruck. Denn das Verbot müßte besonders gestattet werden, wenn es zulässig sein sollte.

§ 2059 (II 1837, 1838, B. 1938, 1939, N. 1936, 1937, G. 1960, 1961).

II. Nachlaßpflegschaft.
1. Bestellung eines Nachlaßpflegers.
Nasciturus.

Als Voraussetzung der Anordnung einer Nachlaßpflegschaft wird, abgesehen von dem im Abs. 2 besonders geregelten Falle, aufgestellt, daß der Erbe unbekannt ist. Nur in diesem Falle und im Falle des Abs. 2 wird die in den §§ 2060—2066 einer eigenthümlichen Regelung unterworfen, als besondere Pflegschaft gekennzeichnete Nachlaßpflegschaft eingeleitet. Unbekannt ist der Erbe auch dann, wenn eine Schwangerschaft vorhanden ist, in Folge deren ein Erbberechtigter geboren werden kann. Ist in Rücksicht auf die besonderen persönlichen Verhältnisse eines bekannten Erben eine Fürsorge durch Anordnung einer Vormundschaft oder Pflegschaft nöthig, so verbleibt es bei den allgemeinen Grundsätzen des Vormundschaftsrechtes. Von diesen Grundsätzen abzuweichen, liegt kein genügender Anlaß vor, insbes. auch nicht nach der Seite, daß die Voraussetzungen der Anordnung einer Pflegschaft zu erweitern wären. Ist nur einer von mehreren Miterben unbekannt, und dahin gehört auch der Fall, in welchem ein nasciturus nur Miterbe sein würde, so tritt die Nachlaßpflegschaft nur in Ansehung des diesem etwa anfallenden Erbtheiles ein. — Eine Verdeutlichung, daß bei dem Vorhandensein eines nasciturus der Fall der Nachlaßpflegschaft gegeben sei, ist gegenüber dem im Abs. 1 in Bezug genommenen § 1742 nicht erforderlich. Die Besorgniß, es könne das Mißverständnis entstehen, in Ansehung eines nasciturus sei nur die Anordnung einer Pflegschaft nach Maßgabe des § 1741 statthaft, erscheint nicht begründet. Auch ohne eine weitere Anleitung im Gesetze wird nicht verkannt werden, daß eine Pflegschaft nach Maßgabe des § 1741 nur für die Angelegenheiten, welche lediglich den nasciturus angehen, einzuleiten ist. Hier handelt es sich hingegen darum, daß eine Pflegschaft anzuordnen ist für denjenigen, welcher sich, je nachdem die vorhandene Schwangerschaft zu einer lebenden Geburt führt oder nicht führt, als definitiver Erbe herausstellen wird. — Wie viel als Erbtheil eines in Betracht kommenden nasciturus vorläufig anzusehen ist, falls die Höhe der Erbtheile von der Zahl der Erben abhängt, ist nicht an dieser Stelle zu bestimmen, wenn auch nicht zu verkennen ist, daß mit einer solchen Vorschrift eine feste Begrenzung des Umfanges der Nachlaßpflegschaft gewonnen sein würde. Ueber die hierdurch angeregte Frage vgl. § 2154.

| S. 544.

Zu errichtende Stiftung als Erbe.

Daß in gleicher Weise wie wenn ein nasciturus berufen ist, eine Nachlaßpflegschaft einzuleiten ist, wenn eine zu errichtende Stiftung als Erbe berufen ist, erscheint selbstverständlich und bedarf gleichfalls keines besonderen Ausdruckes.

Beantragte Pflegschaft.

Die Nachlaßpflegschaft auch dann einleiten zu lassen, wenn sämtliche Erben die Bestellung eines Nachlaßpflegers beantragen und ebenso, wenn der alleinige Erbe oder einer von mehreren Erben die Bestellung beantragt, würde deshalb nicht gerechtfertigt sein, weil die Zulassung der Nachlaßpflegschaft in einem so ausgedehnten Umfange weder innerlich begründet noch ein Bedürfnis ist. Eine solche Vorschrift würde auch mit dem im größten Theile Deutschlands geltenden Rechte nicht im Einklange stehen (Stobbe § 282 Anm. 30; WM. I 9 § 471 und VormD. § 89; sächs. GG. § 2247; Code 819; Mommser § 215; Noth § 393 Anm. 23—27). Sind die Erben in der Lage, die den Nachlaß betr. Angelegenheiten zu führen, so haben sie sich der Führung auch zu unterziehen. Den Erben kann nicht die Befugniß eingeräumt werden, sich einen gesetzlichen

Vertreter in Ansehung des Nachlasses durch Vermittelung des Nachlassgerichtes nach ihrem Belieben zu setzen und Dritte zu nöthigen, mit einem solchen Vertreter, statt mit ihnen selbst, etwaige Streitigkeiten auszumachen. Das Ergebniß einer solchen Vorschrift würde sein, daß vermöge der dem Nachlassgerichte obliegenden Aufsicht über den Nachlasspfleger ein Ersatz für die allgemeine gerichtliche Nachlassregulirung geschaffen würde, im Widerspruche mit der Auffassung, daß eine solche Nachlassregulirung in der Regel nicht eintreten soll. — Ebenjowenig ist eine Nachlasspflegschaft einzuleiten, wenn ein bekannter Erbe für den Nachlaß zu sorgen außer Stande ist (vgl. Mommsen § 215 Nr. 2). Hat die Behinderung eines Erben ihren Grund darin, daß der Erbe geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt und nicht vertreten ist, so genügt es, daß das Nachlassgericht gemäß § 2058 in der Lage ist, vorläufig Sicherungsmaßregeln zu treffen. Im Uebrigen liegt es dem zuständigen Gerichte ob, thunlichst bald für die Bestellung eines Vormundes oder Pflegers Sorge zu tragen. Das Gleiche gilt im Wesentlichen, wenn es sich um einen abwesenden und nicht vertretenen Erben handelt, für welchen nach § 1740 ein Pfleger bestellt werden kann. Ist der Erbe an dem Orte, wo der Nachlaß sich befindet, nicht anwesend und nicht vertreten, oder hat er seinen Wohnsitz im Auslande, ist er mithin im Sinne des § 1740 nicht (von seinem Wohnsitze) abwesend, so kann nach den Grundsätzen der §§ 1738 ff., die Bestellung eines Pflegers nicht erfolgen. Auch in solchem Falle kann in der Zeit zwischen dem Eintritte des Erbfalls und dem persönlichen Erscheinen des Erben oder der Bestellung eines Bevollmächtigten seitens desselben das Bedürfniß einer Vertretung sich geltend machen. Die Bedenken, welche dahin geführt haben, die Bestellung eines Pflegers für einen solchen Fall im Allgemeinen nicht zu gestatten (vgl. Mot. 4 S. 1252), rechtfertigen es, eine Nachlasspflegschaft gleichfalls nicht eintreten zu lassen. Die Sorge für eine angefallene Erbschaft unterscheidet sich nicht von der Sorge für andere, vielleicht weit wichtigere Angelegenheiten. Würde auch dann, wenn die Anordnung einer Vormundschaft oder Pflegschaft für den behinderten Erben statthaft ist, eine Nachlasspflegschaft zugelassen, so würde derselbe Fall eine verschiedene Behandlung erfahren, je nachdem eine Vormundschaft oder Pflegschaft oder eine Nachlasspflegschaft eingeleitet wird. Die Vormundschaft oder Pflegschaft schafft eine Vertretung für die bestimmte konkrete Person. Die Nachlasspflegschaft wird dagegen für denjenigen geführt, welcher schließlich als definitiver Erbe sich herausstellt. Dies muß nicht nothwendig der zunächst berufene behinderte Erbe sein; dieser kann seinerseits ausschlagen und damit sich den von dem Nachlasspfleger eingegangenen Verpflichtungen entziehen.

Pfleger für einen bekannten Erben.

§. 545.

Selbst dann, wenn, bevor der Erbe die Erbschaft angenommen hat, der zunächst berufene Erbe die Vertretung ablehnt oder für die Erbschaft zu sorgen unterläßt, ist eine Nachlasspflegschaft nicht erforderlich. So lange der berufene Erbe sich darüber noch nicht entschieden hat, ob er die Erbschaft ausschlagen oder annehmen wolle, wird er in der Regel der Wahrnehmung des Interesses des Nachlasses sich unterziehen, schon um sich selbst für den Fall der Annahme nichts entgegen zu lassen. In Betracht kommen also nur die seltenen Fälle, in welchen der berufene Erbe entschlossen ist, die Erbschaft auszuschlagen, die Ausschlagung aber noch nicht erklärt hat, vielmehr in Unthätigkeit verharret. In solchen Fällen kann allerdings die Erbschaft durch das passive Verhalten des berufenen Erben für den späteren wirklichen Erben eine Schmälerung erfahren. Allein, so lange der vorher Berufene nicht ausgeschlagen hat, ist überhaupt die Stellung des späteren Erben nicht eine rechtlich besonders gefestigte. Ob der später Berufene ein Recht erlangt, hängt von der Entschließung des früher Berufenen ab. Jener muß es daher hinnehmen, wenn der früher Berufene die Wahrung des Interesses des Nachlasses, zu welcher er nicht verpflichtet ist, versäumt hat.

Ablehnung einer Pflegschaft in anderen Fällen.

Der Abs. 1 trifft auch den Fall, daß durch das Nachlassgericht festzustellen ist, ob andere Erben als der Fiskus nicht vorhanden sind (§ 1974). Eine ausdrückliche Erwähnung dieses Falles ist entbehrlich. Daß die Nachlasspflegschaft nur für denjenigen geführt wird, welcher schließlich der Erbe sein wird, daß der Entw. also eine cura personae, nicht eine cura rei (Windscheid § 447 Anm. 4; Roth § 393 Anm. 23; sächs. O. B. § 2248 und dazu Unger § 7 Anm. 20; wegen des RM. Dernburg § 216 Anm. 11, 12, mit § 97 a. E. und gegen diesen Eccius § 236 S. 236 bis 238), annimmt, entspricht dem Grundsätze des § 2025, daß der Erbe die Erbschaft kraft Gesetzes erwirbt. Dies ist im Abs. 1 durch die Worte „demjenigen, welcher der Erbe sein wird“ deutlich zum Ausdrucke gebracht.

Cura personae non rei.

§. 546.

Daß ein Nachlasspfleger auf Antrag auch dann zu bestellen ist, wenn ein Nachlassgläubiger vor der Annahme der Erbschaft die Befriedigung aus dem Nachlasse verlangt und der Erbe für die Befriedigung nicht sorgt (Abs. 2), geht über die §§ 693, 694 O. B. hinaus. Der Zweck der Vorschrift ist, den Nachlassgläubigern die Rechtsverfolgung zu erleichtern. Es wird nicht lediglich für die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung gesorgt, sondern, in Erweiterung jener Vorschriften der O. B., die Prozeßführung vor der Annahme der Erbschaft ermöglicht. Der Erbfall bringt mit sich, daß, so lange die Erbschaft noch nicht angenommen ist, gegen den Erben selbst wider dessen Willen ein neuer Rechtsstreit nicht angestrengt, ein bereits anhängiger Rechtsstreit nicht

Pfleger auf Antrag eines Nachlassgläubigers,

fortgesetzt werden kann (§ 2057). Darin liegt für den Gläubiger eine erhebliche Erschwerung der Rechtsverfolgung, welche sich um so empfindlicher fühlbar machen wird, je länger unter Umständen der Zwischenraum zwischen dem Erbfall und der Annahme der Erbschaft sich ausdehnen kann (vgl. §§ 2030, 2031). Zur Beseitigung dieses unverkennbaren Uebelstandes ist es angemessen, dem Gläubiger das Recht zu gewähren, die Einleitung der Nachlasspflegschaft zu beantragen. Dem zunächst berufenen Erben, falls er bekannt, anwesend und verfügungsfähig ist, die Vertretung des Nachlasses zu übertragen, geht nicht wohl an, weil alsdann der Berufene zu handeln gezwungen würde, obwohl er nicht zu handeln verpflichtet ist, und sich dazu auch vielleicht nicht veranlaßt findet, und weil er nach der von dem Entw. dem Inventarrechte gegebenen Gestaltung die Abzugseinrede nicht wohl erheben kann, ohne damit zugleich die Annahme der Erbschaft zu erklären. Ebensovienig würde die Anordnung einer Vertretung ad hoc genügen. Eine vollständige Nachlasspflegschaft ist allein am Platze, weil der zu bestellende Vertreter zu prüfen hat, ob er den Konkurs zu beantragen oder die Abzugseinrede geltend zu machen veranlaßt ist. Das Wort „Nachlassgläubiger“ umfaßt nach § 2092 auch die Gläubiger aus Rechtshandlungen des Erben, zB. aus der Besorgung der Beerdigung des Erblassers, sowie Vermächtnisnehmer und Pflichtteilsberechtigte. Ein Mißverständniß erscheint ausgeschlossen, da die Vorschrift von „Befriedigung aus dem Nachlasse verlangen“ redet. Von selbst versteht sich, daß die Vorschrift keine Anwendung finden kann, wenn der Gläubiger sich an die Person des Erben halten will (wegen des geltenden Rechtes vgl. fächs. GB. § 2247; Unger § 7 Anm. g und ferner Mommsen § 216 nebst Mot. S. 282).

falls nur ein
Miterbe sich
nicht ent-
scheiden hat.

§ 547.

Stellung des
Entw.
zur EPO.

Hat nur einer der Miterben sich noch nicht entschieden, so ist in Ansehung des betr. Erbtheiles die Nachlasspflegschaft einzuleiten. Hat zB. von mehreren Erben ein Erbe die Erbschaft sofort angenommen, ein anderer aber sich nicht erklärt, so kann im Hinblick auf den im § 320 ausgesprochenen Grundsatz (debita ipso jure sunt divisa, vgl. § 2051) ein Nachlassgläubiger auch den letzteren nach Verhältnis seines Erbtheiles belangen | und in Ansehung dieses Erbtheiles die Bestellung eines Nachlasspflegers verlangen.

Die EPO. beschränkt sich in den §§ 693, 694 auf Vorschriften, welche den Nachlassgläubigern die Rechtsverfolgung im Wege der Zwangsvollstreckung erleichtern. Die EPO. konnte auch nach Lage der Dinge nicht weiter gehen. Der Entw. verfolgt den der EPO. zu Grunde liegenden Gedanken. Maßgebend ist hierfür, daß nicht abzusehen ist, weshalb die Nachlassgläubiger, sobald der Nachlass unzureichend ist, die Befriedigung ihrer Ansprüche sofort durch Herbeiführung des Nachlasskonkurses nach § 204 KonkO. betreiben können, während sie, wenn der Nachlass zureicht, gezwungen sein sollen, zu warten, bis die Erbschaft seitens der Erben angenommen ist, sofern ihnen nicht ein bereits gegen den Erblasser erwirkter Titel zur Zwangsvollstreckung zur Seite steht. Den Gläubigern die Geltendmachung von Ansprüchen dann zu gestatten, wenn ein Nachlasspfleger vorhanden ist, würde nicht genügen. Denn selbst im Falle des § 2059 Abs. 1 kann zwar ein Nachlasspfleger bestellt werden; er muß aber nicht stets bestellt sein. Voraussetzung der Bestellung hervorgetreten ist. An einem solchen Interesse kann es namentlich dann fehlen, wenn im Nachlasse bereits Vermögen vorhanden ist oder der Nachlass im Wesentlichen nur aus ausstehenden Forderungen sich zusammensetzt. — Der gemäß Abs. 2 bestellte Nachlasspfleger ist gleichfalls ein Vertreter desjenigen, welcher der Erbe sein wird, kein curator rei. Mit Rücksicht auf § 2057 müßte, streng genommen, die Bestellung eines Pflegers davon abhängig gemacht werden, daß der als Erbe Berufene sich nicht nur weigert, den Nachlassgläubiger zu befriedigen, sondern es auch ablehnt, auf eine von diesem erhobene Klage sich einzulassen. Allein dies würde zu weit gehen. Selbst die Verweigerung der Befriedigung kann nicht zur Voraussetzung der Bestellung eines Nachlasspflegers gemacht werden, weil damit dem Nachlassgläubiger ein unter Umständen mißlicher Nachweis angefohnen würde. Es muß genügen, daß der als Erbe Berufene, welcher noch nicht angenommen hat, für die Befriedigung des Gläubigers nicht sorgt. Andererseits ist aber auch nicht ohne Weiteres auf die bloße Behauptung einer Person hin, daß sie einen Anspruch gegen den Nachlass habe, mit der Bestellung eines Nachlasspflegers vorzugehen, vielmehr muß der Gläubiger seinen Anspruch dem Nachlassgerichte vorher in einer Weise glaubhaft machen, daß das Gericht die Anordnung einer Nachlasspflegschaft für angezeigt erachtet. Eines besonderen Ausdruckes hierfür bedarf es nicht. Als selbstverständlich ist ferner anzusehen, daß, wenn einmal die Nachlasspflegschaft angeordnet ist, sie dadurch nicht hinfällig wird, daß sich später ergibt, der Antragsteller habe keinen Anspruch gegen den Nachlass.

Vollstrecker
als Nachlass-
pfleger.

§ 548.

Von der Bestellung eines Nachlasspflegers Abstand zu nehmen, soweit ein Vollstrecker vorhanden ist, und letzterem alsdann die Rechte eines Nachlasspflegers beizulegen, ist nicht für angemessen erachtet. Die Gründe, auf welchen der § 2057 Abs. 2 beruht, treffen in solchem Falle nicht zu. Soweit dadurch, daß ein Vollstrecker vorhanden ist, das | Bedürfnis einer besonderen Vertretung des Nachlasses befriedigt ist, wird die Anordnung einer Nachlasspflegschaft an sich nicht stattfinden. Macht sich aber das Bedürfnis einer besonderen Vertretung des Nachlasses

geltend, so wäre es bedenklich, durch das Gesetz den Vollstrecker mit der Funktion des Nachlasspflegers zu betrauen. Der Vollstrecker kann sehr wohl eine Person sein, welche sich zu dieser Funktion nicht eignet. Unter Umständen kann es gerade die Aufgabe des Nachlasspflegers sein, den Vollstrecker zu überwachen oder doch ihm gegenüber das Interesse des unbekanntem Erben zu wahren.

§ 2060 (II —, B. —, R. —, O. —).

Da die Nachlasspflegschaft eine cura personae, nicht eine cura rei ist, müssen die §§ 1738 ff. im Allgemeinen auf diese Pflegschaft anwendbar sein. Dies auszusprechen, ist nicht überflüssig. Insbes. genügt es nicht, daß der § 2059 Abs. 1 auf § 1742 Bezug nimmt. Denn einmal findet sich die Verweisung nur im Abs. 1 § 2059, dann aber wird auf § 1742 auch nur in Ansehung der Frage Bezug genommen, unter welchen Voraussetzungen die Nachlasspflegschaft anzuordnen sei. Abgesehen davon, daß der § 2060 in angemessener Weise zu den folgenden Vorschriften überleitet, erscheint die Vorschrift namentlich deshalb angemessen, weil die hier in Rede stehende Pflegschaft die besondere technische Bezeichnung Nachlasspflegschaft erhalten hat und hieraus in Verbindung mit dem Umstande, daß die folgenden Vorschriften die Rechte und Verbindlichkeiten des Nachlasspflegers in gewissen Beziehungen näher bestimmen, die unzutreffende Folgerung gezogen werden könnte, die Stellung des Nachlasspflegers habe damit erschöpfend geregelt werden sollen. Statt der Vorschriften über die Pflegschaft die Vorschriften über die Vormundschaft, diese aber für nur entsprechend anwendbar zu erklären, ist nicht zulässig. Eine solche Vorschrift würde nicht die für die Pflegschaft geltenden §§ 1744—1748 einbeziehen, während doch auch diese, soweit sie nicht hier gegenstandslos sind, bei der Nachlasspflegschaft Platz zu greifen haben.

2. Anwendbarkeit der Vorschriften über die Pflegschaft.

Durch eine hierneben zu bestimmende Hinweisung auf verschiedene für den Vollstrecker geltende Vorschriften den dem Nachlasspfleger zufallenden Wirkungskreis näher zu bestimmen, ist ebenfalls nicht zulässig. Eine solche Hinweisung könnte das Mißverständnis nahe legen, der Nachlasspfleger sei nicht ein wirklicher Pfleger, sondern ein eigenartiger Vertreter, dem eine Stellung gebühre, welche in der Mitte zwischen einem Pfleger und einem Vollstrecker stehe. Zudem würde dadurch der Wirkungskreis des Nachlasspflegers in einer keineswegs zutreffenden Weise bestimmt. So behandelt zB. § 1997 Abs. 1 die Hauptaufgabe des Vollstreckers, die letztwilligen Verfügungen des Erblassers auszuführen. Für den Nachlasspfleger ist die Ausführung jener Verfügungen nur Nebensache; nicht selten wird es seine Pflicht sein, sie nicht alldald auszuführen, vielmehr mit ihrer Ausführung zu warten. Daß der Nachlasspfleger die Nachlasssachen in seine Inhabung zu nehmen, den Nachlaß festzustellen und | zu verwalten hat (vgl. § 1899 | S. 549. Satz 1), ergibt sich schon aus den Vorschriften über die Pflegschaft. Wenn aber § 1899 Satz 2 die Liquidation des Nachlasses dem Vollstrecker zur Pflicht macht, so fällt eine solche Aufgabe wiederum nicht ohne Weiteres in den Bereich der Aufgaben des Nachlasspflegers. Der Letztere hat zunächst, zumal wenn voraussichtlich die Pflegschaft nur von kurzer Dauer sein wird, den Nachlaß thunlichst in dem Stande zu erhalten, in welchem er sich bei Uebnahme der Nachlasspflegschaft befunden hat. Bedenklich würde auch eine entsprechende Anwendbarkeit des § 1900 Abs. 1 sein. Diese Vorschrift macht die objektive Gültigkeit gewisser Verfügungen des Vollstreckers davon abhängig, daß die Verfügungen den daselbst bezeichneten Voraussetzungen entsprechen. Ueber die Gültigkeit der Verfügungen des Nachlasspflegers entscheiden dagegen lediglich die Vorschriften über die Vertretungsmacht eines Pflegers oder Vormundes, abgesehen von seiner persönlichen Verantwortlichkeit gegenüber dem Erben. Die Vorschrift des § 1902 Abs. 1 Satz 1 über die beschränkte Befugniß des Vollstreckers, eine Verbindlichkeit einzugehen, paßt gleichfalls für den Pfleger nicht.

Der Gedanke, den Wirkungskreis des Nachlasspflegers näher zu bestimmen, ist, soviel auch für denselben spricht (ARN. I 9 §§ 471 ff., Vorm.D. § 89, Dernburg § 216 Anm. 23—26), nicht ausführbar. Wie bei der Abwesenheitspflegschaft (vgl. Mot. 4 S. 1258) auf Einzelheiten nicht eingegangen ist, zumal solche Vorschriften doch nicht erschöpfend sein können, so muß auch in Ansehung der Nachlasspflegschaft von der Bestimmung der Einzelheiten Abstand genommen und es dabei belassen werden, daß die Rechte und Pflichten des Nachlasspflegers im Allgemeinen aus dem Zwecke sich ergeben, welchem die Nachlasspflegschaft dient (vgl. Siebenhaar zu § 2248 sächs. BG.; hiergegen Mommsen § 217 Abs. 2, Unger § 7 Anm. 20, Bl. f. RN. 41 S. 119).

§§ 2061, 2062 (II 1839, —, B. 1940, —, R. 1938, —, O. 1962, —).

1. Daß das Nachlassgericht in Ansehung der Nachlasspflegschaft die Rechte und Pflichten des Vormundgerichtes haben soll, ist aus Zweckmäßigkeitsgründen bestimmt, im Hinblick auf die Verschiedenheit der Beteiligten und darauf, daß das Interesse derselben im Widerspruche miteinander stehen kann. Hiermit stimmen einige geltende Rechte überein, zB. sächs. BG. § 2247; ARN. I 9 § 471, doch ist diese Vorschrift des § 471 wegen der Vorm.D. § 89 Abs. 1 von Einigen (vgl. Johow,

3. Rechte und Pflichten des Nachlassgerichtes.

Zahrb. 3 S. 69, 4 S. 98, Dernburg § 216 Anm. 7, Eccius § 236 Anm. 16) als nicht mehr geltend angesehen.

4. Umfang
der Vertretungs-
macht.
| S. 550.

2. Gegen den Nachlasspfleger müssen alle Ansprüche aus Nachlassverbindlichkeiten geltend gemacht werden können, also auch die Ansprüche aus Vermächtnissen I und Auflagen (vgl. § 2092). Die Fassung „Ansprüche aus Nachlassverbindlichkeiten“ wäre aber infortrekt. Indem der § 2062 von Ansprüchen, welche gegen den Erben als solchen zu richten sind, spricht, trifft er auch die dinglichen Ansprüche gegen den Nachlass, welche nach der Terminologie des Entw. durch jene Fassung nicht eingeschlossen sein würden (vgl. § 167). — Der Schwerpunkt der Vorschrift liegt in der beigefügten Ausnahme für Verbindlichkeiten, welche von der Person des Erben abhängig sind. In Ansehung rein persönlicher Verbindlichkeiten kann der Nachlasspfleger nicht Vertreter sein, weil er nicht Vertreter einer bestimmten Person ist, sondern desjenigen, welcher der Erbe sein wird. Neben dieser Ausnahme gelangt der immerhin wichtige Hauptgrundsatz zum Ausdrucke.

§§ 2063—2065 (II 1886, B. 1989, N. 1987, G. 2012).

Die Stellung des Nachlasspflegers als eines Vertreters desjenigen, welcher der Erbe sein wird, macht erforderlich, schon hier auf das Inventarrecht des Erben sich beziehende Vorschriften einzustellen; zu ihrem besseren Verständnisse vgl. die Bemerkungen zu den §§ 2092, 2093.

5. Einfluß
auf das In-
ventarrecht
des Erben.

1. Nach der Auffassung des Entw. hat jeder Erbe das Inventarrecht kraft Gesetzes (§§ 2092 ff.). Das Inventarrecht des Erben steht daher auch dem Nachlasspfleger als Vertreter des Erben kraft des Gesetzes zu. Dies würde keines Ausdruckes bedürfen. Der Erbe kann aber des Inventarrechtes verlustig werden durch Verzicht (§ 2094), durch Veräußerung der zur Einreichung des Inventares auf Antrag eines Beteiligten gesetzten Frist (§ 2095), weiter gemäß § 2106, endlich durch Nichtgeltendmachung im Rechtsstreite, d. i. durch unterbliebenen Vorbehalt oder Aberkennung im Urtheile (§ 2108). Der Nachlasspfleger kann als Vertreter des Erben durch Handlungen und Unterlassungen den Verlust des Inventarrechtes für den Erben nicht herbeiführen. Inwiefern der Erbe selbst, nachdem der unbekannte Erbe bekannt geworden und die Erbschaft angenommen hat, oder nachdem vom bekannten Erben (§ 2059 Abs. 2) die Annahme der Erbschaft erfolgt ist, dieser durch seine Handlungen und Unterlassungen den Verlust des Inventarrechtes sich zuziehen kann, bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen. — Die Vorschriften sind positiv, aber dadurch gerechtfertigt, daß es nicht zu den Befugnissen des Nachlasspflegers gehören kann, den Rechten des Erben in dieser Hinsicht etwas zu vergeben.

Eine Vorschrift, daß der Nachlasspfleger die Erbschaft ausschlagen oder annehmen könne, und daß er nicht ermächtigt sei, über das Erbrecht Rechtsstreitigkeiten zu führen, ist entbehrlich. Der Nachlasspfleger vertritt denjenigen, welcher der Erbe sein wird, nicht denjenigen, welcher als Erbe noch ausschlagen oder annehmen kann. Würde gleichwohl davon gesprochen, daß I er die Erbschaft nicht ausschlagen oder annehmen könne, so würde dies nur dazu führen, die Stellung des Nachlasspflegers zu verdunkeln. Abweichend bestimmt das RM. I 9 § 472 (vgl. dazu Dernburg § 216 Anm. 13, 14; Eccius § 236 Anm. 17, 19); indessen ist nicht zu übersehen, daß das RM. eine gesetzliche, nicht wie der Entw. eine richterliche Inventarfrist hat, und deshalb Vorzorge treffen mußte, damit nicht der Erbe durch Ablauf der Inventarfrist benachtheiligt werde. — Selbstverständlich ist ferner, daß der Nachlasspfleger nicht Rechtsstreitigkeiten über das Erbrecht führen kann; der wirkliche Erbe hat gegen ihn als seinen Vertreter nur die Ansprüche aus der geführten Pflegschaft (actio tutelae). Ein Streit zwischen dem Nachlasspfleger und dem wirklichen Erben über das Erbrecht würde sich als ein Streit zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen darstellen. Ein solcher ist ausgeschlossen, weil Niemand mit sich selbst prozessiren kann. Wenn im geltenden Rechte anders bestimmt ist (RM. I 9 § 487; vgl. Dernburg § 216 Anm. 20, 21; Eccius § 236 Anm. 16), so dürfte dies damit zusammenhängen, daß der Nachlasspfleger als Kurator der Masse aufgefaßt worden ist.

| S. 551.

Rechtsstreit
über das
Erbrecht.

Der § 2063 macht es entbehrlich, vorzusehen, daß dem Erben die Abzugseinrede gewahrt bleibe, auch wenn sie in einem gegen den Nachlasspfleger in Ansehung von Erbschaftsverbindlichkeiten ergangenen Urtheile nicht ausdrücklich vorbehalten ist. Eine besondere Vorschrift, daß die Zwangsvollstreckung aus einem solchen Urtheile gegen den Erben nur ebenso stattfindet, wie aus einem gegen den Erblasser selbst ergangenen Urtheile, ist daher nicht erforderlich [vgl. jetzt CPD. n. F. § 780 Abs. 2].

6. Aufgebot
der Nachlass-
gläubiger
und Nachlass-
konturs.
(G. —)

2. Indem der § 2064 bestimmt, der Nachlasspfleger sei berechtigt, das erbchaftliche Gläubiger-aufgebot und den Nachlasskonturs zu beantragen, wird nicht eine Ausnahme von den für die Pflegschaft geltenden Vorschriften des Vormundschaftsrechtes und eine Modifikation dieser Vorschriften bestimmt, vielmehr nur verdeutlicht, was schon aus diesen Vorschriften sich herleiten läßt. Wenigstens in Ansehung des Antrages auf Kontursöffnung kann die Vorschrift wegen § 205 Abs. 1 KontO. entbehrlich erscheinen. Allein der § 205 Abs. 1 aD. erklärt nur den Vertreter des Nachlasses als zum Antrage berechtigt. Der Nachlasspfleger des Entw. ist aber kein Vertreter des Nachlasses,

sondern der Vertreter desjenigen, welcher Erbe sein wird, also des Erben. Wenn aber der § 205 auch dem Erben selbst das gleiche Recht beilegt, so soll dem gegenüber die Vorschrift den Zweifel lösen, ob der Nachlasspfleger des Entw. in Ansehung der Ausübung dieses Rechtes als Vertreter des Erben, dh. der Person, welche der definitive Erbe sein wird, gelten könne. In einer so wichtigen Beziehung dürfen Zweifel nicht bestehen (vgl. preuß. G. v. 28. März 1879 § 1 Abs. 1; Dernburg § 216 Anm. 16, 17; Eccius § 236 Anm. 21, 23). [Vgl. jetzt O.B.D. n. F. § 991 und KonkO. § 217.]

§ 3. Wird dann, wenn der Nachlass zur vollständigen Befriedigung aller Nachlassgläubiger unzureichend ist, ein Nachlassgläubiger vollständig befriedigt, obschon er dies nicht beanspruchen konnte, so trägt nach den Vorschriften über das Inventarrecht der Erbe den Schaden. Um dieses Ergebnis zu verhüten, darf der Nachlasspfleger in einem solchen Falle den Gläubiger nicht vollständig befriedigen. Der § 2065 Abs. 1 erklärt deshalb den Nachlasspfleger gegenüber dem Erben für verpflichtet, dafür zu sorgen, daß der Gläubiger sich nicht im Wege der Zwangsvollstreckung vollständige Befriedigung verschaffe. Das letztere kann der Nachlasspfleger dadurch verhindern, daß er entweder den Konkurs beantragt oder im Zwangsvollstreckungs-Rechtszuge rechtzeitig die Abzugseinrede erhebt. Die Vorschrift kann entbehrlich erscheinen; ihre Ausnahme ist aber im Interesse der Deutlichkeit rathsam. Wegen der Befugniß des Nachlasspflegers, Einstellung der Zwangsvollstreckung auf Grund des § 2143 zu verlangen, vgl. § 2143 Abs. 2.

Weiter wird der Nachlasspfleger gegenüber den Nachlassgläubigern für verpflichtet erklärt, über den Bestand des Nachlasses Auskunft zu erteilen (Abs. 2). Der Grund der Vorschrift liegt darin, daß der Nachlasspfleger, so lange er nicht den Konkurs beantragt oder die Abzugseinrede erhebt, durch einen Nachlassgläubiger nicht gezwungen werden kann, ein Inventar vorzulegen. Die Nachlassgläubiger haben aber unter Umständen ein erhebliches Interesse daran, schon vor der Geltendmachung ihrer Ansprüche einen Einblick in den Bestand des Nachlasses zu gewinnen. Gegenüber dem Erben können sich die Gläubiger einen solchen Einblick gemäß § 2095 dadurch verschaffen, daß sie dem Erben durch das Nachlassgericht eine Frist zur Inventarerichtung bei Vermeidung des Verlustes des Inventarrechtes setzen lassen. Der Nachlasspfleger kann jedoch auf eine solche Weise nicht zur Inventarlegung gezwungen werden. Daß der Nachlasspfleger nicht für seine Person, sondern als Vertreter des Erben in dem Sinne auskunftspflichtig ist, daß die Folgen der Nichterfüllung dieser Verpflichtung den Erben treffen, bedarf eines besonderen Ausdruckes nicht.

Weitere Vorschriften über die Nachlasspflegschaft sind, von den Vorschriften des § 2066 über die Aufhebung der Nachlasspflegschaft und des § 2067 über das Aufgebot des unbekanntem Erben abgesehen, nicht aufgenommen. In Betracht zu ziehen sind insbes. folgende Vorschriften, deren Aufnahme befürwortet werden könnte:

a) Eine an § 1901 sich anlehrende Vorschrift, daß der Erbe, so lange die Nachlasspflegschaft besteht, die dieser unterliegenden Sachen zu besitzen oder innezuhaben, auch darüber wirksam zu verfügen nicht berechtigt sei, ferner, daß er während dieser Zeit einen Rechtsstreit über ein der Nachlasspflegschaft unterliegendes Recht nicht erheben oder fortsetzen könne.

b) Eine Vorschrift des Inhaltes, daß, wenn die Nachlasspflegschaft auf den ganzen Nachlass sich erstreckt, die Nachlassgläubiger Ansprüche nur gegen den Nachlasspfleger, nicht gegen den Erben geltend machen können, und daß | die Zwangsvollstreckung auf Grund eines gegenüber dem Erblasser oder Nachlasspfleger vollstreckbaren Schuldtitels in einem solchen Falle nur gegen den Nachlasspfleger, nicht gegen den Erben zulässig sei.

Vorschriften dieses Inhaltes würden dem Gebiete der Kasuistik angehören. Ihre Aufnahme wäre auch wohl nur zulässig, wenn sie noch in verschiedenen Richtungen vervollständigt würden. Die Anordnung einer Nachlasspflegschaft hat eine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des vertretenen Erben nicht zur Folge. Allerdings können Verwickelungen entstehen, wenn sowohl der Erbe als der Nachlasspfleger über einen der Nachlasspflegschaft unterliegenden Gegenstand verfügen. Auch in Folge der Prozeßführung über Rechte, welche der Nachlasspflegschaft unterliegen, sind Verwickelungen denkbar, wenn der Rechtsstreit gegen den Erben und gegen den Nachlasspfleger oder seitens derselben geführt wird. Allein derartige Fälle werden sehr selten vorkommen. Es besteht kein Anlaß, für so seltene Fälle es nicht bei demjenigen zu belassen, was sich aus den allgemeinen Grundsätzen ergibt, zumal auch in Ansehung der Abwesenheitspflegschaft und der nach § 1739 zulässigen Plegschaft, und selbst für den Fall der Bevollmächtigung, für dergleichen Kollisionen vom Entw. Vorschriften nicht aufgenommen sind (vgl. Mot. 1 S. 277, 4 S. 1259), obschon solche, namentlich für den Fall der Vollmachtertheilung, weit näher liegen. Der § 1001 bietet jedenfalls keinen Anlaß zu solchen Vorschriften, da er auf anderen Gründen beruht (vgl. S. 233).

c) Vorschriften für den Fall, daß aus Rücksicht auf einen nasciturus eine Nachlasspflegschaft einzuleiten ist. In dieser Beziehung könnte einmal, im Anschlusse an das A.N. I 9 § 372, bestimmt werden, als Nachlasspfleger sei der gesetzliche Vertreter des nasciturus dann zu bestellen,

§ 552.
7. Verpflichtung des Pflegers bei unzureichendem Nachlasse.

Auskunftspflicht.

Abhebung weiterer Vorschriften.

§ 553.

Nachlasspflegschaft über einen nasciturus.

wenn diesem die Erbschaft oder der Erbtheil ausschließlich gebühren würde (vgl. Dernburg § 217 Anm. 11; Eccius § 267 Anm. 23). Wenn die Vereinigung beider Funktionen in einer Person zweckmäßig ist, wird das Nachlassgericht ohne Weiteres den Pfleger der Leibesfrucht (§ 1741) zum Nachlasspfleger bestellen. Es sind aber sehr wohl Fälle möglich, in welchen eine solche Vereinigung der Funktionen nicht angemessen und sogar bedenklich sein würde. In solchen Fällen das Nachlassgericht in der Auswahl des Pflegers zu beschränken, fehlt es an jedem Anlasse. Ferner könnte bestimmt werden, in welchen Fällen der Nachlasspfleger, wenn neben dem nasciturus Andere zu einem noch nicht bestimmbar Teile berufen sind, zu Verfügungen der Zustimmung der übrigen Beteiligten bedarf. Eine Vorschrift dieses Inhaltes ist entbehrlich; es genügen die allgemeinen Grundsätze.

§ 2066 (II —, B. —, R. —, G. —).

8. Aufhebung
der Nachlass-
pflegschaft.
| S. 554.

Jede Vorschrift über die Aufhebung der Nachlasspflegschaft kann entbehrlich erscheinen. Allein gemäß § 2060 würde sich die Beendigung nach § 1748 bestimmen. Vom § 1748 ist jedoch nach Lage der Sache nur die Vorschrift anwendbar, daß | zur Beendigung die Aufhebung von Seiten des Nachlassgerichtes erforderlich ist, und daß die Aufhebung erfolgen soll, wenn der Grund zur Anordnung der Nachlasspflegschaft weggefallen ist. Ist nun der Grund für die Anordnung im Falle des § 2059 Abs. 1 der Umstand, daß der Erbe unbekannt ist, so könnte, in Ermangelung einer besonderen Vorschrift, angenommen werden, die Nachlasspflegschaft sei aufzuheben, sobald der Erbe nicht mehr unbekannt ist. Sie wird aber für denjenigen geführt, welcher sich als der Erbe ausweisen wird, und soll zugleich dem Bedürfnisse der Vertretung der Person desjenigen, welcher der Erbe sein wird, genügen. In Folge dessen kann sie erst dann aufgehoben werden, wenn der nunmehr bekannt gewordene Erbe die Erbschaft angenommen hat. Der § 1748 findet also nicht schlechthin Anwendung, wie im § 2060 ausgesprochen wird, sondern nur mit einer gewissen Modifikation. Die Korrektheit verlangt, daß auf diese Abweichung im Gesetze hingewiesen wird. — Eine Modifikation des § 1748 Abs. 2 Satz 2 ist nur für den Fall des § 2059 Abs. 1 erforderlich. Eine Verallgemeinerung des § 2066 wird auch nicht dadurch notwendig, daß selbst im Falle des § 2059 Abs. 2 der Nachlasspfleger ein Pfleger desjenigen, welcher der Erbe sein wird, und nicht des Nachlasses ist. Selbstverständlich hat auch der nach § 2059 Abs. 2 bestellte Pfleger das Interesse des Nachlasses im Ganzen wahrzunehmen; er darf sich nicht damit begnügen, lediglich für die Befriedigung des betr. Gläubigers zu sorgen, ohne Rücksicht darauf, ob der Nachlaß zur Deckung aller Verbindlichkeiten genügt.

Wegen der Haftung desjenigen, der die Erbschaft annimmt, für die vom Nachlasspfleger eingegangenen Verbindlichkeiten bestimmt der § 2092 Abs. 2 verb. mit §§ 2113, 2133.

§ 2067 (II 1841, B. 1942, 1943, R. 1940, 1941, G. 1964, 1965).

IV. Off.
Aufforderung
zur An-
meldung der
Erbrechte.

Für den Fall, daß der Erbe unbekannt und binnen einer den Umständen des Falles entsprechenden Frist nicht ermittelt ist, soll nach Abs. 1 das Nachlassgericht von Amteswegen eine öff. Aufforderung zur Anmeldung der Erbrechte unter Bestimmung einer Anmeldefrist erlassen. (M.N. I 9 §§ 471—481, 494—498, II 16 §§ 27 ff., M.D. I 51 §§ 146, 151, Anh. § 390 zu § 146, G. v. 24. März 1879 § 24; sächs. G.B. § 2619; Lüb. G. v. 25. März 1882 §§ 22 bis 25; Mommsen § 531; Hess. Entw. 359). — Selbstverständlich scheidet hier der Fall aus, in welchem der Erbe lediglich deshalb unbekannt ist, weil es sich um die Erbberichtigung einer zur Zeit des Erbfalls bereits empfangenen, aber noch nicht geborenen Person handelt. Hingegen wird der Fall des § 1974 durch die Vorschrift getroffen und in Ergänzung des § 1974 Abs. 5, welcher bestimmt, der Fiskus könne als Erbe ein Recht nur geltend machen und gegen ihn als Erben könne ein Recht | nur geltend gemacht werden, nachdem vom Nachlassgerichte festgestellt ist, daß andere Erben nicht vorhanden sind, vorgeschrieben, jene Feststellung sei von einer voraus-
| S. 555.

Voraus-
setzung.

Das Nachlassgericht hat mit der Aufforderung als einer immerhin außerordentlichen Maßregel erst vorzugehen, nachdem eine gewisse Frist verstrichen ist, ohne daß Jemand sich gemeldet und sein Erbrecht nachgewiesen hat. Diese Frist im Gesetze festzusetzen (auf 3 Monate mit dem M.N. I 9 § 471, oder auf 6 Monate), wäre nicht rathsam. Die Dauer der Frist bleibt besser dem von der Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles geleiteten Ermessen des Nachlassgerichtes anheim- gestellt, da die Fälle sehr verschieden sein können. — Die Vorschrift setzt nicht mit dem M.N. I 9 § 471 voraus, daß eine Nachlasspflegschaft eingeleitet sei. Freilich wird das Nachlassgericht zumeist zur Einleitung einer solchen Pflegschaft sich veranlaßt finden, schon um ein Organ zu haben für die Ermittlungen, wer der Erbe sein möge. Jedoch sind Fälle denkbar, in welchen die Einleitung einer Nachlasspflegschaft zwecklos sein und nur zu Häufung der Kosten führen würde. Insbesondere kommt in Betracht, daß vielleicht der Nachlaß sehr geringfügig ist, und daß die Kosten der Nachlasspflegschaft den Nachlaß zu einem erheblichen Theile, wenn nicht völlig, aufzehren würden. Zu berücksichtigen ist ferner, daß das Nachlassgericht sich, namentlich dann, wenn die Verhältnisse des

Erblässers bekannt sind, sehr wohl in der Lage befinden kann, die erforderlichen Ermittlungen selbst vorzunehmen.

Die Erlassung der Aufforderung von einem Antrage des Nachlasspflegers abhängig zu machen, würde selbst dann bedenklich sein, wenn eine Nachlasspflegschaft besteht. Daß das Nachlassgericht den etwa vorhandenen Nachlasspfleger hören wird, bevor es zu der Aufforderung schreitet, ist selbstverständlich. Würde aber dem Nachlasspfleger das ausschließliche Antragsrecht eingeräumt, so könnten sich mißliche Folgen ergeben, insbes. wenn nach der Ansicht des Nachlassgerichtes die Voraussetzungen des Aufgebotes vorliegen, der Pfleger aber den Antrag nicht stellen will. Den in solchem Falle entstehenden Verwickelungen würde das Nachlassgericht nur ein Ende machen können, wenn dem Nachlasspfleger eine Pflichtwidrigkeit zur Last fällt, welche zur Entlassung des Pflegers berechtigt.

Die zu erlassende Aufforderung hat den gleichen Zweck wie die im § 2072 bezeichnete Aufforderung. Sie bezweckt ebensowenig, wie die letztere, den wirklichen Erben mit seinen Rechten auszuschließen. Deshalb ist die Erlassung eines Ausschlußurtheiles nicht vorgeschrieben. Der wirkliche Erbe soll nicht seines Erbrechtes zu Gunsten des Fiskus dadurch verlustig werden, daß er die Anmeldung unterläßt. Es wird nur ein provisorischer Zustand geschaffen, welcher rückgängig gemacht werden kann.

Wegen der Art der Bekanntmachung und der Dauer der Anmeldefrist ist auf die §§ 825—827 der C.P.D. verwiesen (Abs. 2). Daraus ergibt sich, daß ein förmliches Aufgebotsverfahren nach Maßgabe der §§ 823 ff. C.P.D. nicht stattfindet. Die Verweisung auf die §§ 825—827 ist nur instruktionalen Charakters; sie beruht auf Zweckmäßigkeitsgründen.

Demjenigen, welcher vor oder nach Ablauf der Anmeldefrist ein Erbrecht in Anspruch nimmt, wird die Pflicht auferlegt, innerhalb dreier Monate nach Ablauf der Anmeldefrist dem Nachlassgerichte nachzuweisen, daß er der Erbe sei, oder daß er sein Erbrecht durch Erhebung der Klage gegen den Fiskus geltend gemacht habe (Abs. 3). Selbstverständlich kann auch der Fiskus die negative Feststellungsklage erheben. Die Klage ist gegen den Fiskus, nicht gegen den Nachlasspfleger zu erheben, weil der letztere als Vertreter des wirklichen Erben zur Sache nicht legitimirt sein würde (vgl. §§ 2059, 2062 und zum § 2063 S. 545, 547). Sind mehrere Prätendenten aufgetreten, so haben diese außerdem den Streit unter sich zum Austrage zu bringen, sofern sie sich nicht einigen.

Bleibt die Aufforderung erfolglos oder ist der vorgeschriebene Nachweis innerhalb der bestimmten Frist nicht erbracht, so soll das Nachlassgericht von Amtswegen feststellen, daß ein anderer Erbe als der Fiskus nicht vorhanden ist, und dem Fiskus auf Antrag einen Erbschein erteilen (Abs. 4). Die Vorschriften beruhen auf Zweckmäßigkeitsgründen. In Ermangelung derselben könnte die Erbschaft nicht ausgeantwortet werden, so lange nicht feststeht, wer der Erbe ist, und müßte die etwa eingeleitete Nachlasspflegschaft fortbestehen. Hierdurch würde der für das Nachlassgericht und den Pfleger mit Belästigungen und nicht geringer Verantwortlichkeit verbundene Schwebezustand in das Ungemessene verlängert werden können. Dem wirklichen Erben aber wird durch die Vorschriften nicht zu nahe getreten, da er nur zu erleiden hat, daß sein Recht vorläufig unbeachtet bleibt und der Nachlass dem Fiskus ausgefolgt wird. — Einer besonderen Berücksichtigung bedarf der Fall nicht, daß der Fiskus mit der Sache nichts zu thun haben will, weil er nicht bestreitet, von mehreren als Erben aufgetretenen Personen sei jedenfalls eine Person erbberichtigt. Der Fiskus kann sich durch ein derartiges Nichtbestreiten dem nicht entziehen, daß das Erbrecht ihm gegenüber festgestellt wird.

Eine weitere Vorschrift über die Wirkung des in einem Rechtsstreite gegen den Fiskus oder des Fiskus gegen einen als Erben Aufgetretenen ergangenen Urtheiles ist entbehrlich. Allerdings macht auch in einem solchen Falle das ergangene Urtheil nach § 191 nur Rechtskraft unter den Parteien ebenso wie die Feststellung des Erbrechtes durch Anerkenntniß seitens der Gegenpartei. Allein das Nachlassgericht wird in der Regel dem Gewichte des Urtheiles oder Anerkenntnisses sich nicht zu entziehen vermögen und hier wie im Falle des § 2072 berechtigt sein, den Beweis des Erbrechtes durch diesen Vorgang insoweit als erbracht anzusehen, als zur Ertheilung eines Erbscheines an den Fiskus auf dessen Antrag erforderlich ist.

5. Titel: Erbschein.

Die Auffassung, welche den §§ 2051, 2058 ff. zu entnehmen ist, läßt für die Regel die Einmischung des Gerichtes in die Nachlassangelegenheiten nicht nothwendig und nicht zweckmäßig erscheinen (vgl. hingegen, außer dem öst. Rechte, bayer. M. III 1 § 6 Nr. 6, §§ 17, 18 verb. mit B. v. 30. Okt. 1767; württ. Recht bei Stein §§ 289, 290; Roth § 384 Anm. 21—26; Stobbe § 281 Anm. 26 ff.; andererseits Roth § 384 a. E. wegen des gemeinen Rechtes; Dernburg § 213, Cccius § 267 für M. N.; sächs. G.B. §§ 2247, 2349; Code 819; Mommsen § 215 nebst Mot. S. 281; heff. Entw. 240 ff.; uA.). — Dagegen ist im Interesse des Verkehrs er-

Bekanntmachung, Anmeldefrist.

§ 556. Frist zum Nachweise des Erbrechtes.

Erfolglose Auf- forderung.

Wirkung des Urtheiles im Rechtsstreite mit dem Fiskus.

§ 557.

Bor- bemerkung, Aufnahme des Institutes.

forderlich, dem Erben die Befugniß einzuräumen, in gewissen Fällen die Ausstellung einer Urkunde zu begehren, durch welche festgestellt wird, daß er sich als Erbe ausgewiesen habe. Dies Interesse tritt besonders hervor in Ansehung der vom Entw. erforderten oder vorausgesetzten Einrichtung von Grundbüchern, falls Grundstücke oder Rechte an solchen zum Nachlasse gehören, ferner in Ansehung derjenigen etwa zum Nachlasse gehörenden Rechte, über welche zum Zwecke der Eintragung von Veränderungen in der Person des Berechtigten bei Behörden ein Buch oder Register geführt wird (Staatsschuldbücher, Handelsregister usw.), endlich in Ansehung solcher zum Nachlasse gehörender Gegenstände, welche sich in der Verwahrung einer Behörde (Reichsbank, Hinterlegungsstellen, usw.) befinden. Soll der erstrebte Zweck erreicht werden, so muß das Gesetz auch bestimmen, welche Bedeutung einer solchen Urkunde, vom Entw. „Erbschein“ genannt, beizulegen ist.

Entsprechende Vorschriften finden sich in einer größeren Zahl der deutschen Rechte, so im preuß. G. v. 12. März 1869, welches für den ganzen Umfang des Staates gilt, ausgedehnt auf Waldeck-Pyrmont durch G. v. 26. Jan. 1881, in der V. für das meckl. Fürstenthum Ratzeburg v. 29. März 1834 und den meckl. B. v. 25. Mai 1857 und 30. Mai 1857, im lüb. G. v. 21. Sept. 1863, betr. die Nächstzeugnisse, jetzt ersetzt durch G. v. 25. März 1882, im hamb. G. v. 21. Dez. 1868 §§ 25 ff., im brem. G. v. 11. Juli 1877, im oldenb. G. v. 3. April 1876, im braunschw. G. v. 8. März 1878, in dem schaumb. G. v. 30. Jan. 1884, im elsass-lothr. G. v. 10. Mai 1886, im sondersh. G. v. 23. Jan. 1888 und im bad. G. v. 25. März 1888.

| §. 558. Ähnliche Vorschriften | enthalten bereits die sächs. B. v. 9. Jan. 1865 im § 19 und die meisten thüring. Rechte sowie der hess. Entw. 245—247.

Ablehnung-
der Aus-
dehnung auf
eingesezte
Erben.

Die beiden meckl. Gesetze und das hamb. Gesetz sowie der hess. Entw. dehnen das Institut aus auf eingesezte Erben. Alle übrigen bezeichneten Gesetze halten daran fest, daß, abgesehen von besonderen Ausnahmen für gewisse Fälle (vgl. §§ 2078, 2079), die Beurkundung der Eigenschaft einer Person als Erbe dem Nachlaßgerichte in der Regel nicht zu überlassen sei, wenn der angebliche Erbe sein Recht auf eine Erbeinsetzung gegründet. Diesen ist der Entw. gefolgt. Die Beurkundung des Erbrechtes durch das Nachlaßgericht ohne Aufgebotsverfahren ist an sich anomaler Natur. Wenn auch nicht zu verkennen ist, daß das Institut ein nützlichcs ist, so darf es doch nicht allgemein auch in den Fällen zur Anwendung gebracht werden, in welchen der Erbe sein Erbrecht auf eine Verfügung von Todeswegen gründet. In solchem Falle besteht in der Regel kein Bedürfnis für die Ausstellung eines Erbscheines im Sinne des Entw. Die urkundliche Verfügung von Todeswegen enthält selbst bereits das Erforderliche. Würde dem Nachlaßgerichte auch in allen solchen Fällen die Befugniß, einen Erbschein auszustellen, beigelegt, so würde ihm damit die Auslegung der Verfügung von Todeswegen und eine Art provisorischer Entscheidung über das darauf zu gründende Erbrecht für alle Fälle übertragen mit weitgreifenden, das materielle Recht möglicherweise schwer beeinträchtigenden Wirkungen. Eine derartige Befugniß würde nicht zu unterschätzende Gefahren mit sich bringen. Die Vorlegung des Testamentes und des im § 2078 Abs. 1 zugelassenen Zeugnisses werden allen etwa bestehenden Bedürfnissen gerecht werden.

§§ 2068, 2069 (II 2218, 2219, B. 2327, 2328, R. 2326, 2327, G. 2353, 2354).

I. Voraus-
setzung und
Inhalt.

1. Der § 2068 bringt die in der Vorbemerkung erörterten Gedanken zum Ausdruck, insbes. den, daß nur dem gesetzlichen Erben auf seinen Antrag ein Zeugniß darüber zu erteilen ist, daß und in welchem Umfange er auf Grund der gesetzlichen Erbfolge Erbe sei. Jede Hinweisung auf die Voraussetzungen für die Ertheilung des Erbscheines in Ansehung des Beweises ist unterblieben, um nicht das Mißverständnis hervorzurufen, die Wirksamkeit des Erbscheines hänge davon ab, daß diesen Voraussetzungen genügt sei. — Soll der Erbschein seinen Zweck erfüllen, so muß er auch den Umfang des Erbrechtes des Antragstellers angeben.

Antrags-
berechtigter.

Als antragsberechtigt wird der gesetzliche Erbe bezeichnet. Nur dem Antragsteller ist ein Zeugniß zu erteilen, daß und in welchem Umfange er Erbe sei. Nach der Praxis des preuß. Rechtes wird, abweichend hiervon und wohl in Rücksicht auf die Auffassung des A. R. von der Erbengemeinschaft (vgl. zum § 2051 S. 527), auf Antrag eines Miterben ein Zeugniß ausgestellt, welches der übrigen Miterben gedenkt. Gegen diese Praxis wendet sich der Entw. — Andere Personen können die Ertheilung eines Erbscheines nicht beantragen, insbes. nicht, um sich den

| §. 559.

Beweis der Passivlegitimation für Ansprüche, welche gegen den Erben erhoben werden sollen, | zu sichern (vgl. Dernburg § 228 Anm. 4). Die Befugniß solcher Personen, sich eine Abschrift oder eine beglaubigte Abschrift des Erbscheines erteilen zu lassen, wird dadurch nicht berührt.

Erforderniß
eines
bestimmten
Erbscheines.

In Ansehung eines Erbtheiles ist der Erbschein nur zu erteilen, wenn der Erbtheil bestimmt ist. Da der Umfang des Erbrechtes im Erbscheine anzugeben ist, so versteht sich von selbst, daß, wenn der Erbtheil noch ungewiß ist, z. B. weil die Geburt einer zur Zeit des Erbfallcs bereits empfangenen erbberechtigten Person zu erwarten ist, das Nachlaßgericht nicht in der Lage ist, für seinen Miterben, dessen Antheil durch die Geburt einer solchen Person beeinflusst

wird, einen Erbschein auszustellen. In diesem Falle würde der Erbschein über den Umfang des Erbrechtes keine Auskunft geben oder sich wenigstens nachträglich als unrichtig herausstellen können.

Daß dem Nachlassgerichte übertragen wird, das Zeugniß auszustellen, entspricht nicht nur Zuständigkeit, fast allen in der Vorbemerkung erwähnten Gesetzen, sondern erscheint auch insofern angemessen, als das Nachlassgericht in der Regel von letztwilligen Verfügungen und den auf die Erbschaft sich beziehenden Erklärungen Kenntniß haben wird (vgl. §§ 1938, 2032).

2. Der § 2069 stellt unter 6 Nummern als Erfordernisse des Antrages die näher bezeichneten Angaben des Antragstellers auf, im Wesentlichen in Uebereinstimmung mit den in der Vorbemerkung angeführten Gesetzen (vgl. das fast wörtlich übereinstimmende bad. Gesetz vom 24. März 1888 § 2).

II. Angaben des Antragstellers.

Nr. 1. Die Angabe der Zeit, in welcher der Tod des Erblassers erfolgt ist, ist nur insoweit erforderlich, als die Todeszeit für das behauptete Erbrecht von Bedeutung ist. Mit dem Zwecke der Ermittlungen des Nachlassgerichtes würde es nicht im Einklange stehen, wenn stets der strengere kalendermäßige Zeitpunkt angegeben werden müßte. Wenn inzwischen Veränderungen, welche auf die Erbfolge von Einfluß sind, sich nicht zugetragen haben, wird mitunter eine nach gewissen Zeitgrenzen bestimmte Angabe genügen.

Tod des Erblassers;

Nr. 2. Erfordert wird die Angabe des Verhältnisses, durch das das Erbrecht des Antragstellers begründet wird. In der Regel wird es sich um ein Verwandtschaftsverhältniß handeln; jedoch würde die Angabe des „Verwandtschaftsverhältnisses“ nicht verlangt werden können, weil das Erbrecht des Ehegatten zu berücksichtigen ist. Gemeint sind die thatsächlichen Behauptungen, welche nach den Umständen des Falles dazu führen, ein gesetzliches Erbrecht des Antragstellers anzunehmen.

das Erbrecht begründendes Verhältniß;

Nr. 3 und 4. Für die Angaben, ob und welche Personen vorhanden sind oder vorhanden waren, durch welche das Erbrecht des Antragstellers ausgeschlossen oder vermindert werden würde und betreffendenfalls in welcher Weise solche Personen weggefallen sind, kommen alle diejenigen Personen in Betracht, welche als Erben berufen sein würden, wenn sie nicht verstorben wären oder als vor dem Erballe gestorben zu gelten hätten, weil sie die Erbschaft ausgeschlagen haben, oder durch Verzichtvertrag oder Erbunwürdigkeitserklärung weggefallen sind (§ 1972). Der besondere Grund des Wegfalles ist anzugeben. Nur auf dem bezeichneten Wege läßt sich ermitteln, ob nicht konkurrierende oder besser Berechtigte vorhanden sind. Geprüft werden soll, ob der Wegfall als erfolgt anzuerkennen ist. Von Bedeutung kann in dieser Hinsicht auch der § 1755 Abs. 2 werden, nach welchem der Erblasser befügt ist, dahin letztwillig zu verfügen, daß er nur eine bestimmte Person von der gesetzlichen Erbfolge ausschließt.

Vorhanden-
sein von
Personen,
welche das
Erbrecht aus-
schließen oder
mindern;
| §. 560.

Nr. 5 und 6. Jede Verfügung von Todeswegen seitens des Erblassers ist anzugeben und zu beschaffen, da das Nachlassgericht zu prüfen hat, ob darin eine Erbeinsetzung enthalten ist. Zumeist werden solche Verfügungen dem Nachlassgerichte schon bekannt sein (§ 1938). Die Angabe, ob ein Rechtsstreit über das Erbrecht anhängig sei, kann nur eine verneinende sein, wenn dem Antrage stattgegeben werden soll (vgl. § 2071 Abs. 2).

Verfügungen
von Todes-
wegen;
abhängiger
Rechtsstreit.

Nicht besonders bestimmt ist, wie das Nachlassgericht sich zu verhalten habe, wenn Zweifel sich erheben, ob eine Verfügung gültig oder unwirksam sei oder ob sie eine Erbeinsetzung enthalte. Nach § 2071 Satz 1 ist der Erbschein nur zu erteilen, wenn erhebliche Zweifel in Ansehung des behaupteten Erbrechtes nicht obwalten. Dieser Grundsatz wird genügen.

§ 2070 (II 2221, B. 2330, R. 2329, G. 2356).

Nach Abs. 1 sind die im § 2069 unter Nr. 1, 2, 4 erwähnten Thatfachen vom Antragsteller nachzuweisen, und zwar regelmäßig, in Rücksicht auf die positive Natur und die eingreifenden Wirkungen des Erbscheines, durch öff. Urkunden, soweit nicht die betr. Thatfachen dem Nachlassgerichte offenkundig sind (bad. G. v. 1888 § 3 Abs. 2; wegen des Ausdruckes „offenkundig“ vgl. CPD. § 264). Entsprechend der Mehrzahl der in der Vorbemerkung bezeichneten Gesetze wird beigefügt, daß, wenn solche Urkunden nicht oder nur mit besonderen Schwierigkeiten zu beschaffen sind, andere Beweismittel anzugeben seien.

III. Beweis-
mittel.

Die Regelung der Beweislast entspricht den Grundsätzen der §§ 193, 194. Die bezeichneten Thatfachen sind solche, über welche in der Regel eine amtliche Kunde besteht, so daß die zuständige Behörde in der Lage ist, eine die Thatfachen nach den §§ 380, 382, 383 CPD. beweisende öff. Urkunde auszustellen. Möglich ist es jedoch, daß im einzelnen Falle die Thatfache (z. B. die Geburt oder der Tod eines Menschen) nicht zur gehörigen amtlichen Kunde einer Behörde gelangt ist, oder daß eine öff. Urkunde nur mit besonderen Schwierigkeiten erlangt werden kann. Wenn nun auch im Allgemeinen, insbes. mit Rücksicht darauf, daß der Beweis dem Nachlassgerichte zu führen ist, ohne daß die möglicherweise vorhandenen sonstigen Erbprätendenten gehört werden, die Vorlegung öffentlicher Urkunden verlangt werden muß und der Antragsteller zur Herbeischaffung solcher Urkunden anzuhalten ist, so würde doch das Institut des Erbscheines seinen praktischen Nutzen zum

Beweislast.

Theile einbüßen, wenn schlecht hin auf dem Beweise durch öff. Urkunden bestanden würde. Es handelt sich nicht darum, den vollen Beweis des Erbrechtes mit Wirkung für alle Personen zu führen, sondern es muß | genügen, wenn eine auf sorgfältiger Nachforschung beruhende Ueberzeugung des Nachlassrichters darüber herbeigeführt ist, daß und in welchem Umfange der Antragsteller Erbe ist. Deshalb ist zugelassen, daß der Antragsteller in den erwähnten besondern Fällen auf andere Erkenntnisquellen verweist.

| §. 561.

Aus-
schlagung.Beweis der
Offenkundig-
keit.Todes-
erklärung.Eidesstattliche
Versicherung.Erlaß der
Versicherung.

Daß eine dem Nachlassgerichte gemäß § 2032 in öffentlich beglaubigter Form erklärte Aus-
schlagung als eine beim Nachlassgerichte offenkundige Thatsache zu betrachten ist, versteht sich von
selbst. Soweit eine solche Ausschlagung darzuthun ist, bedarf es mithin der Beibringung einer
öff. Urkunde nicht. — Des Beweises der Offenkundigkeit einer Thatsache durch Zeugen besonders
zu gedenken (preuß. G. v. 1869 § 3; elsäß-lothr. G. § 2, usw.), besteht kein Anlaß; ein solcher
Beweis läuft auf einen an sich nicht ausgeschlossenen Indizienbeweis hinaus. — Auch hier ist
die Todeserklärung nicht ausdrücklich erwähnt (vgl. § 1749); die gewöhnliche Beweiswirkung der
Todeserklärung (§ 21 verb. mit § 198) erscheint genügend.

Der Nachweis dieser Thatsachen kann nach der Natur der Dinge noch keinen sicheren Anhalt
für die Ertheilung des Erbscheines gewähren. Dazu genügt auch nicht die im § 2071 dem
Nachlassgerichte beigelegte Befugniß, von Amtswegen Ermittlungen vorzunehmen, für welche es
oft an einer geeigneten Grundlage fehlen wird, zB. wenn es sich um die meist vorhandene
Möglichkeit handelt, ob nicht der Erblasser letztwillig verfügt habe. Andererseits kann dem Antrag-
steller, weil es sich um negative Thatsachen handelt, eine weitere Beweisführung nicht zugemuthet
werden. Zur Abhülfe dient die im § 2070 Abs. 2 vorgeschriebene eidesstattliche Versicherung des
Antragstellers in Ansehung der im § 2069 unter Nr. 3, 5, 6 bezeichneten Angaben (bad. G.
v. 1888 § 3 Abs. 3). Die eidesstattliche Versicherung in Ansehung des Nichtvorhandenseins letzt-
williger Verfügungen steht in vollem Einklange mit § 2069 Nr. 5. — Daß die Versicherung
unter besonderen Umständen vom Nachlassgerichte erlassen werden kann (Schlußsatz), ist aus Gründen
der Zweckmäßigkeit hinzugefügt. Solche besonderen Umstände liegen zB. vor, wenn der Erblasser
das unmündige Kind seiner noch lebenden Eltern war, oder wenn die Versicherung bereits
von Miterben abgegeben ist. Regelmäßig ist also die Versicherung erforderlich; nur ist eine
Dispensation zugelassen (vgl. § 829 Abs. 2 C.P.D.; § 1103 Abs. 2 Nr. 2).

Die Abgabe der Versicherung vor Gericht oder Notar führt nach § 156 St.G.B. die straf-
rechtliche Garantie für die Richtigkeit der Versicherung herbei. — Da die Bestimmung der Grenzen
für die Funktionen der Gerichte und der Notare in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit den
Landesgesetzen überlassen bleibt, kann nach diesen Gesetzen die Versicherung stets vor Gericht oder
vor einem Notare abzugeben sein.

| §. 562.

| Nach Lage des Falles kann das Nachlassgericht eine mehr oder weniger konkrete Ab-
leugnung von Thatsachen, welche dem Rechte des Antragstellers entgegenstehen würden, fordern.
Es bedarf jedoch keiner Vorschrift, daß das Gericht die Versicherung den thatsächlichen Verhältnissen
anpassen kann. Dies erhellt zur Genüge daraus, daß es nach § 2071 auf die Ueberzeugung des
Gerichtes von dem Erbrechte des Antragstellers ankommt.

§§ 2071, 2072 (II 2223—2225, B. 2332—2334, G. 2331—2333, G. 2358—2360).

IV. Ergebnis
der Er-
mittlungen.Unabhängiger
Rechtsstreit.

1. Die Ertheilung des Erbscheines soll nur erfolgen, wenn das Nachlassgericht von dem
Erbrechte des Antragstellers überzeugt ist (§ 2071 Satz 1). Zugleich gelangt die Offizialmaxime
zum Ausdruck (Satz 2). Die Fassung ist gewählt im Anschlusse an § 13. Die in der Vor-
bemerkung bezeichneten Gesetze, zB. preuß. G. § 5, elsäß-lothr. G. § 4, bad. G. § 5, schwarzb. G.
§ 4 usw., stimmen im Wesentlichen hiermit überein. — Ist ein Rechtsstreit über das Erbrecht
anhängig, so kann es nicht dem Befinden des Nachlassgerichtes überlassen werden, während des
Prozesses den Zwischenzustand zu Gunsten der einen Partei zu ordnen (bad. G. § 5 Abs. 3).
Vielmehr liegt es dem Prozeßgerichte ob, im Wege einstweiliger Verfügung das etwa Erforderliche
zu bestimmen. Diese Erwägungen rechtfertigen den Abs. 2. Gleichgültig ist, ob der Rechtsstreit
sich auf die Feststellung des Erbrechtes beschränkt oder ob Ansprüche auf Herausgabe der Erbschaft,
welche aus dem festzustellenden Erbrechte hergeleitet werden, geltend gemacht sind. Betrifft der
Rechtsstreit nur eine einzelne Voraussetzung des Erbrechtes, ist zB. eine Statusklage oder eine
Anfechtungsklage, welche gegen eine Todeserklärung sich richtet, erhoben (vgl. § 22 verb. mit
§ 834 C.P.D. und die §§ 1474, 1632 des Entw.), so wird nach dem Umständen des Falles zu
entscheiden sein. Eine besondere Vorschrift erscheint nicht geboten. Wie vom geltenden Rechte, so
kann auch vom Entw. die Entscheidung dieser Fälle der Praxis und Wissenschaft überlassen bleiben.

V. Auf-
forderung zur
Anmeldung
der Erbrechte.

2. In Uebereinstimmung mit den in der Vorbemerkung erwähnten Gesetzen (vgl. preuß. G.
v. 1869 § 3 letzter Absatz, § 4; elsäß-lothr. G. § 2 letzter Absatz, § 3; bad. G. § 4; schwarzb. G.
§ 3; usw.) wird dem Nachlassgerichte die Befugniß beigelegt, vor Ertheilung des Erbscheines eine
öff. Aufforderung zur Anmeldung der anderen Personen als dem Antragsteller zuzustehen

Erbrechte unter Bestimmung einer Anmeldefrist nach Maßgabe des § 2067 Abs. 1, 2 zu erlassen. — Da vom Nachlassgerichte eine Entscheidung über das wirkliche Erbrecht auch hier nicht zu treffen ist, so ist für ein von diesem Gerichte einzuleitendes Aufgebotsverfahren unter Androhung von Rechtsnachteilen und mit einem das Erbrecht treffenden Ausschlußurtheile kein Raum. Dagegen bietet die öff. Aufforderung etwaiger Erbprätendenten zur Anmeldung ihrer Rechte ein geeignetes Mittel, die Ueberzeugung des Nachlassgerichtes vom Erbrechte des Antragstellers zu befestigen. Dies Mittel wird dem Nachlassgerichte für die ihm geeignet erscheinenden Fälle zu Gebote gestellt. Die öff. Bekanntmachung dient nur dem Zwecke der Ermittlung des wirklichen Rechtszustandes. In ähnlicher Weise bedient sich der Entw. zu einem gleichen Zwecke des Aufgebotes bei dem Funde (§ 910 Abs. 3, § 918).

§ 563.

In Ansehung der Frage, ob ein Erbschein zu erteilen sei, bleiben selbstverständlich die Ansprüche derjenigen unberücksichtigt, welche sich auf die öff. Anordnung nicht gemeldet haben, und dies selbst dann, wenn aus der Legitimation der als Erben Aufgetretenen sich ergibt, daß solche Personen vorhanden gewesen sein müssen und daß sie dem als Erben Aufgetretenen im Erbrechte vorgegangen sein würden. Die Aufforderung hat unverkennbar den Zweck, den Kreis der in Betracht kommenden Erbprätendenten vorläufig zu begrenzen und die Ertheilung des Erbscheines auf Grund dieser Begrenzung zu ermöglichen.

Daß ein Erbschein nicht zu erteilen sei, so lange eine Nachlasspflegschaft besteht, ist nicht bestimmt. Es unterliegt keinem Zweifel, daß das Nachlassgericht einen Erbschein nicht erteilen wird, bevor die Nachlasspflegschaft aufgehoben oder in der Aufhebung begriffen ist. Liegt der letztere Fall vor, so fehlt es an genügendem Anlasse, die Ausstellung eines Erbscheines schlechthin zu verbieten.

Nachlasspflegschaft.

§§ 2073, 2074 (II 2226, 2227, B. 2335, 2336, R. 2334, 2335, G. 2361, 2362).

1. Die Ertheilung des Erbscheines soll dem Empfänger nicht eine festerworbene Rechtsstellung verschaffen. Vielmehr soll der Erbschein wesentlich dazu dienen, Dritten, für welche die Legitimation des Empfängers von Interesse ist, die Prüfung des Erbrechtes des Empfängers zu ersparen. Der gute Glaube dieser Dritten (§§ 2076, 2077) hat seine Grundlage in den Ermittlungen des Nachlassgerichtes und in der aus diesen Ermittlungen gewonnenen Ueberzeugung des Gerichtes. Diese Grundlage kann noch nach Ertheilung des Erbscheines erschüttert werden. Das Interesse der Rechtsicherheit erfordert, daß auch dann noch das Gericht von Amtswegen einschreiten und die Fortdauer der Wirksamkeit des nach seiner Ueberzeugung der wirklichen Sachlage nicht mehr entsprechenden Erbscheines beseitigen kann. Dementsprechend bestimmt der § 2073. Hat sich das Nachlassgericht von der Unrichtigkeit des Erbscheines überzeugt, so hat es von Amtswegen den Erbschein einzuziehen und ihn, wenn er nicht sofort erlangt werden kann, durch Beschluß für kraftlos zu erklären. Darüber, wie der Beschluß bekannt zu machen, und von wann ab die Kraftloserklärung wirksam wird, bestimmt der § 2073 unter Uebertragung des § 121 Abs. 3. Aus Zweckmäßigkeitsrücksichten soll der Versuch der Einziehung dem Kraftloserklärungsverfahren vorausgehen, da hierdurch in vielen Fällen das Ziel auf einfachere Weise erreicht werden wird. Daß der instruktionell vorgeschriebene Versuch der Einziehung unterbleiben kann, wenn er voraussichtlich einen Erfolg nicht erreichen wird, ist selbstverständlich. Ebenso, daß das Kraftloserklärungsverfahren nicht einzutreten hat, wenn inzwischen die Rückgabe des Erbscheines erfolgt ist.

VI. Verhältnis nach Ertheilung des Erbscheines.

Einziehung.

Kraftloserklärung.

§ 564.

2. Zu dem Ergebnisse, daß dem wirklichen Erben gegen jeden Inhaber eines unrichtigen Erbscheines der Anspruch auf Herausgabe des Erbscheines an das Nachlassgericht zustehen müsse (§ 2074 Abs. 1), ließe sich vielleicht ohne jede Vorschrift gelangen, indem geltend gemacht würde: Im Erbrechte liege, wie in jedem absoluten Rechte, der Anspruch auf Herstellung des dem Inhalte des Rechtes entsprechenden tatsächlichen Zustandes. Dieser Anspruch gehe im vorliegenden Falle dahin, daß der unrichtige Erbschein, in wessen Händen er sich auch befinde, zur Kassirung an das Nachlassgericht gelange. Ähnlich verhalte es sich mit dem Ansprüche auf Berichtigung des der wahren Sachlage nicht entsprechenden Grundbuchs (§ 843). Allein jedenfalls würde in Ermangelung einer Vorschrift leicht verkannt werden, daß ein solcher Anspruch besteht. Daher erscheint die Aufnahme der Vorschrift rätlich. — Der Anspruch wird keineswegs entbehrlich dadurch, daß dem Nachlassgerichte die Einziehungsbefugniß im § 2073 beigelegt ist. Denn, wenn das Einziehungsrecht auch am schnellsten zum Ziele führt und mit allen dem Nachlassgerichte als Justizbehörde zu Gebote stehenden Zwangsmitteln durchgesetzt werden kann, so hängt doch die Einziehung von dem Ermessen und der Ueberzeugung des Nachlassgerichtes ab. Für den wirklichen Erben ist es daher wichtig, daß ihm auch ein selbständiges Vorgehen gegen den Inhaber des Erbscheines gestattet wird.

