UNIVERSITÄTS BIBLIOTHEK

universität wien

Ehrenzweig, Armin, 1864-1935 [Bearb.]
Krainz, Josef, 1821-1875

Familien- und Erbrecht

Band: 2 | H. 2

Manz
Wien
1917

books2ebooks.eu

digitalisiert an der Universitätsbibliothek Wien

digitised at Vienna University Library

books2ebooks – Millions of books just a mouse click away!



European libraries are hosting millions of books from the 15th to the 20th century. All these books have now become available as eBooks – just a mouse click away. Search the online catalogue of a library from the eBooks on Demand (EOD) network and order the book as an eBook from all over the world – 24 hours a day, 7 days a week. The book will be digitised and made accessible to you as an eBook. Pay online with a credit card of your choice and build up your personal digital library!

What is an EOD eBook?

An EOD eBook is a digitised book delivered in the form of a PDF file. In the advanced version, the file contains the image of the scanned original book as well as the automatically recognised full text. Of course marks, notations and other notes in the margins present in the original volume will also appear in this file.

How to order an EOD eBook?

eod digital on request

Whereever you see this button, you can order eBooks directly from the online catalogue of a library. Just search the catalogue and select the book you need. A user friendly interface will guide you through the ordering process. You will receive a confirmation e-mail and you will be able to track your order at your personal tracing site.

How to buy an EOD eBook?

Once the book has been digitised and is ready for downloading you will have several payment options. The most convenient option is to use your credit card and pay via a secure transaction mode. After your payment has been received, you will be able to download the eBook.

Standard EOD eBook – How to use

You receive one single file in the form of a PDF file. You can browse, print and build up your own collection in a convenient manner.

Print

Print out the whole book or only some pages.

Browse

Use the PDF reader and enjoy browsing and zooming with your standard day-to-day-software. There is no need to install other software.

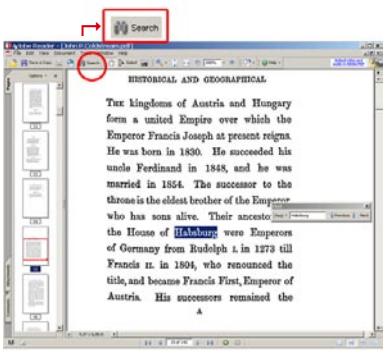
Build up your own collection

The whole book is comprised in one file. Take the book with you on your portable device and build up your personal digital library.

Advanced EOD eBook - How to use

Search & Find

Print out the whole book or only some pages.

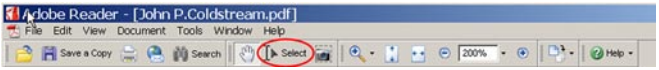




With the in-built search feature of your PDF reader, you can browse the book for individual words or part of a word.

Use the binocular symbol in the toolbar or the keyboard shortcut (Ctrl+F) to search for a certain word. “Habsburg” is being searched for in this example. The finding is highlighted.

Copy & Paste Text



Click on the "Select Tool" in the toolbar and select all the text you want to copy within the PDF file. Then open your word processor and paste the copied text there e.g. in Microsoft Word, click on the Edit menu or use the keyboard shortcut (Ctrl+V) in order to Paste the text into your document.

Copy & Paste Images



If you want to copy and paste an image, use the "Snapshot Tool" from the toolbar menu and paste the picture into the designated programme (e.g. word processor or an image processing programme).

Terms and Conditions

With the usage of the EOD service, you accept the Terms and Conditions. EOD provides access to digitized documents strictly for personal, non-commercial purposes.
Terms and Conditions in English: http://books2ebooks.eu/odm/html/ubw/en/agb.html
Terms and Conditions in German: http://books2ebooks.eu/odm/html/ubw/de/agb.html

More eBooks

More eBooks are available at http://books2ebooks.eu

BIBLIOTHEK F. RECHTSWISS.

Ö. Civ. R.

-ität Wien

K19
b 4.X 17
Ö. Civ. R.

System

des

österreichischen allgemeinen Privatrechts

von

Dr. Josef Krainz,
ordentlichem Professor der Rechte in Prag.

Aus dessen Nachlaß herausgegeben und redigiert

von

Prof. Dr. L. Pfaff.

Vollständig umgearbeitet

von

Dr. Armin Ehrenzweig,
Professor in Graz.

Fünfte Auflage.

Zweiter Band:

Zweite Hälfte: Familien- und Erbrecht.

Fak. Bibl. f. Rechtswiss. Univ. Wien

RECHTSWISSENSCHAFTLICHES SEMINAR

1703/21

Ö. Civ. R.

Wien, 1917.

Manzsche k. u. k. Hof-, Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.
I, Kohlmarkt 20.

Das Recht der Übersetzung in andere Sprachen wird vorbehalten.

Buchdruckerei der Manzschen k. u. k. Hof-, Verlags- und Universitäts-Buchhandlung in Wien.

Inhaltsverzeichnis.

Drittes Buch: Das Familienrecht. Seite

Einleitung: Die Familie § 422 1

Erstes Hauptstück: Das Eherecht.
Geschichtliches § 423 5

Erste Abteilung: Entstehung und Endigung der Ehe.

Erster Abschnitt: Die Eheschließung.
A. Wesen der Eheschließung. Verlöbnis § 424 10
B. Voraussetzungen der Eheschließung.
1. Allgemeines: Ehehindernisse § 424 a. 2. Persönliche Fähigkeit § 425. 3. Erlaubtheit der Ehe. a) Trennende Hindernisse § 426. b) Eheverbote § 427. 4. Wahre Einwilligung § 428 . . . 15
C. Form der Eheschließung § 429 48
D. Wegfall der Ehehindernisse § 430 55
E. Nichtigkeit und Nichtigkeitsprozeß § 431 60

Zweiter Abschnitt: Scheidung und Auflösung der Ehe.
A. Scheidung von Tisch und Bett § 432 71
B. Auflösung der Ehe § 433 83

Zweite Abteilung: Rechtliche Wirkungen der Ehe.
I. Persönliche Wirkungen § 434 94
II. Das eheliche Güterecht.
Einleitung: Ehepakten und gesetzlicher Güterstand § 435 . . . 100

Erster Abschnitt: Vermögensverhältnisse während der Ehe.
A. Unterhaltspflicht § 436 109
B. Gütergemeinschaft § 437 113
C. Heiratsgut. 1. Begriff. Gegenstand. Bestellung § 438. 2. Rechtsverhältnis während und nach der Ehe § 439. 118
D. Verwaltung des freien Vermögens § 440 128
E. Morgengabe § 441 132

Zweiter Abschnitt: Rechtsverhältnisse nach Auflösung der Ehe.
A. Gesetzliche Unterhaltsansprüche § 442 134
B. Witwengehalt § 443 140
C. Widerlage § 444 141
D. Fruchtnießung auf den Todesfall (Advitalitätsrecht) § 445 . 143
E. Gütergemeinschaft auf den Todesfall § 446 145

Dritter Abschnitt: Aufhebung und Zerfall der Ehepakten § 447 . . 152

Vierter Abschnitt: Einfluß des Konkurses § 448 154

Seite

Zweites Hauptstück: Eltern und Kinder.

Erster Abschnitt: Eheliche Geburt. Legitimation. Kindesannahme.

A. Eheliche Geburt. 1. Allgemeines § 449. 2. Vermutung der Ehelichkeit oder Unehelichkeit § 450. Widerlegung dieser Vermutungen § 451 155
B. Legitimation § 452 170
C. Kindesannahme § 453 179
D. Übernahme in die Pflege § 454 185

Zweiter Abschnitt: Rechtsverhältnisse der ehelichen und der ihnen gleichgestellten Kinder.

A. Rechte der Kinder. 1. Im allgemeinen. Erziehung und Unterhalt § 455. 2 Ausstattung § 456 187
B. Elternrechte. Elterliche Gewalt § 457 197
C. Väterliche Gewalt. 1. Inhalt § 458. 2. Beschränkung, Ruhen, Erlöschung § 459 200

Dritter Abschnitt: Uneheliche Kinder.

A. Die Vaterschaft § 460 213
B. Rechte des Kindes § 461 220
C. Rechte der Mutter gegen den Vater. Rechte der Eltern gegen das Kind § 462 230

Vierter Abschnitt: Verfahren § 463 231

Drittes Hauptstück: Vormundschaft und Pflegschaft.

Einleitung: Die beteiligten Personen und Behörden § 464 . . 236

Erste Abteilung: Vormundschaft.

Erster Abschnitt: Begründung der Vormundschaft.

1. Anordnung der Vormundschaft. Private und amtliche Vormundschaft § 465. 2. Tauglichkeit des Vormundes § 466. 3. Berufung § 467. 4. Bestellung. Verbindlichkeit zur Übernahme § 468 239

Zweiter Abschnitt: Führung der Vormundschaft.

1. Aufgaben des Vormundschaftsgerichtes § 469. 2. Pflichten des Vormundes. a) Sorge für die Person und für das Vermögen des Mündels § 470. b) Vertretung § 471. c) Rechnungslegung § 472. 3. Mehrere Vormünder. Der Mitvormund im engeren Sinne § 473. 4. Ansprüche des Vormundes § 474. 248

Dritter Abschnitt: Ende der Vormundschaft § 475 266

Zweite Abteilung: Pflegschaft.

1. Entmündigung § 476. 2. Andere Fälle der Pflegschaft § 477. 3. Anwendung der Bestimmungen über die Vormundschaft auf die Pflegschaft § 478 271
Anhang: Vorwirtschaft § 479 289

Viertes Buch: Das Erbrecht.

Erstes Hauptstück: Der Nachlaß.

1. Einleitung § 480. 2. Der ruhende Nachlaß § 481 . . . 292

Seite

Zweites Hauptstück: Der Erbgang.

I. Der Anfall und dessen Bedingungen.

A. Dasein zur Zeit des Anfalles § 482 302
B. Erbfähigkeit § 483 305
C. Berufung zur Erbfolge. Berufungsgründe. Erbverzicht. Negatives Testament § 484 312

1. Die gesetzliche Erbfolge und das Heimfallsrecht.

Erster Abschnitt: Die regelmäßige gesetzliche Erbfolge.
1. Die Verwandtenerbfolge im allgemeinen § 485. 2. Die einzelnen Linien § 486. 3. Legitimation, uneheliche und Wahlverwandtschaft § 487. 4. Erbrecht des Ehegatten § 488 . . 317

Zweiter Abschnitt: Bäuerliches und kirchliches Erbrecht.
1. Bäuerliches Erbrecht § 489. 2. Erbrecht der Kirche und der Versorgungsanstalten § 490 328

Dritter Abschnitt: Heimfallsrecht § 491 337

2. Die testamentarische Erbfolge.

Erster Abschnitt: Allgemeines (Zweck, Begriff, höchstpersönliche Natur) § 492 340

Zweiter Abschnitt: Testierfähigkeit § 493 342

Dritter Abschnitt: Willensmängel. Ungewollte Übergehung von Kindern § 494 346

Vierter Abschnitt: Auslegung. Bestimmung der Erbteile. Anwachsungs- und Eintrittsrecht § 495 351

Fünfter Abschnitt: Die Testamentsformen.
1. Im allgemeinen § 496. 2. Private letztwillige Erklärungen. a) Nichtbegünstigte. α) Eigenhändiges und fremdhändiges Testament. § 497. β) Mündliches Testament § 498. b) Begünstigte Testamente § 499. 3. Öffentliche Testamente § 500. 4. Gemeinschaftliche Testamente § 501 357

Sechster Abschnitt: Bedingung, Befristung, Auflage § 502 378

Siebenter Abschnitt: Ersatz- und Nacherbschaft.
a) Ersatzerbschaft (gemeine Substitution) § 503. b) Nacherbschaft (fideikommissarische Substitution) § 504 384

Achter Abschnitt: Aufhebung letztwilliger Anordnungen § 505 . . . 398

Neunter Abschnitt: Testamentsvollstrecker § 506 404

Zehnter Abschnitt: Außerordentliches Erbrecht der Vermächtnisnehmer und der Miterben § 507 407

3. Der Erbvertrag. § 508 408

II. Erwerb der Erbschaft.

A. Die Erbserklärung § 509 416
B. Die Ausschlagung § 510 427
C. Die Einantwortung § 511 428

Seite

Drittes Hauptstück: Rechtliche Stellung des Erben.

Erster Abschnitt: Miterbenverhältnis.

I. Erbengemeinschaft und Erbteilung § 512 431
II. Anrechnungspflicht § 513 434

Zweiter Abschnitt: Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten.

I. Allgemeines § 514 443
II. Inventar und Gläubigereinberufung § 515 447
III. Absonderung der Verlassenschaft § 516 453

Dritter Abschnitt: Vermächtnis und Schenkung auf den Todesfall.

I. Das Vermächtnis.

A. Rechtliche Natur. Gegenstand. Beteiligte Personen § 517 . . 456
B. Erwerb der Vermächtnisforderung § 518 460
C. Inhalt des Vermächtnisses. 1. Allgemeine Regeln § 519. 2. Besondere Fälle § 520 462
D. Person des Vermächtnisnehmers § 521 474
E. Fälligkeit des Vermächtnisses § 522 476
F. Erfüllung (Übergabe) und Lasten des Vermächtnisses § 523 . 478
G. Sicherstellung des Vermächtnisses § 524 480

II. Die Schenkung auf den Todesfall.

A. Die unwiderrufliche § 525 482
B. Die widerrufliche § 526 488

Vierter Abschnitt: Pflichtteilsrecht.

I. Wesen des Pflichtteilsrechtes. Die Pflichtteilsberechtigten § 527 490
II. Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsanspruch § 528 494
III. Die Enterbung § 529 500
IV. Bestimmung des Pflichtteils § 530 503
V. Pflichtteilserhöhung wegen Schenkungen § 531 509

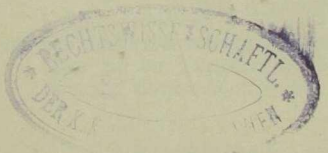
Fünfter Abschnitt: Rechte der eigenen Gläubiger des Erben § 532 . 517

Sechster Abschnitt: Veräußerung der Erbschaft § 533 519

Viertes Hauptstück: Schutz des Erbrechtes.

I Die Verlassenschaftsabhandlung § 534 523
II. Die Erbschaftsklage § 535 535

Sachregister 537



Drittes Buch: Das Familienrecht.[1])

Einleitung.

§ 422.

Die Familie.[2])

I. Der Ausdruck „Familie" ist vieldeutig. Er bezeichnet durch Ehe und Verwandtschaft verbundene Gruppen verschiedenen Umfanges.

1. Nach § 40 ABGB. ist die Familie die Gesamtheit der Verwandten eines Einzelnen: „Unter Familie werden die Stammeltern mit allen ihren Nachkommen verstanden. Die Verbindung zwischen diesen Personen wird Verwandtschaft . . . . genannt." Dies ist die Sippe. Sie steht in der Mitte zwischen der engeren Familie (Hausgemeinschaft) und dem Staate. Eine wechselvolle Geschichte liegt hinter ihr. Wenig hat die Sippe auf den untersten Stufen der Kultur zu bedeuten, wo eine spärliche Bevölkerung in weitzerstreuten Einzelfamilien ein kärgliches Dasein fristet. Hingegen treten bei ansässigen, Ackerbau treibenden Völkern mächtige Verbände auf, die sich durch Blutsverwandtschaft geeint glauben und gemeinsame Ahnen verehren (Gentes, Clans usf.); sie sind wohl aus der Verschmelzung verschiedener Sippen hervorgegangen. Über die Zugehörigkeit des Einzelnen entscheidet entweder — wie durchwegs bei den Indogermanen[3]) — das väterliche Blut (Vatersippe) oder — wie z. B. bei vielen indianischen Völkern[4]) — das mütterliche (Muttersippe).[5]) Die Sippe vereinigt ihre Mitglieder zu gemeinsamer Fehde,

[1]) J. Freih. v. Anders, Das Familienrecht 1887, Derf., Grundriß des Familienrechtes 2. Aufl. 1911, Krasnopolski, Lehrbuch Bd. 4 1911. — Deutfches Recht: Klofsowski in der NotZ. 1906 Nr. 21—41, Enneccerus, Lehrbuch II 2 (Familienrecht von Kipp und Wolff) 1914. — Gebhard, Ruffifches Familien- und Erbrecht 1910. — v. Kaurimsky, Über das Ehe- und Familienrecht der Mohammedaner 1914.

[2]) Schiffner, ZivR. § 49, Krasnopolski IV § 1, F. Hofmann, Verwandtschaft und Familie, Vortrag 1891, Schroeder, Das Recht der geschlechtlichen Ordnung 1893, E. Grosse, Die Formen der Familie und die Formen der Wirtschaft 1896, E. Gothein, Art. „Familie" im HWB. der Staatswiffenschaften.

[3]) Vgl. Schrader, Reallexikon, S. 776, Derf., Die Indogermanen (1911) S. 76.

[4]) Vgl. Morgan, Die Urgefellschaft S. 52 ff. (über die irokefifche Gens).

[5]) E. Grosse a. a. O. S. 11.

zu gemeinsamem Kulte und in weitem Umfange auch zu gemeinsamer Wirtschaft. Allmählich aber reift der Staat heran, er kann nur auf Kosten der Sippe erstarken.[6]) Ihr Gefüge lockert sich. In immer steigendem Umfange übernimmt der Staat ihre Aufgaben. Sie wird wieder zu einem engeren, nach der Nähe der Verwandtschaft abgestuften Kreise ohne Organisation. Der Gegensatz zwischen Agnation und bloßer Kognation (Vatersippe und Muttersippe) schwindet. Am längsten bleiben Vormundschaft und Erbrecht diesem losen Verwandtenkreise gewahrt. Doch auch hier drängt der Staat die Sippe zurück. Wir können diese Entwicklung verfolgen bis auf den heutigen Tag. Noch die Teilnovelle vom 12. Oktober 1914 bringt einen Schritt in gleicher Richtung, indem sie das gesetzliche Erbrecht der ehelichen Verwandten zu Gunsten des Staates beschränkt.

2. Hingegen behält die engere Familie dauernd ihre Bedeutung als Grundlage unseres gesellschaftlichen Lebens. Von ihr spricht § 44: „Die Familienverhältnisse werden durch den Ehevertrag gegründet." Und § 91 bezeichnet als ihr Haupt den Mann. Die Familie in diesem Sinne besteht aus den Ehegatten und den ihrer Gewalt unterworfenen Kindern.

Auch die engere Familie hat eine lange Geschichte, auch sie lockert sich allmählich, aber es ist nicht das Interesse des Staates, sondern das des Einzelnen, das am Familienbande rüttelt. Bei vielen (auch bei den indogermanischen) Völkern bestand einst die Großfamilie[7]), die unter der Gewalt des Familienvaters in gemeinsamem Haushalte Frau und Kinder und Schwiegertöchter, Enkel und Urenkel vereinigt.[8]) Ihr entziehen sich die erwachsenen Söhne, indem sie eigene Sonderfamilien gründen. Der Frau gelingt es im Laufe der Zeit immer mehr, die ehemännliche Gewalt abzuschütteln, um als gleichberechtigte Genossin an die Seite des Mannes zu treten. Das Eheband selbst wird schwächer, seine Lösung immer leichter. Auch die wachsende Fürsorge für die unehelich Geborenen tut der auf die Ehe gegründeten Familie Eintrag. Immerhin bieten Gesetz und Glaube, Sitte und Gewohnheit ihr heute noch einen mächtigen Halt.

II. Mit der Ermittlung der Verwandtschaftsverhältnisse befaßt sich die Genealogie.[9]) Stammtafeln stellen die Nachkommenschaft, Ahnentafeln die Vorfahren einer Person dar. Der Stammbaum gibt der Stammtafel die Gestalt eines Baumes.[10])

Vorfahren und Nachkommen sind miteinander in gerader Linie verwandt. Jene bilden die aufsteigende, diese die absteigende Linie. Nach § 42 ABGB. werden unter dem Namen Eltern in der Regel alle Verwandten der aufsteigenden und unter dem Namen Kinder alle Ver-

[6]) Lamprecht, Deutsche Geschichte Bd. 2 S. 176, v. Amira, Grundriß des german. R. § 55.

[7]) E. Grosse S. 10.

[8]) Vgl. z. B. Jolly, Recht und Sitte S. 77.

[9]) O. Lorenz, Lehrbuch der Genealogie 1898, E. Devrient, Familienforschung 1911.

[10]) Er erscheint gelegentlich schon bei den Römern und ist durch Johannes Andreä († 1348) allgemein bekannt geworden. E. Devrient S. 4, O. Lorenz S. 95.

wandten der absteigenden Linie verstanden; doch greift dieser Sprachgebrauch, wie das Gesetz selbst andeutet („in der Regel"), nicht durch.[11])

Die übrigen Verwandten stehen in der Seitenlinie (Seitenverwandte). Sie sind vollbürtige Verwandte, wenn ihre Verwandtschaft durch ein Stammelternpaar, halbbürtige, wenn sie durch einen einzelnen Vorfahren vermittelt wird. Halbbrüder stammen also von demselben Vater und verschiedenen Müttern oder von derselben Mutter und verschiedenen Vätern.

Den Grad der Verwandtschaft bestimmt § 41 nach der Zahl der Zeugungen („tot sunt gradus quot generationes"). Das ist die römische Zählweise;[12]) bei Zwillingen müssen selbstverständlich zwei Zeugungsakte angenommen werden.[13]) Der Verwandtschaftsgrad kommt für die gesetzliche Erbfolge nicht in Betracht, wohl aber gelegentlich für die Fideikommißerbfolge und für das Anerbenrecht, ferner für die Berufung zur Vormundschaft, für das Gebührenrecht usf.

Ehelich oder unehelich ist die Verwandtschaft, je nachdem sie durchaus auf ehelicher Abstammung beruht oder nicht.[14]) Dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuche gelten das uneheliche Kind und dessen Vater nicht als verwandt. Das liegt dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche ferne; doch beschränkt es gelegentlich den Ausdruck „Familie" auf die eheliche Nachkommenschaft.[15])

Schwägerschaft ist nach § 40 die Verbindung, die zwischen einem Ehegatten und den Verwandten des anderen entsteht. Die Schwägerschaft wird also begründet durch die Ehe, nicht wie im kanonischen Rechte durch den geschlechtlichen Verkehr. Sie dauert auch nach der Auflösung der Ehe fort:[16]) der Schwiegersohn bleibt auch nach dem Tode der Tochter Schwiegersohn.[17]) Die Schwägerschaft wird vermittelt durch die Verwandtschaft mit dem Ehegatten. „In welcher Linie und in welchem Grade jemand mit dem einen Ehegatten verwandt ist, in eben der Linie

[11]) „Eltern" bezeichnet nur den Vater und die Mutter z. B. in §§ 65, 80, 140, 144, 160—162, 1220, 1221 u. a., „Kinder" nur Sohn und Tochter in §§ 28, 44, 150—152, 185, 700, 954 u. a., anderseits „Großeltern" auch die entfernteren Vorfahren in §§ 143, 763, 1220, 1221. Vgl. auch Entsch. Slg. Nr. 15.753 („Enkel").