VII. Ertheilung eines unrichtigen Erbscheines. Herausgabeanspruch.

Demjenigen, welchem der unrichtige Erbschein erteilt ist, wird die Verpflichtung auferlegt, dem wirklichen Erben über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände und über deren Verbleib Auskunft zu erteilen (Abs. 2). Der Inhaber eines unrichtigen Erbscheines ist daher gemäß § 777

Auskunftspflicht des Empfängers.

auch manifestationspflichtig. Die im § 2082 in Ansehung des Erbschaftsbesizers bestimmte Auskunftsspflicht muß denjenigen, welcher, ohne Erbschaftsbesizer zu sein, dem Rechte des Erben zuwider, einen Erbschein sich hat ausstellen lassen, ebenfalls treffen. Der ertheilte Erbschein verlegt den Inhaber in die Lage, über die Erbschaft mit Wirkung gegen den Erben verfügen zu können (vgl. § 2077); er muß sich deshalb darüber ausweisen, daß er einen solchen dem Erben nachtheiligen Gebrauch von dem Erbscheine nicht gemacht hat. Die Auskunftsspflicht bildet ein Gegengewicht gegen das den Erben unter Umständen schwer treffende Institut des Erbscheines.

Ertheilung
etnes neuen
Erbscheines.

§ 565.

Gesamt-
inhalt des
Erbscheines.

Durch die Vorschrift, daß dem wirklichen Erben ein neuer Erbschein erst ertheilt werden soll, nachdem der früher ertheilte unrichtige Erbschein zurückgeliefert oder für kraftlos erklärt ist (Abs. 3), soll verhindert werden, daß mehrere mit einander im Widerspruche stehende Erbscheine sich eine Zeit lang im Verkehr befinden, von denen ein wirksamer und mit der Gefahr der Herbeiführung von Rechtskonflikten verbundener Gebrauch gemacht werden kann. Selbst wenn in dem später ertheilten Erbscheine der Thatfache gedacht wird, daß der erste Erbschein zurückgefördert ist, wird diese Gefahr nicht in ausreichendem Maße verringert. Die Vorschrift ist übrigens nur instruktioneller Natur. Ungültigkeit des der Vorschrift entgegen ertheilten Erbscheines ist nicht vorgeschrieben.

Eine instruktionelle Vorschrift über den Gesamtinhalt des Erbscheines (bad. G. v. 1888 § 6) ist entbehrlich. Das nach § 2068 zu ertheilende Zeugniß geht positiv dahin, daß und in welchem Umfange eine Person auf Grund der gesetzlichen Erbfolge der Erbe eines Erblassers ist. Daraus ergibt sich, daß das Nachlaßgericht das Erbrecht, über welches ein Zeugniß ausgestellt wird, genau zu bezeichnen hat. Dagegen hat es über die Gründe, aus welchen es zu der erforderlichen Ueberzeugung gelangt ist, im Zeugnisse keine Rechenschaft zu geben, vielmehr nur das Endergebniß seiner Ermittlungen anzugeben. Nicht erforderlich ist also, zu bezeugen, daß Gegenstände gegen die Ertheilung des Zeugnisses nicht vorhanden seien. Ein negatives Zeugniß, dem Gerichte sei nicht bekannt, daß ein Rechtsstreit anhängig sei, oder dem Nachlaßgerichte sei vom Vorhandensein anderer Berechtigter nichts bekannt geworden, würde dem Zwecke nicht genügen. — Daß es nothwendig ist, die Zeit des Erblasses anzugeben, wird nicht verkannt werden. Diese Angabe ist schon deshalb erforderlich, um den Erblasser und damit die Erbschaft sowie den Beginn des Rechtes des Erben zu bezeichnen.

Bezeichnung
einer
Verfügung
des
Erblassers.

Mit dem preuß. G. v. 1869 § 5 Abs. 2, dem elsäß-lothr. G. § 4 Abs. 2, dem schwarzb. G. v. 1888 § 4 Abs. 2 u. a., vorzuschreiben, es sei eine etwa vorliegende Verfügung des Erblassers von Todeswegen im Erbscheine deutlich zu bezeichnen, ist entbehrlich. Vorausgesetzt wird (vgl. S. 558), daß die etwa vorhandene Verfügung nach der Ueberzeugung des Nachlaßgerichtes das gesetzliche Erbrecht des Antragstellers nicht in Zweifel stellt. Die Aufnahme einer Vorschrift des bezeichneten Inhaltes könnte das Mißverständnis hervorrufen, dem Dritten, welcher mit dem durch den Erbschein als Erbe Bezeichneten sich einläßt, werde immer noch eine Prüfung der erwähnten Verfügung auf eigene Gefahr zugemuthet. Eine solche Zumuthung widerspricht aber dem Zwecke des Erbscheines. Durch den Erbschein soll dem Dritten die Prüfung der Richtigkeit des ertheilten Zeugnisses und die Gefahr einer unrichtigen Beurtheilung des Sachverhältnisses erspart werden, soweit nicht die Voraussetzungen des § 2077 Abs. 2 vorliegen. Die Vorschrift jener Gesetze erklärt sich wohl aus der Rücksicht auf das vom Entw. nicht anerkannte Vindikationslegat (vgl. S. 133 ff.).

§ 2075 (II 2228, B. 2337, 2338, R. 2336, 2337, G. 2363, 2364).

VIII. Erb-
schein
für den Vor-
erben u. v.
| S. 566.

Der § 2075 beruht auf der dem § 2068 zu entnehmenden Voraussetzung, daß der Erbe, dem ein Erbschein zu ertheilen ist, auf Grund der gesetzlichen Erbfolge Erbe ist. Ein dem gesetzlichen Erben als Vorerben zu ertheilender Erbschein (vgl. § 1808) wird nur dem Vorerben, nicht zugleich dem Nacherben ausgestellt. Der Erbschein wird jedoch, auch soweit er auf die Nacherbfolge sich bezieht, für die Legitimation des Vorerben dann von erheblicher Bedeutung, wenn der Vorerbe über einen Nachlaßgegenstand mit der erforderlichen Einwilligung oder Genehmigung des Nacherben zu verfügen veranlaßt ist (vgl. §§ 1825 ff., § 1828 Abs. 2, 3). In einem solchen Erbscheine ist anzugeben, unter welchen Voraussetzungen die Nacherbfolge eintritt und wer der Nacherbe ist (Abs. 1). Eine Hinweisung auf die Verfügung von Todeswegen, welche die Nacherbfolge anordnet, würde im Interesse des Vorerben nicht ausreichen, aber auch aus dem S. 565 geltend gemachten Grunde nicht rathsam sein (vgl. öst. G. v. 9. Aug. 1854 § 174 Nr. 3).

Ernennung
eines
Vollstreckers.

Nach § 1889 kann ein Vollstreckter auch dann ernannt werden, wenn der Erblasser es bei der gesetzlichen Erbfolge ganz oder zum Theile belassen hat. Nach den §§ 1897—1901 hat die Ernennung eines Vollstreckers eine dinglich wirkende Beschränkung des Erben zur Folge, soweit nicht der Erblasser anders bestimmt hat (§ 1905). Dem Zwecke des Erbscheines entspricht es daher, daß der Erbschein Dritten, welche auf Grund desselben mit dem Erben sich einlassen, ähnlich wie das Grundbuch, eine Gewähr dafür biete, daß solche aus einer Verfügung von Todeswegen

herzuleitende Beschränkungen nicht vorhanden sind, falls sie aus dem Erbscheine nicht ersichtlich sind. Deshalb ist bestimmt, wenn der Erblasser einen Vollstrecker ernannt hat, sei die Ernennung im Erbscheine anzugeben (Abs. 2). — Vorzuschreiben, es sei auch die Person des Vollstreckers anzugeben, ist nicht für angemessen erachtet, theils weil in der Person des Vollstreckers ein Wechsel eintreten kann (§§ 1890, 1893), theils weil der Vollstrecker nicht alle ihm nach dem Gesetze zustehenden Befugnisse hat, sofern der Erblasser anders bestimmt hat (§ 1905). In vielen Fällen kann es zudem zweifelhaft sein, ob und inwieweit der Erblasser die dem Vollstrecker nach dem Gesetze zustehenden Befugnisse beschränken wollte. In der Angabe, daß ein Vollstrecker ernannt sei, liegt ein deutlicher Hinweis, daß die weitere Auskunft, wie weit die Befugnisse des Vollstreckers reichen, der letztwilligen Verfügung zu entnehmen ist.

Der Entw. macht keine Ausnahme dahin, daß dem Nacherben ein Zeugniß schon vor dem Anfall ertheilt werden könne. Vor dem Eintritte der Nacherbfolge bedarf der Nacherbe eines solchen Zeugnisses nicht, weil er bis zu jenem Eintritte sein Recht nur gegenüber dem Vorerben geltend machen kann. Gegenüber Dritten ist eine Klarstellung seines Rechtes in seinem Interesse nicht erforderlich (vgl. §§ 1815 ff.).

Der im § 2074 Abs. 1 bezeichnete Anspruch auf Herausgabe eines unrichtigen Erbscheines wird auch dem Nacherben sowie dem Vollstrecker gewährt (Abs. 3). Die Aufnahme der Vorschrift ist geboten, weil die Bezeichneten in ähnlicher Weise durch Ertheilung eines unrichtigen Erbscheines benachtheiligt werden können, wie der wirkliche Erbe durch den Erbschein, in welchem ein Anderer als Erbe anerkannt ist. Ohne die Vorschrift möchte ein solcher Anspruch nicht zugestanden werden.

Nacherbe.

Anspruch des Nacherben zc. auf Herausgabe.

§ 2076 (II 2229, B. 2339, R. 2338, G. 2365).

Soll der Erbschein seinen Zweck erfüllen, so muß ihm Beweiskraft gegen jeden Dritten beigelegt werden. Indessen würde es zu weit gehen, dem Erbscheine schlechthin, gleich einer öff. Urkunde im Sinne der §§ 380, 382 C.P.D., die kraft vollen Beweises ebenso zu gewähren, wie wenn das Zeugniß auf eigener Wahrnehmung der Behörde beruhte, oder eine eigene amtliche Verfügung des Nachlassgerichtes enthielte. Dies zu bestimmen, würde nach § 383 Abs. 3 C.P.D. zulässig sein; es wäre aber dazu eine ausdrückliche Vorschrift erforderlich. Enthielte das Gesetz eine solche Vorschrift, so würde selbst dann nach § 383 Abs. 2 der C.P.D. ein Gegenbeweis zwar nicht ausgeschlossen sein; indessen würde der Gegenbeweis durch Eideszuschreibung nach § 411 der C.P.D. unzulässig sein oder mindestens seine Zulässigkeit erheblichen Zweifeln unterliegen, möchte auch die Eideszuschreibung sonst nach § 410 C.P.D. stattfinden können. Eine derartige Beschränkung des Gegenbeweises erscheint bedenklich, insbes. soweit es sich um Thatfachen handelt, welche das Vorhandensein anderer vor oder neben dem im Erbscheine als Erben Bezeichneten erbberechtigter Personen betreffen. Demgemäß wird nur eine gesetzliche Vermuthung für die Richtigkeit des Erbscheines aufgestellt. Dies hat nach § 198 die Wirkung, daß die im Erbscheine bezeugte Eigenschaft als Erbe als bewiesen gilt, aber der Beweis des Gegentheiles völlig frei bleibt (vgl. G.B. zur C.P.D. § 16 Nr. 1 Abs. 2). — Auch in Ansehung der nach § 2075 im Erbscheine anzugebenden Beschränkungen des Erbrechtes des Erben muß der Erbschein, in gleicher Weise wie das Grundbuch, die Vermuthung der Richtigkeit für sich haben, sodas nicht angegebene Beschränkungen als nicht vorhanden gelten, weil ohne diese negative Wirkung der Zweck des Erbscheines nur unvollkommen erreicht werden würde.

§ 567.

IX. Wir-
fungen.
1. Ver-
muthung für
die
Richtigkeit.

Die Vorschrift beschränkt nicht die Wirkung des Erbscheines. Die Vermuthung wirkt also für und gegen einen Jeden, auch gegen denjenigen, welcher selbst Erbe zu sein behauptet. Der Erbschein verschafft dem Empfänger eine Art von Besitz der Erbschaft, welche mit dem Vortheile der Verteidigungslage verbunden ist. Dieses Ergebnis kann, da andere Erbprätendenten bei der Ertheilung des Erbscheines nicht zugezogen sind, auffallend erscheinen; es ist aber für gerechtfertigt erachtet, da eine sorgfältige Prüfung der Sachlage seitens des Nachlassgerichtes zu erwarten ist. Hiernach ist es nur angemessen, der Feststellung des Nachlassgerichtes einen materiellen Einfluß auf den Streit um die Erbschaft einzuräumen. Erreicht wird damit zugleich, daß für diesen Streit die Parteirollen geordnet sind; es wird vermieden, daß er völlig ohne Ergebnis bleibt, wenn beide Theile ihr Erbrecht nicht vollständig beweisen können. In Betracht kommt noch, daß anzunehmen ist, es werde sich in den Fällen, in welchen der Beweis bei dem Nachlassgerichte ausnahmsweise nicht durch öff. Urkunden, sondern in anderer Weise geführt wird, durch die angestellten Ermittlungen meist ein zuverlässigeres Ergebnis erzielen lassen, schon weil diese Ermittlungen in der Regel alsbald nach dem Erballe stattfinden, als aus der Wiederholung der Erörterungen in einem späteren Rechtsstreite zwischen einem vielleicht nach längerer Zeit erst auftretenden Erbprätendenten und demjenigen, welchem der Erbschein ertheilt ist.

Die Wirkungen des Erbscheines werden nicht nach einzelnen Richtungen hin bestimmt. Insbes. wird die Zulässigkeit einer Eintragung in die öff. Bücher und Register, oder in das Grundbuch (vgl. preuß. G. v. 1869 § 6 Abs. 2; schwarzb. G. v. 1888 § 6 Abs. 3; uA.),

§ 568.

Eintragung
in die öff.
Bücher zc.

nicht erwähnt. Eine Aufzählung einzelner Wirkungen kann nur Mißverständnisse hervorrufen, und würde insbes. der Gefahr der Unvollständigkeit unterliegen. Daß gewisse Behörden, welche mit der Führung öffentlicher, zur Beurkundung von Rechtsverhältnissen dienender Register, Bücher oder Akten betraut sind, mit dem Beweise durch einen Erbschein sich zu begnügen haben, obgleich der Gegenbeweis zulässig ist, kann vielleicht Gegenstand einer Anweisung durch das Gesetz sein, soweit dazu ein Bedürfnis besteht. Ob in Ansehung der Grundbücher ein solches Bedürfnis besteht, wird bei Feststellung der Grundb. zu prüfen sein (vgl. § 36 der Grundb. v. 24. März 1897). Das BGB. ist nicht der Ort, in dieser Richtung Vorschriften zu geben. — Aus gleichem Grunde kann eine Vorschrift, wie es zu halten sei, wenn der gesetzliche Erbe Nacherbe ist und eine Eintragung in das Grundbuch für den Nacherben zu erfolgen hat, nicht aufgenommen werden. Es ist ein immerhin seltener Fall, daß ein gesetzlicher Erbe zur Nacherbfolge gelangt (vgl. § 1807). In solchem Falle hat das Nachlassgericht zu prüfen, ob die Bedingung erfüllt oder der Termin eingetreten ist, von deren Erfüllung oder Eintritt die Nacherbfolge abhängig gemacht ist. Die Ermittlung des Nachlassgerichtes und die Eintragung in das Grundbuch berühren in solchem Falle das Recht des Vorerben. In sich liefert der Erbschein auch in diesen Fällen Beweis für das bezugte Erbrecht. Indessen kann gleichfalls nur die Ertheilung einer Anweisung an das Grundbuchamt in Frage kommen. Die Entscheidung steht mithin im Zusammenhange mit der Entscheidung in Ansehung des vorstehend erörterten Falles. Demgemäß wird auf diese Frage ebenfalls bei Feststellung der Grundb. einzugehen sein. Allerdings liegt die Sache hier insofern etwas anders, als die Möglichkeit gegeben ist, daß eine bestimmte Person, nämlich der Vorerbe, in ihren Rechten durch den Erbschein beeinträchtigt wird.

Vorlegung
eines
Erbscheines.

Mit einigen der in der Vorbemerkung erwähnten Gesetze, zB. Mecklenburg § 1 Nr. 2, Bremen § 6, Oldenburg § 6, Braunschweig § 6, jedem Dritten die Befugniß zu ertheilen, die Vorlegung eines Erbscheines zu verlangen und sich auf eine andere Legitimation des Erben nicht einzulassen, würde zu weit gehen. Der Erbe könnte dadurch in eine mißliche Lage gerathen, da die Ertheilung des Erbscheines vom Ermessen des Nachlassgerichtes abhängt. Die Verjagung des Erbscheines würde alsdann den Prozeßweg versperren, während nicht abzusehen ist, weshalb dieser Weg nicht in der Art, daß der Erbe seine Legitimation in der gewöhnlichen Weise führt, gestattet werden sollte. Zudem würde der Erbe damit in den nicht seltenen Fällen, in welchen die Eigenschaft als Erbe allen Beteiligten hinreichend bekannt ist, mit nutzlosen Kosten belastet werden.

§ 569.
2. Dingliche
Rechts-
geschäfte des
als Erbe
Bezeichneten.

§ 2077 (II 2226, 2230/1, B. 2335, 2340/1, R. 2334, 2339/40, G. 2361, 2366/7).

Die Wirkung des Erbscheines in Ansehung dinglicher Rechtsgeschäfte, welche von Dritten oder gegenüber Dritten mit dem oder von dem im Erbscheine als Erben Bezeichneten geschlossen oder vorgenommen werden, sofern diese Dritten nicht des guten Glaubens entbehren, wird dahin erläutert, daß der Inhalt des Erbscheines, soweit die im § 2076 bestimmte Vermuthung reicht, als richtig gilt (Abs. 1). Demjenigen, welcher den Erbschein erhalten hat, eine Art Vertretungsmacht für den wirklichen Erben und eine Stellung als Verwalter des Nachlasses zu geben, ist nicht für angemessen erachtet. Würde hiervon ausgegangen, so würde es sich von selbst verstehen, daß das vom Empfänger des Erbscheines Erworbene in Ansehung der Erbschaft an die Stelle des Veräußerten tritt. Allein eine solche Auffassung entspricht nicht dem in der Regel anzunehmenden Verhältnisse. Der Empfänger des Erbscheines kann nicht zum Vertreter des wirklichen Erben gemacht werden, wenn nicht dem Leben Zwang angethan werden soll. Es kann sich nur darum handeln, den guten Glauben derjenigen, welche mit dem Empfänger des Erbscheines sich eingelassen haben, in ähnlicher Weise zu schützen wie in den gewöhnlichen Fällen des Schutzes des guten Glaubens auf dem Gebiete des Rechtes der Schuldverhältnisse und des Sachenrechtes.

Objektives,
subjektives
Wissen oder
Nichtwissen
des Dritten.

In den §§ 837, 838, 304 ist der für den Schutz des Dritten erforderliche gute Glaube auf das objektive Nichtwissen oder Wissen gestellt, im § 877 aber auf das subjektive Nichtwissen oder Nichtwissenkönnen, also unter Berücksichtigung grober Fahrlässigkeit (vgl. Mot. 3 S. 344 ff.). Dem Dritten, welcher sich auf den Erbschein verläßt, noch eine weitere Nachforschungspflicht aufzuerlegen, wäre nicht gerechtfertigt, weil der Erbschein, wie das Grundbuch, bestimmt ist, den Erben gegenüber Jedem festzustellen. Dazu kommt, daß das Grundbuch, sofern es sich um die Buchung des Erben handelt, selbst auf dem Erbscheine beruht, und daß nicht wünschenswerth ist, verschiedene Wirkungen eintreten zu lassen, je nachdem der Erbe gebucht oder nicht gebucht ist. Endlich kann nicht wohl von einer Fahrlässigkeit die Rede sein, wenn der Dritte sich ohne weitere Nachforschung auf den Erbschein verläßt, nachdem dieser in einem gesetzlich vorgeschriebenen Verfahren vom Nachlassgerichte ertheilt ist. Der Entw. begnügt sich daher, wie in den Fällen der §§ 837, 838, 304, mit der objektiven Unkenntniß.

Wirksamer
Bestand des
Erbscheines.

Voraussetzung der Vorschriften ist nur der wirksame Bestand des Erbscheines zur Zeit des in Frage kommenden Rechtsgeschäftes. Wenngleich über das Erbrecht nicht in ähnlicher Weise

öffentlich Buch geführt wird, wie über die Rechtsverhältnisse der Grundstücke, so spricht doch das Nachlassgericht durch den Erbschein in gewisser Weise in die Öffentlichkeit hinein. Deshalb muß das Vertrauen eines Dritten auf die Richtigkeit der Feststellung des Nachlassgerichtes geschützt werden, auf welche Weise auch der Dritte von der Feststellung des Nachlassgerichtes Kenntniß erlangt haben mag. Demgemäß darf nicht verlangt werden, daß der Dritte bei oder vor dem Rechtsgeschäfte sich den Erbschein seitens des Empfängers hat vorlegen lassen. Es muß sogar abgesehen werden vom Beweise des ursächlichen Zusammenhanges zwischen dem Handeln des Dritten und der Kunde von dem Erbschein sowie dem Vertrauen auf den Erbschein. Nicht einmal dem Nachweise der Unbekanntheit des Dritten mit der Ertheilung des Erbscheines kann ein Einfluß gestattet werden. Zu entscheiden hat ausschließlich die Thatsache, daß ein vom Nachlassgerichte nicht für kraftlos erklärter oder noch nicht an das Nachlassgericht zurückgelieferter Erbschein zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäftes demjenigen, mit welchem als Erben der Dritte verhandelt wird, ertheilt gewesen ist. — Der Inhalt der Vorschrift geht dahin, daß bei den bezeichneten Rechtsgeschäften derjenige Mangel, dessen Nichtvorhandensein der gutgläubige Dritte annehmen darf, in Ansehung der Wirkungen des Rechtsgeschäftes nicht in Betracht kommt. Der Dritte darf also annehmen, daß der im Erbschein Bezeichnete in dem darin angegebenen Umfange Erbe und daß er keinen anderen Beschränkungen unterworfen sei als den im Erbschein angegebenen. Der Entw. drückt dies dahin aus „so gilt der Inhalt des Erbscheines, soweit die im § 2076 bestimmte Vermuthung reicht, zu Gunsten des Dritten als richtig“.

Nur solche Rechtsgeschäfte kommen in Betracht, deren Wirksamkeit davon abhängt, daß derjenige, von welchem oder welchem gegenüber sie vorgenommen oder mit welchem sie geschlossen werden, Erbe und als solcher Subjekt der zu der Erbschaft gehörenden Rechte und Verbindlichkeiten sei. Außer Betracht bleiben die Rechtsgeschäfte, welche auf die Begründung eines Schuldverhältnisses gerichtet sind. Denn zur Wirksamkeit eines Versprechens ist die konkrete Verfügungsmacht des Versprechenden über den Gegenstand der Leistung nicht erforderlich (§ 348). Wirksamkeit können daher ausnahmsweise erlangen: Veräußerungen oder Belastungen eines zur Erbschaft gehörenden Gegenstandes, sowie Rechtsgeschäfte, welche die Aenderung eines erbchaftlichen Rechtes zum Gegenstande haben, wenn diese unmittelbar durch abstrakten Vertrag herbeigeführt werden können (§§ 837, 838, 304); die Einziehung von Forderungsrechten, welche zum Nachlasse gehören (§ 304); einseitige Rechtsgeschäfte, deren Wirksamkeit davon abhängt, daß sie gegenüber einer bestimmten Person, nämlich gegenüber dem Erben als Berechtigten oder als Schuldner, vorgenommen werden (§§ 304, 837). — Nicht unter diese Vorschrift fallen solche Rechtsgeschäfte, bei welchen derjenige, welcher den Erbschein erhalten hat, als Erwerbender im weiteren Sinne erscheint, zB. Erlaß einer erbchaftlichen Schuld, Erwerb einer Grunddienstbarkeit zu Gunsten eines erbchaftlichen Grundstückes, Befreiung einer erbchaftlichen Sache von einer Belastung u. dergl. Denn der § 2077 bestimmt nur „zu Gunsten des Dritten“, nicht „zu Gunsten des wirklichen Erben“. Die Aufrechterhaltung eines solchen dinglichen Geschäftes gereicht nur dem Erwerber, nicht dem Veräußerer zum Vortheile. Wenigstens kann in solchen Fällen der Vortheil des Dritten nur in der Befreiung des Veräußerers von einer zwischen ihm und dem Erwerber bestehenden Verbindlichkeit gefunden werden. Ein solcher Vortheil kommt hier nur dann in Betracht, wenn der Veräußerer durch das Erfüllungsgeschäft von einer Schuld gegen den wirklichen Erben befreit wird, wenn also der Empfänger des Erbscheines eine zur Erbschaft gehörende Forderung eingezogen hat.

Nähere
Bezeichnung
der Rechts-
geschäfte.

§. 570.

Der Abs. 2 fügt die aus dem Vorstehenden sich ergebenden Ausnahmen bei „wenn der Dritte zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäftes die Thatsachen gekannt hat, aus welchen die Nichtübereinstimmung des Erbscheines mit der wirklichen Rechtslage sich ergibt, oder wenn der Dritte gewußt hat, daß der Erbschein von dem Nachlassgerichte wegen Unrichtigkeit zurückgefordert ist“, mit anderen Worten, wenn es an dem Erfordernisse des guten Glaubens in der Person des durch die Vorschriften des Abs. 1 Begünstigten fehlte. Die Ausnahme in Ansehung der Kenntniß von der Zurückforderung des Erbscheines wegen Unrichtigkeit ist durch den § 2073 geboten.

§. 571.
Mala fides
des Dritten.

Unentgeltlich Erwerbende den unredlicherweise Erwerbenden gleichzustellen (sächs. GB. § 2322), fehlt es an jedem Anlasse. Selbst ein Bereicherungsanspruch gegen den Erwerber kann im Falle der Unentgeltlichkeit des Erwerbes nicht gewährt werden (vgl. preuß. G. v. 1869 § 6 Abs. 2; elsäß-lothr. G. § 4 Abs. 2; bad. G. § 7 Abs. 2; schwarzb. G. § 5 Abs. 2), weil sonst von den Grundätzen des Entw. in Ansehung des Bereicherungsanspruches gegen denjenigen, welcher in Folge der Vorschriften über den Schutz eines gutgläubigen Erwerbes verliert, ohne zwingende Gründe abgewichen würde. Eine innere Verschiedenheit zwischen den Fällen eines gutgläubigen Erwerbes im Vertrauen auf den Erbschein und den übrigen Fällen, in welchen der gutgläubige Erwerber geschützt wird, besteht nicht. Die Unterscheidungen des Entw. zwischen den verschiedenen Fällen des Schutzes des gutgläubigen Erwerbes beziehen sich theils auf die Gattung und den Umfang der Rechte, welche geschützt werden sollen, theils auf den Grund, aus welchem das Gesetz den Schutz ertheilt oder auf die Begründung des guten Glaubens. Diesen Unterscheidungen kann hier ein

Unentgelt-
licher Erwerb.

berechtigter Einfluß nicht beigegeben werden, zumal sich sonst auffällige und nicht zu billigende Ergebnisse herausstellen würden. Auffällig und nicht gerechtfertigt wäre es z. B., wenn der Erwerber, welcher nach den §§ 877, 878 eine ihm geschenkte bewegliche Sache trotz des Rechtsmangels in der Person seines Rechtsurhebers konditionsfrei erworben hätte, deshalb haftbar werden sollte, weil er annahm, der Veräußerer habe den veräußerten Gegenstand durch Erbschaft erworben, und also auf den Erbschein sich verließ. Ebenjowenig kann dem Umstande ein Grund für einen erweiterten Konditionsschutz entnommen werden, daß die Wirkung des auf den Erbschein gestützten guten Glaubens dem Umfange nach weiter reicht und auf Rechtsgeschäfte der verschiedensten Art sich erstreckt. Denn nicht die Vergrößerung der Verlustgefahr auf Seiten des wirklichen Berechtigten, sondern die Grundlosigkeit des Habens auf Seiten des Erwerbers ist für den Konditionsschutz maßgebend. Der unentgeltliche Erwerb darf nicht lediglich deshalb, weil er unentgeltlich erfolgte, als ein grundloser behandelt werden; er verdient vielmehr auch dann, wenn er auf Grund eines Erbscheines erfolgte, den gleichen rechtlichen Schutz wie der entgeltliche Erwerb. Diese Auffassung ist auch sonst im Entw. festgehalten (vgl. Mot. 2 S. 851 ff. und 3 S. 225).

| §. 572.

Be-
reicherungs-
anspruch.

Ein besonderer Schutz des wirklichen Erben, für den durch eine Veräußerung ein Verlust eingetreten ist, entsprechend dem § 880, durch einen Bereicherungsanspruch gegen den verfügenden Nichterben ist wegen des im § 2081 ausgesprochenen Surrogationsgrundsatzes entbehrlich. Eingewendet kann werden, dies genüge deshalb nicht, weil bestimmt werden müsse, die Veräußerung eines Erbschaftsgegenstandes seitens desjenigen, welcher einen Erbschein habe, sei wirksam ohne Rücksicht darauf, ob der Veräußernde den Gegenstand auf Grund des von ihm beanspruchten Erbrechtes besessen und veräußert habe. Allein die Voraussetzung des § 2077 ist, obgleich weder die Vorlegung des Erbscheines noch der Nachweis des ursächlichen Zusammenhanges zwischen dem Handeln des Dritten und der Kenntniß von dem Erbscheine sowie dem Vertrauen auf den Erbschein erfordert ist, daß der im Erbscheine Bezeichnete als Erbe gehandelt habe. Hat er über einen in der Erbschaft befindlich gewesenen Gegenstand deshalb verfügt, weil er dabon ausging, dieser gehöre ihm an sich schon und nicht um deswillen, weil er Erbe sei, so fehlt es an jedem Anlasse zu einem besonderen Schutze des Dritten; vielmehr müssen in solchem Falle die allgemeinen für den Verkehr mit Sachen und Rechten aufgestellten Grundsätze zur Geltung gelangen. Der Erbschein dient ausschließlich zur Erbeslegitimation; mithin kann er keine Wirkungen äußern, soweit die Legitimation als Erbe nicht in Frage kommt. Ebenjowenig hilft der § 2077 dem Erwerber einer objektiv zur Erbschaft gehörenden Forderung dann, wenn der Veräußernde, obgleich er einen Erbschein hatte, glaubte, ihm sei die Forderung schon bei Lebzeiten des Erblassers übertragen.

Zwangs-
vollstreckung.

Eine besondere Entscheidung darüber, ob eine im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgende Rechtsentziehung gegenüber dem im Erbscheine als Erben Bezeichneten in Ansehung des Schutzes des Erwerbers der rechtsgeschäftlichen Veräußerung seitens des Nichterben gleichzusetzen sei, bedarf es nicht. In dieser Beziehung enthält auch das geltende Recht eine Vorschrift nicht. Ein Zweifel kann zwar insbes. dann entstehen, wenn derjenige, gegen welchen die Zwangsvollstreckung gerichtet ist, nicht als Berechtigter in das Grundbuch eingetragen war, während, falls eine Buchung vorlag, der § 837 (Mot. 3 S. 213 ff.) bestimmt. Dieser Zweifel rechtfertigt aber noch nicht die Aufnahme einer besonderen Vorschrift. — In Ansehung der Wirkungen eines rechtskräftigen Urtheiles, welches in einem Rechtsstreite zwischen dem im Erbscheine als Erben Bezeichneten und einem Dritten nach Ausstellung des Erbscheines über einen erbchaftlichen Gegenstand ergangen ist, enthält sich der Entw., in Uebereinstimmung mit dem geltenden Rechte, einer Vorschrift. Ein solches Urtheil wird daher, wie in den Fällen der §§ 837, 838 (Mot. 3 S. 223 f.), in der Regel Geltung gegen den wirklichen Erben nicht beanspruchen können. Dieses Ergebnis erscheint nur angemessen. Jedenfalls fehlt es an zureichenden Gründen, zu Gunsten des durch den Erbschein geschützten Erwerbers weiter zu gehen als zu Gunsten des als Eigenthümer in das Grundbuch Eingetragenen, zumal der Erbschein immerhin ein positives Institut ist. Ein besonderer Schutz des Schuldners einer Erbschaftsforderung (vgl. § 304 Abs. 2) ist nicht veranlaßt.

| §. 573. | § 2078 (II 2218, 2220/1, 2223/7, 2229/31; B. 2327, 2329/30, 2332/6, 2339/41, R. 2326, 2328/9, 2331/5, 2338/40, G. 2353, 2355/6, 2358/9, 2365/7).

X. Zeugniß
für den
eingesetzten
Erben.

Damit, daß dem gesetzlichen Erben ein Erbschein erteilt werden kann (§ 2068), wird dem Bedürfnisse noch nicht genügt. Der § 2078 sieht die Ertheilung von Zeugnissen an den Erben in zwei weiteren, unter sich verschiedenen Fällen vor.

a) daß keine
entgegen-
stehende
Verfügung
vorhanden;

a) Beantragt der eingesetzte Erbe, ihm ein Zeugniß darüber zu erteilen, daß eine der Verfügung von Todeswegen, welche von ihm zur Begründung seines Erbrechtes geltend gemacht wird, entgegenstehende Verfügung von Todeswegen seitens des Erblassers nicht vorhanden sei, so hat das Nachlassgericht ein solches Zeugniß zu erteilen (Abs. 1). Für die Angemessenheit der Vorschrift spricht insbes. die Erwägung, daß auch der nach § 2068 dem gesetzlichen Erben zu erteil-

theilende Erbschein das Zeugniß einschließt, eine dem gesetzlichen Erbrechte entgegenstehende Verfügung des Erblassers von Todeswegen sei nicht vorhanden (vgl. § 2069 Nr. 5). Wenngleich nach der auf S. 558 dargelegten Auffassung des Entw. dem eingesezten Erben ein Zeugniß über sein Erbrecht nicht zu ertheilen ist, so darf doch die Verjagung des Zeugnisses nur so weit reichen, als dem Erben für sein Recht in der die Verfügung enthaltenden Urkunde ein Beweismittel gegeben ist und lediglich die Auslegung der Urkunde in Frage kommt. — Die Vorschrift schließt sich in der Fassung dem § 2068 an, hat deshalb auch das Wort „darüber“ aufgenommen und spricht aus, daß schlechthin das Nichtvorhandensein einer entgegenstehenden Verfügung zu bezeugen ist. Es ist nicht von einer anderen Verfügung die Rede, weil es möglich ist, daß eine zweite Verfügung von gleichem Inhalte wie diejenige, welche die Erbeinsetzung enthält, vorhanden ist.

b) Der zweite in Betracht gezogene Fall ist der, daß durch eine Verfügung von Todeswegen ein Erbe eingesezt ist, dessen Person aus der Verfügung allein nicht erkennbar ist (z. B. mein einziger Nefse sei mein Erbe). Es wird bestimmt, einem solchen Erben sei auf seinen Antrag ein Zeugniß darüber zu ertheilen, daß er die in der Verfügung bezeichnete Person ist (Abs. 2). Sind mehrere Personen zusammen in der angegebenen Weise eingesezt (z. B. meine Nefsen seien meine Erben), so ist auch zu bezeugen, in welchem Umfange der Antragsteller der eingesezte Erbe ist. — Eine im Wesentlichen entsprechende Vorschrift findet sich in den meisten der in der Vorbemerkung bezeichneten Geseze (z. B. preuß. G. v. 1869 § 9; elsass-lothr. G. § 8; bad. G. § 10; schwarzb. G. §§ 8, 9; usw.). Es handelt sich darum, einer Beweis-schwierigkeit für den eingesezten Erben abzuhelfen, welche sich darauf gründet, daß die Verfügung des Erblassers den Erben oder den Umfang der Einsetzung nicht unmittelbar, sondern durch Bezugnahme auf Thatsachen, welche außerhalb der Verfügung liegen, bezeichnet. In einem solchen Falle soll das Nachlaßgericht den Willensinhalt des Erblassers durch Feststellung der in Bezug genommenen Thatsachen ermitteln und darüber ein Zeugniß ausstellen. Denn die Urkunde, welche die Einsetzung enthält, genügt nicht zum Nachweise des Erbrechtes. Voraussetzung der Vorschrift ist, daß die Thatsachen, welche zur Feststellung des Erben dienen, bereits | verwirklicht sind, mithin der Anfall an den Erben schon erfolgt ist, und daß der Erbe in der Lage ist, die Feststellung der Thatsachen, von deren Vorhandensein das Erbrecht abhängt, herbeizuführen. Dieselben Billigkeitsrücksichten, welche für die Vorschrift des Abs. 1 maßgebend sind, rechtfertigen auch diese Vorschrift.

b) zur Ergänzung der unbestimmten Bezeichnung der Person.

| S. 574.

Mit dem preuß. Geseze, dem elsass-lothr. Geseze uA. in ähnlicher Weise zu Gunsten der nicht als Erben Eingesezten (es heißt dort kurz „der Bedachten“) vorzusehen, besteht für den Entw. kein Anlaß. Die vorzugsweise in Betracht kommenden Vermächtnißnehmer sind nach § 1865 nur obligatorisch berechtigt. Sie haben ihr Recht lediglich gegenüber dem Erben geltend zu machen und feststellen zu lassen. Dazu bedürfen sie keines Zeugnisses des Nachlaßgerichtes, sie vermögen ohne ein solches ihr Recht zu verwirklichen.

Vermächtnißnehmer usw.

Daß in Ansehung der im Abs. 1 und 2 bezeichneten Zeugnisse die §§ 2069—2077 für entsprechend anwendbar erklärt werden (Abs. 3), entspricht den mehrerwähnten Gesezen (vgl. preuß. G. §§ 9, 10; elsass-lothr. G. § 8 Abs. 3, 4; bad. G. § 10 Abs. 3; schwarzb. G. § 10; uA.).

§ 2079 (II 2234, B. 2343, R. 2342, G. 2369).

Das preuß. G. v. 1869 §§ 8, 10 und die G. von Oldenburg §§ 7, 9, Bremen § 8, Braunschweig §§ 7, 9, Lübeck v. 1882 § 10, Schaumburg §§ 7, 9, Elsass-Lothringen § 7, Baden § 9, Schwarzburg § 7 lassen die durch die Vorschriften über den Erbschein gewährte Erleichterung der Erbeslegitimation auch dann eintreten, wenn ein Zeugniß des Nachlaßgerichtes nach Maßgabe der §§ 2068 ff. nicht zu erlangen ist, weil es an einem zuständigen Nachlaßgerichte fehlt. Diesen Gesezen folgt im Wesentlichen der § 2079. Jedoch soll ein solcher Erbschein nur dann ertheilt werden, wenn einer Person als Erben ein Recht zusteht, über dessen subjektive Zuständigkeit von einer deutschen Behörde ein Buch oder Register geführt wird, oder wenn ein zu der Erbschaft gehörender Gegenstand sich in der Verwahrung einer deutschen Behörde befindet. Das Eigenschaftswort „deutsches“ vor „Gericht“ und „Behörde“ ist gewählt in Rücksicht auf die Konsularjurisdiktionsbezirke und die Schutzgebiete.

XI. Erbschein für gewisse Ausnahmefälle.

Die Feststellung in der einzelnen Richtung auf die gebuchten Rechte und verwahrten Gegenstände ist maßgebend, so daß dem Antragsteller in Ansehung dieser Rechte und Gegenstände diejenige Rechtsstellung gewährt wird, welche sonst allgemein mit der Ertheilung der Zeugnisse des Nachlaßgerichtes verbunden ist. Der Zweifel kann sich erheben, ob es nöthig sei, so weit zu gehen und ob es nicht genügen würde, dem Zeugnisse nur die Wirkung beizulegen, daß die thatsächliche Umbuchung und die thatsächliche Herausgabe der verwahrten Gegenstände mit Befreiung der verwahrenden Behörde erfolgen kann und demjenigen, welcher den Erbschein erhalten hat, nur die mit einer solchen Veränderung der Sachlage verknüpfte Rechtsstellung eingeräumt wird (bad. G. § 9 Abs. 1 a. E.; schwarzb. G. § 7 a. E.; uA.). Allein | gegen die letztere Auffassung spricht, |

| S. 575.

daß die thatsächliche Umbuchung oder Herausgabe nicht von entscheidender Bedeutung sein kann, und daß es sich nicht rechtfertigen läßt, dem durch den Erbschein sich als Erben Ausweisenden eine sonst zulässige Verfügung über sein Recht vor der erfolgten Umbuchung oder Herausgabe abzuschneiden.

Zuständigkeit

Für zuständig zur Ertheilung des Erbscheines wird erklärt, falls der Gegenstand ein Grundstück oder ein Recht an einem Grundstück ist, das Nachlaßgericht, in dessen Bezirke das Grundstück belegen ist, in den übrigen Fällen das Nachlaßgericht, in dessen Bezirke die das Buch oder Register führende oder den Gegenstand verwahrende Behörde ihren Sitz hat. Auch in Ansehung der ersterwähnten Fälle den Sitz der das Grundbuch führenden Behörde entscheiden zu lassen, ist nicht für angemessen erachtet, da alsdann unter Umständen (z. B. nach einzelnen Rechten in Ansehung der Lehen- oder Fideikommißgüter) ein anderes Nachlaßgericht zuständig sein würde, als dasjenige, welches sich nach dem locus rei sitae ergibt, während die Kenntniß der in Betracht kommenden Verhältnisse zumeist eher bei dem Nachlaßgerichte, in dessen Bezirke das Grundstück belegen ist, erwartet werden kann. — Würde für den Fall, daß mehrere Gerichte zuständig sind, ein jedes zuständige Gericht in Ansehung aller in Betracht kommenden Gegenstände als zuständig erklärt, so würde damit die Zuständigkeit eines Nachlaßgerichtes anomaler Weise erweitert, ohne daß dazu ein zwingender Grund besteht. Auch würde eine solche Vorschrift nicht wohl vereinbar sein mit dem Grunde, auf welchem es beruht, daß in Ansehung der Grundstücke und der Rechte an solchen das Nachlaßgericht, welches sich nach der Lage des Grundstückes bestimmt, für zuständig erklärt ist.

mehrerer Gerichte.

Im Wesentlichen in Uebereinstimmung mit den mehrerwähnten Gesetzen, werden für die Fälle des § 2079 die §§ 2068—2077 und der § 2078 Abs. 2, 3 für entsprechend anwendbar erklärt (Abs. 2).

6. Titel: Erbschaftsanspruch.

Vor-
bemerkung.

| §. 576.

Von den neueren Rechten haben mehrere sich jeder Vorschrift über den Erbschaftsanspruch enthalten, so besonders das A. N. und der Code. Das öst. O. B. §§ 823, 824 beschränkt sich darauf, die Erbschaftsklage zu erwähnen, auf die Eigenthumsklage zu verweisen, und nur hinzuzufügen, daß ein dritter redlicher Besitzer für die in der Zwischenzeit erworbenen Erbschaftsrechte Niemandem verantwortlich ist (vgl. jedoch Unger §§ 50—53). Nicht viel mehr | Vorschriften als das öst. O. B. enthält der hess. Entw. 241, 241; im Uebrigen vgl. Windscheid §§ 611—616; Roth § 395; bayer. N. III 1 § 9; sächs. O. B. §§ 2291—2322; thüring. Erbgesetze; Rommen § 300 bis 321. Hiernach ergibt sich die vorab zu beantwortende Frage, ob es nicht gerechtfertigt sei, dem A. N. und dem Code zu folgen. — Für die Entbehrlichkeit von Vorschriften über den Erbschaftsanspruch läßt sich insbes. Folgendes geltend machen: Nach den §§ 2025, 2051 gehen die Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers kraft Gesetzes mit dem Erballe auf den Erben über. Der Erbe sei daher als solcher berechtigt, in Ansehung der absoluten Rechte die Herstellung des dem Inhalte dieser Rechte entsprechenden Zustandes von einem jeden Dritten, dessen Verhalten einer Herstellung des entsprechenden Zustandes entgegenstehe, zu verlangen, und alle aus Gesetz oder Rechtsgeschäft sich ergebenden Schuldverhältnisse geltend zu machen, ohne Unterschied, ob der Grund des Schuldverhältnisses in seiner Person oder in der Person des Erblassers eingetreten sei. Auf diesem Wege gelange der Erbe zum Ziele. In Frage könne nur kommen, ob mit Rücksicht auf das besondere Verhältniß des Erben als solchen einige Erleichterungen für die Verwirklichung der erbenschaftlichen Rechte zu bestimmen seien. Insbes. könnten in Betracht kommen die Anordnung einer Manifestationspflicht solcher Personen, welche Erbschaftsgegenstände hinter sich haben, oder denen gegenüber die Vermuthung bestehe, solche Gegenstände hinter sich zu haben, ferner eine Vorschrift, durch welche, abgesehen von den dem Erben zustehenden Schutzmitteln, dem Erben die Klarstellung und der Beweis seines Rechtes an solchen Sachen, welche zur Zeit des Todes des Erblassers in dessen Inhabung gewesen sind, erlassen würden. Erheblichen Bedenken unterliege es, ob von einer Verletzung des Erbrechtes des Erben selbst und von besonderen aus solcher Verletzung entspringenden Deliktansprüchen gesprochen werden dürfe. Da der Erbe kraft Gesetzes nach allen einzelnen Richtungen in die Rechtsstellung des Erblassers eintrete, so könnten lediglich diese einzelnen erbenschaftlichen Rechte verletzt werden. Das bloße Bestreiten des Erbrechtes sei keine Rechtsverletzung. Die Handlungen, durch welche die einzelnen erbenschaftlichen Rechte verletzt würden, könnten nicht wegen der subjektiven Willensrichtung des Verletzenden, selbst Erbe sein zu wollen, zugleich oder ausschließlich zu Verletzungen des Erbrechtes werden. Die Behandlung der Erbschaftsklage im röm. Rechte erkläre sich aus rechtsgeschichtlichen Gründen und ergebe sich nicht aus der Natur des Erbrechtes.

Gründe für
die Annahme
besonderer
Vorschriften.

Der Entw. hat sich jedoch dafür entschieden, einen besonderen, von den Singularklagen zu unterscheidenden Anspruch auf Ausfolgung der Erbschaft zuzulassen und zu regeln. Als Regelfall ist der Fall anzunehmen, daß ein Richtererbe nach allen Richtungen als Erbe sich verhält (gerint)

und hierdurch in ein tatsächliches Verhältniß gelangt ist, wie wenn er der Erbe wäre. Für die hier zu begründende Entscheidung kann zunächst dahin gestellt bleiben, ob es einen Unterschied macht, wenn der Erbprätendent die tatsächliche Erbenstellung nur unvollkommen erlangt hat. Nicht hierher gehört der Fall, in welchem Jemand, um | für den zur Zeit der Person nach noch nicht bestimmten Erben zu sorgen, die Erbschaft an sich genommen hat. Dieser letztgedachte Fall ist ein einfacher Fall der Geschäftsführung ohne Auftrag. Es fragt sich nun, ob die tatsächliche Eindrängung eines Nichterben in die Stellung des Erben, mag sie in gutem oder bösem Glauben erfolgt sein, einen besonders gearteten Anspruch erzeugen soll, welcher die Erbschaftsstücke als Ganzes und als Inbegriff zum Gegenstande hat, oder ob lediglich die einzelnen Erbschaftsgegenstände und die in Folge des Gebahrens mit denselben durch den Nichterben sich ergebenden Verbindlichkeiten aus unerlaubter Handlung, Bereicherung usw. in Betracht zu ziehen sind. Ueber die Klagebefugniß des wirklichen Erben sind selbstverständlich nicht besondere Vorschriften zu geben; denn dem modernen Rechte ist das röm. Aktionensystem fremd (vgl. Mot. I S. 357). — Die sonstigen Vorschriften des Entw. über Rechte an einem Inbegriffe von Vermögensgegenständen (vgl. §§ 777, 993, 1859 Abs. 2) lassen sich nicht dafür geltend machen, daß ohne Weiteres ein solcher auf ein Vermögensganzes gerichteter Anspruch anzunehmen sei. Denn es ist nirgends ausdrücklich bestimmt, daß ein Inbegriff als solcher — zu unterscheiden von den einzelnen im Inbegriffe enthaltenen Gegenständen — Objekt eines Rechtes absoluter Natur sein könne. Unter Inbegriff ist im Entw. nur eine Mehrheit von Vermögensstücken verstanden, der Inbegriff ist vom Vermögen als Ganzem mit Aktiven und Passiven unterschieden. — Maßgebend kann allein sein, ob es zu einem angemessenen Ergebnisse führt, wenn das Verhältniß zwischen dem wirklichen Erben und dem, welcher sich tatsächlich als Erbe verhält, lediglich nach Maßgabe der in Ansehung der einzelnen Erbschaftsgegenstände sich ergebenden Einzelansprüche beurtheilt wird. Dieses Ergebnis würde ein nicht in allen Beziehungen angemessenes sein, wie bei Erörterung der einzelnen vom Entw. aufgenommenen Vorschriften klarzustellen sein wird. Hier soll nur vorweg bemerkt werden, daß sich als erforderlich herausgestellt hat, den Erben in mehrfacher Beziehung zu begünstigen, so in Ansehung der Auskunftspflicht desjenigen, welcher sich tatsächlich als Erbe verhält (§ 2082), in Ansehung der zur Zeit des Erbfalls lediglich in der Inhabung des Erblassers befindlich gewesenen Sachen (§ 2081 Nr. 1), in Ansehung der Einführung des Grundsatzes „res succedit in locum pretii etc.“, welcher in großem Umfange im § 2081 für geltend erklärt ist, in Ansehung der Herausgabe der Nutzungen (ebenda), daß aber andererseits auch der sich tatsächlich als Erbe Verhaltende in einigen Beziehungen begünstigt werden muß, so in Ansehung der Verwendungen (§ 2084) und in Ansehung der Behandlung der Erbschaft als Ganzes, soweit nach allgemeinen Grundsätzen die Bereicherung herauszugeben ist und Verwendungen in Betracht kommen (§ 2087). In Frage konnte daher nur noch kommen, ob es den Vorzug verdiene, das mit Rücksicht auf die Einzelansprüche nach den allgemeinen Grundsätzen eintretende Ergebnis in einzelnen Richtungen zu verbessern oder von dem Standpunkte des Universalanspruches auszugehen. Das letztere Verfahren ist bevorzugt, weil es eine einfachere Gestaltung des Verhältnisses zwischen dem wirklichen Erben und demjenigen, welcher sich tatsächlich als Erbe verhält, ermöglicht. — Ueberdies kann bei Festhaltung des Universalanspruches eine Verurtheilung in Ansehung aller einzelnen Erbschaftsgegenstände im Gerichtsstande der Erbschaft (§ 28 C.P.D.) erlangt werden, während der entgegengesetzte Standpunkt dahin führen könnte, daß im Gerichtsstande der Erbschaft nur auf Anerkennung des Erbrechtes und auf Auskunftsertheilung geklagt werden könnte, die daraus sich ergebenden Einzelansprüche dagegen nur bei den für diese bestehenden, oft mit dem Gerichtsstande der Erbschaft nicht zusammenfallenden Gerichtsständen geltend zu machen wären.

§ 577.

§ 578.

§ 2080 (II 1892, B. 1995, R. 1993, G. 2018).

Daß der Entw. einen besonderen Erbschaftsanspruch als Universalklage anerkennt, bringt I. Erbschaftsanspruch. schon der § 2080 zum Ausdruck (vgl. § 2087). Indem dem Erben der Anspruch auf Herausgabe der Erbschaft gewährt wird, ist klargestellt, daß die Zulassung einer Universalklage bezweckt ist, deren Eigenthümlichkeit darin besteht, daß die Erbschaft als solche oder ein Vermögensinbegriff Gegenstand des Anspruches ist.

Die Voraussetzung für die Zulassung des Anspruches ist dahin bestimmt, daß eine andere Person auf Grund eines von ihr in Anspruch genommenen Erbrechtes dem Erben einen Erbschaftsgegenstand vorenthält. Erfordert wird also, daß der Beklagte dasjenige, was er hinter sich hat, als angeblicher Erbe, indem er sich selbst das Erbrecht beilegt, vorenthält oder vor Beginn des Streitens vorenthalten hat, sodas darüber zu entscheiden ist, ob der Kläger oder der Beklagte der Erbe sei. Zur Begründung der Universalklage gehört darnach das in einem besonderen Verhalten des Beklagten bestehende subjektive Moment. Ein solches Verhalten des Beklagten läßt sich darin finden, daß der Beklagte sich tatsächlich, ohne daß ein anderer Grund seines Handelns ersichtlich ist, als Erbe verhält. Hat sich der Beklagte als Dieb oder Räuber der Erbschaftsgegenstände be-

Voraussetzung.

Besitz 970
poss.

mächtigt, so ist Gegenstand einer solchen That nicht die Erbschaft als solche, sondern die betr. Erbschaftsstücke. Der Thäter haftet alsdann als Dieb oder Räuber der Erbschaftsstücke, nicht aber auf Grund der Univerfalklage, weil er sich die Erbschaft nicht als Erbe beigelegt hat. — Abgelehnt ist, mit dem gemeinen Rechte (Windscheid § 614 Anm. 4; Brinz § 400 Anm. 50) und dem sächs. GB. § 2291 sowie Mommsen § 300 ausdrücklich zu bestimmen, daß auch derjenige mit der Erbschaftsklage in Anspruch genommen werden könne, welcher pro possessore besitze oder sich auf keinen, seinen Besitz rechtfertigenden Grund berufe, nicht minder die Aufassung, die Behauptung des Rechtes aus dem Erwerbe der Erbschaft auf Grund eines Rechtsgeschäftes unter Lebenden, stehe der Behauptung des eigenen Erbrechtes gleich (Windscheid § 614 Anm. 7; Brinz § 400 Anm. 50; sächs. GB. 2291; Mommsen § 300; Entsch. 15 S. 319 für den Code).

[S. 579.]

Wenn der Anspruch, welcher die Herstellung des dem Inhalte des Rechtes entsprechenden Zustandes bezieht, auf das Erbrecht sich stützt und nicht auf die nothwendiger Weise durch dieselben Thatfachen verletzten Einzelrechte, so ist die erforderliche Voraussetzung einer gegen das Erbrecht sich richtenden Verletzung, daß der dem fremden Rechte Zuwiderhandelnde mit Rücksicht auf ein Erbrecht handelt, welches er sich selbst zuschreibt. Ohne ein derartiges subjektives Moment läßt sich die Beeinträchtigung des Erbrechtes nicht von der Beeinträchtigung der Einzelrechte unterscheiden. Versuche, die allgemeine Voraussetzung der Vorenthaltung eines Gegenstandes oder einer Leistung durch objektiv charakterisirte Ausnahmen zu beschränken, und dadurch zu einer objektiven Bezeichnung zu gelangen, um auf diese Weise nur solche Fälle übrig zu lassen, in welchen der Streit sich um das Erbrecht des Einen oder des Anderen dreht, haben ergeben, daß auf diesem Wege ein befriedigendes Ergebnis nicht zu erzielen ist. Daß es zu Schwierigkeiten führe, die Anmaßung des Erbrechtes zu beweisen, falls der Beklagte über den Grund seines rechtswidrigen Verhaltens Aufschluß zu ertheilen unterläßt, kann nicht anerkannt werden. Das Verhalten desjenigen, welcher Erbschaftsgegenstände hinter sich hat, ohne über den Grund seines Verhaltens Aufschluß zu geben, erfährt die mildeste Auslegung, wenn es als Anmaßung des Erbrechtes ausgelegt wird. Diese Auslegung liegt so nahe, daß Vorschriften darüber entbehrlich erscheinen.

Vorenthalten
auf Grund
eines Rechts-
geschäftes
unter
Lebenden.

Denjenigen, welcher auf Grund eines Rechtsgeschäftes unter Lebenden, das an sich obligatorischer Natur ist, eine Erbschaft vorenthält, in ein ähnliches Verhältniß zu dem wirklichen Erben zu bringen, wie einen Prätendenten des Erbrechtes, wäre bedenklich. Die Stellung eines solchen Erwerbers ist immerhin analog derjenigen des Erwerbers eines einzelnen erblich-familialen Gegenstandes. Haftbar bleibt jedenfalls auch der Rechtsurheber des Erwerbers, der eigentliche Erbprätendent. Der Erbschaftsanspruch würde mithin in einem solchen Falle eine doppelte Richtung haben; Verwickelungen könnten um so weniger ausbleiben, als der Veräußerer gegenüber dem Erwerber in Ansehung der einzelnen Sachen und Rechte eviktionspflichtig ist. Zudem handelt es sich um eine Frage, deren Lösung mehr der Praxis und Wissenschaft als dem Gesetzgeber obliegt.

Verbrauch,
Verzehren 2c.

Selbstverständlich ist, daß das Vorenthalten auf Grund des in Anspruch genommenen Erbrechtes den Thatbestand ausmacht, welcher den Erbschaftsanspruch hervorruft, und daß der Erbschaftsbesitzer durch sein einseitiges Verhalten, welches nicht in der Befriedigung des Anspruches besteht, den Erbschaftsanspruch nicht beseitigen kann, insbes. also nicht etwa dadurch, daß er den vorenthaltene Erbschaftsgegenstand verzehrt oder ohne Entgelt in andere Hände bringt. Dies erhellt zur Genüge aus § 2083. Der Erbschaftsanspruch ist somit gegeben, auch wenn der Erbschaftsbesitzer zur Herausgabe des Erbschaftsgegenstandes oder dessen, was nach § 2081 an die Stelle eines Erbschaftsgegenstandes getreten ist, außer Stande ist. In einem solchen Falle geht der Erbschaftsanspruch gemäß § 739 Abs. 1 auf den Werth des Erbschaftsgegenstandes, welcher vorenthalten gewesen ist. Sache des beklagten Erbschaftsbesitzers ist es, darzuthun, daß er nicht bereichert sei, wenn er den Werth nicht mehr hat (§ 739 Abs. 2). Der Erbschaftsanspruch ist also begründet gegen denjenigen, welcher auf Grund eines beanspruchten Erbrechtes dem Erben einen Erbschaftsgegenstand zur Zeit der Klagerhebung vorenthält oder früher vorenthalten hat.

[S. 580.]

Die Worte „vorenthalten hat“ aufzunehmen, ist, insbes. mit Rücksicht auf § 2083, nicht erforderlich; die Aufnahme dieser Worte könnte andere Zweifel hervorrufen und das Gesetz verdunkeln. — Um die Fassung der Vorschriften zu erleichtern, ist dem Beklagten die Bezeichnung „Erbschaftsbesitzer“ beigelegt und der Ausdruck „Erbschaftsanspruch“ zu einem technischen gemacht.

II. Gegen-
stand der
Herausgabe.

§ 2081 (II 1893, 1894, B. 801, 1996/7, R. 800, 1994/5, G. 816, 2019/20).

In Ansehung des Gegenstandes der Herausgabe erheben sich Zweifel. Einige dieser Zweifel soll der § 2081 lösen. Dies erhellt aus dem Eingange „als Erbschaftsgegenstände im Sinne des § 2080 gelten auch“, welcher zugleich klarstellt, daß das Vorenthalten eines der bezeichneten Gegenstände die Eigenschaft als Erbschaftsbesitzer begründet.

Unter Nr. 1 werden erwähnt die Sachen, welche zur Zeit des Todes des Erblassers in dessen Besitz oder Inhabung sich befunden haben. Die Einforderung solcher Sachen seitens des Erben soll begünstigt und erleichtert werden. Auf die Einzelklage gesehen, würde die cond. poss. vielleicht deshalb nicht gerechtfertigt sein, weil der wirkliche Erbe zu der Zeit, als der Richter die Sachen an sich nahm, noch nicht Besitzer oder Inhaber war, er also Besitz oder Inhabung nicht verloren hat. Dagegen erscheint äußerlich die Inhabung des Erblassers zum Zeit seines Todes als Besitz und der Besitz als Eigentum. Durch den Tod des Erblassers endigt zwar dessen Inhabung und Besitz, aber die aus dem Verhältnisse, welches zur Zeit seines Todes bestand, sich ergebende Wahrscheinlichkeit eines entsprechenden Rechtsbestandes bleibt nach dem Erballe, bis die Sache in die Hand des wirklichen Erben gelangt, deshalb einstweilen bestehen, weil in der Zwischenzeit eine Veräußerung der Sache nicht vorgenommen werden konnte. Die Weltendmachung einer solchen Wahrscheinlichkeit des Eigentumes kommt hier nicht gegenüber Dritten, sondern nur gegenüber dem Erbschaftsbesitzer in Frage und gewinnt diesem gegenüber besondere Kraft. Der Erbschaftsbesitzer schreibt sich als Erbe Eigentum zu, weil er die Sache in der Erbschaftsmasse vorgefunden hat. Wird auf Grund des Erbschaftsanspruches für das Erbrecht des Gegners entschieden, so muß der Erbschaftsbesitzer die Entscheidung auch in Ansehung des Eigentumes der in der Erbschaft vorgefundenen Sachen gelten lassen, weil für ihn das vermuthliche Eigentum an den Sachen vom Erbrechte abhängt. Die petitorischen Einreden des Erbschaftsbesitzers sind damit nicht ausgeschlossen, denn es versteht sich von selbst, daß gegen den petitorischen Erbschaftsanspruch auch die petitorischen Einreden zulässig sein müssen.

In Besitz oder Inhabung des Erblassers gewesene Sachen.

Mit einer Erleichterung des Eigentumsbeweises, welche im Besitzstande zur Zeit des Todes des Erblassers sich gründet, würde dem wirklichen Erben nicht in ausreichender Weise geholfen werden. Denn er würde als Kläger die Behauptung des Eigentumes aufstellen müssen und, wenn diese Behauptung widerlegt wird, sachfällig werden. Dem Besitzstande des Erblassers zur Zeit seines Todes kann auch ein anderes Recht des Erblassers an der Sache als Eigentum oder sogar ein lediglich obligatorisches Recht zur Inhabung zu Grunde liegen. Denkbar ist sogar, daß nicht einmal ein obligatorisches Recht zur Inhabung besteht, der wirkliche Erbe aber dennoch ein sehr wesentliches Interesse an der Inhabung der Sache hat, da er zur Rückgabe als Erbe verpflichtet ist und die Inhabung ihn in den Stand setzt, eine derartige Erbschaftsschuld zu erfüllen (zB. Rückgabe von Büchern, welche der Erblasser entliehen hatte). In allen solchen Fällen muß der wirkliche Erbe berechtigt sein, die Sache einzufordern, selbst dann, wenn er etwa über das dem Besitzstande zu Grunde liegende Rechtsverhältnis noch in Ungewißheit sich befindet. Deshalb muß ihm jede Klarstellung seines Rechtes oder seines Interesses an der Herausgabe erlassen werden. Wenngleich es zweifelhaft erscheint, ob an sich die Kondition des Besitzes oder der Inhabung in Ansehung aller im Augenblicke des Todes des Erblassers in der Erbschaft sich befindenden Sachen gegen denjenigen, welcher vor dem Erben die Sachen erlangt hat, zulässig sein würde, so ist doch die Verbindlichkeit des Erbschaftsbesitzers einer Verpflichtung im Falle der cond. poss. zu vergleichen. Auch bei dieser hat der Kondizirende sein Recht zum Besitze oder sein Interesse am Besitze nicht näher zu bezeichnen oder zu beweisen. Von besonderer Wichtigkeit ist, daß durch diese Vorschrift die im § 2082 bestimmte Pflicht zur Auskunftsertheilung auch hierfür anwendbar wird. — Die Folgen dieser Vorschrift sind im Uebrigen je nach Lage des Einzelfalles sehr verschieden; sie können nicht nach allen Richtungen im Besetze klargestellt werden. Erwähnt sei nur, daß der Rückgabeanpruch, da er sich in einem Erbrechte gründet und die Herstellung des ihm entsprechenden Zustandes bezweckt, nicht einen rein obligatorischen Charakter hat, wie eine Kondition, daß er daher im Konkurse zur Aussonderung führen wird.

§ 581.

In Ansehung der Einwendungen bestimmt der Entw. keinerlei Beschränkung, wie solche im Falle der Besitzklagen (§§ 822 ff., Mot. 3 S. 129) vorgeschrieben sind. Der Erbschaftsbesitzer kann sich daher aller Einwendungen bedienen, welche den geltend gemachten Herausgabeanpruch als nicht gerechtfertigt erscheinen lassen. Indessen ist es seine Sache, das konkrete Rechtsverhältnis, welchem der Besitzstand des Erblassers entsprach, aufzudecken und hieraus weitere Folgerungen zu ziehen. Eine Einrede aus dem Rechte eines Dritten (de jure tertii) wird ihm nicht helfen, weil im Falle einer solchen Einrede der Erbe ein rechtliches Interesse behält an der Rücklangung der Sache als eines Deckungsmittels, um eine erbchaftliche Verpflichtung zu erfüllen, vielleicht auch ein Interesse hat, sich wegen einer Erbschaftsforderung im Wege der Zurückbehaltung zu sichern. Auf das eigene Recht wird sich hingegen der Erbschaftsbesitzer ohne Beschränkung berufen können. — Auf die Herausgabepflicht des Erbschaftsbesitzers finden insofern die Vorschriften über den Eigentumsanspruch Anwendung, als die Sachen bis zum Beweise des Gegentheiles als solche anzusehen sind, deren Eigentum dem Erblasser zustand. Eine dies aussprechende Vorschrift würde jedoch nicht unbedenklich sein. Denn, wenn der Erbschaftsbesitzer klarstellt, daß die Sachen vom Erblasser nicht kraft dinglichen Rechtes besessen wurden, so kann in einigen Punkten eine abweichende Beurtheilung des Herausgabeanpruches als gerechtfertigt sich ergeben.

Einwendungen.

Vorschriften über den Eigentumsanspruch.

§ 582.

Ein-
wendungen
des
Erbschafts-
schuldners.

Die Frage, ob es nicht zweckmäßig sei, hervorzuheben, daß, wenn der Schuldner einer Erbschaftsforderung deshalb zu leisten sich weigert, weil er selbst Erbe zu sein behauptet, die Geltendmachung einer derartigen Forderung den Vorschriften über den Erbschaftsanspruch unterliege, ist zu verneinen. Eine solche Vorschrift würde nur die Voraussetzungen des Erbschaftsanspruches treffen. Ob das Zurückbehalten der Leistung wegen eigenen Erbrechtes als Vor-enthaltung der Forderung als eines Erbschaftsgegenstandes anzusehen sei, ist nach § 2080 zu beurtheilen.

Aus einem
erbschaftl.
Rechte
erworbene
Gegenstände.

Ersatz wegen
Zerstörung.

Unter Nr. 2 werden aufgeführt die Gegenstände, welche auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes dem Erben erworben sind. In Ansehung der auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes erworbenen Gegenstände kann sich deshalb ein Zweifel erheben, ob sie Gegenstand des Erbschaftsanspruches seien, weil der Erwerb erst nach dem Tode des Erblassers eintritt, wenn auch der feste Grund zum Erwerbe schon im Rechtsbestande vor dem Tode des Erblassers gelegt ist und die Erbschaft sich ohne weitere Erwerbshandlung gleichsam aus sich selbst vermehrt. Die Vorschrift ist nur deklaratorisch, aber wegen jenes Zweifels rathlich. — Sind in der Inhabung des Erbschaftsbesizers befindliche Gegenstände zerstört, beschädigt oder entzogen, so entsteht regelmäßig eine Forderung auf Ersatz. Diese Forderung kann zu der Zeit, in welcher der Erbschaftsanspruch geltend gemacht wird, noch ausstehen oder vom Erbschaftsbesitzer bereits eingezogen sein. Für den letzteren Fall entscheidet die Vorschrift unter Nr. 3; hier handelt es sich nur um den ersteren Fall. Das eine Forderung der bezeichneten Art in Ansehung des Erbschaftsanspruches als Erbschaftsgegenstand behandelt wird, ist eine nothwendige Folge der Vorschrift über die auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes erworbenen Gegenstände und kann als in jener enthalten angesehen werden. Allein — streng genommen — wird die Forderung nicht auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes, sondern auf Grund eines besonderen Thatbestandes, in der Regel einer unerlaubten Handlung eines Dritten, erworben. Daher ist es rathsam, im Anschlusse an die §§ 1290, 1349, 1414, 1825, dieser Forderung besonders zu gedenken. Die Worte „dem Erben“ vor „erworben“ sind aufgenommen und nicht entbehrlich, wenn es auch scheinen kann, als würde der Erbe in die günstigere Rechtslage versetzt, in welcher der Erbschaftsbesitzer sich mit Rücksicht auf § 825 hinsichtlich des Beweises befindet, wenn die Worte unterdrückt würden. Dahingestellt bleiben kann, ob die Lage des Erben eine günstigere ist, wenn er den Ersatzanspruch ex jure cesso des Erbschaftsbesizers, statt auf Grund eigenen Rechtes, geltend zu machen vermag. Jedenfalls erwirbt bei der Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zur Erbschaft gehörenden Gegenstandes, von besonderen Fällen abgesehen, nur der Erbe, nicht der Erbschaftsbesitzer den im Eigenthume am Gegenstande sich gründenden Ersatzanspruch. Ein dem Erbschaftsbesitzer zustehender Ersatzanspruch kommt höchstens insoweit in Frage, als der Erbschaftsbesitzer als solcher einen den Erben nicht berührenden Schaden erlitten hat. Den Erbschaftsbesitzer zur Abtretung eines derartigen Anspruches zu nöthigen, würde ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in dessen Rechtskreis sein.

| §. 583.

Surrogation.

Unter Nr. 3 wird für diese Universalfrage, soweit es sich um den rechtsgeschäftlichen Erwerb des Erbschaftsbesizers handelt, der wichtige Grundsatz eingeführt „res succedit in locum pretii etc.“; der Grundsatz wird aber im Nachsatze in Ansehung der verbrauchbaren Sachen, welche zur Erbschaft gehören, wesentlich beschränkt. Der Surrogationsgrundsatz, welcher bereits in den §§ 1290, 1349, 1414, 1825 zur Geltung gelangt ist, muß auch für den Erbschaftsanspruch anerkannt werden. Befindet sich eine Erbschaft längere Zeit in der Hand eines Erbschaftsbesizers, so ist es unvermeidlich, daß in Ansehung einzelner Bestandtheile rechtliche Veränderungen in Folge von Maßnahmen des Erbschaftsbesizers Platz greifen. Die Erbschaft als Vermögensganzes unterliegt nothwendig gewissen Wandlungen. Daß diese sich innerhalb des Vermögensganzes vollziehen und daß die Erbschaft so herauszugeben ist, wie sie sich schließlich gestaltet hat, entspricht der Natur der Sache. Hiervon wird auch im Leben ausgegangen; vielfach würde eine Auseinandersetzung unter den Betheiligten ohne Zuhilfenahme der Surrogationsgrundsätze überhaupt nicht in befriedigender Weise zu erzielen sein.

Die Surrogation ist aber ferner im Hinblick auf die rechtliche Gestaltung im Einzelnen geboten. Im Vordergrunde stehen von den in Betracht kommenden Geschäften des Erbschaftsbesizers die Einziehung von Erbschaftsforderungen und die Veräußerung von Erbschaftsgegenständen gegen eine Gegenleistung. Sind diese Geschäfte gegenüber dem Erben wirksam nach den Grundsätzen über den Erwerb in gutem Glauben oder über das Handeln im Vertrauen auf das Grundbuch oder den Erschein, so kann das Bedürfniß der Surrogation vielleicht in Frage gezogen werden, da der Erbschaftsbesitzer in einem solchen Falle nach den §§ 839, 880, 2083 für die Bereicherung, und wenn er nicht in gutem Glauben war (vgl. § 2085), dem Erben für das Interesse einzustehen hat, obschon auch in diesen Fällen die Surrogation nicht ohne Bedeutung ist. Anders verhält es sich aber, wenn die betr. Geschäfte gegenüber dem Erben nicht wirksam sind.

Der Erbe müßte alsdann seinem Rechte nachgehen und könnte sich nicht oder doch nur auf dem Umwege der Abtretung etwaiger Regreßansprüche des Dritten gegen den Erbschaftsbesitzer an den letzteren halten. Dabei läuft der Erbe Gefahr, daß er leer ausgeht, sei es, weil inzwischen der Schuldner insolvent geworden ist, sei es, weil die Forderung verjährt ist, sei es, weil sonstige Zwischenfälle eingetreten sind, während vielleicht der Erbschaftsbesitzer das ihm Geleistete behält. Dies ist nicht nur unbillig, sondern widerspricht auch der Auffassung, daß der Erbschaftsbesitzer im Allgemeinen keinen Vortheil von dem Erbschaftsbesitze auf Kosten des Erben haben soll. Dem Erben muß daher die Möglichkeit gewährt werden, durch Genehmigung des Geschäftes dasjenige, was der Erbschaftsbesitzer aus dem Geschäft erworben, zu einem | Erbschaftsgegenstande zu machen, welchen er mit der Erbschaftsklage in Anspruch nehmen kann. Daß in der Erhebung der Klage in Beziehung auf das Erworbene die Genehmigung des Geschäftes liegt, ist selbstverständlich und bedarf eines besonderen Ausdrucks nicht. Andererseits würde es zu weit gehen, wenn das von dem Erbschaftsbesitzer Erworbene schlechthin als Erbschaftsgegenstand behandelt würde. Es liegt kein Grund vor, dem Erben das Vorgehen gegen den Dritten dann zu verschließen, wenn dies zulässig ist und in seinem Interesse liegt. — Ebenso wenig kann der Surrogation dingliche Wirkung in der Ausdehnung beigelegt werden, daß der Erbe ohne Weiteres kraft Gesetzes Eigenthümer des vom Erbschaftsbesitzer erworbenen Gegenstandes wird. Eine solche Vorschrift würde auch mit wichtigen für den Verkehr mit Sachen aufgestellten Grundsätzen im Widerspruche stehen. In solchem Falle geht der Anspruch auf Herausgabe im Sinne von Uebertragung; — auch in den §§ 244, 739, 740 und sonst im Entw. ist unter „herausgeben“ das tradere mit zu verstehen.

§. 584.

Die Surrogation wird jedoch nicht auf die bisher hervorgehobenen Geschäfte beschränkt, sondern im Einklange mit den §§ 1290, 1349, 1414 für alle den Erwerb bezielenden Geschäfte des Erbschaftsbesizers zur Geltung gebracht. Erfordert wird nur, daß die Geschäfte subjektiv mit Bezug auf die Erbschaft oder einen Erbschaftsgegenstand geschlossen sind und daß sie objektiv mit der Erbschaft oder einem Erbschaftsgegenstande in Zusammenhang gebracht werden können. Der Annahme einer Leistung wird in der Vorschrift, wie im § 838, nur deshalb besonders gedacht, weil vielleicht Zweifel darüber möglich sind, ob die Annahme der Erfüllung zu den Rechtsgeschäften in dem engeren Sinne nach dem Begriffe des Rechtsgeschäftes, von welchem der Entw. ausgeht, gehört (vgl. § 1669 mit § 263, Mot. 2 S. 71, 4 S. 1125).

Den Erwerb bezielende Geschäfte.