[12]) Die kanonische Berechnung, obwohl auf altdeutscher Zählweise beruhend, ist dem österreichischen und dem heutigen deutschen Rechte fremd. Vgl. v. Scherer, Kirchenrecht II S. 296 ff. Die biologische Rechnung (nach der Masse des gemeinsamen „Erbgutes") kommt für die Rechtsordnung nicht in Betracht. Darüber H. Freudenthal Zeitschr. für Ethnologie 48 (1916) S. 25.

[13]) Das DBGB. spricht nicht (wie noch der erste Entwurf) von Zeugungen, sondern von Geburten. Im folgt das Schweiz. GB. Sachlich besteht kein Unterschied.

[14]) Schiffner S. 147.

[15]) §§ 44, 161; vgl. hiezu die alte Fassung des § 165.

[16]) So ausdrücklich § 189 MilStPO. DBGB. § 1590, Schweizer ZGB. Art. 21. KassHE. v. 14. Sept. 1915 Nr. 4249 (Befreiung der Verschwägerten vom Zeugnisse auch nach der Trennung der Ehe), Entsch. Slg. XVI Nr. 6635 (Unfähigkeit zum Testamentszeugnisse selbst nach der Wiederverehelichung).

[17]) Es gilt nicht der Satz: „Morte ma fille, mort mon gendre."

und in eben dem Grade ist er mit dem andern Ehegatten verschwägert" (§ 41). Danach besteht Schwägerschaft ersten Grades sowohl zwischen Schwiegereltern und Schwiegerkindern, als auch zwischen Stiefeltern und Stiefkindern. Dort handelt es sich um das Verhältnis des einen Ehegatten zu den Eltern, hier um dessen Verhältnis zu den Kindern des andern. Uneheliche Verwandtschaft vermittelt uneheliche Schwägerschaft: der uneheliche Sohn der Frau ist unehelicher Stiefsohn des Mannes.[18]) Zwischen einem Ehegatten und den Verschwägerten des andern besteht keine Schwägerschaft.[19]) Ebensowenig zwischen den Verwandten des einen und den Verwandten des andern Ehegatten, also auch nicht zwischen sogenannten Stiefgeschwistern, d. h. zwischen den Kindern des einen und denen des andern Ehegatten. Mit ihnen sind die bereits erwähnten Halbgeschwister nicht zu verwechseln, die der allgemeine Sprachgebrauch gleichfalls Stiefgeschwister nennt, nämlich Kinder aus verschiedenen Ehen, die einen Elternteil miteinander gemein haben; zwischen ihnen besteht halbbürtige Verwandtschaft.[20])

Die Schwägerschaft ist ein Familienverhältnis von untergeordneter Bedeutung. Sie begründet weder Unterhaltsansprüche[20a]) noch erbrechtliche Ansprüche, wird aber in anderen Beziehungen der Verwandtschaft gleichgestellt, z. B. als Ehehindernis (§§ 66, 125), beim Testamentszeugnisse (§§ 594, 595), im Prozesse (§ 20 JN., § 321 ZPO., § 152 StPO.), im Strafrechte (§§ 216, 495, 501 StG.), im Gebührenrechte (Anm. 4 zu Post 1 und 2 des Tarifes der KaisV. vom 15. September 1915, Nr. 278) und sonst.

III. Das Familienrecht befaßt sich mit den Familienverhältnissen, vor allem also mit Ehe und Verwandtschaft. Nach altem Brauche schließt sich die Vormundschaft an, denn der Vormund soll den Vater ersetzen, Vater und Vormund stehen vielfach unter gleichen Regeln. Der Vormundschaft ist die Pflegschaft (Kuratel) nachgebildet. Auch sie wird im Familienrechte behandelt. Hingegen wird das Gesindeverhältnis, das noch im westgalizischen Gesetzbuche zum Familienrechte gestellt war, dem Rechte der Schuldverhältnisse eingefügt (§ 1172); das Gesinde zählt nicht mehr zur Familie.[21])

Ob es Familienrechte im subjektiven Sinne gebe und wie sie sich von den Sachenrechten und den Forderungsrechten unterscheiden, das war eine Frage, für die man sich in der Blütezeit der Begriffsjurisprudenz lebhaft interessierte.[22]) Krainz behandelte sie eingehend.[23]) Ihm waren

[18]) Fried in der NotZ. 1907 Nr. 35, Reich NotHdb. S. 382.

[19]) Affinitas secundi generis des kanonischen Rechtes, τριγενεια der Griechen. — § 32 KO. (§ 4 AnfO.) rechnet die Verschwägerten des einen Ehegatten zu den nahen Angehörigen des anderen, oben § 409 Note 28.

[20]) Kipp, Lehrbuch § 96.

[20a]) Anders nach §§ 161, 1558 ung. Entw.

[21]) Ofner, Prot. I S. 212.

[22]) Vgl. über die mannigfaltigen Meinungen H. Nawiasky, Forderungs- und Gewaltverhältnis in der Festschr. f. Zitelmann 1913.

[23]) In § 27 der älteren Auflagen.

die ehemännliche, die väterliche und die elterliche Gewalt „wahre subjektive Rechte", und zwar Familienrechte, von den Forderungsrechten geschieden durch die in der Leitungs- und Vollstreckungsbefugnis liegende Überordnung des Berechtigten und durch die von Staats wegen bestehende Verpflichtung, das Familienrecht auszuüben. Indessen besteht heutzutage zwischen den Ehegatten kein Gewaltverhältnis, sondern wechselseitige Rechte und Verbindlichkeiten (§ 44). Den Rechten der Eltern stehen Rechte der Kinder gegenüber.[24]) Kein scharfer, begrifflicher Gegensatz trennt diese Familienrechte von den Forderungsrechten. Wenn die Familienrechte den Verpflichteten fester und dauerhafter binden als die Forderungsrechte und wenn ihre Ausübung in höherem Maße der Willkür entrückt ist[25]), so ist das eben nur ein Unterschied des Grades oder Maßes.[26]) Auch die Schuldverhältnisse binden mit sehr verschiedener Kraft die Person des Schuldners und manche sind von den Familienverhältnissen nur durch eine unsichere Linie geschieden. Daß das Gesinderecht früher zum Familienrechte gestellt worden ist, ist oben erwähnt worden, und den Lehrling unterwirft das Gesetz heute noch „der väterlichen Zucht des Lehrherrn, dessen Schutz und Obsorge er genießt".[27])

Erstes Hauptstück: Das Eherecht.[1])

§ 423.

Geschichtliches.

I. Es ist ein naheliegender Einfall, die Geschichte der Ehe mit Vermutungen über einen Zustand zu beginnen, wo der geschlechtliche Verkehr jeder Ordnung entbehrte. Die Vorstellung eines solchen Zu-

[24]) Gegenseitigkeit der Familienrechte. Gierke, Privatrecht I § 29 Anm. 12.

[25]) So v. Tuhr, Allg. Teil I S. 145.

[26]) Nawiasky a. a. O. S. 30 f.

[27]) § 99b GewO. Vgl. auch Art. 331 Schweiz. ZGB. über die Hausgewalt. Nawiasky S. 35.

[1]) Dolliner, Österr. Eherecht 1835 und 1848, Michel, Beiträge zur Geschichte der österr. Eherechts, Graz 1870, 1871, 2 Hefte, E. Rittner, Das Eherecht bei den Zivilisten, in Grünhuts Zeitschr. II S. 497 ff., Derš., Österr. Eherecht, Leipzig 1876, H. Singer, Beiträge zum österr. Eherecht, in der GZ. 1877 Nr. 77—84, Maaßen (Vortrag), Unser Eherecht und das Staatsgrundgesetz, Graz (1878, vgl. GH. 1878 Nr. 5 ff., JBl. 1878 Nr. 3), v. Anders, Familienrecht § 4 ff., Derš., Grundriß 2. Aufl. 1911 § 1 ff., v. Neumann-Ettenreich, Das österreichische Eherecht 1913, Junker und Fuchs, Rechtsprechung des OGH. in Eheungültigkeitssachen 1916. — Kutschker, Das Eherecht der katholischen Kirche nach seiner Theorie und Praxis, 5 Bde. Wien 1856 ff., v. Scherer, Handb. des Kirchenrechts II (1898) § 107 ff., Sägmüller, Lehrbuch des kath. Kirchenrechtes, 3. Aufl. 1914 § 122 ff., J. B. Haring, Grundzüge des kath. Kirchenrechtes, 2. Aufl. 1916, M. Leitner, Lehrb. des kath. Eherechtes, 2. Aufl. 1912, Schnitzer, Kath. Eherecht 1988, Porzer, Unser Ehegesetz und das kanonische Recht JBl. 1910 Nr. 40. Kuzmány, Handb. des allgemeinen und österr. evangelisch-protestantischen Eherechtes 1860, Zhishman, Das Eherecht der orientalischen Kirche, Wien 1864, Milasch,

standes, des „Hetärismus“[2]) oder der „Promiskuität“[3]), müßte an Wahrscheinlichkeit gewinnen, wenn wenigstens eine Zwischenstufe nachweisbar wäre, geeignet, von jener tierischen Zügellosigkeit zu der strengen Zucht der Ehe hinüberzuleiten. Eine solche Zwischenstufe wollen manche in der „Gruppenehe“ gefunden haben. Sämtliche Männer einer Gruppe („Totem“) sollen mit sämtlichen Weibern einer anderen Gruppe verheiratet gewesen sein.[4]) Man schließt dies, wunderlich genug, aus gewissen, bei Indianern und Australiern üblichen Verwandtschaftsbezeichnungen, die nach Morgan nur als Überreste aus einer Zeit der Gruppenehe sich erklären lassen.[5]) Tatsächlich ist bei keinem Volke der Erde die Gruppenehe als eine auch nur einigermaßen verbreitete Übung anzutreffen, von der vollen Promiskuität gar nicht zu reden.[6]) Andrerseits fehlt es selbst unter den tiefststehenden wilden Völkern nicht an Beispielen einer streng monogamischen Ehe.[7]) Es ist gerade die steigende Kultur, die mit der Ungleichheit des Besitzes die Neigung zur Vielweiberei hervorruft. Die viel seltenere Vielmännerei[8]) ist allerdings eher eine Frucht der Armut: wo die Frauen wenig zahlreich sind und hoch im Preise stehen, da müssen mehrere Männer — gewöhnlich Brüder — mit einer einzigen Frau vorlieb nehmen. Auch das kommt

---

Kirchenrecht der morgenländischen Kirche, 2. Aufl. 1905 S. 576 ff. Duschak, Das mosaisch-talmudische Eherecht 1864, Grosse, Eherecht der Juden in Österreich 1838, v. Kaurimsky, Eherecht und Familienrecht der Mohammedaner 1914 S. 3 ff. — Roguin, Traité de droit civil comparé: le mariage 1904, Leske und Löwenfeld, Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehre IV: Das Eherecht der europäischen Staaten, bearbeitet von J. Hahn 1904 (von Krasnopolski-Kafka IV S. 6 irrtümlich als ein besonderes Werk angeführt), Wahrmund, Ehe und Eherecht 1906, Bachrach, Österr.-ung. Eherecht 1912, Fr. Back, Das ungarische Ehegesetz 2. Aufl. 1910, Putz, Eheschließungs- und Ehelösungsrecht in Ungarn in der NotZ. 1906 Nr. 48 ff. Neustadt, Eherecht 1910 S. 141 ff. (deutsches Recht), Forrer, Rassehygiene und Ehegesetzgebung im Schweiz. ZGB. 1914, M. Pappenheim, Nordische Ehegesetzgebung in der Festschr. für Klein S. 449 ff., v. Neumann-Ettenreich, Das neue portugiesische Eherecht GZ. 1913 Nr. 25, Gelbert, Das bulgarische Ehegesetz JBl. 1914 Nr. 96.

[2]) Bachofen, Das Mutterrecht 1861.

[3]) Morgan, Die Urgesellschaft (Ancient Society) 1877, deutsche Übersetzung 2. Aufl. 1908.

[4]) Vgl. z. B. Kohler in seiner Enzyklopädie 2. Aufl. I S. 26 f.

[5]) Das klassifizierende Verwandtschaftssystem. Morgan Systems of consanguinity and affinity 1871. Kohler, Zur Urgeschichte der Ehe (Totemismus, Gruppenehe, Mutterrecht) in der Zeitschr. für vgl. Rechtswissensch. Bd. 12 (1897) S. 187 ff.

[6]) Westermarck, Geschichte der menschlichen Ehe, deutsche Ausgabe 1893. Dazu Leitner, Kath. Eherecht S. 38 ff., G. E. Howard, A history of matrimonial institutions (3 Bde. 1904) Bd. 1 S. 107 ff.

[7]) Die Weddas auf Ceylon leben in unlösbarer Einzelehe. Sie sagen, daß der Tod allein Mann und Frau trennen kann. Vgl. Westermarck a. a. O. S. 55, Derš., Moralbegriffe II S. 316, Kohler, Zur Urgeschichte S. 196 ff., E. Grosse, Formen der Familie S. 43 f.

[8]) Westermarck, Geschichte S. 457 ff., Howard S. 132 ff., R. Schmidt, Liebe und Ehe in Indien (1904) S. 332 ff., Schnapper-Arndt, Sozialstatistik (1908) S. 459 ff.

vor, daß mehrere Männer *mehrere* Weiber miteinander gemein haben. Aber nichts berechtigt uns, hier die Weiber zu einer Gruppe zusammenzufassen, die mit der Gruppe der Männer verheiratet wäre. Vielmehr tritt das Weib in die Gemeinschaft — die Großfamilie — ein, indem sie *eines* der Familienmitglieder heiratet.[9]) Derartige Verhältnisse müssen nicht — zum mindesten nicht überall — die Vorstufe der Einzelehe gebildet haben; die Entwicklung kann ebensogut den entgegengesetzten Weg eingeschlagen haben.

II. Das Weib wird, wo der Ehemann als sein Eigentümer gilt, gleich einer anderen Ware erworben: es wird geraubt oder gestohlen (*Raubehe*)[10]), bald gegen Barzahlung, bald auf Kredit[11]) gekauft (*Kaufehe*) oder für fortgesetzte Dienstleistungen als Lohn erworben (*Dienstehe*) oder auch frommen Männern als Almosen gegeben.[12])

Zumeist ist es die *Religion*, die das Weib zur Genossin des Mannes erhebt und gegen willkürliche Lösung des ehelichen Bandes in Schutz nimmt. So begründete in Rom[13]) die Konfarreation eine „heilige Ehe" mit Gemeinschaft des Vermögens, eine Ehe, die — wenn wir Dionysius dem Halikarnassier glauben dürfen — unlösbar war.[14]) Wie mit dem Schwinden des alten Glaubens die religiöse Ehe abkam und welcher tiefen Zerrüttung die römische Ehe in der Folge anheimfiel, ist bekannt.

Die christliche Kirche gab der Ehe ihre Weihe zurück und entzog sie als ein Sakrament der Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit des Staates. Erst die Reformation überlieferte das Eherecht aufs neue dem Staate und im 17. Jahrhunderte gab es selbst unter den katholischen Theologen eine Richtung — die gallikanische — die, indem sie das Sakrament der Ehe vom Ehevertrage unterschied, der Zuständigkeit des Staates das Wort redete.

---

[9]) Vgl. *Caesar*, De bello Gallico 5, 14. Auch bei den vielerörterten „Gruppenehen" der Australier ist jede Frau zunächst die Gattin *eines* Mannes, mit den anderen verkehrt sie mit seiner Erlaubnis oder in seiner Abwesenheit. *Westermarck*, Moralbegriffe II S. 320. In diesen Zusammenhang gehört auch das russische snocháčestvo, d. h. der Verkehr des Hausvaters mit den im Hause lebenden Schwiegertöchtern. *O. Schrader*, Die Indogermanen S. 93.

[10]) Übrigens ist der Frauenraub ein Raub wie jeder andere. *Köstler*, Väterliche Ehebewilligung S. 34, *Howard*, History I S. 156 ff. Gegen die Meinung, daß er die Vorstufe der Kaufehe gebildet habe, vgl. *E. Grosse* S. 105.

[11]) Ehe als *Ratengeschäft* in Unjoro (Ostafrika); die bis zur Zahlung der letzten Rate geborenen Kinder bleiben dem Schwiegervater vorbehalten und müssen besonders — mit je einer Kuh — bezahlt werden. *Westermarck*, Geschichte S. 395, *Howard* I S. 190.

[12]) Ehen der Brahmanen: *Jolly*, Recht und Sitte S. 53. — *Auslobung* der Frau als Kampfpreis u. dgl.: ebda. S. 50. *Versteigerung*: Herodot, Hist. I 196, *Howard* I S. 199.

[13]) Im übrigen vgl. *Westermarck* S. 423 ff. Bei den Indern wird die Ehe geradezu als „Sakrament" bezeichnet: *Jolly* § 56, R. *Schmidt*, Liebe und Ehe in Indien S. 297.

[14]) *Karlowa*, Römische Rechtsgeschichte II S. 186.

III. In Österreich wurde diese Lehre im 18. Jahrhundert von der Regierung nachhaltig gefördert, da sie der staatlichen Ehegesetzgebung zur Rechtfertigung dienen mochte. Schon Maria Theresia hatte einzelne eherechtliche Bestimmungen erlassen;[15]) Kaiser Josef II. regelte mit dem Ehepatente vom 16. Januar 1783, JGS. Nr. 117, das gesamte Eherecht und überwies, obwohl er die kirchliche Eheschließungsform beibehielt, die Ehestreitigkeiten der Gerichtsbarkeit des Staates.[16]) Im § 1 dieses Patentes heißt es: „Die Ehe an sich selbst als ein bürgerlicher Vertrag (Kontrakt) betrachtet, wie auch die aus diesem Vertrage herfließenden und den Vertrag-Errichtenden gegeneinander zustehenden bürgerlichen Gerechtsame und Verbindlichkeiten erhalten ihre Wesenheit, Kraft und Bestimmung ganz und allein von unseren landesfürstlichen Gesetzen." Die Bestimmungen des Ehepatentes sind mit manchen Abänderungen und Zusätzen übergegangen zunächst in das Josefinische Gesetzbuch von 1786, dann in das Westgalizische Gesetzbuch von 1797, in das Ehepatent für Salzburg vom 13. April 1808[17]), endlich in das B. G. B. von 1811. Noch einmal verdrängte, für wenige Jahre, den Staat die Kirche: auf Grund des Konkordates (Patent vom 5. November 1855, RGBl. Nr. 195) wurde mit Patent vom 8. Oktober 1856, RGBl. Nr. 185, ein „Gesetz über die Ehen der Katholiken im Kaisertume Österreich" (als Anhang I dieses Patentes) erlassen. Danach sollte es keinem Katholiken erlaubt sein, „sich im Kaisertume Österreich anders zu verehelichen, als mit Beobachtung aller Vorschriften, welche das Kirchengesetz über die Gültigkeit der Ehe aufstellt". Diese Vorschriften sollten aus der vom Kardinal Rauscher verfaßten „Anweisung für die geistlichen Gerichte des Kaisertums Österreich" entnommen werden, die als Anhang II des Patentes vom 8. Oktober 1856 im Reichsgesetzblatte kundgemacht wurde.[18]) Die eherechtlichen Bestimmungen des B. G. B. wurden, soweit sie die Katholiken betreffen, aufgehoben; an die Stelle der staatlichen Gerichtsbarkeit trat die ausschließliche Gerichtsbarkeit der Kirche.[19]) Dieser Rechtszustand ließ sich nach Erlassung der Staatsgrundgesetze (1867) nicht mehr aufrecht halten.[20]) Seit dem Gesetze vom 25. Mai 1868, RGBl. Nr. 47, sind auch die Ehen der Katholiken wieder dem B. G. B. und der staatlichen Gerichtsbarkeit unterworfen. An der kirchlichen Form der Eheschließung hat das Gesetz festgehalten, aber die

[15]) Ehen der Minderjährigen (1753), Offiziersehen (1756). Rittner S. 17 f., Scherer S. 113.

[16]) Das Ehepatent beruht auf einem Entwurfe Hortens. Harrasowsky IV S. 33 ff. (Note); dazu Hock, Der österr. Staatsrat S. 240 ff.

[17]) Darüber Zeiller in der Vorbereitung zur Gesetzkunde III S. 94 ff., Ofner, Prot. II S. 336 ff. (Note).

[18]) Die Anweisung ist dessenungeachtet eine kirchliche Vorschrift und ist als solche bisher nicht aufgehoben worden. Sie ist abgedruckt bei Grießl, Kirchliche Vorschriften in Eheangelegenheiten (1890) S. 1 ff.

[19]) Über die Unterschiede zwischen dem bürgerlichen und dem kirchlichen Eherechte vgl. Kardinal Rauscher, Die Ehe und das zweite Hauptstück des BGB. (1868).

[20]) Freilich steht auch das Eherecht des BGB. mit dem StGG. nicht im

Zivilehe für den Fall gestattet, daß die Kirche ihre Mitwirkung versagt (Notzivilehe). Nach einem Gesetze vom 9. April 1870, Nr. 51, ist sie die regelmäßige Eheschließungsform der Konfessionslosen. Zwei Gesetze vom 31. Dezember 1868 (RGBl. Nr. 3 und 4 für 1869) befreiten die Ehegatten von der Verpflichtung, sich vor der Scheidung wegen der Versöhnungsversuche an den Seelsorger zu wenden, und regelten abweichend vom allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche (§§ 71 und 77) die Schließung von akatholischen und gemischten Ehe im Sinne der Gleichberechtigung der Bekenntnisse. Weiter ist die Gesetzgebung in der Durchführung dieses Programmpunktes nicht gegangen. Was sie geflissentlich versagt, darf die Rechtsprechung nicht im Wege der Auslegung gewähren. Die Meinung, daß diese oder jene Bestimmung unseres Eherechtes durch die Staatsgrundgesetze oder durch die Maigesetze — ungeachtet ihrer Wiederherstellung durch die Maigesetze selbst! — stillschweigend aufgehoben worden sei, wird durch die Geschichte unserer Ehegesetzgebung widerlegt.

IV. Die Reform des österreichischen Eherechtes[21]) bleibt also der Gesetzgebung vorbehalten. In welcher Richtung sie sich vollziehen wird, ist nicht zweifelhaft. Wiederholt hat sich der Reichsrat mit Anträgen befaßt, die entweder die völlige Loslösung des geltenden Eherechtes von seiner konfessionellen Grundlage (obligatorische Zivilehe, Trennbarkeit) oder wenigstens die Aufhebung einzelner, in kirchlichen Anschauungen wurzelnder Bestimmungen verlangten (Ehehindernis der Weihe oder des Gelübdes und der Religionsverschiedenheit, Beurteilung der Trennbarkeit nach dem Zeitpunkte der Eheschließung). In der Erfüllung solcher Forderungen liegt „das Urteil des Gesetzgebers, daß die Relativität und Unstätheit der kulturellen und sozialen Einrichtungen auch die Wurzel der Familie, die Ehe, ergriffen hat".[22]) In der Tat zeigt die geschichtliche Entwicklung der Ehe im In- und Auslande, „daß sich die Steigerung unserer modernen Zivilisation nicht zu Gunsten der Ehe vollzogen hat".[23]) Die Geschichte der Ehe in den letzten Jahrhunderten ist die Geschichte ihrer Lockerung. Der abnehmende Glaube raubt der religiösen Färbung des Gesetzes ihren Wert. Die Scheidungen werden häufiger[24]), häufiger auch die Ehelosigkeit. Der Ehebruch, einst ein Verbrechen, wird milde beurteilt. Die Fruchtbarkeit der Ehen nimmt ab; um so mehr bemüht sich das Gesetz, die Lage der unehelich Geborenen zu verbessern. Die Frau

---

Einklange (vgl. Maaßen, Unser Eherecht und das StGG. 1878), ohne daß darum dessen Verbindlichkeit in Zweifel gezogen werden könnte (a. M. Reis in den JBl. 1905 Nr. 32, 33).