Die Surrogation vorzuschreiben, ist an sich nicht ohne Bedenken; allein hier, wie in den unter Nr. 2 erwähnten Fällen, kann den Bedenken ein entscheidendes Gewicht nicht beigelegt werden. Die Bedenken werden noch gemindert durch die hinzugefügte Beschränkung in Ansehung der zur Erbschaft von Anfang an gehörenden oder nachträglich hinzutretenden verbrauchbaren Sachen (vgl. §§ 1825, 1840, 2009 Abs. 1 Satz 2). Die Beschränkung erscheint angemessen, weil die Verfolgung des Schicksales der einzelnen verbrauchbaren Sachen, besonders bei länger andauerndem Erbschaftsbesitze, den erheblichsten Schwierigkeiten begegnet. Was insbes. Geld anbelangt, so wird oft nicht zu ermitteln sein, ob der Erbschaftsbesitzer es der Erbschaft oder eigenen Mitteln entnommen hat. An die Stelle der vom Erbschaftsbesitzer verwendeten verbrauchbaren Sachen tritt deren Werth; dieser ist bei der Herausgabe der Erbschaft nach den Grundsätzen von der Bereicherung zu erstatten (vgl. § 2083). Bei dieser Gestaltung ist es freilich möglich, daß der Erbschaftsbesitzer gewisse Vortheile zieht, welche er nicht herauszugeben hat. Wenn er z. B. gutgläubig in der Erbschaft vorgefundenes oder von Schuldnern der Erbschaft erhaltenes Geld zinsbar ausleiht, so kommen ihm die Zinsen zu statten, während er dem Erben vom Werthe des Ausgeliehenen, für welchen er haftet, | Zinsen nur von dem Zeitpunkte an zu entrichten hat, in welchem er in Verzug gerathen ist. Allein diese Folge muß bei den Vorzügen, welche die Regelung im Uebrigen hat, hingenommen werden, und sie dürfte nicht einmal für alle Fälle der Rechtfertigung entbehren, wie zum § 2084 zu erörtern sein wird.

Verbrauchbare Sachen.

§. 585.

Möglich wäre es, in der Weise zu regeln, daß, wenn der Erbe das vom Erbschaftsbesitzer vorgenommene, sich auf einen Erbschaftsgegenstand beziehende Rechtsgeschäft genehmige, das Verhältnis zwischen dem Erben und dem Erbschaftsbesitzer in Ansehung dieses Geschäftes so beurtheilt werde, wie wenn der Erbschaftsbesitzer das Geschäft für den Erben als Geschäftsführer ohne Auftrag vorgenommen hätte. Allein es würde befremdend sein, wenn die Grundsätze der Geschäftsführung ohne Auftrag auf den vorliegenden Fall übertragen würden, obwohl die Voraussetzungen für die Annahme einer solchen nicht gegeben sind. Bei Annahme dieses Grundsatzes würden wohl auch noch weitere Vorschriften erforderlich sein. Zudem weicht das sachliche Ergebnis kaum wesentlich ab von dem Ergebnisse bei Annahme des Surrogationsgrundsatzes. Allerdings würde durch jene Regelung klargestellt, daß der Erbe, welcher von dem Erbschaftsbesitzer die Uebertragung desjenigen fordert, was dieser durch ein auf die Erbschaft sich beziehendes Rechtsgeschäft erworben hat, zugleich gehalten ist, den Erbschaftsbesitzer von den Verpflichtungen zu befreien, welche der letztere gegenüber dritten Personen übernommen hat. Indessen ist es selbstverständlich, daß der Erbe, wenn er das betr. Geschäft des Erbschaftsbesizers (wie

vorausgesetzt wird) genehmigt, gegen den Dritten nicht vorgehen kann und daß in einem solchen Falle auch der Dritte nicht mehr mit Ansprüchen, welche auf den Mangel des Erbrechtes sich gründen, gegen den Erbschaftsbesitzer auftreten kann (vgl. §§ 266, 310, 312, 830, 876). Um die Verwickelungen, zu welchen die Surrogation Anlaß giebt, zum Theile abzuschneiden, bedarf es einer solchen Vorschrift deshalb nicht, weil das gleiche Ergebnis durch die Vorschrift in Ansehung der verbrauchbaren Sachen erreicht wird.

Nutzungen.

Unter Nr. 4 wird für die Univerfalllage eine weitere Abweichung bestimmt von demjenigen, was sich bei Anstellung der Einzellage ergeben würde. Der mit der Einzellage belangte Erbschaftsbesitzer würde nach § 930 die von Erbschaftsgegenständen gezogenen Nutzungen, soweit sie in Früchten bestehen, nicht herauszugeben haben, auch wegen der etwa eingetretenen Bereicherung in keiner Weise haften. In Ansehung anderer Erbschaftsgegenstände würde sich bei Geltendmachung des Bereicherungsanspruches ein Anderes ergeben (vgl. §§ 748, 761). Die Vorschrift bezweckt, zu erreichen, daß ein solcher kaum zu rechtfertigender Unterschied bei der Erbschaftsklage nicht bestehe. Von den Nutzungen der Erbschaftsgegenstände soll das Gleiche gelten wie von den übrigen Erbschaftsgegenständen. Wegen Herausgabe der Bereicherung bestimmt der § 2083. Auch nur dem redlichen Erbschaftsbesitzer die durch Fruchtziehung gewonnene, unter Umständen sehr bedeutende Bereicherung zu belassen, wäre unbillig. Entsprechend bestimmen auch das gemeine Recht (Windscheid § 612 Anm. 5; Roth § 395 Anm. 62), das bayer. P. III 1 § 9 Nr. 11, etwas abweichend das sächs. G. B. § 2308 und Mommsen § 312. Der zufälligen Zusammensetzung der Erbschaft aus Sachen oder Rechten darf ein Einfluß auf den Umfang des Herausgabeanspruches des Erben nicht beigemessen werden. Den Erbschaftsbesitzer aber in Ansehung der Nutzungen allgemein zu begünstigen, verbietet sich schon aus Rücksicht auf die Nachlassgläubiger. Die Gründe, auf welchen der § 930 beruht (Mot. 3 S. 401 ff.), treffen in Ansehung des Erbschaftsanspruches nicht zu. Der Erbschaftsbesitzer muß mit Rücksicht auf die Erbschaftsgläubiger die Erbschaft und die Nutzungen als ein Ganzes zusammenhalten. Er muß darauf gefaßt sein, daß, wenn sein Erbrecht sich als nicht bestehend erweist, ihm das zusammenzuhaltende Ganze von dem wirklichen Erben, welcher für die Erbschaftsschulden haftet, abgefordert werde. Der redliche Besitzer der einzelnen Sache würde dagegen, wenn er auch die gezogenen Nutzungen herauszugeben hätte, ganz anders getroffen werden; er würde eine solche Haftung in keiner Weise erwarten können; es wäre deshalb hart, ihn dazu zu verpflichten. Die Vorschrift steht also mit § 761 im Einklange. — Der Zusatz am Schlusse „auch insoweit, als sie nicht zu den unter Nr. 2 bezeichneten Gegenständen gehören“ bezweckt, eine Verdunkelung der Vorschrift unter Nr. 2 zu verhindern.

Vorenthalten
des
Surrogates.

Einer besonderen Klarstellung, daß schon das Vorenthalten des Surrogates seitens des Erbschaftsbesitzers genügt, um den Erbschaftsanspruch zu begründen, bedarf es nicht. Soweit nach § 2081 Nr. 3 Surrogation Platz greift, unterliegt als Erbschaftsbesitzer auch derjenige dem Erbschaftsanspruche, welcher auf Grund eines von ihm beanspruchten Erbrechtes über einen Erbschaftsgegenstand verfügt. Hat der Erbschaftsbesitzer von einem Erbschaftsgegenstände Nutzungen gezogen, so führt der § 2081 Nr. 4 zu einem gleichen Ergebnisse. Hat aber Jemand auf Grund eines in Anspruch genommenen Erbrechtes, ohne Erbschaftsgegenstände hinter sich zu haben, über einen Erbschaftsgegenstand verfügt, so wird die Zulässigkeit der Erbschaftsklage dann nicht zu verneinen sein, wenn die Verfügung (auf Grund eines Erbrechtes usw.) gegen den Erben wirksam ist. Alsdann liegt eine den Erben benachteiligende Einmischung vor, welche den Erbschaftsanspruch und insbes. die im § 2082 bestimmte Auskunftsspflicht rechtfertigt. Eine besondere Vorschrift hierüber ist entbehrlich, da nach § 2080 der Erbschaftsanspruch zulässig ist, wenn nur ein Erbschaftsgegenstand auf Grund des in Anspruch genommenen Erbrechtes „vorenthalten“ wird. Ob der Erbschaftsanspruch dem Erben auch dann zusteht, wenn Jemand zwar über einen Erbschaftsgegenstand verfügt hat, die Verfügung aber gegen den Erben nicht wirksam ist, bedarf einer besonderen Entscheidung im Gesetze nicht, soweit eine Entscheidung nicht der Nr. 3 zu entnehmen ist.

§ 2082 (II 1901, B. 2004, R. 2002, G. 2027).

III. Aus-
kunfts-
pflicht.

§ 587.

Daß der Erbschaftsbesitzer, soweit er herausgabepflichtig ist, auch manifestationspflichtig ist, bestimmt schon der § 777. Der § 2082 ordnet aber noch eine besondere Auskunftsspflicht des Erbschaftsbesitzers an, die der § 777 nicht ergiebt, sondern voraussetzt. | Der Erbe hat offenbar ein großes Interesse daran, zu erfahren, was aus den nicht mehr vorhandenen Erbschaftsgegenständen geworden ist, wie der Erbschaftsbesitzer über sie verfügt und was er dafür erhalten hat. Daher ist es nur angemessen, dem Erbschaftsbesitzer die Verpflichtung aufzuerlegen, über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände und deren Verbleib Auskunft zu ertheilen. Ein besonderer Hinweis auf die Anwendbarkeit des § 777 ist entbehrlich.

Auskunfts-
pflicht Dritter.

Eine entsprechende Verbindlichkeit auch demjenigen aufzuerlegen, welcher, ohne Erbschaftsbesitzer zu sein, einen zur Erbschaft gehörenden, nicht in der Inhabung eines Dritten befindlichen Gegenstand vor dem Erben und ohne dessen Willen in Besitz oder Inhabung genommen hat,

oder demjenigen, welcher in den Wohnungs- oder Wirtschaftsräumen des Erblassers zur Zeit des Erbfalls gewohnt hat, ist für bedenklich erachtet. Die Härte, welche in der Manifestationspflicht liegt, der Verdacht der Unredlichkeit, welcher mehr oder minder die Grundlage einer solchen Vorschrift bilden würde, und die naheliegende Gefahr des Mißbrauches der Befugniß seitens des wirklichen Erben lassen es dringend geboten erscheinen, die Verpflichtung nur da aufzuerlegen, wo ein wirklich zwingendes Bedürfniß sich geltend macht. Ein solches Bedürfniß kann in Ansehung desjenigen, welcher, ohne ein Erbrecht zu beanspruchen, einen nicht in der Inhabung eines Dritten befindlichen Erbschaftsgegenstand vor dem Erben und ohne dessen Willen in Besitz oder Inhabung genommen hat, nicht anerkannt werden, ganz abgesehen davon, daß, wenn die Manifestationspflicht für einen solchen Fall eintreten sollte, auch der Dieb oder Räuber für manifestationspflichtig zu erklären sein würde. Noch weniger gerechtfertigt erscheint die Manifestationspflicht solcher Personen, welche in den Wohnungs- oder Wirtschaftsräumen des Erblassers zur Zeit des Todes desselben gewohnt haben, obgleich die AOB. I 22 § 29 eine derartige Vorschrift enthält. Der Umstand, daß eine Person zur Zeit des Todes des Erblassers in den bezeichneten Räumen gewohnt hat, kann für sich allein und ohne den Nachweis, daß diese Person sich als Geschäftsführer verhalten oder sonst durch ihre Handlungen sich auskunftspflichtig gemacht hat, die Belastung mit der Manifestationspflicht nicht rechtfertigen. Die KonkD. hat gleichfalls entsprechende Vorschriften nicht aufgenommen (§ 115 und Mot. dazu S. 346).

§ 2083 (II 1895, B, 1998, R. 1996, G. 2021).

Der § 2083 handelt nach dem Zusammenhange und seiner Stellung nicht davon, wann der Erbschaftsanspruch begründet ist, bestimmt vielmehr, daß, wenn und soweit dies der Fall und der Erbschaftsbesitzer zur Herausgabe außer Stande ist, die §§ 739, 740 Abs. 1 und 741 Abs. 2 entsprechende Anwendung finden sollen. — Daß die Vorschriften über Bereicherung ohne Rechtsgrund in diesem Falle Anwendung fänden, läßt sich in Ermangelung einer besonderen Entscheidung bezweifeln. Zudem gewinnt der Entw. durch die Aufnahme der Vorschrift an Klarheit und wird erreicht, daß dem § 2087 die ihm zukommende Bedeutung beigelegt werde. Entgegengetreten wird ferner der Auffassung, der Erbschaftsanspruch sei nur ein auf die gesammte Erbschaft erstreckter Bereicherungsanspruch, während er sich als ein Anspruch auf Herausgabe der Erbschaft darstellt, welcher jedoch im bezeichneten Falle aus besonderen Gründen seinem Inhalte nach auf die Bereicherung gemindert wird. Die abgelehnte Auffassung führt übrigens im Wesentlichen zu dem gleichen Ergebnisse. Nur für den seltenen Fall, daß der Erbschaftsbesitzer einen Erbschaftsgegenstand noch hat, aber wegen sonst gemachter Aufwendungen durch das Behalten des Gegenstandes noch nicht oder doch nur eben gedeckt, also nicht bereichert ist, würde sich eine etwas abweichende Beurtheilung ergeben.

IV. Bereicherungsanspruch.

| S. 588.

Die Vorschrift kann als zu eng bemängelt werden im Hinblick auf den Fall, daß der Erbschaftsbesitzer im Stande ist, herauszugeben, aber durch die Erbschaft einen Verlust erlitten hat. Der Grundsatz des § 2087 könnte es rechtfertigen, den Erbschaftsbesitzer vor einem solchen Verluste zu schützen. Allein, würde vorgeschrieben, er sei, falls er zur Herausgabe im Stande, die Bereicherung aber vor Eintritt der Rechtshängigkeit oder vor dem Zeitpunkte, in welchem er Kenntniß davon erlangte, daß er nicht der Erbe sei, weggefallen ist, nur gegen Ersatz des Verlustes, welchen er anderenfalles erleiden würde, zur Herausgabe verpflichtet, oder, wie es wohl auch ausgedrückt werden könnte, jede Vermögensseinbuße, welche er durch den Erbschaftsbesitz erlitten habe, solle als Verwendung gelten, so würde dies zu weit führen. Darin könnte ein Anerkenntniß des Grundsatzes gefunden werden, dem Erbschaftsbesitzer dürfte es nicht zum Nachtheile gereichen, wenn er etwas aus seinem Vermögen deshalb eingebüßt habe, weil er Erbe zu sein glaubte. Ein solcher Grundsatz ist, mindestens in seiner Allgemeinheit, weder dem gemeinen Rechte (vgl. I. 25 §§ 12—16 D. 5, 3) noch einem anderen in Deutschland geltenden Rechte bekannt. Ob der § 739 Abs. 2 eine solche Tragweite hat, kann auf sich beruhen, da die Auffassung abgelehnt ist, der Erbschaftsanspruch sei ein auf die Erbschaft erstreckter Bereicherungsanspruch. Die Folgen der bezeichneten Vorschrift würden auch zu unbilligen Ergebnissen führen. Der Willigkeit würde es z. B. nicht entsprechen, wenn ein Erbschaftsbesitzer, welcher Beamter ist und sein Amt deshalb niedergelegt hat, weil er anderweiter Einkünfte mit Rücksicht auf die erhebliche Erbschaft nicht mehr zu bedürfen glaubte, berechtigt sein sollte, falls er das Amt nicht wieder erlangen kann, die Erbschaft bis zum Erlasse dieser Vermögensseinbuße zurückzubehalten.

Hat der Erbschaftsbesitzer eine nicht bestehende Erbschaftsschuld aus seinem Vermögen getilgt, so hat er, sofern er über das Bestehen der Schuld in einem Irrthume sich befand, den Anspruch wegen Leistung einer Nichtschuld. Wußte er, daß die Schuld nicht bestand und leistete er trotzdem, so hat er etwas aus seinem Vermögen verschenkt. Der Erbe kann dadurch in seinen Rechten nicht berührt werden.

Vom § 741 Abs. 2 ist nicht ausschließlich der Satz 1 angezogen, obgleich dasjenige, was der Satz 2 des § 741 Abs. 2 bestimmt, schon aus § 2085 sich ergibt. Wenngleich scheinbar dasselbe zweimal bestimmt wird, so ist doch die Weglassung des Allegates des Satzes 2 nicht rathsam; es könnte sonst die irrige Auffassung hervorgerufen werden, im Falle des § 2083 finde der § 2085 keine Anwendung.

§ 589.
V. Ver-
wendungen.

§ 2084 (II 1896, B. 1999, R. 1997. G. 2022).

Der Erbschaftsbesitzer soll zur Herausgabe nur gegen Vergütung aller Verwendungen verpflichtet sein (Abs. 1; vgl. § 740 Abs. 3). Dadurch wird er ungleich günstiger gestellt als der mit der Eigentumsklage in Anspruch genommene Besitzer (vgl. §§ 936—938). Die Stellung des Erbschaftsbesitzers ist aber auch eine wesentlich andere als die desjenigen, gegen welchen der Eigentumsanspruch auf Herausgabe einer Sache geltend gemacht wird. Der Erbschaftsbesitzer geht davon aus, die Erbschaft gehöre ihm in allen ihren Bestandtheilen; er richtet darnach alle seine Maßnahmen ein. Sein guter Glaube bezieht sich auf die Gesamtheit der Erbschaft; er verdient daher die Rücksichtnahme, daß er im Allgemeinen aus dem Erbschaftsbesitze, wie keinen Vortheil (vgl. S. 583), so keinen Nachtheil haben soll. Derselbe Gesichtspunkt, welcher dafür bestimmend gewesen ist, dem Erbschaftsbesitzer die gezogenen Nutzungen nicht zu belassen (§ 2081 Nr. 4), führt auch dazu, dem Erbschaftsbesitzer ein Recht auf Erstattung aller Verwendungen zu geben, unbeschadet der im Falle des § 2085 sich ergebenden Modifikationen (sächs. GB. §§ 2315 bis 2317; Mommsen § 315; Unger § 52 Anm. 10).

Für eine Beschränkung auf Vergütung von Verwendungen dahin, daß das Recht dem Erbschaftsbesitzer nur insoweit zustehe, als er nicht durch die ihm aus der Erbschaft verbleibenden Vortheile bereichert sei, läßt sich geltend machen, er vermöge durch eine Verfügung über verbrauchbare Sachen sich andere Vortheile als Nutzungen (zu deren Herausgabe er also nicht verpflichtet sei) zu verschaffen. Allein eine solche Beschränkung wäre schon deshalb nicht rathsam, weil sie die Auslegung des § 740 Abs. 1, mindestens durch Gewährung eines arg. e contrario, beeinflussen würde. Hat der Erbschaftsbesitzer z. B. zur Erbschaft gehörendes Geld verzinslich angelegt, so hat er es nicht mehr. Daher findet der § 2083 Anwendung; nach diesem sollen aber die §§ 739, 740 Abs. 1 zur entsprechenden Anwendung gelangen. Nach § 740 Abs. 1 erstreckt sich die Verpflichtung des Empfängers auch auf dasjenige, was er aus dem Geleisteten, hier dem „Erbschaftsgelbe“, erworben hat. Ob auch der indirekte und rechtsgeschäftliche Erwerb herauszugeben ist, ist im § 740 nicht ausdrücklich entschieden, vielmehr der Entscheidung durch Praxis und Wissenschaft überlassen (Mot. 2 S. 838 f.). Dieser Entscheidung würde durch Aufnahme einer derartigen Beschränkung des Rechtes auf Vergütung von Verwendungen vorgegriffen, da sie dahin zu verziehen sein würde, der Erbschaftsbesitzer habe die gezogenen Zinsen nicht herauszugeben. Dahingestellt bleiben kann, ob es nicht sogar gerechtfertigt ist, daß der Erbe die Zinsen erhält, da er die Gefahr des vom Erbschaftsbesitzer angelegten Geldes trägt, weil der letztere, wenn das Kapital verloren geht, wegen Wegfalles der Bereicherung nichts mehr zu leisten hat. Die Beschränkung des Verwendungsanspruches des Erbschaftsbesitzers könnte aber sehr wohl dahin verstanden werden, daß auch der Erbe nur die Anrechnung auf Verwendungen des Erbschaftsbesitzers zu verlangen befugt sei.

§ 590.

Tilgung einer
Nachlassver-
bindlichkeit.

Daß als Verwendung insbes. die Tilgung einer Nachlassverbindlichkeit gilt (Abs. 2), also nicht allein die Tilgung einer schon in der Person des Erblassers entstandenen Verbindlichkeit, sondern auch einer anderen Verbindlichkeit, welche für den Erben aus der Erbfolge entstanden ist (vgl. § 2092 Abs. 2), bedarf in sachlicher Hinsicht keiner Rechtfertigung. Die Aufnahme der Vorschrift ist aber geboten, weil die Tilgung einer Verbindlichkeit der bezeichneten Art an sich nicht eine Verwendung auf die Erbschaft, sondern eine aus Anlaß des Erbschaftsbesitzes gemachte Aufwendung ist. Unter die Tilgung einer Nachlassverbindlichkeit fällt nach § 2092 Abs. 2 auch die Berichtigung eines Pflichttheilsanspruches, eines Vermächtnisses oder einer Auflage; diese besonders zu erwähnen, ist also nicht erforderlich.

Selbständiger
Ersatz-
anspruch.

Dem Erbschaftsbesitzer einen selbständigen Ersatzanspruch wegen der Verwendungen zu geben, kann für den Fall, daß er die Erbschaft ohne Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes dem Erben herausgegeben hat, angemessen erscheinen. Allein ein solcher Anspruch würde praktisch von geringer Bedeutung sein, da er lediglich für diejenigen Fälle von Werth sein könnte, in welchen der Erbschaftsbesitzer bei der Herausgabe sich in Unkenntniß über gemachte Verwendungen befand oder die Verwendungen übersehen hat. Es kann dabei dahingestellt bleiben, ob im ersteren Falle nicht vielleicht ein Bereicherungsanspruch wegen Leistung einer Nichtschuld begründet sein würde (vgl. jedoch Mot. 2 S. 832 ff.). Die Abminderung des Rechtes des Erbschaftsbesitzers auf ein Zurückbehaltungsrecht steht aber auch im engsten Zusammenhange mit der großen Ausdehnung des dem Erbschaftsbesitzer in dieser Hinsicht beigelegten Rechtes. Ihm müssen alle Verwendungen erstattet werden, ohne Rücksicht darauf, ob der Erbe durch sie bereichert ist oder nicht. Dies läßt sich nur rechtfertigen, wenn der Erbschaftsbesitzer zugleich genöthigt wird, vor der Herausgabe mit

seinen Ansprüchen hervortreten. Daß er in den §§ 2085, 2086 wesentlich besser gestellt wird in Ansehung der Verwendungen, welche er nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit oder nach erlangter Kenntniß, daß er nicht der Erbe sei, gemacht hat, läßt sich nicht behaupten. Die für diesen Fall als anwendbar erklärten § 936 Abs. 1, § 938 stellen den Erbschaftsbesitzer vielmehr umgekehrt bei Weitem ungünstiger, wenngleich dort sein Ersatzanspruch nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht eingeschränkt ist. Uebrigens ist in gleicher Weise bei dem Bereicherungsanspruche (vgl. § 740 Abs. 3, § 741 Abs. 2) unterschieden und es würde nicht rathsam sein, in Ansehung des Erbschaftsanspruches in dieser Hinsicht von der Regelung für den Bereicherungsanspruch abzuweichen. Sollten aber jene Vorschriften eine andere Auffassung zulassen, so würde das Gleiche auch in Ansehung des Erbschaftsanspruches von selbst sich ergeben, ohne daß es hier einer besonderen Vorschrift bedürfte. Vorschriften darüber, ob bei dem Bereicherungsanspruche in Ansehung der Verwendungen, welche vor der Rechtshängigkeit oder vor erlangter Kenntniß von dem Rechte des Leistenden gemacht sind, ein Erstattungsanspruch nur nach der Herausgabe der Bereicherung zulässig sei, würden in das Gebiet der Kasuistik fallen.

| §§ 2085—2087 (II 1897—1899, B. 2000—2002, R. 1998—2000, G. 2023—2025).

1. Die Haftung des Erbschaftsbesizers kann nicht die gleiche sein, sobald er weiß, daß er nicht der Erbe ist. Abgesehen vom Falle des Verzuges und einer unerlaubten Handlung, für welche der § 2086 vorsieht, soll nach § 2085 den Erbschaftsbesitzer nach erlangter Kenntniß, daß er nicht der Erbe ist, oder nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit eine Haftung in den in der Vorschrift bezeichneten Richtungen so treffen, wie den mit dem Eigenthumsanspruche belangten Besizer vom Eintritte der Rechtshängigkeit dieses Anspruches an. Die Fassung schließt sich an § 931 Abs. 1 und an die §§ 933, 244 an. Die Vorschriften über den Eigenthumsanspruch können nur für entsprechend anwendbar erklärt werden. Daß sie unmittelbar Anwendung leiden, soweit es sich um Sachen handelt, welche von Anfang an zur Erbschaft gehören und herauszugeben sind, ist selbstverständlich. Die herauszugebende Erbschaft besteht jedoch nicht ausschließlich aus solchen Sachen; zudem kommt nach § 2081 die Surrogation in Betracht. — Eine besondere Vorschrift in Ansehung des im § 931 Abs. 2 geregelten Falles ist entbehrlich. Dort handelt es sich um eine Erweiterung der Herausgabeverpflichtungen des Sachbesizers, welcher den Besitz durch eine strafbare, wenn auch nur auf Fahrlässigkeit beruhende Handlung erlangt hat. Ob und inwieweit derartige Handlungen in Bezug auf eine Erbschaft vorkommen können, kann dahingestellt bleiben. Der Erbschaftsbesitzer ist jedenfalls schon nach § 2081 Nr. 4 zur Herausgabe der Nutzungen verpflichtet.

| §. 591.
VI. Haftung
bei mala
fides etc.

Bei der strengen Haftung, welche vom bezeichneten Zeitpunkte an den Erbschaftsbesitzer trifft, kann auf den wegen der Verwendungen zu ersetzenden Betrag nicht noch der Geldwerth der dem Erbschaftsbesitzer aus der Erbschaft verbliebenen Vortheile, welche nicht unter den Begriff der Nutzungen fallen, in Abzug gebracht werden. Dazu ist um so weniger Anlaß, als auch dem redlichen Erbschaftsbesitzer, wie S. 584, 585 dargelegt, trotz der ihm eingeräumten günstigeren Stellung, eine solche Pflicht nicht auferlegt ist. Diese Vortheile können in sehr mittelbarer Weise erwachsen sein. Zudem würde nicht ohne Zweifel sein, was unter solchen „aus der Erbschaft verbliebenen Vortheilen“ zu verstehen ist.

Aus der Erb-
schaft ver-
bliebene
Vortheile.

2. Für den Fall des Verzuges des Erbschaftsbesizers sowie für den Fall, daß dieser den Besitz oder die Inhabung durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung sich verschafft hat, werden die §§ 934, 935 für entsprechend anwendbar erklärt. Es könnte gerechtfertigt erscheinen, den Erbschaftsbesitzer, der von Anfang an weiß, daß er nicht der Erbe ist, im Anschlusse an § 741 Abs. 1 unbeschränkt nach Maßgabe der Vorschriften über Schadensersatz aus unerlaubter Handlung haften zu lassen. Allein auch einem solchen Erbschaftsbesitzer fällt nicht immer eine strafbare oder vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung zur Last, so namentlich nicht dann, wenn er schon vor dem Erbfalle im Besitze der Erbschaft gewesen ist, oder wenn das Nachlassgericht oder der Testamentsvollstrecker ihm die Erbschaft ausgeantwortet haben. Würde ein solcher Erbschaftsbesitzer nach den bezeichneten strengen Grundsätzen beurtheilt, so müßten sich große Härten ergeben, welche der Rechtfertigung entbehren würden. In dieser Hinsicht ist insbes. auf die einen solchen Erbschaftsbesitzer schwer belastenden §§ 716, 717 (Haftung für zufälligen Untergang oder zufällige Verschlechterung, Entziehung von bestimmtem Gelde) hinzuweisen.

VII. Verzug.
Unerlaubte
Handlung.

| §. 592.

3. Die Nothwendigkeit der schon in der Vorbemerkung (S. 577) als wesentlich bezeichneten Vorschrift des § 2082, durch welche der Erbschaftsanspruch in Ansehung der Verwendungen und der Beurtheilung, ob eine Bereicherung vorliegt, als ein Universalanspruch charakterisirt wird, erhellt von selbst in Ansehung solcher Verwendungen, welche vom Erbschaftsbesitzer überhaupt nicht in Beziehung auf einen einzelnen Erbschaftsgegenstand gemacht sind. Aber auch sonst würde es sich nicht rechtfertigen lassen, den Anspruch auf Ersatz von Verwendungen davon abhängig zu machen, ob der einzelne Gegenstand, in Ansehung dessen eine Verwendung stattgefunden

VIII. Univer-
salanspruch.
(G. —)

hat, bei der Herausgabe der Erbschaft noch vorhanden ist oder nicht. Zu demselben Ergebnisse führt die Erwägung, daß jede Verwendung, gleichviel auf welchen Gegenstand sie gemacht ist, eine entsprechende Minderung der Bereicherung in sich schließt. — Noch weniger kann es zweifelhaft sein, daß in Ansehung der Frage, ob der Erbschaftsbesitzer bereichert ist, die Erbschaft als ein Ganzes in Betracht gezogen werden muß.

§ 2088 (II 1903, B. 2006, R. 2004, G. 2029).

IX. Ex-
ceptione
singulis etc.

Dem S. C. Juventianum (Windscheid § 612 Anm. 6) liegt bereits der Gedanke zu Grunde, daß dem Erben, dem sowohl die Einzelklage als die Erbschaftsklage zu Gebote steht, nicht gestattet sein kann, durch Anstellung der Einzelklage den Erbschaftsbesitzer in eine ungünstigere Rechtslage zu bringen, als diejenige ist, welche sich ergeben würde, wenn er mit der Erbschaftsklage belangt worden wäre. Diesen Gedanken nimmt auch der § 2088 zum Ausgangspunkte. Es erscheint innerlich gerechtfertigt und auch der Billigkeit entsprechend, dem Erbschaftsbesitzer das Recht zu gewähren, zu verlangen, daß seine Verpflichtungen auch dann, wenn die Einzelklage angestellt wird, nach Maßgabe der für den Erbschaftsanspruch geltenden Vorschriften beurtheilt werden. Eine solche Beurtheilung darf jedoch nur Platz greifen, wenn der Beklagte es verlangt, da es unter Umständen zweifelhaft sein wird, welche Behandlung für ihn die vortheilhaftere ist, und ihm zu überlassen ist, welche zu wählen er für angemessen erachtet. Der Entw. giebt daher eine Einrede im engeren Sinne. Die Einrede muß vom Erbschaftsbesitzer erhoben werden, wenn er erlangen will, daß seine Verpflichtungen nach Maßgabe der für den Erbschaftsanspruch geltenden Vorschriften beurtheilt werden. — Dagegen | besteht kein Anlaß, dem Erben die Wahl zwischen der Erbschaftsklage und der Einzelklage zu versagen (Windscheid § 616 Anm. 1; Brinz § 400 Anm. 68; Noth § 395 Anm. 90; sächs. GB. § 2318; Mommsen § 320 nebst Mot. S. 348—350). Das Interesse des Erbschaftsbesitzers wird durch die ihm gewährte Einrede voll gewahrt und andere hinreichende Gründe, um den Erben in seinen Rechten zu beschränken, liegen nicht vor. Eine Anomalie kann darin nicht gefunden werden, daß das durch Erbfolge erworbene Recht vom Erben auf verschiedene Weise geltend gemacht werden kann. Der mit der Einzelklage in Anspruch Genommene hat darzuthun, daß er Erbschaftsbesitzer sei. Ueber die Beweislast kann ein Zweifel nicht obwalten.

| S. 593.

Beweislast.

Ablehnung
weiterer
Vorschriften.

Verweisung
auf den
Eigenthums-
anspruch.

Beweis des
Erbschafts-
anspruches.

Weitere Vorschriften über den Erbschaftsanspruch sind nicht aufgenommen. Als solche, deren Aufnahme mit Rücksicht auf den Vorgang anderer Gesetzgebungen in Frage kommen könnte, sind zu erwähnen:

I. Die allgemeine Verweisung auf den Eigenthumsanspruch (sächs. GB. § 2291; öst. GB. § 824; Mommsen § 300; hess. Entw. 241). Für eine solche besteht kein Bedürfnis, nachdem der Entw. in Ansehung der Nutzungen und Verwendungen selbständige Vorschriften aufgenommen hat, das Institut des fictus possessor und das der *laudatio auctoris* aber auch bei der Eigenthumsklage zu besonderen Vorschriften keinen Anlaß gegeben haben (vgl. Mot. 3 S. 397, 428).

II. Vorschriften über den Beweis des Erbschaftsanspruches (Windscheid § 615; Noth § 395 S. 831—835; sächs. GB. §§ 2294—3000; thür. Erbgesetze; Mommsen §§ 303—308 nebst Mot. S. 335—339; für W. R. Dernburg § 230 Nr. 5; in Ansehung der gesetzlichen Erben Seuffert 1 Nr. 258, 9 Nr. 314, 315, 12 Nr. 305, 14 Nr. 149, 16 Nr. 130, 254, 20 Nr. 78, 27 Nr. 40, 28 Nr. 38, u. A.). — Darüber, daß der Erbe den Eintritt des Erbfalls sowie die Thatfachen, auf welchen seine Berufung zur gesetzlichen Erbfolge beruht, ferner die Vorenthaltung eines Erbschaftsgegenstandes zu beweisen hat, sind gegenüber dem § 193 besondere Vorschriften nicht erforderlich. Für eine Entscheidung in der Richtung, daß, wer als gesetzlicher Erbe den Erbschaftsanspruch erhebt, nicht zu beweisen habe, es seien andere Personen, welche sein Recht ausschließen oder beschränken würden, nicht vorhanden, läßt sich geltend machen, daß in der Rechtswissenschaft Meinungsverschiedenheiten bestehen, insbes. über die Frage, ob ein solcher Erbe nur seine Verwandtschaft überhaupt zu beweisen oder darzuthun habe, daß er der nächstberechtigte gesetzliche Erbe sei. Allein diese Zweifel werden sich unter Berücksichtigung der §§ 4, 2054 lösen lassen und etwas von diesen Vorschriften Abweichendes zu bestimmen, liegt kein genügender Anlaß vor. Der Wissenschaft vorzugreifen, würde nur gerechtfertigt | sein, wenn dies im Interesse der Rechtssicherheit erforderlich wäre. Ein solches Bedürfnis kann als vorhanden nicht anerkannt werden, selbst wenn berücksichtigt wird, daß nicht allein der Beweis für den Erbschaftsanspruch, sondern auch der Beweis der Erbeslegitimation gegenüber Erbschaftsschuldnern usw. in Betracht kommt. — Ebenso wenig wäre eine Vorschrift an dieser Stelle angemessen, durch welche eine Vermuthung aufgestellt würde, daß eine Person, deren Tod gewiß, deren Todeszeit aber ungewiß ist, den Erblasser dann nicht überlebt habe, wenn ihr die Erbschaft angefallen sein würde, falls sie den Erblasser überlebt hätte. In Uebereinstimmung mit der bereits S. 491 vertretenen Auffassung ist eine auf den Erbschaftsanspruch beschränkte Vorschrift solchen Inhaltes nicht für erforderlich erachtet. Aus den dort dargelegten Gründen verdient es den Vorzug, es bei dem zu belassen, was sich aus den allgemeinen Grundsätzen in Verbindung mit § 4 Abs. 2 ergibt (vgl. Mot. 1 S. 31).

| S. 594.

Vermuthung
in Ansehung
des Nicht-
überlebens.

III. Vorschriften über das Rechtsverhältniß von Gläubigern des Erblassers, Pflichttheilsberechtigten und Vermächtnisnehmern zu den Erbschaftsprätendenten während der Dauer des Rechtsstreites über den Erbschaftsanspruch (Windscheid § 616 Nr. 2; Roth § 395 Anm. 92, 93; bayerr. Pr. III 1 § 9 Nr. 17; W. I 12 § 295, Dernburg § 145 Anm. 5, Koch, Erbrecht S. 467 ff.; für bad. Recht Jahrb. des bad. O. V. 3 S. 145, 6 S. 375, 379). — Sind mehrere Erbschaftsprätendenten vorhanden, so ist nach allgemeinen Grundsätzen den Gläubigern und den ihnen hierin gleichstehenden Pflichttheilsberechtigten und Vermächtnisnehmern unbenommen, sich mit ihren Ansprüchen an denjenigen zu wenden, welchen sie für den Erben halten und dessen Eigenschaft als Erben zu beweisen sie im Stande sind. In dieser Beziehung einzugreifen, besteht kein Anlaß. Für den Fall, daß der in Anspruch Genommene zwar die Erbschaftsklage erhoben hat, aber nicht Erbschaftsbesitzer ist, zu bestimmen, von einem solchen könne Befriedigung nur gegen Sicherheitsleistung verlangt werden, ist nicht erforderlich, wenngleich das röm. Recht in dieser Hinsicht keineswegs klar ist. An sich liegt darin, daß der Streit über das Erbrecht in das Stadium des Prozesses getreten ist, noch kein genügender Grund, die Erbschaftsgläubiger gegenüber einem der Erbschaftsprätendenten in eine ungünstigere Lage zu versetzen, als gegenüber dem anderen. Dies wäre um so bedenklicher, als es damit allen denjenigen, welchen bereite Mittel zur Sicherheitsleistung nicht zur Verfügung stehen, unmöglich gemacht würde, für die vielleicht lange Dauer des Prozesses sich an den wirklichen Erben, der nicht Erbschaftsbesitzer ist, zu halten. Zudem wird der vorausgesetzte Fall verhältnißmäßig selten vorkommen, da nach der Begriffsbestimmung des Erbschaftsbesitzers im § 2080 in vielen Fällen beide Erbschaftsprätendenten Erbschaftsbesitzer sein werden. — Noch weniger besteht ein Anlaß, in Ansehung des Rückforderungsanspruches des unterliegenden Prätendenten gegenüber den von ihm befriedigten Gläubigern etwas Besonderes zu bestimmen. Der Erbschaftsbesitzer ist durch § 2084 in Ansehung der Verwendungen, zu welchen nach Abs. 2 daselbst auch die Tilgung einer Nachlassverbindlichkeit gehört, ausreichend geschützt. Abgesehen davon, fehlt es an einem Grunde, dem unterliegenden Erbschaftsprätendenten den Bereicherungsanspruch wegen Leistung einer Nichtschuld gegenüber befriedigten Gläubigern usw. zu versagen, soweit er nach den allgemeinen Grundsätzen ihm zusteht. Rechnet der unterliegende Erbschaftsbesitzer dem Erben die getilgte Schuld als Verwendung an, so entfällt freilich für ihn das Rückforderungsrecht. Wenn und so lange eine solche Anrechnung nicht erfolgt ist, kann ihm das Rückforderungsrecht nicht entzogen werden, soweit nicht besondere Umstände hinzutreten. Hat er die Erbschaft ohne Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes ausgefolgt oder ist der Erbe in Abnahme der Erbschaft säumig oder läßt sich schwer übersehen, ob die Erbschaft schließlich zur Deckung des Erbschaftsbesitzers ausreichen werde, so ist das Rückforderungsrecht für den unterlegenen Erbschaftsbesitzer sogar von erheblicher Bedeutung.

Verhältniß
der Nachlass-
gläubiger
zu den Prä-
tendenten.

Rück-
forderungs-
anspruch des
Unter-
liegenden.
| S. 595.

IV. Vorschriften über die Wirkung des im Erbschaftsstreit ergangenen rechtskräftigen Urtheiles oder eines Vergleiches zwischen dem Erbschaftsprätendenten gegenüber Gläubigern usw. sowie Schuldnern des Erblassers (Windscheid § 132 Nr. 3, § 584 Anm. 18, 19; Eccius § 56 Anm. 21 S. 295, Dernburg § 145 Anm. 4; Unger § 53 Anm. 7, 8; — wegen des Vergleiches noch sächs. G. V. § 2325; Mommsen § 253 nebst Mot. S. 300, 301). In Frage könnten nur kommen Vorschriften in der Richtung, ob der Erbschaftskläger oder der Erbschaftsbeklagte der Erbe sei. Eine Rückwirkung in Ansehung der vor dem Urtheile oder dem Vergleiche liegenden Handlungen würde sich nicht rechtfertigen lassen. Verschiedene Auffassungen sind denkbar. Es kann aufgestellt werden, durch das Urtheil solle für und gegen die Erbschaftsgläubiger als rechtskräftig festgestellt gelten, daß der obsiegende Erbschaftskläger oder Widerkläger der Erbe sei. Ferner kann davon ausgegangen werden, das Urtheil solle in Ansehung der bezeichneten Personen nur dahin wirken, daß feststehe, der im Erbschaftsstreite Unterlegene sei nicht der Erbe. Weiter könnte vielleicht vorgeschrieben werden, der im Erbschaftsstreite rechtskräftig für den Erben Erklärte dürfe gegenüber einem Nachlassgläubiger seine Eigenschaft als Erbe nicht bestreiten.

Rechtskr.
Urtheil.
Vergleich.

Der Grundsatz des § 192, daß das Urtheil nur unter den Parteien und deren Rechtsnachfolgern wirksam sei, ist im Interesse des materiellen Rechtes vom Entw. fast durchgehends festgehalten. Ausnahmen von dem Grundsatz sind ausschließlich auf dem Gebiete des Familienrechtes gemacht (vgl. §§ 1256, 1269, 1271 Abs. 1, §§ 147 7, 1478, 1632), und dort ist besondere Vorsorge getroffen zu Gunsten der Dritten, welche bei dem Rechtsstreite nicht betheilt gewesen sind. Der § 1830 hat nur eine Wirkung für und gegen den Nacherben bestimmt. — Allerdings läßt sich Manches dafür anführen, dem in einem Erbschaftsstreite ergehenden Urtheile Rechtskraft über die Parteien hinaus beizulegen. Insbes. hat etwas Befremdendes, daß ein Nachlassgläubiger den im Erbschaftsstreite Besiegten immer noch soll angreifen können, nicht minder, daß, wenn der Gläubiger seine Rechte gegen den Sieger verfolgt, dieser gleichwohl in der Lage ist, seine Eigenschaft als Erbe zu bestreiten, aber auch, daß der Erbschaftsschuldner einer Klage des Besiegten ausgegesetzt ist, und daß der Sieger sein Erbrecht dem Schuldner noch besonders darthun soll. Allein die praktischen Unzuträglichkeiten, welche die enge Begrenzung der Rechtskraft in dieser Beziehung an-

| S. 596.

scheinend mit sich bringt, werden wesentlich dadurch gemindert, daß das Urtheil, auch wenn ihm rechtlich bindende Kraft für und gegen die Nachlaßgläubiger sowie die Erbschaftsschuldner nicht beigelegt wird, nach der Natur der Dinge thatsächlich über die Parteien hinaus sich wirksam erweisen wird. Nur in besonders gestalteten Fällen wird jener Grundsatz angerufen werden. Diese besonders gestalteten Fälle, zu welchen namentlich diejenigen gehören, in welchen durch das Verhalten der Parteien materiell unrichtige Urtheile herbeigeführt sind, lassen es bedenklich erscheinen, die Ausdehnung der Rechtskraft auf die Nachlaßgläubiger und die Erbschaftsschuldner eintreten zu lassen. Diese wie jene können ein erhebliches Interesse daran haben, dem wirklichen Erben gegenüber zu stehen. So ist es z. B. für den Nachlaßgläubiger keineswegs gleichgültig, ob er einen Erben vor sich hat, welchem das Inventarrecht nicht mehr zusteht, oder ob er sich an einen neu aufgetretenen Erben halten muß, von welchem jener die Erbschaft sich hat abstreiten lassen. Ebenso kann es für den Erbschaftsschuldner von Werth sein, daß er nur von dem wirklichen Erben in Anspruch genommen wird, wenn er diesem gegenüber aufzurechnen in der Lage ist. Ferner ist auch möglich, daß derjenige, welcher im Erbschaftsstreite obgesiegt hat, benachtheiligt werde, wenn das Urtheil ihm gegenüber zu Gunsten der Nachlaßgläubiger wirksam ist, z. B. dann, wenn er sich später von dem besseren Rechte des Gegners überzeugt und diesem die Erbschaft überlassen hat.

Die Mehrzahl der geltend gemachten Bedenken trifft freilich nicht zu, wenn lediglich bestimmt würde, der im Erbschaftsstreite rechtskräftig für den Erben erklärte dürfe gegenüber einem Nachlaßgläubiger seine Eigenschaft als Erbe nicht mehr bestreiten, es sei denn, daß eine Person, welche am Rechtsstreite nicht theilgenommen habe, der Erbe sei. Allein eine solche Vorschrift würde, zumal mit Rücksicht auf die freie Beweiswürdigung, praktisch von sehr geringer Bedeutung sein. Zudem kann dahingestellt bleiben, ob diese Folge sich nicht schon den allgemeinen Grundsätzen und der Erwägung entnehmen läßt, daß, wenn der Sieger im Erbschaftsstreite gegenüber einem Nachlaßgläubiger allein geltend macht, nicht er sei der wirkliche Erbe, sondern der Besiegte, der Nachlaßgläubiger im Wege einer *replica doli* auf die auch für ihn geltende Thatsache sich berufen kann, daß zwischen dem Sieger und dem Besiegten ein rechtskräftiges Urtheil ergangen sei, durch welches der in Anspruch Genommene für den Erben erklärt sei.

Gegenüber den Gründen, welche für die Ablehnung einer Vorschrift in Ansehung des rechtskräftigen Urtheiles maßgebend sind, erübrigt es, noch darauf einzugehen, daß auch dem Vergleiche nicht eine Wirkung für und gegen die Nachlaßgläubiger und Erbschaftsschuldner beigelegt ist.

Erlangung
des
vorl. Erb-
schaftsbesizes.
| S. 597.

V. Endlich sind nicht aufgenommen die gemeinrechtlichen Rechtsmittel zur Erlangung des vorläufigen Erbschaftsbesizes, nämlich außer den bereits | S. 490, 491 gewürdigten Rechtsmitteln *ex edicto Carboniano* und *ventris nomine*:

a) Die *missio furiosi nomine*. Diese ist den neueren Rechten unbekannt, selbst für das heutige gemeine Recht ist die Anwendbarkeit zweifelhaft (Windscheid §§ 597, 620; Roth § 396 Anm. 1).

b) Die *Interditte adipiscendae et recuperandae possessionis* (Windscheid §§ 617, 649 Anm. 4; Roth § 396 Nr. I, II; sächs. GB. § 2323; Mommsen § 322). Das *Interd. quod legatorum* ist für den Entw. ohne jede Bedeutung (vgl. §§ 1865, 1877). Das *Interd. quorum bonorum* und die sog. *missio Hadriana* sind theils entbehrlich, theils mit Rücksicht auf die CPD., weil von einem vorläufigen Rechtsmittel ein Vortheil nicht zu erwarten ist, ohne Werth (vgl. Kreittmayr Anm. 1 f. zum bayer. MN. III 1 § 10; Mommsen's Mot. S. 351). Die Vorschriften des MN. I 12 §§ 244, 245 sind berechnet für den Fall, daß das Nachlaßgericht die Erbschaft in Verwahrung genommen hat und keinen der mehreren Prätendenten für legitimirt erachtet (vgl. Dernburg § 227 Anm. 2, Eccius § 279 S. 701, 702). Vorschriften solchen Inhaltes sind entbehrlich, würden auch wohl nicht in ein BGB. gehören.

§§ 2089, 2090 (II 1905, 2235, B. 2008, 2345, R. 2006, 2343, G. 2031, 2370).

X. Verwandte
fälle.
1. Hered.
pot utilis
im Falle einer
Todes-
erklärung.

1. Für gewisse Fälle gewährt der § 2089 eine Art *hereditatis petitio utilis*. Ist auf Grund einer Todeserklärung das Vermögen des für todt Erklärten oder sind Bestandtheile desselben an die vermeintlichen Erben gelangt und ergiebt sich demnach, daß die für todt erklärte Person den Zeitpunkt der Todeserklärung überlebt hat, oder wird das Urtheil, durch welches die Todeserklärung erfolgt ist, in Folge der Anfechtung aufgehoben (§ 22), so ergiebt sich ein Verhältniß, welches dem Falle eines Erbschaftsanspruches gleichzustellen ist (MN. II 18 §§ 842, 847 ff., Eccius § 268 S. 586, § 279 Anm. 22, Dernburg Bd. 1 § 44 Anm. 11, 12). — Abweichend vom MN. II 18 § 842 sind nur die Fälle in Betracht gezogen, in welchen der für todt erklärte den Zeitpunkt der Todeserklärung überlebt hat, nicht diejenigen, in welchen er bereits früher gestorben ist. In den letzteren Fällen bedarf es besonderer Vorschriften nicht, da der ordentliche Erbschaftsanspruch begründet ist. Selbstverständlich steht der Anspruch nicht allein der für todt erklärten Person, sondern auch deren wirklichen Erben zu. Diese Folge ergiebt sich aus dem allgemeinen Grundsätze, daß Vermögensrechte, soweit nicht etwas Besonderes bestimmt oder ihrer | Natur zu

| S. 598.

entnehmen ist, auf die Erben übergehen (vgl. S. 525 ff.). In Ansehung der Vererblichkeit des ordentlichen Erbschaftsanspruches ist gleichfalls eine Vorschrift nicht aufgenommen. Für die bezeichneten Fälle ist der § 2074 für entsprechend anwendbar erklärt (Abs. 1), um, falls ein Erbschein, welcher sich nunmehr als unrichtig herausstellt, erteilt ist, dem für todt Erklärten und dessen Erben den gleichen Schutz, wie dem wirklichen Erben angedeihen zu lassen. Im Falle des § 2074 kommt der Anspruch auf Herausgabe eines Vermögens nicht in Frage; die Beschaffung und Annahme eines unrichtigen Erbscheines allein begründet nicht den Erbschaftsanspruch. Im Uebrigen sollen die Vorschriften über den Erbschaftsanspruch und der § 888 (Ausschluß der Erbsitzung an einzelnen Erbschaftsgegenständen gegenüber dem wirklichen Erben) zur entsprechenden Anwendung gelangen (Abs. 1. a. E.). — Daß im Falle der Aufsechtung zu vermuthen ist, der für todt Erklärte sei noch am Leben, ergiebt sich aus der Fassung der Vorschrift.

Ueber die Verjährung des Anspruches etwas Besonderes zu bestimmen, ist nicht erforderlich. Insbes. ist nicht bestimmt, daß der Beginn der Verjährung davon abhängt, ob der Berechtigte von den den Anspruch begründenden Thatsachen Kenntniß gehabt habe. Es wird kaum vorkommen, daß eine für todt erklärte oder als verstorben angesehene Person so spät zurückkehrt, daß seit der Besitznahme ihres zurückgelassenen Vermögens durch den vermeintlichen Erben ein der ordentlichen Verjährung entsprechender Zeitraum verstrichen ist. Sollte etwas Derartiges sich einmal zutragen, so hat der Zurückgekehrte den mit der Verjährung eingetretenen Verlust des Anspruches als Folge seines passiven Verhaltens hinzunehmen. In der Regel würde eine derartige Vorschrift nur den Erben oder Erbeserben des für todt Erklärten zu Statten kommen. Diesen aber eine solche Begünstigung hinsichtlich des Beginnes der Verjährung zu gewähren, ist weder nöthig noch mit den Zwecken, welchen das Institut der Verjährung dient, vereinbar. — Mit dem A.N. II 18 §§ 852, 853 dem irrig für todt Erklärten und dessen Abkömmlingen auch noch nach Ablauf der Verjährungszeit den Anspruch auf einen ihrem Stande gemäß nothdürftigen Unterhalt zuzubilligen, besteht, wenn es bei der ordentlichen Verjährung sein Bewenden behält, kein Anlaß.

Verjährung.

Zu prüfen bleibt der Fall, daß eine Person, welche ohne Todeserklärung für todt erachtet ist, die Zeit überlebt hat, welche für die Beerbung derselben als die Zeit des Todes angenommen ist. Für diesen Fall bestimmt der Abs. 2, daß ein Gleiches wie für die im Abs. 1 geregelten Fälle gelten soll. Die Vorschrift dahin zu beschränken, daß sie nur gelten solle, wenn der Erbfall auf Grund eines unrichtigen vom Standesamte erteilten Sterbezeugnisses angenommen worden sei, würde zu eng sein, da die praktisch wichtigen Fälle gerade diejenigen sind, in welchen ein Sterbezeugniß deshalb nicht vorliegt, weil ein solches überhaupt nicht beschafft werden kann. Die entsprechende Anwendung der für den Erbschaftsanspruch geltenden Vorschriften ist insbes. deshalb angemessen, weil es auch hier um die Herausgabe eines als Erbschaft in Besitz genommenen Vermögens sich handelt und die Beschränkung des Berechtigten darauf, daß er die einzelnen Ansprüche geltend zu machen habe, zu einem angemessenen Ergebnisse nicht führen würde. — In einem solchen Falle davon auszugehen, derjenige, welcher das Vermögen eines Anderen als Erbschaft in Besitz genommen hat, habe sich nicht in gutem Glauben befunden, es sei denn, daß eine öff. Beurkundung des Todes jenes Anderen vorliegt, würde zu Härten führen, namentlich dann, wenn eine öff. Urkunde über das Ableben des Erblassers überhaupt nicht zu beschaffen ist. Hat aber Jemand ein fremdes Vermögen als Erbschaft sich angeeignet, ohne daß irgend ein Anhalt für die Annahme des Todes des bisherigen Inhabers des Vermögens vorlag, so wird das Gericht ohne Weiteres auf Grund der freien Beweiswürdigung dahin gelangen, anzunehmen, er habe sich nicht in gutem Glauben befunden. Von demjenigen, welcher ein fremdes Vermögen als Erbschaft in Besitz genommen hat, während ein amtliches Sterbezeugniß nicht vorlag, stets den Beweis zu verlangen, daß und weshalb er sich in gutem Glauben befunden habe, würde schon bedenklich sein.

Ohne Todes-
erklärung für
todt erachtete
Personen.

§ 599.

2. Die Todeserklärung stellt nur den Erbfall, nicht aber die Person des Erben fest. Erweist sich die Todeserklärung als unrichtig, sei es, weil der für todt Erklärte noch lebt und sich meldet, sei es, weil sich später ergiebt, daß der für todt Erklärte zu einer anderen Zeit als derjenigen, welche nach Maßgabe der Todeserklärung als Zeit des Todes gemäß § 21 Abs. 2 für die Beerbung anzunehmen ist, gestorben ist, so hat der für todt Erklärte und, innerhalb der Schranken des § 2089 dessen Erbe, den im § 2089 bezeichneten Anspruch gegen den vermeintlichen Erben; ist der für todt Erklärte erweislich früher gestorben, so hat auch der wirkliche Erbe den ordentlichen Erbschaftsanspruch. Außerdem hat aber der für todt Erklärte oder dessen Erbe (und letzterer auch dann, wenn der Erblasser schon früher gestorben ist), falls derjenige, welcher auf Grund der Todeserklärung als Erbe anzusehen ist, über Nachlassgegenstände verfügt hat, gegen den dritten Erwerber die Einzelklage. Der Dritte würde sich alsdann nur mit Hilfe der Gewährleistung an dem vermeintlichen Erben erholen können. Dieses Ergebnis erscheint als ein sachwidriges, zumal in Betracht zu ziehen ist, daß dem Dritten nicht immer der § 2077 zur Seite stehen wird, da der Erbe einen Erbschein nicht erhält, wenn er durch letztwillige Verfügung oder

2. Schutz
Dritter im
Falle der
Todes-
erklärung.

Erbeinsetzungsvertrag seitens des für todt Erklärten als Erbe eingesetzt ist (vgl. § 2068). Der § 2090 bringt die erforderliche Abhülfe, jedoch unter Vorbehalt der Ausnahme für den Fall, daß der Dritte zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäftes Kenntniß davon gehabt hat, daß der angebliche Erblasser die Todeserklärung überlebt hat oder vor der Todeserklärung gestorben ist oder daß die Todeserklärung in Folge der Anfechtungsklage aufgehoben ist (Satz 2). Die Fassung des Einganges „wenn eine für todt erklärte Person den Zeitpunkt der Todeserklärung überlebt hat oder vor diesem Zeitpunkte gestorben ist“ schließt sich an § 2089 an. Sie ist für genügend erachtet, da der Satz 2 sie hinreichend im vorstehend angegebenen Sinne erläutert und insbes. klarstellt, daß im Gegensatz zum § 2089 auch derjenige Fall mitgetroffen wird, in welchem der für todt Erklärte erweislich vor der Todeserklärung zu einer anderen Zeit gestorben ist als derjenige, welche nach § 21 Abs. 2 auf Grund der Todeserklärung für die Beerbung maßgebend ist. Nach der im Verkehrsinteresse für erforderlich erachteten Vorschrift des ersten Satzes tritt also zu Gunsten des Dritten, welcher sich mit dem vermeintlichen Erben eingelassen hat, sofern er sich in gutem Glauben befand, die gleiche Gestaltung ein, wie wenn dem vermeintlichen Erben ein Erbschein erteilt gewesen wäre, oder mit anderen Worten die Rechtsgeschäfte, welche der auf Grund der Todeserklärung als Erbe Angesehene als Erbe vorgenommen hat oder welche ihm gegenüber vorgenommen worden sind, werden zu Gunsten des betheiligten gutgläubigen Dritten so gehandelt, als sei der vermeintliche Erbe wirklich Erbe gewesen. Der Dritte ist somit nicht ausschließlich durch die allgemeinen Vorschriften über den Erwerb in gutem Glauben oder im Vertrauen auf das Grundbuch geschützt.

In gleicher Weise auch diejenigen zu schützen, welche auf Grund des Beweises über die Erbberechtigung des vermeintlichen Erben, falls dieser Beweis für die Erbschaftsklage genügen würde, Leistungen an einen angeblichen Erben gemacht haben, besteht kein Bedürfnis, insbes. nachdem der Entw. Vorschriften über den Beweis des Erbschaftsanspruches nicht aufgenommen hat (§. 593, 594). Eine solche Vorschrift wäre rein positiv; sie könnte auch das materielle Recht unter Umständen erheblich gefährden. Im Wesentlichen genügen zum Schutze Dritter die Vorschriften über den Erbschein; daneben wird auch der § 2090 in Betracht kommen.

§ 2091 (II —, B. —, R. —, G. —).

3. Schutz
Dritter bei
anfechtbarer
Erbeinsetzung.

Dritte, welche sich mit dem Erben eingelassen haben, dem ein Erbschein erteilt ist, schützt in gewissem Umfange der § 2077, solche Dritte, welche sich mit dem noch zur Ausschlagung befugten Erben eingelassen haben, der § 2056 Abs. 2. Dieser Schutz muß in entsprechender Weise auch denjenigen gewährt werden, welche sich mit dem Erben eingelassen haben, dessen Erbeinsetzung anfechtbar und nach Vornahme des Rechtsgeschäftes angefochten ist. Hierauf beruht der § 2091. — Allerdings wird durch § 2091 der Grundsatz des § 112 etwas modifizirt (vgl. Mot. 1 S. 219). Nach § 112 würde ein Erbe, der durch eine anfechtbare Verfügung von Todeswegen als Erbe eingesetzt ist, im Falle der erfolgreichen Anfechtung so zu behandeln sein, wie wenn er nie Erbe geworden wäre. In Folge dessen würden, in Ermangelung einer besonderen Vorschrift, die von einem solchen Erben oder ihm gegenüber in der Zeit vor der erfolgten Anfechtung vorgenommenen Rechtsgeschäfte in der Regel hinsichtlich der Dritten durch den Schutz des guten Glaubens in anderer Richtung gesichert sind. Der Entw. hält im Wesentlichen an dem Grundsatz der dinglichen Rückwirkung der Anfechtung fest. Nur in den Fällen der Abtreiung (§ 306) und der Eheschließung (§ 1270) ist von diesem Grundsatz abgewichen. Eine weitere Abweichung erscheint an dieser Stelle geboten, obgleich dagegen sich geltend machen läßt, damit werde der Grundsatz der Wirksamkeit des Anfechtungsrechtes gegen Dritte in nicht unerheblichem Umfange abgeschwächt. Allein, wenn auch dem Dritten, welcher mit einem solchen eingesetzten Erben oder ihm gegenüber Rechtsgeschäfte vorgenommen hat, die Vorschriften über den Erwerb in gutem Glauben (§ 877) und über den Schutz des Vertrauens auf das Grundbuch (§§ 837, 838), sowie auf den Erbschein (§§ 2076, 2077) zu statten kommen werden, so erscheint dieser Schutz doch nicht ausreichend, da in der Regel der Erbschein nur gesetzlichen Erben erteilt wird (§ 2068) und nicht vorgeschrieben ist, daß der Dritte verpflichtet sei, sich nur dann mit dem Erben einzulassen, wenn dieser den Erbschein vorzeigt (vgl. S. 568). In dieser Hinsicht kommt insbes. in Betracht, daß die Erbeinsetzung in weit erheblicherem Umfange der Anfechtung unterliegt als ein Rechtsgeschäft unter Lebenden (vgl. §§ 1781—1783, 1948 Abs. 1), und daß die allgemeine, alle Rechtsbeziehungen des Erblassers ergreifende Tragweite der Erbeinsetzung in einer besonders einschneidenden, den Verkehr in hohem Maße gefährdenden Weise sich geltend machen würde, wenn die Anfechtung in ihren Wirkungen nicht beschränkt würde. Ferner würde es sich kaum rechtfertigen lassen und im Leben nicht verstanden werden, wenn ein Schuldner, welcher dem Erben auf das vorgelegte Testament oder den vorgelegten Erbvertrag hin, also auf Grund einer vorgelegten Urkunde, in welcher der Erbe formgültig eingesetzt ist, eine Erbschaftsschuld zahlt, schuldlos

§ 601.

sein sollte, weil demnach die Erbeinsetzung mit Erfolg angefochten ist, während der an den Cessionar zahlende Schuldner nach § 306 gegenüber der Anfechtung der Abtretung geschützt sein würde, sofern er nur auf Grund einer von dem bisherigen Gläubiger erteilten, die Abtretung der Forderung oder die Anerkennung der Uebertragung der Forderung enthaltenden Urkunde leistet. Dahingestellt bleiben kann, ob der § 306 in der besonderen Natur des Institutes der Abtretung seinen Grund hat.

Zwar kann eingewendet werden, diese Erwägungen und insbes. die Bezugnahme auf § 306 nöthigten, Dritte nicht allein gegenüber einer anfechtbaren, sondern auch gegenüber einer nichtigen Erbeinsetzung zu schützen. Dieser Einwand ist jedoch nicht für durchgreifend erachtet. Eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen, wie sie in Frage steht, ist nur gerechtfertigt, soweit ein dringendes praktisches Bedürfnis vorliegt. In Ansehung einer nichtigen Erbeinsetzung ist ein solches Bedürfnis nicht anzuerkennen. Die Richtigkeit der Erbeinsetzung wird sich in der Regel entweder auf einen Formmangel der Verfügung von Todeswegen oder darauf gründen, daß der Verfügende die erforderliche Geschäftsfähigkeit nicht besessen hat. Ob eine Verfügung von Todeswegen wegen eines Formmangels nichtig sei, läßt sich zumeist, von besonderen und seltenen Fällen abgesehen, bei Prüfung der vorgelegten Urkunde ohne Weiteres erkennen. Handelt es sich um den Mangel der Geschäftsfähigkeit in der Person des Verfügenden, so wird dem eingesetzten Erben fast immer alsbald nach dem Eintritte des Erbfalles das Erbrecht bestritten werden; der eingesetzte Erbe hat also keine Gelegenheit, längere Zeit hindurch mit der Erbschaft ungehindert zu schalten und zu walten, wie dies bei der von der Kenntniß des Anfechtungsgrundes abhängigen Anfechtung (§ 1785) sehr wohl der Fall sein kann.

Nicht in gleicher Weise ist ein Schutz Dritter erforderlich in den Fällen der Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit (§ 2046) oder der Anfechtung der Ausschlagungserklärung (§ 2040). Der Dritte, welcher sich mit dem in Folge der Ausschlagungserklärung eingetretenen Erben eingelassen hat, hat dann, wenn dieser Erbe ein gesetzlicher Erbe ist, die Möglichkeit, sich einen Erbschein vorlegen zu lassen, dessen Erlangung einem solchen Erben nach § 2068 offen steht. Für die übrigen sehr seltenen Fälle liegt ein hinreichender Grund, eine besondere Vorschrift aufzunehmen, um so weniger vor, als die Gründe, aus welchen eine Ausschlagungserklärung angefochten werden kann, nach § 2040 ziemlich beschränkt sind. — Die Erbunwürdigkeit ist praktisch nur von geringer Bedeutung. Eine besondere Vorsorge zum Schutze der Dritten, welche sich mit dem Erbunwürdigen eingelassen haben, erscheint daher entbehrlich, obschon die Anfechtung des § 2046, wie der Abs. 1 dieser Vorschrift unverkennbar ergibt, sich nicht gegen die Erbeinsetzung (deren Anfechtbarkeit Voraussetzung der Anwendung des § 2091 ist), sondern gegen den Anfall der Erbschaft (vgl. S. 521) richtet.

7. Titel: Inventarrecht.

§§ 2092, 2093 (II 1843, —, B. 1945, —, N. 1943, —, G. 1967, —).

1. Nach § 2051 gehen die vermögensrechtlichen Verbindlichkeiten des Erblassers auf den Erben über. Der Erbe haftet jedoch nicht allein für diese, sondern auch für später entstandene Verbindlichkeiten, sofern sie ihm als Erben obliegen. Der § 2092 Abs. 2 faßt die verschiedenen, dem Erben obliegenden Verbindlichkeiten im besonderen Hinblick auf das Inventarrecht zusammen. Für sie wird der Ausdruck „Nachlaßverbindlichkeiten“ als ein technischer gewählt. Das Wort „Erbschaftsverbindlichkeiten“ würde zu eng sein, da dieser Ausdruck, auch wenn er im weitesten Sinne genommen wird, nur auf solche Verbindlichkeiten bezogen werden kann, zu welchen bei dem Eintritte des Erbfalles mindestens der Grund gelegt ist, welche also zu dieser Zeit schon als eine Art von bedingten Rechten bestehen. Die Haftung des Erben für alle diejenigen Verbindlichkeiten, in Ansehung deren eine Bindung erst mit oder nach dem Eintritte des Erbfalles stattfindet, darf nicht unbestimmt bleiben.

I. Bedeutung des Inventarrechtes.
1. Nachlaßverbindlichkeiten.

Besonders erwähnt werden die Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen und Auflagen, sowie Pflichttheilsrechten. Die Wirksamkeit des Inventarrechtes gegenüber Verbindlichkeiten aus Pflichttheilsrechten ist zwar nur unter besonderen Umständen (im Falle einer nach dem Erballe eingetretenen Verringerung der Erbmasse) denkbar; indessen würde es nicht gerechtfertigt sein, sie deshalb unerwähnt zu lassen. — Ferner werden erwähnt Verbindlichkeiten aus den von einem Vollstrecker oder Nachlaßpfleger vorgenommenen Rechtsgeschäften. Auch diese treffen den Erben als solchen. Die beispielsweise Aufzählung derselben stellt klar, daß diese Verbindlichkeiten nicht zu denjenigen gehören, für welche der Erbe persönlich, abgesehen von seiner Eigenschaft als Erbe, haftet, wie dies zB. in Ansehung derjenigen Verpflichtungen zutrifft, welche in einem vom Erben — sei es persönlich, sei es durch einen von ihm bestellten Vertreter — vorgenommenen Rechtsgeschäfte sich gründen, falls nicht etwa der Erbe bei Eingehung des Geschäftes sich die beschränkere Haftung vorbehalten hat. Wäre die Vorschrift positiv, so müßte davon ausgegangen werden, daß die Gefahr einer solchen dem Erben aufgedrängten Vertretung den Erben nicht persönlich, und

§. 603.
Vermächtnisse usw.

über die Kräfte oder den Werth des Nachlasses hinaus, treffen dürfe. Allein der positive Charakter der Vorschrift kann nicht anerkannt werden. Diese Entscheidung kann von besonderer Wichtigkeit werden, wenn der Nachlaß nicht zureicht, um die Masseschulden zu decken. In einem solchen Falle könnte in Ermangelung einer Vorschrift namentlich der zur Ausschlagung nicht berechnete Fiskus (§ 1974) gefährdet werden. — Wegen der Beerdigungskosten vgl. S. 535. — Nachlaßverbindlichkeiten können auch die Verpflichtungen der Miterben gegenüber einem der Miterben aus einer Teilungsanordnung des Erblassers (§ 2152) sein, wenn und soweit sich unter einer solchen Anordnung ein Vorausvermächtniß versteckt. Wegen einer solchen Verbindlichkeit werden daher die verpflichteten Miterben nach den Umständen des Falles das Inventarrecht geltend machen können, falls der Nachlaß zur Befriedigung der Gläubiger des Erblassers nicht hinreicht.

Termino-
logie.

Im Gegensatz zu den Nachlaßverbindlichkeiten, die bereits in der Person des Erblassers begründeten Verbindlichkeiten als „Erbchaftsverbindlichkeiten“ zu bezeichnen, ist nicht für angemessen erachtet. Ein Bedürfnis, für diese Verbindlichkeiten einen technischen Ausdruck zu verwenden, besteht nicht. Zudem könnten aus dem Gebrauche des Wortes nicht zutreffende Schlüsse in Ansehung der Worte „Erbchaft“ und „Nachlaß“ gezogen werden. Im Entw. ist das Wort „Nachlaß“ verwendet, um die Gesamtheit der einzelnen Stücke oder Bestandtheile des Vermögens des Erblassers (bona defuncti), sowohl der aktiven als der passiven, zu bezeichnen. „Erbchaft“ wird gebraucht von dem nachgelassenen Vermögen einer Person, wenn dieses zugleich als mit einem bestimmten neuen Subjekte (Erbe), auf welches das Vermögen übergeht (Erbfolge), in Beziehung stehend bezeichnet werden soll. Dies tritt besonders scharf hervor in den zusammengesetzten Worten „Erbchaftsanspruch“ (vgl. §§ 2080 ff.), und „Erbchaftsbesitzer“ (vgl. § 2080). Erbchaft weist also | zugleich auf die subjektive Seite hin. Mit dieser Unterscheidung würde sich die Verwendung des Wortes „Erbchaftsverbindlichkeiten“ für die bereits in der Person des Erblassers begründeten Verbindlichkeiten nicht wohl vereinigen lassen. Dazu kommt, daß der Entw. in Ansehung der Aktiva eine ähnliche Unterscheidung nicht kennt. Die im röm. Rechte für die hereditatis petitio übliche Terminologie, nach welcher res hereditariae (II. 9, 10, 18 § 2 D. 5, 3) von res hereditatis (einschließlich der augmenta hereditatis l. 20 §§ 1—5 D. 5, 3, vgl. l. 19 pr. §§ 1—3 D. 5, 3) unterschieden werden — erstere sind die Gegenstände, zu welchen schon der Erblasser der Berechtigte war, letztere alle übrigen, zum Nachlasse zu zählenden Gegenstände —, ist im Entw. nicht gebraucht, obgleich diesem die Unterscheidung der Sache nach nicht fremd ist (vgl. zB. §§ 1825, 1907, 2081 Nr. 1). Soweit es auf die Herkunft der Gegenstände ankommt, wird dies hervorgehoben, jedoch ohne Benutzung eines technischen Ausdruckes (vgl. zB. Nachlaß zur Zeit des Erbfalls in den §§ 1986, 1987). Der § 167 spricht von „zum Nachlasse gehörenden Ansprüchen“. Der Gebrauch des Wortes „Erbchaftsverbindlichkeit“ im angegebenen Sinne könnte hiernach leicht das Mißverständnis hervorrufen, als sei stets, wenn von Erbchaftsgegenständen die Rede ist, an Gegenstände zu denken, welche vom Erblasser herkommen.

| S. 604.

Inventar-
recht.
Uebersicht.

Der Entw. geht von folgenden, zunächst im Einzelnen näher zu erörternden Grundsätzen aus: Der Erbe wird persönlicher Schuldner aller Nachlaßverbindlichkeiten und kann, wenn der Nachlaß zur Befriedigung der Gläubiger ausreicht, diese niemals darauf verweisen, daß sie ihre Befriedigung nur aus den Gegenständen des Nachlasses suchen sollen; aber der Erbe hat kraft Gesetzes das Inventarrecht. Dieses gewährt ihm Schutz dagegen, daß er über die Kräfte des Nachlasses hinaus für die Befriedigung der Nachlaßgläubiger aufzukommen hat. Das Inventarrecht verliert er nicht durch Versäumung einer gesetzlichen Frist, sondern, abgesehen vom Verzicht (§ 2094) und von den Folgen eines bösslichen Handelns (§ 2106 Abs. 1), nur durch Versäumung einer auf Antrag eines Nachlaßgläubigers vom Nachlaßgerichte zu bestimmenden Frist gegenüber allen Gläubigern (§ 2095). Gegenüber dem einzelnen Gläubiger kann er ferner das Inventarrecht verlieren durch Vertrag oder Versäumung des Einrederechtes im Prozesse (§ 2108), oder durch Verweigerung der Leistung des Offenbarungseides (§ 2142). — Der nur beschränkt haftende Erbe kann nicht verlangen, daß zur Begründung seiner Haftung das Vorhandensein genügenden Nachlasses nachgewiesen werde; er ist auch nicht berechtigt, die Gläubiger in beliebiger Auswahl oder wie sie sich melden, zu befriedigen. Vielmehr hat er, wenn er die Beschränkung der Haftung geltend machen will, für die verhältnismäßige Befriedigung aller Gläubiger nach Maßgabe der Vorschriften über die Vertheilung der Masse im Konkurse über den Nachlaß (§ 2133), sowie für wirtschaftliche Verwaltung des von ihm offen zu legenden Nachlasses zu sorgen (§§ 2133, 2112, usw.).

| S. 605.

Zur Geltendmachung der ihm zustehenden Beschränkung der Haftung stehen dem Erben zwei Wege offen. Er kann erstens die Eröffnung des Konkurses | über den Nachlaß beantragen. Ist der Konkurs eröffnet, so kann kein Gläubiger seine Rechte anders als im Konkurse geltend machen (§ 2110); der Erbe aber ist gegenüber der Konkursmasse zur Herausgabe des Nachlasses mit Vertretung für die ihm obliegende wirtschaftliche Verwaltung des Nachlasses verpflichtet (§ 2112). Unbehindert in der Verfolgung des Erben sind nur diejenigen Gläubiger, denen gegenüber das Inventarrecht verloren ist (§ 2110 Abs. 2). In gleicher Weise gestaltet sich die Haftung des

Erben, wenn der Konkurs auf Antrag eines Gläubigers eröffnet ist. Um durch den Konkurs eine vollständige Liquidation des Nachlasses zu ermöglichen, ist allen Nachlassgläubigern die Teilnahme am Nachlasskonkurs mit Beseitigung der für den Konkurs sonst geltenden Ausnahmen gewährt (§ 2117). Nach Beendigung des Konkurses haftet der Inventarerbe nur mit dem ihm etwa ausgehändigten Ueberschusse und ohne Rücksicht auf die besondere Rechtsstellung mehrerer mit einander konkurrierender Gläubiger (§ 2118). — Der Erbe kann zweitens, wenn der Nachlasskonkurs nicht eröffnet ist, gegen jeden einzelnen Gläubiger die Abzugseinrede geltend machen (§ 2133 ff.), indem er selbst nachweist, daß und wie viel der Gläubiger im Falle des Nachlasskonkurses weniger als den vollen Betrag seiner Forderung erhalten hätte. Will er diesen Weg beschreiten, so muß er sowohl den Verbleib des Nachlasses als auch die Forderungen der nach seiner Angabe konkurrierenden Gläubiger nachweisen. Dies gilt selbst dann, wenn Nachlaß gar nicht vorhanden ist oder wenn der geringe vorhandene Nachlaß durch die Beerdigungskosten und dergl. aufgezehrt ist (vgl. zu § 2102).

Außer diesen die Ansprüche der Gläubiger sachlich erledigenden Mitteln hat der Inventarerbe noch zwei Mittel, um sich vor einer seine Vertheidigung beeinträchtigenden Ueberstürzung zu wahren. Zunächst kann er die Aussetzung jeder Zwangsvollstreckung auf so lange Zeit verlangen, daß ihm die Möglichkeit bleibt, durch Aufstellung eines Inventares die Uebersicht über den Stand des Nachlasses zu gewinnen (§ 2143). Ferner hat er das Recht, das Aufgebot der Nachlassgläubiger zu verlangen, damit durch das Ausschlußurtheil der Kreis der Gläubiger umgrenzt werde, welche er zur verhältnißmäßigen Berücksichtigung aller Gläubiger in Betracht zu ziehen hat (§§ 2120 ff.). Auf Grund der Einleitung des Aufgebotsverfahrens kann er bis zur Erledigung desselben, wenn auch nicht den Konkurs (§§ 2123, 2130 Abs. 2), so doch die Zwangsvollstreckung abwenden (§ 2130). — Diese aufschiebenden Maßregeln stehen dem Erben auch dann zu Gebote, wenn der Nachlaß zur Berichtigung aller Nachlassverbindlichkeiten ausreicht. Ist aber der Nachlaß unzulänglich, so hat jeder Gläubiger das Recht, die Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß zu beantragen (KonkO. § 205); mit der Konkursöffnung wird auch das Aufgebot der Gläubiger beendet (§ 2123). Die Eröffnung des Nachlasskonkurses dient zugleich zum Schutze der Nachlassgläubiger gegen die Konkurrenz anderer Gläubiger des Erben. Zur Vervollständigung dieses Schutzes ist die Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß trotz der Zulänglichkeit des Nachlasses und trotz des Verlustes des Inventarrechtes dann zuzulassen, wenn der Konkurs über das Vermögen des Erben eröffnet ist (§ 2150). — Besondere Vorschriften für den Fall, daß auf Grund der §§ 99, 190 KonkO. die Eröffnung des Nachlasskonkurses verweigert wird, sind nicht gegeben (vgl. zum § 2110).

§. 606

Daß das Inventarrecht gegenüber allen Gläubigern oder gegenüber dem klagenden Gläubiger verloren sei, kann jeder Gläubiger gegen alle dem Inventarerben zustehenden Schutzmittel für sich geltend machen (vgl. § 2110 Abs. 2).

Der Nachlasspfleger nimmt gegenüber den Nachlassgläubigern im Wesentlichen vollständig die Stelle des Erben ein, nur bleibt dem Erben stets das Inventarrecht; dies ergeben die §§ 2062—2065; vgl. S. 550.

Auf diese Gestaltung verweist der § 2092 Abs. 1. Ob hiernach der Ausdruck „Inventarrecht“ ganz zutreffend ist, kann dahingestellt bleiben. Allein das Wort hat sich eingebürgert, ist auch in der O. V. § 695 gebraucht und nicht einmal ganz unpassend, mit Rücksicht auf die große Bedeutung, welche auch nach dem Entw. der Inventarerrichtung zukommt. Die §§ 2093—2108 bestimmen über das Zustehen und den Verlust des Inventarrechtes. Die §§ 2109—2150 regeln die im Inventarrechte begriffenen verschiedenen Befugnisse und Pflichten des Inventarerben. Auf das vom Entw. vielfach abweichende geltende Recht wird in dem Folgenden nur in Ansehung von Einzelheiten eingegangen werden.*)

2. Das Inventarrecht steht dem Erben kraft Gesetzes zu und kann ihm nicht durch eine Anordnung des Erblassers oder einen Vertrag mit dem Erblasser entzogen werden (§ 2093). Ein derartiges Rechtsgeschäft zuzulassen, besteht kein Bedürfnis. Auch das geltende Recht geht überwiegend von dieser Auffassung aus (vgl. Unger § 42 Anm. 3 und öst. O. V. § 803; Dernburg

Entziehung durch den Erblasser oder durch Vertrag. (O. —.)

*) Wegen des geltenden Rechtes vgl. für das gemeine Recht Windscheid § 606, Brinz § 399, Roth § 370, Stobbe § 285 VII; ferner *NR.* I 9 §§ 413—442, dazu Dernburg §§ 222 ff., *Erccius* § 270; *Code* 724, 793—803, 810, 870, 873; öst. O. V. §§ 547—549, 797, 799 ff., Unger § 42; bayer. *LR.* III 1 § 6; württ. *Recht* bei Stein §§ 109—113; *Mommsen* §§ 231, 233, 251, 256—259, 263—265; *Heff.* *Entw.* 249 ff.; — in einem gewissen Gegensatz zu diesen: sächs. O. V. §§ 2328—2332, dazu die in der Praxis nicht anerkannten Ausführungen von Siebenhaar in den *Ann. d. DAG.* Bd. 19 S. 203—216, sächs. *Recht* bei *Plitt* S. 133, und die thür. *Erbgesetze*, vgl. für Weimar *Vollert* u. *Jacobs* 13 S. 147, 24 S. 219. Zweifelhaft ist, ob das goth. O. §§ 119—126 hierher zu zählen sei. In Bremen hat nach *Pott* § 214 und in *Holstein*, soweit sächs. *Recht* gilt, nach *Paulsen* § 175 Anm. 6 das gemeine Recht die beschränktere Fassung des Erben verdrängt.

§ 221 Anm. 12 und § 507 Anm. 13, Eccius § 270 Anm. 14; Zachariae § 612 Anm. 6; Mommsen § 257; Hess. Entw. 255; — abweichend für das gemeine Recht Mühlenbruch bei Glück Bd. 41 S. 434 ff., Roth § 370 Anm. 3; vgl. auch bayer. LR. III 1 § 18 Nr. 17). Ist der Nachlaß ausreichend, so fehlt es an einem Interesse | des Erblassers; ist er nicht ausreichend, so würde dadurch für den Erben eine Zwangslage geschaffen. Jedenfalls würden durch die Zulassung die Fälle der Ausschlagung vermehrt werden, nicht selten würde alsdann Niemand die Erbschaft annehmen.

§ 2094 (II —, B. —, R. —, G. —).

II. Absoluter Verzicht.
1. Verzicht.

Auf das Inventarrecht kann der Erbe verzichten. In Übereinstimmung mit der überwiegenden Mehrzahl der geltenden Rechte (öst. GB. § 806; Code 774, 776; für LR. Eccius § 270 bei Anm. 82, Dernburg § 219 Anm. 16 zu I 9 §§ 414 ff.) wird die absolute Wirkung des Verzichtes („gegenüber allen Nachlaßgläubigern“) bestimmt (§ 2094 Abs. 1). Diese Wirkung des einseitigen Rechtsgeschäftes macht es erforderlich, dessen Zulässigkeit auszusprechen. Die Zulässigkeit und Wirkung einer Vereinbarung des Erben mit einem einzelnen Gläubiger dahin, daß der Erbe vom Inventarrechte ihm gegenüber nicht Gebrauch machen wolle, wird dadurch nicht berührt (vgl. § 2108). — Im Anschlusse an die §§ 2032, 2035, 2039 enthalten die Abs. 2–4 nähere Vorschriften über den Verzicht; er ist wie die Ausschlagungserklärung formalisirt, darf, wie diese, nicht unter Befügung einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgegeben werden und wird, wie diese, für unwiderruflich erklärt. Beide Erklärungen sind wegen ihrer absoluten Wirkung im Wesentlichen von gleicher Bedeutung. Dieser Umstand rechtfertigt auch das Erforderniß eines mandatum ad hoc für einen Bevollmächtigten (Abs. 2), obgleich für das LR. ein Reskr. v. 14. Febr. 1820 (Jahrb. 15 S. 5) eine Spezialvollmacht nicht für erforderlich erachtet. Dem Erbsolge, daß unwirksame Erklärungen abgegeben werden, ist thunlichst vorzubeugen. Nach LR. I 9 §§ 416, 417 kann der Verzicht während der Ueberlegungsfrist zurückgenommen werden, falls der Erbe noch nicht über die Substanz des Nachlasses verfügt hat (vgl. Gruchot 15 S. 881). Zu einer solchen Ausnahme fehlt der Anlaß, nachdem die Erklärung formalisirt ist. — Mit Rücksicht auf die Formalisirung kann nicht in der vorbehaltlos erklärten Uebernahme der Erbschaft, wie für das gemeine Recht (Roth § 370 Anm. 16; Seuffert 19 Nr. 168) behauptet wird, oder gar schon in dem vorbehaltlos erfolgten tatsächlichen Zugriffe des Erben (Code 800) ein Verzicht auf das Inventarrecht gefunden werden.

Anfechtung desselben.

Die Anfechtung des Verzichtes regeln die Abs. 5 und 6 im Anschlusse an die §§ 2040, 2043 aus den für die Anfechtung der Ausschlagungserklärung maßgebenden Gründen. Der § 2043 ist in Abs. 6 nur in Bezug genommen, weil die Wiederholung zu einer weitläufigen Vorschrift für immerhin seltene Fälle nöthigen würde. Die Bezugnahme auf § 2033 ebenda rechtfertigt sich aus den Gründen, auf welchen der § 2033 beruht (vgl. S. 503). Daß der Erbe auf das Inventarrecht verzichte zu einer Zeit, in welcher er die Erbschaft noch nicht annehmen oder ausschlagen kann, erscheint unzulässig.

| §. 608.

2. Ver-
säumnung der
Inventarfrist.

| §§ 2095–2098 (II 1868–1871, B. 1970/3, 1982, R. 1968/71, G. 1993/6).

1. Der § 2095 bestimmt für einen anderen Fall als den des Verzichtes das Erlöschen des Inventarrechtes mit absoluter Wirkung („gegenüber allen Nachlaßgläubigern“). Voraussetzung ist in diesem Falle, daß ein gewisser Akt des Erben, die Inventarerrichtung, bis zum Ablaufe der vom Nachlaßgerichte für die Vornahme des Altes bestimmten Frist unterblieben ist. Die Ausnahme „es sei denn, daß die Einreichung des Inventares bereits früher erfolgt ist“ verdeutlicht, daß die Vornahme des Altes nicht gerade innerhalb der Frist, wie bei den prozessualen Nothfristen, zu geschehen hat, sondern daß es genügt, wenn der Akt bereits früher vorgenommen ist, oder daß, wenn das Inventar vor Bestimmung einer Frist eingereicht, aber gleichwohl demnachst eine Frist gesetzt und diese versäumt wurde, der Verlust des Inventarrechtes mindestens nicht mit absoluter Wirkung eintritt. Aus den §§ 2103, 2104 erhellt, daß die Anrufung eines bereits vorhandenen Inventares als Inventarerrichtung gilt, und daß der Antrag bei dem Nachlaßgerichte, die Aufnahme des Inventares herbeizuführen, zur Wahrung der Frist genügt. — Der zur Anwendung des drohenden Rechtsnachtheiles erforderliche Akt des Erben wird als Inventarerrichtung bezeichnet. Mit der Einreichung des Inventares an das Nachlaßgericht, welche die Thätigkeit des Erben zum mindestens vorläufigen Abschlusse bringt, wird der Akt als vollendet angesehen.

Inventar-
errichtung.

Zeitliche
Beschränkung.

Die zeitliche Beschränkung der Inventarerrichtung ist aus Rücksichten der Zweckmäßigkeit geboten. Das geltende Recht weicht in dieser Beziehung sehr von einander ab. Das gemeine Recht verlangt Beginn der Inventarerrichtung binnen 1 Monate nach erlangter Kenntniß von der Berufung und Vollendung binnen 2 anderer Monate, falls sich aber die Erbschaft ganz oder zum größeren Theile an einem anderen Orte befindet, binnen Jahresfrist vom Tode des Erblassers an; in den Einzelheiten waltet viel Streit ob (Windscheid § 606 Anm. 6, 7, § 595 Anm. 5; Brinz § 399 Anm. 6; Roth § 370 Anm. 11, 12). Das LR. bestimmt eine 6 monatige Frist, welche vom Ablaufe der Ausschlagungsfrist an läuft; jedoch kann die Frist auf

Antrag des Erben verlängert oder auf Antrag eines Gläubigers oder Vermächtnißnehmers verkürzt werden (I 9 §§ 424—426; vgl. Dernburg § 222 Anm. 9, 13, 14; Coccius § 270 S. 611). Nach dem Code hat der Erbe eine kraft Gesetzes laufende Frist von 3 Monaten vom Erbanfalle an zur Inventarerrichtung; erst an diese Frist schließt sich die Frist zur Erklärung über Annahme und Ausschlagung (794 ff.). Das sächs. GB. hat keine Zeitbeschränkung für die Inventarerrichtung; ihm folgen die meisten thüring. Erbgesetze. Nach Monmsen (§ 259) soll die Erklärung der Inanspruchnahme des Inventarrechtes an eine 60 tägige Frist von erlangter Kenntniß des Erbanfalles geknüpft sein, die Inventarerrichtung aber von Amtswegen erfolgen. Noch andere Fristen finden sich in Rechten beschränkteren Geltungsgebietes; wegen des württ. Rechtes vgl. Stein §§ 106 ff., für Hamburg (6 Wochen seit dem Tode des Erblassers) Baumeister II S. 383; für Bremen (30 Tage) Post § 215; uA.

§ 609.

Eine Frist setzen zu lassen, erscheint geboten. Die gesetzliche Frist des AN. hat anerkanntermaßen zu großen Härten geführt. Nur zu oft ist es vorgekommen, daß Gläubiger des Erblassers erst nach Ablauf der gesetzlichen Frist mit Ansprüchen hervorgetreten sind, welche dem Erben unbekannt waren, und denen gegenüber der Erbe, welcher die Erbschaft für solvent zu halten Ursache hatte und deshalb die Hinterlegung eines Inventares nicht für geboten erachtet hatte, schutzlos blieb (vgl. Mot. zum preuß. Entw. v. 1835 S. 9, 10). — Die Fristbestimmung ist dem Nachlaßgerichte übertragen. Dies erscheint zweckmäßig, da die Versäumung der Frist gegenüber allen Nachlaßgläubigern wirken soll. Dadurch, daß der Rechtsnachteil von selbst eintritt, entfallen verzögerliche Rechtsmittel, welche zB. das in der Mark Brandenburg geltende Erbschaftseditikt v. 30. April 1765 hat. Selbstverständlich bleibt die Entscheidung, ob das Inventarrecht durch Versäumung der Frist erloschen ist, der Prüfung im einzelnen Rechtsstreite vorbehalten; ein Beschluß des Nachlaßgerichtes, welcher das Erlöschen des Inventarrechtes ausspricht, ist nicht vorgesehen. Wegen des Verhältnisses zu Miterben als Nachlaßgläubigern vgl. § 2146.

Entw.

Bestimmung durch das Nachlaßgericht.

Die Verpflichtung des Erben, ein Inventar zu errichten, kann nicht weiter entstehen oder fortbestehen und wird auch praktisch gleichgültig, wenn der Nachlaß dem Erben entzogen, der Verfügung des Konkursverwalters unterstellt und von diesem nach Maßgabe der §§ 113—115 KonkD. zu inventarisieren ist. Kann von der Verpflichtung des Erben zur Errichtung eines Inventares nicht mehr die Rede sein, so verschwindet damit die Möglichkeit des Verlustes des Inventarrechtes durch Versäumung einer Inventarfrist, mag diese dem Erben vor der Eröffnung des Konkurses oder später gesetzt sein. — Aus der hierauf beruhenden Vorschrift, daß nach Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß das Inventarrecht durch Versäumung der Inventarfrist nicht erlöschen kann (Abs. 2), ergibt sich, daß das Nachlaßgericht nach Eröffnung des Konkurses dem Erben eine Inventarfrist nicht mehr zu bestimmen hat, da deren Versäumung kein Ergebnis haben würde. Der Erbe kann daher auch gemäß § 2106 das Inventarrecht nicht mehr verlieren, wenn von ihm nach Eröffnung des Konkurses unnötigerweise oder um der nach § 2112 ihm obliegenden Auskunftspflicht willen ein Inventar eingereicht wird, in diesem aber arglistig ein Nachlaßgegenstand verschwiegen ist. — Ueber den Einfluß des Verzichtes auf das Inventarrecht seitens des Erben, während der Konkurs schwebt, vgl. zum § 2118.

Bedeutung der Eröffnung des Nachlaßkonkurses.

2. Den Antrag, eine Frist zu bestimmen, kann jeder Gläubiger stellen, welcher seinen Anspruch glaubhaft gemacht hat (§ 2096). Mit dem Zwecke der Vorschrift würde es nicht vereinbar sein, wenn die Fristbestimmung unwirksam werden könnte, falls sich nachträglich herausstellte, der Antragsteller sei nicht Nachlaßgläubiger. Denn die Wirksamkeit des Eingreifens des Nachlaßgerichtes ist für alle Gläubiger von Interesse. Diese Wirksamkeit darf mithin nicht davon abhängig sein, daß der zufällig zuerst vorgehende Gläubiger kein wirklicher, sondern nur ein vermeintlicher Gläubiger ist. So wünschenswerth es aber auch ist, daß die Wirksamkeit der Verfügung des Nachlaßgerichtes möglichst unabhängig sei davon, ob die vom Nachlaßgerichte zunächst festzustellenden Voraussetzungen für das Eingreifen wirklich vorliegen, so darf doch die irrtümliche Feststellung des Nachlaßgerichtes, daß überhaupt ein Antrag vorliegt, während ein solcher gar nicht gestellt war, nicht ohne Einfluß sein. Die Fassung schließt sich der Fassung des § 1593 an.

§ 610. Antragsberechtigung. (G. § 1994.)

3. Die Bestimmung einer Minimalfrist von 1 Monate ist für rathsam erachtet, um dem Nachlaßgerichte einen Anhalt zu bieten und zu verhindern, daß die Frist zu kurz bemessen werde. Eine Verkürzung der Frist auf Antrag eines Gläubigers oder Vermächtnißnehmers zuzulassen (AN. I 9 §§ 424—426), besteht kein Bedürfniß. Die Maximalfrist von 3 Monaten wird für den Regelfall genügen. — Die Zustellung des die Fristsetzung an den Erben enthaltenden Beschlusses ist als für den Beginn der Frist maßgebend hervorgehoben. Darnach genügt auch eine Ersatzzustellung (§§ 166—170 CPD.), und ist zugleich der Fall in angemessener Weise geregelt, in welchem zwar die Zustellung an den Erben selbst erfolgt ist, diesem aber die völlige Geschäftsfähigkeit mangelte, so daß die Zustellung nichtig ist (§ 157 CPD.). Verkannt ist nicht, daß durch die Zustellung keineswegs die wirkliche Kenntnißnahme des Erben, insbes. im Falle einer Ersatz-

Beginn und Dauer der Frist. (G. § 1995.)

zustellung, verbürgt wird. Eine Abhülfe für Fälle, in welchen sich hieraus Härten ergeben können, bietet der § 2098.

Frift-
verlängerung.

Die Voraussetzungen der zugelassenen Fristverlängerung zu bezeichnen, zB. durch Hinweisung auf die Erweislichkeit oder das Glaubhaftmachen der Unzulänglichkeit der Frist, würde nicht zweckmäßig sein. Im Wesentlichen hat doch immer nur das Ermessen des Nachlaßgerichtes zu entscheiden (§ 2097 Abs. 1 a. E.).

Bestimmung
der Frist
vor Annahme
der Erbschaft.

Aus Gründen der Zweckmäßigkeit ist zugelassen, daß die Fristbestimmung vor Annahme der Erbschaft erfolgen kann (Abs. 2). Es ist nicht erforderlich, daß der den Antrag stellende Gläubiger die Annahme der Erbschaft darthut. Andererseits muß Fürsorge getroffen werden, daß dem Erben die Frist nicht ungebührlich verkürzt wird. Die Frist soll daher nicht vor Annahme der Erbschaft beginnen (Abs. 2 Halbsatz 2). Zu berücksichtigen ist, daß die Ausschlagungsfrist nicht nur durch ihren Ablauf, sondern auch durch die frühere Annahme der Erbschaft seitens des Erben ihre Beendigung finden kann.

| §. 611.

Ersatz einer
restitutio in
integrum bei
Frist-
verjüngung.
(G. § 1996.)

4. Abgesehen von der im § 2040 für einen besonderen Fall geregelten Aufsechtung der Ausschlagungserklärung und abgesehen von der im § 2041 geregelten Aufsechtung der Annahmeerklärung wegen Drohung oder Betruges, ist dem Erben kein Schutz gegen den Verlust oder Erwerb der Erbschaft gegeben. Dies erscheint nur zulässig, falls der Erbe wenigstens dann gegen die Verjüngung der Inventarfrist geschützt wird, wenn er durch höhere Gewalt verhindert worden ist, das Inventar zu errichten oder die nach den Umständen gerechtfertigte Verlängerung der Frist zu beantragen, oder wenn er von der Zustellung des die Fristbestimmung enthaltenden Beschlusses ohne sein Verschulden Kenntniß nicht erlangt hat (§ 2098 Abs. 1). — Das geltende Recht gewährt zumeist Abhülfe durch restitutio in integrum gegen die Ausschlagung der Annahme (Windscheid § 119, auch für die Inventarfrist; Roth § 363 Anm. 65, 117, 125; für württ. Recht Stein §§ 107, 108, 120; Mommsen § 227; uA.). Der Code gestattet, stets neue Fristen zu geben; der Ausschluß soll nur mit der rechtskräftigen Beurtheilung als Erbe eintreten (799, 800) (Zachariae § 611 Anm. 20, § 654 Anm. 16 ff.). Jede derartige Hülfe versagen das AB I 9 § 427 (Dernburg § 222 Anm. 21; Eccius § 270 Anm. 75, 76) und das öst. GB. § 1450; das letztere hat indessen überhaupt nicht generelle, mit Rechtsnachtheilen verbundene Fristen.

In Frage kann nur kommen eine gegenüber allen Nachlaßgläubigern wirkende Abhülfe für den Fall, daß das Nachlaßgericht die zu bestimmenden Voraussetzungen als erfüllt erachtet, so daß dem einzelnen Beteiligten nicht gestattet wird, die Wirksamkeit der neuen Fristbestimmung wegen Nichtvorliegens der Voraussetzungen derselben anzugreifen. Der Entw. kennt nicht das Institut der restitutio in integrum (Mot. 1 S. 392 ff.); er hat, soweit ein Bedürfniß zu einer Abhülfe besteht, durch besondere Vorschriften geholfen, vermöge welcher sonst regelmäßig eintretende nachtheilige Rechtsfolgen unter gewissen Voraussetzungen nicht eintreten. Hiernach ergiebt sich der große Unterschied gegenüber der dinglich wirkenden restitutio in integrum, daß die ausnahmsweise Befreiung von Rechtsnachtheilen vom Zutreffen der durch das Gesetz bestimmten Voraussetzungen abhängt und daß Jeder, dessen Rechte durch die ausnahmsweise eintretende Befreiung von den Rechtsnachtheilen berührt werden, das Vorliegen dieser Voraussetzungen für den Einzelfall bestreiten und zum Gegenstande einer Entscheidung durch den ordentlichen (Prozeß-) Richter machen kann. — Für den vorliegenden Fall besteht ein großes praktisches Interesse, daß die Aufhebung des eingetretenen Rechtsnachtheiles und die Gewährung einer neuen Frist seitens des Nachlaßgerichtes gegenüber allen Nachlaßgläubigern wirke, und daß die Wirksamkeit der Verfügung des Nachlaßgerichtes nur im Wege der Rechtsmittel, welche in Sachen der nichtstreitigen Rechtspflege gewährt werden, angegriffen werden könne. Hat die Verfügung des Nachlaßgerichtes nicht eine solche Wirkung, so könnte sich das Ergebnis herausstellen, daß der Erbe gegenüber dem einen Nachlaßgläubiger voll, gegenüber einem anderen Nachlaßgläubiger nur beschränkt haften würde. Dieses Ergebnis würde ein unbefriedigendes sein. Dem Erben wird nur dann in genügendem Maße geholfen, wenn seine Lage eine nach allen Seiten gesicherte ist. Daß der Entw. in Ansehung der Ausschlagungsfrist nicht in ähnlicher Weise hilft, beruht darauf, daß das Erbwerden, wenn nur das Inventarrecht erhalten bleibt, zwar zu einer gewissen Beschwerde des Erben führen kann, aber bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt Nachteile nicht zur Folge hat. — An die Vorschriften der CPD. über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Verjüngung von Rechtsfristen (§§ 211—216) sich anzulehnen, würde nicht angemessen sein. Es verdient den Vorzug, unter Berücksichtigung jener Vorschriften, soweit sie passend sind, die erforderlichen Vorschriften hier aufzunehmen.

| §. 612.

Höhere
Gewalt.

In der Bezeichnung des zuerst erwähnten Falles (höhere Gewalt) schließt sich der Entw. an die §§ 165, 626 an (vgl. auch HGB. 395, 607; Mot. 1 S. 318 Anm.). Eine abweichende Bezeichnung der gleichartigen tatsächlichen Voraussetzung, etwa im Anschlusse an § 211 Abs. 1 CPD., „durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle verhindert“ würde nicht rathsam sein. — Ob nicht der außerdem erwähnte Fall (unverschuldete Unkenntniß von der Zustellung des

Beschlusses) schon als Hinderung durch höhere Gewalt sich ansehen läßt, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls sind in dieser Richtung erhebliche Zweifel möglich; es ist deshalb dieses Falles besonders gedacht.

Die neue Frist soll hiernach nur vom Nachlassgerichte, und lediglich auf Antrag des Erben, bestimmt werden.

Nähere Vorschriften über das Verfahren enthalten Abs. 2 und 3. Der letztere setzt insbes. eine zeitliche Grenze von 1 Jahre, vom Ende der zuerst bestimmten Frist an gerechnet. — Das Verfahren ist nicht im Einzelnen geregelt, jedoch soll vor der Beschlussfassung derjenige Nachlassgläubiger gehört werden, auf dessen Antrag die erste Frist bestimmt war. Im Uebrigen müssen die Vorschriften über das Verfahren in Sachen der nicht streitigen Rechtspflege maßgebend sein. Dies gilt insbes. auch von den zulässigen Rechtsmitteln.

Verfahren.

§§ 2099—2100 (II 1872—1874, B. 1974—1976, R. 1972—1974, G. 1997—1999).

1. Im Anschlusse an § 2031 ist vorzusehen für den Fall, daß der Erbe vor Ablauf der ihm gesetzten Frist stirbt, und zwar sowohl im Falle des § 2097 als in dem des § 2098 Abs. 3. Die Vorschrift des § 2099, daß in solchem Falle der Ablauf der Fristen nicht vor Ablauf der für die Ausschlagung der Erbschaft des Erben bestimmten Frist eintreten soll, erscheint deshalb gerechtfertigt, weil der Erbe des Erben sich zunächst über die Annahme der ihm angefallenen Erbschaft muß entscheiden können, bevor er sich über die Inanspruchnahme des Inventarrechtes in Ansehung der von seinem Erblasser erworbenen Erbschaft, welche einen Bestandtheil der ihm angefallenen Erbschaft bildet, entscheidet. Die letztere Entscheidung würde sonst der ersteren vorzuziehen. Der dem Erben gewährte Schutz ist aber andererseits auch als ausreichend zu erachten.

Tod des Erben vor Ablauf der Inventarfrist. (G. § 1998.) S. 613.

Eine dem § 2028 Abs. 3 entsprechende Vorschrift in Ansehung der selbständigen Wahrnehmung des Inventarrechtes seitens des einzelnen Miterben, falls Miterben in der Erbschaft eine von dem Erblasser erworbene Erbschaft finden, ist entbehrlich. Es handelt sich um eine Spezialität, für welche eine Entscheidung um so weniger erforderlich ist, als der § 2028 ein Prinzip erkennen läßt, welches dasjenige, was bestimmt werden könnte, unmittelbar ergibt.

Miterben des Erben.

2. Wenn die Frist gegen Minderjährige oder diesen in der Geschäftsfähigkeit gleichgestellte Personen läuft, können sich Härten ergeben. Hiergegen schafft die Vorschrift des § 2100 Abhilfe, daß auf den Lauf der Inventarfrist des § 2097 und auf den Beginn und Lauf der in § 2098 Abs. 2 bezeichneten Frist die §§ 164, 166 entsprechende Anwendung finden. Erreicht wird dadurch, daß gegen solche Personen die Frist nicht ablaufen kann, während sie einen gesetzlichen Vertreter nicht haben. Beginnen kann die Inventarfrist nach § 2097 Abs. 1 nur, wenn der Beschluß des Nachlassgerichtes dem gesetzlichen Vertreter zugestellt ist. Deshalb ist nur in Ansehung der bezeichneten Fälle vorzusehen. „Lauf“ trifft nach § 166 auch den Ablauf.

Hemmung der Frist. (G. § 1997.)

Das gemeine Recht gewährt Personen, welche durch gesetzliche Vertreter vertreten werden müssen, wenn von dem Privilegium der Soldaten abgesehen wird (dessen Fortgeltung zweifelhaft ist, Roth § 369 Anm. 9), nur den Schutz durch Restitution gegen Ablauf der Inventarfrist; ebenso das hamb. Recht, nach welchem jedoch die Frist für einen nach dem Tode des Erblassers bestellten Vormund erst mit dessen Vereidigung beginnt (Baumeister II S. 280). Das altentf. ErbG. §§ 147, 125 läßt die Fristen selbst gegenüber Bevormundeten laufen. Die Mehrzahl der übrigen Rechte überträgt entweder die Inventarerrichtung stets dem Nachlassgerichte als Amtssache oder läßt die Inventarerrichtung mit Zwang gegen den Vormund bewirken (vergl. Roth § 370 Anm. 44—50, § 384 Anm. 61—69; Code 461; Zachariae §§ 612, 619; für das öst. GB. Unger § 42 Anm. 5; Mommsen § 256 Abs. 2; heff. Entw. VormR. 79). Nach dem WR. I 9 §§ 430, 431, II 18 §§ 643, 644 (vgl. VormD. § 50) kann der Vormund nur mit Genehmigung des Gerichtes auf das Inventarrecht verzichten; durch Handlungen oder Unterlassungen des Vormundes kann der Bevormundete das Inventarrecht nicht verlieren; der Vormund wird, wenn nötig, zwangsweise zur Inventarerrichtung angehalten. Anders bei denjenigen, welche unter väterlicher Gewalt stehen, abgesehen von dem freien Vermögen, in Ansehung dessen sie die Stellung Bevormundeter haben. Milde Stiftungen usw. genießen nicht den gleichen Schutz (WR. II 19 § 42 Cccius § 277 Anm. 78, 79; Dernburg § 222 Anm. 15, 17—19).

Geltendes Recht.

Der Entw. hat, insbes. gegen die Auffassung des WR., dahin entschieden, daß auch hier der allgemeine Grundsatz festzuhalten ist, es sei für die bezeichneten Personen genügend gesorgt, wenn nur für den Fall besonders vorgesehen wird, in welchem eine gesetzliche Vertretung derselben nicht besteht. Diesen Grundsatz zu durchbrechen, sind die Gründe, welche für die Auffassung des WR. sich geltend machen lassen, nicht ausreichend. Die Gefahr, welche darin gefunden werden kann, daß die bezeichneten Personen unter der Versäumnung der Inventarfrist seitens des gesetzlichen Vertreters zu leiden haben, kann hier nicht höher angeschlagen werden, als in vielen anderen Fällen, in welchen eine Benachtheiligung durch Versäumnis des Vertreters möglich ist. Für die Nachlassgläubiger ist zwar, wenn die bezeichneten Personen in der Weise begünstigt werden, daß

S. 614.

Entw.

für sie eine Inventarfrist nicht bestimmt wird und nicht laufen kann, ein fühlbarer Nachtheil insofern nicht zu befürchten, als der einzelne Gläubiger selbständig vorgehen und die Vorhütung und Begründung der Einrede des Inventarrechtes abwarten kann. Allein darin liegt kein Anlaß, diese Personen anders als andere Erben zu behandeln. — Dagegen ist es geboten, die bezeichneten Personen durch entsprechende Anwendung der §§ 164, 166 zu schützen. Hierfür sind dieselben Gründe maßgebend, auf welchen die entsprechende Vorschrift des § 2030 Abs. 3 beruht, vgl. S. 500. Die Ausdehnung der dadurch gewährten Vergünstigung auf die im § 166 mit erwähnten juristischen Personen sowie auf geistesranke Personen, welche nicht entmündigt sind, kann nur als gerechtfertigt erachtet werden.

Weiterer
Schutz für
Vormundete usw.
(G. § 1999.)

3. Den unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft stehenden Erben wird durch den § 2101 insofern noch ein weiterer Schutz gewährt, als das Nachlaßgericht, wenn es sich um einen solchen Erben handelt, dem VormGerichte von der erfolgten Fristbestimmung unverzüglich Mittheilung machen soll. Ist dies geschehen, so wird es Sache des VormGerichtes sein, in Ausübung seiner Aufsichtspflichten für die rechtzeitige Inventarerrichtung zu sorgen. In Ansehung des Pflegers ist eine entsprechende Vorschrift hier nicht erforderlich wegen des § 1743 verb. mit § 1341 Abs. 2 (Mot. 4 S. 334). — Für den angestrebten Zweck erscheint die Vorschrift genügend. Dagegen besteht kein Anlaß, die Mittheilung zur Voraussetzung für den Beginn des Laufes der Frist zu machen, wie denn auch der § 2030 eine derartige Vorschrift für den Beginn der Ausschlagungsfrist nicht enthält.

§ 615.
III. Auf-
nahme und
Inhalt des
Inventares.
(G. § 2002.)

| §§ 2102—2106 (II 1875—1879, B. 1977—1981, R. 1976—1980, G. 2001—2005).

1. Das Inventar ist von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten aufzunehmen. Die Zuständigkeit bestimmt sich, da der Entw. jeder weiteren Vorschrift sich enthält, nach den Landesgesetzen. Das ALR. I 9 §§ 436, 437 läßt ein vom Erben aufgenommenes Inventar genügen; ein gerichtliches Inventar schreibt es nur vor, wenn der Nachlaß versiegelt war oder seine Unzureichendheit wahrscheinlich gemacht ist oder wenn es dem Inventare an den gesetzlichen Erfordernissen fehlt. In I 9 §§ 438, 439 ist über die Form des Inventares bestimmt (vgl. AGD. II 5 §§ 43 ff.); Mängel sind mit dem Verluste des Inventarrechtes bedroht; in dessen besteht Meinungsverschiedenheit über die Auslegung des § 438 aD. (vgl. Gruchot Bd. 24 S. 973; Dernburg § 222 Anm. 1—7; Eccius § 270 Anm. 63—69). Das sächs. GB. § 2331 und die thüring. Erbgesetze sowie einige ältere Rechte beschränkten Geltungsgebietes (Roth § 370 Anm. 51—53; Heimbach § 306 Anm. 4) lassen dem Erben die Wahl zwischen gerichtlichem oder Privatinventare. Andere geltende Rechte verlangen für die Inventaraufnahme entweder Beobachtung einer Form, oder sie schreiben die amtliche Regulirung jeder mit der Inventarwohlthat angenommenen Erbschaft vor (Roth § 370 III 1, 6; brem. Debit- und NachlaßD. § 297; Mommsen §§ 258 ff.; hess. Entw. 259). Der Code 794 mit code de proc. 941 ff., das bad. Recht und das bayer. NotariatsG. von 1861 Art. 19 ordnen Aufnahme des Inventares durch einen Notar an. Ob das gemeine Recht ein notarielles Inventar verlangt, ist nicht unbestritten (Windscheid § 606 bei Anm. 8; Brinz § 399 Anm. 7; Roth § 370 Anm. 38).

Entw.

In dem der § 2102 die Aufnahme des Inventares durch eine Behörde oder einen Beamten, also ein öff. Organ, vorschreibt, wird nicht das System der amtlichen Nachlaßregulirung theilweise angenommen. Dieses Organ soll nicht berufen werden, gegen den Erben sich richtende Ermittlungen anzustellen; es soll vielmehr dem Erben als Beistand dienen. Der Werth dieses Beistandes liegt im Wesentlichen darin, daß der Erbe, wenn er auch zur wahrheitsgemäßen und vollständigen Angabe bereit ist, in der Herstellung eines auf seine Angaben sich gründenden Verzeichnisses unterstützt und vor der Herstellung eines unvollständigen, unbrauchbaren und vielleicht gar nicht die Bezeichnung als Inventar verdienenden Schriftstückes bewahrt wird. Nach den Erfahrungen des praktischen Lebens werden die Erben zumeist, auch wenn sie redlichen Willens sind, nicht in der Lage sein, ohne Beihülfe ein Inventar zu errichten, welches eine Uebersicht über den Stand des Nachlasses gewährt. Die Uebelstände, welche aus solchen mangelhaften Inventaren sich ergeben, können nicht als geringe angesehen werden. Diesen Uebelständen vorzubeugen, ist geboten. Daß die Belastung des Erben mit Kosten von einer Formvorschrift abzuwehren nöthige, ist nicht anzuerkennen. Auch kann in dem gegen den Erben hierdurch geübten Zwange eine entbehrliche, mit den allgemeinen Grundsätzen | des Entw. nicht im Einklange stehende Bevormundung des Erben nicht gefunden werden. Freilich wird nicht erreicht werden, daß eine Gewähr für die sachliche Richtigkeit des Inventares auch dann besteht, wenn es der Erbe an der erforderlichen Aufrichtigkeit hat fehlen lassen. Eine solche Gewähr kann indessen nur beschafft werden, und selbst dann nur in beschränktem Maße, wenn die Behörden oder Beamten sofort nach dem Eintritte des Erbfales eingzugreifen hätten und mit inquisitorischen Befugnissen ausgestattet würden. Dies zu bestimmen, läßt sich mit dem Standpunkte des Entw. in Ansehung der amtlichen Nachlaßregulirung nicht vereinigen.

§ 616.

Da der Entw. Vorschriften nicht giebt für den Fall, daß Nachlassgegenstände nicht vorhanden oder die vorhandenen durch die Lasten des Nachlasses erschöpft sind (vgl. S. 605), so gilt auch in einem solchen Falle der § 2102 (vgl. wegen des M.N. Eccius § 270 Anm. 62, Dernburg § 222 Anm. 22). Die einfache Anzeige, daß nichts vorhanden sei, kann nicht genügen. Denn gerade in Fällen dieser Art bedarf der Erbe einer Belehrung von zuständiger Seite darüber, wie weit seine Anzeigepflicht sich erstreckt. Allerdings wird der Erbe in den vorausgesetzten Fällen die Kosten aus seinem eigenen Vermögen bestreiten müssen. Allein diese Kosten stehen in keinem Verhältnisse zu den Nachtheilen, welche dem Erben durch einen sachverständigen Beirath erspart werden können.

2. Für den Fall, daß der Erbe bei dem Nachlassgerichte die Aufnahme eines Inventares beantragt, bedarf es einiger Vorschriften über das Verfahren; diese enthält der § 2103. Ist das Nachlassgericht nach Maßgabe der Landesgesetze allein zuständig, so kann es die Aufnahme des Inventares durch einen dafür zuständigen Beamten bewirken lassen (vgl. preuß. AusfG. v. 24. April 1878 §§ 70, 74). Ist es nach den Landesgesetzen nicht zuständig (z.B. wenn darnach nur Notare zuständig sind), so hat es einem zuständigen Beamten den Auftrag zur Aufnahme des Inventares zu ertheilen. Sind nach den Landesgesetzen sowohl das Nachlassgericht als andere Beamten zuständig, so kann das Gericht nach seiner Wahl die Aufnahme des Inventares selbst bewirken oder einen zuständigen Beamten mit der Aufnahme beauftragen. Dies bestimmt der Satz 1. — Dadurch, daß der Erbe für verpflichtet erklärt wird, in solchem Falle die zur Aufnahme des Inventares erforderliche Auskunft zu ertheilen (Satz 2), gelangt zum Ausdruck, daß für den Erben und in dessen Auftrage inventarisiert wird. Der Erbe darf nicht in Passivität verharren. Er trägt also die Verantwortlichkeit, wenn durch seine Zurückhaltung das Inventar mangelhaft wird. Die rechtliche Stellung des mit der Inventaraufnahme befaßten Organes gegenüber dem Erben ändert sich hierdurch nicht. Ein Zwang zur Ertheilung der Auskunft, welchen die Behörde von Amtswegen ausüben könnte, ist nicht gewährt. Insbes. ist dem betr. Organe nicht die Befugniß beigelegt, den Offenbarungseid zu erfordern.

2. Verfahren auf Grund des Antrages. (G. § 2003.)

Inventarisation für den Erben und in dessen Auftrage.

| S. 617.

Die in der Fassung an die §§ 190, 213 C.P.D. sich anlehrende Vorschrift, daß durch Stellung des Antrages die Inventarfrist gewahrt wird (Satz 3), ist geboten, um Härten zu vermeiden, welche sich leicht ergeben könnten, wenn der Erbe das für die Inventaraufnahme erforderliche Zeitmaß unterschätzt, oder wenn das öff. Organ, dessen Zuziehung das Gesetz dem Erben gebietet, die Anfertigung des Inventares verzögert (wegen des geltenden Rechtes vgl. Seuffert 19 Nr. 168; RDfG. 20 S. 81 in einer bayer. Sache; ObTrib. 15 S. 108, Dernburg § 222 Anm. 10). Eine genügende Sicherung gegen die in derartigen Fällen eintretende Gefahr der Versäumung der Inventarfrist ergibt sich nicht aus der nach § 2097 Abs. 1 zulässigen Verlängerung der Frist, da die Genehmigung des Antrages auf Verlängerung von dem Ermessen des Nachlassgerichtes abhängt. Daß auf diese Weise sich möglicherweise eine Verlängerung der Inventarfrist dann ergeben kann, wenn der Erbe erst zum Schlusse der Inventarfrist den Antrag bei dem Nachlassgerichte stellt, kann nicht entscheidend ins Gewicht fallen.

Wahrung der Frist durch Stellung des Antrages.

Die Verfahrensvorschriften der beiden letzten Sätze beruhen auf Gründen der Zweckmäßigkeit. 3. Befindet sich bei dem Nachlassgerichte bereits ein den Vorschriften der §§ 2102, 2103 entsprechendes Inventar, so kann eine weitere Erleichterung der Inventarerrichtung, im Anschlusse an die gemeinrechtliche Praxis (Seuffert 16 Nr. 124 a. G., 23 Nr. 237) und die des M.N. (Striethorst 69 S. 158; Eccius § 270 Anm. 62, 70) gewährt werden. Es wird dem Erben gestattet, gegenüber dem Nachlassgerichte nur die Erklärung abzugeben, daß das vorhandene Inventar als von ihm eingereicht gelten solle. Ob es einer solchen Vorschrift noch bedarf, und ob dies Ergebnis nicht bereits aus den §§ 2102, 2103 zu entnehmen ist, kann zweifelhaft sein. Die Aufnahme einer Vorschrift ist indessen rätzlich, da eine abweichende Auffassung nicht fern liegen würde. Die Vorschrift ist selbstverständlich auch dann, wenn das Inventar von einem Miterben eingereicht ist (vergl. Seuffert 19 Nr. 168, RDfG. 20 S. 81, ObTrib. 15 S. 108, Eccius § 270 Anm. 76).

3. Bezugnahme auf ein bereits vorhandenes Inventar. (G. § 2004.)

Eine besondere Vorschrift darüber, daß die Einreichung des Inventares auch durch einen Bevollmächtigten erfolgen könne, ist entbehrlich. Soweit das Gesetz nicht Ausnahmen bestimmt, ist Vertretung zulässig. Noch weniger wäre eine Vorschrift angemessen, daß die Behörde oder der Beamte als zur Einreichung bevollmächtigt gelte. Soweit der § 2103 im Schlusssatze bestimmt, ist eine weitere Vorschrift entbehrlich. Darüber hinaus besteht kein Bedürfnis und würde eine Vorschrift bedenklich sein, weil die daraus sich ergebende Vermuthung unter Umständen nicht zutreffen möchte. Die Vorschriften über Vertretung ohne Vertretungsmacht werden Anwendung zu finden haben. Die Anwendung derselben ist von Bedeutung für die Frage, ob die Inventarfrist eingehalten war.

Einreichung durch einen Bevollmächtigten.

| S. 618.

4. Darüber, was das Inventar enthalten soll, giebt der § 2105 Auskunft. Erwähnt werden (Abs. 1) die bei dem Eintritte des Erbfallles vorhandenen Gegenstände und die Nachlassverbindlich-

4. Inhalt. (G. § 2001.)

keiten. Der Entw. beschränkt sich aber auf die Vorschrift „soll enthalten“, weil die Bestimmung „muß enthalten“ zur Folge haben würde, daß ein Mangel die Nichtigkeit herbeiführen und demgemäß den Verlust des Inventarrechtes veranlassen würde. Mit WM. I 9 §§ 434, 435 (vgl. WGD. II 5 § 53) wird die Angabe der Aktiva und Passiva, nicht ausschließlich der Aktiva, verlangt (vgl. sächs. Ann. 2. F. Bd. 1 S. 209 und Bd. 2 S. 348 für das sächs. GB.). In Ansehung der Verbindlichkeiten kann nicht lediglich von den bei dem Eintritte des Erbfalls vorhandenen Verbindlichkeiten gesprochen werden, weil damit die Ansprüche aus Vermächtnissen, Auflagen und Pflichttheilsrechten ausgeschlossen würden, obschon auch diese Ansprüche im Inventare ihre Stelle finden müssen. Nicht in Frage kommen die Veränderungen, welche in Ansehung des Nachlasses eingetreten sind, während derselbe in den Händen des Nachlasspflegers, des Vollstreckers oder des Erben selbst sich befand. Darüber, inwieweit die nachträglich eintretenden Veränderungen auf die Verpflichtung des Inventarerben von Einfluß sind und den Erben deshalb die Verpflichtung zur Rechnungslegung (deren Basis das Inventar bildet) trifft, ist nicht an dieser Stelle zu bestimmen (vgl. § 2112).

Beschreibung.
Werthangabe.

Verlangt wird ferner (Abs. 2) eine Beschreibung der Nachlassgegenstände, soweit sie zur Bestimmung des Werthes erforderlich ist, sowie die Angabe des Werthes. Ueber den Zeitpunkt, welcher für die Werthbestimmung maßgebend ist, ist eine besondere Vorschrift an dieser Stelle entbehrlich. Darüber, von welchem Zeitpunkte an der Erbe für die Erhaltung des Werthes des Nachlasses verantwortlich ist, und welcher Zeitpunkt für eine nach dem Werthe des Bestandes sich bestimmende Haftung des Erben entscheidend ist, bestimmen die §§ 2112, 2113.

5. Unvollständigkeit.
(G. § 2005.)

§ 619.

5. Das Inventar kann unvollständig sein. Im Anschlusse an mehrere Rechte ist eine besondere Vorschrift gegeben für den Fall, daß der Erbe einen Nachlassgegenstand in der Absicht, die Nachlassgläubiger zu benachtheiligen, in das Inventar nicht aufgenommen hat (Code 801; Mommsen §§ 265; heff. Entw. 274, 275; für das hamb. Recht Baumeister II S. 383 zu e). Das WM. beschränkt sich auf eine Vorschrift für den Fall, daß der Nachlass durch die Schuld des Erben so verdunkelt ist, daß seine wahre Beschaffenheit nicht ausgemittelt werden kann (I 9 § 439, vgl. hierzu Dernburg § 222 Anm. 6, Coccius § 270 Anm. 69 mit Anm. 63; Unger § 42 Anm. 5, welcher tadelt, daß eine derartige Vorschrift im öst. GB. fehlt). — Der Fall, daß ein Inventar eingereicht wird, welches den Namen eines solchen nicht verdient, kann nach dem Entw. nicht wohl vorkommen. Ein Hauptzweck des § 2102 ist es, zu verhüten, daß derartige Inventare aufgenommen werden. Aber der § 2102 kann nicht verhindern, daß das formgerechte Inventar in materieller Hinsicht an erheblichen Unvollständigkeiten leidet. Ist dies der Fall, so gewährt der § 2105 deshalb keine Abhilfe, weil er nur bestimmt „soll enthalten“. Deshalb ist eine weitere Vorschrift geboten. Der Entw. gewährt eine Abhilfe nur in beschränktem Umfange. Er befaßt sich lediglich mit einem allerdings erheblichen Falle, dem der Nichtaufnahme eines Gegenstandes in der Absicht, die Nachlassgläubiger zu benachtheiligen, und knüpft also an Voraussetzungen an, welche nur selten zu erweisen sein werden. Dennoch erscheint die Vorschrift gerechtfertigt, auch wenn sich dagegen erinnern lassen möchte, daß es sich um eine im Geetze thunlichst zu vermeidende Privatstrafe und nicht um die Entziehung einer ausnahmsweise dem Erben zugestandenen Begünstigung handele. Der Umfang der durch das dolose Verhalten des Erben herbeigeführten Schädigung der Nachlassgläubiger ist in dem bezeichneten Falle schwer, wenn überhaupt, zu ermitteln. Es verdient daher den Vorzug, wenigstens für diesen Fall die Folge des Verlustes des Inventarrechtes gegenüber allen Nachlassgläubigern zu bestimmen. Die Inventarerrichtung soll insbes. den Nachlassgläubigern eine Uebersicht über den Stand des Nachlasses gewähren und ihnen ermöglichen, geeignete Entschlüsse zu fassen. Leidet das Inventar an absichtlich herbeigeführter Unvollständigkeit, so ist es hierzu nicht geeignet. Weiter zu gehen und den Verlust des Inventarrechtes in noch anderen Fällen zu bestimmen, würde zu den größten Härten gegen den Erben führen.

Ergänzung.

Ob dann, wenn das Inventar solche Unrichtigkeiten enthält, und dies sich ergibt, bevor die bestimmte Inventarfrist abgelaufen ist, die Ergänzung noch innerhalb der Frist zulässig sei, kann der Entscheidung durch Praxis und Wissenschaft überlassen bleiben.

Nicht
absichtliche
Unvollständigkeit.

§ 620.

Eine Unvollständigkeit des Inventares kann aber auch festgestellt sein, ohne daß die Voraussetzungen des Abs. 1 vorliegen. Steht die Unvollständigkeit fest, so wird meist oder doch oft die erforderliche Ergänzung des Inventares von selbst gegeben sein. Ist aber die Unvollständigkeit in einer bestimmten Beziehung nur im Allgemeinen festgestellt, aber noch nicht aufgeklärt, welche einzelne Gegenstände in Folge dieser Unvollständigkeit in das Inventar aufzunehmen sind (ist zB. ermittelt, es gehöre zum Nachlasse noch eine im Inventare übergegangene, von dem Erblasser erworbene Erbschaft), so soll (Abs. 2) das Nachlassgericht dem Erben auf Antrag eine Frist zur Ergänzung bestimmen, in Ansehung deren die §§ 2095—2101 für entsprechend anwendbar erklärt werden. Dies erscheint zweckmäßig, um | die Weiterungen abzuscheiden, welche entstehen würden, wenn die Geltendmachung der Unvollständigkeit lediglich in den einzelnen Prozessen zwischen den Nachlassgläubigern und dem Erben erfolgt.

Enthielte der Entw. für die bezeichneten Fälle keine Vorschriften, so wäre das Ergebnis das folgende. Der auskunftspflichtige Erbe könne von jedem einzelnen Nachlassgläubiger im Wege des Rechtsstreites zur Leistung des Offenbarungseides angehalten werden. Wird der Eid geleistet, so wäre das Inventar maßgebend. Wird der Eid nicht geleistet oder dem Erben nachgewiesen, daß er seine Eidespflicht schuldhaft verletzt habe, so träte die Verbindlichkeit des Erben zum Schadenersatze ein; diese würde in vielen Fällen dazu führen, daß der Erbe persönlich für den ganzen Umfang der Nachlassverbindlichkeit haftete. Zweifel würden sich aber ergeben, inwiefern dem Erben nach Ablauf der Inventarfrist vor Ableistung des Eides noch die Befugniß zustehe, das Inventar zu berichtigen und zu vervollständigen; denn in solchem Falle ist das eidlich bekräftigte Inventar nicht rechtzeitig eingereicht, und es ließe sich in Frage stellen, ob die Einreichung eines Inventares, welches an einer vom Erben verschuldeten Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit leidet, als Inventarerrichtung gelten könnte. Möglich wäre es, zu bestimmen, die Leistung des Eides habe vor dem Nachlassgerichte zu erfolgen, und das Inventarrecht erlösche, wenn der Erbe nicht innerhalb der vom Nachlassgerichte bestimmten Frist den Eid leiste. Die eidliche Bekräftigung des Inventars würde dadurch als ein Akt behandelt, durch welchen die Inventarerrichtung innerhalb einer der Inventarfrist ähnlichen weiteren Frist vollendet würde. Nothwendig wäre aber alsdann, vorzusehen, daß der Erbe seine Angaben vor der Eidesleistung berichtigen könnte. Allein eine solche Regelung würde nicht angemessen sein. Damit würde eine doppelte Inventarerrichtung eingeführt, eine provisorische und eine definitive. Die hierdurch eintretende Verwickelung des Rechtes ist nicht wünschenswerth. Darin allein, daß die Folgen der Leistung oder Verweigerung des Eides für den einzelnen Rechtsstreit zu bestimmen sind und in mehreren Rechtsstreitigkeiten verschieden sein können, kann ein hinreichender Grund nicht gefunden werden, zu einer so verwickelten Lösung zu greifen. Ueberdies könnten sich unter Umständen große Härten ergeben, wenn der Erbe deshalb das Inventarrecht gegenüber allen Nachlassgläubigern verlieren sollte, weil er gegenüber einem einzelnen Gläubiger die Eidesleistung verweigerte. Der Erbe, welchem gegenüber nur eine einzelne Nachlassverbindlichkeit von vielleicht nicht erheblichem Betrage geltend gemacht ist, kann vorziehen, diesen Gläubiger aus eigenen Mitteln zu befriedigen. Ihm deshalb das Inventarrecht gegenüber anderen Gläubigern, welche größere Beträge zu fordern haben, zu entziehen, wäre nicht gerechtfertigt, zumal es denkbar ist, daß ihm diese weiteren Verbindlichkeiten erst später bekannt geworden sind.

Offenbarungseid.

Eine besondere Vorschrift darüber, welche Folgen es hat, wenn der Erbe eine einzelne Nachlassverbindlichkeit wissentlich nicht in das Inventar aufgenommen hat, ist entbehrlich. Eine allgemeine Verpflichtung des Erben durch Aufnahme aller Nachlassverbindlichkeiten für die Berücksichtigung der Ansprüche aller Gläubiger Sorge zu tragen, ist nicht anzunehmen. Welche Folgen die Verletzung der Auskunftspflicht seitens des Erben hat, insbes. die Schadenersatzpflicht des Erben, ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen. — Wegen des Verhältnisses zu Miterben als Nachlassgläubigern vgl § 2146.

Nicht-erwähnung einer Verbindlichkeit. | S. 621.

§§ 2107, 2108 (II 1884, —, B. 1987, —, R. 1985, —, G. 2010, —).

1. Aus Zweckmäßigkeitsgründen bestimmt der § 2107, daß die Einsicht des errichteten Inventares einem Jeden zu gestatten sei, welcher ein rechtliches Interesse glaubhaft macht. Die Vorschrift enthält eine Anweisung an das Nachlassgericht. Daß der Nachlassgläubiger ein berechtigtes Interesse haben kann, den Stand des Nachlasses thunlichst bald kennen zu lernen, erscheint zweifellos. — Das RM. I 9 §§ 423, 433 gestattet auch die Hinterlegung eines versiegelten Inventares, welches nicht geöffnet werden soll, bevor der Erbe sich nicht gegenüber einem Gläubiger oder Vermächtnisnehmer auf das Inventarrecht beruft (vgl. Refr. v. 7. Juni 1835, Jahrb. 51 S. 363). Das Bedürfnis für eine solche Vorschrift, welche sonst im geltenden Rechte sich nicht findet, kann nicht anerkannt werden.

7. Einsicht des Inventares.

2. Der § 2108 wendet sich zum Verluste des Inventarrechtes gegenüber einzelnen Nachlassgläubigern, also zu einem relativen Verluste. Ein solcher Verlust kann eintreten einmal durch Vertrag und dann dadurch, daß das Recht vom Erben im Prozesse nicht geltend gemacht oder im Urtheile nicht vorbehalten ist. Die Fassung „durch Vertrag“ umfaßt auch die *paeta in favorem tertii* (§ 412). Im Anschlusse an § 2063 ist hier gleichfalls „im Prozesse nicht geltend gemacht oder im Urtheile nicht vorbehalten“ unterschieden. Die Worte „im Urtheile nicht vorbehalten“ können ausreichend erscheinen; allein, genau genommen, sind doch beide Fälle verschieden. — Bezweckt wird zugleich, den Zweifel auszuschließen, ob nicht auch der Verlust des Inventarrechtes durch unterlassene Geltendmachung der Inventareinrede gegenüber allen Nachlassgläubigern eintrete, obgleich eine solche Annahme deshalb ausgeschlossen ist, weil der § 2095 Abs. 1 eine Fristsetzung durch das Nachlassgericht vorschreibt. In dieser Richtung könnten jedoch Bedenken erhoben werden wegen der §§ 695, 696 Abs. 1, 3 der CPO., welche der Entw. unberührt läßt, und deshalb auch weder wiederholt noch überträgt.

IV. Verlust des Inventarrechtes gegenüber einem Nachlassgläubiger.

Die Erwähnung des Vertrages läßt erkennen, daß neben dem in § 2094 formalisierten Verzicht mit objektiver Wirkung ein nur zu Gunsten eines bestimmten Gläubigers wirkendes Aufgeben des Inventarrechtes durch formloses Rechtsgeschäft zulässig und nicht lediglich dann aufrecht zu erhalten ist, wenn die Voraussetzungen des § 264 vorliegen. Wegen des Verlustes der Abzugseinrede gegenüber einem einzelnen Gläubiger, falls die Leistung des Offenbarungseides verweigert wird, vgl. § 2142.

| §. 622.

V. Nachlaß-
konkurs.

| § 2109 (II —, B. —, R. —, G. —).

Wie schon zum § 2092 (S. 605) erwähnt ist, kann das Inventarrecht in zweifacher Weise ausgeübt werden, einmal so, daß der Erbe seine Verpflichtung, die Gläubiger konkursmäßig zu befriedigen, gegenüber allen Gläubigern zugleich durchführt, Nachlaßkonkurs (§§ 2109—2119), dann aber auch so, daß er gegenüber dem einzelnen Gläubiger sein Recht geltend macht, Einrede des Inventarrechtes (Abzugseinrede), (§§ 2133—2145, vgl. aber auch die §§ 2110 Abs. 2, 2130, 2143). Das zur Information des Erben, ob er vom Nachlaßkonkurse oder von der Abzugseinrede Gebrauch machen will, gewährte Mittel des erbschaftlichen Gläubigeraufgebotes (§§ 2120 bis 2132), steht insofern, als er gegenüber allen Gläubigern beantragt wird und wie der Nachlaßkonkurs ein Aufgebot erfordert, in gewisser Beziehung dem Nachlaßkonkurse näher als der Abzugseinrede.

1. Zulässigkeit

Ist das Inventarrecht gemäß der im § 2109 angerufenen Vorschriften gegenüber allen Erben erloschen, so ist jeder Unterschied zwischen dem Vermögen des Erben und dem Nachlasse in Ansehung der persönlichen Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten aufgehoben. Damit hat der Ausnahmezustand sein Ende erreicht, vermöge dessen der Erbe gleichsam als Subjekt zweier Vermögen, seines eigenen Vermögens und des Nachlasses, anzusehen ist. Ein Nachlaßkonkurs würde in einem solchen Falle, abgesehen von den Fällen des § 2150, bedeutungslos sein. Daß der Erbe auf eine hiernach unstatthafte Konkursöffnung keine Einreden gründen kann, wird so wenig bestimmt, wie daß das im Widerspruche mit der Vorschrift eingeleitete Konkursverfahren nichtig sei.

Vorzuschreiben, jeder Nachlaßgläubiger solle die sofortige Beschwerde gegen die Eröffnung des Nachlaßkonkurses erheben dürfen, kann nicht für angemessen erachtet werden. Allerdings hat nach § 101 KonkD. nur der Gemeinschuldner — also hier der Erbe — das Recht der Beschwerde. In dieser Beziehung die KonkD. zu ändern, fehlt es jedoch an genügenden Gründen. Nach § 2095 ist kein Nachlaßgläubiger behindert, sich an den Erben persönlich zu halten, wenn dieser das Inventarrecht gegenüber allen Nachlaßgläubigern verloren hat. Der einzige Nachteil, welcher den einzelnen Nachlaßgläubiger durch die ungerechtfertigte Konkursöffnung trifft, ist mehr formeller Natur. Er besteht darin, daß der Gläubiger, wenn die persönliche Zahlungsfähigkeit des Erben fraglich ist, seine Ansprüche zu seiner Sicherheit im Konkurse anzumelden hat. Dieser mögliche Nachteil ist von so geringer Bedeutung, daß er einen, an sich thunlichst zu vermeidenden Eingriff in die Verfahrensvorschriften der KonkD. nicht rechtfertigt. — Wegen der am Schlusse beigefügten Worte „unbeschadet des § 2150 Abs. 1“ vgl. außer S. 605 die Begründung des § 2150.

| §. 623.

| §§ 2210, 2111 (II 1850, 1887, — B. 1952, 1990, —, R. 1950, 1988, —,
G. 1975, 2013, —).2. Wirkungen.
Vorans-
setzungen.

1. Die Voraussetzungen der Konkursöffnung über den Nachlaß werden, abgesehen von den §§ 2109, 2150 vom Entw. nicht bestimmt. Vorschriften hierüber sind entbehrlich, weil kein Anlaß besteht, in Ansehung des Rechtes des Erben, die Eröffnung des Konkurses zu beantragen, von der KonkD. abzuweichen. Es bewendet also bei den §§ 203—205, 96 KonkD. Der Inventarerbe hat hiernach ein Vermögensverzeichnis einzureichen, nach dessen Inhalte das Gericht beurtheilt, ob das Erforderniß der Ueberschuldung des Nachlasses vorliegt. Insbes. fehlt es an genügenden Gründen, vom Erben noch besonders zu verlangen, daß er die Ueberschuldung glaubhaft mache. Darauf hinzuweisen, daß in Ansehung der Voraussetzungen für die Eröffnung des Nachlaßkonkurses die Vorschriften der KonkD. maßgebend sind, ist nicht erforderlich, weil deren Fortbestehen aus dem GG. sich ergeben wird. Die Verweisung würde aber auch insofern bedentlich sein, als jene Vorschriften durch den Entw. einige Modifikationen oder Ergänzungen erleiden (vgl. zB. § 2128). — Wegen der Befugniß des Nachlaßgläubigers, welcher ein rechtskräftiges Urtheil gegen den Erben erlangt hat, in welchem die Abzugseinrede berücksichtigt ist, noch den Nachlaßkonkurs zu beantragen, vgl. zum § 2145.

Unzureichende
Masse.

Der Entw. sieht ferner nicht besonders vor für den Fall, daß die Eröffnung des Nachlaßkonkurses auf Grund der §§ 99, 190 KonkD. verweigert wird. Soweit sich im Nachlasse etwas vorfindet, ist dies konkursmäßig zu vertheilen. Jede Abweichung von diesem Grundsatz würde die berechtigten Nachlaßgläubiger in bedenklicher Weise der Gefahr der Beeinträchtigung aussetzen. In Fällen dieser Art wird die Masse zumeist schon durch die Beerdigungskosten, durch Be-

richtigung des Lieblohnes usw. erschöpft werden. Scheut der Erbe nur geringe Belästigung, das Wenige konkursmäßig zu vertheilen, so bleibt ihm unbenommen, die Erbschaft auszuschlagen.

Wird der Konkurs über den Nachlaß eröffnet, so kann der Nachlaßgläubiger in der Regel seine Forderung nur im Konkurse geltend machen (Abs. 1). Die Eröffnung des Nachlaßkonkurses, mag sie von dem Erben oder von einem Gläubiger beantragt sein, schließt jede Rechtsverfolgung des Gläubigers gegen den Erben aus. Durch die Eröffnung des Konkurses wird der Erbe haftfrei, sofern nicht im Konkurse ein Ueberschuß bleibt. Für diesen letzteren Fall bestimmt der § 2118. Deshalb fügt der Entw. die Worte „unbeschadet des § 2118“ bei. Die Vorschrift des Abs. 1 ist erforderlich, weil nach der KonkO. die Geltendmachung einer Forderung gegen den Gemeinschuldner auch nach der Eröffnung des Konkurses nicht ausgeschlossen ist. Der Erbe ist, wenn der Nachlaßkonkurs eröffnet ist, in gewissem Sinne als Gemeinschuldner anzusehen; den weiteren gegen seine Person sich richtenden Angriffen von Nachlaßgläubigern darf er jedoch nicht ausgesetzt bleiben, zumal ihm von der Konkursöffnung an jede Verfügung über den Nachlaß entzogen ist (vgl. KonkO. §§ 5 ff.). Als besondere Voraussetzung aufzustellen, daß der Erbe das Inventar bereits errichtet haben müsse, würde nicht passend sein. In der Regel kann der Nachlaßkonkurs nur eröffnet werden, wenn der Erbe das Inventarrecht nicht verloren hat (vgl. jedoch § 2150).

Geltend-
machung nur
im Konkurse.

§. 624.

Die Frage, ob von dem Erben, gegen welchen ein Gläubiger einen Anspruch erhoben hat, nachdem der Konkurs eröffnet ist, die Konkursöffnung im Wege der Einrede geltend zu machen sei, oder ob die Konkursöffnung, insbes. im Versäumnißverfahren, von Amtswegen zu berücksichtigen sei, bedarf einer Lösung im Gesetze nicht. Allerdings greift das Inventarrecht nur Platz, wenn es angerufen ist (vgl. § 2092 Abs. 1). Eine solche Anrufung liegt aber vor, wenn der Erbe selbst den Konkurs beantragt hat. Auch dann, wenn ein Gläubiger den Konkurs erwirkt hat, mag sich aufstellen lassen, es liege in dem Umstande, daß der Erbe sich gegen die Konkursöffnung nicht aufgelehnt habe, eine stillschweigende Anrufung des Inventarrechtes.

Der Entw. spricht nicht die definitive Entlastung des Erben von den Nachlaßverbindlichkeiten im Falle des Nachlaßkonkurses aus. Dies würde zu weit gehen und zur Folge haben, daß alsdann Verbindlichkeiten ohne Schuldner beständen. Das Fortbestehen der Verbindlichkeit des Erben unterscheidet sich, auch wenn der Erbe als Schuldner angriffsfrei gestellt wird, wesentlich von der völligen Aufhebung der Schuldenhaftung. Zum Schutze des Erben ist der Ausschluß der Rechtsverfolgung seitens des Gläubigers gegen ihn (den Erben) erforderlich, aber auch genügend. Der Erbe gelangt im Wesentlichen in die Stellung, daß ihm ein Einrederecht zusteht. Ob unter Umständen die Konkursöffnung noch eine weiter gehende Wirkung hat, ob insbes. ein anhängiger Prozeß im § 218 CPD. bestimmte Unterbrechung erleide, kann der Entscheidung durch Praxis und Wissenschaft überlassen bleiben. Der § 2092 greift durch seine Fassung einer solchen Entscheidung nicht vor.

Nach Annahme der Erbschaft sind gemäß § 2057 alle Maßregeln der Zwangsvollstreckung gegen das Vermögen des Erben zulässig. Diese Maßregeln und die ihnen gleichzustellende Arrestvollziehung können indessen nur zulässig sein, so lange nicht der Nachlaß durch die Eröffnung des Nachlaßkonkurses vom Vermögen des Erben getrennt wird. Denn mit der Aufhebung der Vermögensvereinigung fällt der Grund weg, aus welchem das Erbvermögen den wegen Nachlaßverbindlichkeiten verfügten Maßregeln der bezeichneten Art ausgesetzt ist. Die gegen das Vermögen des Erben bereits erfolgten Maßregeln sind daher nach der Konkursöffnung aufzuheben (Abs. 1 a. G.). — Aber auch die gegen den Nachlaß erfolgten Maßregeln der Zwangsvollstreckung und Arrestvollziehung dürfen dem Gläubiger kein Recht auf abgeforderte Befriedigung im Nachlaßkonkurse gewähren (Abs. 1 Halbs. 1). Die im § 696 Abs. 2 CPD. hierüber dem bürgerlichen Rechte vorbehaltene Entscheidung ist im angegebenen Sinne getroffen. Der Nachlaßgläubiger darf nicht durch Einwirkung solcher Maßregeln sein Recht auf eine der konkursmäßigen Beurteilung des Nachlasses entsprechende Befriedigung in ein Recht auf volle Befriedigung verwandeln. Es würde nicht einmal genügen, wenn das begründete richterliche Pfandrecht nur in Ansehung desjenigen Bruchtheiles der Forderung, der bei konkursmäßiger Vertheilung des Nachlasses auf den Gläubiger entfallen würde, ein Recht auf abgeforderte Befriedigung gewähre. Denn sonst würde die Konkursmasse in eine ungünstige prozessuale Stellung versetzt, da sie dem absonderungsberechtigten Gläubiger nachzuweisen hätte, um wie viel seine Forderung zu kürzen sei. Das Pfandrecht muß hiernach, soweit nicht die Ausnahmen des Abs. 2 vorliegen, seine Wirkung im Nachlaßkonkurse verlieren.

Zwangsvollstreckung
oder Arrest-
vollziehung.

§. 625.

Ist das Pfandrecht vor der Eröffnung des Nachlaßkonkurses bereits realisiert, so hat die Konkursmasse ihre Deckung in der Verantwortlichkeit des Erben, des Nachlaßpflegers usw. zu suchen. Diese waren berechtigt und verpflichtet, der Realisirung des Pfändungspfandrechtes zu widersprechen (vgl. auch § 2065 Abs. 1). In einem solchen Falle wird der befriedigte Nachlaß-

gläubiger, mindestens in der Regel, einem Rückforderungsansprüche wegen ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 739 ff.) nicht ausgesetzt sein.

Erläuterung
des Inventar-
rechtes.

Der Abs. 1 muß jedoch außer Anwendung bleiben, wenn das Inventarrecht gegenüber dem Gläubiger nach § 2108 ausgeschlossen ist. Trifft diese Voraussetzung zu, so kann der Gläubiger den Erben in Anspruch nehmen, wie wenn Konkurs nicht eröffnet wäre (§ 2109). Ein Gleiches muß dann gelten, wenn das Inventarrecht gegenüber allen Nachlassgläubigern erloschen ist (§§ 2094, 2095, 2106). In einem solchen Falle ist zwar der Nachlasskonkurs zur Ungebühr eröffnet. Diese Ungebührlichkeit kann indessen die Rechte des Gläubigers, sich an den Erben zu halten, nicht beeinträchtigen. Auf diese Ausnahmen hinzuweisen, ist im Interesse der Deutlichkeit rathsam, wenn es sich gleich nur um Folgerungen aus den bezeichneten Vorschriften handelt.

Befugnisse
des Erben.
(G. —)

2. In Ansehung der Wirkungen der vom Erben vor der Konkursöffnung getroffenen Verfügungen enthält der § 2111 den Grundsatz, daß der Erbe, ungeachtet des Inventarrechtes, berechtigt ist, über den Nachlaß unbeschränkt zu verfügen. Eine solche Verfügung verliert, auch wenn sie in der Veräußerung des ganzen Nachlasses (z. B. durch Erbschaftsverkauf) besteht, durch die spätere Eröffnung des Nachlasskonkurses ihre Wirksamkeit nicht, vorbehaltlich der Haftung des Erben (vgl. §§ 497, 498, 2112). — Daraus, daß der Nachlaß an erster Stelle der Befriedigung der Gläubiger zu dienen hat und der Erbe gehalten sein muß, diese Bestimmung des Nachlasses bei seinen Verfügungen über Nachlassgegenstände im Auge zu behalten, könnte gefolgert werden, der Erbe sei gegenüber den Nachlassgläubigern dinglich gebunden. Die dingliche Bindung würde dann im Falle der Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß in ihren Wirkungen zu Tage treten. Eine derartige dingliche Gebundenheit in Ansehung der Immobilien kennt das ALR. I 9 §§ 447—451; diese Vorschriften sind jedoch aufgehoben durch die B. v. 28. März 1840. Daher erscheint es mindestens gerathen, klarzustellen, daß der Erbe gegenüber den Nachlassgläubigern nur obligatorisch gebunden ist und seine Verfügungen fortbestehen.

§ 626.

Verh. des
Erben zur
Konkurs-
masse.

§ 2112 (II 1853, B. 1955, R. 1953, G. 1978).

In Ansehung der von dem Erben vor Annahme der Erbschaft besorgten Geschäfte sollen die Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag entsprechende Anwendung finden, und zwar ohne Unterschied, ob zur Zeit der Eröffnung des Konkurses die Erbschaft bereits angenommen war (Satz 1) oder noch nicht. Für den Erben ist, so lange er auf die beschränkte Haftung als Inventarerbe Anspruch macht, der Nachlaß in gewissem Sinne fremdes Gut. Hieraus folgt, daß dem Erben mit Rücksicht auf die Nachlassgläubiger, zu deren Befriedigung der Nachlaß an erster Stelle zu dienen hat, und welchen der Nachlaß im Falle des Nachlasskonkurses gebührt, ein gewisses sorgames Verfahren zur Pflicht zu machen ist. Die Gestaltung dieser dem Erben obliegenden gesetzlichen Verpflichtungen läßt sich in verschiedener Weise durchführen. Das Verhältniß könnte dem des Erbschaftsbesizers gegenüber dem wirklichen Erben (§§ 2081 ff.) angeglichen werden, so daß die Ueberlassung des Nachlasses zur Vertheilung im Konkurs ähnlich zu behandeln sein würde wie die Herausgabe der Erbschaft seitens des Erbschaftsbesizers an den wirklichen Erben. Allein die Gleichstellung des Erben mit einem gutgläubigen Erbschaftsbesizer beschränkt den Erben gegenüber den Gläubigern nicht genügend, aber auch die Gleichstellung mit einem nicht gutgläubigen Erbschaftsbesizer (§ 2085) würde wenig passend sein. Bei dem Erbschaftsanspruche ist der Erbschaftsbesizer — und ebenso bei dem Eigenthumsanspruche der Besizer (vgl. S. 858 und Mot. 3 S. 404) — nicht als Geschäftsführer ohne Auftrag angesehen und demgemäß für haftbar erachtet. Insbef. war dafür maßgebend, daß die Behandlung des Besizers als Geschäftsführers nicht vereinbar ist mit der Auffassung des Entw. von der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 749 ff.). Dieser Grund fällt für den vorliegenden Fall weg. In der Verfügung des Erben über den Nachlaß liegt gegenüber den Nachlassgläubigern nicht eine widerrechtliche Verfügung für fremdes Gut, sondern eine Verfügung über eigenes Gut, welche nur in einer gewissen Richtung obligatorisch beschränkt werden muß. Wegen der Zweckbestimmung der Nachlassgegenstände, welche materiell zunächst den Nachlassgläubigern gebühren, hat der Inventarerbe im Hinblick auf die Möglichkeit der Eröffnung des Nachlasskonkurses so zu verfahren, daß die zur Befriedigung der Gläubiger erforderlichen Mittel nicht verkürzt werden. Diese Art, mit den Nachlassgegenständen zu verfahren, kann einer Geschäftsbeforgung für die Gläubiger gleichgestellt werden. Daß die Gegenstände dem Erben selbst gehören, steht nicht entgegen. Auch bei der Geschäftsführung ohne Auftrag und bei dem Auftrage kann es vorkommen, daß derjenige, welcher das Geschäft führt oder den Auftrag ausführt, das seiner Verfügung unterstellte Gut zu eigenem Rechte für fremde Rechnung hat. — Eine Beforgungspflicht ist mit dem Anfalle der Erbschaft noch nicht gegeben. Wie im Falle des § 2056 Abs. 1 kann der Erbe sich passiv | verhalten. Verfügt er aber über Nachlassgegenstände, so darf er nicht übersehen, daß er möglicherweise solche Geschäfte besorgt, bei welchen er die Nachlassgläubiger als Geschäftsherren sich zu denken hat.