[21]) L. Wahrmund, Dokumente zur Geschichte der Eherechtsreform in Österreich 1908, Derf., Ehe und Eherecht S. 94 ff, Eckardt, Zur Eherechtsreform NotZ. 1908 Nr. 7. Vgl. auch Protokolle der Enquete betr. die Reform des österr. Eherechts 1905, A. Leth, Zur Reform des österr. Eherechtes 1906.

[22]) v. Hussarek in der Festschr. 1811 S. 317.

[23]) Wahrmund, Ehe und Eherecht S. 104.

[24]) In Österreich wurden im Jahr 1900 1504 Ehen geschieden, getrennt oder für nichtig erklärt, im Jahre 1912 aber 3237 — mehr als das Doppelte!

nimmt in steigendem Maße am Erwerbsleben teil. Und rings um die Insel des österreichischen Eherechtes breiten sich freiere Ordnungen aus, die den Reformbestrebungen das Ziel weisen und zugleich dem Wohlhabenden die Mittel bieten, sich dem Drucke unseres Eherechtes zu entziehen.

Erste Abteilung: Entstehung und Endigung der Ehe.

Erster Abschnitt.

Die Eheschließung.

§ 424.

A. Wesen der Eheschließung. Verlöbnis.

I. Die Ehe[1]) ist eine eigenartige, gesetzlich geregelte Verbindung von Mann und Weib. Ob eine solche Verbindung im einzelnen Falle vorliege, ist aus den gesetzlichen Bestimmungen über Entstehung und Endigung der Ehe, nicht aus irgend einer Begriffserklärung zu entnehmen.

Die Eheschließung ist ein Vertrag.[2]) Das Gesetz nennt diesen Vertrag Ehevertrag. Die Vereinbarungen über güterrechtliche Verhältnisse, die das Deutsche BGB. als Eheverträge bezeichnet, heißen bei uns Ehepakten.

„In dem Ehevertrage erklären zwei Personen verschiedenen Geschlechtes gesetzmäßig ihren Willen, in unzertrennlicher Gemeinschaft zu leben, Kinder zu zeugen, sie zu erziehen und sich gegenseitig Beistand zu leisten" (§ 44).

Die vertragschließenden Teile müssen also vor allem von verschiedenem Geschlechte sein, sonst kommt trotz der gesetzmäßigen Erklärung keine Ehe zu stande, auch nicht eine Scheinehe, die erst der richterlichen Nichtigerklärung bedürfte. Das scheint selbstverständlich, wenn man nur den „Hochstapler im Weiberkleid"[3]) ins Auge faßt. Aber es ist nicht selbstverständlich beim Scheinzwitter, dessen wahres Geschlecht sich nur durch Sachverständige und auch durch diese zuweilen erst nach dem Tode feststellen läßt.[4])

Der unabänderliche gesetzliche Inhalt der Eheschließungserklärung umfaßt die drei Güter der Ehe:[5])

[1]) E. Knoll, Der Begriff der Ehe nach heutigem Recht 1913 (darüber Boschan im JurLitBl. 1913 S. 224).

[2]) Die Ehe entsteht durch einen Vertrag. „Die immer wiederkehrende Kontroverse: die Ehe sei ein Vertrag oder sei kein Vertrag, hat eigentlich gar keinen Sinn." Rittner, Eherecht S. 161 Note 1. Vgl. auch Rittner in Grünhuts Zeitschr. II S. 504 ff., aber auch Singer Nr. 77.

[3]) M. Wolff, Lehrbuch § 26.

[4]) E. Wilhelm, Geschlechtsbestimmung der (körperlichen) Zwitter und Standesregister VJSchrGerMed. 48, 260. J. Kratter, Gerichtliche Medizin (1912) S. 139 ff.

[5]) Das Gesetz schließt sich an die kirchliche Lehre von den bona matrimonii (v. Hussarek, Bedingte Eheschließung S. 227 ff.) an, nur ist an die Stelle der Treue die „von vielen Mora-

a) „Unzertrennliche Gemeinschaft." Damit soll nicht, wie im Kirchenrechte, die Möglichkeit einer Trennung, wohl aber die Möglichkeit einer Eheschließung auf Zeit (auf ein Jahr, auf Probe, unter einer auflösenden Bedingung) ausgeschlossen werden.

b) „Kinder zu zeugen, sie zu erziehen." Kein Ehegatte muß es sich gefallen lassen, daß der andere die Empfängnis verhütet. Aber die Ehe zwischen zeugungsunfähigen (unfruchtbaren) Personen ist nicht deshalb allein ungültig.[6])

c) „Sich gegenseitigen Beistand zu leisten." Daraus folgt nicht nur die Unterhaltspflicht des Mannes (§ 91), sondern auch die im Gesetze nicht besonders geregelte Pflicht der Frau, den erwerbsunfähigen Mann zu erhalten.

II. Vorbereitet wird die Eheschließung durch das Verlöbnis, d. h. das wechselseitige Versprechen, sich zu ehelichen.[7]) Seinem Inhalte nach ist es ein Vorvertrag, es hat aber nicht die rechtliche Wirksamkeit eines Vorvertrages.[8]) Von Kaiser Josef II. wurde es mit HfD. vom 30. August 1782, JGS. Nr. 73, für „gänzlich aufgehoben" erklärt, da es weder für den Staat, noch für den einzelnen nützlich, vielmehr für beide in Rücksicht auf die gezwungenen Ehen schädlich sei[9]), und noch § 45 B. G. B. verfügt, daß das Verlöbnis keine rechtliche Wirkung nach sich ziehe, weder zur Schließung der Ehe selbst[10]), noch zur Leistung desjenigen, was auf den Fall des Rücktrittes bedungen worden ist. Die Ausbedingung einer Vertragsstrafe ist also ungültig; ist die Strafe irrtümlich gezahlt worden, so kann sie gemäß § 1431 zurückgefordert werden;[11]) ebendasselbe gilt vom Reugelde. Auch durch ein Angeld

listen und Rechtsgelehrten wenigstens aushilfsweise angenommene gemeinschaftliche Hilfeleistung (commune vitae adiutorium, individua vitae consociatio)" getreten. Zeiller, Nat. Privatrecht § 166 Note.

[6]) Die Naturrechtslehrer legten dem bonum prolis entscheidende Bedeutung bei und wollten die unfruchtbare Ehe nicht als Ehe „im eigentlichen philosophischen Sinne" gelten lassen. Zeiller a. a. O. § 157 Note.

[7]) Stutz, Die Rechtsnatur des Verlöbnisses 1901, Dittenberger, Das Verlöbnisrecht 1901, Zihlmann, Der Verlöbnisbruch 1902, Rittner S. 358 ff., Scherer § 110, Krasnopolski, Der Verlöbnisbruch im österr. Recht, Sonderabdruck aus der GZ. 1904 Nr. 43, 44, 36, 45, Derf., Lehrbuch IV § 3, Dnieſtrzański, Z. L. v. Verlöbnis in Grünhuts Zeitschr. Bd. 33 S. 87 ff.

[8]) Pfaff, Die Klausel S. 131 f., vgl. Krasnopolski, Verlöbnisbruch S. 40 ff., Dnieſtrzański S. 124 f., Till bei Zoll GZ. 1907 Nr. 52. über den Trennungsvorvertrag siehe Entsch. Slg. II Nr. 500.

[9]) Harrasowsky, Entw. Hortens S. 32 Note, Hock, Staatsrat S. 244 f.

[10]) Doch ist der Bruch des Heiratsversprechens im Falle des § 506 StG. (Entehrung) strafbar. Vgl. KassHE. v. 3. Okt. 1899 Slg. Nr. 2393, Scheu, Eine Gefährdung der Freiheit der Eheschließung in den JBl. 1901 Nr. 33, st., Erzwungene Einwilligung zur Ehe in der GH. 1902 Nr. 8, dagegen Wassing ebda. Nr. 10, Replik von st. ebda. Nr. 11.

[11]) Dolliner, Eherecht I S. 8, Stubenrauch I S. 194, Krasnopolski S. 54 f., Dnieſtrzański S. 124; dagegen Unger I S. 192 Note 124, v. Anders, Familienrecht S. 88 (vgl. jedoch dessen Grundriß § 2), Krainz.

kann das Verlöbnis nicht befestigt, das etwa gegebene Angeld also sofort zurückgefordert werden.[12]) Dagegen kann nachträglich — gelegentlich des Rücktrittes — eine Vergütung gültig versprochen werden.[13])

Die Regel des § 45 wird durch § 46 eingeschränkt; danach „bleibt dem Teile, von dessen Seite keine gegründete Ursache zu dem Rücktritte entstanden ist, der Anspruch auf den Ersatz des wirklichen Schadens vorbehalten, welchen er aus diesem Rücktritte zu leiden beweisen kann". Das Verlöbnis ist also ungeachtet des gesetzlich anerkannten Rücktrittsrechtes ein Vertrag. Der Vergleich mit dem Auftrage liegt um so näher, als im Verlöbnisse selbst gleichsam ein wechselseitiger Auftrag liegt, die zur Ehe notwendigen Vorbereitungen zu treffen — freilich auf eigene Rechnung, da der Abschluß der Ehe im beiderseitigen Interesse liegt. Wird die Ehe durch ungegründeten Rücktritt vereitelt, so ist es gewiß nicht unbillig, dem anderen Teile den Anspruch auf Ersatz der Auslagen und des mit dem Verlöbnisse verbundenen Schadens (vgl. § 1014) zu gewähren.[14]) Ist das Verlöbnis ein Vertrag, so kann es wie jeder andere Vertrag ungültig sein wegen Mangels der Handlungsfähigkeit[15]), Unerlaubtheit der Leistung (der abzuschließenden Ehe)[16]), wegen Irrtums usf. § 46 setzt ein gültiges Verlöbnis voraus.[17]) Doch ist dies nicht unbestritten. Viele Schriftsteller vertreten für das deutsche und für das österreichische Recht die „Tatsächlichkeitstheorie". Ihnen ist das Verlöbnis kein Vertrag, sondern eine einfache juristische Tatsache, die erst in Verbindung mit anderen Tatsachen (Rücktritt) rechtliche Wirkungen auslöst.[18]) Diese Konstruktion schafft unnütze Schwierigkeiten; viele Fragen bleiben dabei offen, auf die die Vertragstheorie befriedigende Antwort gibt. Man kann das Verlöbnis sogar geradezu als einen familienrechtlichen Ver-

[12]) J. Schwartz, Kann im Falle eines Rücktrittes vom Eheverlöbnis das gegebene Angeld zurückverlangt werden? in den JBl. 1889 Nr. 35 (vgl. Dens. in der GH. 1890 Nr. 46), Ofner in den JBl. 1889 Nr. 39, Krasnopolski S. 54; a. M. Singer Nr. 79 (III), Stubenrauch 8. Aufl. I S. 109, Krainz.

[13]) Entsch. Slg. Nr. 12.111, I Nr. 118. Vgl. Krasnopolski S. 55.

[14]) Zutreffend bemerkt v. Anders, Grundriß S. 5: „Das Verlöbnis hat nur in Bezug auf Rücktrittsrecht und Ersatzpflicht eine Ähnlichkeit mit einem Mandatsvertrage, ist aber im übrigen wesentlich von demselben verschieden." Es kommt aber im übrigen für das staatliche Recht wenig in Betracht.

[15]) Entsch. Slg. IX Nr. 3544.

[16]) Ungültig ist z. B. die Verlobung, wenn der Eingehung der Ehe das Hindernis des Ehebruches im Wege steht. Entsch. des OLG. Graz in den JBl. 1900 Nr. 7 (Korrespondenz), Dniestrzański S. 145. Vgl. auch Anweisung für die geistlichen Gerichte § 3, Scherer S. 127.

[17]) Dniestrzański S. 128 ff.

[18]) So für das deutsche Recht z. B. Neustadt, Eherecht S. 529 ff., für das österreichische Krasnopolski a. a. O., v. Neumann-Ettenreich, Eherecht S. 163 ff. Vgl. gegen Krasnopolski Dniestrzański a. a. O. Krainz bezeichnet das Verlöbnis als Vorvertrag (vgl. oben bei Note 8), aus welchem eine natürliche Verbindlichkeit entspringe (ähnlich Singer Nr. 79, Dniestrzański S. 106 ff., vgl. auch oben Note 11); andrerseits erscheint ihm der unbegründete Rücktritt nicht als Schuldverletzung, sondern als unerlaubte Handlung (gegen diese der französischen Praxis geläufige Auffassung s. Roguin, Le mariage S. 27).

trag bezeichnen[19]), weil es ein Familienverhältnis, nämlich den Brautstand begründet. Nur hat dieses Verhältnis nach österreichischem Rechte sehr geringe Bedeutung. Zwar sollen nur Verlobte aufgeboten werden (§ 70), aber wenn die Ehe wirklich geschlossen wird, so schadet es nicht, wenn das Aufgebot schon vor der Verlobung erwirkt worden ist. Ebenso verhält es sich mit der Verlobung als Voraussetzung der notariellen Ehepakten (HfD. vom 25. Juni 1817). Prozessuale Bedeutung (Ausschließung des Richters, des Verteidigers usf., Befreiung vom Zeugnisse) hat der Brautstand bisher bloß im Militärstrafprozesse erlangt.[20])

An den Rücktritt knüpft § 46 eine Ersatzpflicht. Sie trifft den grundlos Zurücktretenden, bei begründetem Rücktritte[21]) aber immer denjenigen, auf dessen Seite der Rücktrittsgrund — wenn auch ohne Verschulden[22]) — entstanden ist, mag er selbst oder mag der andere Teil aus diesem Grunde das Verlöbnis gelöst haben.[23])

Zu ersetzen sind vor allem die zur Vorbereitung der Eheschließung und des Ehestandes aufgewendeten Kosten.[24]) Wie bei sonstigen Kostenersatzansprüchen, z. B. im Prozesse[25]), ist nicht vorausgesetzt, daß der Berechtigte die Kosten aus eigenen Mitteln aufgebracht habe. Hat also z. B. — was oft vorkommt — der Vater der Braut die Kosten bestritten, so kann doch die Braut selbst den Ersatzanspruch geltend machen. Ihr bleibt es überlassen, sich mit dem Vater zu verrechnen.[26]) Ebenso kann umgekehrt Ersatz auf Grund des § 46 nur vom andern Verlobten, nicht von seinen Eltern oder anderen Personen, die ihn zum Rücktritte veranlaßt haben, gefordert werden.[27])

Außer den Kosten sind aber auch sonstige Opfer zu vergüten, die um der Ehe willen gebracht werden mußten. Zeiller gedenkt wiederholt[28]) eines Falles, wo dem Provisor einer Apotheke gegen die Apothekerswitwe, die ihm die Ehe versprochen und ihn aufgefordert hatte, seine

[19]) v. Anders, Grundriß S. 4.

[20]) MilStPO. §§ 96, 109, 112, 119, 189, 190, 207, 226 nach dem Vorbilde der ung. StPO. Petschek, Zur Rechtsnatur des Verlöbnisses NotZ. 1913 Nr. 24.

[21]) Über den Rücktritt wegen Tuberkulose vgl. Neubecker ArchBürgR. 31 255.

[22]) Pfaff, Die Klausel S. 272, v. Neumann-Ettenreich S. 165.

[23]) Dagegen Till bei Zoll GZ. 1910 Nr. 52.

[24]) Nach dem Beschlusse der Revisionskommission (1796) sollten nur die in der Aussicht der ehelichen Verbindung gemachten Auslagen (nicht sonstiger Schade) ersetzt werden. Harrasowsky, Entw. Martinis S. 26 f. Note 2, Ofner, Prot. I S. 69. Vgl. den italienischen Cod. civ. Art. 54.

[25]) Vgl. auch den Rechtsfall Entsch. Slg. XV Nr. 5870.

[26]) Oben § 139 II, § 338 IV. Einen unmittelbaren Ersatzanspruch des Vaters (ohne Abtretung oder Anweisung) erkennen an v. Neumann-Ettenreich S. 168, Entsch. Slg. V Nr. 2114, VI Nr. 2498. Dagegen mit Recht Krasnopolski S. 1 ff., v. Anders, Grundriß S. 4. Anders freilich nach dem DBGB. § 1298 und nach dem Schweiz. ZGB. Art. 92.

[27]) Entsch. v. 22. Sept. 1914 JBl. 1914 Nr. 46. Entsch. des deutschen RG. 58 248.

[28]) Prot. I S. 69, Vorbereitung III S. 125.

Stelle zu verlassen[29]), nach dem ungegründeten Rücktritte der Apothekerin nebst den Reisekosten eine angemessene Entschädigung für den Zeitraum zuerkannt worden war, wo er voraussichtlich ohne Erwerb bleiben mußte. Im Hinblicke auf derartige Fälle billigt § 46 nicht bloß die Kosten, sondern auch den „wirklichen Schaden" zu. Auch nach dem deutschen G. B. (§ 1298) ist der Schade zu ersetzen, den der Verlobte dadurch erleidet, daß er in Erwartung der Ehe Maßnahmen hinsichtlich seines Vermögens oder seiner Erwerbsstellung getroffen hat. Ihm wird also nicht bloß die eigentliche Schadloshaltung geleistet[30]), der Ersatz umfaßt vielmehr auch entgangenen Erwerb;[31]) aber er gewährt nie das positive Erfüllungsinteresse (Ersatz für die Vorteile, die die Ehe dem Verlobten geboten hätte), sondern nur das negative Vertragsinteresse (Ersatz des Verlustes, den der Verlobte durch die Verlobung erlitten hat)[32]) und auch dieses nicht durchgreifend (z. B. kein Ersatz für den wegen des Verlöbnisses abgelehnten Heiratsantrag eines Dritten).[33])

Während es für die Ersatzpflicht nach § 46 nur auf die Verursachung, nicht auf Verschulden ankommt, schließt nur Verschulden des Schenkers die Rückforderung der Brautgeschenke aus. Brautgeschenke[34]) sind Geschenke, die ein Verlobter dem andern oder ein dritter dem einen oder dem andern Teile „in Rücksicht auf die künftige Ehe" zusichert (§ 1247). Es ist sehr wohl möglich, nicht nur daß ein Dritter, sondern auch daß ein Verlobter dem andern ein Geschenk macht, das nicht gerade in dieser Rücksicht, also als Brautgeschenk gegeben wird;[35]) je inniger die Beziehungen zwischen den Verlobten sind, je mehr ihnen die Gegenwart bietet, desto weniger wird die Annahme gerechtfertigt sein, daß sie sich nur um der Zukunft willen beschenken. Die eigentlichen Brautgeschenke sind nach Lösung des Verlöbnisses zurückzustellen, so weit etwas davon in Natur oder Werte vorhanden ist.[36]) Ist der Schenker an der Lösung schuld — und das ist vor allem dann der Fall, wenn er grundlos

[29]) Daß eine ausdrückliche Aufforderung vorlag, legte den Ersatzanspruch besonders nahe. Man erkennt leicht, wie eng der Anspruch des Verlobten dem des Beauftragten verwandt ist.

[30]) So (früher) v. Anders, Familienrecht S. 89, Rittner S. 361.

[31]) Entsch. des OGH. in den JBl. 1909 Nr. 43. v. Anders, Grundriß S. 5, v. Neumann-Ettenreich S. 168 u. a.

[32]) Pfaff in Grünhuts Zeitschr. Bd. 2 S. 308 f., Gutachten S. 44 f. Note 132.

[33]) Dnieſtrzański S. 184 ff., Krasnopolski, Lehrb. S. 18; Kommentar der Reichsgerichtsräte zu § 1298 DBGB.

[34]) Dolliner, Eherecht I § 4, Ogonowski, Ehegüterrecht S. 352 ff., Hofmann in Grünhuts Zeitschr. 8 312 ff., Dnieſtrzański ebda. 33 S. 191 ff., Pfaff, Die Klausel S. 116.

[35]) A. M. Ogonowski S. 354; dagegen schon Dolliner in der Zeitschr. f. R. u. St. 1837 2. Bd. S. 17, ferner Hofmann und Dnieſtrzańskia. a. O. Entsch. Slg. IV Nr. 1524. Daß in dieser Unterscheidung ein Vorzug unseres ABGB. liegt, wird von den reichsdeutschen Schriftstellern anerkannt: L. Sternberg ArchBürgR. 39 257.

[36]) Entsch. Slg. IV Nr. 1524. Es sind die Grundsätze vom redlichen oder unredlichen Besitze anzuwenden. Dnieſtrzański S. 206 ff. Vgl. auch Hofmann S. 318 ff., v. Anders, Familienrecht S. 108.

zurücktritt[37]) — so ist ihm die Rückforderung versagt. Das Gesetz will nicht an die schuldhafte Lösung des Verlöbnisses einen Vorteil knüpfen, dem Schenker, den das Geschenk reut, die Möglichkeit bieten, es durch Sprengung des Bundes zurückzugewinnen. Im Streitfalle muß der Beschenkte das Verschulden, nicht der Schenker seine Schuldlosigkeit beweisen.[38]) Nur wenn der Schenker selbst das Verlöbnis gelöst hat, ist es seine Sache, zu beweisen, daß sich hiefür ein triftiger Grund ohne sein Verschulden ergeben habe.[39]) Obwohl nun der schuldige Verlobte die gegebenen Geschenke dem andern Teile belassen muß, bleibt er gemäß der allgemeinen Regel verpflichtet, die erhaltenen zurückzustellen.[40]) Keine Vorsorge trifft das Gesetz für den Fall, daß das Verlöbnis durch den Tod des Schenkers gelöst wird. Der Widerruf der Schenkung durch den Erben verletzt gleichmäßig die Rücksicht auf den Toten und auf den Überlebenden.[41]) Man hat deshalb das Widerrufsrecht für unvererblich erklärt.[42]) Diese Lösung befriedigt jedoch nicht, denn die Erben müßten die empfangenen Geschenke zurückstellen, ohne die gegebenen wieder zu bekommen, der Unglücksfall wäre dem Falle des Verschuldens gleichgestellt. Das A. L. R. (II, 1, § 123) entscheidet folgendermaßen: „Wird die Erfüllung des Ehegelöbnisses durch den Tod des einen Verlobten gehindert, so hat der Überlebende die Wahl, ob er die empfangenen Geschenke behalten oder sie zurückgeben und die seinigen wieder fordern wolle."

B. Voraussetzungen der Eheschließung.

§ 424a.

1. Allgemeines. Ehehindernisse.[1])

I. Eine Ehe darf nur unter bestimmten Voraussetzungen geschlossen werden. Diese Voraussetzungen sind zum großen Teile negativer Art: die Brautleute dürfen nicht bereits verehelicht und nicht mit-

[37]) Hofmann S. 318; so auch nach deutschem Rechte: Wolff, Lehrbuch S. 28. Anders merkwürdigerweise unsere Praxis: Entsch. Slg. Nr. 14.182, XV Nr. 5726. Danach würde das Zuvorkommen entscheiden. Der Schuldige müßte sich beeilen, zurückzutreten.

[38]) Ogonowski S. 359, Hofmann S. 318, v. Anders, FamR. S. 108 Note 13, Grundriß S. 39; a. M. Krasnopolski, Lehrbuch S. 22 (also wenn zwanzig Verwandte Hochzeitsgeschenke gegeben haben und wegen Lösung des Verlöbnisses zurückfordern, soll zunächst jeder seine Schuldlosigkeit beweisen!).

[39]) Entsch. Slg. Nr. 9424, I Nr. 369.

[40]) Anders nur bei Gegengeschenken, die nach ausdrücklicher Vereinbarung oder stillschweigend (kraft einer bestehenden Sitte) als bedungen angesehen werden konnten. § 942. Dolliner, Erläuterung S. 30, Hofmann S. 321.

[41]) Schweiz. ZGB. Art. 94: „Wird das Verlöbnis durch den Tod eines Verlobten aufgelöst, so ist jede Rückforderung ausgeschlossen." Ebenso im Zweifel nach § 1301 DBGB.

[42]) Entsch. Slg. Nr. 4520, Dniestrzański S. 206; dagegen — „ungerne" — Hofmann S. 318, weil es an einem Anhaltspunkte im Gesetze fehle, Schiffner, Ges. Vermächtnisse S. 112, v. Anders, Familienrecht S. 107, v. Neumann-Ettenreich S. 170.

[1]) Rittner in Grünhuts Zeitschr. 2,

einander nahe verwandt sein, sie dürfen nicht Ordensgelübde abgelegt haben usf. Man spricht daher lieber von den Hindernissen, indem man die positiven Tatsachen — nicht ihr Fehlen — zum Gegenstande der juristischen Erörterung macht.[2]) Nach dem Vorbilde des Kirchenrechtes behandelt unser Gesetz aber auch Mängel, die nicht bloß die Voraussetzungen der Eheschließung, sondern diese selbst betreffen (Willensmängel, Formmängel), als Ehehindernisse.

II. Die Ehehindernisse sind entweder trennende oder aufschiebende. Beide Bezeichnungen sind herkömmlich, aber unpassend.

a) Das trennende Ehehindernis führt nicht zur Trennung, sondern zur gerichtlichen Nichtigerklärung der trotzdem geschlossenen Ehe. Je nachdem das Gericht die Ehe von Amts wegen oder nur auf Antrag „des in seinen Rechten Gekränkten" vernichtet, ist das Hindernis ein öffentliches oder ein privates (§ 94).

b) Auch das aufschiebende Ehehindernis (Eheverbot) steht der Abschließung der Ehe entgegen. Die Ehe ist verboten. Wird sie aber trotzdem geschlossen, so ist sie gültig. Das Verbot richtet sich nicht bloß an die Brautleute, sondern auch an das Trauungsorgan, begründet also ein wirkliches Hindernis, über das sich die Brautleute ebensowenig nach Belieben hinwegsetzen können wie über ein Hindernis der ersten Art. Ganz anders verhält es sich, wenn der Staat (oder die Gemeinde) die Eheschließung gewissen Angestellten entweder schlechthin verbietet oder von der Erwirkung einer besonderen Ehebewilligung abhängig macht, ohne daß die Trauungsorgane (wie bei den Militärpersonen) angewiesen wären, ihre Mitwirkung zu verweigern. In solchen Fällen steht der Eheschließung kein Hindernis im Wege, d. h. sie kann ohneweiters stattfinden, nur zieht sie gewisse Nachteile (Dienstverlust) nach sich. Diese Fälle gehören nicht in das Eherecht, sondern in das Dienstrecht. — Die Bezeichnung „aufschiebendes Hindernis" ist irreführend. Das bekannteste kanonische Hindernis dieser Art, das Hindernis der geschlossenen Zeit, erlischt allerdings durch bloßen Zeitablauf ebenso wie das auch dem österreichischen Rechte bekannte Hindernis der Wartezeit. Im allgemeinen aber kann man nur sagen, daß die aufschiebenden Hindernisse der Eheschließung so lange entgegenstehen, bis sie wegfallen, und das gilt genau so auch für die trennenden Hindernisse.

III. Die meisten Ehehindernisse entsprechen wenigstens im ganzen und großen den herrschenden Anschauungen über Recht und Sitte, manche

507 ff. (gegen den Begriff des Ehehindernisses), Ders., Eherecht S. 62 ff., Singer GZ. 1877 Nr. 77, 78, 81, v. Scherer, Kirchenrecht § 114, Grünwald, über Ehehindernisse und deren Einteilung NotZ. 1878 Nr. 21 bis 24, v. Anders, Grundriß § 2, Geller, Grenzen der Anwendbarkeit der kanonischen Ehehindernisse ZBl. 14, 1025, Krasnopolski, Lehrbuch § 4.

[2]) Es handelt sich also regelmäßig nicht um eine „doppelte Negation", wie Wolff, Lehrbuch S. 31 meint, der diese (kanonistische) Art der Darstellung „gekünstelt" findet.

finden in den religiösen Überzeugungen breiter Volksschichten eine immerhin bedeutsame Stütze, einzelne entbehren auch dieser Begründung. Die privaten Hindernisse mildern die schwer empfundene Untrennbarkeit der katholischen Ehe. Aber auch die öffentlichen Hindernisse bieten gelegentlich, als eine zufällige Wohltat des Gesetzes, die Möglichkeit, das Band einer unglücklichen Ehe abzustreifen.[3]) Wo sie sich einer glücklichen Ehe entgegenstellen, da werden sie, wenn möglich, durch Befreiung (Dispensation) aus dem Wege geschafft, nicht selten verleiten sie — gegen die Absicht des Gesetzes — zum Wechsel des Glaubens oder der Staatsbürgerschaft und schließlich tritt nur allzu häufig an die Stelle der verwehrten Ehe eine gleichsam vom Gesetze selbst erzwungene außereheliche Gemeinschaft. Dieser letzte, bedenklichste Erfolg spricht gegen die heutzutage von vielen empfohlene Einführung neuer Hindernisse im vermeintlichen Interesse der Volksgesundheit: das Heiratsalter soll erhöht werden, Trunksucht und Schwindsucht, Fallsucht und Syphilis sollen die Ehe hindern, ihrer Eingehung soll eine ärztliche Untersuchung vorausgehen.[4]) Durch die Aufstellung von öffentlichen Ehehindernissen dieser Art würden zwar die Ehen vermindert werden, aber nicht der Geschlechtsverkehr, um den es sich doch bei alledem eigentlich handelt. Unabweisbar aber ist die Forderung, daß ein Ehegatte nicht in einer irrtümlich geschlossenen Ehe festgehalten werde, die er in Kenntnis der Krankheit und ihrer Folgen niemals abgeschlossen hätte. Das allzu eng abgesteckte Hindernis des Irrtums bedarf daher der Erweiterung. Nach dem schweizerischen Gesetzbuche (Art. 125) ist eine Ehe anfechtbar, wenn dem Gatten eine Krankheit verheimlicht worden ist, die seine eigene Gesundheit oder die der Nachkommen in hohem Maße gefährdet. Noch weiter geht das deutsche BGB. (§ 1333)[5]), und die nordischen Entwürfe verbieten dem gefährlichen Kranken, eine Ehe einzugehen, „ohne daß der andere Teil mit der Krankheit bekannt gemacht ist, und beide Teile von einem Arzte über die Gefahren bei der Krankheit mündlich unterrichtet worden sind".[6]) Nach dem geltenden österreichischen Rechte wäre Abhilfe möglich, wenn eine freie, den heutigen Anschauungen Rechnung tragende Auslegung sich entschlöße, denjenigen, dem der Arzt um seiner Krankheit willen den regelmäßigen geschlechtlichen Verkehr verbieten muß, als unvermögend zur Leistung der ehelichen Pflicht (§ 60) zu behandeln.

[3]) Die Zahl der Nichtigerklärungen ist so gering, das sie als Ersatz für die Trennung nicht entfernt in Betracht kommen. Im Jahre 1912 wurden 39 Ehen vernichtet, darunter 9 wegen Ehebandes, 18 wegen Unvermögens, 3 wegen Irrtums nach § 58 und 3 wegen Geisteskrankheit.

[4]) Einzelne amerikanische Gesetzgebungen haben diesen Weg beschritten. Vgl. Wolff S. 37 Note 37. Nach dem portugiesischen Ehegesetze v. 25. Dez. 1910 hindert eine unheilbare ansteckende oder auf Perversität beruhende Krankheit, wegen deren eine Ehe getrennt worden ist, die Abschließung einer zweiten Ehe. v. Neumann-Ettenreich GZ. 1913 Nr. 25.

[5]) Neubecker im ArchBürgR. 31, 275.

[6]) Pappenheim in der Festschr. f. Klein S. 452.

§ 425.

2. Persönliche Fähigkeit.[1])

1. Wer zur Zeit der Eheschließung in erheblichem Maße geisteskrank oder geistesschwach oder sinnesverwirrt ist (§ 48) und wer zu dieser Zeit voll entmündigt ist (§ 3 EntmO.), kann nicht heiraten.

a) Eine schwere, die Einsicht in die Tragweite der Handlung beeinträchtigende Geisteskrankheit oder Geistesschwäche schließt die Ehe aus, auch wenn der Kranke oder Schwachsinnige nicht oder nur beschränkt entmündigt ist. Die Berücksichtigung der „ganz heiteren Zwischenstunden" ist schon von den Redaktoren abgelehnt worden.[2]) Lichte Augenblicke (Zwischenstunden), wo die Geisteskrankheit blitzartig zu voller Klarheit erhellt ist, gibt es nicht.[3]) Wohl aber gibt es Geisteskrankheiten, die in einzelnen Anfällen auftreten. In den oft jahrelang[4]) anhaltenden freien Zwischenzeiten äußert sich die Krankheit nicht oder doch nicht in dem Maße, daß volle Handlungsunfähigkeit auch ohne Entmündigung anzunehmen wäre. Ein geringerer Grad der Geistesstörung, insbesondere ein gewisses Maß von Schwachsinn, kann zur beschränkten Entmündigung Anlaß geben, ohne doch die Ehe (mit gerichtlicher Bewilligung, unten Z. 3) auszuschließen. Nach der Regierungsvorlage eines Entmündigungsgesetzes von 1907 sollte wegen der Gefahr der Vererbung auch den wegen geringerer Geistesstörung beschränkt Entmündigten die Ehe verwehrt werden. Der Oberste Sanitätsrat empfahl jedoch, „in berücksichtigenswerten Fällen den beschränkt Entmündigten die Eingehung einer Ehe zu gestatten". An sein Gutachten hat sich die Entmündigungsordnung gehalten.[4a])

b) Die volle Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche steht der Ehe im Wege, auch wenn der Ehewerber tatsächlich im Vollbesitze der Geisteskräfte oder doch nur in geringerem Grade gestört ist, also wenn er zu Unrecht voll entmündigt worden ist oder wenn die Entmündigung trotz Besserung oder Heilung nicht umgewandelt oder aufgehoben worden ist. Der voll Entmündigte steht eben auch hinsichtlich der Ehe — ohne Rücksicht auf seinen wirklichen Geisteszustand — einem Kinde gleich. So will es, nach dem Vorbilde des deutschen Rechtes[5]),

[1]) Rittner, Eherecht §§ 8—10, Singer Nr. 78, 81, J. Schwartz in der GH. 1891 Nr. 29, 30, v. Anders, FamR. §§ 5, 6, Scherer S. 172 f., 265 ff., Leitner § 18, Haring §§ 137, 154, Krasnopolski § 5, R. Köstler, Die väterliche Ehebewilligung 1908 (Geschichtliches), A. Hoche, Geisteskrankheit und Ehe in v. Noordens und Kaminers Handb. (1916) S. 798 ff.

[2]) Ofner, Prot. I S. 75, Nippel in Pratobeveras Materialien IV S. 195 ff., Stubenrauch 8. Aufl. I S. 113, v. Anders, Grundriß § 4; dagegen v. Neumann-Ettenreich S. 28.

[3]) v. Krafft-Ebing, Die zweifelhaften Geisteszustände vor dem Zivilrichter (1873) S. 14 f.

[4]) In seltenen Fällen jahrzehntelang. Ilberg, Geisteskrankheiten S. 56.

[4a]) Vgl. die amtlichen Erläuterungen JMVBl. 1916 S. 247. — Ofner, Prot. I S. 74 f., Zeiller, Komm. I S. 180, v. Neumann-Ettenreich S. 29.

[5]) § 1325 DBGB.

die Entmündigungsordnung.[6]) Die private Natur des Hindernisses und die Möglichkeit der Befreiung mildern den Übelstand.

2. Das Ehehindernis des Alters steht nach § 48 Unmündigen, also Knaben und Mädchen unter 14 Jahren entgegen. Unser Gesetz weicht nur hinsichtlich der Mädchen vom kanonischen Rechte ab, das sich wie das römische (und das englische) hier mit dem vollendeten zwölften Jahre begnügt.[7]) Andere Rechte haben höhere Altersgrenzen, so — je nach dem Geschlechte — das französische 18 und 15 Jahre[8]), das ungarische und das russische 18 und 16 Jahre, das deutsche 21 und 16 Jahre, das schweizerische 20 und 18 Jahre.[9])

3. Fremder Einwilligung bedürfen „Minderjährige oder auch Volljährige, welche aus was immer für Gründen für sich allein keine gültige Verbindlichkeit eingehen können" (§ 49). Dazu gehören nicht die (voll) entmündigten Minderjährigen[9a]), wohl aber die Volljährigen, die unter verlängerter väterlicher Gewalt oder Vormundschaft stehen[10]) oder „aus was immer für Gründen" — Geisteskrankheit oder Geistesschwäche[11]), Verschwendung[12]), Trunksucht, Mißbrauch von Nervengiften — beschränkt entmündigt sind. Stehen die genannten Personen unter der väterlichen Gewalt (des leiblichen oder des Wahlvaters), so ist zur gültigen Eheschließung die Einwilligung des Vaters — nicht auch die des Gerichtes — erforderlich. Sie soll dem Pfarrer vor zwei Zeugen persönlich erklärt oder durch eine mit Zeugen ausgestellte beglaubigte Urkunde dargetan werden (HfD. vom 17. Juli 1813, JGS. Nr. 1065). Verweigert der Vater ohne rechtmäßige Gründe die Einwilligung, so kann sie vom Gerichte — und zwar im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit[13]) — erteilt werden (§ 52). Das Gesetz führt im § 53 beispielsweise einige Gründe für die Versagung der Ehe an: Mangel an dem nötigen Einkommen[14]), erwiesene oder gemein bekannte schlechte Sitten,

[6]) § 3 verglichen mit § 4 Abs. 2, Amtliche Erläuterungen S. 280 („zweifelsfrei").

[7]) v. Hörmann, Die desponsatio impuberum 1891, Scherer S. 286 ff. Vgl. über Kinderehen auch Westermarck S. 210 ff., Jolly, Recht und Sitte § 17, Schnapper-Arndt, Sozialstatistik S. 466.

[8]) Barazetti, Das Eherecht nach dem Code Napoléon (195) S. 91, Planiol I 704 ff.

[9]) Sonstige Angaben bei Roguin S. 37 ff.

[9a]) Beschränkte Entmündigung gibt es bei Minderjährigen nicht, volle Entmündigung schließt die Ehe schlechthin aus (oben 1 b).

[10]) § 72 EntmO.

[11]) Die gerichtliche Einwilligung beseitigt hier nur das Hindernis nach § 49, die Ehe kann aber nach Umständen gemäß § 48 angefochten werden. Vgl. Entsch. Slg. IV Nr. 1407 und Entsch. Junker-Fuchs Nr. 89.

[12]) Entsch. Slg. Nr. 11.069, KassHE. v. 1908 Nr. 3527, Harrasowsky, Entw. Martinis S. 33 Note 19, Pfaff in den JBl. 1887 Nr. 38. Ebenso nach deutschem Rechte.

[13]) Mit Unrecht lehrte Rittner S. 72, das österreichische Recht lasse eine Klage auf Ergänzung der väterlichen Einwilligung zu. Vgl. Ehepatent § 5. Das Gesetz sagt, der Minderjährige habe „anzusuchen", also nicht zu klagen. Gültigkeit der von ihm einem Advokaten erteilten Vollmacht: Entsch. Slg. XII Nr. 4762.

[14]) Dabei ist wohl nur an den Bräutigam gedacht (§ 91): Entsch. Slg.

ansteckende Krankheiten oder dem Zwecke der Ehe hinderliche Gebrechen desjenigen, mit dem die Ehe eingegangen werden soll. Die Standesungleichheit bleibt mit Absicht unerwähnt.[15])

Minderjährige, die nicht unter väterlicher Gewalt stehen — sei es, daß sie unehelich geboren sind (§ 50), sei es, daß der Vater verstorben oder seine Gewalt außer Wirksamkeit getreten ist — sowie die entmündigten Volljährigen bedürfen der väterlichen Einwilligung nicht.[16]) Dafür verlangt das Gesetz die „Erklärung" (ja oder nein) des Vormundes oder Beistandes und die Einwilligung des Vormundschafts- oder Pflegschaftsgerichtes. Der Vormund (oder Beistand) muß also gefragt werden, das Gericht entscheidet.[17]) Erteilt es die Einwilligung gegen den Willen des Vormundes oder erst in zweiter Instanz, so dürfen die Verlobten die Ehe nicht vor Rechtskraft des bewilligenden Beschlusses eingehen, damit der gesetzliche Vertreter rechtzeitig das höhere Gericht anrufen könne (§ 191 KaisP. vom 9. August 1854).

Ob ein Ausländer, der in Österreich heiraten will, einer Bewilligung seitens des Vaters, Vormundes usf. bedürfe, ist nach ausländischem Rechte zu beurteilen. Kann die danach erforderliche Einwilligung nicht beschafft werden[18]), so ist gemäß § 51 ein Vertreter zu bestellen, der seine Erklärung abzugeben hat, worauf das Pflegschaftsgericht wie bei inländischen Minderjährigen entscheidet.[19])

Haben die Brautleute ohne die nach §§ 49 bis 51 erforderliche Einwilligung geheiratet, so kann ihnen diese nachträglich erteilt werden[20]), solange die Minderjährigkeit oder Pflegschaft besteht. Verweigert der Vater die Genehmigung der gegen seinen Willen geschlossene Ehe, so kann das Gericht ebenso wie vor der Eheschließung die Einwilligung des Vaters ersetzen (§ 52).[21])

IV Nr. 1661, XI Nr. 4217. — Vgl. auch Pfaff in den JW. 1900 S. 414 Note 39.

15) Die Ehebewilligung gegen den Willen des Vaters soll nicht gesetzlich ausgeschlossen sein, wenn ein junger Kavalier sich erbietet, ein vorher zu Falle gebrachtes Bürgermädchen „aus Zärtlichkeit des Gewissens und zur Herstellung der ihr benommenen Ehre" zu heiraten. Harrasowsky, Entw. Martinis S. 34 Note 20.

16) Entsch. Slg. XVI Nr. 6315. Anders nach dem vielgetadelten § 1305 DBGB. „Es muß befremden," sagt M. Wolff (Lehrbuch § 10), „daß man die Einwilligung des Brautvaters erfordert, der, wegen eines an seiner Tochter begangenen Verbrechens zu Zuchthaus verurteilt, seine elterliche Gewalt verwirkt hat." Ähnlich Kohler in seiner Enzyklopädie II S. 137.

17) Ofner, Prot. II S. 499. Ungenau § 4 Abs. 2 EntmO.: „Einwilligung des Beistandes." Vgl. dagegen ebda. Abs. 3.

18) Das kann sich nach der Meinung des HKzD. v. 21. Dez. 1815 (v. Mayr, Studienausgabe zu § 47) „äußerst selten" ereignen, „nämlich nur dann, wenn die Kommunikation mit dem Orte, dessen Gesetzen der Fremde unterliegt, durchaus unmöglich wäre".

19) Keine Ausnahme von der Regel, daß die Handlungsfähigkeit nach dem ausländischen Rechte zu beurteilen ist. Vgl. das HfD. v. 8. März 1796 Nr. 285, auf dem § 51 beruht (Ofner, Prot. II S. 341). Unger I S. 168 Note 4, Rittner S. 75 Note 13, Singer Nr. 81.

20) HfD. v. 22. Sept. 1821 Nr. 1802.

21) Entsch. v. 23. März 1915 GH. 1915 Nr. 17.

3. Erlaubtheit der Ehe.

§ 426.

a) Trennende Hindernisse.

1. „Das immerwährende Unvermögen[1]), die eheliche Pflicht zu leisten, wenn es schon zur Zeit des geschlossenen Ehevertrages vorhanden war" (§ 60). Das BGB. stellt diesen Fall neben vielen anderen zu den Hindernissen wegen „Abganges des Vermögens zum Zwecke".[2]) Es schließt sich also äußerlich dem Kirchenrechte an. Da es aber dieses Hindernis durchaus als Privathindernis behandelt, so könnte auch ohne das ausdrückliche Zeugnis der Protokolle[3]) nicht bezweifelt werden, daß der Gesichtspunkt des Irrtums der maßgebende ist.[4]) Nur das Unvermögen zur fleischlichen Beiwohnung kommt in Betracht; gleichgültig ist, ob die Zeugung von Kindern erfolgen könne oder nicht (AE. vom 25. Februar 1837, Winiwarter, Handbuch der Gesetze I, S. 173). Andrerseits ist selbst bei Vorhandensein von Kindern die Nichtigerklärung der Ehe wegen Unvermögens nicht grundsätzlich ausgeschlossen, da ausnahmsweise — ganz abgesehen von der Möglichkeit einer künstlichen Befruchtung — eine unvollkommene Beiwohnung zur Zeugung ausreichen kann.[5]) Als Ehehindernis gilt aber das Unvermögen auch dann, wenn es nur ein relatives ist, d. h. nur den Beischlaf mit dem Ehegatten, nicht auch mit anderen Personen ausschließt.[6]) Auch darauf kommt es nicht an, ob das Unvermögen in einem Gebrechen[7]) oder im Alter[8]) seinen Grund hat.[9]) Tritt das Unvermögen aber erst nach Abschluß der Ehe ein, so begründet es kein Hindernis. Das Unvermögen muß immerwährend, also unheilbar sein; kann es durch einen ungefährlichen[10]) ärztlichen Eingriff beseitigt werden, so ist es nicht unheilbar. Wie aber, wenn der Unvermögende sich auch dem leichtesten Eingriffe widersetzt?

[1]) Rittner, Eherecht § 20, Singer Nr. 78 S. 310 Sp. 2, Schwartz GH. 1891 Nr. 36, Bartsch, Das gerichtliche Verfahren in Ehesachen (1894) S. 276 ff., v. Scherer § 115, Leitner § 26, Haring § 136, Krasnopolski § 7.