§ 627.

Mit der Annahme der Erbschaft ändert sich die Beurtheilung dahin, daß nunmehr die Geschäftsbeforgung in Ansehung des gesammten Nachlasses als übernommen zu gelten hat. Mit dem Verluste des Rechtes der Ausschlagung hört die Befugniß des Erben auf, sich passiv zu verhalten und das Interesse der Gläubiger unbeachtet zu lassen. Demgemäß erscheint es gerechtfertigt, nunmehr ein Auftragsverhältniß zu fingiren und auszusprechen, der Erbe sei so berechtigt und verpflichtet, wie wenn er mit der Verwaltung des Nachlasses beauftragt gewesen wäre (Satz 2). Damit ist klargestellt, daß der Erbe rechenschaftspflichtig, auskunftspflichtig und manifestationspflichtig ist; ferner ist ersichtlich, wie es mit der Herausgabe der Nutzungen und dem Erfatze von Verwendungen sich verhält.

Auftrags-
verhältniß.

Von der „Verwaltung des Nachlasses“ schlechthin ist gesprochen, nicht von „Erhaltung und Verwaltung der Aktivmasse“. Die Befriedigung der Nachlassgläubiger gehört an sich nicht zu dem vom Erben übernommenen Geschäft; die Befriedigung der Gläubiger ist vielmehr im Konkurse zu erledigen. Allein es ist doch nicht ausgeschlossen und nicht als eine widerrechtliche Ueberschreitung der Befugnisse des Erben gegenüber den Nachlassgläubigern anzusehen, wenn der Erbe vor der Konkursöffnung zum Zwecke der konkursmäßigen Befriedigung der Gläubiger oder zum Zwecke der Tilgung von Masseschulden über den Nachlaß verfügt. — Das Geschäft des Erben besteht, hiervon abgesehen, darin, daß für eine Behandlung des Nachlasses gesorgt wird, welche die Befriedigung der Gläubiger, falls es zum Konkurse kommt, nicht beeinträchtigt. Die Verwaltung umfaßt die gesammte thatsächliche und rechtliche Verfügung über das verwaltete Gut, schließt also auch Veräußerungen, zu welchen der Verwalter berechtigt ist, nicht aus. Die ordnungsmäßige Verwaltung dient ihrem Zwecke nach auch der Erhaltung. Der Umstand, daß der Entw. einen besonderen Verwaltungsvertrag im Rechte der Schuldverhältnisse nicht kennt, steht der Verwendung des Ausdruckes nicht entgegen.

Verwaltung.

Von den in Bezug genommenen Vorschriften über den Auftrag passen einzelne nicht für alle Fälle, weil sie mit der rechtsgeschäftlichen Uebernahme der Geschäftsbeforgung wesentlich zusammenhängen; dies kann jedoch keinen Anstoß erregen. Jedenfalls führt die entsprechende Anordnung der §§ 591, 593, 595 zu einem angemessenen Ergebnisse. Dagegen wird für die Regel nicht anzunehmen sein, daß der Erbe wie ein vertragsmäßiger Beauftragter selbst zu handeln habe (§ 588), ebensowenig, daß er zu Vorschüssen verpflichtet sei (§ 594). Der § 586 Satz 2 (Honorirung des Beauftragten) wird wegen des obwaltenden eigenen Interesses des Erben nicht oder doch nur in seltenen Fällen zur Anwendung geeignet sein.

Daß Vermehrungen des Nachlasses aus sich selbst heraus, welche nicht die Folge von Rechts-handlungen des Erben sind (vgl. § 2081 Nr. 2), dem Nachlasse zu Gute kommen, erscheint selbstverständlich. In Ansehung des Erwerbes aus Rechts-handlungen und Rechtsgeschäften des Erben bleibt zu beachten, daß auch dann, wenn fremde Geschäfte nicht vertretungsweise, sondern im eigenen Namen für fremde Rechnung besorgt werden, die Willensrichtung des Handelnden entscheidet, auf wessen Rechnung das Geschäft gehen soll. Allerdings geht hier der Wille nicht auf Handeln im Namen des anderen Theiles, sondern auf Handeln für Rechnung dieses anderen Theiles. Hiernach sind die Rechts-handlungen des Erben in ihren Wirkungen theils auf das eine, theils auf das andere Vermögen zu beziehen; aber die Beziehung ist nicht, wie bei der Vertretung, nach außen, sondern lediglich für das obligatorische Rechtsverhältniß zwischen der Konkursmasse und dem Erben von Bedeutung. Demgemäß kann der Konkursverwalter, wenn die erforderliche Willensrichtung des Erben klar ist, z. B. wenn Inventarstücke eines Nachlaßgrundstückes ersetzt oder eingezogene Nachlasskapitalien zu Meliorationen oder Erweiterungen eines Nachlaßgrundstückes verwendet sind, verlangen, daß ein Erbs oder ein surrogirter Gegenstand herausgegeben, ein Forderungsrecht abgetreten werde usw. Eintretendensfalls ist lediglich der wirkliche Erbs für einen veräußerten Gegenstand herauszugeben. Ein Mehreres kann nur dann verlangt werden, wenn der Erbe, welcher als Beauftragter anzusehen ist, sich schadensersatzpflichtig gemacht hat. Hatte der Erbe nicht den Willen, für den Nachlaß, also für fremde Rechnung, zu handeln, so ist er nur insoweit verantwortlich, als er durch den Verbrauch von Nachlaßgegenständen oder durch anderweite Verfügung über solche etwas aus dem Nachlasse im eigenen Interesse in sein Vermögen hinübergenommen hat. Da der Erbe nicht veranlaßt ist, im Namen des Nachlasses zu handeln, so werden in manchen Fällen in Ansehung der Surrogation Zweifel entstehen können. Als Regel wird anzunehmen sein, daß der Erbe das aus Mitteln der Erbschaft Angeschaffte nicht herauszugeben, sondern nur Ersatz zu leisten habe. — Die Verantwortlichkeit des Erben entspricht vollständig der in den entsprechenden Fällen eintretenden Verantwortlichkeit des Beauftragten, welcher zu eigenem Rechte, aber für fremde Rechnung verwaltetes Gut hinter sich hat.

Surrogat

§. 628.
Erwerb aus
Rechts-
handlungen.

Dem Erben, welcher den Nachlaß zur Konkursmasse herauszugeben hat, wird wegen seiner Gegenforderungen ein Zurückbehaltungsrecht verjagt (Satz 3). Die Fassung schließt die Auslegung aus, daß der Erbe auf Herausgabe des Nachlasses besonders belangt werden müsse. Die Verneinung des Zurückbehaltungsrechtes auszusprechen, ist rathsam, weil sonst angenommen werden könnte, der

Verjagung
des Zurück-
behaltungs-
rechtes.

Erbe habe wegen seiner Stellung als Geschäftsführer oder Beauftragter auch das diesen gemäß den §§ 595, 753 gebührende Zurückbehaltungsrecht. Daß ein solches Recht nicht gerechtfertigt sein würde, liegt auf der Hand. Der Erbe ist bei der Herausgabe des Nachlasses zur Konkursmasse mehr dem Gemeinschuldner gleichzustellen, welcher das eigene Vermögen zur Konkursmasse einliefert.

Zum
Nachlasse
gehörende
Erbchaft zc.
| §. 629

Zu regeln ist noch der besondere Fall, daß zum Nachlasse eine Erbchaft oder ein Vermächtniß gehört und der Erbe diese Erbchaft eines Dritten, welche dem Erblasser angefallen war, oder das diesem angefallene Vermächtniß ausgeschlagen hat. In solchem Falle soll sich die Haftung des Erben | auch auf die Ausschlagung erstrecken (Schlußsatz). Die dem Erblasser angefallenen Erbchaften oder Vermächtnisse sind Bestandtheile des Nachlasses. Darnach kann entbehrlich erscheinen, hierüber etwas zu bestimmen. Allein, da die Ansicht vertreten ist, durch den Anfall entstehe ein höchstpersönliches, in gleicher Eigenschaft auf den Erben übergehendes Recht, dessen freie Ausübung in keiner Weise zu Gunsten dritter Personen beschränkt oder mit Rechtsnachtheilen verbunden werden könne (vgl. l. 6 pr. §§ 2, 5 D. 42, 8 und l. 28 pr. D. 50, 16 (Windscheid § 599 Anm. 6; dagegen sächs. GB. § 1151; Code 788; bayer. CPO. 1208), so ist es rathsam, eine Vorschrift aufzunehmen.

Vereinigung
mit
Gesammtgut.

Ein Zweifel kann aufgeworfen werden, ob die Vereinigung der einem Ehegatten angefallenen Erbchaft mit dem ehelichen Gesamtgute oder dem Gesamtgute der fortgesetzten GG. als eine Veräußerung der zur Erbchaft gehörenden Gegenstände anzusehen sei, mag der Anfall vor oder nach dem Eintritte der GG. erfolgt sein. Eine Feststellung, daß diese Vereinigung als Veräußerung nicht anzusehen sei, ist nicht erforderlich. Die Vereinigung der anfallenden Erbchaft mit dem Gesamtgute erfolgt kraft Gesetzes (§ 1343), die gesetzliche Obligation, welche in Rücksicht auf die Rechte der Gläubiger dem Erben obliegt, muß daher fort dauern. Auch dann, wenn die Erbchaft bei dem Abschlusse des Ehevertrages über die GG. dem einen Vertragsschließenden bereits angefallen war, liegt ein Uebergang kraft Gesetzes am nächsten. Wäre es zulässig, in einem solchen Falle eine Veräußerung des Nachlasses anzunehmen, so würde doch höchstens eine widerrechtliche, im Konkursfalle der Herausgabe nicht entgegenstehende Veräußerung vorliegen.

§ 2113 (II —, B. —, R. —, G. —; vgl. KonkD. n. F. § 224).

3. Masse-
schulden.

In Ansehung der Frage, welche Verbindlichkeiten im Nachlaßkonkurs Masse-schulden sind, bedarf die KonkD. vom Standpunkte des Entw. aus einiger Modifikation (wegen des früher geltenden Rechtes vgl. Windscheid § 606 Anm. 15; Noth § 370 Anm. 77; Code 810; — preuß. KonkD. v. 8. Mai 1855 §§ 72, 368; — vgl. ferner öst. GB. §§ 549, 802, Unger § 42 bei Anm. 13). Ueber die Masse-schulden, welche nach § 53 der KonkD. den Massekosten vorgehen, bestimmt der § 52 der KonkD. An diesen knüpft der § 2113 auch in der Fassung an.

Verbindlich-
keiten
gegenüber
dem Erben
als Geschäfts-
führer zc.

| §. 630.

Als solche Masse-schulden werden bezeichnet in Nr. 1 die der Konkursmasse nach § 2112 Satz 1, 2 gegenüber dem Erben obliegenden Verbindlichkeiten, welche daraus sich herleiten, daß der Erbe als Geschäftsführer oder Beauftragter angesehen wird. Nur dadurch, daß der Erbe wegen aller hiernach ihm zustehenden Gegenforderungen zum Massegläubiger erklärt wird, kann der Zweck des Inventarrechtes, den Erben vor der Gefahr zu schützen, daß er durch Annahme der Erbchaft in Verlust gerathe, erreicht werden. Diese Regelung gewährt einen angemessenen Ersatz für das im § 2112 dem Erben | abgesprochene Zurückbehaltungsrecht. Den Nachlaßgläubigern wird nicht zu nahe getreten. Der Nachlaß ist bis zur Konkursöffnung für Rechnung der Nachlaßgläubiger verwaltet, und nur, was nach Abzug der gedachten Gegenforderungen von dem Nachlasse übrig bleibt, kann das Objekt ihrer Befriedigung sein. Aus jenen Gegenforderungen müssen Masse-schulden entstehen, wie wenn die Verbindlichkeiten aus der Verwaltung der Masse entsprungen wären.

Kosten der
Sicherung des
Nachlasses zc.

Die unter Nr. 2 aufgeführten Verbindlichkeiten sind solche, welche aus der Verwaltung des Nachlasses bis zur Konkursöffnung entstanden sind. Bedenken kann in dieser Beziehung die Aufnahme der Kosten für die Eröffnung einer Verfügung von Todeswegen hervorrufen. Es kann als eine gewisse Härte für die Nachlaßgläubiger bezeichnet werden, daß sie zu diesen Kosten beitragen sollen, obgleich sie an sich durch die Errichtung einer Verfügung von Todeswegen seitens des Erblassers nicht berührt werden. Allein die Eröffnung der Verfügung von Todeswegen dient zur Klarstellung der Gesamtrechtsnachfolge, und erfolgt daher in einem gewissen Sinne auch im Interesse der Gläubiger. Die Vorschrift entspricht dem gemeinen Rechte, l. 22 § 9 Code 6, 30, dem sächs. GB. § 2329 und wohl auch dem preuß. Rechte. In Ansehung der Inventarisations- und Aufgebotskosten kann den Erben das Inventarrecht vor der unbeschränkten Haftung nicht schützen, wenn er selbst die Aufnahme des Inventares oder das Aufgebot beantragt hat. Er muß sich damit begnügen, daß er als Massegläubiger Ersatz verlangen kann.

Rechts-
geschäfte des
Voll-
streckers zc.

Durch die Nr. 3 werden die Personen, mit welchen ein Vollstreckter oder ein Nachlaßpfleger innerhalb der Grenzen ihrer Befugnisse — für Rechnung des Nachlasses oder für Rechnung oder im Namen des Erben — Rechtsgeschäfte vorgenommen haben, als Massegläubiger erklärt. Die Vorschrift unterscheidet sich nur in Ansehung der zu begünstigenden Personen von

den Vorschriften unter Nr. 1, 2, 4, durch welche der Erbe selbst, der Vollstrecker oder der Nachlasspfleger als Massegläubiger erklärt werden. Der innere Grund nämlich, daß eine Geschäftsbeforgung für den Nachlaß vorliegt, ist derselbe wie dort. Diese Verbindlichkeiten sind nach § 2092 zugleich Nachlaßverbindlichkeiten, welche dem Erben als solchem obliegen, aber dem Inventarrechte unterliegen.

Die unter Nr. 4 bezeichneten Verbindlichkeiten müssen, weil der gleiche Gesichtspunkt wie in Ansehung der Verbindlichkeiten zu Nr. 3 zutrifft, als Masseschulden erklärt werden. Hätte der Erbe selbst die Geschäftsbeforgung vorgenommen, aus welcher er den bezeichneten Personen haftet, so würde ihm die Vorschrift Nr. 1 zu Statten kommen. Es kann sich fragen, ob die letztere Vorschrift nicht auch dann genüge, wenn ein Vollstrecker oder ein Nachlasspfleger die Geschäftsbeforgung vorgenommen hat, weil diese Personen als Vertreter des Erben zu gelten haben | und es demgemäß im Verhältnisse des Erben zur Konkursmasse so anzusehen sei, als habe der Erbe selbst gehandelt. Dasselbe läßt sich vielleicht auch von demjenigen Erben sagen, welcher erb-
Verbindlichkeiten gegen über einem Vollstrecker etc.
 schaftliche Geschäfte besorgt und demnächst noch die Erbschaft auszuschlagen hat. Allein, wenn die Vorschrift mit Rücksicht auf diese als möglich bezeichnete Auffassung nicht aufgenommen würde, so könnten sich jene Personen immer nur an den Erben halten; dieser hätte seinerseits die ihm daraus entstandenen Verbindlichkeiten im Nachlaßkonkurse geltend zu machen. Dadurch würden jene Personen nicht ausreichend gesichert. Jedenfalls erscheint es einfacher und auch im Hinblick darauf, daß der Entstehungsgrund der Verbindlichkeiten die Geschäftsführung ohne Auftrag ist, nur gerechtfertigt, jenen Personen wegen der bezeichneten Ansprüche unmittelbar die Stellung als Massegläubiger einzuräumen. Befriedigt der Erbe derartige Massegläubiger gemäß der ihm als Erben obliegenden Verbindlichkeit, so wird er vermöge des im § 2115 Abs. 2 ausgesprochenen Eintrittsrechtes selbst Massegläubiger. Daß diese Verbindlichkeiten nach § 2092 Nachlaßverbindlichkeiten seien, welche dem Inventarrechte unterliegen, ließe sich bezweifeln, wenn dem Schlußsate des § 2092 ein positiver Charakter beizulegen ist. Diese Auffassung würde aber nicht die richtige sein (vgl. S. 603).

Die Nr. 5 entspricht nicht nur dem § 2055 (vgl. § 1488 Abs. 4), sondern auch den dabei obwaltenden öffentlichrechtlichen Gesichtspunkten und der Auffassung im Leben. Den Beerdigungskosten lediglich ein Vorrecht hinter den Masseschulden vor den übrigen Konkursforderungen einzuräumen, ist schon deshalb nicht rathsam, weil damit das Recht noch mehr verwickelt würde.

§ 2114 (II 1851, B. 1953, R. 1951, G. 1976).

Für den Fall der Vereinigung (Konfusion und Konsolidation) wird im Anschlusse an § 1833 bestimmt, daß die Vereinigung mit Rückwirkung erlischt (vgl. Mot. 1 S. 272). Eine dingliche Wiederherstellung des früheren Zustandes eintreten zu lassen und nicht lediglich eine obligatorische Verpflichtung zur Wiederherstellung zu bestimmen, ist geboten. Würde eine solche Wirkung nicht vorgeschrieben, so würde der Erbe Schaden leiden, da alsdann die Nebenrechte jedenfalls erlöschen würden, insbes. Bürgen und Pfänder frei werden müßten. Die Vorschrift kann sich nicht an § 499 anlehnen, weil der Erbe im Falle des Nachlaßkonkurses nicht auf Grund eines Vertrages den Nachlaß an die Konkursmasse herauszugeben hat, sondern durch die Konkursöffnung aus dem Nachlasse verdrängt wird, sodaß die Analogie des Erbschaftskaufes nicht passen würde. Das geltende Recht dürfte überwiegend auf dem gleichen Boden stehen (Windscheid § 606 Anm. 13; Roth § 370 Anm. 65; sächs. GB. § 2329; Eccius § 270 bei Anm. 53, Dernburg § 224 bei Anm. 13; Kreittmayr Anm. 10a zum bayer. MN. III 1 § 18; Mommsen § 261 Abs. 1 mit § 248).

Der Entw. enthält im 5. Buche keine Vorschriften über die Konvaleszenz. Hat der Erbe über die Rechte des Erblassers verfügt und wird diese Verfügung in Folge der Beerbung wirksam, so ändert sich die Sachlage nicht durch die Eröffnung des Nachlaßkonkurses. Die Verfügung des Erben bleibt ebenso bestehen, wie wenn der Erbe erst nach Eintritt des Erbfalles verfügt hat (§ 2111); jedoch ist der Erbe wegen dieser Verfügung den Nachlaßgläubigern so verantwortlich, wie wenn er erst nach Eintritt des Erbfalles verfügt hätte. — Für den Fall, daß in Folge der Beerbung eine Verfügung des Erblassers über ein Recht des Erben wirksam wird, bedarf es einer besonderen Entscheidung im Erbrechte nicht (wegen des geltenden Rechtes vgl. Roth § 370 Anm. 67 mit § 369 Anm. 13. MN. I 15 §§ 8, 9, Eccius § 270 Anm. 53; sächs. GB. § 2329 mit § 2288; Mommsen § 246 mit 261 Abs. 2; Unger § 40 Anm. 11; u. A.). Der Zusatz zu den §§ 310, 830, 876 „wenn . . . und das Erlöschen des Inventarrechtes eintritt“ (vgl. Mot. 2 S. 139, 3 S. 189, 340) bringt zum Ausdruck, daß die Konvaleszenz, so lange das Inventarrecht besteht, verneint wird.

Würde bestimmt, die Vorschriften, nach welchen eine Verfügung des Erblassers über ein Recht des Erben in Folge der Beerbung wirksam wird, fänden im Falle des Konkurses über den Nachlaß keine Anwendung, so bliebe dem Erwerber lediglich ein Entschädigungsanspruch nach



allgemeinen Grundsätzen, soweit dieser reicht. Dies würde zwar im Konkursfalle den Erben vielleicht genügend schützen, aber eine Uebertragung der Grundsätze auf die Feststellung des Nachlasses zum Zwecke der Berechnung des Abzuges, welcher einem Nachlassgläubiger auf Grund der Abzugseinrede zu machen ist, müßte zu einer Benachtheiligung des Erben führen. Denn alsdann würde die Verfügung des Erblassers über das Recht des Erben gegenüber dem Dritten, zu dessen Gunsten verfügt ist, wirksam werden. Gegenüber dem Nachlassgläubiger, gegen welchen die Abzugseinrede erhoben wird, würde die Verfügung als unwirksam gelten. Dem Erben würde, weil die Verfügung bis zum Erbfall unwirksam gewesen ist, streng genommen, nicht einmal ein Erbschaftsanspruch gegenüber dem Nachlasse zustehen. Würde ihm ein solcher Anspruch besonders gewährt, so würde er immer nur eine verhältnißmäßige Befriedigung wegen desselben erlangen. Sollte dadurch geholfen werden, daß der Grundsatz, der Erbe habe die Handlungen des Erblassers zu vertreten, abgeschwächt würde, etwa dahin, die Verfügung des Erblassers zu Gunsten des Dritten werde nur dann wirksam, wenn der Nachlass nicht unzulänglich sei und insbes. hinreiche zur Befriedigung des dem Dritten wegen der unwirksamen Verfügung zustehenden Gewährleistungsanspruches, so würde ein unsicherer Rechtszustand geschaffen. Bis zur Ermittlung, ob der Nachlass zulänglich sei, würde weder der Dritte, zu dessen Gunsten verfügt ist, noch der Erbe wissen, ob Konkurs eintrete oder nicht eintrete. Noch andere Personen könnten von dieser Unsicherheit in Mitleidenschaft gezogen werden, z. B. der Schuldner einer vom Erblasser abgetretenen Forderung des Erben, der dritte Besitzer der vom Erblasser veräußerten Sache des Erben, falls er mit der Eigentumsklage von demjenigen belangt wird, an welchen der Erblasser veräußert hatte, usw.

| S. 633.

Für so seltene Fälle, wie sie in Frage stehen, erscheint die einfache Regelung, nach welcher die Konkursenz lediglich davon abhängt, ob das Inventarrecht dem Erben noch zusteht oder ob es erloschen ist, die angemessenste. Für sie spricht auch der innere Grund, daß, so lange das Inventarrecht noch besteht, zwar formell, aber nicht materiell eine vollständige Verschmelzung des Erbenvermögens und des Nachlasses eingetreten ist. Zudem enthält die in Betracht kommende Konkursenz eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz, daß über fremdes Vermögen nicht wirksam verfügt werden kann. In Ansehung der Bestimmung der Tragweite dieses Grundsatzes ist das Gesetz nicht behindert. Erweist sich der Nachlass als zureichend, so wird der Erbe Anstand nehmen, die Unwirksamkeit der Verfügung des Erblassers geltend zu machen, auch wenn das Inventarrecht ihm zusteht, weil er sonst dem Gewährleistungsanspruch sich aussetzt. Für die seltenen Fälle, in welchen ausnahmsweise ein solcher Gewährleistungsanspruch nicht begründet ist, etwas Besonderes zu bestimmen, fehlt es an einem genügenden Anlasse. — Demjenigen, welcher an der Wirksamkeit der Verfügung des Erblassers ein rechtliches Interesse hat, die Befugniß beizulegen, seinerseits dem Erben eine Inventarfrist setzen zu lassen, und den § 2096 auf diesen Fall auszudehnen, besteht kein Bedürfnis.

§ 2115 (II —, B. —, R. —, G. —, vgl. KonkD. § 225).

5. Ansprüche
des Erben im
Nachlass-
konkurs.

In Folge der durch die Konkursöffnung eintretenden Trennung des Vermögens des Erben von der Nachlassmasse wird die Vereinigung von Forderung und Schuld beseitigt. Hieraus ergibt sich, daß der Erbe im Nachlasskonkurs die ihm gegen den Erblasser zustehenden Ansprüche geltend machen kann (Abs. 1). Diesen Folgesatz auszusprechen, ist rathsam, weil Zweifel darüber bestehen können, ob eine solche Rechtsverfolgung seitens des Erben zulässig sei, da der Erbe in gewissem Sinne Subjekt des Nachlasses bleibe. Die Vorschrift spricht nicht vom Geltendmachen der Rechte „als Konkursgläubiger“, weil dies bei gewissen Ansprüchen zu einer nicht gerechtfertigten Beschränkung führen würde.

Eintretens-
recht.

Daß der Erbe in Ansehung der von ihm berichtigten Nachlassverbindlichkeiten an die Stelle der befriedigten Gläubiger tritt (Abs. 2), ist zu bestimmen, um den Erben gegen Härten und Unbilligkeit zu schützen. Den Erben zu Schaden kommen zu lassen, wenn er einen einzelnen Gläubiger befriedigte, sofern und soweit er dadurch die übrigen Nachlassgläubiger nicht verkürzt, würde nicht gerechtfertigt sein. Der Erbe würde sonst außer Stande sein, dem einzelnen Gläubiger die ihm nach § 2133 zustehende Befriedigung zu gewähren, ohne daß sich die Ansprüche der übrigen Gläubiger erhöhten. Jedoch erlangt der Erbe nur das Gläubigerrecht des Befriedigten; er kann also gegenüber den anderen Erbschaftsgläubigern nur ebensoviel erhalten, als | der Befriedigte, wenn er konkursmäßig befriedigt worden wäre, erhalten hätte. Hiermit stimmt das ALR. I 9 §§ 453, 454 (vgl. Dernburg § 224 Anm. 11—13; Eccius § 270 Anm. 58) überein. — Der Entscheidung durch Praxis und Wissenschaft kann überlassen bleiben, wie es sich verhält, wenn der Erbe die Forderung eines Gläubigers zu einem geringeren als dem Nominalbetrage erworben hat, ob er alsdann im Konkurs voll liquidiren kann, oder ob davon auszugehen ist, der Erbe habe im Interesse des Nachlasses gehandelt und dürfe deshalb aus einer derartigen Vereinbarung keinen Vortheil haben, während ein solcher sich für ihn dann ergeben würde, wenn er nicht einmal den im Konkurs sich ergebenden Bruchtheil zum Erwerbe der Forderung aufgewendet hat (Dernburg § 224 Anm. 14).

| S. 634.

Erwerb um
geringeren
Betrag.

Mit besonderen Vorschriften einzugreifen für den Fall, daß der Erbe Theilzahlungen geleistet hat, würde nicht angemessen sein. Insbes. kann nicht bestimmt werden, der Erbe müsse im Konkurse vor der Restforderung des Gläubigers zur Hebung gelangen, so daß der Gläubiger nur noch erhalte, was sich bei der Vertheilung im Konkurse für ihn über den schon empfangenen Theilbetrag hinaus ergebe. Im Einzelfalle ist zu prüfen, ob der Erbe auf den event. Konkursbruchttheil oder auf die ganze Forderung die Theilzahlung leisten wollte. Erfolgte eine vorbehaltlose Zahlung seitens des Erben, so wird eine cond. ob causam seitens des Erben in Ansehung der im Konkurse ausfallenden Prozente schwerlich begründet sein. — Dagegen erscheint eine besondere Vorschrift geboten für die Fälle, in welchen vor der Eröffnung des Nachlaßkonkurses bereits gegenüber einem Gläubiger unter Berücksichtigung der Abzugseinrede rechtskräftig erkannt ist oder der Erbe gegenüber einem Gläubiger das Inventarrecht verloren hat (Abs. 2 Satz 2). Darüber, wie sich im ersteren Falle die Rechte des Gläubigers gestalten, bestimmt der § 2145; hier ist nur zu entscheiden, welche Rechte in solchem Falle dem Erben im Nachlaßkonkurse zuzurechnen. Dem Gläubiger bleibt es in den bezeichneten Fällen überlassen, seinerseits die Forderung im Konkurse geltend zu machen; ihm steht aber auch frei, hiervon abzusehen, und sich ausschließlich an den Erben zu halten; er kann sogar die bereits erfolgte Liquidation zurücdnehmen. Hierdurch könnte der Erbe, da er nur in Ansehung der befriedigten Gläubiger an deren Stelle tritt, gefährdet werden. Dem Erben wird deshalb die Befugniß beigelegt, eine solche Forderung im Nachlaßkonkurse dann geltend zu machen, wenn der Gläubiger die Forderung nicht geltend macht. — Liegt ein Vertrag zwischen dem Erben und dem Gläubiger vor, durch welchen der dem Gläubiger zu machende Abzug festgestellt wird, so muß das Gleiche gelten.

Theilzahlungen.

Nach rechtskr. Entscheidung über die Abzugseinrede. 2c.

§ 2116 (II 1852, B. 1954, R. 1952, G. 1977).

Für die Aufrechnung im Nachlaßkonkurse sind folgende Fälle in Betracht zu ziehen.

6. Aufrechnung. | S. 635.

I. Aufrechnungsrecht des Erben. Nach der Eröffnung des Nachlaßkonkurses kann der Erbe nicht, um sich von einer ihm persönlich zur Last fallenden Schuld zu befreien, mit einer Nachlaßforderung aufrechnen. Denn mit der Konkursöffnung hat der Erbe die Befugniß verloren, über den Nachlaß zu verfügen. Ist aber die Aufrechnung schon vor der Konkursöffnung erklärt, so treten die Wirkungen der Aufrechnung ein. Daran ändert die Eröffnung des Nachlaßkonkurses nichts. Der Erbe ist jedoch den Nachlaßgläubigern oder zur Konkursmasse ersatzpflichtig, weil er über einen Nachlaßgegenstand zu seinem eigenen Vortheile verfügt hat. Dies ergibt sich ohne Weiteres. Einer Vorschrift bedarf es nicht.

II. Aufrechnungsrecht des Erbschaftsschuldners. Ist der Nachlaßkonkurs eröffnet, so kann der Erbschaftsschuldner, welchem eine Forderung gegen den Erben zusteht, die Aufrechnung nicht mehr wirksam erklären, gegenüber dem Erben nicht, weil dieser materiell nicht mehr Gläubiger der Nachlaßforderung ist, gegenüber dem Konkursverwalter nicht, weil die Konkursmasse in Ansehung der persönlichen Schuld des Erben nicht Schuldnerin ist. Ist die Aufrechnungserklärung vor der Konkursöffnung abgegeben, so bleibt sie wirksam. Der von seiner persönlichen Schuld befreite Erbe muß jedoch der Konkursmasse Ersatz leisten. Auch in dieser Beziehung sind besondere Vorschriften nicht erforderlich. Die Gefahr, daß der Erbe insolvent ist, hat die Konkursmasse, wie bei allen Verfügungen des Erben vor der Konkursöffnung, zu tragen. Darauf, daß der Erbe nicht selbst verfügt hat, und daß er auch nicht über Nachlaßvermögen im Interesse seiner eigenen Gläubiger verfügen sollte, kann ein entscheidendes Gewicht nicht gelegt werden.

III. Aufrechnungsrecht des Nachlaßgläubigers. Nach der Konkursöffnung kann der Nachlaßgläubiger, welcher persönlicher Schuldner des Erben ist, die Aufrechnung nicht mehr wirksam erklären. Denn wegen seiner Nachlaßforderung ist nach § 2110 Abs. 1 keine andere Rechtsverfolgung mehr zulässig, als die Liquidation im Konkurse. — Zweifel erheben sich aber, wenn die Aufrechnung bereits vor der Konkursöffnung erklärt ist. Es ließe sich aufstellen, die Erklärung sei und bleibe wirksam; der Erbe könne nur selbst auf Grund des § 2115 Abs. 2 im Konkurse liquidiren. Damit würde jedoch der Zweck des Inventarrechtes zum Theile vereitelt; der Erbe hätte seine Forderung eingebüßt und erhielte nur konkursmäßige Befriedigung, also in der Regel Befriedigung zu dem im Konkurse sich ergebenden Bruchttheile. Würde dagegen dem Erben gestattet, wegen seiner Forderung als Massegläubiger Ersatz zu fordern, so würde die Konkursmasse benachtheiligt, der Nachlaßgläubiger erhielte auf Kosten der übrigen Gläubiger volle Befriedigung. Zudem würde der Erbe möglicherweise doch noch einen Verlust erleiden, wenn die Nachlaßmasse nicht reicht, um die Nachlaßgläubiger zu befriedigen. Würde die Aufrechnung aufrecht erhalten in Höhe des Bruchttheiles, welcher dem Nachlaßgläubiger im Konkurse zufallen würde, und der Erbe in Höhe dieses Bruchttheiles auf das ihm nach § 2115 Abs. 2 zustehende Eintrittsrecht verwiesen, so müßten sich Verwickelungen ergeben; auch würde nicht immer ein befriedigendes Ergebnis erzielt. Daher verdient es den Vorzug, in solchem Falle der Aufrechnungserklärung jede Wirkung

| S. 636.

zu entziehen, falls sie nicht mit Zustimmung des Erben erfolgt ist. Dies entspricht den obwaltenden Verhältnissen und steht noch am meisten im Einklange mit § 2114.

Für den Fall, daß der Erbe zur Konkursmasse Geld zu zahlen und als Konkursgläubiger eine Befriedigung zu erwarten hat, dem Konkursgerichte die Befugniß beizulegen, auf Antrag des Erben zu bestimmen, ob und in welchem Umfange der Erbe die Geldzahlung zum Zwecke der Anrechnung auf die zu erwartende Befriedigung zurückbehalten dürfe, und zwar mit der Maßgabe, daß das Gericht die getroffene Entscheidung jederzeit aufheben oder ändern könne, wäre schon deshalb nicht angemessen, weil es nicht Aufgabe des bürgerlichen Rechtes ist, Vorschriften zu geben, in Ansehung der Befugnisse, welche dem Konkursgerichte behufs zweckmäßiger Konkursverwaltung beizulegen sind.

§ 2117 (II 2059, B. 2165, R. 2163, G. 2189 und KonkD. §§ 226 ff.).

7. Aus-
behnung auf
alle Nachlaß-
gläubiger.

Der Entw. sieht sich genöthigt, wie S. 605 angedeutet ist, allen Nachlaßgläubigern die Theilnahme am Nachlaßkonkurse zu ermöglichen, um durch den Konkurs die vollständige Liquidation des Nachlasses herbeizuführen, obgleich damit von der KonkD. abgewichen wird. Diese Abweichung (Abs. 1) findet ihre Rechtfertigung schon in dem Umstande, daß Vermächtnisse, Auflagen, Pflichttheilsrechte nach dem Entw. nur obligatorische Ansprüche erzeugen (vgl. §§ 1865, 1888, 1975, 1976). Der Versuch bei Festhaltung der Vorschriften der KonkD. durch Aufstellung von Sondervorschriften die Stellung derjenigen Nachlaßgläubiger, welche nach der KonkD. Konkursgläubiger nicht sind, angemessen zu regeln, würde auf kaum zu überwindende Schwierigkeiten stoßen. Eine derartige Regelung wäre nur möglich, wenn die bezeichneten Nachlaßgläubiger wie Konkursgläubiger behandelt würden, zu deren Befriedigung über den nach Berichtigung der übrigen Forderungen verbliebenen Ueberschuß ein besonderer Konkurs eröffnet würde. — Soweit es sich nicht um einen Nachlaßkonkurs handelt, bewendet es bei der im § 56 KonkD. bestimmten Beschränkung der Geltendmachung gewisser Forderungen im Konkurse. Wird der Konkurs über das Vermögen eines Lebenden eröffnet, so haftet aber auch den Gläubigern der Gemeinschuldner voll in Ansehung derjenigen Forderungen, welche im Konkurse nicht geltend gemacht werden können. Dagegen hat der Konkurs über den Nachlaß seinem Wesen nach den Zweck, die Vertheilung des Nachlasses unter alle Nachlaßgläubiger zum vollständigen Abschlusse zu bringen. Würde die Vertheilung nur bis zu einer gewissen Grenze durchgeführt, also unter Ausschluß einiger Klassen von Gläubigern, so würden sich, insbes. für die ausgeschlossenen Gläubiger, schwere Uebelstände ergeben. Den Ausschlossenen würde jedenfalls auf die Dauer des Nachlaßkonkurses das Recht auf Befriedigung gegen den Erben (§ 2110 Abs. 1) sowie gegen die Konkursmasse, also überhaupt jedes Recht auf Befriedigung entzogen werden. | Verbleibt nach Befriedigung derjenigen Gläubiger, welche nach der KonkD. Konkursgläubiger sind, noch ein Ueberschuß, so würden, wenn es bei der KonkD. bliebe, die Ausschlossenen aus diesem Ueberschusse ihre Befriedigung nicht unmittelbar und auf einmal empfangen, sondern nur einzeln durch den Erben. Eine solche Einzelbefriedigung entspricht weder dem Wesen des Nachlaßkonkurses, welcher den ganzen Nachlaß ergreift, noch der Eigenschaft der vom Konkurse Ausschlossenen, obgleich die Ansprüche derselben nach § 2092 Nachlaßverbindlichkeiten sind, noch endlich der Erwägung, daß allen Nachlaßgläubigern unter sich wie gegen den Erben ein Schutz gebührt. Ist der Erbe, welcher den nach Befriedigung der Konkursgläubiger (im Sinne der KonkD.) verbliebenen Ueberschuß empfangen hat, insolvent, so würden Pflichttheilsberechtigte usw. gegenüber dem Erben schutzlos sein, wenn der Erbe den Ueberschuß anderweit verwendete. Vertheilte er den Ueberschuß wirklich, aber nicht konkursgemäß, so würde nur übrig bleiben, diesen Nachlaßgläubigern einen an sich schwierig zu regelnden, unter Umständen ergebnislosen Rückgriff gegen einander zu gestatten. Dies letztere Schutzmittel wird nach der Regelung des Entw. ganz entbehrlich.

| S. 637.

Die KonkD. zu ändern, ist vermieden, soweit irgend thunlich. Hier aber kommt in Betracht, daß die KonkD. nicht vollständig und endgültig regeln konnte, da sie einer Vielzahl von Landesrechten, welche in vielen Richtungen unter sich abwichen, gegenüberstand. Die Uebelstände ihrer Regelung haben sich offenbar nur deshalb bisher nicht in erheblichem Maße geltend gemacht, weil die meisten geltenden Rechte den Pflichttheilsberechtigten ein Erbrecht, den Vermächtnisnehmern ein dingliches Recht an dem vermachten Gegenstande gewähren.

Durch § 2117 wird nicht allein der Begriff der Unzulänglichkeit des Nachlasses geändert, sondern auch die Zahl der zum Antrage auf Eröffnung des Konkurses Berechtigten vermehrt.

Rang-
ordnung.

Laufenbe-
Zinsen.

Um den Grundsatz durchzuführen, daß kein Nachlaßgläubiger von der Geltendmachung seiner Ansprüche im Konkurse ausgeschlossen sei, ist der Entw. genöthigt, alle nach dem bisherigen Konkursrechte ausgeschlossenen Forderungen zu berücksichtigen und über deren Rangordnung zu bestimmen. Die Abs. 2 und 3 enthalten die in dieser Richtung erforderlichen Vorschriften, welche sich strenge an die Natur der Verhältnisse halten. Der Eingang des Abs. 2 folgt im Wesentlichen dem Eingange des § 54 KonkD. — Die Nr. 1 ist erforderlich wegen des § 56 Nr. 1 KonkD.

Die unter den folgenden Nummern aufgezählten Nachlassgläubiger können nicht Befriedigung verlangen, so lange die Gläubiger, welche nach der KonkD. Konkursgläubiger sind, nicht auch wegen der laufenden Zinsen befriedigt sind. — Unter Nr. 2 werden die nach § 56 Nr. 3 KonkD. im Konkurse sonst ausgeschlossenen Geldstrafen und die Forderungen aus Schenkungen des Erblassers erwähnt. Die KonkD. spricht im § 56 Nr. 4 von Forderungen aus einer Freigebigkeit des Erblassers. Der Entw. vermeidet den unbestimmten Ausdruck „aus einer Freigebigkeit“ durchweg. Dies kann auch hier geschehen, weil nach §§ 437 ff. alle in Betracht kommenden Freigebigkeiten unter den Begriff der Schenkungen fallen. Zweifel könnten nur in Ansehung des Versprechens einer Ausstattung bestehen. Allein nach § 1500 Abs. 1 ist dem Versprechen einer Ausstattung in den durch die Vorschrift getroffenen Fällen die Eigenschaft als Schenkungsversprechen abgesprochen. Die im § 56 Nr. 4 KonkD. erwähnten Forderungen aus einer Freigebigkeit von Todeswegen sind nach dem Entw. als Forderungen aus Vermächtnissen oder Auflagen anzusehen.

Die Fassung der Nr. 3, welche die Forderungen wegen Gewährung eines Pflichttheiles „aus dem Nachlasse“ betrifft, bezweckt eine Beschränkung. Da der Entw. in den §§ 2009 ff. einen außerordentlichen Pflichttheil kennt, welcher im Falle des § 2014 vom dritten Beschenkten zu fordern ist, so ist es geboten, diesen Anspruch hier auszuschließen. Ein solcher Anspruch muß den Charakter als gewöhnliche Konkursforderung behalten. — Unter Nr. 4 werden die Forderungen aus Vermächtnissen und Auflagen aufgezählt. Der Zusatz zu Nr. 4 sieht, im Anschlusse an einige geltende Rechte (Code 927; sächs. GB. § 2495; vgl. für das gemeine Recht Seuffert 29 Nr. 249; Stobbe § 312 Anm. 19; Mommsen § 392; hess. Entw. 294 Abs. 3), vor, daß der Erblasser durch eine Verfügung von Todeswegen anordnen kann, ein Vermächtniß oder eine Auflage solle den Vorrang vor einem anderen Vermächtnisse oder einer anderen Auflage haben. Die Aufnahme dieser Vorschrift ist schon deshalb angemessen, weil auch im § 1882 auf eine abweichende Regelung durch den Willen des Erblassers hingewiesen ist. Gesetzliche Vorzugsrechte einzelner Vermächtnisse, wie sie sich im gemeinen Rechte (bei der quarta Falcidia) für Vermächtnisse zu frommen Zwecken usw. (Windscheid § 651 Anm. 7; Roth § 328 Anm. 17—23) und im öst. GB. § 691 finden, sind nicht aufgenommen. — Die Aufnahme der unter Nr. 5 bezeichneten Ansprüche entspricht der Auffassung des Entw. in Ansehung der Ausgleichungspflicht, welche zum § 2164 erörtert werden wird.

In Ansehung der unter Nr. 2—5 bezeichneten Forderungen ist auch der Zinsen, und zwar sowohl der bis zur Eröffnung des Konkurses aufgelaufenen, als der seit der Eröffnung des Konkurses laufenden, zu gedenken. Der Abs. 3, wonach diese Zinsen den Forderungen mit gleichem Range hinzutreten, entspricht dem § 55 KonkD.

Den Gläubigern der unter Nr. 3—5 bezeichneten Forderungen darf nicht zum Vortheile gereichen, was in Folge der Anfechtung einer vom Erblasser oder gegen diesen vorgenommenen Rechtshandlung zur Konkursmasse zurückgewährt wird (Abs. 4 Satz 1). In Ermangelung einer besonderen Vorschrift hierüber würde das Anfechtungsrecht, welches nach § 29 KonkD. durch den Konkursverwalter ausgeübt wird, auch denjenigen Forderungen aus Nachlassverbindlichkeiten, welche nicht schon in der Person des Erblassers entstanden waren, zu Statten kommen. Dieses Ergebnis wäre innerlich nicht gerechtfertigt. Das Anfechtungsrecht ist nur zum Schutze der Gläubiger desjenigen bestimmt, von welchem oder gegen welchen die anfechtbare Rechtshandlung vorgenommen ist. Eine Verletzung von Berechtigten, welche nach der KonkD. nicht Gläubiger sind, durch die anfechtbare Rechtshandlung ist nicht denkbar. Die unter Nr. 3—5 bezeichneten Nachlassgläubiger sind zu keiner Zeit Gläubiger des Erblassers gewesen. Darüber kann nicht um deswillen hinweggesehen werden, weil die KonkD. und das G. v. 21. Juli 1879 § 2 von dem durch die Anfechtung erlangten Vortheile auch diejenigen Gläubiger nicht ausschließen, welche erst nach der anfechtbaren Rechtshandlung Gläubiger geworden sind. Denn die Verfügungsmacht einer Person kann wohl zu Gunsten ihrer künftigen Gläubiger als obligatorisch beschränkt gedacht werden, nicht aber zu Gunsten von Personen, welche niemals ihre Gläubiger gewesen sind. Soweit die Vorschriften über den außerordentlichen Pflichttheil eine Beschränkung ähnlicher Art enthalten, kommen sie hier nicht in Betracht.

Besondere Vorschriften sind erforderlich über den Zwangsvergleich (Abs. 4 Satz 2). Für die gänzliche Ausschließung desselben im Falle des Nachlasskonkurses (vgl. Mot. 1 S. 118) läßt sich geltend machen, daß der Nachlass, über welchen der Konkurs eröffnet wird, ein Vermögen ist, welches als Ganzes nur noch deshalb zusammengehalten wird, weil es dazu bestimmt ist, zur Befriedigung der Gläubiger verwendet zu werden, und daß ein solches Vermögen seiner Bestimmung gemäß ungehemmter konkursmäßiger Verteilung unterworfen sein müsse (vgl. Mot. zur KonkD. S. 456). Diesen Gründen gegenüber würde die Rücksicht auf den Erben und auf die fama defuncti nur von geringem Gewichte sein. Allein ausschlaggebend erscheint das Interesse der Nachlassgläubiger, welches schwer leiden könnte, wenn ein Zwangsvergleich nicht zugelassen würde, insbes. wegen der mit der Fortführung des Konkurses verbundenen Weiterungen und Kosten.

Geldstrafen

§ 638.

Gewährung eines Pflichttheiles.

Vermächtnisse und Auflagen.

Ausgleichungspflicht.

Zinsen der Forderungen.

Durch die Anfechtung Zurück-erlangtes.

§ 639.

Zwangsvergleich. Zulassung.

Nach der KonkD. nehmen die bevorrechtigten Gläubiger nicht Theil am Zwangsvergleich (§ 160 daf.). Als solche erscheinen im vorliegenden Falle alle anderen Gläubiger, mit Ausnahme der im § 2117 bezeichneten Nachlassgläubiger, also gerade diejenigen Gläubiger, mit welchen, wenn der Zwangsvergleich einen Zweck haben soll, der Vergleich zu schließen ist. Als der angemessene Ausweg stellt sich dar, die unter Nr. 2—5 bezeichneten Gläubiger an der Schließung des Vergleiches nicht Theil nehmen zu lassen, ihnen aber, damit sie durch den Vergleich nicht leiden, ein Widerspruchsrecht beizulegen. Die unter Nr. 1 bezeichneten Gläubiger gehören schon an sich wegen ihrer Forderung, abgesehen von den laufenden Zinsen derselben, zu den Stimmberechtigten. Darüber, ob der Betrag der laufenden Zinsen dem bei der Abstimmung maßgebenden Forderungsbetrage hinzuzurechnen ist, bedarf es einer besonderen Vorschrift nicht, weil diese Frage schwerlich eine praktische Bedeutung gewinnen wird und jedenfalls der Praxis und Wissenschaft überlassen bleiben kann. — Um das Widerspruchsrecht zu sichern, sollen die nicht stimmberechtigten Gläubiger vor Bestätigung des Vergleiches gehört werden, im Falle des Widerspruches seitens eines derselben soll die Bestätigung nicht erfolgen können (Abs. 4 a. E.). Auf solche Weise wird ihnen das Recht gewahrt, auf der regelmäßigen und ungehemmten Abwicklung des Konkurses zu bestehen, wenn auch dieses Recht häufig nur dahin führen wird, daß ihnen eine billige Abfindung gewährt wird.

Diese Regelung des Entw. macht es entbehrlich, die Stellung der Pflichttheilsberechtigten und Vermächtnisnehmer gegenüber den anderen Nachlassgläubigern, wie die geltenden Rechte zumeist gethan haben (sächs. GB. § 2332; Code 809, Zachariae § 720; Mommsen § 260 Abs. 3; heft. Entw. 270 nebst Mot. S. 162), durch besondere Vorschriften zu ordnen.

§§ 2118, 2119 (II 1864, —, B. 1966, —, R. 1964, —, G. 1989, —).

8. Haftung
wegen des
Ueberschusses.

1. Im Nachlasskonkurse kann nach der Vertheilung an die Gläubiger dem Erben ein Ueberschuß bleiben. Diesen Ueberschuß ihm auch dann zu belassen, wenn noch Gläubiger vorhanden sind, welche sich nicht gemeldet haben oder überhaupt noch nicht befriedigt sind, erscheint unzulässig (vgl. S. 605). Demgemäß wird der Erbe für verpflichtet erklärt (§ 2118 Satz 1), die noch unbefriedigten Nachlassgläubiger zu befriedigen. Vermieden ist, ausschließlich von den im Konkurse nicht gemeldeten Gläubigern zu sprechen, da selbst gemeldete Forderungen unter Umständen, z. B. bedingte Forderungen (vgl. § 142 Abs. 2 KonkD.), nicht zur Befriedigung gelangen und den Konkurs überdauern. — Daß die Verpflichtung des Erben wegfällt, wenn er nicht mehr bereichert ist (Satz 2), ist eine Folge der im § 2127 Abs. 2 Satz 2 enthaltenen Vorschrift, nach welcher die Haftung des Erben gegenüber den im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Gläubigern auf die Bereicherung beschränkt ist. Der maßgebende Zeitpunkt in Ansehung des Wegfalles der Bereicherung muß hier wie dort derjenige sein, in welchem der Anspruch gegen den Erben zuerst, gerichtlich oder außergerichtlich, geltend gemacht ist.

Wegfall der
Bereicherung.

Reihenfolge.

Die nicht befriedigten Gläubiger können nicht verlangen, daß der Erbe ihre Befriedigung in einer gewissen Reihenfolge bewirke (Satz 3). Nach den allgemeinen Grundsätzen liegt dem Schuldner nicht ob, in der Befriedigung seiner Gläubiger eine bestimmte Rangordnung oder Reihenfolge zu beobachten. Hat der Erbe einen Ueberschuß noch hinter sich, so kann er von jedem Gläubiger auf Verwendung des Ueberschusses zu dessen Befriedigung in Anspruch genommen werden. Der Erbe hat nur den Einwand, der Ueberschuß sei bereits verwendet. Würde dem Erben auferlegt, eine gewisse Rangordnung oder Reihenfolge zu beobachten, so würde eine Art nachträglichen Konkurses herbeigeführt. Streitigkeiten, ob der Erbe nach Maßgabe der vorgeschriebenen Reihenfolge befriedigt habe, könnten nicht ausbleiben. Daß der Erbe später sich meldende Nachlassgläubiger zurückweisen kann, soweit der Ueberschuß durch seine eigenen, im Konkurse nicht zur Hebung gelangten Forderungen an den Nachlass erschöpft wird, versteht sich von selbst. — Nur in Ansehung der rechtskräftigen Verurtheilung zur Befriedigung eines Gläubigers ist eine auf Billigkeitsgründen beruhende Ausnahme beigelegt (Satz 4). Freilich kann auch dadurch der Erbe in der Vertheidigung seiner Rechte unter Umständen beschränkt werden. Dies zeigt folgendes Beispiel: A hat ein rechtskräftiges Urtheil erlangt; der gleichzeitig einen Anspruch erhebende B ist in zwei Rechtszügen abgewiesen, scheidet aber im dritten Rechtszuge. Der Erbe würde außer Stande sein, gegen B noch geltend zu machen, daß er bereits gegenüber dem A rechtskräftig verurtheilt sei. Indessen liegt der bezeichnete Fall so fern, daß es nicht geboten erscheint, auf denselben Rücksicht zu nehmen. Andererseits würde ohne jene Ausnahme für den Fall der rechtskräftigen Verurtheilung der Böswilligkeit des Erben ein zu großer Spielraum gewährt, wenn er selbst dann noch durch seine Willkür den Erfolg des Urtheiles vereiteln könnte, indem er nunmehr einen anderen Gläubiger befriedigte.

| S. 641.

Rückgriff der
Befriedigten
unter sich.

Ueber den Rückgriff der befriedigten Nachlassgläubiger unter sich enthält sich der Entw. einer Vorschrift. Auch ohne eine solche kann es nicht zweifelhaft sein, daß der Fall des Anspruches wegen ungerechtfertigter Bereicherung ohne Rechtsgrund, an welchen allein gedacht werden könnte, nicht eintritt.

Die Eröffnung des Nachlaßkonkurses zeitlich zu begrenzen, etwa in der Weise, daß nach Ablauf einer gewissen Zeit, zB. mehrere Jahre seit der Annahme der Erbschaft, der Konkurs über den Nachlaß nicht mehr eröffnet werden dürfe, würde sich damit rechtfertigen lassen, daß die Klarstellung des Nachlasses nach längerer Zeit mit großen Schwierigkeiten verbunden sein kann, zumal der Entw. nicht eine von selbst laufende, an die Ueberlegungsfrist sich anschließende Inventarfrist kennt. Allein eine solche Beschränkung ist dem geltenden Rechte nicht bekannt. Gegenüber der Schwierigkeit der Feststellung der Konkursmasse ist andererseits zu berücksichtigen, daß der Erbe unter Umständen erst nach längerer Zeit davon Kenntniß erlangen kann, daß der Nachlaß unzureichend ist, zB. in Folge der nachträglichen Abforderung eines vermeintlichen Nachlaßgegenstandes, dessen Werth ein sehr bedeutender ist, oder in Folge der nachträglichen Geldendmachung einer Nachlaßverbindlichkeit von beträchtlichem Umfange oder in Folge der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten zu Ungunsten des Erben. In solchen Fällen würde es sich als eine große Härte herausstellen, wenn dem Erben wegen des Ablaufes der zu bestimmenden Zeit der Weg, den Nachlaßkonkurs eröffnen zu lassen und sich dadurch gegen die persönliche Haftung sicher zu stellen, verschlossen wäre. Aber auch im Interesse der Gläubiger kann es liegen, daß der Nachlaßkonkurs noch nach Ablauf einer längeren Zeit eröffnet werde. Die Verhältnisse können sich sehr wohl so gestalten, daß die Eröffnung des Nachlaßkonkurses, selbst lange Zeit nach dem Erbfalle, den Gläubigern noch eine größere Sicherheit und Leichtigkeit der Befriedigung gewährt, als die Verfolgung gegen den Erben oder vielleicht dessen sehr verschuldeten Erben im Wege des Einzelprozesses. Deshalb muß von jeder zeitlichen Begrenzung abgesehen werden [vgl. jedoch KonkD. § 220].

Zeitliche Begrenzung des Nachlaßkonkurses.

In Erwägung ist weiter gezogen, ob nicht der Konkurs über den Nachlaß aufzuheben sei, wenn der Erbe auf das Inventarrecht verzichtet. Ein Grund, diesen Verzicht nach der Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß nicht zuzulassen, besteht nicht. Selbstverständlich kann der Erbe sich verpflichten, alle Nachlaßgläubiger voll zu befriedigen. Allein daraus folgt nicht, daß auf Grund einer solchen Erklärung der Nachlaßkonkurs aufgehoben werden muß. Freilich kann es für den Erben ein Uebelstand sein, daß, obgleich er eine solche Erklärung abgegeben hat, ihm wegen der Fortdauer des Nachlaßkonkurses die Möglichkeit entzogen ist, die Konkursmasse nach seinem Belieben zur Erfüllung dieser Verbindlichkeiten zu verwenden. Hiergegen kommt indessen das Interesse der Nachlaßgläubiger in Betracht. Dieses Interesse könnte verletzt werden, wenn es dem Erben gestattet würde, durch eine einfache Erklärung, die Gläubiger befriedigen zu wollen, ohne wirkliche Befriedigung dem Nachlaßkonkurs ein Ende zu machen. Um zu diesem Ergebnisse zu gelangen, ist nicht erforderlich, den Nachlaßgläubigern ein erworbenes Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dem Nachlasse, über welchen der Konkurs eröffnet ist, zu gewähren. — Auch die KonkD. steht im Allgemeinen auf dem Standpunkte, daß der spätere Wegfall einer Voraussetzung der Konkursöffnung die Aufhebung des eröffneten Konkurses nicht rechtfertigt (vgl. KonkD. §§ 188 ff., § 94, Mot. dazu S. 436 f.).

Verzicht auf das Inventarrecht. | S. 642.

2. Der § 2119, betr. den Konkurs über einen Erbtheil, ist durch KonkD. n. F. § 235 ersetzt.

| §§ 2120—2124 (II 1845, —, V. 1947, —, R. 1945, —, G. 1970, —).

| S. 643.

Das Institut des erbchaftlichen Gläubigeraufgebotes ist dem preuß. Rechte (vgl. KonkD. v. 8. Mai 1855 §§ 342—361 und G. v. 28. März 1879, betr. die Zwangsvollstreckung gegen Benefizialerben) entlehnt. Es ist von dort auch in das lüb. AufgebotsG. v. 25. März 1882 §§ 17 ff. übernommen. Die Erfahrung lehrt, daß selbst da, wo das Aufgebotsystem gesetzlicher Anerkennung entbehrt, vielfach die Erben unmittelbar einer öff. Aufforderung an die Nachlaßgläubiger zur Meldung ihrer Ansprüche sich bedienen (vgl. Windscheid § 606 Anm. 3). Daraus erhellt, daß der dem ganzen Systeme zu Grunde liegende Gedanke ein richtiger und praktisch angemessener ist. Es läßt sich auch kaum verkennen, daß der Inventarerbe eines Mittels bedarf, um, falls die Umstände dies wünschenswerth erscheinen lassen, zu übersehen, ob er selbst den Nachlaßkonkurs zu beantragen veranlaßt ist. — Die Stellung der Vorschriften an dieser Stelle kann auffallen; indessen ist zu bemerken, daß es nicht wohl angeht, die Vorschriften den Vorschriften über den Nachlaßkonkurs voranzustellen, obgleich diese Stellung am meisten angezeigt erscheinen könnte, da das Aufgebotsverfahren dem Erben die Mittel bieten soll, sich zu entschließen, ob er den Konkurs über den Nachlaß wählen oder sich auf die Geldendmachung der Abzugseinrede beschränken soll. An jener Stelle würden indessen manche Vorschriften dieses Unterabschnittes schwer verständlich sein. Die Einreihung hinter den Vorschriften über die Abzugseinrede ist deshalb bedenklich, weil alsdann der im § 2150 gewährte Ersatz für das Absonderungsrecht ganz allein an den Schluß zu stellen wäre. Ein gewisser Zusammenhang der Vorschriften mit dem Nachlaßkonkurs ist nicht zu leugnen (vgl. auch S. 622).

VI. Erbchaftliches Gläubigeraufgebot.

| S. 644.

1. Als Haupterforderniß für die Zulässigkeit des Aufgebotsverfahrens stellt der § 2120 Abs. 1 auf, daß der Erbe das Inventarrecht noch nicht gegenüber allen Nachlaßgläubigern ver-

1. Erfordernisse:

a) Inventarrecht. Loren hat. Daß die Annahme der Erbschaft seitens des Erben erfolgt sein muß (Abs. 2 Eingang), bevor ein Aufgebot erfolgt, rechtfertigt sich dadurch, daß das Aufgebot nur im Interesse des Inventarerben zugelassen wird (vgl. S. 605). Ein Aufgebotsverfahren, dessen Wirkungen mit einer späteren Ausschlagung der Erbschaft seitens des Antragstellers wegfallen, kann nicht gestattet werden. Da im Antrage auf Einleitung des Aufgebotsverfahrens nicht schon an sich und ohne Weiteres eine stillschweigende Annahme der Erbschaft im Sinne des § 2029 zu finden sein möchte, ist die Aufstellung dieses Erfordernisses geboten. — Auch der Nachlasspfleger ist zum Antrage berechtigt (vgl. § 2064). Weshalb dem Vollstrecker die gleiche Befugniß nicht gewährt werden kann, ist zum § 1904 S. 240 begründet.

b) Annahme der Erbschaft.

Der Erbe, welcher das Gläubigeraufgebot beantragt, muß das Inventar bereits errichtet oder dessen Aufnahme gemäß § 2013 bei dem Nachlassgerichte beantragt haben (Abs. 2 a. E.). Eingewendet werden kann, dieses Erforderniß sei deshalb nicht angemessen, weil das Ergebnis des Verfahrens den Erben erst in den Stand setzen werde, ein in Ansehung der Nachlassverbindlichkeiten vollständiges Inventar aufzustellen. Allein das Erforderniß ist deshalb nicht zu entbehren, weil sonst die Möglichkeit bestehen bleibt, daß der Erbe nachträglich durch Versäumung der Inventarfrist das Inventarrecht verliert, und daß damit das ganze Verfahren zwecklos wird. Daneben verdient auch das Interesse der Gläubiger Berücksichtigung. Für diese ist es sehr wünschenswerth, einen Einblick in den Vermögensstand zu gewinnen. Die Gläubiger haben zu prüfen, ob es für sie nicht sachgemäß und zulässig ist, sofort den Nachlasskonkurs zu beantragen und damit die mit dem Aufgebotsverfahren verbundenen Verzögerungen der Rechtsverfolgung zu vermeiden (vgl. § 2130). Entsprechend bestimmt auch das preuß. G. v. 1879 § 5.

c) Inventarerrichtung.

Endlich wird erfordert, daß seit der Annahme der Erbschaft noch nicht ein Zeitraum von 2 Jahren verstrichen ist. Das preuß. G. v. 1879 § 4 begrenzt die Zulässigkeit auf 1 Jahr von der erlangten Wissenschaft von dem Anfall an. Wegen der einschneidenden Wirkungen des Aufgebotes (§ 2130) ist eine zeitliche Grenze nicht zu entbehren. In Ansehung des Antrages auf Eröffnung des Nachlasskonkurses ist eine zeitliche Begrenzung nicht für erforderlich erachtet (vgl. zum § 2118 S. 641). Da jedoch dem Erben stets offen gelassen ist, diesen ihn sichernden Weg zu beschreiten, so erscheint für das Gläubigeraufgebot die zeitliche Beschränkung zulässig und angemessen.

Zeitliche Begrenzung.

§ 645.

Zulassung eines Ausschlußurtheiles.

Das Aufgebot hat nach Maßgabe der §§ 824—836 CPD. stattzufinden (Abs. 1). Dem Erben soll nicht, ohne Feststellung des Ausschlusses durch Urtheil, lediglich das Recht verschafft werden, gegenüber dem nichtangemeldeten Gläubiger im Rechtsstreite die durch das Aufgebot und die Nichtanmeldung eingetretenen rechtlichen Folgen geltend zu machen. Der praktische Unterschied zwischen den beiden möglichen Arten der Regelung besteht darin: Auf dem vom Entw. eingeschlagenen Wege wird die Nichtanmeldung eines Anspruches dergestalt festgestellt, daß die Folgen nur durch die Anfechtung des Urtheiles gemäß §§ 834, 835 CPD. beseitigt werden können, während auf dem anderen Wege die Folgen der Nichtanmeldung abhängig bleiben davon, daß die für den Eintritt der Folgen bestimmten gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. Der Erbe müßte also, wenn der letztere Weg eingeschlagen wäre, in jedem einzelnen Rechtsstreite gegenüber dem Gläubiger behaupten und beweisen, daß jene Voraussetzungen vorliegen. Auf diese Weise würde nicht in hinreichendem Maße für die Sicherheit des Erben gesorgt; das Aufgebotsverfahren würde nicht den bezweckten Nutzen bringen. Durch das der Rechtskraft fähige Ausschlußurtheil wird dieser Zweck erreicht. Der Entw. behandelt die Gläubiger strenger, indem sie auf die Anfechtung des Ausschlußurtheiles beschränkt bleiben. Darin liegt jedoch nichts Unbilliges. — Für die Entscheidung sind Rücksichten praktischer Zweckmäßigkeit maßgebend. Den Vorschriften der CPD. ist vielleicht nicht ein Prinzip zu entnehmen, welches zu dieser Entscheidung nöthigt. Ein Gleiches gilt vom Vorbehalte zu Gunsten der landesgesetzlichen Vorschriften über das erbchaftliche Liquidationsverfahren (GG. zur CPD. § 15 Nr. 3). Jedenfalls entsprechen die Vorschriften des Entw. den Grundsätzen der CPD., da die Unterlassung der Anmeldung mit einem wirklichen Rechtsnachtheile bedroht ist. Ein solcher Rechtsnachtheil liegt vor, wenngleich das Recht nicht mit dinglicher Wirkung aufgehoben, vielmehr nur die Geltendmachung des nicht angemeldeten, in seinem Bestande noch unberührt gebliebenen Rechtes beschränkt ist, und nicht etwa eine lediglich thatsächliche Folge zum Nachtheile des Säumnigen angedroht wird. In gleicher Weise entscheiden das preuß. G. v. 1879 § 15 und das säch. G. v. 1882 §§ 1, 49; abweichend bestimmen das bayer. GG. zur CPD. v. 1869 Art. 55 Abs. 1 und das bayer. AusfG. zur CPD. Art. 155, wohl auch Mommsen § 260. Bei Mommsen hat indessen das Aufgebot einen ganz anderen Zweck, da er, sobald das Inventarrecht beansprucht wird, das Gericht von Amtswegen handeln läßt (dessen Mot. S. 306).

Antragsrecht jedes Miterben.

Daß zum Aufgebotsantrage jeder von mehreren Miterben berechtigt ist, versteht sich ebenso von selbst, als daß mehrere Miterben den Antrag gemeinschaftlich stellen können, und daß ein Miterbe sich dem von einem anderen Miterben gestellten Antrage anzuschließen vermag. Das Nachlassgericht kann dazu, wenn das Aufgebot von mehreren Miterben selbständig beantragt ist,

die Verbindung des Verfahrens anordnen; dies besonders zu bestimmen, ist wegen des für anwendbar erklärten § 836 CPD. nicht erforderlich. | Der Entw. benutzt diese Gelegenheit, um das Wort „Inventarerbe“ als ein terminologisches einzuführen. Dies geschieht erst hier, obgleich das Wort bereits in § 1881 (vgl. auch § 162) verwendet ist, weil eine geeignetere Stelle dafür nicht ermittelt ist. | S. 646.
Inventarerbe.

2. Daß der § 2121 das Nachlaßgericht für zuständig erklärt, stimmt überein mit dem 2. Zuständigkeits des Nachlaßgerichtes. preuß. G. v. 1879 § 3 Abs. 2. Das lüb. G. v. 1882 § 48 beschränkt sich darauf, das Amtsgericht für zuständig zu erklären. Von einer Zuständigkeit des Nachlaßgerichtes kann nur dann die Rede sein, wenn es ein mit der streitigen Rechtspflege betrautes Gericht ist. Thätig wird in solchem Falle das Nachlaßgericht nicht als solches, sondern in Ausübung der streitigen Rechtspflege. — Nach § 23 GVG. sind die Amtsgerichte für das Aufgebotsverfahren zuständig. Um für den Fall zu sorgen, daß in einzelnen Staaten die Funktionen des Nachlaßgerichtes nicht den Amtsgerichten übertragen sind, ist für das GG. (Abs. 1) eine besondere Vorschrift vorgeesehen, welche für einen solchen Fall dasjenige Amtsgericht für zuständig erklärt, in dessen Bezirke die Nachlaßbehörde ihren Sitz hat. 2. Zuständigkeits des Nachlaßgerichtes. (CPD. § 990.)

3. Dem Antrage ist ein Verzeichniß der dem Erben bekannten Gläubiger beizufügen. Die Einreichung ist in dem Sinne verpflichtend, daß, wenn die Einreichung unterblieben ist, das Ausschlußurtheil nicht erlassen werden darf. In gleicher Weise bestimmt das preuß. G. v. 1879 § 6. Das lüb. G. v. 1882 § 18 verlangt außerdem die Angabe des Grundes und Umfanges dieser Ansprüche und das Erbieten zur eidlichen Versicherung, daß dem Antragsteller andere Gläubiger nicht bekannt sind. — Zu weit würde es gehen, die Beifügung des Verzeichnisses zu einer Voraussetzung für die Zulässigkeit des Aufgebotsverfahrens zu machen (vgl. § 834 Nr. 1 CPD.) und demgemäß vorzuschreiben, die Beifügung müsse erfolgt sein. 3. Gläubigerverzeichniß. (CPD. § 992.)

Das Verzeichniß hat zugleich die Angaben über den Wohnort der Gläubiger zu enthalten (Halb. 2). So bestimmen auch das preuß. und das lüb. Gesetz. Geeignetenfalls wird der Erbe dieser Vorschrift durch die Angabe zu genügen haben, der Wohnort sei unbekannt. Die Angabe des Wohnortes, nicht des Wohnsitzes, ist vorgeschrieben, weil es nur darauf ankommt, wo der Gläubiger seinen gewöhnlichen Wohnort hat, behufs Zustellung der gerichtlichen Bekanntmachung (§ 2124). Das juristische Domizil kommt nicht in Betracht (vgl. §§ 165 ff. der CPD.). Wohnort der Gläubiger.

4. Die Ordnungsvorschrift, daß das Aufgebot nicht erlassen werden soll, wenn der Konkurs über den Nachlaß beantragt ist (§ 2123 Abs. 1), rechtfertigt sich | durch die Erwägung, daß neben dem Nachlaßkonkurse für das Aufgebotsverfahren kein Raum ist. Die sich hieran anschließende Vorschrift, daß das Aufgebotsverfahren durch Eröffnung des Konkurses beendet wird (Abs. 2), hat einen strengeren Charakter. Ist die letztere Vorschrift nicht beachtet und dennoch ein Ausschlußurtheil erlassen, so unterliegt es nach § 834 Nr. 1 CPD. der Anfechtung. Aus der Vorschrift folgt, daß der Antrag auf Einleitung des Aufgebotsverfahrens die Eröffnung des Nachlaßkonkurses nicht verhindern kann. 4. Verhältnis zum Nachlaßkonkurse. (CPD. § 989.)

5. Die Vorschriften des § 2124 über die Aufgebotsfrist, die Bekanntmachung und die Zustellung der letzteren an die von dem Erben bezeichneten Gläubiger folgen im Wesentlichen dem preuß. G. v. 1879 §§ 7, 8 und dem lüb. G. §§ 49, 51. Nach letzterem sind jedoch die dem Antragsteller angezeigten Berechtigten lediglich davon zu benachrichtigen, daß sie von der Anmeldung befreit sind. Das Wort „soll“ der Vorschrift läßt erkennen, daß die Wirksamkeit des Aufgebotes von der Zustellung an die angezeigten Nachlaßgläubiger nicht abhängig ist, wie das preuß. Gesetz ausdrücklich hervorhebt. — Mit letzterem zu bestimmen „eine öff. Zustellung findet nicht statt“, könnte zu Mißverständnissen Anlaß geben. Gemeint ist wohl damit, daß an Gläubiger, deren Aufenthalt unbekannt ist, keine besondere Zustellung nach Maßgabe der §§ 186, 187 CPD. zu erfolgen hat. Dieser Gedanke erhellt im Entw. aus den Worten „ihrem Wohnorte nach bekannten“. Ein Mißverständnis wäre bei Aufnahme des Satzes des preuß. Gesetzes insofern möglich, als die öff. Bekanntmachung des Aufgebotes nach § 2120 gemäß § 825 CPD. zu erfolgen hat, der § 825 CPD. aber auf § 187 daselbst Bezug nimmt. Allerdings geht hiernach der Entw. in der Ausschließung des öff. Aufgebotes nicht ganz so weit wie das preuß. Gesetz. 5. Fristen. Bekanntmachung. (CPD. § 994.)

Im Aufgebote ist der nach § 2127 Abs. 1 den Gläubiger treffende Rechtsnachtheil (§ 824 CPD.) angedrohen. Er muß der Androhung gemäß im Ausschlußurtheile ausgesprochen werden. Diesen Rechtsnachtheil im Gesetze zu formuliren, würde zwar die Handhabung des § 824 Nr. 3 CPD. erleichtern. Allein die Praxis bedarf einer besonderen Anleitung in dieser Beziehung nicht. — Da die bekannten und angezeigten Gläubiger besonders zu laden sind (Abs. 2), so wird über deren Meldungspflicht kein Zweifel bestehen können. Androhung. (CPD. § 995.)

§§ 2125, 2126 (II 1847, 1887, —, B. 1948, 1990, —, R. 1946, 1988, G. 1971, 2013).

1. Eine Vorschrift des Inhaltes, daß auch diejenigen Gläubiger, deren Ansprüche bereits rechtshängig sind, zur Anmeldung verpflichtet sind, erscheint als selbstverständlich entbehrlich. Den Erben selbst in Ansehung der ihm zustehenden Forderungen (vgl. § 2115 Abs. 2), soweit sie nicht

6. Vom Verfahren Betroffene.

| §. 648. aus der von ihm geführten Verwaltung herrühren, | für anmeldepflichtig zu erklären, ist nicht für angemessen erachtet. Nach § 2105 Abs. 1 ist der Erbe gehalten, alle Nachlassverbindlichkeiten im Inventare vollständig anzugeben. Dadurch sind die Gläubiger hinreichend gesichert, da aus der Verletzung dieser Verpflichtung seitens des Erben unter Umständen Schadensersatzansprüche der Gläubiger sich ergeben. Würde aber der Erbe selbst für anmeldepflichtig erklärt, so müßte der Erbe so behandelt werden, wie wenn sein Antrag sich gegen ihn selbst richtete. Wenigstens könnte gefolgert werden, der Erbe sei auch seinerseits zur Anmeldung verpflichtet bei Weidung des den nichtgemeldeten Gläubigern drohenden Rechtsnachteiles (vgl. § 2127). Ein solches Ergebnis würde aber nicht im Einklange stehen mit der dem Erben als Antragsteller eingeräumten Stellung.