[2]) „So verkehrt diese Ausdrucksweise ist, sie will doch nichts anderes sagen als: weil die Ehe einen unabänderlichen Inhalt hat . . . so ist jede Ehe nichtig, wo nach Anschauung des Gesetzgebers dieser sich nicht voll realisieren könnte." Singer a. a. O.

[3]) Ofner I S. 85.

[4]) Vgl. hierüber v. Scherer S. 269 Note 26, v. Neumann-Ettenreich S. 54.

[5]) v. Scherer S. 273 f.

[6]) v. Scherer S. 268 f., Entsch. Slg. Nr. 15.484, VIII Nr. 3006, Entsch. v. 19. Jan. 1915 GZ. 1915 Nr. 28.

[7]) Nervenschwäche: Entsch. Slg. Nr. 5966. Vaginismus: Entsch. Slg. Nr. 14.741, V Nr. 1727. Psychose: Entsch. Slg. XI Nr. 4253. Hypospadie: Entsch. Slg. XV Nr. 5856.

[8]) Es gibt eine untere, aber keine obere Altersgrenze für die Ehe. Nach russischem Rechte dürfen Personen, die über 80 Jahre alt sind, nicht heiraten. Roguin S. 47.

[8]) Für die Kanonisten kommt auch der Einfluß des Teufels in Betracht: Leitner S. 148 Note 2 (gegen Scherer S. 269).

[10]) c X 4, 15, JosGB. § 46 („Anwendung schicklicher Mittel"), v. Scherer S. 268, Rittner S. 147, Bartsch S. 277, Krasnopolski § 7. Entsch. Slg. Nr. 14.741.

Dazu ist er wohl nicht berechtigt, denn damit verweigert er mittelbar die eheliche Pflicht. Immerhin kann der andere Gatte die Heilung nicht erzwingen, und so mag es billig scheinen, ihm die Nichtigerklärung zuzugestehen. Dafür scheint sich — gegen die Bestimmungen des Kirchenrechtes und gegen die einmütige ältere Lehre — die neuere Rechtsprechung entscheiden zu wollen.[11]) Auch der Gesichtspunkt des Irrtums spricht dafür, der allein die Beibehaltung dieses Hindernisses zu rechtfertigen vermag, und noch mehr das Bedürfnis, nicht allzu weit hinter dem Kirchenrechte zurückzubleiben. Denn die Kirche beseitigt die Schwierigkeit durch Trennung der nichtvollzogenen Ehe, das staatliche Recht aber kann bei katholischen Ehen nur durch Nichtigerklärung helfen. Nun ergibt sich freilich das Bedenken, daß die nichtig erklärte Ehe wieder hergestellt werden müßte, wenn das Unvermögen hinterher doch noch behoben wird.[12]) Aber diese Forderung ist nicht unabweisbar; sie weicht freierer, auch geschichtlich begründeter Auslegung.[13]) — Über den Beweis des Unvermögens (§§ 100, 101) vgl. unten § 431, III.

2. Das Hindernis des bestehenden Ehebandes[14]) ist festgelegt im ersten Satze des § 62: „Ein Mann darf nur mit Einem Weibe, und ein Weib darf nur mit Einem Manne zu gleicher Zeit vermählet sein."[15]) Der zweite Satz enthält ein Eheverbot: „Wer schon verehelicht war und sich wieder verehelichen will, muß die erfolgte Trennung, das ist die gänzliche Auflösung des Ehebandes, rechtmäßig beweisen." War die erste Ehe nichtig, so soll vor Schließung der zweiten die gerichtliche Nichtigerklärung erwirkt werden. Ist der erste Gatte verstorben, so soll der Tod nachgewiesen, ist er verschollen, so soll die Todeserklärung (verbunden mit dem Ausspruche, daß die Ehe als aufgelöst zu betrachten sei) durchgesetzt werden. Wird aber die Ehe unerlaubterweise vorher geschlossen, so ist sie doch gültig, wenn sich erweisen läßt, daß die erste Ehe tatsächlich nichtig war oder daß der erste Ehegatte wirklich — wenngleich ohne daß es der Hinterlassene wußte — verstorben war, so wie andrerseits die zweite Ehe trotz der Todeserklärung nichtig erscheint, wenn sich herausstellt, daß der Toterklärte noch am Leben ist.[16]) Die Vermutung (§ 99) streitet für die Gültigkeit der zweiten Ehe, wenn sie nach der

[11]) Entsch. Slg. XV Nr. 6035. So auch v. Neumann-Ettenreich S. 54. Dagegen wieder die Gründe der Entsch. Junker-Fuchs Nr. 154.

[12]) Dolliner I S. 167 f., Rittner S. 146 Note 6.

[13]) Die Kompilationskommission betonte bei der Beratung des Ehepatentes von 1783 im Gegensatze zum kanonischen Rechte, daß man eine wegen Impotenz als ungültig erklärte Ehe nicht dann konvalidieren lassen könne, wenn die Annahme der Impotenz während einer nachgefolgten ehelichen Verbindung widerlegt werde, weil dies „offenbar gegen die Ehrbarkeit und guten Sitten" streiten würde. Harrasowsky, Entw. Hortens S. 35.

[14]) Rittner § 11, Singer Nr. 83, v. Scherer § 121, Haring § 143, Leitner § 27, Aufsätze in den JBl. 1881 Nr. 12 und 1883 Nr. 51.

[15]) Das gilt auch für die Muselmanen, Wechselrede in der Jur. Ges. über die Vielweiberei in Bosnien GH. 1881 Nr. 22, v. Neumann-Ettenreich S. 53.

[16]) Rittner S. 79 ff., v. Scherer S. 354 ff.

Nichtigerklärung der ersten Ehe oder nach der Todeserklärung des ersten Gatten geschlossen worden ist. Sonst aber muß sie für nichtig erklärt werden, wenn die Gültigkeit der ersten Ehe oder das Fortleben des ersten Gatten zweifelhaft bleibt.[17])

Die Untrennbarkeit der katholischen Ehe verleitet nicht selten zur Umgehung des Hindernisses des bestehenden Ehebandes durch Eheschließung im Auslande.[18]) Die sogenannten siebenbürgischen Ehen wurden (vor 1894) in folgender Weise geschlossen. Der Ehegatte, der sich wieder verehelichen wollte, erwirkte zunächst die Scheidung von Tisch und Bett, trat hierauf zur reformierten oder unitarischen Kirche über, erwarb die ungarische Staatsbürgerschaft und ließ sodann seine Ehe durch das konfessionelle Ehegericht in Klausenburg oder Maros-Vásárhely trennen. Nunmehr wurde die neue (siebenbürgische) Ehe geschlossen.[19]) Seit der Einführung der Zivilehe in Ungarn (1894) ist der Religionswechsel überflüssig geworden, an die Stelle der siebenbürgischen ist die ungarische Ehe getreten.[20]) Zunächst lassen sich die Ehegatten in Österreich von

[17]) Dolliner III S. 451. Entsch. Slg. Nr. 15.880 und Junker-Fuchs Nr. 143; dagegen Slg. XVI Nr. 6315. Zu weit geht Entsch. Slg. XII Nr. 4776 betr. eine ausländische Todeserklärung.

[18]) Vgl. Singer a. a. O. Nr. 83 S. 329 Sp. 2, W. Fuchs, Das Ehehindernis des bestehenden Ehebandes nach österreichischem Recht und seine Umgehung, Wien 1879, Die unitarische Ehetrennung und das österreichische Eherecht, in der AdvZtg. 1879 Nr. 6, über die Gültigkeit der Klausenburger Ehen, ebda., Fuchs, Siebenbürgische Ehen (Besprechung des ME. v. 22. Okt. 1879 Z. 9482) in den JBl. 1879 Nr. 48, v. Roßner, Die Klausenburger Ehen ebda. 1879 Nr. 51, Rittner, Auch einiges über die siebenbürgischen Ehen in der GZ. 1880 Nr. 10, 11 (Dom. Szász), Die siebenbürgischen Ehen (enthaltend das Quellenmaterial) in den JBl. 1880 Nr. 20, 21, Fuchs, Siebenbürgische Ehen in den JBl. 1883 Nr. 12, 13, Schw. in der GH. 1885 Nr. 37, Sernec ebda. Nr. 39, Fuchs in den JBl. 1887 Nr. 14, Derš., Die sog. siebenbürgischen Ehen und andere Arten der Wiederverehelichung geschiedener österreichischer Katholiken, Wien 1889, Derš., Eine siebenbürgische Ehe vor den französischen Gerichten in den JBl. 1890 Nr. 13, Derš., Ein katholisches Analogon zu den siebenbürgischen Ehen in den JBl. 1890 Nr. 24, J. Pfaff, Zur Lehre v. sog. in fraudem legis agere, Wien 1892 S. 94 ff., Jettel, Handb. des internationalen Privat- und Strafrechts 1893 § 16, Fuchs, über siebenbürgische Ehen und verwandte Erscheinungen, Vortrag in den JBl. 1893 Nr. 7, v. Call, Gegen die Siebenbürger Ehen in der GZ. 1893 Nr. 8, 9, Ofner, Zur Lehre von den siebenbürgischen Ehen in der GH. 1893 Nr. 13, 14, H., Die Trennbarkeit der katholisch geschlossenen Ehe über erfolgten Konfessionswechsel in der GH. 1895 Nr. 38, Dozent Dr. **, Zur Auslegung der §§ 62, 63, 64 und 111 BGB. ebda. 1896 Nr. 1, Derš. ebda. Nr. 15, Geller in seinem ZBl. 1896 S. 1048 f., Abel, Zur Frage der Gültigkeit „ungarischer Ehen" vormals österreichischer Staatsangehöriger in den JBl. 1911 Nr. 50.

[19]) Vgl. Entsch. Slg. Nr. 10.962, 13.018, 13.995, XII Nr. 4494 u. a., dazu Entsch. Slg. Nr. 10.982 über eine Einsprache, die vom Eheobergerichte in Klausenburg gegen die Einleitung des Eheprozesses in Österreich erhoben worden war.

[20]) Bolla, Einiges über die Ehen der Österreicher in Ungarn GZ. 1903 Nr. 14, 15, Abel a. a. O., Back, Das ungarische Ehegesetz 2. Aufl. 1910, A. Schmiedl, Das Verfahren in Ehesachen nach der neuen ungarischen ZPO. JBl. 1916 Nr. 43.

Tisch und Bett scheiden. Dann wechselt der Gatte, der sich wiederverehelichen will, die Staatsbürgerschaft: er erklärt bei der politischen Behörde seinen Austritt aus dem österreichischen Staatsverbande und erwirbt dadurch, daß er sich an Kindes statt annehmen läßt, die ungarische Staatsbürgerschaft. Nunmehr erwirkt er beim ungarischen Gerichte aus irgend einem Grunde, z. B. wegen boshaften Verlassens, die Trennung der Ehe. Inzwischen ist auch der künftige Ehegatte Ungar geworden[21]) und nun steht der Eheschließung vor dem ungarischen Standesamte[21a]) nichts mehr im Wege. Alle Beteiligten wohnen vor- und nachher in Österreich, die fremde Staatsbürgerschaft ist nur zur Umgehung des Gesetzes erworben worden. Der Oberste Gerichtshof hat derartige Ehen früher stets für ungültig erklärt. Seit 1907 läßt er sie gelten.[22]) Nach § 34 ABGB. sei ohne Rücksicht auf den Wohnsitz der Beteiligten[23]) das ungarische Recht anzuwenden, da die Ehegatten zur Zeit der Eheschließung ungarische Staatsbürger gewesen seien. Die Absicht, das Gesetz zu umgehen, komme nicht in Betracht.[24]) Man sollte meinen, zunächst müsse es doch wohl auf die Vorfrage ankommen, ob die erste, österreichische Ehe gültig getrennt worden sei. Diese Frage ist zu verneinen, wenn nicht beide Ehegatten (dieser ersten Ehe) zur Zeit der Trennung ungarische Staatsbürger waren (oben § 25). Ist nun die erste Ehe nicht gültig getrennt, weil ein Gatte Österreicher geblieben ist, dann kann die zweite Ehe nicht gültig sein, man müßte denn annehmen, daß die erste Ehe eben durch die Schließung der zweiten getrennt worden sei. Aber der Oberste Gerichtshof scheut nicht davor zurück, beide Ehen nebeneinander gelten zu lassen: „Die Situation wurde durch das Verhalten der betreffenden Personen verschuldet, sie haben alle Konsequenzen auf sich zu nehmen."[25])

3. Das Ehehindernis der höheren Weihen und

4. das der feierlichen Gelübde (§ 64)[26]), für den Staat belanglos, wurzeln im Kirchenrechte. Ihnen liegt jene weitverbreitete Vor-

[21]) Er kann den Getrennten vielleicht auch als Österreicher heiraten. Dafür Entsch. Junker-Fuchs Nr. 156. Auch teilt v. Hofmannsthal in der GZ. 1914 Nr. 1 eine Entscheidung der böhmischen Statthalterei mit, die einem Österreicher das Ehefähigkeitszeugnis für die Abschließung einer ungarischen Ehe erteilte, weil die erste Ehe der Braut von dem ungarischen Gerichte rechtskräftig aufgelöst worden sei. Danach könnte also die „ungarische Ehe" ebensogut in Österreich abgeschlossen werden!

[21a]) Aufgebot und Eheschließung in Österreich sind nicht zulässig: Entsch. des VGH. v. 16. Sept. 1915 GZ. 1915 Nr. 47.

[22]) Entsch. Slg. X Nr. 3811, 4024, XIV Nr. 5603, Junker-Fuchs Nr. 69, Abel a. a. O., R. S. in der GH. 1916 Nr. 48, Sternberg ebda. Nr. 50, M. Feles ebda. 1917 Nr. 9, 10.

[23]) Oben § 22. Auf den Wohnsitz hatte Pfaff Gewicht gelegt: Zur Frage der Klausenburger Ehen in den JBl. 1899 Nr. 26.

[24]) Noch unsere vorige Auflage wagte die Bemerkung: „Daß absichtliche Gesetzesumgehung niemals zum Ziele führen darf, versteht sich von selbst."

[25]) Entsch. Slg. X Nr. 4024.

[26]) Rittner §§ 12, 13, Singer Nr. 82, v. Scherer § 122, Leitner §§ 28, 29, Haring §§ 144, 145, Krasnopolski IV S. 38 f., Laurin, Dr. Weeber und kanonisches Recht 1876, Derf., Der Zölibat der Geistlichen 1880 bes. S. 215 ff., Schwartz GH. 1891

stellung von der Unreinheit des geschlechtlichen Verkehrs zu Grunde, die, trotz der Heiligkeit der Ehe, doch von gottgeweihten Personen beständige Keuschheit fordert.[27]) Die kirchliche Gesetzgebung hat diesen Gedanken mit großer Strenge durchgeführt und die Josefinische Gesetzgebung hat nicht daran gerührt, vielmehr ausdrücklich erklärt (Ehepatent § 21), daß das bisher Bestehende — also das Kirchenrecht — unabgeändert bleiben solle. Auch unser § 63 ist nichts weiter als staatlich anerkanntes Kirchenrecht, er gilt nur für diejenigen Religionen — Katholiken und Griechen[28]) —, die höhere Weihen und Ordensgelübde kennen, und muß die Entscheidung über die Gültigkeit der Weihe oder des Gelübdes dem Kirchenrechte überlassen.[29]) Das einmal begründete Ehehindernis wird nicht durch Austritt aus dem geistlichen oder Ordensstande, ja nicht einmal durch den Glaubenswechsel beseitigt.[30]) Daran hat das interkonfessionelle Gesetz vom 25. Mai 1868 nichts geändert.[31]) Das Hindernis wäre praktisch bedeutungslos, wenn es durch den Austritt aus dem Stande beseitigt würde. Denn wer heiraten will, kann ohnehin nicht daran denken, den geistlichen Beruf auszuüben oder im Verbande des Ordens zu bleiben. Daß der Übertritt zur evangelischen Kirche das Hindernis nicht beseitige, ist in einer Verordnung vom 1. Januar 1859 anerkannt worden.[32]) Das steht nun freilich nicht im Einklang mit dem interkonfessionellen Gesetze vom 25. Mai 1868. Aber die Behauptung, daß dieses Gesetz das Hindernis für den Fall des Glaubenswechsels stillschweigend aufgehoben habe, ist unhaltbar (oben § 423, III). Wiederholt sind im Abgeordnetenhause Gesetzentwürfe eingebracht worden, die das Ehehindernis entweder ganz streichen oder wenigstens für den Fall des Glaubenswechsels[33]) beseitigen wollten, sie sind aber immer wieder

Nr. 37, Gauguſch, Das Ehehindernis der höheren Weihe 1902.

[27]) Vgl. über die Inder, Mexikaner u. a. Weſtermarck S. 147 ff., über die erſten Chriſten Leitner S. 195.

[28]) Ofner, Prot. I S. 104, II S. 500 f., Rittner S. 90, 100, Milaſch S. 598, Wojucki ArchKathKR. 88, 405. Entſch. Slg. Nr. 5904. — Altkatholiſche Geiſtliche ſind ehefähig, a. M. v. Huſſarek GZ. 1902 Nr. 47 bei Note 33.

[29]) Rittner S. 87, 98. Das einfache Gelübde der Jeſuiten (v. Scherer S. 366) begründet nach bürgerlichem Rechte kein Ehehindernis. Rittner S. 101.

[30]) Ebenſo im ſpaniſchen Rechte. Roguin S. 72. Dagegen für das öſterreichiſche Recht: Maaßen, Unſer Eherecht und das Staatsgrundgeſetz S. 11 ff., Brentanos Streitſchriften (Meine letzten Wünſche für Öſterreich 1895. — Noch ein Wort über das Ehehindernis der höheren Weihen uſw. Sep.-Abdr. aus der GZ. 1895 Nr. 24. — Zur eherechtlichen Frage in Öſterreich 1896. — Krasnopolskis letzter Verſuch, Sep.-Abdr. aus der „Zeit" 1896 Nr. 107 f.), Fr. Iſka, Eheſähigkeit katholiſcher Geiſtlicher in Öſterreich 1897, Unger, Prieſterehen und Mönchsehen 1910 (auch in der Feſtſchr. 1911 II S. 295), Fried in der GZ. 1910 Nr. 42, v. Anders, Grundriß S. 9 f., Geller in ſeinem ZBl. 1896, 1049 und 1910, 545.

[31]) Krasnopolski im ArchKR. 73, 456, Derſ., Das Ehehindernis der höheren Weihen 1896, v. Huſſarek in GrünhutsZ. 24, 207, Rittner und Laurin a. a. O., v. Neumann-Ettenreich S. 33 ff., Steiner in der NotZ. 1910 Nr. 34, 35.

[32]) Steinlechner, Zur Reform des Eherechts (1875) S. 21.

[33]) Krasnopolski, Ehehindernis der höheren Weihen S. 87 ff.

auf unüberwindlichen Widerstand gestoßen. Der Oberste Gerichtshof hält daran fest, daß das Hindernis mit dem Austritte aus der katholischen Kirche nicht erlischt.[34])

5. Die Religionsverschiedenheit[35]) schließt die Ehe aus zwischen Christen und Personen, die sich nicht zur christlichen Religion bekennen (§ 64).[36]) Christen sind die Anhänger aller christlichen Bekenntnisse, mögen sie in Österreich gesetzlich anerkannt sein oder nicht, also z. B. auch die Anglikaner[37]) und Baptisten.[38]) Nichtchristen sind außer den Juden und den Muselmanen auch die Konfessionslosen, die sich zu einer nichtchristlichen Religion, z. B. zum Buddhismus, oder zu gar keiner Religion bekennen.[39]) Ob die für den Konfessionswechsel vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet worden sind, ist in dieser Hinsicht nebensächlich. Ein getaufter Jude, der die im Art. VI Ges. vom 25. Mai 1868, RGBl. Nr. 49, vorgeschriebene Anzeige des Austrittes aus der verlassenen Religionsgesellschaft unterlassen hat, ist durch die Taufe Christ — wenn auch nicht Mitglied der katholischen Kirche — geworden.[40]) Die persönliche Erklärung des Eintrittes oder Rücktrittes ist keine bindende Formvorschrift.[41]) Der konfessionslos gewordene Katholik, der sich gelegentlich der Eheschließung vor dem Pfarrer zum Katholizismus bekennt, ist als Katholik anzusehen, auch wenn er keine förmliche Wiedereintrittserklärung abgegeben, sondern dem trauenden Pfarrer seinen Austritt einfach verschwiegen hat.[42]) — Da das Hindernis nach bürgerlichem Rechte nicht wie nach kirchlichem Rechte auf der (unzerstörbaren) Taufe, sondern auf dem Glaubensbekenntnisse beruht, wird es durch den Wechsel des Bekenntnisses — vor der Eheschließung[43]) — behoben.

[34]) Entsch. Slg. Nr. 6141, 8417, 9628, 9888, 13.701, IV Nr. 1342, 1365, VII Nr. 2755, X Nr. 3703, XVI Nr. 6707. Im Jahre 1909 hat das Kreisgericht Reichenberg die Ehe eines gewesenen Ordensgeistlichen für gültig erklärt; die dagegen vom bischöflichen Konsistorium eingelegten Rechtsmittel blieben aus prozessualen Gründen ohne Erfolg (Entsch. Slg. XII Nr. 4642).

[35]) Rittner § 18, v. Scherer § 123, Singer a. a. O., Leitner § 36, Haring § 146, v. Neumann-Ettenreich S. 31; Schnapper-Arndt, Sozialstatistik S. 479. Vgl. auch den zu teilweise sonderbaren Ergebnissen gelangenden Aufsatz: Zum Ehehindernis des § 64 BGB. in den JBl. 1874 Nr. 51.

[36]) Auch dieses Ehehindernis ist durch die Staatsgrundgesetze nicht berührt worden. Entsch. Slg. V Nr. 1707, VI Nr. 2497, X Nr. 3922. Bezüglich der Ausländer vgl. oben § 25 Note 10.

[37]) Entsch. Slg. Nr. 8066, 11.110, VII Nr. 2817, XVI Nr. 6611 und Entsch. v. 4. Febr. 1914 JBl. 1914 Nr. 20. v. Neumann-Ettenreich S. 32, v. Lutterotti, Das Ehehindernis der Religionsverschiedenheit und die Anglikaner GZ. 1905 Nr. 15, v. Scherer S. 376, v. Mayr in der GZ. 1906 Nr. 20 Note 174; a. M. Rittner S. 142, v. Anders, Familienrecht § 9 Note 17, Stubenrauch 8. Aufl I S. 132, v. Di Pauli im ArchKathKR. 87 S. 42 Note 1.

[38]) Anders die von Stroß in den JBl. 1896 Nr. 36 mitgeteilte Entsch. des OLG. Wien. Wie Text eine Entsch. des LG. Wien von 1902.

[39]) Entsch. Slg. Nr. 10.227, 14.471, V Nr. 1707, VI Nr. 2395, 2497, VIII Nr. 3059.

[40]) Entsch. Slg. I Nr. 3.

[41]) v. Hussarek, Staatskirchenrecht § 5.

[42]) Entsch. Slg. Nr. 12.057, dagegen Entsch. Slg. XII Nr. 4684.