In den 3 Sätzen des § 2125 werden drei Kategorien von Gläubigern aufgezählt, welche durch das Aufgebotsverfahren nicht betroffen werden. Im Satze 1 werden erwähnt Pfandgläubiger und Grundschuldgläubiger, sowie Gläubiger, welche im Konkurse den Pfandgläubigern gleichstehen, jedoch nur in Ansehung der Befriedigung aus dem ihnen haftenden Gegenstände. — Nach Satz 2 gilt das Gleiche für diejenigen Gläubiger, welche bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus demselben haben (vgl. § 39 KonkO.), und für diejenigen Gläubiger, welchen im Konkurse ein Anspruch auf Aussonderung zuzustehen würde. — Der Satz 3 gedenkt derjenigen Gläubiger, welchen gegenüber das Inventarrecht nach § 2108 ausgeschlossen ist, also welchen gegenüber der relative Verlust des Inventarrechtes eingetreten ist. Die letzte Kategorie ist insbes. in Ansehung der Abzugseinrede bevorzugt. Der betr. Gläubiger gilt als nicht ausgeschlossen; denn ihm gegenüber ist die Trennung des Vermögens des Erben und des Nachlasses in Ansehung des von ihm gegen den Erben gewonnenen Rechtes nicht mehr von Bedeutung. Das Aufgebot, welches nach dem ihm gegenüber eingetretenen Verluste des Inventarrechtes erfolgt, kann seine Rechte nicht mehr berühren.

Diese Beschränkungen des Aufgebotes, welche im Wesentlichen übereinstimmen mit dem preuß. G. v. 1879 §§ 1, 11 und dem lüb. G. § 17 Abs. 4, rechtfertigen sich deshalb, weil das Aufgebotsverfahren nur das Recht betrifft, aus dem Nachlasse als einem Vermögensganzen Befriedigung zu suchen, also das rein obligatorische Gläubigerrecht. Das dingliche Recht, aus bestimmten Nachlassgegenständen Befriedigung zu suchen, mag es accessorischer oder selbständiger Natur sein, darf nicht von dem Aufgebote betroffen werden, da das Aufgebot bestehende dingliche Rechte nicht beseitigen soll und kann. Aus dem letzteren Grunde ist die Beschränkung auch auf alle Aussonderungsansprüche auszudehnen. Die Grundschuldgläubiger muß der Entw. besonders erwähnen, weil er in den §§ 1135 ff. die Grundschuld getrennt vom Pfandrechte an Grundstücken behandelt.

Rechtskräftig
festgestellte
Ansprüche.

| §. 649.

Außerdem gedenkt der Schlusssatz noch derjenigen Gläubiger, deren Forderung durch rechtskräftige Entscheidung über die Abzugseinrede festgestellt | ist, und zwar in Rücksicht auf das Interesse des Erben. Befriedigt nämlich der Erbe einen solchen Gläubiger vor dem Ablaufe der Anmeldeungsfrist, so tritt er nach § 2115 Abs. 2 in dessen Rechte ein. Die eigenen Ansprüche hat der Erbe im Aufgebotsverfahren nicht anzumelden; er ist mithin nicht gehindert, eine solche Forderung geltend zu machen. Befriedigt aber der Erbe den Gläubiger nicht schon von dem Ablaufe der Anmeldeungsfrist, und meldet der Gläubiger die Forderung im Aufgebotsverfahren nicht an, weil ihm die persönliche Haftung des Erben genügt, so kann der Erbe ohne diese Vorschrift in eine mißliche Lage gerathen. Denn, wenn er später auf Grund des Urtheiles zur Befriedigung des Gläubigers genöthigt wird, muß er leisten, ohne sich an dem Nachlasse erholen zu können, es sei denn, daß nach der Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger ein Ueberschuß sich ergibt. In Ermangelung einer besonderen Vorschrift würde auch ein solcher Gläubiger anmeldungspflichtig sein. Die Unterlassung der Anmeldung hätte die Folge (§ 2127 Abs. 1, § 2128), daß der Gläubiger in Ansehung der Befriedigung aus dem Nachlasse auf jenen Ueberschuß beschränkt und von der Liquidation im Konkurse ausgeschlossen wäre. Der den Gläubiger befriedigende Erbe könnte durch dessen Befriedigung nicht mehr Rechte erlangen, als jener hat.

7. Anmeldung
des
Gläubigers.
(EPO. § 996.)

2. Im Anschlusse an das preuß. G. v. 1879 §§ 12, 14 Abs. 2 bestimmt der § 2126, in welcher Weise die Anmeldung der Forderungen zu erfolgen hat. Hinzugefügt sind Vorschriften über die Rückgabe der Beweisstücke und Abschriften nach Beendigung des Verfahrens, endlich, im engen Anschlusse an § 2107, nach welchem auch das Inventar eingesehen werden kann, über die

§§ 2127—2129 (II 1848, —, B. 1950, —, R. 1948, —, G. 1973, —).

8. Rechts-
verh. der aus-
geschlossenen
Gläubiger.

1. Einige Vorschriften über die Wirkungen des Ausschlußurtheiles gegenüber den ausgeschlossenen Gläubigern enthält der § 2127. Indem bestimmt wird, der ausgeschlossene Gläubiger könne seine Forderung gegen den Erben nur noch insoweit geltend machen, als der Werth des Nachlasses durch Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger nicht erschöpft werde (Abs. 1), wird zugleich erkennbar, daß der ausgeschlossene Gläubiger nicht verlangen kann, der Erbe solle die etwa noch vorhandenen Nachlassgegenstände realisiren, daß vielmehr Schätzung

eintritt. Der gleiche Gedanke tritt aus der im Abs. 2 ausgesprochenen Beschränkung der Haftung des Erben auf die Bereicherung hervor.

Die Haftung des Erben wird näher geregelt in den Abs. 2 und 3. Nach diesen ist die Zeit der Erlassung des Ausschlußurtheiles für den Bestand und Werth des Nachlasses maßgebend; der Anspruch fällt weg, falls der Erbe zur Zeit der Geltendmachung des Anspruches nicht mehr bereichert ist; die Befriedigung dieser Gläubiger ist nicht nach einer gewissen Rangordnung | oder Reihenfolge zu bewirken, mit Vorbehalt der Ausnahme für die rechtskräftige Beurtheilung. Die Vorschriften stimmen zum Theile wörtlich überein mit § 2118 Satz 2, 3, 4. — Soll der Zweck des Aufgebotes erreicht werden, so kann den ausgeschlossenen Nachlassgläubigern ein weiter gehendes Recht als das Recht auf Befriedigung aus dem Ueberschusse, welcher dem Erben nach Befriedigung der nichtausgeschlossenen Gläubiger vom Nachlasse verbleibt, nicht gewährt werden. Entsprechend bestimmen auch das preuß. G. v. 1879 § 10 und das säch. G. § 17 Abs. 3. Den Erben bis zur Höhe dieses Ueberschusses schlechthin haften zu lassen, erscheint nicht zulässig; ihm kann eine Haftung nur insoweit angeonnen werden, als er in dem Zeitpunkte, in welchem die Nachlassgläubiger mit ihren Forderungen, gerichtlich oder außergerichtlich, hervortreten, durch diesen Ueberschuß noch bereichert ist. — Die Meldung muß jedoch genügen, wenn auch der Gläubiger zur Zeit der Meldung nicht sofort Befriedigung verlangen kann, zB. weil sein Anspruch befristet ist. In Betracht kommen hauptsächlich die Fälle, in welchen der Erbe, nachdem das Ausschlußurtheil erlassen ist, gegenüber den angemeldeten Nachlassgläubigern die volle Haftung übernimmt oder diese Gläubiger befriedigt. Denn lehnt der Erbe die volle Haftung ab, so wird der Nachlass nur sehr selten dergestalt zur Befriedigung der Gläubiger hinreichen, daß sich schließlich ein Ueberschuß ergibt; zudem kommt es alsdann fast immer zum Nachlasskonfurs. Uebernimmt der Erbe die volle Haftung, so bildet für ihn der etwa verbleibende Ueberschuß einen Aktivbestandtheil seines Vermögens, über welchen er wie über jeden anderen Vermögensbestandtheil verfügt, ohne daß ihm hieraus ein Vorwurf gemacht werden kann. Es würde weder billig noch gerecht sein, in Ansehung dieses Ueberschusses den Erben die Gefahr tragen zu lassen, bis der ausgeschlossene Nachlassgläubiger sich meldet, zumal, wenn dieses vielleicht nach sehr langer Zeit geschieht. Freilich kann es unter Umständen für den Nachlassgläubiger hart sein, daß er mit seinem Ansprüche auf die Bereicherung beschränkt wird, insbes., wenn er vom Aufgebote ohne sein Verschulden Kenntniß nicht erlangt hat. Allein die Rücksicht auf die Lage des Erben muß überwiegen. Der ausgeschlossene Gläubiger hat darzuthun, daß dem Erben ein Ueberschuß geblieben sei, dem Erben hingegen liegt der Nachweis ob, daß er durch den vorhanden gewesenen Ueberschuß nicht mehr bereichert sei. Diese Vertheilung der Beweislast läßt der Abs. 2 erkennen, ohne daß besondere Vorschriften über die Beweislast erforderlich wären.

In Ansehung des Bestandes und Werthes des Nachlasses die Zeit des Erbfales entscheiden zu lassen, geht schon deshalb nicht an, weil jedenfalls die nach dem Eintritte des Erbfales entstehenden Nachlassverbindlichkeiten nicht unberücksichtigt bleiben können. Die Ermittlung des Bestandes und Werthes würde ferner sehr erschwert und verwickelt werden, wenn stets auf den vielleicht weit zurückliegenden Zeitpunkt des Erbfales zurückgegangen werden sollte. Die Zeit der Zulassung des Aufgebotsantrages als maßgebend zu erklären, ließe sich durch die Erwägung rechtfertigen, daß die Zulassung des Antrages gewissermaßen die Parallele bilde zur Eröffnung des Nachlasskonfurses. Wird aber | auf das Aufgebotsverfahren als solches gesehen, so erscheint es folgerichtiger, die Zeit der Erlassung des Aufgebotsurtheiles entscheiden zu lassen. Möglich wäre auch, den Bestand und Werth des Nachlasses lediglich nach den Angaben des Erben im Inventare in dem Sinne zu bemessen, daß diese Angaben sich als ein Befriedigungsanerbieten darstellten, welches die ausgeschlossenen Gläubiger gegen sich gelten zu lassen hätten. Allein eine Vorschrift dieses Inhaltes würde von Willkürlichkeit nicht frei sein und die Rechte der ausgeschlossenen Gläubiger von der größeren oder geringeren Gewissenhaftigkeit des Erben abhängig machen. — Der Bestand des Nachlasses zur Zeit des Erlasses des Ausschlußurtheiles bestimmt sich so, wie wenn zur Zeit der Nachlasskonkurs eröffnet worden wäre, mithin nach Maßgabe der §§ 2112 ff. Dies besonders hervorzuheben, ist nicht erforderlich.

Der Abs. 3 rechtfertigt sich aus den Gründen, auf welchen die beiden letzten Sätze des § 2118 beruhen (S. 640 f.).

2. Das Recht, die Eröffnung des Nachlasskonfurses zu beantragen, kann den ausgeschlossenen Gläubigern nicht eingeräumt werden. Anderenfalls würden diese Gläubiger in der Lage sein, das Ergebnis des Aufgebotsverfahrens für die angemeldeten Gläubiger wie für den Erben illusorisch zu machen (Halbs. 1). — Kommt es nach der Erlassung des Ausschlußurtheiles ohne den Antrag eines Ausschlossenen zum Konkurs über den Nachlass, so dürfen diese Gläubiger ihre Forderung im Nachlasskonkurs nicht geltend machen (Halbs. 2). Wegen des Ausdrucks vgl. § 56 der KonkD.

Für die unbeschränkte Zulassung dieser Gläubiger zur Liquidation läßt sich anführen, daß das Aufgebotsverfahren lediglich dem Interesse des Erben, welches dieser an der Klarstellung der

§ 650.

Für den Nachlassbestand zc. maßgebender Zeitpunkt.

§ 651.

Befugnisse des Ausschlossenen. (KonkD. § 219.) Liquidation im Nachlasskonkurs. (KonkD. § 326.)

Lage der Sache habe, diene, und daß dieses Interesse mit der Eröffnung des Nachlaßkonkurses wegfalle, da der Erbe in einem solchen Falle den Nachlaß an die Konkursmasse herauszugeben habe und ihn der Nachlaß nichts mehr angehe. Allein thatsächlich wirkt das Ausschlußurtheil außerhalb des Konkurses nicht allein zu Gunsten der Erben, sondern auch insofern zu Gunsten der angemeldeten Gläubiger, als diese ihre Befriedigung vom Erben aus dem Nachlasse ohne Rücksicht auf die nichtgemeldeten Gläubiger verlangen können und die ausgeschlossenen Gläubiger nach § 2127 nur auf einen etwaigen Ueberfluß Anspruch haben. Schon hiernach ist es folgerichtig, denselben Grundsatz auch im Konkurse zur Anwendung zu bringen. Dazu kommt, daß durch die unbeschränkte Zulassung der im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Gläubiger der Erbe unter Umständen nicht unerheblich benachtheiligt werden könnte. An sich haben nach § 2127 die ausgeschlossenen Gläubiger den ihnen auf den etwaigen Ueberfluß eingeräumten Anspruch nur, soweit der Erbe noch bereichert ist. Wird nachträglich der Konkurs über den Nachlaß eröffnet, so hat der Erbe den Nachlaß, wie dieser zur Zeit der Konkursöffnung sich gestaltet hat, an den Konkursverwalter herauszugeben, und zwar unter Berücksichtigung der für ihn nach § 2112 sich ergebenden Verpflichtungen. Es kann leicht sich zutragen, daß die Konkursmasse mehr umfaßt, als der Nachlaß zu dem nach § 2127 für die Bemessung der Rechte der ausgeschlossenen Gläubiger maßgebenden Zeitpunkte der Erlassung des Ausschlußurtheiles betragen hat. Der Mehrbetrag würde dann den ausgeschlossenen Gläubigern zu Statten kommen, obwohl sie ein Recht auf denselben nicht haben. — Würde den ausgeschlossenen Gläubigern gestattet, im Konkurse zu liquidiren, aber erst an letzter Stelle (vgl. ObZrib. 64 S. 382 ff.), so würde auch dadurch der Erbe benachtheiligt werden können. Ueberdies aber würde durch eine solche Regelung der Nachlaßkonkurs ungemein verwickelt werden, namentlich wenn berücksichtigt wird, daß der § 2117 bereits neue Klassen von Konkursgläubigern anerkannt hat. Hiernach erscheint es als das Einfachste und Angemessenste, die ausgeschlossenen Gläubiger im Konkurse nicht liquidiren zu lassen, vielmehr ihnen zu überlassen, mit dem im § 2127 ihnen gewährten Ansprüche, falls der Konkurs einen Ueberfluß ergibt, gegen den Erben vorzugehen. Freilich kann nunmehr auch der Erbe, welcher vor der Konkursöffnung einen ausgeschlossenen Gläubiger befriedigt hat, ungeachtet des ihm nach § 2115 Abs. 2 zustehenden Eintrittsrechtes die Forderung im Konkurse nicht liquidiren. Allein der Fall, daß der Erbe einen ausgeschlossenen Gläubiger befriedigt, bevor er den Ansprüchen derjenigen Gläubiger, welche sich gemeldet haben, gerecht geworden ist und dadurch vor der Eröffnung des Nachlaßkonkurses sich gesichert hat, wird kaum je vorkommen. Sollte ein solcher Fall wirklich sich zutragen, so wird der Erbe sich nicht beklagen dürfen, wenn er die Folgen seiner Unvorsichtigkeit auf sich zu nehmen hat.

| S. 652.

Wirkungen
des Verzichtes
auf das
Inventar-
recht.
(G. —.)

3. Wie die Erfahrung gelehrt hat, erklärt der Erbe in der Regel nicht einen Verzicht auf das Inventarrecht nach Erlassung des Ausschlußurtheiles, sondern er übernimmt die volle Haftung für die angemeldeten Forderungen. Mit der einseitigen Erklärung dieses Inhaltes würde er indessen den von ihm angestrebten Zweck, die Sache zum endgültigen Austrage zu bringen, nicht erreichen. Eine solche Erklärung würde nur gegenüber dem einzelnen Gläubiger, welchem gegenüber sie abgegeben wird, wirksam sein, und auch dies nur dann, wenn der Gläubiger zustimmt, mithin wenn eine Vereinbarung getroffen wird. Sollte also dem Erben geholfen werden, so müßte der Erklärung ausdrücklich absolute Wirkung beigelegt werden; zugleich müßten alsdann Vorschriften darüber aufgenommen werden, wie die Erklärung abzugeben sei, usw. Der Entw. (§ 2129) macht solche positive Vorschriften entbehrlich, indem er den Erben auf den Weg des Verzichtes auf das Inventarrecht verweist und bestimmt, daß der Verzicht, sofern er nach der Erlassung des Ausschlußurtheiles erklärt wird (vgl. § 2094), zu Gunsten der ausgeschlossenen Gläubiger nicht wirkt. | Einer besonderen Fristbestimmung für die Abgabe des Verzichtes bedarf es nicht. Noch weniger besteht ein Bedürfnis, zur Begründung des Antrages auf Konkursöffnung nach Ablauf einer solchen Frist von dem nach § 203 KonkD. erforderlichen Nachweise der Ueberschuldung des Nachlasses abzusehen. Letzteres würde ohnehin praktisch von keiner Bedeutung sein. Eine Fristbestimmung ist um so mehr entbehrlich, als dem Erben schon dadurch, daß nach § 2120 Abs. 1 ein Ausschlußurtheil erforderlich ist, einige Zeit zur Ueberlegung bleibt, welche Maßnahmen er zu ergreifen habe.

| S. 653.

Daß der Erbe auch zu Gunsten der ausgeschlossenen Gläubiger auf das Inventarrecht verzichten kann, versteht sich von selbst. Insbes. ist es nicht erforderlich, um dies erkennbar zu machen, die Worte „im Zweifel“ hinter „Verzicht“ einzuschalten. Auch ohne diese Worte wird nicht verkannt werden, daß es sich um eine Dispositivvorschrift handelt.

§§ 2130—2132 (II 1889, 1890, B. 1992, 1993, R. 1990, 1991, G. 2015, 2016).

6. Wirkungen
der
Zulassung.

1. Im Wesentlichen übereinstimmend mit dem preuß. G. v. 1879 § 1 Abs. 2 und dem südb. G. § 19 wird vorgeschrieben, der Erbe könne nach Zulassung des Aufgebotsantrages in Ansehung einer durch das Aufgebot betroffenen Forderung die einstweilige Einstellung der Zwangs-

vollstreckung und die Aufhebung der nach dem Aufgebotsantrage erfolgten Maßregeln der Zwangsvollstreckung verlangen. Wenn der Zweck des Verfahrens nicht vereitelt werden soll, so muß auch in Ansehung des nach Eintritt des Erbfalls von einem Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung schon erworbenen Pfändungspfandrechtes das Gleiche bestimmt werden (vgl. preuß. G. § 11 Abs. 2; säch. G. § 19), obgleich an sich nach § 2125 das Recht eines Pfandgläubigers auf abgeforderte Befriedigung durch das Aufgebotsverfahren nicht betroffen wird. Ohne eine solche Vorschrift würde insbes. der Erbe geschädigt werden können (vgl. Eccius 2 A. § 100 Anm. 13, § 270 Anm. 87; Dernburg § 225 bei Anm. 18). — Mit dem preuß. G. § 1 Abs. 3 die Vollziehung eines Arrestes im Sinne dieser Vorschriften der Zwangsvollstreckung gleichzustellen, ist nicht für angemessen erachtet. Wird auch die Vollziehung eines Arrestes durch das Aufgebot ausgeschlossen, so würde den Gläubigern nicht selten das einzige oder doch hauptsächlich wirksame Mittel entzogen werden, durch welches sie sich gegen eine arglistige oder fahrlässige Gebahrung des Erben mit dem Nachlasse schützen können, so lange der Nachlaßkonkurs noch nicht eröffnet ist.

Das Recht des Nachlaßgläubigers, die Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß zu beantragen, darf durch das Aufgebot nicht berührt werden (Abs. 2), anderenfalls würde dessen Recht über das Bedürfnis hinaus beschränkt. — Daß das Aufgebotsverfahren der Erhebung neuer Klagen sowie der Fortsetzung anhängiger Prozesse nicht entgegensteht, bedarf als selbstverständlich nicht eines besonderen Ausdruckes.

2. Die Erledigung des Aufgebotsverfahrens durch Ausschlußurtheil ist vom Antrage im Aufgebotsstermine abhängig (§ 829 Abs. 1 CPO). Ist der Termin versäumt, oder der Antrag nicht gestellt, so ist der Antrag auf Bestimmung eines neuen Aufgebotsstermines zwar nur innerhalb 6 Monaten zulässig (§ 831 das.). Der Wiederholung einer solchen Verzögerung steht jedoch in jedem anderen Aufgebotsverfahren nichts entgegen. — Da während des Aufgebotsverfahrens nach § 2130 die Einleitung und Fortsetzung der Zwangsvollstreckung gegen den Willen des Erben unzulässig ist, erscheint es geboten, durch die im Wesentlichen dem § 13 des preuß. G. v. 1879 entsprechende Vorschrift des § 2131 dem Erben die Möglichkeit zu entziehen, das Aufgebotsverfahren mit der bezeichneten Wirkung in Ansehung der Zwangsvollstreckung über die Gebühr zu verlängern (vgl. Mot. des preuß. G. v. 1879 S. 10 f.).

3. Ueber die Beendigung des Aufgebotsverfahrens, falls das Ausschlußurtheil erlassen oder der Antrag auf Erlassung des Urtheiles zurückgewiesen wird, bestimmt der § 2132. Die Vorschrift entspricht im Wesentlichen dem § 15 des preuß. G. v. 1879; sie trifft zugleich Vorsorge, daß der Erbe nicht durch eine unberechtigte Zurückweisung des Antrages auf Erlassung des Aufgebotes geschädigt wird, und stellt klar, wann im Falle der Erlassung eines Ausschlußurtheiles das Verfahren als beendet anzusehen ist (vgl. Mot. des preuß. G. v. 1879 S. 11 und § 829 CPO.). — Eine Vorschrift über die Bekanntmachung der Beendigung des Verfahrens (vgl. § 14 des preuß. G. v. 1879) ist nicht erforderlich. Von einer solchen Bekanntmachung ist ein erheblicher Erfolg nicht zu erwarten; hingegen würden dadurch nicht selten unverhältnismäßige Kosten verursacht werden. — Die Anmeldung der Ansprüche schließt nicht aus, daß deren Richtigkeit von den Beteiligten bestritten wird; dies versteht sich von selbst und bedarf eines Ausdruckes nicht.

Nachlaßkonkurs.

§ 654. Beschränkung wegen neuer Termine.

10. Beendigung des Verfahrens.

§ 2133 (II 1865—1867, B. 1967—1969, R. 1965—1967, G. 1990—1992).

Im Hinblick auf das geltende Recht ist es für angemessen erachtet, dem Erben nicht allein den Weg des Nachlaßkonkurses offen zu lassen, um seine Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten zu beschränken (vgl. S. 605). Das dem Erben außerdem gewährte Recht, das Gläubigeraufgebot zu beantragen, ist kein Mittel, um die Haftung zu beschränken, sondern dient nur dazu, dem Erben eine Handhabe zu bieten, um den Stand der Dinge zu übersehen. Das neben dem Nachlaßkonkurs dem Erben gewährte Mittel der Abzugseinrede hat freilich bedenkliche Seiten. Wenn es dem Erben überlassen wird, den Nachlaß selbst konkursmäßig zu vertheilen, so wird der Streit über den Bestand und Werth des Nachlasses, über Betrag, Bestehen und Vorrechte der Nachlaßverbindlichkeiten in den Einzelfall verlegt. Die Zahl und Verwickelung der Rechtsstreitigkeiten wird vermehrt; es kann sich ergeben, daß in Ansehung der einzelnen Fragen widersprechende Urtheile erlassen werden. Die Befriedigung der einzelnen Gläubiger kann nicht unbeträchtlich verzögert werden. Dazu kommt, daß der Erbe der Gefahr ausgesetzt wird, zu Schaden zu kommen. Allein es erscheint doch unzulässig, den Betheiligten nur den Weg des Nachlaßkonkurses offen zu lassen und sie zu zwingen, selbst dann den Nachlaßkonkurs zu beantragen, wenn sie es in ihrem Interesse für geboten erachten, diesen zu vermeiden. Zahlreiche Fälle lassen sich denken, in welchen der Nachlaßkonkurs recht ungeeignet sein würde, um zu einem befriedigenden Ergebnisse zu führen. Abgesehen von den Fällen, in welchen nur ein Gläubiger vorhanden ist, und von denen, in welchen der Nachlaß zu unbedeutend ist, als daß ein Konkursverfahren zulässig wäre (§§ 99, 190 KonkD.), sind auch diejenigen Fälle zu berücksichtigen, in welchen das Sachverhältniß sehr einfach und leicht

VII. Abzugseinrede.
1. Zulassung-Grundsätze.

§ 655.

zu übersehen ist, ferner diejenigen, in welchen eine Verwerthung des Nachlasses im Wege des Konkurses unbefriedigende Ergebnisse herbeiführen würde, weiter diejenigen, in welchen eine günstige Veränderung für den Nachlaßbestand wegen der nur augenblicklichen Unsicherheit der Nachlassaktiva in naher Aussicht steht, endlich diejenigen, in welchen der Erbe geneigt ist, den Konkurs aus persönlichen Rücksichten oder im Hinblick auf den Ruf des Erblassers zu vermeiden und deshalb lieber selbst Opfer zu bringen. Diese und ähnliche Fälle machen es um so notwendiger, einen anderen Weg für den Erben zu eröffnen, um seine Haftung zu beschränken, als auch im öff. Interesse die kostspieligen, die Gerichte schwer belastenden Konkurse nicht zu begünstigen sind. Es muß nur Sorge getragen werden, daß den Betheiligten stets offen bleibt, die Konkurs-eröffnung zu beantragen, falls sie dies für zweckmäßig erachten (vgl. § 2144).

Ablehnung
eines anderen
Rechts-
behelfes.

Dem Erben, welchem die Durchführung des Inventarrechtes außerhalb des Konkurses zu gestatten ist, statt einer Einrede einen anderen Rechtsbehelf zu geben, ist nicht für zulässig erachtet. Es wäre zwar möglich, dem Erben die Befugniß zu gewähren, durch einen rechtsgeschäftlichen Akt die Wirkungen, welche an das Inventarrecht sich knüpfen, herbeizuführen und damit gegenüber den einzelnen Gläubigern dasjenige Rechtsverhältniß hervorzurufen, welches mit der Eröffnung des Nachlasskonkurses gegenüber allen Gläubigern eintritt. Für eine solche andere Gestaltung sprechen insbes. folgende Erwägungen: Wird das Recht des Erben als Einrederecht behandelt, so gelangt es nach dem Begriffe der Einrede nicht erst mit der Geltendmachung im Prozesse zur Entstehung, sondern es ist so anzusehen, als habe dieses Recht vom Eintritte des Erbfalles an oder unter Umständen von der Entstehung der Forderung an der Forderung als ein materielles Recht zur bruchtheilweisen Minderung der Forderung entgegengestanden (vergl. Mot. 1 S. 359). Diese Gestaltung kann mit Rücksicht darauf, daß das Recht der bruchtheilweisen Minderung bei den fortwährenden Veränderungen und Werthschwankungen der Nachlassmasse einen im Laufe der Zeit wechselnden Inhalt und Umfang hat oder doch haben kann, zu erheblichen Verwickelungen und zu Folgen führen, welche mit dem das Inventarrecht beherrschenden Grundgedanken nicht vereinbar erscheinen. Um das letztere klarzustellen, bedarf es nur des Hinweises auf die Fälle, in welchen der Erbe entsprechend dem Stande des Nachlasses gezahlt hat oder verurtheilt worden ist und nachträglich eine Vermehrung oder Verminderung des Nachlasses eintritt. Selbst für die Frage, wie der Erbe seitens des Gläubigers in Verzug zu setzen sei, ergeben sich bei der Annahme eines Einrederechtes Schwierigkeiten. — Allein für ein solches Recht, wie es von der dargelegten Auffassung aus dem Erben zu gewähren sein würde, hat das bisherige Recht keine feste Kategorie. Die Analogie des Rechtes des Schuldners, mit einer ihm gegen den Gläubiger zustehenden Forderung aufzurechnen, an welche allenfalls gedacht werden könnte, liegt zu fern. Der Entw. kann sich daher auf eine solche Gestaltung nicht einlassen, schon weil nicht zu übersehen ist, wie weit sie im Einzelnen führt. Der Standpunkt der Einrede, welchen auch die O.B. erkennen läßt, ist vielmehr festgehalten. Da jedoch anzuerkennen ist, daß das zu Grunde zu legende Einrederecht in verschiedener Hinsicht ein eigenartiges ist, so müssen die mit dem Zwecke des Inventarrechtes unvereinbaren Folgen der Einredenatur durch Sondervorschriften beseitigt werden. Solche Vorschriften werden ferner durch die zu Grunde gelegte Fiktion des Konkurses erforderlich; denn diese Fiktion ruft einestheils Zweifel hervor, anderentheils befriedigen die daraus zu entnehmenden Ergebnisse nicht durchweg.

| S. 656.

Fiktion des
Konkurses.

Abs. 1 bringt die Auffassung, daß in der Berufung auf das Inventarrecht das Vorschützen einer Einrede zu finden ist, zum Ausdruck; zugleich spricht er die den Schwerpunkt der Regelung ausmachende Fiktion des Nachlasskonkurses aus. Das Wesen der dem Erben zu gewährenden Einrede, welche sich passend als Abzugseinrede bezeichnen läßt und für welche dies Wort zu einem technischen gemacht wird, besteht darin, daß der Erbe befugt ist, dem einzelnen Gläubiger auf seine Forderung den Betrag in Abzug zu bringen, mit welchem der Gläubiger im Nachlasskonkurs ausfallen würde. Die Voraussetzung ist dahin gefaßt, daß der Nachlaß zur vollständigen Befriedigung der Nachlassgläubiger unzureichend, der Konkurs über den Nachlaß aber nicht eröffnet ist. Mitgetroffen wird dadurch der Fall, daß der Konkurs eröffnet war, aber in nicht gewöhnlicher Weise, z.B. in Folge der Bewilligung aller Nachlassgläubiger, wieder aufgehoben ist.

Feststellung
des Nachlaß-
bestandes.

In Ansehung der Feststellung des Bestandes des Nachlasses zum Zwecke der Bemessung der Höhe desjenigen Betrages, welchen der Erbe abzuziehen berechtigt ist, erklärt der Abs. 2 die im Falle des Nachlasskonkurses geltenden Vorschriften, insbes. die §§ 2112—2115, 2117, für entsprechend anwendbar, soweit nicht aus den §§ 2134—2139 ein Anderes sich ergibt. Die Hinweisung auf die Anwendbarkeit der für den Fall des Nachlasskonkurses geltenden Vorschriften kann entbehrlich erscheinen, weil deren Geltung eine notwendige Folge der Fiktion des Nachlasskonkurses sei. Allein die Hinweisung rechtfertigt sich mit Rücksicht darauf, daß jene Vorschriften speziell für den Nachlasskonkurs gegeben sind. Von besonderer Wichtigkeit sind die einzeln bezeichneten Vorschriften. Hierher gehört namentlich der § 2112, welcher die Verantwortlichkeit des Erben für die Verwaltung des Nachlasses und die Pflicht des Erben, Rechnung zu legen und zu manifestiren,

| S. 657.

ergiebt. Zwar handelt der § 2112 auch von Rechten des Erben, und diese Vorschriften passen für das Verhältniß des Erben zu einem einzelnen Gläubiger deshalb nicht, weil der Erbe dasjenige, was er zu beanspruchen hat, nur abziehen kann. Ferner ist der Satz 3 des § 2112 insofern nicht anwendbar, als weder eine Herausgabe noch eine Zurückbehaltung des Nachlasses hier in Frage kommt. Hierauf ist jedoch kein Gewicht zu legen, weil die Anwendbarkeit nur für die Feststellung des abzuziehenden Betrages vorgeschrieben ist und in dieser Hinsicht Zweifel über die Bedeutung der entsprechenden Anwendung nicht obwalten können. Nicht erwähnt ist der § 2116, welcher von der Aufrechnung handelt; in dieser Hinsicht bestimmt § 2139.

Dem Nachlassgläubiger durch eine besondere Vorschrift das Recht zu sichern, eine Herabsetzung des Abzuges für den Fall zu verlangen, daß der Abzug deshalb zu hoch ausgefallen ist, weil der Erbe einen Nachlassgegenstand im Inventare nicht aufgeführt hat (ohne daß er nach § 2106 Abs. 1 das Inventarrecht verloren hat), ist nicht für angemessen erachtet. Es ist bei demjenigen belassen, was sich aus den allgemeinen Grundsätzen ergibt. Zu beachten bleibt, daß, je nachdem der Erbe den Abzug einseitig gemacht hat oder der Abzug durch Urtheil oder durch Vertrag festgestellt worden ist, eine verschiedene Beurtheilung einzutreten hat. — Daß die Abzugseinrede unter Zugrundelegung des Inventares geltend gemacht werden müsse, ist nicht bestimmt. Nach dem Entw. ist jeder Erbe Inventarerbe, so lange das Inventarrecht nicht erloschen ist (vgl. § 2120). Im Rechtsstreite handelt es sich lediglich um Feststellung des materiellen Rechtes. Hiernach kann das lediglich formale Moment der Errichtung des Inventares nicht zur Voraussetzung für die Geltendmachung der Abzugseinrede bestimmt werden. Selbstverständlich hat der Erbe, wenn er die Abzugseinrede geltend macht, den Betrag, auf dessen Kürzung die Einrede sich richtet, bestimmt zu bezeichnen und durch Rechnungslegung zu begründen; dies bedarf eines besonderen Ausdruckes nicht.

Uebergang eines Nachlassgegenstandes im Inventare.

Bedingte oder betagte Forderungen können auch bei der Abzugseinrede nur als solche geltend gemacht werden; darüber kann auch in Ermangelung einer besonderen Vorschrift ein Zweifel nicht wohl bestehen. — Ueber die Bedeutung der Abzugseinrede in Ansehung der Verjährung vgl. § 162 Abs. 2 (Mot. 1 S. 314). Daß die Abzugseinrede dem Erben in Ansehung der dinglichen Verbindlichkeiten nicht zur Seite steht, erhellt aus § 1084 Abs. 3 Schlußsatz und § 1160 Schlußsatz.

Bedingte und betagte Forderungen.

Verjährung.

§§ 2134—2141 (II —, B. —, N. —, G. —).

1. Ist der Gegenstand der Forderung, gegen welche die Abzugseinrede erhoben wird, nicht ein Geldbetrag, so würde der Grundsatz des § 2133 nicht durchführbar sein, wenn nicht bestimmt wäre, daß der Gläubiger die Forderung nach deren Schätzungswerte geltend zu machen habe. Der § 2134 enthält hiernach eine nähere Erläuterung des im § 2133 ausgesprochenen Grundsatzes (vgl. KonkO. § 62) und kann als eine nothwendige Folge der Fiktion des Konkurses für selbstverständlich erachtet werden; indessen dient er zur Verdeutlichung einer der Hauptfolgen dieses Grundsatzes, und ist deshalb die Aufnahme rathsam. — Gegenüber § 240 Nr. 3 CPO. kann nicht zweifelhaft sein, daß, wenn der Gläubiger in Folge der Erhebung der Abzugseinrede genöthigt ist, den Lageantrag zu ändern, darin eine unzulässige Aenderung der Klage nicht liegt.

Umwandlung der nicht auf Geld gerichteten Forderung. | S. 658.

2. Bei den Schwankungen, welchen der Bestand und Werth des Nachlasses naturgemäß unterliegt, ist es zur Vermeidung kaum lösbarer Schwierigkeiten erforderlich, den für die Höhe des zu machenden Abzuges maßgebenden Zeitpunkt dergestalt zu bestimmen, daß der bei Bemessung des Nachlasses nach diesem Zeitpunkte sich ergebende Betrag des Abzuges endgültig maßgebend bleibt und eine etwaige spätere Vermehrung oder Verminderung des Nachlasses nicht berücksichtigt wird. In Ansehung der Entscheidung, welcher Zeitpunkt zu wählen sei, lassen sich verschiedene Auffassungen vertreten; indessen handelt es sich nur um eine Frage der Zweckmäßigkeit. Auf die Zeit des Erbfalles zu sehen, würde gegenüber dem Erben unbillig sein, aber auch gegenüber dem Gläubiger sich kaum begründen lassen, da der Erbe alsdann für sein Verhalten in Ansehung des Nachlasses nicht verantwortlich wäre, andererseits vom Erballe an die Gefahr tragen müßte, letzteres also von einer Zeit ab, in welcher er möglicherweise völlig außer Stande war, zu wissen, ob er der Erbe sein werde. Den Zeitpunkt, in welchem der Anspruch rechtshängig gemacht ist, zu wählen, ließe sich damit rechtfertigen, daß es Pflicht des Erben gewesen sei, den Gläubiger sofort bei der Erhebung der Klage zu befriedigen. Dieser Grund würde an einen Gedanken anknüpfen, welcher der Rückbeziehung des Urtheiles auf die Zeit des Prozeßbeginnes im röm. Rechte zu Grunde liegt; er kann aber als hier zureichend nicht erkannt werden, eine solche Regelung könnte gleichfalls zu großen Härten gegen den Erben führen. Die Einredenatur des Abzugsrechtes möchte darauf hinweisen, den Schluß der mündlichen Verhandlung entscheiden zu lassen. Allein, wenn dieser Zeitpunkt gewählt würde, müßte die schließliche Feststellung erhebliche Schwierigkeiten bereiten wegen der Veränderungen, welche in der Zeit zwischen der Geltendmachung der Einrede im Prozesse und dem Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung mit der Nachlassmasse vorgehen, insbes. wegen des Hinzutretens der Nutzungen bis zu diesem Zeitpunkte, der Vermehrungen

2. Berechnung. Maßgebender Zeitpunkt.

und Verminderungen während des Rechtsstreites usw. Zweckmäßigkeitsgründe sprechen für den Zeitpunkt der gerichtlichen Geltendmachung der Einrede. Dieser Zeitpunkt läßt sich dem Antrage auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses passend an die Seite stellen. Die Wahl desselben wird auch nicht zu praktischen Schwierigkeiten | führen. Zu verdeutlichen ist jedoch, daß der Antrag auf Vorbehalt des Inventarrechtes oder der Abzugseinrede im Urtheile (§§ 695, 696 C.P.D.) noch nicht als Geltendmachung der Einrede im Sinne dieser Vorschrift angesehen werden kann.

3. Entgegen der in den Entsch. Bd. 8 S. 268 (vgl. Dernburg § 224 S. 645, 646; Eccius § 270 S. 620—622; Boas in Gruchot's Beitr. Bd. 30 S. 279 ff.) für das preuß. Recht vertretenen Auffassung entscheidet der § 2136, daß der Gläubiger nicht berechtigt sei, die Umsetzung aller bei dem Erben vorhandenen Gegenstände, welche er im Falle des Konkurses zur Konkursmasse herauszugeben haben würde, in Geld nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung zu verlangen, vielmehr der Schätzungswert maßgebend sei. Zwar wohnt der Schätzung der Nachlaßgegenstände, wie jeder Schätzung, nach der Natur der Dinge eine gewisse Unsicherheit inne; aber das Auskunftsmittel, den Werth im Wege der Zwangsversteigerung festzustellen (darauf läuft jene Regelung für die meisten Fälle hinaus), bietet keine angemessene Abhilfe. Die Zwangsversteigerung eignet sich wohl dazu, einem Gläubiger alsbaldige Befriedigung zu verschaffen. Zur Erzielung eines dem wirklichen Werthe der versteigerten Gegenstände entsprechenden Preises führt sie jedoch erfahrungsmäßig in der Regel nicht. Mindestens bietet sie keine Sicherheit für die Erzielung eines solchen Preises. Die Fiktion des Konkurses scheint allerdings dafür zu sprechen, die Herbeiführung der Versteigerung dem Gläubiger zu gestatten. Allein im Konkurse bestehen gewisse Garantien dafür, daß das Interesse der Gläubiger thunlichst gewahrt werde. Das Konkursverfahren giebt den Gläubigern die Möglichkeit, eine Versteigerung, falls dieselbe nicht in ihrem Interesse liegt, zu verhindern. Dagegen kann der außerhalb des Konkurses mit der Befugniß, die Zwangsversteigerung herbeizuführen, ausgerüstete einzelne Gläubiger willkürlich vorgehen und durch Herbeiführung der Versteigerung zu ungeeigneter Zeit oder dann, wenn ein angemessener Preis nicht zu erzielen ist, die übrigen Gläubiger erheblich schädigen. Sodann aber würde es mit den Gründen, welche zur Gewährung der Abzugseinrede geführt haben, nicht im Einklange stehen, wenn die Versteigerung zugelassen würde. Im Interesse des Erben wie der Gläubiger ist es für geboten erachtet, die Möglichkeit zu eröffnen, den Konkurs und dessen Folgen zu vermeiden (vgl. S. 655), also den unzureichenden Nachlaß ohne Mitwirkung des Gerichtes zu liquidiren. Eine der schwerwiegendsten Folgen des Konkurses ist aber die Realisirung der Masse. Ein Bedürfniß, die Zwangsversteigerung zuzulassen, besteht nicht. Hält der Gläubiger die außergerichtliche Regelung wegen der Schätzung des Nachlasses nach dessen Werthe als nicht in seinem Interesse liegend, so ist ihm unbenommen, die Eröffnung des Nachlaßkonkurses zu beantragen (§ 2144). Dies ist nur dann ausgeschlossen, wenn es an einer Mehrheit von Gläubigern fehlt oder wenn die Masse zur Deckung der Kosten nicht ausreicht. Für solche immerhin seltene Ausnahmefälle besonders | vorzusehen, fehlt es an einem praktischen Bedürfnisse. Endlich aber würde es mit dem § 2135 nicht wohl vereinbar sein, daß der Werth des Nachlasses zur Zeit der gerichtlichen Geltendmachung der Abzugseinrede entscheidend sein soll, wenn der Gläubiger daneben das Recht erhielte, nachträglich die Versteigerung der Nachlaßgegenstände zu verlangen und nunmehr der Werth des Nachlasses nach dem erzielten Preise zu bemessen sein würde.

Die Fassung der Vorschrift läßt erkennen, daß auch diejenigen Gegenstände in Betracht kommen, welche der Erbe im Falle des Nachlaßkonkurses nach § 2112 als Ersatz für nicht mehr vorhandene Nachlaßgegenstände herauszugeben haben würde, wenngleich diese Verpflichtung nur eine obligatorische ist.

4. Besondere Vorschriften sind erforderlich für den Fall, daß zu den zu schätzenden Gegenständen ein bedingtes oder sonst ungewisses oder unsicheres Recht gehört. Enthielte der Entw. in Ansehung solcher Rechte gar keine Vorschrift, so würden die Rechte ebenso wie alle übrigen Aktiva des Nachlasses nach § 2136 zu schätzen sein. Bei solchen Rechten ist indessen, weil es an einem genügenden tatsächlichen Anhalte fehlt, eine Schätzung vielfach nicht ausführbar oder doch, wenn sie erfolgt, von sehr zweifelhaftem Werthe. Solchen Rechten im Wesentlichen diejenige rechtliche Behandlung zu Theil werden zu lassen, welche sie im röm. Rechte bei der Berechnung der Quarta Falcidia gefunden haben, ist nicht für angemessen erachtet. Der Entw. (§ 2137) hat sich dafür entschieden, es zwar bei dem Grundsätze der Schätzung zu belassen, aber sowohl dem Erben als dem Berechtigten die Befugniß zu geben, zu verlangen, daß ein solches Recht bei der Feststellung des Nachlasses und der damit Hand in Hand gehenden Bestimmung der Höhe des Abzuges außer Ansatz bleibt, vorbehaltlich der späteren Berücksichtigung, wenn die Ungevißheit oder Unsicherheit beseitigt oder die Bedingung erfüllt ist. Eine solche Regelung ist überdies einfacher und zweckmäßiger. Hiernach verbleibt es bei dem Grundsätze der Schätzung, bis der Erbe oder der Berechtigte beantragt, das betr. Aktivum auszuweisen. Geschieht dies, so erhöht sich der Betrag des Abzuges zum Nachtheile des Gläubigers. Dagegen behält der Berechtigte die Befugniß,

§ 659.
Schätzungswert noch vorhandener Nachlaßgegenstände.

§ 660.

Surrogate.

Schätzung bedingter z. Rechte oder Forderungen.

eintretendenfalls die Minderung des Abzuges zu fordern, und zwar eine Minderung um den Betrag, welcher aus der Hebung der Ungewißheit oder der Unsicherheit sich ergibt. Der Eingang der Forderung allein oder die Erfüllung seitens des Schuldners kann nicht für entscheidend erklärt werden, weil auch auflösend bedingte Rechte in Betracht kommen und in Ansehung dieser die Erfüllung stets zu erfolgen haben wird. Aber selbst in Ansehung der aufschiebend bedingten Rechte kann die Erfüllung seitens des Verpflichteten, sofern nicht die Bedingung erfüllt ist, nicht ausschließlich maßgebend sein; der Verpflichtete kann eine aufschiebend bedingte Verpflichtung aus sehr verschiedenen Gründen erfüllen, ohne daß bereits die Ungewißheit beseitigt ist. — Einen Unterschied zu machen zwischen aufschiebend bedingten und auflösend bedingten Rechten, würde nicht rathsam sein. Wenn die KonkO. in | den §§ 59, 60 in Ansehung des Ansatzes der zur Passiv- | §. 661.
 masse gehörenden bedingten Verbindlichkeiten unterscheidet, so kann dies in Ansehung der Aktiv-
 masse bei der Abzugseinrede nicht ohne Weiteres maßgebend sein.

Ein aufschiebend bedingtes, ungewisses oder unsicheres Recht dem Nachlaßgläubiger auf dessen Verlangen zur Einziehung zu überweisen oder doch den Gläubiger auf seinen Antrag zur Einziehung zu ermächtigen, ist nicht für angemessen erachtet. Das Interesse des Gläubigers wird genügend gewahrt, indem der Erbe im Schlußsaze des Abs. 2 verpflichtet wird, für die Feststellung eines ungewissen und die Verfolgung eines unsicheren Rechtes zu sorgen, wenn und soweit die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters es erfordert. Eine absolute Verpflichtung kann dem Erben, insbes. in Ansehung ungewisser und unsicherer Aktiva, nicht wohl auferlegt werden. Für bedingte Aktiva wird die Vorschrift kaum von Bedeutung sein oder doch jedenfalls nur eine untergeordnete Bedeutung haben.

Ueber-
 weisung.

Der Möglichkeit einer künftigen Minderung des Nachlasses dann nicht Rechnung zu tragen, wenn die auflösende Bedingung, unter welcher ein Aktivrecht des Nachlasses steht, von der Art ist, daß die Möglichkeit des Eintrittes der Bedingung eine sehr entfernte ist, und demgemäß das Recht des Dritten, das vom Eintritte der Bedingung abhängt, sich als ein gegenwärtiger Vermögensbestandtheil nicht betrachten läßt, kann angezeigt erscheinen. Dafür läßt sich geltend machen, daß im Nachlaßkonkurs ein solcher Dritter, dessen Recht vor dem Eintritte der für einen Anderen auflösenden Bedingung abhängt, für ihn selbst also aufschiebend bedingt ist, nach dem Entw. im Falle des § 133 Abs. diejenigen Rechte nicht habe, welche die KonkO. ihm in den §§ 142, 158 für den Fall beilege, daß der Gemeinschuldner zur Sicherheitsleistung verpflichtet ist, sodaß also eine solche Forderung bei der Schlußvertheilung im Konkurs zu Gunsten der übrigen Gläubiger nicht zu berücksichtigen sei. Von einer derartigen Vorschrift ist jedoch abzusehen. Es handelt sich um sehr spezielle und seltene Fälle, deren Berücksichtigung das Gesetz in auffallender Weise überlasten würde. Die Entscheidung solcher Fälle bleibt besser der Wissenschaft und Praxis überlassen, für welche es an einem Anhalte nicht fehlen wird. Dahingestellt bleiben kann, ob nicht schon den Vorschriften des Entw. in Verbindung mit dem Schädigungsgrundsätze zu entnehmen ist, daß im Falle des Vorbringens der Abzugseinrede die für den Nachlaßkonkurs maßgebenden Grundsätze, und auch der § 133 entsprechend anzuwenden sind. Denn, sollte die entgegengesetzte Auffassung als zureichend anzuerkennen sein, so würde ein materieller Nebelstand deshalb nicht zu befürchten sein, weil es den Beteiligten unbenommen bleibt, die Eröffnung des Nachlaßkonkurses und damit die von ihnen gewünschte Behandlung der so bedingten Nachlaßaktiva herbeizuführen.

Gewisse auflösend bedingte Rechte

Falls streitig wird, ob der Inventarerbe die Nachlaßgegenstände vollständig angegeben habe, oder ob die Aktiva zu den unsicheren oder nicht einbringlichen gehören, oder ob und in welcher Höhe die Nachlaßverbindlichkeiten bestehen, beläßt es der Entw. in Ansehung der Beweislast bei den allgemeinen Grundsätzen, bei deren Anwendung jedoch nicht zu übersehen ist, daß der Konkursfall fingirt wird (§ 2133), und | daß im Konkursfalle der Erbe nicht beweispflichtig ist. Bezieht | §. 662.
 sich der Streit auf den Werth, so gewährt die Fiktion des Konkurses keinen Anhalt, weil im Konkurs der Grundsatz der Realisirung, bei der Abzugseinrede der Grundsatz der Schätzung entscheidet. Für die Beweislast des Erben in diesem Falle kann geltend gemacht werden, daß der Erbe eine Einrede erhebe, deren Unterlagen er zu beweisen habe. Mag es auch nicht ohne Zweifel sein, welche Beurtheilung in Ansehung der Beweislast einzutreten hat, so müssen sich doch die Zweifel mit Hülfe der allgemeinen Grundsätze lösen lassen. Der Wissenschaft in der Lösung der etwaigen Zweifel vorzugreifen, würde nur gerechtfertigt sein, wenn das Interesse der Rechtssicherheit dies forderte. Ein solches Interesse liegt aber nicht vor, um so weniger, als die Frage nach der Vertheilung der Beweislast überhaupt bei dem jetzigen Stande des Prozeßrechtes wesentlich an Bedeutung verloren hat. Nicht unerwähnt soll jedoch bleiben, daß folgende verschiedene Auffassungen Vertretung gefunden haben.

Beweislast.

A. Behaupte der Gläubiger, daß das gelegte Inventar hinsichtlich des Vorhandenseins oder des angegebenen Werthes der Nachlaßgegenstände unvollständig oder unrichtig sei, so treffe ihn die Beweislast. Der Erbe habe hingegen das von ihm behauptete Bestehen von Nachlaßverbindlichkeiten, Absonderungsrechten oder Konkursvorrechten zu beweisen. Ebenso liege dem

Erben in Ermangelung einer besonderen Vorschrift der Beweis ob, daß eine ausstehende Forderung uneinbringlich sei.

B. Die in der ersteren Auffassung vertretene Meinung, der Gläubiger habe die behauptete Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit des Inventares zu beweisen, sei nur richtig, wenn es sich darum handele, ob die Nachlassgegenstände vorhanden seien. Denn der Erbe habe seiner Pflicht genügt, wenn er das Inventar rechtzeitig lege. Insofern gebe die Fiktion des Nachlasskonkurses den genügenden Anhalt, weil auch im Falle des Konkurses der Erbe nur die Nachlassgegenstände herauszugeben habe. Werde aber über den Werth von Nachlassgegenständen gestritten, so liege dem Erben deshalb der Beweis ob, weil er die Einrede geltend mache. Das Gleiche müsse gelten in Ansehung des Bestehens von Nachlassverbindlichkeiten, sowie in Ansehung der Uneinbringlichkeit von Nachlassaktiven.

C. Dem Erben falle auch der Beweis zur Last, daß nicht mehr Nachlassgegenstände vorhanden seien, als er angegeben habe. Denn der Erbe habe die Voraussetzungen der erhobenen Abzugseinrede zu beweisen und zu diesen Voraussetzungen gehöre, daß nicht mehr Nachlassgegenstände vorhanden seien, als er angegeben habe.

5. Die KonkD. enthält in den §§ 58 ff. Vorschriften über die Art, wie die Passiva in Geld zu veranschlagen sind. Die Anwendbarkeit dieser Vorschriften erhellt aus § 2133 und der darin ausgedrückten Fiktion des Konkurses. | Allein in zweierlei Hinsicht tritt die Nothwendigkeit besonderer Vorschriften hervor.

I. Die KonkD. bestimmt in den §§ 59, 60, 142, 155, 156, 158 über bedingte Forderungen. Diese Vorschriften passen nicht unmittelbar. Für diesen Fall bestimmt der § 2138 Abs. 1, die Verbindlichkeit komme als unbedingt zum Ansatz; sei die aufschiebende Bedingung ausgefallen, oder die auflösende Bedingung erfüllt, so sei der Gläubiger berechtigt, eine verhältnismäßige Minderung des Abzuges zu verlangen. Dies führt zu einem den Vorschriften der KonkD. entsprechenden Ergebnisse. Zweifel können im Wesentlichen nur in Ansehung der aufschiebend bedingten Verbindlichkeiten erhoben werden. Im Konkurse ist der aufschiebend bedingte Berechtigte nach § 60 KonkD. befugt, Sicherheitsleistung zu verlangen. Bei den Abschlagsvertheilungen wird die aufschiebend bedingte Verbindlichkeit gemäß § 142 Abs. 1 KonkD. zu dem Betrage berücksichtigt, welcher auf die unbedingte Verbindlichkeit entfallen würde; nach der Schlußvertheilung muß der für diese Forderung ausgeworfene und nach § 155 Nr. 2 KonkD. zurückbehaltene Betrag für Rechnung des bedingt Berechtigten hinterlegt werden (§ 142 Abs. 2, § 156 KonkD. verb. mit § 133 Abs. 2 des Entw., der insofern die KonkD. modifizirt). — Wäre eine Vorschrift nicht aufgenommen, so könnten sich Zweifel erheben, wie sich die Uebertragung dieser Grundsätze auf die Abzugseinrede gestalte. Es läßt sich geltend machen, den Vorschriften der KonkD. würde es entsprechen, daß der Erbe die aufschiebend bedingte Verbindlichkeit bei der Berechnung des Nachlasses zunächst außer Ansatz lasse, unbeschadet seines Rechtes, bei Erfüllung der Bedingung die Erhöhung des Abzuges zu verlangen. Aber es läßt sich auch aus der KonkD. ableiten, der Erbe sei berechtigt, da der bedingt Berechtigte Sicherheitsleistung aus dem Nachlasse beanspruchen könne, den auf die bedingte Verbindlichkeit, welche zunächst wie eine unbedingte zu berücksichtigen sei, entfallenden Betrag zurückzubehalten; demgemäß müsse der Erbe befugt sein, gegenüber dem Gläubiger, gegen welchen er die Abzugseinrede geltend mache, die bedingte Verbindlichkeit voll in Ansatz zu bringen, vorbehaltlich des Rechtes des Gläubigers, wenn die aufschiebende Bedingung ausfalle, die Herabsetzung des Abzuges zu verlangen. Dahingestellt bleiben kann, ob nicht die letztere Auffassung schon an sich als zutreffender zu erachten ist. Jedenfalls trägt die dieser Auffassung entsprechende Regelung des Entw. der Lage des Erben in billiger Weise Rechnung. Es erscheint mehr gerechtfertigt, dem Erben das auf die bedingte Verbindlichkeit Entfallende zu belassen, als ihn der Gefahr auszusetzen, daß er an den einzelnen inzwischen vielleicht vermögenslos gewordenen Gläubigern sich nicht mehr erholen kann, wenn er demnächst im Falle der Erfüllung der Bedingung von dem bedingt Berechtigten in Anspruch genommen wird.

Ist hiernach eine Vorschrift in Ansehung der aufschiebend bedingten Verbindlichkeit erforderlich, so ist es rathsam, auch in Ansehung der auflösend bedingten Verbindlichkeit zu bestimmen, um Mißverständnisse zu vermeiden. Besteht eine solche auflösend bedingte Verpflichtung, so ist der Erbe nach den §§ 59, 155 Abs. 4, § 156 der KonkD. berechtigt, diese Verpflichtung zunächst | voll in Ansatz zu bringen; jedoch bleibt den Gläubigern das Recht vorbehalten, im Falle der Erfüllung der Bedingung die Herabsetzung des Abzuges zu verlangen. Dieses Ergebnis dürfte als ein angemessenes zu bezeichnen sein.

In Ansehung der Nachlassverbindlichkeiten, bei welchen die aufschiebende Bedingung, unter welcher das Forderungsrecht eines Dritten steht, von der Art ist, daß die Möglichkeit der Erfüllung der Bedingung eine sehr entfernte ist, eine Vorschrift aufzunehmen dahin, daß die Möglichkeit einer künftigen Erfüllung der Bedingung unberücksichtigt bleibe, sofern die Nachlassverbindlichkeit eine solche sei, daß das Recht des Dritten sich als ein gegenwärtiger Vermögensbestandtheil nicht

Schätzung
bedingter zc.
Nachlass-
verbindlich-
keiten.
| §. 663.
Aufschiebend
oder auflösend
bedingte
Nachlassver-
bindlichkeiten.

| §. 664.

wohl ansehen lasse, ist nicht für rathsam erachtet. Allerdings läßt sich dafür, außer den §. 661 angeführten Gründen, geltend machen, daß das Ergebnis des § 2138 dann als ein besonders unbefriedigendes erscheine wenn der Erbe wegen einer Nachlassverbindlichkeit von so zweifelhaftem Ergebnisse den Abzug machen könne und der Nachlassgläubiger auf die nachträgliche Minderung des Abzuges vertröstet werde. Allein die Gründe, welche gegen die Aufnahme von Vorschriften für so überaus spezielle und seltene Fälle sprechen, sind auch hier in gleicher Weise wie bei den Nachlassaktiven als entscheidend angesehen.

II. Die KonkD. giebt keine Auskunft, wie es zu halten sei, wenn eine zweifelhafte Nachlassverbindlichkeit vorliegt, dh. eine Verbindlichkeit, welche bestehen kann, die aber der Gemeinschuldner als bestehend nicht anerkennt. Dies erklärt sich, weil nach den Vorschriften der KonkD. alle Gläubiger zu liquidiren gezwungen sind. Der § 62 KonkD. ist nicht anwendbar, weil er das Bestehen der Forderung voraussetzt; seine Anwendung würde auch ein nicht passendes Ergebnis liefern. Für diesen Fall wird bestimmt, der Erbe könne sich wegen der zweifelhaften Verbindlichkeit die nachträgliche Geltendmachung des Abzugsrechtes vorbehalten (Abs. 2). Wird über die Abzugseinrede erkannt, so hat der Erbe durch geeignete Anträge dafür zu sorgen, daß das ihm gewährte Recht im Urtheile vorbehalten werde. Die Vorschrift ergiebt, daß ein allgemeiner Vorbehalt nicht zulässig ist, sondern nur ein solcher, welcher auf spezielle Verbindlichkeiten sich bezieht.

In dem Falle, in welchem der Erbe das Bestehen einer Verbindlichkeit behauptet, die Verbindlichkeit also anerkennt, der sein Recht verfolgende Gläubiger aber, welchem die Abzugseinrede entgegengesetzt wird, die Richtigkeit der Verbindlichkeit bestreitet, hat der Erbe das Bestehen der Verbindlichkeit zu beweisen. Enthielte der Entw. die im Abs. 2 gegebene Vorschrift nicht, so würde der Erbe eine solche von ihm selbst nicht anerkannte Verbindlichkeit bei der Berechnung des Abzuges nicht in Ansatz bringen können; er würde auch später nach erfolgter Zahlung oder ergangenem Urtheile nicht in der Lage sein, eine entsprechende Erhöhung des Abzuges deshalb zu verlangen, weil er im Prozeßwege gezwungen worden ist, die Verbindlichkeit verhältnißmäßig zu erfüllen. Dem Erben würde nur die Befugniß bleiben, auf Feststellung des Nichtbestehens der von einem Dritten behaupteten Verbindlichkeit gegen diesen zu klagen und die Aussetzung der Verhandlung in demjenigen Rechtsstreite, in welchem er die Abzugseinrede vorgebracht hat, auf Grund des Anhängigseins dieses Rechtsstreites oder, wenn der dritte Gläubiger den Anspruch seinerseits bereits geltend gemacht hat, des letzteren Rechtsstreites nach § 139 CPO. zu beantragen. Der Erbe würde damit um so mehr in eine ungünstige Lage gebracht, als nach § 139 aD, ein Recht auf Aussetzung des Rechtsstreites nicht besteht, die Aussetzung vielmehr im Ermessen des Gerichtes steht. Die Anwendbarkeit des § 139 CPO. ist durch § 2138 Abs. 2 selbstverständlich nicht ausgeschlossen. — Zu weit würde es führen, wenn dem Erben das Recht beigelegt würde, solche zweifelhafte Verbindlichkeiten bei der Berechnung des Abzuges zunächst in Ansatz zu bringen. Damit würde zwar der Erbe noch besser geschützt; allein es kann dem Gläubiger nicht angeschlossen werden, Verbindlichkeiten sich in Rechnung stellen zu lassen, welche der Erbe selbst nicht anerkennt.

Der Entw. enthält sich einer Entscheidung, ob der Abs. 2 auch auf diejenigen Verbindlichkeiten sich erstreckt oder zu erstrecken ist, welche nicht dem Grunde nach, aber in Ansehung des Umfanges (KonkD. § 62) ungewiß sind. Hierfür läßt sich geltend machen, der maßgebende Grund (die ratio) der Vorschrift sei in beiden Fällen der gleiche. Andererseits kann eingewendet werden, es sei nur ein Bedürfnis anzuerkennen, die Lücke auszufüllen, welche sich gegenüber der KonkD. in Ansehung der Forderungen von zweifelhaftem Bestande ergebe, im Uebrigen müsse es bei den Vorschriften der KonkD. sein Bewenden behalten. Die Entscheidung dieser Frage kann unbedenklich der Wissenschaft und Praxis überlassen bleiben.

Ueber die Beweislast in Ansehung der Nachlassverbindlichkeiten, welche für die Abzugseinrede in Betracht kommen, bedarf es einer Vorschrift ebensowenig, wie in Ansehung der Aktiva (vgl. §. 661 f.). — Daß Verbindlichkeiten, welche nicht auf einen Geldbetrag gerichtet sind, bei der Berechnung des Abzuges nach ihrem Schätzungswerthe in Ansatz zu bringen sind, schreibt der § 62 der KonkD. vor; eine besondere Vorschrift hierüber ist daher entbehrlich.

6. Für den Nachlasskonkurs ist in Ansehung der Aufrechnung im § 2116 bestimmt; dieser enthält eine positive Vorschrift. Die Gründe, auf welchen er beruht (vgl. §. 635 f.), treffen für den Fall nicht zu, daß es zum Nachlasskonkurse nicht kommt. Wird die Abzugseinrede erhoben, so muß es bei demjenigen bewenden, was sich daraus ergiebt, daß der Nachlassgläubiger die mit der Abzugseinrede behaftete Forderung zur Aufrechnung verwendet hat. Die Aufrechnung ist, wenn der Erbe sich auf das Inventarrecht beruft, nur insoweit zu berücksichtigen oder nur insoweit wirksam, als der aufrechnende Nachlassgläubiger gemäß den Vorschriften über das Inventarrecht Befriedigung verlangen könnte. Dies muß besonders ausgesprochen werden, weil der Entw. in Allgemeinen die Fiktion des Nachlasskonkurses festhält, und zwar sowohl für den Fall, daß der aufrechnende Nachlassgläubiger selbst der Gegner ist („und überhaupt nur insoweit wirksam“), als für den Fall, daß es sich um die Berechnung des Abzuges gegenüber einem anderen Gläubiger

Zweifelhafte
Nachlassver-
bindlichkeiten.

§. 665.

Ungewisser
Umfang der
Verbindlich-
keit.

Beweislast.

3. Auf-
rechnung.

§. 666.

handelt („nur insoweit zu berücksichtigen“). Rechnet der Erbe eine Nachlassforderung gegen eine persönliche Schuld auf oder rechnet ein Nachlassschuldner mit einer persönlichen Forderung gegen den Erben auf, so bedarf es, wie bei dem Nachlassfonturfe, besonderer Vorschriften nicht (vgl. S. 635). — Der § 2139 bezieht sich wie der § 2138 auf die Feststellung der Passivmasse im Allgemeinen; dies erhellt aus der Fassung und Stellung. Aber der § 2139 hat noch eine größere Tragweite; er giebt dem Erben das Recht, den Nachlassgläubiger, welcher aufgerechnet hat und deshalb vom Erben Befriedigung nicht verlangt, auf Erfüllung der Verbindlichkeit in Anspruch zu nehmen, soweit die Aufrechnung mit dem Inventarrechte sich nicht verträgt.

Zurückfor-
derung auf
Grund der
Abzugs-
einrede.

Ueber die Unzulässigkeit der Zurückforderung des Geleisteten aus dem Grunde, weil der Forderung des Gläubigers die Abzugseinrede entgegengestanden hat, ist auch mit Rücksicht auf die Einredenatur der Abzugseinrede eine Vorschrift nicht erforderlich. Nach den allgemeinen Grundsätzen (vgl. § 737 Abs. 2) steht, wenn von den auszuschleudenden Fällen des Vertrages und des Urtheiles abgesehen wird, dem Erben der Bereicherungsanspruch wegen Leistung einer Nichtschuld sowohl dann zu, wenn er in Unkenntniß der Unzulänglichkeit des Nachlasses einen Gläubiger voll befriedigt hat, als auch dann, wenn er zwar das Abzugsrecht geltend gemacht, aber, weil er den Bestand des Nachlasses irrthümlich zu hoch annahm, zu viel geleistet hat. Diese Folge auszusprechen, besteht kein hinreichender Anlaß. Insofern kann nicht anerkannt werden, daß die Zulassung des Anspruches in solchen Fällen dem Zwecke des Inventarrechtes widerspreche. Freilich kann es einen Nachlassgläubiger unter Umständen hart treffen, wenn er das ihm auf seine Forderung Geleistete nach vielleicht langer Zeit ganz oder zum Theile wieder zurückerstatten muß, und daß er, wenn er den Anspruch nicht für begründet erachtet, in die Lage kommt, dem Erben nachweisen zu müssen, dieser habe bereits zur Zeit der Leistung von der Unzulänglichkeit des Nachlasses oder von der Höhe des Nachlassbestandes, welcher bei Erhebung des Anspruches zu Grunde gelegt ist, Kenntniß gehabt. Diese Unzuträglichkeiten stellen sich indessen bei jedem gegen einen gutgläubigen Empfänger erhobenen Bereicherungsanspruche wegen Leistung einer Nichtschuld in größerem oder geringerem Umfange heraus. Hier kommt nun zwar außerdem in Betracht, daß der Gläubiger behindert war, weil er zunächst befriedigt wurde, sein Interesse dadurch zu wahren, daß er alsbald dem Erben eine Inventarfrist setzen ließ oder seinen Anspruch im Wege der Klage verfolgte. Allein eine wirkliche Schädigung wird der Gläubiger nur in äußerst seltenen Fällen erleiden. Andererseits wäre es unbillig gegenüber dem Erben, ihm mit Rücksicht auf die mögliche Schädigung des Gläubigers jede Möglichkeit abzuschneiden, dasjenige zurückzufordern, was er zu zahlen nicht verpflichtet war. Ein Verzicht auf die Abzugseinrede kann in der vorbehaltlosen Erfüllung einer Nachlassverbindlichkeit seitens des Erben nicht gefunden werden.

§. 667.

Definitive
Feststellung
durch das
Urtheil.

Die Frage, ob zu bestimmen sei, durch das in dem Rechtsstreite, in welchem die Abzugseinrede geltend gemacht ist, ergangene Urtheil werde das Rechtsverhältniß in Ansehung dieser Verbindlichkeit unter den Parteien in der Art endgültig festgestellt, daß das Inventarrecht, soweit es im Urtheile Berücksichtigung nicht gefunden habe, erlösche, soweit aber die Einrede für begründet erachtet sei, bleibe ein späterer Wegfall derselben in Folge späterer Aenderung des Akti- oder Passivbestandes des Nachlasses unberücksichtigt, ist zu verneinen. Nach § 2135 entscheidet lediglich der Zeitpunkt der gerichtlichen Geltendmachung der Abzugseinrede. Zudem lassen die Prozeßgrundsätze keinen Zweifel, daß Thatsachen, welche der Zeit vor dem Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, angehören, Berücksichtigung nicht mehr finden können. — Darüber kann ein Zweifel nicht wohl bestehen, daß der Erbe für den durch das Urtheil festgestellten Betrag persönlich haftet.

Persönliche
Haftung des
Erben.
4. Prozeßuale
Geltend-
machung.

7. Die §§ 2140, 2141 befaßten sich mit der prozeßualen Geltendmachung der Abzugseinrede, im Gegenjaze zu der im § 2143 geregelten materiellen Einrede wegen Einstellung der Zwangsvollstreckung. Der § 695 C.P.D. setzt die Zulässigkeit des Antrages auf Vorbehalt der Abzugseinrede mehr voraus, als daß er sie ausspricht. Demgemäß bestimmt der § 2140, der Erbe könne verlangen, daß das Inventarrecht oder die Abzugseinrede im Urtheile ihm vorbehalten werde. Die Vorschrift ergiebt zugleich, daß der Erbe befugt ist, schon im Hauptprozesse die Abzugseinrede zu begründen und Entscheidung darüber in dem im Hauptprozesse ergehenden Urtheile zu verlangen. Der Nachlassgläubiger muß sich dies gefallen lassen, obschon dadurch seine Lage eine einigermaßen ungünstigere wird. Indessen ist zu berücksichtigen, daß die Zulassung der sofortigen Begründung der Einrede den allgemeinen Grundsätzen entspricht und einen zweiten Prozeß entbehrlich macht (Seuffert 43 Nr. 33).

Bedeutung
des
Vorbehaltes.

Ist das Inventarrecht oder die Einrede vorbehalten, so kann der Erbe die Einrede in einem Nachprozesse geltend machen (vgl. §§ 686 ff. der C.P.D.), auch wenn der Nachlassgläubiger seine Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung nicht betreibt (vgl. auch § 2141). — Nach dem Entw. ist jeder Erbe kraft Gesetzes Inventarerbe; er kann das Inventarrecht nur durch einen besonderen Umstand verlieren. Die Nichteinreichung des Inventares im Besonderen führt nicht zum Verluste des Inventarrechtes, es sei denn die auf Betreiben eines Gläubigers nach §§ 2095 ff.

bestimmte Inventarfrist versäumt. Regelmäßig ist also ein Weiteres zur Begründung des den Vorbehalt | bezielenden Antrages nicht darzuthun. Auch zur Begründung der Abzugseinrede ist | S. 668. nicht erforderlich, daß der Erbe die erfolgte Errichtung des Inventares nachweise (vgl. S. 657).

Eine besondere Vorschrift dahin, daß die Abzugseinrede, wenn zur Zeit des Rechtsstreites über eine Nachlassverbindlichkeit das Inventar bereits errichtet ist, von dem Erben in diesem Rechtsstreite geltend zu machen sei, ist nicht erforderlich. Für die Aufnahme einer solchen Vorschrift läßt sich anführen, daß regelmäßig Einwendungen, um Berücksichtigung zu finden, in der Verhandlung geltend gemacht werden müssen, wenn sie auf Thatsachen sich stützen, welche der Zeit vor dem Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, angehören. In dessen hat bereits die C.P.D. im § 695 vorgeesehen, daß die Geltendmachung der Abzugseinrede mit Rücksicht auf deren eigenartige Natur und die unter Umständen schwierige Begründung dieser Einrede in dem über die Forderung des Nachlassgläubigers ergehenden Urtheile vorbehalten werden kann, ohne Unterschied, ob ein Inventar zur Zeit dieses Rechtsstreites seitens des Erben bereits errichtet ist oder nicht. Dabei muß es um so mehr sein Bewenden behalten, als jedenfalls der Erbe in allen denjenigen Fällen zur Begründung der Einrede im Hauptprozesse nicht genöthigt werden kann, in welchen er es für angemessen erachtet hat, zur Ermittlung etwaiger nicht beantragter Verbindlichkeiten zunächst die Einleitung des Aufgebotsverfahrens zu beantragen.

8. Die Erledigung der Einrede soll, falls über die Einrede nicht bereits im Urtheile ent-^{Erledigung der vorbehaltenen Einrede.} schieden ist, nach §§ 686, 688, 689 C.P.D. erfolgen. Die Erwähnung der Ausnahme, daß über die Abzugseinrede bereits in dem Urtheile, welches in dem zwischen dem Gläubiger und dem Erben über die Nachlassverbindlichkeit anhängig gewordenen Rechtsstreite erlassen ist, entschieden wurde, verdeutlicht, welche Fälle in Betracht kommen, obschon diese Ausnahme vielleicht selbstverständlich ist. Betroffen wird durch die Vorschrift außer dem Falle, daß der vollstreckbare Titel ein anderer ist als ein Urtheil (§§ 702 ff. C.P.D.), auch der Fall, daß der Erblasser bereits verurtheilt war. In diesem Falle kann die Zwangsvollstreckung gegen den Erben nach §§ 693, 696 C.P.D. so betrieben werden, wie wenn er unbeschränkt verurtheilt wäre, bis der Erbe sich auf das Inventarrecht beruft. Diese Berufung auf den Vorbehalt muß, entsprechend nicht allein dem § 696 Abs. 3 C.P.D., sondern auch dem Wesen des Rechtsbehelfes des Inventarrechtes als einer Einrede, somit entsprechend dem § 686 C.P.D., im Wege der vom Erben zu erhebenden Klage erfolgen. Wegen Einstellung der Zwangsvollstreckung oder, wenn Vollstreckungsmaßregeln bereits ausgeführt sind, wegen Aufhebung dieser Maßregeln gelten alsdann die §§ 688, 689, sodaß die Entscheidung hierüber dem von dem Erben anzugehenden Prozeßgerichte zusteht.

Es kann näherliegend erscheinen, dem Erben das Recht beizulegen, mit Erhebung der Klage, in welcher die Abzugseinrede geltend gemacht wird, die | Einstellung der Zwangsvollstreckung | S. 669. sowie die Aufhebung der erfolgten Vollstreckungsmaßregeln in Ansehung des von der Abzugseinrede betroffenen Betrages der Forderung des Gläubigers ohne Weiteres zu verlangen. Allein damit würde vorwiegend das Interesse des Erben berücksichtigt werden; er würde alsdann in den Stand gesetzt sein, durch Erhebung einer unbegründeten Abzugsklage die Zwangsvollstreckung, vielleicht zum großen Nachtheile des Gläubigers, auf lange Zeit unmöglich zu machen. Einem solchen Mißbrauche wird vorgebeugt, indem, gemäß § 688 C.P.D., die Einstellung der Zwangsvollstreckung in das von der gewissenhaften Würdigung des Falles geleitete Ermessen des Prozeßgerichtes gestellt wird. Das Interesse des Erben wird dadurch nicht gefährdet. Allerdings liegt die Besorgniß nicht fern, eine solche Gefährdung könne insofern eintreten, als nach § 688 Abs. 1 C.P.D. erforderlich sei, daß der Erbe die zur Begründung des Einstellungsantrages erforderlichen Thatsachen glaubhaft mache, und als der Erbe häufig nicht im Stande sein werde, die Thatsachen glaubhaft zu machen. Allein das „glaubhaft machen“ im Sinne der C.P.D. ist nicht zu verwechseln mit dem „bescheinigen“ im Sinne des früher geltenden Rechtes. Eine vernünftige Rechtsanwendung kann diesen Unterschied nicht verkennen, und wird nicht übersehen, daß nicht beabsichtigt sein kann, Anforderungen an den Erben zu stellen, welche dieser nach Lage der Dinge nie zu erfüllen vermag. Ueberdies steht dem Erben das Auskunftsmittel zu Gebote, den Nachlasskonturs eröffnen zu lassen. Hat der Erbe die Einleitung des Aufgebotsverfahrens beantragt, so kann er die Einstellung schon gemäß § 2130 Abs. 1 herbeiführen. — Hiernach kann es auf sich beruhen, ob die Regelung dieses Falles schon deshalb ausgeschlossen ist, weil er bereits in der C.P.D. geregelt sei. Dafür ließe sich geltend machen, der § 696 Abs. 2 C.P.D. habe nur diejenigen Vorschriften des bürgerlichen Rechtes im Auge, welche dem Erben lediglich auf Grund des Inventarrechtes und ohne Rücksicht auf die Erhebung der Abzugseinrede das Recht gewährten, daß die Zwangsvollstreckung einzustellen sei, während, wenn die Abzugseinrede erhoben werde, die Geltendmachung dieser Einrede als einer Einwendung, welche den Anspruch selbst betreffe, schon an sich unter §§ 686, 688, 689 C.P.D. falle.