[43]) Entsch. Slg. VIII Nr. 3092.

6. Zur Rechtfertigung des Ehehindernisses der Verwandtschaft (§ 65)[44] beruft man sich heutzutage auf die ungünstigen Wirkungen der Verwandtenehen (Unfruchtbarkeit, Entartung der Nachkommen).[44a] Die Tatsache allein, daß mit diesem Hindernisse das Hindernis der Schwägerschaft Hand in Hand geht, beweist, daß der geschichtliche Grund ein anderer ist. Er liegt in der Absicht, das Familienleben rein zu halten, „ne quarundam personarum convictus nimis quotidianus atque inobservatus stupris et adulteriis occasionem daret, si amores tales nuptiis possent conglutinari."[45] Auch unsere Revisionskommission führte als Grund des Hindernisses an, „zwischen Personen, welche die Verwandtschaft in vertraulichem Umgange zusammenbringt, durch die benommene Aussicht einer jemaligen Verbindung größere Zurückhaltung zu befestigen."[46] Auf das deutlichste verrät das ältere römische Recht diesen Zusammenhang, indem es den Männern ein Recht gibt, ihre Angehörigen bis zum sechsten Grade der Verwandtschaft zu küssen (jus osculi), zugleich aber bis zu eben diesem Grade die Ehe verbietet.[47] Die zunehmende Kultur entfremdet nicht nur durch häufige Wanderungen, sondern auch durch Ungleichheit des Besitzes und der Bildung die entfernteren Verwandten und ermöglicht so, indem sie die Vertraulichkeit ausschließt, die Einschränkung des Ehehindernisses auf den engsten Kreis. Wenn die Kirche im Mittelalter aufs neue den Kreis erweiterte — und zwar bis auf den siebenten Grad der Verwandtschaft nach deutscher Zählart —, so ist dies der Ausdehnung ihres Rechtes auf Völker zuzuschreiben, bei denen, wie vor allem bei den Deutschen, einer ursprünglicheren Kulturstufe der engere Zusammenhang der Sippegenossen entsprach. Aber schon 1215 beschränkte die Kirche das Hindernis auf den vierten Grad jener Zählweise und seither ist es von den staatlichen Gesetzen weiter eingeengt worden, am weitesten von der deutschen Gesetzgebung, die nur die Ehen zwischen Vorfahren und Nachkommen und zwischen Geschwistern verbietet. Die meisten Staaten (Frankreich, Eng-

[44]) Rittner § 14, Singer Nr. 78, Schwartz GH. 1891 Nr. 40, v. Scherer § 116, Leitner § 30, Haring § 138.

[44a]) Kraus und Döhrer in v. Noorden und Kaminer, Krankheiten und Ehe (1916) S. 48.

[45]) Hebraei veteres bei Grotius, De jure b. a. p. II 5 § 13. Baentsch, Handkommentar zu Leviticus 18, 6 ff. Vgl. auch Graßl, Eherecht der Juden S. 62: Die mosaischen Eheverbote erstrecken sich gerade auf jene Personen, die sich bei den alten Hebräern, wie noch heute bei den Arabern ohne Schleier sehen durften.

[46]) Ofner, Prot. I S. 92. Als die „erheblichste Ursache" bezeichnet dies auch Zeiller, Komm. I S. 214. Manche behaupten, daß der Abscheu vor der Blutschande angeboren sei, dagegen schon Pufendorf VI 1 § 28. Vgl. Ovid, Metam. X 331 ff.: „Gentes tamen esse feruntur, in quibus et nato genitrix et nata parenti jungitur". Eher läßt sich — mit Westermarck S. 320 ff. — ein angeborener Widerwille gegen geschlechtlichen Umgang mit solchen Personen annehmen, mit denen man von früher Jugend an zusammen gelebt hat (ohne Rücksicht auf Verwandtschaft). Dafür auch Marcuse, Vom Inzest (1915) S. 9.

[47]) Plutarch, Quæstiones Romanæ c. 6. Schulin, Geschichte des röm. R. S. 176; vgl. auch Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II S. 175, Mommsen, Strafrecht S. 683 Note 1.

land u. a.) untersagen außerdem die Ehe zwischen Onkel und Nichte, Tante und Neffe. Unser Gesetz geht einen Schritt weiter, indem es auch die Ehe zwischen Geschwisterkindern verbietet. Tatsächlich bedeutet aber das Ehehindernis über den engsten Kreis hinaus nur eine Nötigung zum Ansuchen um Dispensation. Daher kann man wohl sagen, daß auch nach österreichischem Rechte und nach dem theoretisch bei weitem strengeren Rechte der Kirche die Ehe zwischen Geschwisterkindern und sogar die Verbindung mit dem Onkel oder der Tante möglich sind.

Uneheliche Verwandtschaft steht der ehelichen gleich. Das Hindernis wird durch die wirkliche Blutsverwandtschaft, nicht durch die Anerkennung oder durch gesetzliche Vermutungen begründet.[48]) Beispiel: Franz ist von Josef mit der Elisabeth, der Gattin des Andreas, im Ehebruche erzeugt worden. Andreas hat die Ehelichkeit nicht rechtzeitig bestritten. Franz erlangt daher gemäß § 158 die Rechte der ehelichen Geburt, kann aber dessenungeachtet die Tochter des Josef nicht heiraten, denn sie ist seine uneheliche Halbschwester.[49]) Gesetzliche Verwandtschaft durch Annahme an Kindes statt, die nach deutschem und nach schweizerischem Rechte ein Eheverbot begründet, bleibt unbeachtet.[50]) Doch hört mit der Eheschließung zwischen dem Wahlvater oder der Wahlmutter und dem Wahlkinde die Wahlkindschaft von selbst auf.[51])

Unbekannt ist dem österreichischen Rechte die auf der Taufe oder der Firmung beruhende geistliche Verwandtschaft, die nach kanonischem und nach russischem Rechte die Ehe hindert, unbekannt auch die Milchverwandtschaft, die nach dem Rechte des Islams durch die Säugung entsteht[52]) und gleichfalls die Ehe ausschließt.

Den Juden[53]) gestattet § 125 die Ehe mit dem Onkel, nicht auch die Ehe mit der Tante, ja nicht einmal die (sonst gestattete) Ehe mit der Großtante.[54])

7. Das Ehehindernis der Schwägerschaft (§ 66) beruht zwar auf demselben Grunde wie das der Verwandtschaft, aber dieser Grund

[48]) Helfert Zeitschr. f. R. u. St. 1829 I S. 168.

[49]) Causa Warmiensis bei Leitner S. 214 f., M. Wolff, Familienrecht S. 49.

[50]) Ofner, Prot. I S. 94 (wegen der Lösbarkeit des Wahlverhältnisses), Rittner S. 115, v. Scherer S. 328; a. M. Nippel, Mat. 4, 204 und Rauscher S. 89 f. wegen § 183.

[51]) So ausdrücklich DBGB. § 1771. Dolliner I S. 223; a. M. aber Rittner S. 117, v. Anders, Familienrecht S. 17, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 133.

[52]) v. Kaurimsky, Ehe- und Familienrecht der Mohammedaner S. 13 f., v. Seeler, Entw. des russischen Zivilgesetzbuches S. 33.

[53]) Über die Judenehen s. HfD. v. 3. Mai 1786 JGS. Nr. 543, HfD. v. 21. März 1791 JGS. Nr. 130. Harrasowsky, Entw. Hortens S. 37 f., Hock, Staatsrat S. 258, Ofner, Prot. I S. 94, 103, Graßl, Das besondere Eherecht der Juden 1838. Für die Abschaffung dieses besonderen Eherechtes Kafka, Reformfragen GZ. 1910 Nr. 7.

[54]) Grotius II 5 § 14: Rationem adferunt Hebræi, quia viri juvenes assidue frequentant domos avorum et aviarum aut etiam in iis habitant simul cum amitis: ad domos vero fratrum minus frequens ipsis est aditus, nec ibi tantundem habent juris. Vgl. oben Note 45.

vermag es offenbar nicht zu rechtfertigen, daß unser Gesetz nach dem Vorbilde des Kirchenrechtes diesem Hindernisse ebendenselben Umfang gibt, so daß man also (ohne Dispens) nicht einmal die Base der verstorbenen Frau heiraten kann, und zwar wieder ohne Rücksicht auf Ehelichkeit oder Unehelichkeit der Verwandtschaft. Noch das Westgalizische Gesetzbuch (I., § 71) will die durchgreifende Gleichstellung von Verwandtschaft und Schwägerschaft damit rechtfertigen, daß Mann und Weib in Rücksicht auf die eheliche Gesellschaft als „eine und die nämliche Person" betrachtet werden.[55]) Die Ehe zwischen Schwager und Schwägerin ist auch nach dem Code civil verboten; in England ist sie durch ein besonderes Gesetz vom 28. August 1907 gestattet worden.[56]) Das deutsche BGB. (§ 1310) und das schweizerische ZGB. (Art. 100) beschränken das Ehehindernis auf die gerade Linie. Die Ehe mit der Stieftochter[57]) ist also auch dort verboten. Das Hindernis der Schwägerschaft steht auch der Ehe mit der Tochter entgegen, die die gewesene Gattin nach der Trennung in zweiter Ehe geboren hat;[58]) die herrschende Lehre bestreitet das[59]) auf Grund einer „zu äußerlichen, rein wörtlichen Auffassung der hergebrachten Definition der Schwägerschaft als des Verhältnisses des Gatten zu den Blutsverwandten des andern Gatten".[60]) — Während das Hindernis der Schwägerschaft im Kirchenrechte zunächst auf dem Beischlafe beruht, entspringt es nach österreichischem Rechte nur aus der Eheschließung. Die „unehrbare Schwägerschaft" ist also bei uns kein Ehehindernis.[61])

Auch rücksichtlich der Juden reicht das Hindernis der Schwägerschaft ebenso weit wie das der Verwandtschaft (§ 125); es ist daher die sogenannte Leviratsehe[62]), d. i. die Ehe mit dem Bruder des verstorbenen Mannes (levir) unzulässig[63]), obwohl jüdischer Brauch hie und da heute noch nach der Sitte barbarischer Völker[64]) die Witwe des (kinderlosen) Bruders als ein gesetzliches Erbe behandelt, das nur gegen Abfindung mittels einer besonderen Feierlichkeit (Chalizza) freigegeben wird.

[55]) Erunt duo in carne una. Vgl. v. Scherer S. 334 Note 30.

[56]) Wittmaack in Böhms Zeitschr. 18, 328.

[57]) Entsch. Slg. I Nr. 281, XV Nr. 6030.

[58]) Wiesenauer Zeitschr. f. R. u. St. 1840 II S. 296.

[59]) Vgl. z. B. für das deutsche Recht Motive zum DBGB. IV S. 23 („wenngleich nicht zu bestreiten ist, daß die Zulassung einer Ehe in den bezeichneten Fällen dem natürlichen Gefühle nicht entspricht"), Wolff S. 50, Komm. der Reichsgerichtsräte 2. Aufl. III S. 17 u. a. Dafür soll hier das Eheverbot wegen unehrbarer Schwägerschaft eingreifen.

[60]) v. Scherer S. 345 Note 82.

[61]) v. Scherer S. 346 Note 86. Äußerung der Hofkommission v. 8. Juni 1815 in Pratobeveras Mat. II S. 279. Nach dem DBGB. § 1310 begründet die unehrbare Schwägerschaft in der geraden Linie ein Eheverbot. Das deutsche Recht ist also in diesem Punkte (vgl. auch oben bei Note 50) kirchlicher als das unsere.

[62]) V. Mos. 25, 5—10; Buch Ruth. Graßl § 32, K., Skizzen aus dem mosaischen und dem talmudischen Rechte, in der NotZ. 1898 Nr. 22.

[63]) Ofner, Prot. I S. 103.

[64]) Post, Ethnologische Jurisprudenz I § 57, Westermarck S. 512 ff., Wilutzky, Vorgeschichte des Rechtes II S. 46 ff.

Daß der Staat derartige Erpressungen nicht dulden kann, versteht sich von selbst.[65])

8. Das Ehehindernis des Ehebruches (§ 67) soll, indem es die Hoffnung auf eine künftige Verehelichung vereitelt, die ehebrecherische Neigung im Keime ersticken.[66]) Aber „der frivole Ehebrecher empfindet das Verbot nicht; es wird ihm oft erwünscht sein. Wer aus Leidenschaft fehlte, kann durch dasselbe schwer getroffen werden. Nicht mit Unrecht haben manche die Weisheit des Verbotes geleugnet".[67]) In England besteht es nicht; dort fordert die öffentliche Meinung, daß nach Trennung einer Ehe wegen Ehebruches der Ehebrecher die bloßgestellte Frau heirate.[68]) Auch dem italienischen und dem schweizerischen Eherechte ist dieses Hindernis fremd. In Frankreich ist es 1904[69]), in Rumänien 1906, in Portugal 1910 beseitigt worden.[70]) Unser Gesetz, strenger als das kirchliche, weil ihm der Ehebruch schon für sich allein — ohne Eheversprechen oder zweifache Ehe oder Ermordung des hintergangenen Gatten — als Ehehindernis gilt, bietet doch auch die eine, sehr wesentliche Milderung, daß das Hindernis nur entsteht, wenn der Ehebruch schon vor der Eheschließung erwiesen war. Diese Milderung wurde in der Erwägung eingeführt, „daß es vor allem auf die Verhütung des Ärgernisses ankomme, welche nicht zu besorgen sei, wenn der Ehebruch unbekannt blieb, und daß man den Bestand einer Ehe, welche unter zwei Leuten geschlossen wurde, die miteinander einen geheim gebliebenen Ehebruch begangen haben, nicht von dem Belieben desjenigen Eheteiles abhängig machen dürfe, der etwa, um die Aufhebung der ihm überdrüssig gewordenen Ehe zu bewirken, sich auf den begangenen Ehebruch berufen wolle".[71]) Nicht das Vorhandensein der Beweismittel, auch nicht die Durchführung eines Beweisverfahrens ist gemeint;[72]) vielmehr muß der Beweis durch ein strafgerichtliches Urteil (wegen der Übertretung des Ehebruches) oder durch eine zivilgerichtliche Entscheidung für erbracht erkannt worden sein.[73]) Nicht nur das Eheverfahren (Scheidung, Trennung) kommt in Betracht.[74]) Den Ehebruch kann z. B. auch ein

[65]) Vgl. Entsch. Slg. Nr. 5807, V Nr. 1986; a. M. Landau, Die Bedeutung der Leviratsehe und der Chalizza für das österreichische Zivilrecht in der JurZ. 1894 Nr. 21, 22.

[66]) So Zeiller, Komm. I S. 217.

[67]) Dernburg, B. R. IV S. 52.

[68]) Roguin S. 69.

[69]) Ges. v. 15. Dez. 1904. Planiol I 736, Brunner, Reformbestrebungen auf dem Gebiete des italienischen und französischen Eherechtes NotZ. 1905 Nr. 19—25.

[70]) Wolff, Familienrecht § 15 IV. über die nordische Gesetzgebung vgl. Pappenheim in d. Festschr. f. Klein S. 457.

[71]) Vortrag der Kompilationskommission von 1782 bei Harrasowsky IV S. 35.

[72]) Entsch. Slg. IV Nr. 1655 begnügt sich freilich damit, daß das Beweisverfahren vor der Eheschließung von einem (unzuständigen) ausländischen Gerichte durchgeführt worden ist; die Würdigung der Beweise soll dann im Nichtigkeitsverfahren nachgetragen werden können. Vgl. dagegen Dolliner I S. 256, Rauscher S. 126, v. Anders S. 24 (Grundriß S. 11).

[73]) Wie Text jetzt Entsch. Slg. XII Nr. 4617, dazu Epstein in den JBl. 1910 Nr. 37.

[74]) Nach § 1312 DBGB. muß der

Urteil über die Vaterschaft des im Ehebruche erzeugten Kindes außer Zweifel stellen.[75]) Wenn § 67 nicht wie das Josefinische Gesetzbuch (III, § 22) verlangt, daß der Ehebruch gerichtlich erwiesen sei[76]) und wenn ein Hofkanzleidekret vom 6. Dezember 1833 sogar ausdrücklich erklärt, daß ein vor der politischen Behörde abgelegtes, mit den gesetzlichen Erfordernissen versehenes Geständnis zur Herstellung des Beweises hinreiche, so liegt der Grund darin, daß die Übertretung des Ehebruches (StG. von 1803, II, § 247) bis 1853 der Gerichtsbarkeit der politischen Behörden zugewiesen war. Der seither eingetretenen Änderung hat schon das Ehegesetz vom 8. Oktober 1856 (§ 13) Rechnung getragen, indem es wieder ausdrücklich den gerichtlichen Beweis des Ehebruches fordert.[77])

Wie, wenn der Verheiratete sich bei dem Ehebruche für ledig ausgegeben hat? Dann trifft der Vorwurf des Ehebruches nur ihn und es wäre ungerecht, dem andern Teile die heilende Ehe zu versagen. So ist es auch nach kanonischem Rechte: der Schuldige kann den hintergangenen (oder gezwungenen) Teil heiraten, sobald seine Ehe gelöst ist.[78]) Für das österreichische Recht aber wird das Gegenteil behauptet.[79]) Dafür spricht nichts, auch nicht der Buchstabe des § 67; denn von dem gutgläubigen Teile kann man doch nicht sagen, daß er „einen Ehebruch begangen" habe.

9. Das Ehehindernis des Gattenmordes (§ 68) steht der Ehe zweier Personen entgegen, wenn sie

a) einander die Ehe versprochen haben, obwohl mindestens eine von ihnen verheiratet war, wenn sodann

b) ein Teil (der Verheiratete oder der Ledige), wenn auch ohne Mitwirkung, ja selbst ohne Wissen des andern, dem Gatten, der ihrer Eheschließung im Wege steht, nach dem Leben gestellt hat, und zwar gleichviel, ob mit oder ohne Erfolg[80]), jedoch

c) in der Absicht, die Eheschließung zu ermöglichen.[81])

10. Als Teilnahme an der Trennungsursache pflegt man, nicht ganz passend, das Hindernis des § 119 zu bezeichnen. Wird nämlich eine (nicht katholische) Ehe getrennt, so kann der Getrennte denjenigen nicht heiraten, der vermöge der (schon) „bei der Trennung vor-

Ehebruch im „Scheidungsurteil" als Grund der „Scheidung" festgestellt worden sein, vgl. ABGB. § 119.

[75]) Harrasowsky V (Entw. Martinis) S. 32 Note 17 a. E., Ofner, Prot. I S. 95.

[76]) Harrasowsky, Entw. Hortens S. 39 und 41 (Note), Ofner, Prot II S. 339 (Note), Note der Hofkommission v. 30. Mai 1816 in Pratobeveras Mat. III S. 218 f.

[77]) Rittner S. 125, v. Anders S. 24, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 137. Dagegen v. Neumann-Ettenreich S. 37.

[78]) v. Scherer § 125 Note 30, Leitner S. 260, Haring S. 524.

[79]) Dolliner I S. 249 f., Stubenrauch 8. Aufl. I S. 135, v. Anders S. 23 (Grundriß S. 11), Rittner S. 126, v. Neumann-Ettenreich S. 38.

[80]) Mordversuch genügt (Harrasowsky, Entw. Martinis S. 32 Note 18), Totschlag genügt nicht (Dolliner I S. 273).

[81]) Diese Absicht ist nicht (mit Zeiller, Komm. I S. 220) zu vermuten. Dolliner I S. 274 f., v. Scherer S. 395 Note 48.

gelegenen Beweise durch Ehebruch, durch Verhetzungen oder auf eine andere sträfliche", d. h. sittlich verwerfliche[82]) Art die vorangegangene Trennung veranlaßt hat. Der erwiesene Ehebruch, den das Gesetz in den Vordergrund stellt, begründet also zugleich das Ehehindernis des Ehebruches und das der Teilnahme an der Trennungsursache.[83]) Die übliche Bezeichnung des Hindernisses kann irreführen.[84]) Vom Ehebruche abgesehen, ist es weder genügend noch erforderlich, daß der Dritte an der Trennungsursache teilgenommen hat. Nicht genügend: die Teilnahme an dem mit fünfjährigem Kerker bestraften Verbrechen (§ 115) begründet das Hindernis nicht.[85]) Nicht erforderlich: wer den Mann, der trotz des Ehebruches seiner Frau, die Ehe fortsetzen will, davon abhält, weil er die Schuldige nach der Trennung heiraten will, dem tritt das Hindernis entgegen, obwohl er an der Trennungsursache nicht teilgenommen hat. Es genügt ja, wie das Gesetz ausdrücklich sagt, die Verhetzung. Die unrichtige Bezeichnung hat auch zu einer Streitfrage Anlaß gegeben, ob nämlich der Dritte den schuldlosen Teil heiraten könne.[86]) Gewiß nicht! Das Hindernis setzt ja gemeinsames Verschulden („Teilnahme") gar nicht voraus.

11. Nach katholischer Auffassung sind die Ehen akatholischer Christen ebenso untrennbar wie die der Katholiken. Dieser Auffassung trägt ein eigenartiges Ehehindernis Rechnung, das man als Hindernis des Katholizismus[87]) zu bezeichnen pflegt. Zwar wurde noch mit Patent vom 17. Juli 1788, JGS. Nr. 857, ausdrücklich erklärt, daß ein getrennter Akatholik auch nach dem Übertritte zur katholischen Religion zu einer neuen Ehe schreiten dürfe, aber schon mit einem Hofdekrete vom 15. April 1789 wurde den Bischöfen bedeutet, daß dieses Patent zwar nicht eigens widerrufen, aber doch außer Kraft gesetzt sei und alles „in statu quo" zu verbleiben habe. Diese absichtlich dunkel abgefaßte Anordnung wurde nicht einmal den Gerichten bekannt gemacht. Daß sie aber auch den Redaktoren des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches ent-

[82]) Dolliner I S. 276, Rittner S. 123. Vgl. ALR. II 1 § 26: „Auch diejenigen, welche durch verdächtigen Umgang oder sonst gestiftete Mißhelligkeiten Anlaß zur Trennung einer Ehe gegeben haben, sollen die geschiedene Person nicht ehelichen."

[83]) Gesetzeskonkurrenz. Dolliner I S. 278. Die Wiederholung wurde von mehreren Seiten beanstandet, Zeiller entschied sich gleichwohl dafür, „die Worte ‚durch Ehebruch', obwohl diese Bestimmung schon früher vorkommt, dennoch des Zusammenhanges wegen beizubehalten" (Ofner, Prot. I S. 135).

[84]) Sie entspricht der Auffassung Dolliners I S. 276 f.

[85]) Dolliner S. 277 gibt zu, daß hier der Grund des Gesetzes gewöhnlich nicht eintrete.

[86]) Nach Rittner S. 123 besteht das Hindernis nur gegenüber dem schuldigen Gatten. Dagegen z. B. Krasnopolski S. 45.