§ 2142 (II 1880, B. 1983, O. 1981, O. 2006).

Offenbarungseid.

| §. 670.

Der Zweck des § 2142 ist es, die Erledigung des Antrages des Gläubigers auf Leistung des Offenbarungseides seitens des Erben in einer einfachen, den Vorschriften der C.P.D. nicht widersprechenden Weise zu ermöglichen. Dem Gläubiger schon vor der Klageerhebung, sofern nur der Erbe außergerichtlich die unverkürzte Befriedigung verweigert, das Recht zu geben, über die zum Nachlasse gehörenden Gegenstände und deren Verbleib Auskunft zu verlangen, wäre nicht gerechtfertigt. So lange der Erbe den Nachlasskonturs nicht beantragt oder die Abzugseinrede nicht vorgeschützt hat, haftet er persönlich in vollem Umfange. Wie auch ein anderer Schuldner nicht lediglich deshalb, weil er sich weigert, einen Gläubiger voll zu befriedigen, genötigt wird, dem Gläubiger sein Vermögen offen zu legen, so kann dem Erben eine solche Verpflichtung in Ansehung des Nachlasses nicht auferlegt werden, während er zunächst voll haftet. Ein dringendes Interesse des Gläubigers an einer solchen Auskunft und der nach § 777 sich anschließenden Verbindlichkeit, den Offenbarungseid zu leisten, kann nicht anerkannt werden. Der Gläubiger ist schon ohnedies in der Lage, sich eine Einsicht in den Stand des Nachlasses zu verschaffen, indem er gemäß § 2095 dem Erben eine Inventarfrist setzen läßt. Außerdem vermag er den Erben zur Rechnungslegung und zur Leistung des Offenbarungseides anzuhalten, indem er entweder, wenn die Umstände des Falles es zulassen, die Eröffnung des Nachlasskonturses herbeiführt oder seine Forderung im Wege der Klage verfolgt und dem Erben damit Gelegenheit bietet, die Abzugseinrede zu erheben. Würde dem Gläubiger das bezeichnete Recht schon dann, wenn der Erbe nur die unverkürzte Befriedigung des Gläubigers verweigert, gewährt, so würde ihm damit, dem Erfolge nach, die Möglichkeit eröffnet, ein prozessuales Bertheidigungsmittel, welches ihm zusteht, um die Unerheblichkeit der Abzugseinrede darzuthun, vorweg zur Geltung und zur Entscheidung zu bringen.

Ist dagegen die Abzugseinrede geltend gemacht, so muß das Gesetz eingreifen. Denn, in Ermangelung einer besonderen Vorschrift würde der Nachlassgläubiger, sobald seiner Klage die Abzugseinrede entgegengesetzt wird, genötigt sein, die Pflicht des Erben zur Leistung des Eides in einem besonderen Prozesse geltend zu machen, falls er die zur Begründung der Einrede über den Nachlaß vorgebrachten Angaben in Ansehung des Bestandes des Nachlasses nicht für erschöpfend erachtet. Dieser Prozeß kann vor ein anderes Gericht gehören, und dessen Einleitung schließt noch nicht in sich, daß der Rechtsstreit, in welchem die Abzugseinrede erhoben wurde, einstweilen einzustellen ist. Rücksichten der Billigkeit machen es erforderlich, dem Gläubiger die Geltendmachung seiner Rechte zu erleichtern. Dies geschieht in angemessener Weise und ohne daß dadurch dem Erben zu nahe getreten wird, indem das Gericht, bei welchem der Rechtsstreit über die Abzugseinrede geführt wird, ermächtigt wird, auf Antrag des Gläubigers die Leistung des Eides durch Beschluß anzuordnen. Auf das Verfahren werden die §§ 320—335, 430, 495 C.P.D. für anwendbar erklärt; es sind dies die für den Eideseid geltenden Vorschriften. Wird über die Fassung der Eidesnorm gestritten und lehnt in Folge dessen der Erbe die Eidesleistung ab, so ist im Urtheile darüber zu entscheiden, ob die Weigerung begründet gewesen sei, oder ob der Eid als verweigert zu gelten habe. Der Beschluß, durch welchen die Leistung des Eides angeordnet und dessen Norm bestimmt ist, kann eine Zwischenentscheidung enthalten, welche mit den gegen das Endurtheil zulässigen Rechtsmitteln anfechtbar ist. Als die Folge der unbegründeten Verweigerung der Eidesleistung wird im Schlußsatze bestimmt, daß die Abzugseinrede als unbegründet zu verwerfen ist. Diese Vorschrift erscheint nicht entbehrlich. Den Gläubiger auf die Geltendmachung seines Interesses zu verweisen, wäre mißlich. Das Interesse läßt sich schwer bestimmen. Wenngleich dem Ermessen des Gerichtes in dieser Hinsicht durch § 260 C.P.D. ein weiter Spielraum eingeräumt ist, so würde damit dem Gläubiger doch nicht in allen Fällen geholfen sein. Freilich wird vielleicht nur über das Vorhandensein weniger und geringfügiger Gegenstände, deren Werth in keinem Verhältnisse zum Betrage der Abzugseinrede steht, gestritten; die Verwerfung der Einrede kann in solchem Falle für den Erben eine Härte sein, ganz besonders, wenn die Ableistung des Eides nur aus einer gewissen Unbehülflichkeit oder wegen einer Zartheit des Gewissens verweigert wird. Allein diese Bedenken können nicht für entscheidend erachtet werden. Verpflichtet das Gesetz den Inventarerben im Falle der Geltendmachung eines Abzuges zur Leistung des Offenbarungseides, so muß der Erbe dieser Verpflichtung genügen, um die Vortheile des Inventarrechtes zu erlangen.

| §. 671.

Zulassung des Gegenbeweises.

Wiederholte Eidesleistung.

Von einer besonderen Vorschrift dahin, daß die Ableistung des Eides den Beweis des Gegentheiles der beschworenen Thatsache nicht ausschliesse, ist abzusehen, weil es sich in dieser Beziehung um eine allgemeinere Frage handelt, welche nicht für den vorliegenden einzelnen Fall im Gesetze entschieden werden kann. Eine besondere Entscheidung ist auch nicht erforderlich; die allgemeinen Grundsätze genügen. — Die wiederholte Ableistung des Eides auszuschließen (vgl. Entsch. 16 S. 220), geht nicht wohl an mit Rücksicht darauf, daß nach § 2135 verb. mit

§ 2133 Abs. 2 verschiedene Zeitpunkte in Ansehung des Bestandes des Nachlasses für die einzelnen Rechtsfreitigkeiten in Betracht kommen können.

Im Anschlusse an den Schlußsatz zu bestimmen, daß, wenn der nach § 115 KonkO. ordnungsmäßig geladene Erbe den Eid ohne genügenden Grund vor Beendigung des Konkursverfahrens nicht leistet, das Inventarrecht erlösche, würde nicht angemessen sein. Für eine Vorschrift dieses Inhaltes läßt sich geltend machen, daß eine gewisse Rechtsunebenheit darin gefunden werden kann, wenn an die Nichtleistung im Nachlasskonkurse nicht ähnliche Folgen geknüpft werden wie an die Nichtleistung, falls der Eid von einem einzelnen Gläubiger gefordert wird. Allein die Verhältnisse liegen nicht in beiden Fällen gleich, so daß eine verschiedene Behandlung derselben nicht auffallen kann. Dem Nachlassgläubiger muß das Gesetz zu Hülfe kommen, weil das ihm eingeräumte Recht bei der für ihn obwaltenden Schwierigkeit, sein Interesse im Falle der Nichtleistung des Eides darzuthun, ohne die angeknüpfte Folge praktisch nur von geringer Bedeutung sein würde. Im Nachlasskonkurse steht hingegen den Gläubigern (abgesehen davon, ob der Erbe, welcher Nachlassgegenstände verheimlicht, nicht der Strafbestimmung des § 209 KonkO. unterliegt), im Konkursverwalter ein Organ zu Gebote, welches, unterstützt durch die Zwangsgewalt des Konkursgerichtes, das Interesse der Gläubiger an der Ermittlung | des Nachlassbestandes hinreichend zu wahren vermag. | S. 672.

Außerdem kann der Verlust des wichtigen Inventarrechtes nicht wohl an so unbestimmte Voraussetzungen geknüpft werden, wie solche in Frage stehen. Sollte dem Gedanken Rechnung getragen werden, so müßte ein besonderes, mit einem Urtheile abschließendes Verfahren angeordnet werden, in welchem darüber zu verhandeln und zu entscheiden sein würde, ob der Erbe den Eid „ohne genügenden Grund“ nicht geleistet habe. Endlich würde eine solche Vorschrift nicht mit § 2095 Abs. 2 zu vereinigen sein. Kann dem Erben nach Eröffnung des Nachlasskonkurses die Errichtung eines Inventares mit der Rechtsfolge des Verlustes des Inventarrechtes nicht mehr aufgegeben werden, so läßt sich eine derartige Rechtsfolge nicht wohl an die Nichtleistung des Eides knüpfen.

Verweigerte Eidesleistung im Konkurse.

§ 2143 (II 1888, 1890/1, B. 1991, 1993/4, R. 1989, 1991/2, G. 2014, 2016/7).

Während der § 2141 die Errichtung des Inventares voraussetzt, befaßt sich der § 2143 mit der Einstellung der Zwangsvollstreckung in dem Falle, daß das Inventar noch nicht errichtet ist. Für diesen Fall genügt der § 2141 insofern nicht, als der Erbe nicht im Stande ist, die Abzugseinrede zu begründen, so lange er über den Bestand des Nachlasses sich nicht hat unterrichten können. Der Erbe würde in solchem Falle zur Einstellung nicht zu gelangen vermögen und könnte dadurch schwer benachtheiligt werden. In der Regel wird zwar der Erbe schon während der Ueberlegungsfrist, während welcher ihn der § 2057 schützt, in der Lage sein, Einsicht zu nehmen, wie es mit dem Nachlasse steht, und über die zu ergreifenden Maßregeln ein Urtheil sich zu bilden. Die Verhältnisse können aber auch so liegen, daß diese Frist nicht ausreicht, um die nöthige Klarheit zu gewinnen. Ist ein Nachlasspfleger bestellt, so würde in Ermangelung einer besonderen Vorschrift gegen diesen nach § 2062 mit der Zwangsvollstreckung ohne Weiteres vorgegangen werden können. Besonders zu berücksichtigen ist aber der Fall, daß der Erblasser bereits verurtheilt war und unmittelbar nach dessen Tode die Zwangsvollstreckung betrieben oder fortgesetzt wird, ferner, wenn ein schnelles Verfahren gegen den Erben, wie z. B. bei dem Wechselprozesse, Platz greift. Wegen eine Benachtheiligung in solchen Fällen soll der Erbe hier geschützt werden. Der Nachlassgläubiger wird deshalb nicht gefährdet, weil er es in der Hand hat, die Errichtung des Inventares zu betreiben, indem er gemäß § 2095 die Bestimmung einer Inventarfrist erwirkt, mit deren fruchtlosem Ablaufe das Inventarrecht erlischt.

Einstellung der Zwangsvollstreckung.

Eine genügende Abhülfe kann nicht darin gefunden werden, daß der Erbe das Aufgebot der Nachlassgläubiger und gleichzeitig die Errichtung des Inventares durch die Behörde zu beantragen (§ 2103) und auf diesem Wege zur Hemmung der Zwangsvollstreckung zu gelangen vermag (§ 2130). Den Erben auf diesen Weg zu verweisen, wäre deshalb nicht angemessen, weil das Aufgebot erhebliche Kosten verursacht und unter Umständen völlig zwecklos ist, z. B. wenn in Ansehung der Nachlassverbindlichkeiten Zweifel gar nicht obwalten und nur der Aktivbestand des Nachlasses dunkel oder unklar ist. Damit | würde ferner das Aufgebot einem Zwecke dienstbar gemacht, welcher diesem Verfahren fern liegt. | S. 673.

Noch weniger kann darin eine genügende Abhülfe gefunden werden, daß der Erbe den Nachlasskonkurs zu beantragen vermag, der Nachlasskonkurs noch größere Kosten und Weiterungen verursacht. Ist der Nachlass zulänglich, so würde der Konkurs gar nicht am Platze sein. Ueberdies liegt der Konkurs vielleicht weder im Interesse des Erben noch im Interesse des Gläubigers. Den Erben dazu zu drängen, daß er zur Sicherung seines eigenen Vermögens den Konkurs beantragt, wäre nicht angemessen. — Andererseits würde es zu weit gehen, wenn dem Erben gestattet würde, die Einstellung der Zwangsvollstreckung schlechthin bis zur Errichtung des Inventares oder bis zum Erlöschen des Inventarrechtes zu verlangen. Die Inventarfrist des Entw. ist nicht eine gesetzliche; für Bemessung dieser Frist sind besondere Gesichtspunkte

Zeitliche Beschränkung.

punkte maßgebend; die Berücksichtigung der Lage der Gläubiger ist ausgeschlossen. Deshalb fügt der Abs. 2 eine zeitliche Beschränkung der im Abs. 1 dem Erben beigelegten Befugniß bei. Diese Schranke wird genügen, einer übermäßigen Behinderung der Gläubiger in der Geltendmachung ihrer Rechte vorzubeugen. Die Dauer der Frist auf länger als 3 Monate zu bestimmen, besteht kein Bedürfniß.

Gleiche
Begünstigung
des Nachlaß-
pflegers.

Der Zusatz „oder seit der Bestellung eines Nachlaßpflegers“ verdeutlicht, daß die gleiche Begünstigung wie dem Erben auch dem Nachlaßpfleger und zwar aus denselben Gründen, gewährt ist. Auch dieser bedarf unter Umständen einiger Zeit, um klarzustellen, ob er der Zwangsvollstreckung zu widersprechen hat. Zugleich ist eine nähere Bestimmung erforderlich, von wann ab gegenüber einem Nachlaßpfleger die Frist zu laufen beginnt. — In Ansehung des Arrestes und der Wiederaufhebung von Maßregeln der Zwangsvollstreckung enthält der § 2143 eine Vorschrift nicht, und zwar aus denselben Gründen, aus welchen im § 2130 von der Gleichstellung des Arrestes mit der Zwangsvollstreckung abgesehen ist (vgl. S. 653).

Ausnahme
für gewisse
Zwangsvoll-
streckungen.

Der Abs. 3 bestimmt eine Ausnahme in Ansehung einer Zwangsvollstreckung, deren Einstellung im Falle des Aufgebotes der Nachlaßgläubiger nicht verlangt werden kann (vgl. § 2130). Die Zwangsvollstreckung ist nur in dem Maße zu beschränken, daß einer späteren konkursmäßigen Vertheilung des Nachlasses nicht vorgegriffen wird. Dieser Gesichtspunkt liegt auch dem § 2130 zu Grunde. Es ist deshalb erforderlich und angemessen, daß Recht auf Einstellung der Zwangsvollstreckung, ebenso wie dort, gegenüber solchen Forderungen auszuschließen, welchen gegenüber die Einstellung im Aufgebotsverfahren nicht verlangt werden kann.

§§ 2144, 2145 (I —, B. —, R. —, G. —).

6. Einfluß des
Urtheiles auf
den Konkurs-
antrag.

| S. 674.

1. Indem ausgesprochen wird, daß auch das rechtskräftige Erkenntniß über die Abzugseinrede eine Aenderung in Ansehung der Befugniß, Eröffnung des Nachlaßkonkurses zu beantragen, nicht herbeiführt, wird hinreichend erkennbar, daß noch weniger das bloße Geltendmachen der Abzugseinrede diese Befugniß berührt. | Die Vorschrift aufzunehmen, erscheint angemessen, um dem Mißverständnisse entgegenzutreten, als gewähre der Umstand, daß die Abzugseinrede geltend gemacht oder daß darüber rechtskräftig erkannt ist, dem Erben die Möglichkeit, die Herbeiführung des Nachlaßkonkurses seitens des Nachlaßgläubigers zu hindern. Für den Fall, daß der Erbe die Abzugseinrede erhebt, dem Gläubiger die Befugniß beizulegen, die Eröffnung des Nachlaßkonkurses zu beantragen, ohne daß er die Ueberschuldung glaubhaft macht (Konk. § 203), wäre nicht rathsam. Der Regel nach wird das Konkursgericht in der vom Gläubiger beigebrachten Erklärung des Schuldners, daß der Nachlaß nur zu einer verhältnißmäßigen Befriedigung der Gläubiger hinreiche, schon an sich die Ueberschuldung des Nachlasses glaubhaft gemacht finden.

7. Nachlaß-
konkurs
nach Fest-
stellung des
Abzuges.

| S. 675.

2. Daß das über die Abzugseinrede ergangene rechtskräftige Urtheil die Höhe des Abzuges unter den Parteien endgültig regelt, und daß der Erbe für den durch das Urtheil unter Berücksichtigung der Abzugseinrede festgestellten Betrag der Forderung des Nachlaßgläubigers auch mit seinem eigenen Vermögen haftet, ist selbstverständlich (vgl. zum § 2139 S. 667). Dagegen erhebt sich der Zweifel, ob das Urtheil diese Wirkung behalten solle, wenn es nachträglich zum Nachlaßkonkurs kommt. Dafür, daß in solchem Falle dem Urtheile die Wirkung abzuspreden sei, läßt sich geltend machen, es werde mit der Eröffnung des Nachlaßkonkurses die Fiktion hinfällig, auf welcher die Abzugseinrede beruhe. Ferner spricht dafür, daß sich die Auffassung vertreten läßt, der Erbe lasse sich, dem Zwecke der Abzugseinrede zufolge, auf die eigene Vertheilung des Nachlasses nach dessen Werthe unter die Gläubiger nur unter der Voraussetzung ein, daß der Nachlaßkonkurs vermieden werde und daß die Nachlaßgegenstände ihm belassen werden; nur unter dieser Voraussetzung werde ein Urtheil über die Abzugseinrede von ihm erstrebt und ergehe das Urtheil; diese Voraussetzung entfalle aber mit der Eröffnung des Nachlaßkonkurses. — Allein diese Gründe können nicht maßgebend sein. Mag es auch richtig sein, daß der Erbe, indem er die Liquidirung des Nachlasses übernimmt, von der bezeichneten Voraussetzung in der Regel ausgeht, so ist daraus doch nicht herzuleiten, daß, wenn die Voraussetzung sich später nicht bewahrheitet, nunmehr alle Maßnahmen, welche der Erbe zum Zwecke der Liquidirung getroffen hat, mit rückwirkender Kraft hinfällig werden müssen. Folgerichtig müßten sonst auch die gleichen Folgen in Ansehung der seitens des Erben freiwillig geleisteten Zahlungen und der von ihm getroffenen Vereinbarungen eintreten. Würde aber in solcher Weise nur in Ansehung des ergangenen Urtheils bestimmt, so ließe sich diese Regelung mit den Grundsätzen über die Rechtskraft, sowie mit den sonstigen Vorschriften des Entw. nur schwer in Einklang bringen. Dem Urtheile würde eine aus dessen Tenor nicht zu entnehmende Bedeutung beigelegt. Wichtiger noch ist, daß es gegen die | Natur und das Wesen des Urtheiles verstoßen würde, wenn durch eine solche Regelung in das Belieben des Erben gestellt würde, dem Urtheile seine Wirkung zu entziehen. Denn der Erbe, welcher sich durch das Urtheil benachtheiligt glaubt, könnte die Folgen des Urtheiles abwenden, indem er die Eröffnung des Nachlaßkonkurses beantragt. Ueberdies würde dadurch der Grundsatz des § 2135,

nach welchem für die Höhe der Erbe in Folge des Abzuges der Zeitpunkt der gerichtlichen Geltendmachung der Einrede maßgebend ist, zu einem großen Theile seine Bedeutung verlieren. Hat sich der Nachlaß nachträglich vermindert, so würde der Erbe nicht Anstand nehmen, die Eröffnung des Nachlaßkonkurses zu beantragen. Es muß also dabei bewenden, daß das Urtheil nur zwischen dem Erben und dem Gläubiger wirkt. Aber auch in der Art, daß der Gläubiger vom Konkurse ausgeschlossen wird und der Erbe an Stelle des Gläubigers im Konkurse zu liquidiren hat, kann nicht geregelt werden. Denn dadurch würde der Gläubiger in allen den Fällen gefährdet, in welchen der Erbe für seine Person vermögenslos ist. Den Vorzug verdient es vielmehr, den Gläubiger im Konkurse voll liquidiren zu lassen mit der Maßgabe, daß der Gläubiger nicht mehr erhält, als den Betrag der durch den Abzug ermäßigten Forderung; den Mehrbetrag erhält der Erbe. Der Erbe hat hiernach den Vortheil, falls im Konkurse für den Gläubiger ein größerer Betrag sich ergibt, aber er hat auch den Schaden zu tragen, falls der Gläubiger im Konkurse weniger erhalten würde.

Daß die volle Haftung des Erben für den durch das Urtheil festgestellten Betrag fort-dauert (§ 2145 Satz 2 Halbs. 1), kann für selbstverständlich erachtet werden. Die Aufnahme der Vorschrift dient jedoch zur Erleichterung des Verständnisses und zur Verhütung des Mißverständnisses, der Gläubiger könne den Erben während der Dauer des Nachlaßkonkurses nicht und später nur wegen desjenigen in Anspruch nehmen, was er im Konkurse weniger erhielt. In Rücksicht auf diese Haftung des Erben ist es rathsam, die Nichtanwendbarkeit des § 2110 Abs. 1 auszusprechen (Satz 2 Halbs. 2). Dadurch wird zugleich klargestellt, daß der Gläubiger abgesonderte Befriedigung aus der Konkursmasse beanspruchen kann, wenn er auf Grund des Urtheiles vor der Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß eine Maßregel der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung gegen den Nachlaß erwirkt hat. Das vom Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung erlangte Recht kann nicht wohl anders behandelt werden, als das vom Erben selbst eingeräumte Recht (§ 2111). Wie das letztere, so muß auch das erstere in Kraft bleiben, unbeschadet der Verantwortlichkeit des Erben gegenüber der Konkursmasse.

Der Fall, daß der dem Nachlaßgläubiger auf Grund der Abzugseinrede zu machende Abzug durch Vertrag zwischen dem Erben und dem Gläubiger festgestellt ist, kommt hier nicht in Betracht. Die vertragmäßige Ordnung des Verhältnisses ist auch sonst vom Entw. nicht besonders berücksichtigt. Im Allgemeinen ist es aber auch eine tatsächliche Frage, welche Tragweite einem derartigen Vertrage inne wohnt. Der Regel nach trägt ein solcher Vertrag den Charakter eines Vergleiches an sich und wird, wenn dies zutrifft, das Gleiche zu gelten haben wie bei der Feststellung durch Urtheil. Es ist jedoch auch möglich, der Vertrag sei nur für den Fall geschlossen, daß es nicht zum Nachlaßkonkurse komme, oder es solle, wenn es zum Nachlaßkonkurse kommen sollte, der Gläubiger als Konkursgläubiger ausscheiden und der Erbe an dessen Stelle treten. Im Einzelfalle bleibt zu prüfen, welcher Art der geschlossene Vertrag ist.

Ueber die Befugniß des Erben, die Forderung im Nachlaßkonkurse geltend zu machen, falls der Gläubiger seinerseits die Liquidation unterläßt oder zurücknimmt, bestimmt der § 2115 Abs. 2. Die Frage, ob ein Nachlaßgläubiger, welcher ein rechtskräftiges Urtheil unter Berücksichtigung der Abzugseinrede erlangt hat, befugt sei, noch die Eröffnung des Nachlaßkonkurses zu beantragen, bedarf einer besonderen Entscheidung im Gesetze nicht. Ist ein solches Recht anzunehmen (und der Entw. schließt diese Befugniß des Gläubigers nicht aus), so wird der Erbe dadurch nicht beschwert oder gefährdet, da er es in der Hand hat, einem derartigen Vorgehen des Gläubigers vorzubeugen, indem er ihn befriedigt. — Die Befreiung des Nachlaßgläubigers, welcher ein solches Urtheil erlangt hat, von der Verpflichtung, seine Forderung im Gläubigeraufgebote anzumelden, ist im Schlusssatze des § 2125 ausgesprochen.

§ 2146 (II 1936, B. 2040, R. 2038, G. 2063).

Steht dem Miterben ein Anspruch als Gläubiger zu in Ansehung einer bereits gegen den Erblasser begründeten Verbindlichkeit, so kann seine Eigenschaft als Miterbe seinen Rechten als Gläubiger nicht Abbruch thun. Wenn im Gebiete des A.R. anders entschieden ist (Cecius § 270 Anm. 76 und 18 und die dort angerufenen Entscheidungen), so kann dies um so weniger maßgebend sein, als die Auffassung des A.R. vom Inventarrechte eine andere ist. Jedem falls kann nach dem Entw. ein Erbtheil überschuldet sein (nach § 2119 ist der Konkurs nur über einen Erbtheil zu eröffnen), während der Erbtheil des Miterben, welcher in Ansehung einer solchen Verbindlichkeit Gläubiger ist, völlig unbelastet sein kann. Handelt es sich dagegen um eine nicht bereits gegen den Erblasser begründete Verbindlichkeit der übrigen Miterben oder eines derselben gegenüber einem Miterben, so kann nicht das Gleiche gelten, wenn nicht Härten sich ergeben sollen. Im Falle des Verzichtes auf das Inventarrecht (§ 2094) geht schwerlich der Wille des Verzichtenden dahin, auch gegenüber seinen Miterben sich wegen einer solchen Nachlaßverbindlichkeit in vollem Umfange haftbar zu machen. Versäumnissen und Verfehlungen in An-

Fortdauer der vollen Haftung des Erben.

Feststellung des Abzuges durch Vertrag.

§ 676.

Liquidation im Konkurse.

Anmeldung im Aufgebotsverf.

8. Abzugseinrede gegen Miterben.

§ 677. In der Lage sind, das Inventar selbst zu errichten, nicht dieselbe Wirkung beigemessen werden wie im Verhältnisse zu anderen Personen. Besonders unbillig wäre es, wenn im Falle einer Ausgleichungsverbindlichkeit, welche nach § 2164 als eine dem Verpflichteten obliegende Nachlassverbindlichkeit gilt (vgl. § 2117 Abs. 2 Nr. 5), der des Inventarrechtes gegenüber allen Nachlassgläubigern verlustige Miterbe, welcher in Wirklichkeit durch die Ausgleichungsverbindlichkeit überfordert ist, dem Berechtigten aus eigenen Mitteln zu leisten hätte (vgl. wegen des RM., das in anderer Weise hilft, II 2 § 312, Ciccius § 274 Anm. 20, Dernburg § 241 a. G.). Eine ähnliche Härte würde sich ergeben, wenn einem Miterben als Pflichttheilsberechtigten im Falle des § 1979 oder als einem mit einem Vorausmächtnisse Bedachten Forderungen gegen die übrigen Miterben zustehen. Kommt eine andere Nachlassverbindlichkeit als die vorbezeichneten in Betracht, so wird sich diese Härte freilich weniger fühlbar machen, weil alsdann die Nachlassverbindlichkeit in der Regel nach § 2113 Masseschuld sein wird und eine Ueberforderung nicht leicht eintritt.

§ 2147 (II 1881, B. 1984, R. 1982, G. 2007).

VIII. Besondere Vorschriften.
1. Inventarrecht bei mehreren Erbtheilen.

Darüber, wie die Sachlage sich gestaltet, wenn ein Erbe zu mehreren Erbtheilen berufen ist, bestimmt der § 2147. Die Vorschrift enthält einen allgemeinen, auf alle Vorschriften über das Inventarrecht sich beziehenden Grundsatz und findet deshalb hier eine angemessene Stelle; sie erstreckt sich, wie die des § 2037, auf alle Fälle, in welchen bei einem Erben, selbst wenn er Alleinerbe ist, mehrere Erbtheile als besondere hervortreten, sei es absolut, wie in Fällen der §§ 1967, 1971 Abs. 2, sei es nur relativ, wie in den Fällen der §§ 1799, 1972, 1973. In allen diesen Fällen soll dem Erben in Ansehung eines jeden Erbtheiles das Inventarrecht besonders zustehen, wie wenn die Erbtheile verschiedenen Erben gehörten.

In Betracht kommen, wie aus den in Bezug genommenen Vorschriften erhellt, in Ansehung der gesetzlichen Erbfolge folgende Fälle: Ein Verwandter der ersten oder zweiten Linie gehört verschiedenen Stämmen an und erbt in jedem dieser Stämme (§ 1967); ferner ein Ehegatte erbt zugleich als solcher und als Verwandter (§ 1971 Abs. 2). Nach den angerufenen Vorschriften sind in diesen Fällen die mehreren Erbtheile als besondere Erbtheile anzusehen. Daraus folgt, daß, in Ermangelung einer das Gegentheil ergebenden Vorschrift, die Erbtheile auch in Ansehung des Inventarrechtes ein von einander unabhängiges Schicksal haben. — Ferner kann bei der Berufung aus Verfügungen von Todeswegen ein Erbe zu mehreren Erbtheilen berufen sein. Dies ist zwar nicht im Entw. besonders ausgesprochen, ergibt sich aber aus § 2037. Der § 2037 spricht nur von der Annahme und Ausschlagung der Erbschaft; er setzt jedoch, indem er daran anknüpft, daß des Erblassers Wille entscheide, ob bei der Einsetzung desselben Erben zu mehreren Erbtheilen diese nur als ein Erbtheil oder als mehrere Erbtheile zu betrachten seien, einen allgemeineren Grundsatz voraus. — Möglich ist sodann, daß ein Erbe aus verschiedenen Berufungsgründen oder aus demselben Berufungsgrunde verschiedene Erbtheile theils unbedingt, theils bedingt oder betagt erhält. — Weiter kommen die Fälle der Anwachsung (§ 1799) und der Erhöhung des gesetzlichen Erbtheiles nach Maßgabe des § 1972 in Betracht; nach beiden Vorschriften gelten die auf eine solche Weise vereinigten Erbtheile nur in Ansehung der auf dem einen oder anderen Erbtheile haftenden Vermächtnisse und Auflagen — also relativ in den bezeichneten Richtungen — als besondere Erbtheile. — Von Bedeutung ist endlich der § 2037 insofern, als nach ihm, falls ein zu mehreren Erbtheilen berufener Erbe den einen Erbtheil angenommen oder ausgeschlagen hat, auch die anderen Erbtheile als angenommen oder ausgeschlagen gelten, selbst wenn sie erst später anfallen, es sei denn, daß der Berufungsgrund ein verschiedener ist. Darnach gelten die mehreren in Rede stehenden Erbtheile nicht allgemein für einen Erbtheil, sondern nur in Beziehung auf Annahme und Ausschlagung. Der § 2037 setzt als selbstverständlich voraus, daß der Erbe gegen eine durch die Erstreckung seiner Annahmeerklärung mögliche Gefährdung in dem Inventarrechte und dessen angemessener Gestaltung Schutz finde (vgl. S. 508).

Für alle Fälle gleichmäßig zu regeln, erscheint geboten. Daß die Vorschrift sich auch auf die nur relativ besonderen Erbtheile erstreckt, rechtfertigt sich deshalb, weil große Härten für den Inventarerben sich ergeben könnten, wenn der Verlust des Inventarrechtes durch Verzicht oder durch Versäumung der Inventarfrist auch auf diejenigen Erbtheile zu beziehen wäre, welche dem Erben erst später anfallen oder deren Anfall ihm noch nicht bekannt war. Die Regelung schafft einfache Verhältnisse und macht weitere Vorschriften entbehrlich, insbes. darüber, wie es sich mit dem Nachlasskonkurs in Ansehung der einzelnen Erbtheile gestaltet, je nachdem das Inventarrecht verloren oder nicht erloschen ist. Sie erübrigt die Festsetzung eines bestimmten Anfangspunktes für den Beginn der Inventarfrist in Ansehung der später hinzutretenden Erbtheile und läßt erkennen, daß dem Erben für den später anfallenden Erbtheil eine besondere Inventarfrist zu setzen ist.

Nicht einzubeziehen sind die Fälle, in welchen der Erbe auf das Inventarrecht verzichtet hat, weil er nur zu einem geringeren Bruchtheile Erbe zu sein vermeinte, als er es thatsächlich

Nicht einbezogene Fälle.

war, oder in welcher der Erbe in einem entsprechenden Irrthume sich befand und deshalb die Erbschaft annahm oder ausschlug. Im ersteren Falle, z. B. wenn dem Erben, weil ein Mitberufener vor dem Erblasser gestorben war, ein erheblicherer Bruchtheil, als er glaubte, oder das Ganze angefallen war, handelt es sich, soweit nicht etwa der § 1973 Platz greift, um einen bei dem Verzicht untergelaufenen Irrthum, dessen Bedeutung für den Verzicht sich nach allgemeinen Grundsätzen zu bestimmen hat. Im zweiten Falle muß sich gleichfalls der Einfluß des vor- gekommenen Irrthumes nach den allgemeinen Grundsätzen bemessen.

§§ 2148, 2149 (II 1882, B. 1391, 1438, 1983, R. 1389, 1436, 1981, G. 1406, 1453, 2008). | §. 679.

Ist eine Erbschaft einem Manne angefallen, oder ist eine Erbschaft während bestehender Ehe einer Frau angefallen, welche in Gütertrennung lebt (§§ 1338—1349), oder einer nicht in diesem Güterstande lebenden Frau, aber so, daß sie zum Vorbehaltsgute gehört, so regelt sich das Inventarrecht ohne Weiteres, ohne daß besondere Vorschriften erforderlich wären. Vorschriften sind in Ansehung des Inventarrechtes nicht zu entbehren, falls der Erbe eine Frau ist und die Erbschaft Ehegut oder im Falle der GG. Gesamtgut oder Sondergut geworden ist. Der § 2148 trifft sowohl den Fall, daß eine Frau Erbin wird und der bezeichnete Güterstand bereits besteht, als auch den Fall, daß der bezeichnete Güterstand erst nach dem Anfalle der Erbschaft und noch vor dem Erlöschen des Inventarrechtes eintritt, den letzteren Fall selbst dann, wenn die Inventarfrist bereits bestimmt war. Sie beruhen auf Gründen praktischer Zweckmäßigkeit. Eine Verdeutlichung der Fassung dahin „ist der Erbe eine Frau“, um erkennbar zu machen, daß auch der Fall einbezogen ist, in welchem die Erbschaft vor der Ehe angefallen war, erscheint nicht erforderlich, da Mißverständnisse nicht zu besorgen sind. Die Verdeutlichung wäre nicht einmal rathsam, weil die betr. Fragen sich der Regel nach nur erheben können, wenn die Frau bereits wirklich Ehefrau ist.

2. Inventarrecht einer Ehefrau.

Den Fall besonders zu regeln, daß der Frau vor dem Eintritte des gesetzlichen Güterstandes oder der GG. — mag dies die allgemeine Güter- oder die Errungenschafts- oder die Fahrnißgemeinschaft sein — eine Inventarfrist bereits bestimmt ist, besteht kein Anlaß. Vorzuschreiben, daß in solchen Fällen die Bestimmung einer Inventarfrist gegenüber dem Manne nicht erforderlich sei und der Ablauf der Inventarfrist sich lediglich nach der Person der Frau bestimme, liegt kein genügender Grund vor. — Ebenjowenig ist besonders zum Ausdruck zu bringen, daß die Vorschriften auch dann anzuwenden sind, wenn die Ehegatten bei Schließung der Ehe oder bei der späteren Einführung des gesetzlichen Güterstandes oder der GG. vereinbart haben, die Erbschaft solle Vorbehaltsgut sein. Dies könnte insofern angemessen erscheinen, als trotz einer solchen Vereinbarung die Nachlassverbindlichkeiten gegenüber den Gläubigern Eheguts- oder Gesamtgutsverbindlichkeiten sind. Indessen müßte dazu eine verwickelte Fassung gewählt werden und bleibt zweifelhaft, ob eine so feine Unterscheidung das Verständniß nicht ohne Noth erschweren würde, während die Erwartung begründet ist, daß Wissenschaft und Praxis für den besonderen Fall die richtige Entscheidung auch ohne besondere Anleitung werden. Den Eingang so zu fassen, daß die Anwendbarkeit dieser besonderen Vorschriften davon abhängt, ob die Nachlassverbindlichkeiten Eheguts- oder Sonderguts- oder Gesamtgutsverbindlichkeiten geworden sind, würde nicht angemessen sein, da es nur darauf ankommt, ob die Erbschaft bei dem Anfalle und durch den Anfall Ehegut, Sondergut oder Gesamtgut wird; eine Fassung der bezeichneten Art würde dagegen die Auffassung nahe legen, es sei auch dasjenige in Betracht zu ziehen, was in Ansehung der Nachlassverbindlichkeiten allein eingetreten ist.

Die Frist war bereits bestimmt.

Ver- einbarung, die Erbschaft solle Vorbehaltsgut sein.

| §. 680.

In den in Betracht kommenden Fällen sowohl der Frau als dem Manne das Inventarrecht zu gewähren, obgleich an sich lediglich die Frau als Erbin das Inventarrecht hat und dieses nur dem Manne zu Gute kommt, würde nicht angemessen sein. Zwingende Gründe für eine derartige Regelung bestehen nicht; eine solche ist auch dem geltenden Rechte nicht bekannt. Der Entw. beruht auf der Auffassung: der Frau steht, wie jedem anderen Erben, kraft Gesetzes das Inventarrecht zu. Die Erbschaft wird mit diesem Rechte der Frau Ehegut, Gesamtgut oder Sondergut. Das Inventarrecht kann aber gegenüber allen Gläubigern erlöschen durch Verzicht (§ 2094), durch Versäumung der Inventarfrist (§ 2095), und durch doloses Verschweigen von Nachlassgegenständen im Falle des § 2106 Abs. 1. Besondere Vorschriften sind erforderlich, wie in den in Betracht kommenden Fällen ein Verlust des Inventarrechtes mit Wirkung gegenüber beiden Ehegatten eintreten kann.

Kein Inventarrecht für beide Gatten.

Unter Nr. 1 wird der Verzicht geregelt; er soll nur wirksam sein, wenn der Mann einwilligt hat oder den Verzicht genehmigt. Für diese Einwilligung oder Genehmigung ist eine Form nicht vorgeschrieben, obgleich nach § 2094 Abs. 2 ein Vertreter, welcher den Verzicht erklärt, einer formalisirten Vollmacht bedarf. Ein genügender Grund liegt nicht vor, den § 127 Abs. 2 hier auszuschließen. Der Fall der Vollmacht läßt sich nicht ohne Weiteres dem der Einwilligung oder Genehmigung des Mannes gleichstellen. Näher würde die Gleichstellung mit der Einwilligung oder Genehmigung seitens des Vertreters einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person liegen;

Verzicht

Wahrung der
Frist. in Ansehung der letzteren ist aber eine Formvorschrift nicht aufgestellt. — Die Nr. 2 beruht ausschließlich auf Gründen der Zweckmäßigkeit. Die Bestimmung der Frist soll nur wirksam sein, wenn sie auch gegenüber dem Manne erfolgt. Die Frist soll auch gegenüber der Frau nicht ablaufen, so lange sie gegenüber dem Manne nicht abgelaufen ist. Die Errichtung des Inventares durch den Mann soll auch zu Gunsten der Frau wirken. — Zu bestimmen, daß das Erlöschen des Inventarrechtes gemäß § 2106 Nr. 1 nur eintritt, wenn die Absicht, die Nachlaßgläubiger zu benachtheiligen, beiden Gatten zur Last fällt (Nr. 3), ist geboten, weil der Gatte unter der rechtswidrigen Handlungsweise des anderen Gatten nicht leiden kann. Die Fassung läßt darüber keinen Zweifel, daß der andere Gatte nicht allein von der Absicht des Gatten, die Nachlaßgläubiger zu benachtheiligen, sondern auch von der Ausführung dieser Absicht Kenntniß gehabt und diese Ausführung gebilligt haben muß. — Unter Nr. 4 wird vorgeschrieben, daß jeder Gatte ohne Einwilligung des anderen den Nachlaßkonkurs beantragen, das Aufgebot erwirken und das Inventar errichten kann. Die Vorschrift in Ansehung der Inventarerrichtung bezweckt zugleich, die

Doloses
Verschweigen. des Inventarrechtes gemäß § 2106 Nr. 1 nur eintritt, wenn die Absicht, die Nachlaßgläubiger zu benachtheiligen, beiden Gatten zur Last fällt (Nr. 3), ist geboten, weil der Gatte unter der rechtswidrigen Handlungsweise des anderen Gatten nicht leiden kann. Die Fassung läßt darüber keinen Zweifel, daß der andere Gatte nicht allein von der Absicht des Gatten, die Nachlaßgläubiger zu benachtheiligen, sondern auch von der Ausführung dieser Absicht Kenntniß gehabt und diese Ausführung gebilligt haben muß. — Unter Nr. 4 wird vorgeschrieben, daß jeder Gatte ohne

Antrags-
berechtigung. Einwilligung des anderen den Nachlaßkonkurs beantragen, das Aufgebot erwirken und das Inventar errichten kann. Die Vorschrift in Ansehung der Inventarerrichtung bezweckt zugleich, die

| §. 681. Frau wegen der mit der Inventarerrichtung, welche auf ihren Antrag erfolgt, verbundenen Kosten zu sichern. Diese Kosten würden in Ermangelung einer Zustimmung des Mannes dem Ehegute nicht zur Last fallen; ein solches Ergebnis aber wäre ein unbilliges. Die Vorschrift über den Konkurs und das Aufgebot ist positiv, aber geboten, um dem Interesse des Mannes wegen der Schuldenhaftung Rechnung zu tragen.

Einer besonderen Vorschrift darüber, welches Inventar maßgebend ist, wenn beide Gatten ein Inventar errichtet haben, bedarf es nicht, da der Entw. nach § 2102 ein von der zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten aufgenommenes Inventar verlangt. — Wie sich das Rechtsverhältniß nach dem Aufgebotsverfahren gestaltet, ist nicht näher zu regeln (vgl. zu § 2129 S. 562, 563). — In Ansehung des Offenbarungseides (§ 2142), insbes. darüber, welcher der Gatten den Eid zu leisten habe, ist eine Vorschrift entbehrlich. Die letztere Frage muß sich ebenso beantworten wie in allen Fällen, in welchen es sich darum handelt, von wem in einer das Ehegut ufm. betreffenden Angelegenheit der etwa erforderliche Offenbarungseid zu leisten sei. Die allgemeinen Grundsätze werden in dieser Hinsicht zu einer befriedigenden Lösung genügen. — Daß die Gesamtgutgläubiger eines Mannes zu den Nachlaßgläubigern in Ansehung einer Erbschaft, welche der Frau zum ehelichen Gesamtgute angefallen ist, in demselben Verhältnisse wie Erbschaftgläubiger zu Nachlaßgläubigern stehen, bedarf, als selbstverständlich, keiner besonderen Erwähnung.

Auflösung der
Güter-
gemeinschaft. Ist einer Frau während bestehender Ehe eine Erbschaft als Ehegut oder Sondergut angefallen und endigt der gesetzliche Güterstand oder die GG. durch Vertrag oder Urtheil oder Auflösung der Ehe zu einer Zeit, in welcher das Inventarrecht noch nicht erloschen ist, so ergeben sich die Folgen ohne Weiteres. Denn mit der Beendigung des Güterstandes erhält die Frau freie Verfügung in Ansehung des Ehegutes oder Sondergutes und der Mann ist nicht mehr beteiligt. Anders steht es, wenn in solchem Falle die Erbschaft bei bestehender GG. zum Gesamtgute gehört hat. Alsdann ist der Mann noch beteiligt; er haftet für die Gesamtgutverbindlichkeiten (§ 1359). Deshalb rechtfertigt sich (§ 2149) die entsprechende Anwendung des § 2148. In diesem Falle dem Manne ein gewissermaßen selbständiges Inventarrecht einzuräumen, ist nicht erforderlich. Der ihm durch entsprechende Anwendung des § 2148 gewährte Schutz genügt dem praktischen Bedürfnisse und entspricht mehr dem Grundgedanken des § 2148, daß das Inventarrecht der Frau zusteht und dem Manne nur zu Gute kommt. Freilich ist zu besorgen, es werde das Zusammenwirken der Gatten, welches der § 2148 zum Theile voraussetzt, nicht immer zu erzielen sein, nachdem die GG. aufgelöst ist, insbes. im Falle der Scheidung der Ehe. Diese Besorgniß kann jedoch nicht dazu führen, dem Manne ein selbständiges Inventarrecht einzuräumen; auch eine solche Gestaltung würde zudem nicht allen in den Verhältnissen liegenden Schwierigkeiten vorzubeugen im Stande sein.

| §. 682.

Rechts-
verhältniß im
Falle des
Konkurses
des Erben.
Absonde-
rungsrecht.

| § 2150 (II —, B. —, R. —, G. —).
Ein Schutz der Nachlaßgläubiger gegen die Konkurrenz anderer Gläubiger des Erben macht sich insbes. dann nöthig, wenn Konkurs über das Vermögen des Erben eröffnet ist (vgl. S. 605). Die KonkD. gewährt im § 43 den Nachlaßgläubigern dann, wenn nach dem Anfall einer Erbschaft der Erbe in Konkurs geräth, ein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus den bei der Eröffnung des Konkurses vorhandenen Nachlaßgegenständen, sofern den Nachlaßgläubigern ein Absonderungsrecht nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zusteht. Ein solches Absonderungsrecht ist fast allen geltenden Rechten in größerem oder geringerem Umfange bekannt (Windscheid § 607; Brinz § 398; Roth § 371; Stobbe § 285 VIII; für das württ. Recht Stein § 112; Code 878—880, 2111; Zachariae § 618; sächs. GB. §§ 2333—2342; öst. GB. § 812; Unger § 41; brem. Recht bei Post § 191; hamb. Recht bei Baumeister I S. 319; Rommelen § 266—275; heff. Entw. 277—285; wegen ANR. I 16 §§ 500 ff. vgl. Eccius § 270 S. 622 und Bd. 1 § 96 S. 619; Dernburg § 233). Um die Nachlaßgläubiger gegenüber den Gläubigern des Erben, über dessen Vermögen der Konkurs eröffnet ist, zu sichern, bedarf es

jedoch der Beibehaltung des Institutes des Absonderungsrechtes nicht. Vielmehr erscheint die Herbeiführung des Nachlaßkonkurses allein als derjenige Weg, auf welchen die Nachlaßgläubiger im eigenen wie im allgemeinen Interesse zu verweisen sind. Der Nachlaßkonkurs stellt sich als das Absonderungsrecht in seiner vollsten Entfaltung dar; er gewährt den Vortheil, daß an die Stelle des ungeordneten Vorgehens der einzelnen Nachlaßgläubiger, welches unter Umständen zu einem wilden Zugriffe der Einzelnen führen kann, ein regelrechtes, das Interesse aller Nachlaßgläubiger gleichmäßig wahrendes Verfahren tritt. Allerdings wird durch dasselbe der einzelne Nachlaßgläubiger in manchen Fällen weniger schnell zur Befriedigung gelangen. Auch können leicht erheblichere Kosten entstehen, als bei Ausübung des Absonderungsrechtes erwachsen würden. Diese Bedenken dürfen indessen gegenüber den großen Vortheilen, welche der Nachlaßkonkurs bietet, nicht maßgebend sein. — Soll dieser Zweck erreicht werden, so bedarf es für diesen Fall einer Modifikation des § 203 der KonkO. Nach § 203 kann der Nachlaßkonkurs nur eröffnet werden, wenn der Nachlaß überschuldet ist. Hiervon abzuweichen, ist S. 674 abgelehnt. Ist jedoch das Vermögen des Erben unter Mitberücksichtigung der Aktiva und Passiva des Nachlasses überschuldet, so ist hier eine Abweichung unbedenklich und unentbehrlich, um den Nachlaßgläubigern zu ihrem Rechte zu verhelfen (Abs. 1).

Aber auch vom Grundsätze des § 2109 muß in diesem Falle abgewichen werden. Der § 2109 erklärt die Eröffnung des Nachlaßkonkurses dann für unzulässig, wenn das Inventarrecht gegenüber allen Nachlaßgläubigern erloschen ist, weist jedoch bereits auf die Ausnahme im § 2150 hin (vgl. S. 622). Das Absonderungsrecht des geltenden Rechtes ist, wie schon die historische Entwicklung zeigt, ein besonderes Recht der Nachlaßgläubiger, welches unter Umständen die Verschlechterung ihrer Lage durch den Eintritt eines überschuldeten Erben zu sichern. Dies Recht der Nachlaßgläubiger hat mit dem Inventarrechte des Erben nichts zu thun, ist vielmehr von ihm völlig unabhängig und muß davon unabhängig sein, wenn es seinen Zweck erreichen soll. Wird den Nachlaßgläubigern an Stelle des Absonderungsrechtes die Befugniß gewährt, den Nachlaßkonkurs herbeizuführen, so kann eine solche Befugniß nicht vom Verhalten des Erben in Ansehung des Inventarrechtes insbes. vom Verzicht des Erben auf das Inventarrecht, abhängig sein. Die rechtliche Gestaltung des Verhältnisses ist die, daß die an sich mit dem Erlöschen des Inventarrechtes eintretende völlige Verschmelzung des Nachlasses mit dem Vermögen des Erben gegenüber den Nachlaßgläubigern nicht schlechthin Platz greift, der Erbe vielmehr auch noch nach dem Erlöschen jenes Rechtes verpflichtet ist, den Nachlaß für den Fall, daß Konkurs über sein Vermögen ausbricht, nach Maßgabe des § 2112 zu verwalten und, wenn der Konkurs eröffnet wird, den Nachlaß wie er sich nach den Grundsätzen des § 2112 gestaltet hat, insbes. einschließlich der Surrogate, an die Nachlaßgläubiger herauszugeben. — Diese Verpflichtung des Erben ist aber ziemlich zu begrenzen, und zwar angemessen auf 2 Jahre als einen nicht allzu langen Zeitraum, gerechnet von der Annahme der Erbschaft. Das Absonderungsrecht des geltenden Rechtes ist gleichfalls zeitlich beschränkt, im gemeinen Rechte auf 5 Jahre (Windscheid § 607 Anm. 8; Roth § 371 Anm. 8), im Code 880, 2111, auf 3 Jahre für Mobilien mit Modifikation für Immobilien, im württ. G. v. 1826 Art. 40 ebenfalls auf 3 Jahre, und im hess. Entw. 285, in der hamb. FallitenO. Art 67 und in der säch. KonkO. § 63 auf 2 Jahre im W.N. I 16 § 503, im sächs. G.B. § 2342, in der bayer. PriorO. v. 1822 § 8 Nr. 4 und einigen anderen Gesetzen (Roth § 371 Anm. 8), sowie von Mommsen § 268 Abs. 1 auf 1 Jahr. Der Entw. hat die gleiche Frist wie im § 2120 Abs. 2 gewählt.

Die Nachlaßgläubiger sind hiernach vom Entw. insofern günstiger, als von den meisten geltenden Rechten gestellt, als nach den letzteren das Absonderungsrecht sich nur auf diejenigen Nachlaßgegenstände erstreckt, welche zur Zeit der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Erben noch vorhanden sind. Mit Rücksicht auf die selbständige Natur des den Gläubigern gewährten Rechtes erscheint die Erweiterung des Rechtes folgerichtig. Anderensfalls würde der Erbe, welchen an sich als Inventarerben nach § 2112 die Verwaltungs- und Herausgabepflicht trifft, in der Lage sein, durch Aufgeben des Inventarrechtes sich dieser Verpflichtung zu entziehen, und damit zugleich das zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger bestimmte Haftobjekt für die Zukunft zu mindern. Allerdings versagt der Nachlaßkonkurs auch dann, wenn der Nachlaß zur Deckung der Konkurskosten nicht hinreicht (§§ 99, 190 KonkO.) und wenn es an einer Mehrheit von Gläubigern fehlt. Diese Fälle sind jedoch praktisch von zu geringerer Bedeutung, um besondere Berücksichtigung zu finden.

Wenn der Konkurs über das Vermögen des Erben und über den Nachlaß neben einander geführt werden, so würden an sich die Nachlaßgläubiger ihre Forderungen nach dem Erlöschen des Inventarrechtes des Erben in beiden Konkursen zum vollen Betrage geltend machen können. In gleicher Weise würden, in Ermangelung einer besonderen Vorschrift, Nachlaßgläubiger, gegenüber welchen nach § 2108 das Inventarrecht ausgeschlossen ist, ihre Forderungen in beiden Konkursen zum vollen Betrage zur Geltung bringen können. Dadurch würden die Gläubiger des Erben

Verlust des Inventarrechtes.

§. 633.

Zeitliche Begrenzung.

§. 634.

Verhinderung des Vollzugs in beiden Konkursen.

benachtheiligt werden und die Nachlassgläubiger mehr erhalten, als ihnen gebührt. Diefem Ergebnisse beugt der Abs. 2 vor, indem er, im Anschlusse an § 57 KonkD., bestimmt, die bezeichneten Gläubiger könnten im Konkurse über das Vermögen des Erben nur für denjenigen Betrag verhältnißmäßige Befriedigung verlangen, für welchen sie auf Befriedigung im Nachlasskonkurse verzichten, oder mit welchem sie im Nachlasskonkurse ausgefallen sind. Zugleich werden die §§ 88, 141, 143, 144, 155 Nr. 3 und 156 KonkD., welche die Forderungen betreffen, in Ansehung deren abgeforderte Befriedigung beansprucht werden kann, für entsprechend anwendbar erklärt. Hiernach erhellt ohne Weiteres, daß der Verwalter des Nachlasskonkurses die Aussonderung der zur Zeit der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Erben noch vorhandenen Nachlassgegenstände verlangen und die nach § 2112 entstandenen Verpflichtungen des Erben im Konkurse über dessen Vermögen geltend machen kann.

Absonderungsrecht der Erben-
gläubiger.

Nach einigen Rechten bestand (vgl. insbes. WR. I 16 §§ 507 ff.) früher auch ein Absonderungsrecht der Gläubiger des Erben; die KonkD. hat es beseitigt (vgl. Mot. zum § 43 KonkD. S. 221 ff.). In dieser Hinsicht von der KonkD. abzuweichen, erscheint bedenklich. Von selbst versteht sich jedoch, daß der Konkursverwalter, wenn das Inventarrecht des Erben, in Ansehung einer ihm angefallenen Erbschaft noch nicht erloschen ist, den Nachlassgläubigern, welche sich im Konkurse über das Vermögen des Erben melden und von dem Nachlasskonkurse Abstand nehmen, die Abzugseinrede noch entgegensetzen kann (Dernburg § 233 Anm. 18).

Eröffnung
des Nachlass-
konkurses auf
Antrag des
Konkurs-
verwalters.

Eine weitere Ausnahme von den Grundsätzen der KonkD. bestimmt der Abs. 3 dahin, daß auch der im Konkurse über das Vermögen des Erben bestellte Konkursverwalter die Eröffnung des Nachlasskonkurses, wenn der Nachlass überschuldet, das Inventarrecht des Erben aber nicht erloschen ist, beantragen kann. Dies erscheint geboten, weil dem Konkursverwalter nicht angezogen werden kann, sich mit jedem einzelnen Nachlassgläubiger auf Grund der Abzugseinrede auseinanderzusetzen. Obgleich vielleicht behauptet werden kann, ein solches Recht stehe dem Konkursverwalter auch ohne eine besondere Vorschrift zu, so verdient es doch den Vorzug, auszusprechen, daß auch dies in seinen Befugnissen liegt, um so mehr, als der § 2064 besonders erwähnt, der Nachlasspfleger sei befugt, den Nachlasskonkurs zu beantragen.

Konkurs
eines Ehe-
mannes 2c.
| S. 685.

Konkurs eines
Erbschafts-
käufers.

Der Abs. 4 sorgt für zwei weitere Fälle, einmal den, daß der Konkurs über das Vermögen eines Mannes eröffnet wird, dessen Frau, welche mit ihm in GG. lebt, eine Gesamtnut gewordenene Erbschaft erworben hat, und dann den, daß der Konkurs über das Vermögen desjenigen, welcher eine Erbschaft durch Veräußerung erworben hat, eröffnet wird. In beiden Fällen ist der Konkurs über ein Vermögen eröffnet, dessen Bestandtheil die Erbschaft geworden ist; vgl. insbes. in Ansehung des ersteren Falles des § 1361 Abs. 1, nach welchem das Gesamtnut im Falle des Konkurses über das Vermögen des Mannes zur Konkursmasse gehört. Die Vorschrift erscheint daher geboten. Im zweiten Falle läßt sich dies deshalb bezweifeln, weil eine Universalnachfolge durch das die Veräußerung der Erbschaft bezweckende Rechtsgeschäft nicht herbeigeführt werden kann. Allein, da die Nachlassgläubiger nach § 498 Abs. 3 gegen den Erwerber einer Erbschaft den Nachlasskonkurs beantragen können, so darf ihnen auch im vorliegenden Falle das entsprechende Recht nicht versagt werden. Den Gegenstand der Konkursmasse bilden in solchem Falle die dem Erwerber vom Erben oder Veräußerer übertragenen Erbschaftsgegenstände, die Ansprüche des Erwerbers gegen den Veräußerer auf weitere Uebertragungen und die Ansprüche aus der Verwaltung des Nachlasses (§ 2112).

Anfechtung.

Vorschriften über die Anfechtung des Verzichtes des Erben auf das Inventarrecht sowie über die Anfechtung der Ausschlagung der Erbschaft seitens des Gemeinschuldners vor der Eröffnung des Konkurses würden nur die Bestimmungen der KonkD. über die Anfechtung von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners erläutern oder ergänzen und sind deshalb weder notwendig noch rätlich.

Ausschlagungsrecht im Konkurse.

Für den Fall, daß der Erbe sich im Konkurse befindet, sind besondere Vorschriften weder in Ansehung der Inanspruchnahme des Inventarrechtes noch in Ansehung des Verzichtes auf dasselbe erforderlich. Aber auch die Entscheidung der Frage, wem das Ausschlagungsrecht in Ansehung einer Erbschaft zusteht, welche dem Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Konkurses angefallen ist, in Ansehung deren das Ausschlagungsrecht aber dem Gemeinschuldner noch zustand, hat der Entw. der Wissenschaft und Praxis überlassen. Verschiedene Auffassungen lassen sich vertreten. Für die Auffassung, das Recht der Ausschlagung oder Annahme der Erbschaft stehe ausschließlich dem Erben zu und dessen Ausschlagung oder Annahme sei für die Konkursmasse wirksam, läßt sich geltend machen: Der Grundsatz des Erwerbes der Erbschaft kraft Gesetzes sei ein mehr formaler Grundsatz, sonst könnte nicht der Ausschlagung, wie im § 2042 Abs. 1 geschehen, rückwirkende Kraft beigelegt werden. Maßgebend sei der Gedanke, es könne ein zur Erbfolge Berufener nicht ohne seinen Willen Erbe werde; die Ausschlagung habe nur die Bedeutung des Nichterwerbemvollens. Die Auffassung trete auch im § 439 Abs. 3, im § 1308 Nr. 1 und in den §§ 1355, 1417 hervor. Materiell gehöre die Erbschaft nicht zur Konkursmasse. Folglich

könne auch der Konkursverwalter nicht eingreifen. Für die Auffassung, die Erbschaft gehöre zur Konkursmasse, die Ausschlagung oder Annahme siehe ausschließlich dem Konkursverwalter zu, läßt sich anführen: Der Grundsatz des Erwerbes der Erbschaft kraft Gesetzes sei nicht ein bloß formaler Grundsatz. Die Freiheit des Nichterwerbentwillens seitens des Erben habe nicht unbefchränkte Anerkennung gefunden; dies erhelle in gewissem Sinne auch aus § 2112 (vgl. übrigens § 1992 | S. 686. Abf. 2). Nur diese Gestaltung sei geeignet, das Interesse der Gläubigerschaft wirksam zu wahren. Möglich ist noch eine dritte Auffassung, nämlich der Erbe könne zwar selbst ausschlagen, dem Konkursverwalter müsse aber die Befugnis beigelegt werden, ungeachtet der Ausschlagung seitens des Erben, dasjenige zur Konkursmasse zu ziehen, was nach Berichtigung der Nachschverbindlichkeiten von der Erbschaft übrig bleibe, soweit es zur vollen Befriedigung der Konkursgläubiger erforderlich sei: der Herausgabeanspruch sei dem Konkursverwalter gegen denjenigen zu gewähren, an welchen die Erbschaft in Folge der Ausschlagung gelange. Die Lösung wäre rein positiv und ist nicht gebilligt worden, obgleich für dieselbe geltend gemacht wurde: Nach den allgemeinen Grundätzen siehe dem Erben das Recht zu, die Erbschaft auszuschlagen oder anzunehmen; es könne ihm aber nicht gestattet werden, durch seine willkürliche Ausschlagung den Gläubigern das etwa in der Erbschaft noch zu findende Befriedigungsmittel zu entziehen; dieser Auffassung entgegenwärtigen die §§ 2112 (Schlußsatz), 2133. Jedenfalls würde diese dritte Auffassung zu erheblichen Verwickelungen führen und läßt sich die praktische Durchführbarkeit bezweifeln.

Ein Absonderungsrecht bei der Zwangsvollstreckung gegen den Erben, also außerhalb des Konkurses, läßt der Entw., im Anschlusse an das preuß. Recht nicht zu. Das preuß. Recht lehrt, daß für die Zulassung ein zwingendes Bedürfnis nicht besteht. Ein solches Recht den Gläubigern beizulegen, nachdem ihnen im Konkurse des Erben nur die Absonderung des ganzen Nachlasses durch Eröffnung des Nachschkonkurses, nicht aber die Absonderung der einzelnen Nachschgegenstände und nur zu Gunsten aller Nachschgläubiger, nicht eines einzelnen Nachschgläubigers gewährt ist, würde auch kaum passend sein. Die Nachschgläubiger entbehren des erforderlichen Schutzes nicht, auch ohne daß ihnen ein solches Recht eingeräumt wird. Ist der Nachsch unzulänglich, so können sie den Nachschkonkurs herbeiführen. Ist der Nachsch nicht unzulänglich und reicht er in Verbindung mit dem Vermögen des Erben zur Befriedigung sowohl der Gläubiger des Erben als der Nachschgläubiger, so geschieht in der Regel dem Rechte eines Nachschgläubigers dadurch kein Eintrag, daß ein Gläubiger des Erben auf einen Nachschgegenstand zu seiner Befriedigung greift. Zum Schutze der Nachschgläubiger genügt für die Zeit bis zur Annahme der Erbschaft der § 2057. Reiches das Vermögen des Erben und der Nachsch zusammen nicht aus, um die Gläubiger des Erben und die Nachschgläubiger zu befriedigen, so kann auch der einzelne Nachschgläubiger die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des ihm ebenfalls persönlich haftenden Erben beantragen und sich damit den Weg bahnen, um nach Maßgabe des Abf. 1 den Nachschkonkurs herbeizuführen. Die prozessualen Sicherungsmaßregeln stehen dem Nachschgläubiger ebenfalls zu Gebote, sofern die Voraussetzungen derselben vorliegen. In Betracht kommt noch, daß ein derartiges Absonderungsrecht außerhalb des Konkurses sich schwer | S. 68 in das System des Entw. einfügen lassen würde. Würde jedem Nachschgläubiger das Recht auf bevorzugte Befriedigung aus dem Erlöse der bei der Zwangsvollstreckung veräußerten Gegenstände gegenüber den anderen Gläubigern des Erben beigelegt, so würde eine Art stillschweigenden Pfandrechtes anerkannt. Der Entw. kennt aber ein solches Pfandrecht überall nicht (Mot. 3 S. 796 ff.). Ebenjowenig eignet sich zur Nachfolge der Weg, welchen das gemeine Recht (Windscheid § 607 Anm. 3; Roth § 371 Anm. 3) und andere Rechte, auch das öst. O.B. § 812 und Mommsen § 272, einschlagen, daß auf Anrufen der Richter eingreift, die beiden Vermögensmassen trennt und ein Liquidationsverfahren einleiten läßt. Ein derartiges vermittelndes Thätigwerden entspricht nicht der derzeitigen Auffassung von der Stellung des Richters.

8. Titel: Auseinandersetzung der Miterben.

Von dem Grundsatz des § 2051 Satz 2 aus, daß alle zum Vermögen des Erblassers gehörenden Rechte und die vermögensrechtlichen Verbindlichkeiten des Erblassers auf die mehreren Erben kraft Gesetzes nach Verhältnis ihrer Erbtheile übergehen, ist für Miterben in Ansehung aller zum Nachsch gehörenden Gegenstände das Rechtsverhältnis der Gemeinschaft gegeben. Es bedarf daher und weil der Entw. für die Gemeinschaft (§§ 762 ff.) und für das Miteigentum (§§ 946 ff.) davon ausgeht, daß die Gemeinschaft nicht durch eine konstitutive Theilung des Nachsch aufgelöst werden kann, nur weniger Vorschriften. Diese Auffassung hat zur Folge, daß die Kollation im Entw. wesentlich anders als in den meisten geltenden Rechten geregelt werden mußte.

§§ 2151—2153 (II 1906, 1922, 1918, B. 2009, 2025, 2021, R. 2007, 2023, 2019, G. 2032, 2048, 2044).

1. Indem der § 2151 zum Ausdruck bringt, daß die weiteren Vorschriften dieses Titels 1. Verweisung gegenüber dem regelmäßigen Gemeinschaftsrechte nur als Ausnahmenvorschriften sich charakterisieren, auf die Gemeinschaft

leiteten den 8. Titel angemessen ein. Da das geltende Recht überwiegend auf einer anderen Grundauffassung beruht (Windscheid § 608; Roth § 374; Stobbe § 283; *W.N.* I 17 §§ 117, 168, *W.G.D.* I 46 §§ 1—25, *Dernburg* §§ 245, 246, *Eccius* § 273; *sächs. G.B.* §§ 2343—2353; *Code* 815—842; *Mommjen* §§ 276—286; *heff. Entw.* 304—323; für *öst. G.B.* *Unger* § 44; für *württ. Recht* *Stein* §§ 313 ff.; *u.N.*), ist in dem Folgenden auf dasselbe nur noch in einzelnen Punkten einzugehen. | Hervorzuheben, daß jeder Miterbe zu jeder Zeit die Auseinandersetzung des Nachlasses verlangen kann, ist wegen § 767 Abs. 1 entbehrlich.

2. Anordnung
des
Erblässers.

2. Daß der Erblasser obligatorisch wirkende Anordnungen, welche sich auf die Theilung beziehen, treffen kann, ist bereits dem § 1898 Abs. 1 zu entnehmen. Da indessen eine solche Anordnung an sich nicht in den Bereich der Vermächtnisse und Auflagen fällt, obgleich auch ein Vermächtniß oder eine Auflage darin enthalten sein kann, ist es rathsam, besonders auszusprechen, daß Anordnungen dieser Art zulässig sind (§ 2152). Als eine Folge ergibt sich, daß der Erblasser auch ein scheidrichterliches Verfahren (§ 872 *C.P.D.*) bestimmen kann. Daß für das gemeine Recht die Unverbindlichkeit einer solchen Anordnung des Erblassers gegenüber dem Theilungsrichter behauptet wird, kommt bei der Verschiedenheit der Grundauffassung nicht in Betracht. (*Windscheid* § 608 Anm. 16; *Roth* § 374 Anm. 1—4. — vgl. im Uebrigen *W.N.* I 17 §§ 123, 126; *Dernburg* § 245 Anm. 28; *sächs. G.B.* § 2350; *Mommjen* § 281 mit § 83; *heff. Entw.* 315; *Unger* § 44 bei Anm. cc).

Darüber, wie die Haftung der Erben sich gestaltet, wenn unter einer solchen Theilungsanordnung ein Vermächtniß sich versteckt und mit Rücksicht hierauf ein begünstigter Erbe in Ansehung der Nachlassverbindlichkeiten beschwert ist, ob insbes. die Gläubiger sich unmittelbar an diesen begünstigten Erben halten können, sind besondere Vorschriften nicht aufgenommen. Der Wissenschaft und Praxis vorzugreifen, dürfte nicht geboten sein.

3. Wegen
Nicht-
aufhebung der
Gemeinschaft.

3. Der *Code* 815 gestattet dem Erblasser nicht, die Ausschließung der Theilung anzuordnen; der *heff. Entw.* folgt ihm darin, fügt aber eine Ausnahme bei für den Fall, daß der Erblasser die Ueberlieferung der Erbschaft oder des Vermächtnisses an einen Anwärter aufgetragen hat. — In sachlicher Uebereinstimmung mit der Mehrzahl der Rechte, insbes. dem gemeinen Rechte (*Windscheid* § 608 Anm. 4 mit § 449 Anm. 12—14; *Roth* § 373 Anm. 14), dem *W.N.* I 47 §§ 118—122, dem *sächs. G.B.* § 2346 und *Mommjen* § 279 nebst *Mot.* S. 316, geht der *Entw.* von der Auffassung aus, daß dem Erblasser eine derartige Befugniß nicht zu verjagen sei. Der § 2153 erweitert demgemäß die Testirbefugniß des Erblassers in dem Sinne, daß er durch Verfügung von Todeswegen die Aufhebung der Gemeinschaft in Ansehung des ganzen Nachlasses oder einzelner Nachlassgegenstände unterjagen kann. Das Theilungsverbot des Erblassers bildet eine besondere Art der Verfügungen von Todeswegen, welche nicht schon unter den Begriff des Vermächtnisses oder der Auflage fällt. Die Wirkung einer solchen Anordnung ist jedoch wie die eines Vermächtnisses oder einer Auflage nur eine obligatorische. Die Anordnung bindet die Betheiligten in ähnlicher Weise wie eine unter denselben getroffene Vereinbarung (vgl. § 767 Abs. 2). Allerdings kann der Erblasser die einzelnen Miterben auch gegenseitig verpflichten, ihre Antheile zu Gunsten der übrigen Miterben in der Weise zu belasten, daß das Recht auf Theilung dinglich ausgeschlossen wird, soweit überhaupt eine solche Belastung nach dem § 949 (*Mot.* 3 S. 440 ff.) zulässig ist. Die Verpflichtung zu einer solchen Belastung ist indessen nicht jedem Theilungsverbot des Erblassers zu entnehmen, vielmehr muß eine entsprechende Verbindlichkeit besonders aufgelegt sein. — Der Deutlichkeit wegen wird hervorgehoben, daß das Theilungsverbot sich sowohl auf den Nachlaß als Inbegriff aller gemeinschaftlichen Nachlassgegenstände als auf einzelne Nachlassgegenstände beziehen kann.

4. Grenze.

Das geltende Recht bestimmt verschieden darüber, auf wie lange Zeit die Theilung aufgeschoben werden kann. Der *Code* 815 Abs. 2 läßt die Ausschließung der Theilung durch Vertrag nur auf Jahre zu, gestattet aber die Erneuerung einer solchen Uebereinkunft. Das *sächs. G.B.* § 2346 läßt das Verbot des Erblassers gegenüber dem Erben nur auf 20 Jahre wirksam sein. Nach *Mommjen* § 279 Abs. 2 ist die Ausschließung der Theilung, sei es gemäß der Anordnung des Erblassers, sei es durch Vertrag, nur auf höchstens 5 Jahre zulässig. Ueber die Auslegung des *W.N.* herrscht nicht völlige Uebereinstimmung (*Dernburg* § 245 Anm. 8; dagegen *Eccius* § 273 Anm. 26—29). — Der *Entw.* hat keinen Anlaß, in dieser Hinsicht von der für die sonstige Gemeinschaft im § 767 Abs. 2, 3 getroffenen Entscheidung abzuweichen; insbes. kann ein Bedürfniß nicht anerkannt werden, die Ausschließung der Theilung über die Frist von 30 Jahren und über die Lebenszeit des einzelnen Miterben hinaus zuzulassen. Die Gründe für die zeitliche Beschränkung einer Vereinbarung über die Ausschließung der Theilung in § 767 (*Mot.* 2 S. 879), liegen nicht in der Art der Begründung eines solchen Ausschlusses, sondern in den Nachtheilen, welche mit dem Zwange, auf längere Zeit hinaus in einer Gemeinschaft zu verbleiben, verbunden sind. Diese Gründe treffen daher auch bei der Auseinandersetzung unter Miterben zu. Nur in ganz besonders gearteten Fällen kann es zweifelhaft erscheinen, ob nicht ein praktisches Bedürfniß

für die Ausschließung der Theilung auf längere Zeit sich geltend machen läßt. Hierher gehört der Fall, in welchem der Erblasser, indem er den überlebenden Ehegatten und seine Kinder an die Gemeinschaft bindet, ein der fortgesetzten ehelichen GG. ähnliches Verhältniß zu schaffen bezweckt. Für solche im Einzelnen schwer abzugrenzenden Fälle etwas Besonderes vorzuschreiben, ist schon um deswillen nicht erforderlich, weil der Erblasser den bezeichneten Zweck auf anderem Wege im Wesentlichen erreichen kann. Dazu genügt, daß der Erblasser derjenigen Personen, für deren Lebenszeit der Nachlaß zusammengehalten werden soll, den Nießbrauch am Nachlasse zugewendet.

Der Beginn der im § 767 Abs. 2 vorgeschriebenen 30jährigen Frist ist hier besonders zu bestimmen. Nach § 767 Abs. 2 beginnt die Frist | mit der Vereinbarung des Theilungsausschlusses. Der Vereinbarung würde hier die Verfügung von Todeswegen entsprechen; allein diese entfaltet ihre Wirksamkeit nicht mit der Errichtung. Obgleich die Verfügung von Todeswegen noch nicht mit dem Tode des Erblassers zur Ausführung gelangen kann, ist der Eintritt des Erbfalls, um einen festen Ausgangspunkt zu gewinnen, als derjenige Zeitpunkt bestimmt, mit welchem die Frist beginnt (Satz 3).

Beginn der
Frist.
| S. 690.

Der § 949 bedarf in Ansehung des begründenden Rechtes, die Aufhebung der Erben-
gemeinschaft nicht zu verlangen, einer Ergänzung nicht. Eine solche würde nur am Platze sein, wenn bei der Erben-
gemeinschaft eine weitergehende obligatorische Bindung in Ansehung des Unter-
bleibens der Theilung als bei der Gemeinschaft überhaupt zugelassen werden sollte, und demgemäß zu gestatten sein würde, diese Bindung zu einer dinglichen zu gestalten.

Gegenseitige
Belastung der
Anteile.

§§ 2154, 2155 (II 1917, 1921, B. 2020, 2024, R. 2018, 2020, G. 2043, 2047).

1. Die Erbtheile können nach dem Tode des Erblassers noch unbestimmt sein, wenn in Folge einer Schwangerschaft eine erbberechtigte Person geboren werden kann (vgl. § 2026), durch deren Geburt die Erbtheile erst bestimmt werden. Das gemeine Recht läßt die Theilung in der Weise vornehmen, daß einstweilen auf die Frucht 3 Theile gerechnet werden (Windscheid § 608 Anm. 1a; Roth § 396 Anm. 39). Ihm folgen das sächs. GB. §§ 2293, 2344 und Mommsen §§ 277, 280 Abs. 2 § 302. In Uebereinstimmung mit dem von Siegel S. 203 bezeugten älteren deutschen Rechte läßt das ALR. I 9 § 380 die Theilung so lange aussetzen, bis entschieden ist, ob die Leibesfrucht lebendig zur Welt kommen werde (vgl. Eccius § 267 Anm. 28; Dernburg § 217 Anm. 12, 13); ähnlich wird das öst. GB. von Unger § 44 Anm. 18 aufgefaßt; auch der hess. Entw. 306 Abs. 1 hat sich dem ALR. angeschlossen; vgl. Heimbach, Andeutungen S. 28, 29.

4. Aus-
schließung
wegen
Unbestimmt-
heit der
Erbtheile.

auf

Das gemeine Recht geht von einem an sich nicht wahrscheinlichen Falle aus; durch seine Regelung ist, während schon die erste Theilung verwickelt wird, eine Nachtheilung geboten. Deshalb verdient es den Vorzug, die Gesammttheilung auf die verhältnißmäßig kurze Zeit auszuweilen, bis sich die Ungewißheit entschieden hat. Diese Vereinfachung liegt nicht allein im Interesse der Miterben, sondern erscheint auch für die Gläubiger zweckmäßiger. — Die Fassung der Vorschrift bringt zum Ausdruck, daß das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, nur soweit ausgeschlossen ist, als die Erbtheile unbestimmt sind. Sind also nur einzelne Miterben bei der Ungewißheit theilhaftig, z. B. weil nur eines vor dem Erblasser verstorbenen Bruders Kinder, welche neben zwei anderen Geschwistern des Erblassers erben, abwarten müssen, ob ihnen von dem Drittel der Erbschaft, das auf sie und die Leibesfrucht fallen soll, die Hälfte oder ein geringerer Theil gebührt, so | ist das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, nur so weit, als die Ungewißheit reicht, ausgeschlossen. — Die Vorschrift gilt auch für den Fall der Aufhebung der Gemeinschaft in Ansehung einzelner Nachlassgegenstände. Deshalb ist nicht von Aufhebung der Gemeinschaft in Ansehung des Nachlasses die Rede, weil die Hinzufügung der Worte „in Ansehung des Nachlasses“ zu einer zu engen Auffassung führen könnte.

Entw.

| S. 691.

Der Abs. 2 überträgt die Vorschrift des Abs. 1 auf den Fall, daß eine Stiftung als Erbe auf einen Bruchtheil eingesetzt ist und zur Errichtung der Stiftung staatliche Genehmigung erforderlich ist, insoweit, als bis zur Entscheidung über Ertheilung oder Versagung der Genehmigung die Erbtheile unbestimmt sind. Die Vorschrift wird, obgleich sonst die Stiftung ausschließlich im Allg. Theile behandelt ist, und zwar auch dann, wenn sie durch Verfügung von Todeswegen errichtet ist, hier angereicht, weil sie im Anschlusse an die hier gegebenen Vorschriften leichter verständlich ist. In dem in Rede stehenden Falle entsteht ein ähnlicher Schwebezustand, wie wenn der Fall des Abs. 1 vorliegt (vgl. zum § 62 Abs. 2, Mot. 1 S. 124).

Stiftung als
Erbe auf
einen Theil.

2. An Schriftstücken, welche auf die persönlichen Verhältnisse des Erblassers oder auf dessen Familie oder auf die ganze Erbschaft sich beziehen, haben die Miterben nur wegen der auf denselben befindlichen Schrift ein Interesse. Daher erscheint es gerechtfertigt, die Ausschließung dieser Schriftstücke von der Aufhebung der Gemeinschaft zu bestimmen und deren rechtliches Schicksal nicht nach ihrer Eigenschaft als Sache oder Stoff, sondern nach dem Interesse der Miterben zu regeln (§ 2155). Dieses Interesse, welches idealer Natur ist und sich allenfalls auf den Beweis

5. Gemein-
schaftliche
Schriftstücke.

von Rechten bezieht, erfordert nicht eine besondere Art der Vertheilung, wie sie von mehreren geltenden Rechten bestimmt wird (M.N. I 17 §§ 124, 125; Code 842; sächs. G.B. § 2351; bayer. M. III 1 § 14 Nr. 12; für württ. Recht Stein § 340; Mommsen § 282; hess. Entw. 318). Jede Veränderung im bestehenden dinglichen Rechtsverhältnisse verletzt dieses Interesse, welches durch den Fortbestand der Gemeinschaft am besten gewahrt wird. Vorschriften darüber, wie demnächst mit den bezeichneten Schriftstücken weiter zu verfahren ist, sind entbehrlich. Nach § 772 haben die Miterben in eine ihrem gemeinsamen Interesse entsprechende Art der Verwahrung zu willigen. Hierdurch wird ein den Verhältnissen des einzelnen Falles besser Rechnung tragendes Ergebnis erreicht als durch eine besondere Regelung (vgl. Mot. 2 S. 885). — Darüber, ob der Veräußerer dem Erwerber die auf ein veräußertes Recht sich beziehenden Urkunden auszuliefern verpflichtet ist — eine Frage, welche trotz ihrer allgemeineren Tragweite im bayer. M. III 1 § 14 Nr. 12 zugleich erörtert ist — bedarf es jedenfalls an dieser Stelle weiterer Vorschriften nicht! (vgl. § 301 mit § 1109 Abs. 1, Mot. 2 S. 128, 3 S. 745).

§ 2156 (II 1931, 2074, B. —, R. —, G. —).

6. Mitwirkung
des Nachlass-
gerichtes.

Nach gemeinem Rechte kann die Gemeinschaft am ganzen Nachlasse durch eine besondere Klage (actio familiae heredis) aufgehoben werden. Für den Fall, daß es zu dieser Klage kommt, werden dem Richter ausgedehnte Befugnisse in Ansehung aller Nachlassgegenstände beigelegt. Der Richter kann, unter Nichtbeachtung des Grundsatzes, daß schon alle Rechte kraft Gesetzes getheilt sind und den Erben an allen Sachen Eigenthum nach Bruchtheilen zufließt, die ganze Sache oder das ganze Recht dem einen oder anderen Erben zusprechen und bestimmen, daß und wie die übrigen Erben entschädigt werden, oder er kann auch Gegenstände versteigern und den erzielten Erlös vertheilen. Was der Theilungsrichter dem Einzelnen zuspricht, wird dessen besonderes Eigenthum. Zur Erledigung zu bringen sind zugleich die persönlichen Ansprüche, welche durch die Erbengemeinschaft zwischen den Erben begründet sind. Auch kann ein Erbe die Nachlassschulden oder einzelne Schulden übernehmen; er wird dann gegenüber den Miterben verpflichtet, diese von der Haftung für die Schuld zu befreien (Windscheid § 608; Roth § 373 III). Im Wesentlichen vom gleichen Ausgangspunkte gehen aus, außer einigen Rechten geringeren Geltungsgebietes, das sächs. G.B. §§ 2343, 2347, 2348 und wohl auch Mommsen §§ 276, 283, 284, ferner der Code 822 ff., letzterer allerdings mit erheblichen Modifikationen. Wie sich die Sache im Gebiete des M.N. zur Zeit gestaltet, ist nicht zweifelsfrei (vgl. Eccius § 273 S. 642 ff.; Dernburg § 238).

Entw.

Der Entw. hat in Ansehung der nicht auf Erbschaft beruhenden Gemeinschaft dem Prozeßrichter nicht eine ähnlich freie Stellung für den Fall der gerichtlichen Geltendmachung des Anspruches auf Aufhebung der Gemeinschaft eingeräumt (vgl. § 769, Mot. 2 S. 882, 883, 885). Sollte dem Gerichte eine ähnliche Verfügungsmacht über die Theilungsmasse gegeben werden wie im gemeinen Rechte, sodaß das Gericht über die Theilungsmasse nach Rücksichten der Angemessenheit für den einzelnen Fall verfügen könnte, so würde dies etwa in der Art bestimmt werden können, daß dem Gerichte, wenn ein zur Auseinandersetzung berechtigter Vollstrecker nicht vorhanden ist, die Befugnisse eines solchen (vgl. § 1898 Abs. 2—6) übertragen würden. Allein alle jene Gründe, welche dahin geführt haben, dem Theilungsrichter in Ansehung der Gemeinschaft, welche nicht auf Erbschaft beruht, so anomale Befugnisse nicht beizulegen, treffen bei der Erbengemeinschaft gleichfalls zu. Ganz besonders kommt in Betracht, daß eine anderweite Regelung sich kaum in den Rahmen der Reichsprozessgesetzgebung würde einfügen lassen (Mot. 2 S. 883). Gegen eine Uebertragung der für den Vollstrecker gegebenen Vorschriften spricht außerdem, daß es nicht zu rechtfertigen wäre, wenn die subsidiäre Ernennung des Gerichtes zu einem mit solchen Befugnissen ausgestatteten Vollstrecker fingirt und eine öff. Behörde angehalten würde, die fingirte rechtsgeschäftliche Berufung anzunehmen.

| S. 693.

Der Entw. beschränkt sich deshalb darauf, vorzuschreiben, das Nachlassgericht habe durch Verhandlung mit den Erben die Auseinandersetzung der Erben auf Antrag eines Erben zu vermitteln, sofern nicht ein zur Auseinandersetzung berechtigter Vollstrecker vorhanden ist. Der Zweck der Vorschrift ist lediglich, dafür zu sorgen, daß den Erbtheilungsinteressenten die Gewährung der Vermittelung bei dem Geschäfte der Auseinandersetzung seitens einer Behörde gesichert ist. Die angemessene Regelung dieser Vermittelungsverfahrens bleibt Sache der Landesgesetzgebung; die letztere wird jedoch durch diese Anforderung veranlaßt sein, auf eine möglichst zweckmäßige Regelung Bedacht zu nehmen. An sich würden die Landesgesetze schon ohne jede derartige Vorschrift und ohne jeden Vorbehalt befugt sein, den Betheiligten die Beihülfe eines öff. Organes zu Gebote zu stellen. Die schlichtende und vermittelnde Thätigkeit einer Behörde oder eines Beamten ist aber für die Betheiligten von ganz besonderem Werthe, auch wenn bei einem solchen Vermittelungsverfahren der Behörde oder dem Beamten die Befugniß versagt bleibt, irgend welchen Zwang durch Androhung privatrechtlicher Rechtsnachtheile auszuüben oder irgend eine die Betheiligten

Anordnungen
der Landes-
gesetze.

gegen ihren Willen bindende Entscheidung zu treffen. Die Thätigkeit der Behörde oder des Beamten muß auf die Vermittelung beschränkt werden. Den Verfügungen derselben einen Einfluß auf die Privatrechte der Beteiligten zu gestatten, wäre bedenklich, weil die Garantien des ordentlichen Rechtsweges fehlen und auch nicht wohl durch eine eingehende Regelung des Verfahrens geschaffen werden können. Eine solche Regelung würde überdies, wenn der Behörde oder dem Beamten nicht die Befugnisse, welche das gemeine Recht dem Theilungsrichter gewährt, beigelegt werden sollen, große Schwierigkeiten bieten. — Die Landesgesetze werden hiernach anordnen können, daß das Nachlaßgericht die Beteiligten zum Erscheinen vorladen, möglicherweise auch deren Erscheinen durch die gesetzlichen Mittel erzwingen könne, daß es zu versuchen habe, unter den Erschienenen eine Vereinbarung in Ansehung der Auseinandersetzung herbeizuführen, mindestens aber die Streitpunkte zu verringern und festzustellen, und daß über diese Verhandlungen eine öff. Urkunde aufzunehmen sei. Nicht berechtigt sind sie, dem Nachlaßgerichte die Befugniß beizulegen, das Erscheinen unter Androhung civilrechtlicher Nachteile zu erzwingen, dem widerstrebenden Beteiligten Rechtsnachtheile mit Wirksamkeit anzudrohen, also etwa den Rechtsnachtheil des Einverständnisses mit den Vereinbarungen der Erschienenen oder der nicht Widerstrebenden. Ferner kann die obligatorische Natur einer solchen Art des Sühneversuches (§ 471 der C.P.D.) vor Beschreitung des Rechtsweges von ihnen nicht bestimmt werden.

Dafür, daß die Landesgesetze die dem Nachlaßgerichte zustehende Vermittelung Notaren übertragen können, wird im G.G. [Art. 91] Sorge getragen werden. Die Landesgesetze werden auch bestimmen können, daß das Nachlaßgericht im einzelnen Falle den Notar zu bezeichnen habe, welcher mit | der Auseinandersetzung sich zu befassen habe, oder daß die auf die Auseinandersetzung sich beziehenden Verrichtungen zum Theile den Gerichten, zum Theile den Notaren obliegen sollen [vgl. G. v. 17. Mai 1898 § 193].

Dem Nachlaßgerichte auch dann, wenn es nicht von einem Beteiligten angerufen ist, die Befugniß beizulegen, im Interesse der Auseinandersetzung von Miterben thätig zu werden, erscheint im Allgemeinen nicht zulässig. Eine derartige Einmischung des Nachlaßgerichtes oder einer Behörde oder eines Beamten von Amtswegen würde nicht dazu passen, daß der Behörde oder dem Beamten nur eine vermittelnde Thätigkeit zugewiesen ist. Eine vermittelnde Thätigkeit verspricht nur dann Erfolg, wenn ein Beteiligter sie anruft. Jedoch bleibt dem G.G. [Art. 89] vorbehalten, ob nicht den Landesgesetzen überlassen werden soll, die nach § 2156 dem Nachlaßgerichte obliegende Vermittelung auch ohne Antrag eines Miterben eintreten zu lassen, wenn Miterben binnen einer bestimmten Frist die Auseinandersetzung in Ansehung des Nachlasses nicht bewirkt haben [vgl. G. v. 17. Mai 1898 § 192]. — Ueber das Erforderniß der Genehmigung seitens des VormGerichtes, falls bei der Erbtheilung Bevormundete betheiligt sind, bestimmt der § 1674 Nr. 4; es bedarf daher hier keiner weiteren Vorschrift.

Zu bestimmen, auf welche Gegenstände die Auseinandersetzung sich zu erstrecken habe, ist hier nicht der Ort (vgl. § 770). Insbef. kann nicht davon ausgegangen werden, das Auseinandersetzungsverfahren sei ein *judicium generale* und vom Theilungsverfahren in Ansehung einzelner Erbschaftsgegenstände ebenso zu unterscheiden, wie der Erbschaftsanspruch von der Sondersachfrage, und es knüpfe sich daran, daß Gegenstand der Auseinandersetzung die Erbschaft sei, die Folge, daß jeder Beteiligte im Auseinandersetzungsverfahren nur so viel fordern könne, als ihm unter Berücksichtigung der in der Erbengemeinschaft sich gründenden obligatorischen Beziehungen zukomme. Es würde ein innerer Widerspruch sein, ein doppeltes Gemeinschaftsverhältniß, nämlich eines in Ansehung der Erbschaft als eines ganzen Vermögens, ein zweites in Ansehung der einzelnen Nachlaßgegenstände anzunehmen. Soll die Erbschaft als Gemeinschaftsgegenstand angesehen werden, so müssen die Antheilsrechte der Miterben an den einzelnen Gegenständen des Nachlasses verneint werden. Wird dagegen mit dem Entw. davon ausgegangen, daß im Allgemeinen die Aktiva und Passiva des Nachlasses nach dem Verhältnisse der Erbtheile kraft Gesetzes, die Sachen und die diesen gleichstehenden Rechte, wenn auch nur juristisch, getheilt sind, so sind als Gemeinschaftsgegenstände nur die juristisch untheilbaren oder die nur nach Bruchtheilen getheilten einzelnen Gegenstände des Nachlasses anzusehen. Besondere Vorschriften könnten für die Gemeinschaft in Ansehung der einzelnen Nachlaßgegenstände wegen des gemeinsamen Ursprunges dieser Mehrzahl von Gemeinschaften gegeben werden, insbes. in Rücksicht auf den Umstand, daß die kraft Gesetzes getheilten Aktiva in einem gewissen Zusammenhange mit den Nachlaßverbindlichkeiten stehen, etwa dahin, daß die Schuldenütlung als eine gemeinschaftliche Angelegenheit zu behandeln sei. Solche Vorschriften würden aber doch immer nur den Charakter einer Ergänzung der Vorschriften über das nicht auf Erbschaft beruhende Gemeinschaftsverhältniß in ihrer Anwendung | auf einzelne Nachlaßgegenstände tragen. Die Zahl der aus dem Gemeinschaftsverhältnisse sich ergebenden Verbindlichkeiten könnte auf solche Weise vermehrt werden, die Gemeinschaft erhielt jedoch dadurch keinen anderen Gegenstand. Auf das röm. Recht kann in dieser Beziehung nicht Bezug genommen werden, nachdem von der anomalen Befugniß des Theilungsrichters, über den ganzen Nachlaß zu verfügen, abgesehen ist.

Thätigkeit auf Anrufung.

Gegenstand der Auseinandersetzung.

§. 695.

Ausdehnung
der Natural-
theilung.

Die Frage, ob nicht bei der Auseinandersetzung der Miterben die Naturaltheilung in weiterem Umfange als im § 769 in Ansehung anderer Gemeinschaften zuzulassen sei, ist zu verneinen. Durch den Umstand, daß die einzelnen Gegenstände zum Nachlasse gehören, wird nicht das Bedürfnis einer Erweiterung der Naturaltheilung hervorgerufen. Nach der Natur jedes einzelnen Gegenstandes ist zu beurtheilen, ob und in welcher Weise die Theilung zu geschehen hat oder ob sie schon durch das Gesetz herbeigeführt ist. Entscheidend ist, ob die Natur des Gegenstandes zuläßt, daß er den Theilhabern nach Bruchtheilen zusteht oder ob der Gegenstand eine Gemeinschaft nach Bruchtheilen nicht verträgt (§ 762). Letzteres wird immerhin nur selten der Fall sein. Ferner kommt in Betracht, ob es sich um eine kraft Gesetzes getheilte Forderung handelt, oder ob wegen Untheilbarkeit der Leistung nach § 320 die Theilung der Forderung kraft Gesetzes ausgeschlossen ist. Auch der Umstand, daß Passiva vorhanden sind, steht an sich der Anwendung der Vorschriften über die Aufhebung der Gemeinschaft auf die Aktiva des Nachlasses nicht entgegen. Denn die Nachlassverbindlichkeiten sind entweder kraft Gesetzes getheilt, oder das Rechtsverhältniß der Miterben ist nach den Vorschriften über das Gesamtschuldverhältniß (§§ 320 ff.), oder über Schuldverhältnisse mit untheilbarer Leistung (§ 340) zu beurtheilen. Hiernach handelt es sich um die Frage, ob die Aufnahme von besonderen Vorschriften für die Erbengemeinschaft angezeigt sei, welche Abweichungen von den sonst für die Gemeinschaft geltenden Vorschriften bestimmen. Gründe für solche Abweichungen können nicht darin gefunden werden, daß es sich um Gegenstände handelt, welche zu einem ganzen Vermögen gehören, in Ansehung dessen eine Gemeinschaft und eine Auseinandersetzung der Theilhaber vorkommen kann. Denn Ausnahmestillschreibungen von einer solchen allgemeinen Tragweite sind selbst dem geltenden Rechte nicht bekannt. Zu beantworten ist also nur die Frage, ob derartige Gründe darin zu finden sind, daß die gemeinschaftlichen Gegenstände zu einer Erbschaft gehören. — Die Gründe, welche den Entw. zu einer Beschränkung der Naturaltheilung veranlaßt haben (vgl. Mot. 2 S. 883—885, vgl. auch 3 S. 441 f.), behalten bei der Auseinandersetzung der Miterben ihr volles Gewicht. Hier tritt fogar noch ein weiterer Grund hinzu. Miteigenthum an Grundstücken entsteht erfahrungsgemäß bei Weitem am häufigsten im Falle der Erbengemeinschaft. Die Voraussetzungen, unter welchen der Entw. die Naturaltheilung zuläßt (§ 769 Satz 1), treffen bei Grundstücken nur selten zu. Auf diese Weise wird einer Zerspaltung der Grundstücke in gewissem Maße vorgebeugt. Gegen eine Zerspaltung der Grundstücke sind in neuerer Zeit von sehr vielen Seiten wirtschaftliche Bedenken erhoben. Diese Bedenken haben dann ein besonderes Gewicht, wenn die Zerspaltung nicht die Folge eines Vertrages, sondern die Folge eines zufälligen Umstandes ist, der sich leicht wiederholt, wie gerade die Beerbung des Eigenthümers durch mehrere Personen. Daß das bürgerliche Recht die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Gesichtspunkte ausschließlich der Agrargesetzgebung zu überlassen habe, ist nicht anzuerkennen. — Für eine Erweiterung der Naturaltheilung bei der Erbengemeinschaft kann nicht angeführt werden, die Erbschaftsgegenstände seien deshalb möglichst unverändert in den Händen der Erben zu erhalten, weil dieser Weg der Auseinandersetzung der kürzeste sei und den Gegenstand der Gemeinschaft, wenn der Nachlass als ein solcher Gegenstand gedacht wird, am wenigsten zerstöre und weil ohne eine solche Erweiterung das mit der Vermittelung der Auseinandersetzung besetzte Nachlassgericht abgehalten werde, solche Vorschläge in Ansehung der Auseinandersetzung zu machen, welche dem Interesse der Betheiligten am meisten entsprächen. Denn der Ausgangspunkt ist nicht als richtig anzuerkennen, daß der Nachlass als Ganzes als Gegenstand der Gemeinschaft zu denken sei. Er würde dahin führen, daß der Nachlass als Ganzes zu versteigern sei. Ueberdies ist das Nachlassgericht durch die gesetzlichen Vorschriften über die Art der Auseinandersetzung in keiner Weise gehindert, den Betheiligten Vorschläge zu machen, welche je nach den Umständen des Falles dem Interesse aller Miterben Rechnung tragen. — Die Rücksicht auf die Schonung des Pietätsgefühles der Miterben führt ebensowenig zu einem abweichenden Standpunkte. Freilich kann es unter Umständen einem solchen Gefühle der Miterben widerstreben, daß die Nachlassgegenstände im Wege der Veräußerung in fremde Hände gelangen. Allein kein Erbe ist behindert, dies zu vermeiden, indem er bei der Veräußerung den Gegenstand selbst ankauft und das Kaufgeld allenfalls aus dem ihm aus der Erbschaft selbst Zufallenden belegt.

Befreiung
der Nachlass-
gläubiger.

Vorschriften, welche dem Miterben die Befugniß beilegen, von den übrigen Erben zu verlangen, daß aus dem Nachlasse die gemeinschaftlichen Nachlassverbindlichkeiten, mit Einschluß der unter den Erben getheilten sowie derjenigen, für welche einem Miterben die übrigen Erben als Schuldner haften, berichtigt werden, sind nicht veranlaßt weder in solcher Allgemeinheit noch in der Beschränkung auf Nachlassverbindlichkeiten, für welche die Erben als Gesamtschuldner haften und unter der weiteren Beschränkung, daß bereits die Fälligkeit eingetreten ist. Durch solche Vorschriften würden die Erben so behandelt werden, wie wenn unter ihnen eine Gesellschaft bestanden hätte, die mit dem Beginne der Auseinandersetzung beendigt sei (vgl. § 656 Abs. 2 Satz 1). Allein die Vorschriften über die Auseinandersetzung der Gesellschafter eignen sich nicht zur Ueber-

tragung auf das Verhältniß der Miterben. Denn sie beruhen auf besonderen Voraussetzungen, welche bei der Erbengemeinschaft nicht zutreffen. Jeder Gesellschafter ist gegenüber den übrigen Gesellschaftern verpflichtet, seine Antheilrechte bis zur Auseinandersetzung nicht zu veräußern, sie vielmehr zur zweckgemäßen Verfügung zu stellen, damit über die gemeinschaftlichen Gegenstände dem Zwecke der Gesellschaft gemäß, und zwar mit Einschluß des Liquidationszweckes, verfügt werde (vgl. § 645). Ferner sind die Gesellschafter | erforderlichensfalls nach § 656 Abs. 2 Satz 2, 3 | **§. 697.** verpflichtet, wenn die gemeinschaftlichen Gegenstände zur Berichtigung der Schulden nicht hinreichen, für den Fehlbetrag nach Maßgabe der Bestimmungen aufzukommen, welche für die Ertragung des Verlustes gelten. Diese oder ähnliche Voraussetzungen liegen bei der Erbengemeinschaft nicht vor. Bei der Entscheidung für § 655 ist auch das ideale Interesse jedes Gesellschafters, daß die Gläubiger das Ihrige erhalten, maßgebend gewesen (Mot. 2 S. 625). Die Miterben können gleichfalls ein ideales Interesse dieser Art haben. Allein dies würde nicht genügen, solche Vorschriften zu rechtfertigen. Ohne Gewicht für die Entscheidung ist ferner der Umstand, daß es möglich ist, die bezeichnete Befugniß nur gegenüber den Erben zu gewähren, also nur dann, wenn der Miterbe seinen Antheil an den Aktiven des Nachlasses noch nicht veräußert hat, ganz abgesehen davon, daß eine solche Unterscheidung eine willkürliche sein würde.

Nach der dem § 2051 und anderen Vorschriften des Entw. zu entnehmenden Auffassung sind die verschiedenen Erbtheile in Ansehung der Haftung für die Nachlassverbindlichkeiten in gleicher Weise von einander getrennt, wie wenn sie von Anfang an verschiedene Vermögen gewesen wären. Ein Recht des einen Miterben, vom anderen zu verlangen, daß dieser seine Verbindlichkeit, welche als Bruchtheil der Nachlassverbindlichkeit mit theilbarer Leistung auf ihn übergegangen ist, berichtige oder zunächst kündige und dann berichtige, würde sich als ein Recht auf eine Leistung darstellen, an welcher der Berechtigte kein rechtliches Interesse hat. Anders gestaltet sich die Sache, wenn die Miterben in Ansehung einer Nachlassverbindlichkeit zu einander im Verhältnisse als Gesamtschuldner stehen, wie dies insbes. bei allen Nachlassverbindlichkeiten mit untheilbarer Leistung stattfindet. Der einzelne Miterbe hat bei solchen Verbindlichkeiten ein dringendes Interesse daran, daß die Miterben sich mit ihm zur Verwirklichung der Leistung vereinigen, damit die nachtheiligen Folgen der Nichterfüllung vermieden werden. Dieses rechtliche Interesse ist indessen allgemeinerer Natur; es besteht bei jedem Gesamtschuldverhältnisse, nicht ausschließlich bei dem der Miterben, und muß deshalb seinen Schutz in den Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse finden. Ein genügender Schutz der Gesamtschuldner in der angegebenen Richtung ist auch im Entw. zu finden. Aus § 337 Abs. 1, welcher nach § 340 auf die Verpflichtungen zu untheilbaren Leistungen Anwendung findet, ergibt sich nicht allein ein Rückgriffsrecht gegen den anderen Gesamtschuldner, falls ein Gesamtschuldner mehr, als ihm im Verhältnisse der Gesamtschuldner zu einander obliegt, geleistet hat, sondern es findet sich darin ein Prinzip über ein inneres Schuldverhältniß der Gesamtschuldner, dessen eine Folge das Rückgriffsrecht ist (vgl. Mot. 2 § 337 S. 169). Aus diesem inneren Schuldverhältnisse ergibt sich, daß die Gesamtschuldner gegen einander von vornherein zu der erforderlichen Mitwirkung bei der Leistung verpflichtet sind, sofern nicht etwa nach dem inneren Verhältnisse die Leistung nur von einem oder einigen Gesamtschuldnern zu bewirken ist. In letzterem Falle können die nicht zur Leistung Verpflichteten von dem oder den Anderen Befreiung von ihrer Haftung verlangen.

| Auf einer gleichen Auffassung beruht der § 1696. Auch dort ist angenommen, daß Sonder- | **§. 698.** vorschriften für einzelne Fälle der Gesamtschuld über das innere Schuldverhältniß unter den Beteiligten, welches sofort mit der Begründung der Gesamtschuld zur Entstehung gelangt, nicht am Platze seien, daß aber die Regelung des Rückgriffsrechtes einen Schluß darauf zulasse, daß die Gesamtschuldner von vornherein in einem inneren Schuldverhältnisse stehen, welches sie verpflichtet, so zu handeln, daß es überhaupt zu einem Rückgriffe nicht kommen könne (vgl. Mot. 4 S. 1178).

Besondere Vorschriften über die Anfechtung der Erbtheilung sind entbehrlich. Diese Anfechtung unterliegt den Grundsätzen des Allg. Theiles. Ebenjowenig sind Vorschriften über die nachträgliche Theilung von Gegenständen, welche bei der Erbtheilung unberücksichtigt geblieben sind, erforderlich (vgl. sächs. G.B. § 2448; Code 887; für das gemeine Recht Windscheid § 608 Anm. 30; uA.). Vorschriften der letzteren Art würden zu der Auffassung des Entw. von der Gemeinschaft der Erben, insbes. zum § 2156, nicht passen.

Ausgleichung wegen des Vorempfangenen.

Die Vorschriften über die Ausgleichung weichen in mehrfacher Hinsicht vom geltenden Rechte ab. Einige der Hauptabweichungen nebst den Gründen, auf welchen sie beruhen, voranzuschicken, erscheint daher zweckmäßig. Daß das Institut aufgenommen ist (vgl. gegen dasselbe die Mot. v. 1835 zu A.N. II 2 Abschn. 5 S. 292), rechtfertigt schon der Umstand, daß es überall in Deutschland gilt.

Anfechtung
der
Erbtheilung,
Nachträgliche
Theilung.

Ausgleichung
nur unter Ab-
kömmlingen
als gesetz-
lichen Erben,

I. Der Entw. bestimmt eine Ausgleichungspflicht nur unter den Abkömmlingen des Erblassers, und auch dies nur dann, wenn der Erblasser von mehreren als gesetzlichen Erben zur Erbfolge berufenen Abkömmlingen beerbt wird. In dieser Hinsicht weichen ab der Code 843 (tout héritier venant à une succession), das bayer. LR. III 1 § 15 Nr. 1 (alle Notherben) und einige Rechte beschränkten Geltungsgebietes (Roth § 375 Anm. 5, 6). Dagegen stimmen mit dem Entw. überein das LR. II 2 § 323 (Dernburg § 242, Eccius § 274 Anm. 26), das öst. GB. (Unger § 45 Anm. 6), das gemeine Recht nach der herrschenden Auffassung (Windscheid § 610 Anm. 6; Roth § 375 Anm. 30; Seuffert 1 Nr. 264, 15 Nr. 231; abweichend zB. Sintenis und Bangerow) und Mommsen § 290 Abs. 1. Gegenüber dem Gatten findet also eine Ausgleichung nicht statt. Das letztere bestimmen das sächs. GB. § 2362 und Mommsen § 290 Abs. 2 besonders, während nach den thür. Erbgesetzen, dem lüb. G. v. 1862 Art. 15, dem oldenb. G. v. 1873 | Art. 42 § 1 und nach dem schlesw. Rechte (Esmarch S. 230) auch gegenüber dem Gatten konferirt wird. — Die Ausgleichungspflicht ist eine Beschwerde des dadurch betroffenen Abkömmlinges, welche das Gesetz mit Rücksicht auf den anzunehmenden Willen des Erblassers anordnet, ohne daß dieser Wille in der Form einer Verfügung von Todeswegen erklärt zu sein braucht. Deshalb fehlt es an jedem Anlasse, in dieser Hinsicht weiter zu gehen, als die auf größeren Gebieten geltenden Rechte.

§ 699.

als einge-
setzten Erben.

In Ansehung der Frage, ob nicht die durch letztwillige Verfügung berufenen Erben mindestens dann ebenfalls ausgleichungspflichtig sein sollen, wenn sie auch ohne die letztwillige Verfügung als gesetzliche Erben zur Erbfolge berufen sein würden, oder wenn die Verfügung nur in der Anordnung der gesetzlichen Erbfolge besteht, ist das geltende Recht verschieden. Vgl. einerseits Nov. 18 c. 6, bayer. LR. III 1 § 15 Nr. 1, das württ. Recht nach Stein § 129 Anm. 1 und neben einigen Rechten beschränkten Geltungsgebietes den hess. Entw. 330, sowie Mommsen § 299 — andererseits sächs. GB. § 2371, öst. GB. § 790. Wie das LR. zu dieser Frage steht, ist nicht unbestritten (vgl. Eccius § 274 S. 661; Dernburg § 242 Anm. 16—18; das die Kollation zulassende Urtheil des Reichgerichtes v. 8. Dez. 1884, JWB. 1885 S. 157). Für die Auffassung des sächs. GB. und des öst. GB., welcher sich der Entw. angeschlossen hat, spricht, daß auch in dieser Beziehung der anzunehmende Wille des Erblassers entscheidend ist. Wird der Abkömmling, welcher eine die Ausgleichungsfrist begründende Zuwendung unter Lebenden erhalten hat, zum Erben eingesetzt, so mindert sich die Wahrscheinlichkeit, daß er an der Ausgleichung aktiv und passiv Theil nehmen solle, in bedeutendem Maße. In der Regel wird anzunehmen sein, der Erblasser habe durch die Erbeinsetzung vollständig verfügen wollen, ohne daß sein Wille noch durch das Gesetz ergänzt werden solle. Daran ändert der Umstand nichts, daß der Erblasser nach dem Entw. einen oder einige Abkömmlinge als Erben einsetzen und es in Ansehung anderer bei der gesetzlichen Erbfolge belassen kann. Denn daraus läßt sich noch nicht folgern, daß der Erblasser davon ausgegangen sei, diese Einsetzung solle ohne Einfluß auf die Ausgleichungspflicht sein. Das Gleiche gilt von der Einsetzung auf den gesetzlichen Erbtheil. Die Berücksichtigung der Fälle, in welchen die Zuwendung an den Abkömmling nach dessen Einsetzung erfolgt, kann gleichfalls nicht zu einer Ausdehnung der Ausgleichungspflicht führen. Vielmehr bleibt es Sache des Erblassers, wenn er verfügt, sich über die Tragweite seiner Verfügung auszusprechen. Selbst bei einer nachträglichen Zuwendung kann er seinen Willen kundgeben, sei es durch eine Auflage (vgl. § 448), sei es durch Verfügung von Todeswegen. Das Gesetz hat keinen Anlaß, in dieser Beziehung nachzuhelfen.

Unabhängig-
keit von der
Auseinander-
setzung.

§ 700.

II. Der Entw. stellt die Ausgleichungspflicht völlig unabhängig von der sonstigen Auseinandersetzung der Erben hin. Das Ausgleichungsrecht ist also nicht ausschließlich bei der Auseinandersetzung und nicht etwa nur in der Weise geltend zu machen, daß durch die Einrede der Ausgleichungspflicht das Verlangen des Pflichtigen, ein Mehreres bei der Auseinandersetzung zu erhalten, als ihm unter Berücksichtigung seiner Ausgleichungspflicht gebührt, zurückgewiesen werden könnte. Beruhte der Entw., wie zB. das LR. (vgl. zum § 2051 S. 527), auf dem Grundsatz, daß die Rechte an der Erbengemeinschaft nicht getheilt sind, so müßte eine auf die Erbschaft als Ganzes sich beziehende Auseinandersetzung stattfinden. Bei dieser wäre alsdann die Frage der Ausgleichung gleichzeitig zu erledigen, und es ließe sich manches dafür anführen, daß alsdann das Recht auf die Ausgleichung wegfallen, wenn es bei der erforderlichen allgemeinen Auseinandersetzung ausnahmsweise nicht geltend gemacht sei. Indessen würde auch dann eine solche Vorschrift positiver Natur sein und sich nur auf die Annahme eines Verzichtes stützen lassen. Mit der Auffassung des Entw., insbes. der aus § 2051 und aus §§ 2151 ff. sich ergebenden Anschauung, daß der Grundsatz des LR. Billigung nicht verdiene, und daß dem Theilungsrichter die ihm vom gemeinen Rechte beigelegten Befugnisse zu versagen seien, würde sich eine solche Beschränkung der Ausgleichungspflicht nicht wohl vereinigen lassen. Ist eine allgemeine Auseinandersetzung der Erben nicht erforderlich, so ist ein gleich dringlicher Anlaß zur Geltendmachung der Ausgleichungsansprüche nicht gegeben. Nicht gerechtfertigt wäre es daher, wenn bei jedem auf Nachlaßgegen-

stände sich beziehenden Theilungsverfahren ein nicht geltend gemachtes Recht auf Ausgleichung als durch Verzicht aufgegeben angesehen werden sollte. — Ferner ist der Anspruch auf Ausgleichung nicht wie eine Art von obligatio naturalis, welche nur im Wege der Einrede geltend gemacht werden kann, zu behandeln. Eine derartige Abschwächung der Verbindlichkeit könnte nur aus besondern Gründen bestimmt werden. Solche Gründe liegen nicht vor. — Endlich kommt in Betracht, daß nach §§ 2051, 2151 ff. unter Umständen für eine Erbauseinandersetzung kein Raum bleibt, zB. dann, wenn der Nachlaß ausschließlich aus Forderungen besteht, welche kraft Gesetzes getheilt sind. In solchen Fällen würde es an jeder Gelegenheit fehlen, das Ausgleichungsrecht gegenüber einem Theilungsansprüche des Ausgleichungspflichtigen zur Geltung zu bringen. Die Ausübung des Rechtes auf die Ausgleichung würde mithin durch die zufällige Zusammensetzung des Nachlasses völlig vereitelt werden können.

III. Der Entw. beruht auf dem Grundsätze der Ideal- oder Werthausgleichung, nicht auf dem Grundsätze der Natural- oder Realausgleichung (des Rückbringens). Dem letzteren Grundsätze folgen, zum Theile mit Modifikationen, der Code 858—860, 866, 868, 869, wohl auch das gemeine Recht (Windscheid § 610 Anm. 29; Roth § 377 Anm. 2), die älteste deutschrechtliche Auffassung (Stobbe § 284 I), das bayer. LR. III 1 § 15 im Eingange und Nr. 18 und, außer anderen Rechten beschränkteren Geltungsgebietes, das sächs. GB. §§ 2363, 2367. Der Gedanke der Idealcollation wird vertreten vom WR. II 2 §§ 303, 309, vom öst. GB. §§ 793, 794, und gilt auch im schlesw. Rechte (vgl. Esmarch S. 231); ebenso entscheiden die thür. Erbgesetze, Mommsen § 294, heff. Entw. 337. Das württ. Recht kennt, wie einige andere Rechte beschränkten Geltungsgebietes beide Arten der Collation neben einander, nach Stein § 135 ist aber die Idealcollation die gewöhnliche. — Der Entw. hat sich für die Werthausgleichung entschieden. Der Erblasser giebt durch die Zuwendung etwas zum Eigenthume hin, nicht lediglich zur Verwaltung, wenn auch eine Ausgleichung vorbehalten oder als vorbehalten anzusehen ist. Am wenigsten ist anzunehmen, daß der Erblasser die Mehrung oder Minderung des Gegenstandes der Zuwendung den Ausgleichungsberechtigten zum Vortheile oder Nachtheile gereichen lassen wollte, wie wenn der Empfänger fremdes Gut verwaltete. Die Ausgleichung bezweckt Ersatz für die Zuwendung, nicht für das Zugewendete, wie es sich im Laufe der Zeit gestaltet hat. Der Rückfall des Eigenthumes wäre zudem aus nationalökonomischen Gründen nicht unbedenklich, weil schwebende Zustände Nachtheile für alle Betheiligten bringen.

Werthausgleichung, nicht Realcollation. | S. 701.

IV. Daß gegenüber dem zu II und III Erörterten von einem Vorausverabfolgen der Ausgleichungswerte an die Berechtigten (vgl. WR. II 2 § 303; öst. GB. § 793) nicht die Rede sein kann, erscheint selbstverständlich. Ebenjowenig kann die dem württ. Rechte (Stein § 135 zu 1 b) bekannte Vorwegnahme von ebenjoviel Sachen gleicher Art aus der Masse in Betracht kommen.

Vorwegnahme von Sachen gleicher Art etc.

§§ 2157—2159 (II 1923, B. 2027, R. 2025, G. 2050).

1. Der § 2157 bringt die auf S. 698 ff. dargelegten Grundsätze, wenigstens zum Theile, zum Ausdruck, insbes. die Beschränkung auf den Fall der Beerbung durch mehrere als gesetzliche Erben zur Erbfolge berufene Abkömmlinge, ferner die Beschränkung auf Zuwendungen durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden der in den §§ 2158, 2159 bezeichneten Art, endlich, daß nur gegenüber einem jeden anderen jener Abkömmlinge die Ausgleichungspflicht besteht. Die Fassung berücksichtigt die Möglichkeit, daß der Erblasser nur theilweise von gesetzlichen Erben als solchen beerbt wird. — In Ansehung des Ueberganges der Ausgleichungspflicht auf die Erben des Erben bedarf es besonderer Vorschriften nicht. Wenn solche Vorschriften im sächs. GB. § 2360 und bei Mommsen § 293 sich finden (vgl. Windscheid § 610 Anm. 3; Roth § 375 Anm. 21, 22), so erklärt sich dies aus der Verschiedenheit in der Auffassung des Institutes. — Die Worte „Vorempfangenes“ und „Ausgleichungspflicht“ macht der Entw. zu technischen, zur Erleichterung der Fassung der Vorschriften.

1. Grundsatz.

2. Ueber die Gegenstände der Ausgleichungspflicht bestimmen die §§ 2158, 2159, und zwar bezeichnet der § 2158 diejenigen Gegenstände, in Ansehung deren die Ausgleichungspflicht eintritt, sofern sie nicht bei der Zuwendung ausgeschlossen wurde; der § 2159 befaßt sich mit den Zuwendungen, bei deren Vornahme der Erblasser die Ausgleichung angeordnet hat.

2. Gegenstände.

Daß dasjenige zur Ausgleichung zu bringen ist, was der Erblasser dem Abkömmlinge wegen dessen Verheirathung, Errichtung eines eigenen Hausstandes, Uebernahme eines Amtes oder wegen Begründung eines Erwerbsgeschäftes oder einer selbständigen Lebensstellung zugewendet hat (§ 2158 Satz 1), entspricht im Wesentlichen allen geltenden Rechten, wenn diese auch, insbes. in der näheren Bezeichnung, mannigfach von einander abweichen (Windscheid § 610 Anm. 13—15, 17—19; Roth § 376 I; Stobbe § 284 III; WR. II 2 §§ 303—305; sächs. GB. § 2354; thüring. Erbgesetze; für württ. Recht Stein § 132; Lüb. G. v. 1862 Art. 15; Mommsen § 288; heff. Entw. 326). Der Entw. hält sich an den anzunehmenden Willen des Erblassers oder an den Zweck der Gabe. Eine ganz allgemeine Bezeichnung läßt sich kaum gehen. „Zuwendung wegen

Wegen Verheirathung etc. zugewendetes.

Begründung einer selbständigen Lebensstellung“ könnte ausreichend erscheinen. Alsdann bliebe aber zweifelhaft, wie weit die Ausgleichungspflicht sich erstreckt und ob insbes. das einer Tochter behufs der Verheirathung Gegebene zur Ausgleichung zu bringen sei. Von „Ausstattung“ wird nicht gesprochen, weil der Begriff der Ausstattung im § 1500 nach hier nicht zutreffenden Gesichtspunkten festgestellt ist. Indem über die Ausstattung im Sinne des § 1500 (diese ist nicht als Schenkung anzusehen) hinausgegangen wird, erleidet der Grundsatz des § 2159 eine gewisse Modifikation. Deshalb hinzuzufügen „auch wenn die Zuwendung eine Schenkung ist“, erscheint nicht erforderlich, da auch ohne diesen Zusatz das Mißverständnis nicht entstehen wird, wegen des § 2159 sei dasjenige, was sich als Schenkung charakterisirt, nicht zur Ausgleichung zu bringen, wenn nicht bei der Zuwendung die Ausgleichungspflicht bestimmt ist. — Die Worte „wegen Begründung eines Erwerbsgeschäftes“ sind im Anschlusse an § 67 Abs. 2 (Mot. 1 S. 142) bevorzugt vor dem im geltenden Rechte zumeist gewählten Ausdrucke „wegen Begründung eines eigenen Geschäftes oder Gewerbes“. Die Worte „wegen Begründung einer selbständigen Lebensstellung“ sind geeignet, Lücken zu vermeiden.

Abweichend vom sächs. GB. § 2354 (Mommson § 288) sind Zuwendungen, welche zur Fortsetzung oder weiteren Errichtung eines besonderen Hausstandes oder zur Fortsetzung eines Amtes erfolgt sind, nicht erwähnt, weil, wenn einmal die selbständige Lebensstellung begründet ist, eine zur Behauptung oder Ausdehnung der Lebensstellung erfolgte Zuwendung in der Regel einen wesentlich anderen Charakter haben wird und, sofern sie auf Freigebigkeit beruht, meist als gewöhnliche Schenkung zu beurtheilen ist.

| §. 703.

Die beigelegte Ausnahme wegen der Kosten der Vorbildung zu einem Lebensberufe (Cap 2) trifft insbes. die im geltenden Rechte verschieden beurtheilten Studienkosten (Windscheid § 610 Anm. 16; Roth § 376 Anm. 16; Stobbe § 284 Anm. 22; Seuffert 3 Nr. 349, 9 Nr. 190, 10 Nr. 67, 14 Nr. 151; wegen des ALR. Eccius § 274 Anm. 42, 44, Dernburg § 243 Anm. 6, 7). Sie entspricht dem sächs. GB. § 2354 und anderen Rechten beschränkteren Geltungsgebietes (Württ. Recht nach Stein § 133; heff. Entw. 327, der sogar die Ausgleichung verbietet, selbst wenn der Erblasser ausdrücklich das Gegentheil angeordnet hat), nach Unger § 46, Anm. 6, 10 wohl auch dem öst. GB. Die Aufnahme der Vorschrift, welche innerlich gerechtfertigt sein dürfte, ist wegen der großen praktischen Bedeutung der Entscheidung rathsam. — Nicht von gleicher Wichtigkeit sind die von manchen Rechten besonders hervorgehobenen Hochzeitskosten, Kosten für Reisen, für Erlangung eines akademischen Grades u. dergl. (Code 853; sächs. GB. a. D.; bayer. LR. III 1 § 15 Nr. 6; Stobbe § 284 Anm. 20; Eccius § 274 Anm. 47, 48, Dernburg § 243 Anm. 8; für das württ. Recht Stein § 133 Nr. 2, u. d.).

Die Ausgleichung ausschließende Anordnung.

Daß die Ausgleichungspflicht ausgeschlossen ist, wenn der Erblasser bei der Zuwendung angeordnet hat, daß die Ausgleichung nicht erfolgen solle (§ 2158 Abs. 2), rechtfertigt sich mit Rücksicht darauf, daß der anzunehmende Wille des Erblassers zu entscheiden hat. Die Ausgleichungspflicht muß wegfallen, wenn bei der Zuwendung ein entgegengesetzter Wille erklärt und damit der unbeschränkte Zuwendungswille klargelegt ist. Eine solche Erklärung berührt nicht die Wirkung des Zuwendungsgeschäftes. Es bewendet also bei der Regel der Formfreiheit der Erklärung, selbst wenn das Zuwendungsgeschäft eine besondere Form erfordert, z. B. bei der Grundstücksübertragung die Auflassung. — Daß der Erblasser die Ausgleichungspflicht ausschließen kann, ist allen geltenden Rechten gemeinsam (Windscheid § 610 Anm. 9; Roth § 375 Anm. 25 ff.; ALR. II 2 § 384; Code 843, 844; öst. GB. § 792; sächs. GB. § 2369; Mommson § 298; heff. Entw. 329; u. d.); in Ansehung der Form bestehen jedoch Abweichungen (vgl. insbes. ALR. II 2 §§ 383—387). — Besondere Vorschriften darüber, in welcher Weise der Erblasser die seiner Zuwendung durch das Gesetz beigelegte Wirkung später beseitigen könne, erscheinen entbehrlich.

Unzeit Auf

Ungeordnete Ausgleichung.

Zuwendungen anderer Art, als die im § 2158 bezeichneten, läßt der Entw. nur dann zur Ausgleichung bringen, wenn die Ausgleichung vom Erblasser bei der Zuwendung angeordnet ist (§ 2159).

Bedeutendere Schenkungen.

| §. 704.

Während der Code 843 ff. alle Vortheile anrechnen läßt, welche dem Erben direkt oder indirekt, aber freigebig, zugewendet sind, läßt das ALR. II 2 §§ 327—329 (ebenso das goth. ErbG. § 56) bedeutendere Schenkungen, genauer „Grundstücke, Gerechtigkeiten und ausstehende Kapitalien“, sofern nicht der Erblasser anders bestimmt hat, anrechnen (Eccius § 274 S. 656; Dernburg § 243 Nr. 2; Gruchot 32 S. 118, 119). Die übrigen Rechte lassen Schenkungen nur konferiren, wenn dies der Erblasser angeordnet hat, mit einzelnen, an sich nicht erheblichen Abweichungen (Windscheid § 610; Roth § 376 I, 3; Stobbe § 284 Anm. 17, 18; sächs. GB. §§ 2356, 2357, 2370; öst. GB. §§ 788, 791; heff. Entw. 324, 328; Mommson § 289; u. d.). — Der Gedanke des ALR. läßt sich kaum genau fassen und entbehrt wohl auch der inneren Begründung. Der Entw. folgt der Mehrzahl der geltenden Rechte, vermeidet aber, wie durchweg, von unentgeltlichen Zuwendungen zu sprechen. Das Erforderniß der Unentgeltlichkeit läßt sich auch nicht absolut aufstellen. Sonst würde der Umgehung des Gesetzes durch Bestimmung einer minimalen Gegenleistung

der Weg zu sehr geebnet. Der Begriff der „Zuwendung“ bestimmt sich nach der materiellen, nicht nach der juristischen Wirkung des Aktes und stimmt deshalb mit dem Begriffe der Schenkung (§ 437) nicht völlig überein. Daß Erfüllung einer Verbindlichkeit keine Zuwendung ist, bedarf einer besonderen Hervorhebung nicht.

Selbstverständlich kann ein Erblasser durch Verfügung von Todeswegen eine Ausgleichungspflicht auferlegen, indem er ein Vermächtniß anordnet.

Eine besondere Vorschrift über die Ausschließung der Verjährung in Ansehung eines Forderungsanspruches des Erblassers gegen seinen später ausgleichungspflichtigen Abkömmling, welche in Betracht kommen könnte, würde weder innerlich begründet sein noch sich durch ein praktisches Bedürfniß rechtfertigen lassen.

§ 2160 (II 1924, B. 2028, R. 2026, O. 2051).

Die Ausgleichungspflicht kann vereitelt werden, wenn der ausgleichungspflichtige Abkömmling den Erblasser nicht überlebt oder die Erbschaft ausschlägt oder durch letztwillige Verfügung des Erblassers oder durch Erbverzicht von der Erbfolge ausgeschlossen oder für erbunwürdig erklärt ist. Diese Folge wendet der § 2160 ab. In allen diesen Fällen soll der auf Grund der gesetzlichen Erbfolge an des Weggefallenen Stelle berufene Abkömmling des Erblassers auch wegen einer solchen Zuwendung zur Ausgleichung verpflichtet sein. Es wird nicht unterschieden, ob derjenige, welcher die Zuwendung empfing, ein Vorfahre des Abkömmlinges, welcher zur Erbfolge gelangt, ist oder nicht ist. Die Ausgleichungspflicht tritt also z. B. auch ein, wenn ein Enkel zu der Zeit, in welcher er schon zu den gesetzlichen Erben gehörte, die Zuwendung empfing und dann später, aber noch vor dem Erblasser, welcher | zugleich Kinder hinterlassen hat, gestorben ist, so daß an die Stelle des Empfängers seine Geschwister treten, und ebenso, wenn ein solcher Enkel die Erbschaft ausschlägt. Dafür, daß in solchem Falle die an die Stelle des Empfängers der Zuwendung Treten den durch die Ausgleichungspflicht nicht überschwert werden, sorgt der § 1973, nach welchem auch in Ansehung der Ausgleichungspflicht ein solcher Erbtheil als ein besonderer Erbtheil gilt.

3. Ausgleichungspflicht des an die Stelle eines Btichtigen Treten den.

| §. 705.

Die Auffassung des gemeinen Rechtes ist nicht unbestritten, in der Praxis überwiegt aber wohl die Ansicht, daß der entferntere Abkömmling mit der Beschränkung auf „in quantum ad eum pervenit“ die an seinen Vorfahren erfolgte Zuwendung zu konferieren hat, nach Einigen jedoch nur dann, wenn er der Erbe jenes geworden ist (Windscheid § 610 Anm. 20; Roth § 375 Anm. 12; Geuffert 10 Nr. 187, 11 Nr. 163 gegen 8 Nr. 69; für vormalig hannov. Praxis Grese 2 § 145 zu IV; für hamb. Recht Baumeister II § 128 bei Anm. 7; für schlesw. Recht Esmarck S. 230). Die Mehrzahl der neueren Rechte läßt den entfernteren Abkömmling die an seinen Elterntheil erfolgte Zuwendung konferieren, ohne Rücksicht darauf, ob er Erbe des Elterntheiles geworden ist oder nicht (vgl. AN. II 2 §§ 359—363; öst. OB. § 790; für württ. Recht Stein § 129; sächs. OB. § 2359; thür. Erbgesetze; Rommjen § 292 Abs. 1; heff. Entw. 333, uA.). Der Code 848 läßt nur, wenn der entferntere Abkömmling jure repraesentationis eintritt, diesen das seinem Vorfahren zugewendete konferieren. — Die Ansicht kann vertreten werden, der Entw. müsse anders als geschehen entscheiden, weil er dem entfernteren Abkömmling kein Repräsentationsrecht gebe, sondern ihn kraft eigenen Rechtes erben lasse. Allein die Rücksichten auf die Billigkeit und den anzunehmenden Willen des Erblassers rechtfertigen die gegebene Entscheidung. Würde mit dem läb. G. v. 1862 Art. 15 (Blitt Anm. 166, 185) von den entfernteren Abkömmlingen und auch von den in den sonst bezeichneten Fällen an die Stelle des wegfallenden Empfängers der Zuwendung Treten den die Zuwendung nicht zur Ausgleichung gebracht, so wäre das Ausgleichungsrecht von zufälligen Ereignissen und im Falle der Ausschlagung der Erbschaft seitens des Empfängers sogar von dessen Willkür abhängig. Eines besonderen Hinweises darauf, daß es ohne Belang ist, ob der an die Stelle des Empfängers der Zuwendung Treten den den Empfänger beerbt hat, bedarf es hier so wenig wie in den Fällen der §§ 1965, 1972.

Eine Entscheidung darüber, ob die Ausgleichungspflicht auch den Ersatzerben treffe, ist unbehrlich. Ein Ersatzerbe kann nie ein gesetzlicher, sondern nur ein eingefetzter Erbe sein. Ihn berührt daher nach der Auffassung des Entw. die Ausgleichungspflicht nicht und ihm steht kein Ausgleichungsrecht zu. Selbstverständlich ist es dem Erblasser unbenommen, das gleiche Ergebnis, wie es der § 2160 für den an die Stelle des wegfallenden Empfängers der Zuwendung Treten den bestimmt, in Ansehung eines Ersatzerben durch Verfügung von Todeswegen herbeizuführen. In solchem Falle handelt es sich aber | um ein wirkliches Vermächtniß zu Gunsten oder zu Lasten des Ersatzerben, nicht um die gesetzliche Ausgleichungspflicht.

Ersatzerben.

| §. 706.

Daß mehrere an die Stelle des Empfängers der Zuwendung getretene Abkömmlinge nach Verhältnis der ihnen in Folge des Wegfalles zugefallenen Erbtheile verpflichtet sind, versteht sich von selbst.

Mehrere Abkömmlinge.

§§ 2161—2164 (II 1926/9, 1923, B. 2030/3, 2027, R. 2028—2031, 2025, G. 2053—2056, 2050).

Zuwendung
an entferntere
Abkömmlinge.
(G. § 2053.)

1. Weiter bleibt zu bestimmen, welche Bedeutung der an einen Abkömmling vor dem Wegfalle des ihn von der Erbfolge ausschließenden erfolgten Zuwendung in Ansehung der Ausgleichungspflicht beizulegen ist. Eine besondere Entscheidung ist erforderlich, weil der § 2157 nicht bestimmt, daß die Ausgleichungspflicht nur eintrete, wenn der Empfänger schon zur Zeit der Zuwendung zu den gesetzlichen Erben gehört. Entferntere Abkömmlinge sind, wenn sie zur gesetzlichen Erbfolge gelangen, ausgleichungspflichtig in Ansehung desjenigen, was sie zu einer Zeit empfangen, in welcher der sie von der Erbfolge ausschließende Abkömmling bereits weggefallen war; dies ist selbstverständlich und von allen Rechten anerkannt. Zweifel können aber bestehen in Ansehung desjenigen, was ein solcher Abkömmling zu einer Zeit empfing, in welcher der ihn von der Erbfolge ausschließende Abkömmling noch nicht weggefallen war. Auch diese Zuwendung lassen anrechnen das öst. G.B. § 790, das sächs. G.B. § 2358 und der Code 846. Anders das W.R. II 2 § 363 und württ. Recht nach Stein § 129 (vgl. Mommsen § 292 Abs. 3; heff. Entw. 334). Im gemeinen Rechte besteht darüber Streit (Windscheid § 610 Anm. 21; Roth § 375 Anm. 13). Der Entw. entscheidet im Sinne des W.R. (§ 2161 Abs. 1). Daß der Erblasser dem Empfänger die Ausgleichungspflicht habe auferlegen wollen, läßt sich nur annehmen, wenn der Erblasser bei der Zuwendung den Empfänger sich als seinen künftigen gesetzlichen Erben gedacht hat. Es ist aber nicht wahrscheinlich, daß der Erblasser hierbei auf die erst später sich erfüllenden Möglichkeiten Rücksicht genommen hat; vielmehr wird er in der Regel von den Verhältnissen ausgehen, wie sie zur Zeit der Zuwendung liegen. Wäre der Empfänger zu dieser Zeit nicht kraft Gesetzes Erbe geworden, so spricht die Wahrscheinlichkeit dafür, daß die Zuwendung vorbehaltlos erfolgen sollte. Einer mit Rücksicht auf die Möglichkeit, daß der Empfänger der Zuwendung gesetzlicher Erbe werde, bei Vornahme der Zuwendung getroffenen Anordnung des Erblassers über die Ausgleichungspflicht des Empfängers muß jedoch Wirksamkeit zugestanden werden.

an
Adoptirte etc.

| §. 707.

Der Abs. 1 wird für entsprechend anwenbar erklärt auf die Zuwendung, welche ein Abkömmling, bevor er die rechtliche Stellung eines Abkömmlinges erlangt hatte, vom Erblasser empfangen hat (Abs. 2). Nach gemeinem Rechte konfiriren adoptirte und legitimirte Kinder unbedingt (Windscheid § 610 Anm. 2; Roth § 375 Anm. 8), ebenso nach Mommsen § 291, wohl auch nach W.R. (vgl. II 2 §§ 692, 693, 596, 606; Dernburg § 242 Anm. 6, 7; Eccius § 274 Anm. 26). Das sächs. G.B. § 2355 gedenkt lediglich der Ausgleichungspflicht der Angenommenen; diese konfiriren nur das nach der Annahme Erhaltene. — Für die Ausdehnung auf solche, welche die rechtliche Stellung eines Abkömmlinges nach der Zuwendung erlangt haben, sprechen die Gründe, auf welchen der Abs. 1 beruht. Im Uebrigen genügen die Vorschriften des Familienrechtes, aus welchen sich ergibt, daß die Ausgleichungspflicht obliegt und das Ausgleichungsrecht zusteht Allen, welche die rechtliche Stellung eines Abkömmlinges erlangt haben.

Zuwendung
aus dem Ge-
sammtgute.
(G. § 2054.)

2. Für die Ausgleichungspflicht ist wie im § 1991 für den Pfllichttheil der Zweifel zu lösen, welcher der beiden Gatten als der Zuwendende anzusehen ist, wenn der ausgleichungspflichtige Abkömmling in einem der in der Vorschrift bezeichneten Fälle vom Manne eine Zuwendung, welche nach den §§ 2158—2161 zur Ausgleichung zu bringen ist, empfangen hat. Diese Lösung giebt der § 2162 Abs. 1 in entsprechender Weise, wie sie im § 1991 gegeben ist. — Der Abs. 2 entscheidet durch Bestimmung entsprechender Anwendung des Abs. 1 für den Fall, daß die Zuwendung aus dem Gesamtgute der fortgesetzten G.G. erfolgt ist (vgl. für das W.R. Eccius § 274 S. 663, 664, Dernburg § 242 Anm. 19).

Die Nothwendigkeit einer Entscheidung ergibt sich aus dem Umstande, daß in den Fällen des Abs. 1 der Mann stets die Zuwendung bewirkt. Ohne eine besondere Vorschrift könnte also die Ausgleichungspflicht immer nur bei der Beerbung des Mannes stattfinden. Dies Ergebnis würde weder mit dem Wesen der G.G. noch mit dem Gedanken der Ausgleichungspflicht vereinbar sein. Bei der Beerbung der Mutter wären deren einseitige Abkömmlinge nicht ausgleichungspflichtig, weil sie von ihr nichts empfangen haben; den Stiefvater beerben sie nicht, also würden sie gar nicht ausgleichungspflichtig sein. Aber auch in Ansehung der gemeinschaftlichen Abkömmlinge kann dieses Ergebnis nicht befriedigen, weil immerhin das Gesamtgute beiden Gatten gemeinschaftlich zusteht und weil es die Zweckbestimmung hat, sowohl als Vermögen des einen wie des anderen Gatten zu dienen, während doch die Zuwendung nur bei der Beerbung des Mannes eine Ausgleichungspflicht begründen würde. Noch mehr tritt die Unbilligkeit hervor, falls gleichzeitig gemeinschaftliche und einseitige Abkömmlinge vorhanden sind, in Ansehung der einseitigen Abkömmlinge des Mannes. Ist einer der Gatten gegenüber dem Gesamtgute erbpflichtig, so fällt das Bedürfnis zu einer besonderen Regelung weg; es erhellt dann zur Genüge, daß für die Ausgleichungspflicht darauf nichts ankommen kann, ob die Zuwendung thatsächlich aus dem Gesamtgute erfolgt ist. Die Vorschrift giebt zugleich darüber Auskunft, welcher Ehegatte die Ausgleichungspflicht erlassen oder anordnen kann, soweit es darauf ankommt.

| §. 708.

3. Den Inhalt der Ausgleichungspflicht bestimmt der § 2163 dahin, daß der Verpflichtete jedem Berechtigten soviel zu entrichten habe, als der letztere erhalten würde, wenn ein dem Werthe des Vorempfangenen entsprechender Geldbetrag unter die Berechtigten und den Verpflichteten nach Verhältniß ihrer gesetzlichen Erbtheile zu vertheilen wäre. Auf die Auseinandersetzung wird aus den S. 699 ff. dargelegten Gründen nicht Bezug genommen. Eine solche findet unter Umständen gar nicht statt, zB. wenn nur kraft Gesetzes getheilte Gegenstände vorhanden sind. Erfolgt sie, so bleibt die Vorschrift nicht minder maßgebend; indessen wird alsdann der § 2164 Abs. 3 von besonderer Bedeutung. — Die Fassung berücksichtigt, daß der miterbende Gatte zu den Berechtigten nicht gehört und daß auch andere Miterben vorhanden sein können, welchen gegenüber die Ausgleichungspflicht nicht besteht.

Der Verpflichtete hat gegenüber den Berechtigten sich so behandeln zu lassen, wie wenn der dem Werthe des Vorempfangenen entsprechende Geldbetrag gemeinsames Gut wäre, welches er in Händen hat. Machen die Erbtheile des Verpflichteten und der Berechtigten nicht die ganze Erbschaft aus (sind zB. auch nicht ausgleichungsberechtigte Personen Miterben), so werden die Antheile am Vorempfangenen in ähnlicher Weise wie im Falle des § 1794 berechnet. Eine wirkliche Gemeinschaft am Vorempfangenen findet unter den Beteiligten nicht statt, denn der Entw. sieht nicht auf dem Boden der Realkollation (S. 700, 701). Der Geldwerth des Vorempfangenen wird nur zu dem Ende als gemeinsames Gut der Beteiligten behandelt, um den Umfang der Verbindlichkeiten zu bestimmen.

In Ansehung des für den Werth maßgebenden Zeitpunktes bedarf es einer Entscheidung. Mit einigen geltenden Rechten in dieser Hinsicht zwischen Mobilien und Immobilien zu unterscheiden (Code 860, 868; öst. GB. § 794; in gewissem Sinne auch AN. II 2 § 333, 334, 346, 347; Eccius § 274 Anm. 74 ff., 82; Dernburg § 244 Anm. 3, 4; — vgl. aber Mommsen § 294 Abs. 1 nebst Mot. S. 327; hess. Entw. 328, Abs. 1) wäre nicht rathsam. Obschon nicht zu verkennen ist, daß unter Umständen der Werth zur Zeit der Zuwendung schwierig festzustellen sein wird, entscheidet der Entw. (Abs. 2) dennoch hierfür, weil dies allein der Auffassung entspricht, daß der Erbe sofort Eigentümer wird, daher fortan Werthminderungen oder Werthmehrun gen ihn allein angehen. Die abweichende Auffassung anderer Rechte, zB. des gemeinen Rechtes (Roth § 377 Anm. 5), des bayer. R. (Kreittmayr, Anm. 16b zu III 1 § 15), des württ. Rechtes (Stein § 138 Anm. 1) | und des sächs. GB. § 2365, welche den Werth zur Zeit der Erbtheilung | S. 709. entscheiden lassen, und des lüb. Rechtes (Plitt S. 74 Anm. 117) des frankf. Rechtes (Bender S. 621) sowie des schlesw. Rechtes (Esmarch S. 231 unter 7), welche die Zeit des Anfalles für maßgebend erklären, kann gegenüber dem angeführten Grunde nicht ausschlaggebend sein. Zudem steht eine Anzahl dieser Rechte auf dem Boden der Realkollation.

4. Der § 2164 fügt einige weitere Vorschriften zur näheren Charakterisirung der Pflicht und des Rechtes der Ausgleichung bei. Der Abs. 1 bezieht sich auf eine Eigenthümlichkeit der Ausgleichungsverbindlichkeit in Ansehung des Verpflichteten. Der letztere soll nicht über den Werth desjenigen hinaus, was er erbt, haften; er soll nicht verpflichtet sein, ein Mehreres zurückzugewähren. Dies ist auch die Auffassung des AN. II 2 § 312 (freilich mit einer Modifikation für gewisse Fälle, II 2 §§ 313 ff.), des öst. GB. § 793, des sächs. GB. § 2361 und der neueren Entw. (vgl. Eccius § 274 Anm. 20, 23; Dernburg §§ 241, 244, Mommsen § 297 nebst Mot. S. 328; hess. Entw. 331). Die Verpflichtung hat hiernach einen ähnlichen Charakter wie ein dem Verpflichteten auferlegtes Vermächtniß. Die begrenzte Haftung des Verpflichteten läßt sich daher angemessen in der Weise ausdrücken, daß die Ausgleichungsverbindlichkeit als eine dem Verpflichteten obliegende Nachlaßverbindlichkeit gilt (vgl. §§ 2117, 2133). Auf diese Weise wird zugleich klargestellt, daß dem Ausgleichungsverpflichteten das Inventarrecht zu Statten kommt. Die Aufstellung weiterer besonderer Vorschriften wird entbehrlich. Etwaige Bedenken in Ansehung des Inventarrechtes, falls dieses gegenüber einem Miterben zusteht, beseitigt der § 2146 (vgl. S. 676 f.). Würde ausgesprochen, der Verpflichtete hafte nicht über die Höhe des Reinergebnisses seines Erbtheiles hinaus, so würden sich mannigfache Lücken ergeben. Insbes. würde fraglich bleiben, wer die Voraussetzung für den Umfang der Haftung zu beweisen habe, auf welche Weise die Größe der Vermögensvermehrung festgestellt werde, welcher Zeitpunkt für diese Feststellung maßgebend sei usw. Die Art, wie der § 319 die beschränkte Haftung desjenigen, welchem ein Vermögen durch obligatorischen Vertrag übertragen wird, bestimmt, kann nicht maßgebend sein. Denn der § 319 ist weit weniger gefährlich für die Gläubiger, welche den sein ganzes Vermögen Uebertragenden als Schuldner behalten. Die Aehnlichkeit der Ausgleichungsverpflichtung mit dem Vermächtnisse tritt um so mehr hervor, als der Entw. in den Fällen des § 2158 die Verpflichtung nur auferlegt, um den anzunehmenden Willen des Erblassers zu verwirklichen, in den Fällen des § 2159 aber sogar der erklärte, wenngleich formfreie Wille des Erblassers vorliegt, daß demjenigen, welcher die Zuwendung erhalten hat, die Ausgleichungsverbindlichkeit obliegen soll. Von einer

4. Inhalt der Pflicht. (S. § 2055.)

Maßgebende Zeit.

Ausgleichungspflicht als Nachlaßverbindlichkeit. (S. § 2056.)

| §. 710. Resolutivbedingung kann gegenüber der Idealkollation nicht die Rede sein. Eine Auflage | läßt sich nicht annehmen mit Rücksicht auf die Auffassung, auf welcher der § 2163 beruht.

Das *WR.* verläßt seinen Grundsatz, daß der Ausgleichungsverpflichtete nichts herauszugeben hat, in II 2 §§ 313—322 zu Gunsten unausgestatteter Geschwister (*Excursus* § 274 Anm. 23—25; *Dernburg* § 244 bei Anm. 10). Diese Ausnahme, welche den übrigen geltenden Rechten, soviel ermittelt, nicht bekannt ist, würde sich mit der dargelegten Auffassung nicht vereinigen lassen.

Ansprüche der
Gläubiger.
(G. § 2056.)

Eine Eigenthümlichkeit, welche sich auf das Gläubigerrecht bezieht, bestimmt der *Abf.* 2. Obgleich der Ausgleichungsberechtigte das Recht auf die Ausgleichung nur hat, wenn und weil er erbt, so soll dieses Recht nicht als ein Bestandtheil des Erbtheiles angesehen, sondern so beurtheilt werden, als sei das Recht ein Theil des sonstigen Vermögens des Erben. Der Grund für die Vorschrift liegt darin, daß, wenn das Gegentheil aufgestellt würde, die Ausgleichungspflicht auch zum Vortheile der Nachlassgläubiger wirken müßte. Dies wäre ein durchaus unangemessenes Ergebnis (vgl. *Mot.* des hess. Entw. zu Art. 335 S. 192). Die Durchführung der abgelehnten Auffassung würde aber auch zu kaum lösbaren Schwierigkeiten führen. Denn es müßte, wenn das Recht auf Ausgleichung als eine Erweiterung des Erbtheiles des Berechtigten angesehen werden sollte, eine entsprechende Minderung des Erbtheiles des Verpflichteten eintreten. Dadurch würde eine dinglich und nach außen wirkende Verschiebung der Bruchtheile, zu welchen die Erben den Nachlassgläubigern haften, erforderlich. Schon die Berechnung dieser Bruchtheile würde überaus schwierig sein. Eine solche Regelung würde ferner in offenen Widerspruch treten mit dem Grundsatz, auf welchem § 2163 beruht, daß das Ausgleichungsrecht zwischen den als gesetzliche Erben berufenen Abkömmlingen nur obligatorisch wirkt. Ein Ausfluß dieses Grundsatzes ist, daß das Ausgleichungsrecht für die Rechtsstellung dritter Personen, welche außerhalb des Kreises der Berechtigten und des Verpflichteten stehen, insbes. also der Nachlassgläubiger, ohne Einfluß sein muß. Dieser Charakter des gegenseitigen Verhältnisses gelangt zum Ausdruck, indem verneint wird, daß der Ausgleichungsanspruch ein Bestandtheil des gesetzlichen Erbtheiles des Berechtigten sei. Die Beschwerung mit einer Ausgleichungspflicht wird auch in dieser Richtung der Beschwerung mit einem Vorausvermächtnisse gleichgestellt.

Prästiones
personales.
(G. § 2050.)

Bei der Ausgleichungsverbindlichkeit besteht eine Gemeinschaft der Betheiligten an sich nicht, da es bei dem Ausgangspunkte des Entw., der eine Realkollation nicht annimmt, an einem Gemeinschaftsgegenstande fehlt. Die Ausgleichungsverbindlichkeit bezieht jedoch eine nur nach innen und nur obligatorisch wirksame Veränderung der Erbtheile, Vermehrung auf Seiten des Berechtigten, Verminderung auf Seiten des Verpflichteten. Dieser Auffassung entspricht es (vgl. zum § 2163 S. 708), die Betheiligten im Verhältnisse zu einander so zu behandeln, als wären vermöge des Ausgleichungsrechtes ihre Erbtheile verändert. Dementsprechend gewährt der *Abf.* 3 bei der Auseinanderetzung dem Berechtigten gegen den Verpflichteten in Ansehung der | sog. praestationes personales diejenigen Rechte, welche nach § 770 die Theilhaber gegen einander haben. Da es an einer Forderung aus einer Gemeinschaft fehlt, so kann nur von einer entsprechenden Anwendung die Rede sein. Einer Hinweisung darauf, daß der § 44 *KontD.* nicht zur Anwendung kommt, bedarf es nicht, weil ein Gemeinschaftsverhältniß gar nicht vorliegt.

| § 711.

Die im geltenden Rechte über die Ausgleichungspflicht sonst noch sich findenden Vorschriften sind zumeist auf Grund der S. 698 ff. dargelegten Auffassung entbehrlich oder nicht angemessen. Hierher gehören Vorschriften über den Untergang der Gegenstände, deren Zuwendung den Ausgleichungsanspruch rechtfertigt (*WR.* II 2 § 306; sächs. *GB.* § 2364; *Mommjen* § 294 *Abf.* 2 *Windscheid* § 610 Anm. 24; *Roth* § 376 Anm. 31; hess. Entw. 338 *Abf.* 1); über die Nutzungen und den Zuwachs dieser Gegenstände (*WR.* II 2 § 307; sächs. *GB.* §§ 2363, 2368; *Code* 861 bis 864 mit 856; vgl. ferner *Windscheid* § 610 Anm. 22; *Seuffert* 9 Nr. 191, 16 Nr. 178, 24 Nr. 250; *Roth* § 376 Anm. 27—30; für württ. Recht *Stein* § 139; uA.); über Bestimmungen des Erblassers in Ansehung des bei der Ausgleichung maßgebenden Werthes (*WR.* II 2 §§ 341, 385; *Mommjen* § 295). Hat der Erblasser in Ansehung des Werthes Anordnungen getroffen, so ist nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen, welche Bedeutung denselben zukommt. — Endlich besteht kein Anlaß, Vorschriften über die Ausgleichung unter Miterben auf Grund einer letztwilligen Verfügung oder eines Vertrages zwischen dem Erblasser und dem Empfänger der Zuwendung zu geben, da der Entw. die Ausgleichung nur unter den Abkömmlingen als gesetzlichen Erben regelt. Ueber Rechtsgeschäfte, deren Wirkung nach anderen Vorschriften sich bestimmt, ist hier nichts vorzuschreiben.

Absehung
weiterer
Vorschriften.