[87]) Dolliner I S. 279 ff., J... y, Das Ehehindernis des Katholizismus in den JBl. 1875 Nr. 8, Rittner S. 82 ff., Singer Nr. 83, Schwarz Nr. 46, Maaßen a. a. O. S. 25, Geller a. a. O. S. 1049, Bartsch S. 281 f., v. Scherer S. 363, v. Neumann-Ettenreich S. 40, v. Di Pauli, Das impedimentum catholicismi ArchKathKR. 88, 273. Bezüglich der Ausländer vgl. Entsch. Slg. Nr. 11.110, III Nr. 1210, VI Nr. 2467,

gangen sei[88]), ist nicht richtig. Die Redaktoren haben vielmehr unter Berufung auf das Hofdekret vom 15. April 1789 sowohl die Eheschließung eines getrennten Akatholiken mit einem Katholiken, als auch jede Verehelichung eines getrennten Akatholiken nach dem Übertritte zum katholischen Bekenntnisse für unzulässig erklärt. „Wie man aber schon vormals rätlich gefunden, die Verordnung nicht allgemein bekannt zu machen", so erachteten die Redaktoren „auch gegenwärtig, weil schon die Geistlichkeit bei der Trauung darüber wachen werde, beide Fälle in dem Gesetzbuche nicht zu berühren".[89]) Die Lücke wurde nach wenigen Jahren ausgefüllt, indem ein Hofdekret vom 26. August 1814, JGS. Nr. 1099, „zur genaueren Bestimmung des § 119 ABGB." erklärte, daß ein getrennter Akatholik sich bei Lebzeiten seines (gewesenen) Ehegatten nur mit einer akatholischen Person gültig verehelichen könne (erster Fall des Ehehindernisses des Katholizismus). Als selbstverständlich bezeichnete es dann ein Hofdekret vom 17. Juli 1835, JGS. Nr. 61, „daß eine bei Eingehung ihrer Ehe zur akatholischen Religion gehörig gewesene, dann aber zur katholischen Kirche übergetretene, von ihrem akatholischen Gegenteile geschiedene Person bei Lebzeiten des getrennten akatholischen Gegenteiles keine gültige Ehe eingehen könne" (zweiter Fall des Ehehindernisses des Katholizismus). Endlich erklärt ein Hofkanzleidekret vom 4. Februar 1837, JGS. Nr. 168, daß dieses Hindernis aus getrennten Judenehen nicht entspringe.[90]) Das Hindernis des Katholizismus hat also, wie Dolliner[91]) bemerkt, das Sonderbare, daß es in Ansehung eines getrennten Katholiken als ein absolutes (HfD. von 1835), in Ansehung eines getrennten akatholischen Christen als ein relatives (HfD. von 1814) und in Ansehung eines getrennten Juden gar nicht in Betracht kommt.

12. Zur Gültigkeit der Ehe verlangt das Gesetz (§ 69) auch das Aufgebot[92]), doch macht ein in der Form oder der Zahl der Verkündigungen unterlaufener Mangel die Ehe nicht ungültig (§ 74). Das Aufgebot besteht in der öffentlichen Verkündigung der beabsichtigten Ehe mit der Aufforderung, daß jedermann, dem ein Ehehindernis bekannt ist, es anzeigen solle. Die Person beider Verlobten soll durch Angabe des Vornamens, des Familiennamens, des Geburtsortes, des Standes und des Wohnortes genau bezeichnet werden.[93])

IX Nr. 3333, XVI Nr. 6461, Entsch. v. 2. Mai 1916 JBl. 1916 Nr. 26.

[88]) Dolliner S. 284. Vgl. über das Hofdekret Di Pauli a. a. O. S. 276.

[89]) Ofner, Prot. I S. 135.

[90]) Vgl. auch Entsch. Slg. Nr. 14.507.

[91]) I S. 279 f.

[92]) Abweichend vom kanonischen, übereinstimmend mit dem englischen Rechte. Vgl. über das Aufgebot Rittner S. 219 ff., S. 238 ff., Schwartz Nr. 49, H. H. in der Verw. Zeitschr. 1884 Nr. 49, v. Scherer S. 111, Illasiewicz, Das Ehehindernis der Aufgebotsunterlassung im österr. BGB. in Gellers ZBl. Bd. 17 S. 849 ff., Leitner § 47, Haring § 126, Krasnopolski § 9, v. Anders, Grundriß S. 15, v. Neumann-Ettenreich S. 6.

[93]) Die Angabe des Alters (Anw. f. d. geistl. Gerichte § 60) wird nicht verlangt. Sie ist der Braut oft unerwünscht.

Vorzunehmen ist das Aufgebot an drei Sonn- oder Festtagen. Sie müssen nicht — ohne Übergehung eines derartigen Tages — aufeinander folgen. Wenn unser allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (§ 126) gerade für die Judenehen, denen das Aufgebot früher fremd war, entsprechend der Forderung des Konzils von Trient vorschreibt, daß das Aufgebot an drei „nacheinander folgenden" Sabbath- oder Feiertagen geschehen solle, so ist das ein Versehen, das gemäß dem § 71 zu berichtigen ist.[94]) Es ist nicht einmal immer zweckmäßig, die Verkündigungen an aufeinander folgenden Sonn- und Feiertagen vorzunehmen, weil sie sonst oft innerhalb einer Woche oder sogar binnen drei Tagen erledigt werden könnten.[95])

Die Verkündigung erfolgt nach § 71 in der „gewöhnlichen Kirchenversammlung des Pfarrbezirkes oder, wenn jedes der Brautleute in einem andern Bezirke wohnt, beider Pfarrbezirke". Es kommt auf den wirklichen Wohnort an, d. h. auf den Ort, wo der Verlobte „in der Absicht eines mehr als vorübergehenden Aufenthaltes sich niedergelassen" hat.[96]) Der abgeleitete Wohnsitz des Minderjährigen (oben § 72) kommt hier nicht in Betracht.[97]) Der tatsächliche Wohnsitz der Brautleute muß bereits mindestens sechs Wochen gedauert haben, sonst „ist das Aufgebot auch an ihrem letzten Aufenthaltsorte, wo sie länger als die eben bestimmte Zeit gewohnt haben, vorzunehmen, oder die Verlobten müssen ihren letzten Wohnsitz an dem Orte, wo sie sich befinden, durch sechs Wochen[98]) fortsetzen, damit die Verkündigung ihrer Ehe dort hinreichend sei" (§ 72). In diesem Falle darf also erst nach Ablauf von sechs Wochen mit den Aufgeboten begonnen werden und die Ehe ist nichtig, wenn nicht wenigstens das dritte Aufgebot erst nach Ablauf dieser Frist vorgenommen worden ist.[99]) Doch wird das seit langer Zeit bestritten. Viele Schriftsteller meinen, daß nur die Ehe aufgeschoben werden müsse, die Aufgebote könnten schon während der sechs Wochen vorgenommen werden.[100]) Sonst wäre, nach der Bemerkung Rittners, „dieser Absatz ganz überflüssig, weil sich dieses [die Zulässigkeit der Aufgebote nach Ablauf der sechs Wochen] ganz von selbst aus dem ersten Absatz des Paragraphen versteht". Es ist auch überflüssig, aber unser allgemeines bürgerliches Gesetzbuch gibt auch sonst Auskünfte, die sich für den Juristen von selbst verstehen. Die

94) Rittner S. 222 Note 7.

95) Partikuläre kirchliche Vorschriften verbieten geradezu, das Aufgebot an drei nicht durch Werktage getrennten Tagen vorzunehmen: Haring § 126 Note 7.

96) So Entsch. Slg. XII Nr. 4731 u. a. Der vorübergehende Aufenthalt des „fliegenden" Eisenbahnbeamten genügt nicht; ein solcher Beamter ist nach Entsch. Slg. XIII Nr. 5112 an dem „Dienstorte" aufzubieten, von dem seine Dienstreisen ausgehen.

97) Entsch. Slg. XI Nr. 4176.

98) Harrasowsky, Entw. Martinis S. 35 Note 24.

99) So Entsch. Slg. XI Nr. 4176. Dolliner I S. 320 ff., Winiwarter I S. 219, Krasnopolski § 9 Note 5.

100) So unsere früheren Auflagen, Helfert ZfRuSt. 1833 I 1, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 142, Rittner S. 221 u. Note 5, v. Anders, FamR. S. 38, v. Scherer § 111 Note 57 u. 80, v. Neumann-Ettenreich S. 6.

Frage war: wie ist vorzugehen, wenn die Vorschrift des § 72 (Verdopplung der Aufgebote) nicht beobachtet werden kann, weil der Verlobte sich nirgends länger als sechs Wochen aufgehalten hat? Und die Antwort ist: dann muß er eben irgendwo sechs Wochen bleiben, um aufgeboten werden zu können.[101])

Wenn die Brautleute nach dem Aufgebote übersiedeln, so muß es am neuen Wohnorte neuerlich vorgenommen werden.[102]) „Wird binnen sechs Monaten nach dem Aufgebote die Ehe nicht geschlossen, so müssen die drei Verkündigungen wiederholt werden" (§ 73), nicht nur weil in der Zwischenzeit ein Ehehindernis entstanden oder entdeckt worden sein kann, sondern auch weil die Eheschließung vielleicht gerade im Hinblick auf eine angedrohte Anzeige zum Scheine aufgegeben, in Wirklichkeit aber nur aufgeschoben worden ist.[103])

Zur Vornahme des Aufgebotes ist der Seelsorger berufen.[104]) Weigert er sich aus einem vom Staate nicht anerkannten Grunde, so nimmt die politische Bezirksbehörde (die Bezirkshauptmannschaft, der Magistrat) das Aufgebot vor (Zivilaufgebot), und zwar durch öffentlichen Anschlag an der eigenen Kundmachungstafel und an der des Gemeindeamtes des Wohnortes der Brautleute.[105]) Das Aufgebot bleibt durch drei Wochen angeschlagen, bevor die Ehe geschlossen werden kann. Außerdem wird das Aufgebot mündlich an einem oder mehreren Amtstagen verkündet.[106]) Wie das eben erörterte Notzivilaufgebot, so wird auch das obligatorische Zivilaufgebot der Konfessionslosen (§ 1 Ges. vom 9. April 1870, Nr. 51) und der Muselmanen (§ 7 Ges. vom 15. Juli 1912, Nr. 159) vorgenommen. Bei Mischehen zwischen Konfessionslosen oder Muselmanen und Juden gilt für den einen Teil das obligatorische

[101]) Vgl. Ofner, Prot. II S. 504, dazu S. 662 Note 6. Hiemit sind andere Auskunftsmittel (Aufgebot am Heimats- oder Geburtsorte) abgelehnt.

[102]) Dolliner I S. 311, v. Scherer § 111 Note 80; a. M. Stubenrauch 8. Aufl. II S. 142 Note 2, v. Anders, Familienrecht S. 38. Zur Gültigkeit der Ehe ist die Wiederholung des Aufgebotes allerdings nicht erforderlich.

[103]) Vgl. Zeiller I S. 224.

[104]) Auch bei den Juden, wo nach § 126 aushilfsweise die Ortsobrigkeit das Aufgebot vornehmen sollte. Nach dem Ges. v. 21. März 1890 Nr. 57, betr. die Regelung der äußeren Rechtsverhältnisse der israelitischen Religionsgesellschaft gehört jeder Israelit der Kultusgemeinde an, in deren Sprengel er seinen ordentlichen Wohnsitz hat. Von besonderem Interesse ist hier § 17 zit. Ges. Danach können die nach dem BGB. den Rabbinern oder Religionslehrern übertragenen Funktionen hinsichtlich des Aufgebotes, der Trauung, Scheidung und Trennung nur von einem in Gemäßheit dieses Gesetzes angestellten Rabbiner oder (während der Erledigung des Rabbinats oder bei Verhinderung des Rabbiners) von seinem gesetzmäßigen Stellvertreter vorgenommen werden. Jede Kultusgemeinde muß wenigstens einen Rabbiner haben; hat sie mehrere, so kann jeder die genannten Amtshandlungen verrichten; die von der Kultusgemeinde in dieser Richtung etwa getroffenen Einschränkungen sind für den staatlichen Bereich wirkungslos.

[105]) Ges. v. 25. Mai 1868 RGBl. Nr. 47 Art. II §§ 1—5, AusfV. v. 1. Juli 1868 RGBl. Nr. 80.

[106]) Wo solche abgehalten werden. Zur Gültigkeit der Ehe genügt der Anschlag (§ 5 Ges. v. 1868).

Zivilaufgebot, für den andern das Aufgebot durch den Rabbiner oder, wenn dieser sich weigert, das Notzivilaufgebot.[107])

„Eine Maßregel", sagt Kardinal Rauscher[108]), „welche die Verhütung ungültiger Ehen zum Zwecke hat, gerät mit sich selbst in Widerspruch, wenn man ihr die Wirkung beilegt, ungültige Ehen zu verursachen." Dennoch ist nach § 74 die Ehe ungültig, wenn nicht die Namen beider Brautleute und ihre bevorstehende Ehe wenigstens einmal sowohl im Pfarrbezirke des Bräutigams als auch in dem der Braut verkündigt worden sind.[109]) Beispiel: Der Bräutigam hatte dem Seelsorger versehentlich den Taufschein seines Bruders übergeben, infolgedessen war er im Aufgebote mit dem Vornamen seines Bruders bezeichnet worden und konnte nun, dank diesem Formfehler, später die Nichtigerklärung seiner Ehe erwirken.[110])

Auch Militärehen sind ungültig, wenn das Aufgebot ganz unterblieben ist[111]), nicht aber wenn es statt vom zuständigen Militärseelsorger vom Zivilseelsorger vorgenommen worden ist.[112])

13. Die Eheunfähigkeit der zum schweren Kerker verurteilten Verbrecher (§ 61 ABGB., § 27 StG.) ist für die der Zivilstrafjustiz unterstehenden Personen mit dem Gesetze vom 25. November 1867, Nr. 131 (§ 5), aufgehoben worden; siehe oben § 70.

§ 427.

b) Eheverbote.[1])

Die verbotene Ehe ist gültig, aber strafbar. Da sich die Verbote nicht bloß an die Ehewerber, sondern auch an das Trauungsorgan richten, so verhindern sie die Abschließung der Ehe in der Regel ebenso wirksam wie die trennenden Hindernisse. Anders verhält es sich mit den für einzelne Kategorien der Staatsbediensteten (gewisse Unterbeamte und Diener) bestehenden Eheverboten (Dienstpragmatik von 1914, § 167). Sie gehören nicht hieher, weil ihre Übertretung nur ein Dienstvergehen bildet. Die Eheschließung selbst wird nicht verhindert.[2]) Die

[107]) Mit dem obligatorischen Zivilaufgebote will sich Spiegel in Gellers ZBl. 1912 S. 288 begnügen.

[108]) Die Ehe S. 113. Ähnlich schon v. Haan bei der Beratung des Ehegesetzes für Salzburg, Ofner, Prot. II S. 340.

[109]) Mehr ist auch bei Judenehen nicht wesentlich. A. M. Rittner S. 224 wegen § 129, den er auf die für die Judenehen vorgeschriebenen Formalitäten bezieht. Allein der Paragraph handelt nach seiner Einreihung nur von der Trauung. Pfaff in der NotZ. 1906 Nr. 1 Note 41.

[110]) Entsch. Slg. XIV Nr. 5389. — Entsch. Slg. XVI Nr. 6618 erklärt eine Ehe für nichtig, weil der Bräutigam statt als „N. N." als „N. von N." aufgeboten worden war.

[111]) A. M. v. Neumann-Ettenreich S. 11.

[112]) v. Anders, Grundriß S. 16.

[1]) v. Anders, Grundriß S. 23 ff.

[2]) Diese Verbote gehen das Trauungsorgan nichts an, Haring S. 542 Note 3. Sie sind im Dienstrechte, nicht im Eherechte zu behandeln, oben § 424a II b. Vgl. über diese Verbote auch Rittner S. 287 f. und den Aufsatz „über Weiberverzichte" JBl. 1880 Nr. 46.

eigentlichen (in Rangklassen eingeteilten) Staatsbeamten sind nur verpflichtet, ihre Verehelichung der Dienstbehörde anzuzeigen (Dienstpragmatik, § 32). Im folgenden werden nur die Eheverbote im engeren Sinne (aufschiebende Ehehindernisse) dargestellt.

1. Der militärbehördlichen Ehebewilligung bedürfen nach § 52 WehrG. vom 5. Juli 1912, Nr. 128, die aktiven Personen der gemeinsamen Wehrmacht und der Landwehr[3]), die uneingereihten Rekruten, die dauernd beurlaubten Präsenzdienstpflichtigen des gemeinsamen Heeres, der Kriegsmarine und der Landwehr[4]), die mit der Vormerkung für Lokaldienste in den Ruhestand versetzten Offiziere und die in der Lokoversorgung eines Militärinvalidenhauses untergebrachten Personen der gemeinsamen Wehrmacht und der Landwehr. Andere Militärpersonen, z. B. uneingereihte Ersatzreservisten oder die zur Kriegsdienstleistung einberufenen Landsturmmänner und Reservisten[5]) bedürfen keiner Ehebewilligung.

Im bürgerlichen Gesetzbuche (§ 54) begründete dieses Verbot ein trennendes Ehehindernis. Das wurde geändert durch die Vorschrift über die Heiraten in der k. k. Landarmee vom 19. September 1861 (C. K. Nr. 3881) und die Vorschrift über die Heiraten in der k. k. Kriegsmarine (ah. Entschl. vom 25. Juni 1863).

Offiziere und Militärbeamte von der achten Rangklasse abwärts erhalten nach § 3 der Vorschrift über die Heiraten im k. u. k. Heere vom 21. Dezember 1907[6]) die Ehebewilligung nur gegen Sicherstellung eines Kapitals — der Militärheiratskaution.[7]) Das Kapital beträgt für einen Major 30.000 K, für einen Hauptmann 40.000 K, für einen Oberleutnant 50.000 K und für einen Leutnant 60.000 K, es muß sich mit mindestens vier vom Hundert verzinsen (§ 16) und dient „zur Verbesserung der standesgemäßen Subsistenz" beider Ehegatten (§ 18), und zwar für die Frau auch auf die Dauer des Witwenstandes (§§ 26 f.)[8])

[3]) J. S., Das Eherecht der Landwehr JBl. 1882 Nr. 52.

[4]) Wenn sie sich nicht in den letzten drei Monaten ihrer Präsenzdienstpflicht befinden.

[5]) Haring, Kirchenrecht S. 542 Note 1. Vgl. auch A. Merkl, Das Recht der Kriegstrauungen GZ. 1917 Nr. 7.

[6]) Seeliger, Die militärischen Heiratsvorschriften (1910) S. 1 ff. Ebda. S. 173 ff. die Vorschrift über die Heiraten in der Kriegsmarine vom 19. Aug. 1908 und S. 228 ff. die Vorschrift über die Heiraten in der Landwehr vom 13. April 1908.

[7]) Skala, Das neue System der Militärheiratskautionen 1888; einen Versuch, sie zu konstruieren, macht v. Némethy, Zur juristischen Struktur der Militärheiratskaution und deren Intabulation in der GZ. 1894 Nr. 15. Vgl. auch H. Bartsch GBG. § 32, Richter, Rechtliche Natur der Militärheiratskautionen in der NotZ. 1888 Nr. 48, Krassel, Beitrag zum österr. Militäreherecht ebda. 1896 Nr. 51, 52, Derf., Die Militärheiratskaution ebda. 1898 Nr. 26, 27, Fried, Ad vocem Militärheiratskaution ebda. 1898 Nr. 32, gegen ihn Krassel ebda. 1898 Nr. 34, Schmid im StWB. II S. 757 f. (2. Aufl.), Fuchs ebda. II S. 363 f. (1. Aufl.), Roztocil, Zur Kontroverse in Ansehung der Militärheiratskautionen in der NotZ. 1900 Nr. 36—42, 44, Schmid, Heeresrecht S. 138 f., R. Bartsch, Das Recht des Nachhypothekars GZ. 1902 Nr. 18, Steiner, Die Regierungsvorlage uff. NotZ. 1909 Nr. 21.

[8]) Die Witwenversorgung — um die

und für den verwitweten Mann noch bis zur Großjährigkeit oder der früheren Versorgung der Kinder (§ 26 a). Die Bestellung der Kaution ist kein Vertrag (Ehepakt)[9]), sondern nur eine einseitige schriftliche Erklärung, die von der Behörde (Kriegsministerium oder Ministerium für Landesverteidigung) genehmigt wird. Die Behörde macht auf der ihr vorgelegten Widmungsurkunde die „Annahme der Heiratskaution" ersichtlich.[10])

Verträge, die der Widmung widerstreiten, sind ungültig (§ 21), Zwangsvollstreckungen erheblichen Einschränkungen unterworfen.[11]) Zwar steht der Pfändung das Kautionsband nicht im Wege, die Verwertung kann aber erst nach Lösung des Bandes (§ 26) erfolgen.[12]) Bis dahin steht der Zinsengenuß den Eheleuten zu, und zwar zunächst regelmäßig — wenn nichts anderes gültig (§ 21) vereinbart ist[13]) — dem Manne.[14]) Das Eigentum des zur Sicherstellung der Rente dinglich gebundenen (mit dem Fruchtgenußrechte belasteten) Kapitals verbleibt dem Kautionsleister.[15]) Anders freilich, wenn das Kapital zugleich — etwa vom Vater der Braut in Erfüllung seiner Dotationspflicht[16]) — zur Ausstattung oder zum Heiratsgute (im weiteren Sinne) bestimmt wurde.[17])

Auch Mannschaftspersonen erhalten die Ehebewilligung nur, wenn „die Existenzbedingungen in genügender Weise sichergestellt erscheinen" (§ 36 der Heiratsvorschrift). Kadetten und Einjährig-Freiwilligen darf keine Ehebewilligung erteilt werden (§ 40 ebenda).

2. Nach § 40 WehrG. ist die Verehelichung vor dem Eintritte in das stellungspflichtige Alter und während der Dauer der Stellungspflicht grundsätzlich nicht gestattet.[18]) Das stellungspflichtige Alter beginnt mit dem Kalenderjahre des 21. und endet mit dem des 23. Geburtstages. Wer seiner Stellungspflicht nicht entsprochen hat, bleibt bis zum 36. Lebens-

sich der Staat im übrigen nicht kümmerte — war ursprünglich der einzige Zweck der Militärheiratskaution. Vgl. Vdg. v. 3. März 1750 Cod. Austr. V S. 484.

[9]) Entsch. Slg. XII Nr. 4536. Deshalb ist nach Entsch. Slg. XVI Nr. 6376 der Zinsenbezug in den gesetzlichen Erbteil der Witwe nicht einzurechnen.

[10]) Entsch. v. 6. Okt. 1908 bei Seeliger S. 35: In der Widmung eines Vermögens als Militärheiratskaution liegt eine Art zeitweiliger Stiftung. Soll eine Militärheiratskaution zu stande kommen, so gehört dazu die Genehmigung der Militärbehörde.

[11]) HKzD. v. 29. Sept. 1835 JGS. Nr. 84, §§ 5, 6 Ges. v. 21. April 1882 Nr. 123.

[12]) Entsch. Slg. IX Nr. 3504.

[13]) Überlassung an die bei ihren Eltern lebende Frau: Entsch. Slg. XII Nr. 4536. Dritten Personen, z. B. einem Kreditgeber, kann der Mann den Zinsengenuß nicht abtreten: Entsch. v. 28. Nov. 1913 NotZ. 1914 Nr. 39.

[14]) Trotz tatsächlicher Trennung der Ehegatten, Entsch. Slg. IX Nr. 3467, und nach Entsch. Slg. II Nr. 752 selbst nach erfolgter Scheidung von Tisch und Bett. So auch S. B. in der GZ. 1900 Nr. 3, dagegen Sternberg in der GH. 1900 Nr. 42, 43.

[15]) Entsch. Slg. Nr. 10.064.

[16]) Vgl. Entsch. des VGH. v. 19. Mai 1903 in der NotZ. 1903 Nr. 35.

[17]) Vgl. Entsch. Slg. Nr. 2077 und — betreffend Fortbezug der Zinsen nach Lösung des Kautionsbandes durch Austritt aus dem Heere — Nr. 2270, 3374, XVI Nr. 6723.

[18]) Strafe bei unerlaubter Verehelichung: § 72 WehrG.

jahre stellungspflichtig (§ 16 WehrG.). Wer bei einer Stellung als waffenunfähig oder bei der letzten Stellung als untauglich gelöscht worden ist, kann ohneweiters heiraten.[19]) Bei rücksichtswürdigen Umständen kann der Landesverteidigungsminister Stellungspflichtigen die Ehe bewilligen.

3. Beseitigt ist in den meisten Ländern das Erfordernis des sogenannten politischen Ehekonsenses, welcher für Ehen von Dienstboten, Handwerksgesellen, Taglöhnern und solchen Personen vorgeschrieben war, die keine bestimmte Erwerbung haben. Unzweifelhaft besteht er noch heute in Tirol und Vorarlberg für unansässige Personen aus der Klasse der Dienstboten, Gesellen, Taglöhner und sogenannten Inwohner. Ob auch in Salzburg, war einige Zeit zweifelhaft; der Verwaltungsgerichtshof hat in einer Entscheidung vom 12. April 1883 ausgesprochen, es bestehe für Salzburg keine Vorschrift, auf welche die Notwendigkeit des politischen Ehekonsenses gegründet werden könnte.[20])

4. Der Frau ist nach dem Tode des Mannes sowie nach Nichtigerklärung oder Trennung der Ehe[21]) während der Wartezeit die Ehe verboten (§ 120). Geschichtlich hat dieses Verbot eine doppelte Wurzel: einerseits widerstreitet die schleunige Wiederverehelichung der von der Sitte geforderten Trauer[22]), andrerseits soll (auch im Falle der Trennung und der Nichtigerklärung) die Verehelichung einer bereits schwangeren Frau mit einem andern Manne vermieden werden.[23]) Diese Rücksicht tritt heute in den Vordergrund, doch sind wir nicht berechtigt, anzunehmen, daß es nur darauf ankomme, Zweifel über die Vaterschaft des in der zweiten Ehe geborenen Kindes auszuschließen. Denn dann müßte die sofortige Eheschließung zulässig sein, wenn die Schwangerschaft gewiß ist[24]) und ebenso, wenn die Nichtschwangerschaft keinem Zweifel unterliegt. § 120 schreibt nun allerdings eine gesetzliche Warte-

[19]) Haring S. 540.

[20]) Vgl. Bericht des Landesausschusses des Herzogtums Salzburg, mit welchem die Regelung des Ehekonsenses beantragt wird, v. 17. Mai 1883 Nr. 12/L. T. 1883, Possett-Csorich, Der politische Ehekonsens im Kronlande Salzburg in der Zeitschr. f. Verw. 1883 Nr. 26, 27 und überhaupt: Rittner S. 281 ff., Mayrhofer, Handb. V S. 3 ff., v. Mahl-Schedl im StWB. 2. Aufl. I S. 705, v. Scherer S. 440 Note 51, Haring S. 538 f., v. Neumann-Ettenreich S. 47 f.

[21]) JosGB. III § 111, HfD. v. 16. Febr. 1787 JGS. Nr. 630, Harrasowsky, Entw. Hortens S. 39 und 40.

[22]) Kohler in Grünhuts Zeitschr. Bd. 19 S. 588 ff., Wilutzky, Vorgeschichte S. 226, v. Scherer, Kirchenrecht II S. 357 Noten 31 und 32, Villanueva, Le seconde nozze della vedova 1905, Jolly, Recht und Sitte § 20. In Schweden und Dänemark besteht heute noch nicht nur für die Witwe eine einjährige Trauerfrist, sondern auch eine allerdings kürzere Frist für den Witwer. Roguin S. 77. Ähnlich bei den russischen Protestanten, Hahn. Eherecht S. 790.

[23]) So schon bei den Römern, vgl. Tacitus, Annales I c. 12: „consulti (von Augustus) per ludibrium pontifices, an (Livia) conceptu necdum edito partu, rite nuberet." Nach dem Koran ist während der Wartezeit (Iddet) auch der außereheliche Geschlechtsverkehr verboten. v. Kaurimsky, Ehe- und Familienrecht der Mohammedaner S. 18.

[24]) Kohler a. a. O. S. 590.

frist von 180 Tagen nur für den Fall vor, wenn die Schwangerschaft zweifelhaft ist, er bestimmt aber auch ausdrücklich, daß eine schwangere Frau nicht vor ihrer Entbindung heiraten darf und gestattet andrerseits, „wenn nach den Umständen oder nach dem Zeugnisse der Sachverständigen eine Schwangerschaft nicht wahrscheinlich ist", die Wiederverehelichung doch erst nach drei Monaten und auch das nur mit behördlicher Bewilligung.[25]) Von dem Falle der Wahrscheinlichkeit darf nun nicht etwa der Fall der Gewißheit der Nichtschwangerschaft unterschieden werden;[26]) der staatlichen Aufsicht wäre ja der Boden entzogen, wenn die (tatsächlich nicht schwangere) Frau sofort heiraten und sich dann damit rechtfertigen könnte, daß sie ihre Nichtschwangerschaft nicht bloß für wahrscheinlich, sondern für völlig gewiß angesehen habe.[27]) Nur bei der Wiedervereinigung getrennter Ehegatten (§ 118) sowie wenn nach der Nichtigerklärung ihrer Ehe die Scheinehegatten einander heiraten können und wollen, entfällt die Wartezeit von selbst[28]), da eine solche Ehe keine „neue" im Sinne des § 120 ist. Das ergibt sich auch aus den Bestimmungen des § 121, die voraussetzen, daß der zweite Mann von dem „vorigen Manne" verschieden ist.

Die vorzeitige Eheschließung ist nicht ungültig (§ 121). Aber die Ehegatten sind „mit einer den Umständen angemessenen Strafe zu belegen". Damit begnügt sich das Gesetz nicht. War die Frau schwanger, so verliert der Mann, dem ihre Schwangerschaft unbekannt war, das Recht, die Ehe gemäß § 58 wegen Irrtums anzufechten. Die Frau aber erleidet, gleichviel ob sie schwanger war oder nicht, nach einem unglücklichen Einfalle Martinis noch einen besonders schweren Nachteil. Anknüpfend an Bestimmungen des späteren[29]) römischen Rechtes, die der deutschen und der österreichischen Praxis stets fremd geblieben waren, bestraft § 121 die Frau mit dem Verluste des Ehegewinnes, nämlich der „ihr von dem vorigen Manne durch Ehepakten, Erbvertrag, letzten Willen oder durch das Übereinkommen bei der Trennung zugewendeten Vorteile".[30]) Daß diese schwere Strafe Verschulden voraussetze, ist nie bezweifelt worden; daß Rechtsirrtum ebensogut entschuldigt werden kann wie jeder andere Irrtum, ist bekannt (oben § 7, 3. 5).

[25]) Die Bewilligung erteilt nach § 1 Ges. v. 4. Juli 1872 RGBl. Nr. 111 die politische Behörde erster Instanz.

[26]) Entsch. Slg. Nr. 524, XII Nr. 4791. Dolliner IV S. 275 ff., Rittner S. 290, v. Neumann-Ettenreich S. 41; dagegen Pfaff in Grünhuts Zeitschr. II S. 311, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 201, Krasnopolski IV S. 61, v. Anders, Grundriß S. 25, Touaillon JBl. 1911 Nr. 6. Man vgl. auch ALR. II 1 §§ 22, 23.

[27]) Abgesehen hievon kommen auch Anstandsrücksichten in Betracht: Harrasowsky, Entw. Martinis S. 43 Note 44.

[28]) Vgl. Schweiz. ZGB. Art. 103 (Abkürzung der Frist durch den Richter).

[29]) Der gute Numa hatte sich mit dem Opfer einer trächtigen Kuh begnügt. Plutarch, Numa 12.

[30]) l 2. C. de sec. nuptiis 5, 9. Geschenke (Ofner, Prot. II S. 349) sowie jene Ansprüche, die der Frau nach §§ 1265, 1266 als Entschädigung gebühren, verliert sie nicht.

Wohin man kommt, wenn man diese Grundsätze verleugnet, mag eine verunglückte Entscheidung[31]) zeigen. Eine Witwe heiratete im zweiten Monate nach dem Tode ihres Mannes. Da sie bereits fünfzig Jahre alt war, hielt der Pfarrer ihre Nichtschwangerschaft für gewiß und vollzog die Trauung. Die Witwe war denn auch nicht schwanger. Dennoch verlangten die Erben des ersten Mannes, gestützt auf die altertümliche Vorschrift des § 121, die Herausgabe des Ehegewinnes (Widerlage und Wohnung). Die Gerichte fanden den Anspruch begründet. Der Oberste Gerichtshof meint, daß das Gesetz ein Verschulden der Frau nicht voraussetze. Abgesehen davon liege aber ein Verschulden wirklich vor. Denn mit der Erklärung des Pfarrers, es sei alles in Ordnung, habe sich die Frau nicht begnügen dürfen, weil das Gesetz (§ 120) sich bestimmt ausdrücke und Unkenntnis des Gesetzes nicht entschuldige (§ 2). Während sich also der Pfarrer an Pfaff hielt (oben Note 26), hätte die Frau — vielleicht eine einfache Bäuerin — die Ansicht von Dolliner vertreten, d. h. sie hätte erraten sollen, daß der Oberste Gerichtshof diese Ansicht als die richtige erklären werde. Den Mangel dieser Voraussicht büßt sie mit dem halben Vermögen.

5. Dem Seelsorger ist es nach § 78 (§ 127)[32]) bei schwerer Strafe verboten, die Trauung vorzunehmen, solange nicht die notwendigen Zeugnisse beigebracht worden sind.[33]) Dahin gehören insbesondere

a) die Verkündigungsscheine,

b) der Ausweis über die etwa erforderliche Ehebewilligung (des Vaters, des Vormundschaftsgerichtes, der Militärbehörde),

c) zum Beweise der Großjährigkeit, wenn sie nicht offenkundig ist, der Taufschein oder ein Amtszeugnis des Vormundschaftsgerichtes[34]),

d) die Nachweisung über das Nichtbestehen eines rege gemachten Ehehindernisses, z. B. zur Vermeidung der zweifachen Ehe nach Umständen Ledigscheine und, wenn die einmal erfolgte Verehelichung bekannt ist, jedenfalls das Zeugnis über die Auflösung der ersten Ehe, z. B. der Totenschein des ersten Ehegatten (§ 62, oben § 426, Z. 2),

e) bei Verehelichung eines Ausländers ein Zeugnis seiner heimatlichen Behörde darüber, daß er die persönliche Fähigkeit besitze, einen

[31]) Entsch. Slg. XII Nr. 4791. Touaillon in den JW. 1911 Nr. 6 nennt diese Entscheidung mit Recht eine der verfehltesten, die der OGH. je in die Welt gesetzt hat. Sie beweist, wie sehr der Richter neben seiner juristischen Kunst des Rechtsgefühles bedarf, um nicht auf Abwege zu geraten.

[32]) Vgl. auch ME. v. 16. Juli 1877 Z. 7438, 22. Okt. 1879 Z. 9182 betr. die von ausländischen Pfarrämtern delegierten evangelischen Pfarrer. — Die gegen die Rabbiner gerichtete umfassendere Strafbestimmung des § 130 BGB. ist durch Art. I KdMP. z. StG. v. 1852 aufgehoben worden. Löffler, Studienausgabe zu § 507 StG., Stooß, Strafrecht 2. Aufl. S. 407 Note 2; a. M. Lammasch JW. 1904 Nr. 34.

[33]) v. Anders, Grundriß S. 25 f., Haring S. 428 f.

[34]) HfD. v. 22. Febr. 1817 JGS. Nr. 1319. Über die Befreiung von der Beibringung des Taufscheines HfD. v. 22. Dez. 1826 JGS. Nr. 2242, § 1 Ges. v. 4. Juli 1872 RGBl. Nr. 111.

gültigen Ehevertrag einzugehen.[35]) Österreichern werden derartige Zeugnisse für die Eheschließung im Auslande von den politischen Behörden ausgestellt.[36])

§ 428.

4. Wahre Einwilligung.

1. Das Ehehindernis der Furcht[1]) setzt nach § 55 nur voraus, daß die Eheschließung durch eine gegründete Furcht erzwungen worden ist. „Ob die Furcht gegründet war, muß aus der Größe und Wahrscheinlichkeit der Gefahr, und aus der Leibes- und Gemütsbeschaffenheit der bedrohten Person beurteilet werden". Beispiele: Der Bräutigam hat der Braut gedroht, er werde sie, wenn sie ihn nicht heirate, wegen eines Verbrechens (Abtreibung der Leibesfrucht) anzeigen[2]) oder der Vater hat ihr für den Fall der Weigerung die Abgabe in eine Besserungsanstalt in Aussicht gestellt.[3])

Es wird — anders als sonst bei Verträgen (§ 870) — nicht gefordert, erstens, daß die Furcht eine „ungerechte" war, weil die Nötigung zu einer Eheschließung immer als ungerecht angesehen wird;[4]) zweitens, daß die Furcht von dem andern Teile eingeflößt worden sei. Vielmehr ist die Ehe auch dann nichtig, wenn sie von einem Dritten erzwungen worden ist. Wird ein Kind durch Mißbrauch der elterlichen Gewalt zur Ehe gezwungen[5]), so ist also die Ehe nichtig; die Eltern machen sich in diesem Falle zwar nicht des Verbrechens der Erpressung, wohl aber einer mit strengem Arreste bedrohten Übertretung (§ 508 StG.) schuldig.

2. Das Ehehindernis der Entführung[6]), das sich ursprünglich der Raubehe entgegenstellte, wird im österreichischen Rechte nur noch als ein „latentes Ehehindernis der Furcht" aufgefaßt.[7]) Das beweist schon die Einreihung unter die Hindernisse „aus Mangel der wirklichen Einwilligung". Wird also ein junges Mädchen mit seiner Einwilligung den Eltern entführt, die sich der Eheschließung widersetzen, so entsteht — obgleich strafrechtlich der Tatbestand der Entführung vorliegt (§ 96

35) HKzD. v. 22. Dez. 1814 JGS. Nr. 118 (oben § 22 III). UME. v. v. 22. Nov. 1859 Z. 17.602. Näheres bei v. Neumann-Ettenreich S. 39 ff., bezüglich der russischen Staatsangehörigen auch JMVBl. 1910 S. 187.

36) MJE. v. 27. April 1873 Z. 13.505 und v. 28. Okt. 1879 Z. 11.409. Vgl. v. Hofmannsthal in der GZ. 1914 Nr. 1 (oben § 426 Note 21).

1) Rittner § 28, v. Scherer II S. 173 ff.

2) Entsch. Slg. IX Nr. 3432. Vgl. auch Entsch. Junker-Fuchs Nr. 70.

3) Entsch. Slg. X Nr. 3679.

4) Entsch. Slg. X Nr. 3679, Dolliner I S. 135 f. Soweit aber das Gesetz selbst durch Androhung von Nachteilen (Schadenersatz § 46 VGB., Strafe § 506 StG.) zur Eheschließung antreibt, kann von dem Hindernisse der Furcht keine Rede sein. S. oben § 424 Note 10.

5) Über den sog. timor reverentialis vgl. Ofner, Prot. II S. 342, v. Scherer S. 177, Rittner S. 195 Note 8.

6) Rittner § 17, v. Scherer § 124, Leitner § 25.

7) Pfaff in Grünhuts Zeitschr. 1 S. 227. Vgl. auch Rittner S. 131.

StG.) — das Hindernis nicht, denn die Entführung aus dem Machtbereiche der Eltern bewirkt ja nicht eine Beeinträchtigung, sondern vielmehr die Durchsetzung der freien Entschließung. Hingegen kann eine gegen ihren Willen aus was immer für einem Grunde[8]) entführte Person, so lange ihr nicht die Freiheit wiedergegeben ist, niemanden — also nicht nur nicht den Entführer, sondern auch nicht eine dritte Person — heiraten (§ 56). Die Behauptung, daß (nach österreichischem Rechte) nur eine Frauensperson entführt werden könne[9]), ist unbegründet.[10])

3. Der Irrtum[11]) begründet nur innerhalb sehr enger Grenzen ein Ehehindernis. Während die Raubehe bei allen gesitteten Völkern abgekommen ist, steht ihre Schwester, die Betrugsehe, noch in voller Blüte. Selbst in Frankreich gilt noch immer das alte Rechtssprichwort: „En mariage trompe qui peut."[12]) Man meint, es sei nun einmal Sitte der Verlobten, einander Sand in die Augen zu streuen und die Festigkeit der Ehe könnte untergraben werden, wenn dem Getäuschten ein Anfechtungsrecht zugestanden würde.[13]) Das freilich fordert man mit Recht von den Ehewerbern, daß sie „mit Vorsicht und Klugheit zu Werke gehen" (Westgal. GB., I, § 67); es ist nicht zu billigen, wenn das deutsche Gesetzbuch (§ 1334) die Anfechtung der bereits geschlossenen Ehe wegen eben der Umstände gestattet, welche (abgesehen von den Vermögensverhältnissen) bei Kenntnis der Sachlage von der Eingehung der Ehe abgehalten haben würden.[14])

a) Nach § 57 ABGB. macht ein Irrtum die Ehe nur dann ungültig, wenn er in der Person des künftigen Ehegatten vorgegangen ist. Ein solcher Irrtum liegt zweifellos vor, wenn die natürliche Person des Ehegatten verfehlt wird, wenn also jemand an Stelle der ihm körperlich bekannten Person, mit der er sich verlobt hat, irrtümlich

[8]) Harrasowsky, Entw. Hortens S. 35.

[9]) Rittner S. 134 Note 17, v. Scherer S. 385 Note 41, Till bei v. Zoll GZ. 1907 Nr. 52.

[10]) Zeiller, Komm. I S. 195, Dolliner I S. 146, Singer Nr. 77 Note 4, Krasnopolski IV S. 33, v. Anders, Grundriß S. 12.

[11]) Rittner § 26, Schwartz GH. 1891 Nr. 31—35, Pfersche, Irrtumslehre S. 58 ff., Gerigk, Irrtum und Betrug als Ehehindernisse nach kirchl. und staatl. R. 1898, Gaugusch, Der Irrtum als Ehehindernis 1899, v. Scherer S. 179 ff., Neubecker im ArchBürgR. 31, 270 (betr. Tuberkulose, in rechtsvergleichender Darstellung), Thaner, Die Persönlichkeit in der Eheschließung 1900, Haring § 129, Krasnopolski IV § 6, v. Neumann-Ettenreich S. 51, v. Anders, Grundriß S. 12, Hobza, Betrug bei der Eheschließung ArchKathKR. 88 S. 66 und 230.

[12]) Loisel, Inst. coutum. Regel 105, Planiol, Droit civil I 1057.

[13]) Dagegen Roguin S. 59: „La loi fait, au contraire, déchoir le mariage en validant même ceux entachés de graves tromperies." Vgl. auch die Schrift: Experimentalehen. Von einem Versuchsobjekt 1906.

[14]) Vgl. Dernburg, BürgR. IV § 19. Kohler, Lehrbuch III S. 120 findet den Rechtssatz unentbehrlich, gibt aber zu, daß er „zu einer Pandorabüchse geworden ist, aus der Hunderte von ehelichen Schwierigkeiten, Beschwerungen und Anfechtungsklagen hervorgegangen sind". Besser ist Art. 124 Schweiz. ZGB., dem sich der beachtenswerte Vorschlag Wellspachers GZ. 1909 Nr. 46 anschließt.

eine andere zu heiraten erklärt.[15]) Schulbeispiele: Eheschließung „durch einen Bevollmächtigten oder aber von einem Blinden oder mit einer verschleierten Dame".[16])

Der Heiratsschwindel bedient sich heutzutage, angesichts der Vorsichten, welche die Eheschließung umgeben (insbesondere auch der Öffentlichkeit des Vorganges) anderer Mittel.

b) Schon die kirchenrechtliche Scholastik beschränkt die Nichtigkeit wegen Irrtums keineswegs auf den Irrtum über die natürliche Person. Sie kennt einen Eigenschaftsirrtum, welcher auf die Person zurückfällt. Ein solcher liegt z. B. — nach Zeiller[17]) — vor, wenn „statt des bestimmten Erstgeborenen einer Familie der Zweitgeborene angetraut würde, indem hier der Irrtum eine Eigenschaft betrifft, welche die ganze Wesenheit der Person ändert oder, wie die Rechtsgelehrten sagen, der Irrtum in der Eigenschaft in einen Irrtum in der Person übergeht". Diesen Irrtumsfall — gegen die Meinung der Gesetzesverfasser — ausschließen, hieße unser Eherecht noch unter die Entwicklungsstufe des mittelalterlichen Rechtes der Kirche herabdrücken und dem Heiratsschwindel in Österreich einen Spielraum anbieten, wie er ihm sonst nirgends in der Welt offensteht. Gewiß aber bedarf die verschwommene Vorstellung von einem auf die Person zurückfallenden Eigenschaftsirrtume, um brauchbar zu werden, der festen Abgrenzung. Eine solche bietet die neuere Rechtsentwicklung, indem sie dem Irrtume über die natürliche Person den Irrtum über die bürgerliche Person an die Seite stellt. Dieser Irrtum entsteht, wenn der Ehewerber sich für eine andere, entweder wirklich vorhandene oder erdichtete Person ausgibt, indem er einen fremden oder erfundenen Namen annimmt, fremde oder gefälschte Standesurkunden beibringt usw.[18])

Beispiele bieten die einander widersprechenden oberstgerichtlichen Entscheidungen Nr. 5555 und Nr. 12.041.[19])

---

[15]) „Die Eheerklärung," meint Pfersche S. 61, „ist dann normal, wenn sie dieselbe Person betrifft, welche im Verlöbnis und im Aufgebot angegeben war; sie ist anormal und es liegt ein Irrtum in der Person vor, wenn die Personen des Ehevertrages nicht dieselben sind, wie die Personen des Verlöbnisses." Als allgemeine Regel ist dies nicht anzunehmen, s. v. Anders, Grundriß S. 13.

[16]) Ofner, Prot. I S. 79, Gaugusch S. 20. Ehe zwischen Jakob und Lea: Genesis I 29. Bei dieser Betrugsehe handelte es sich übrigens darum, das „Vorrecht des Alters" zu wahren: die jüngere Schwester soll nicht vor der älteren heiraten. Darauf legen auch die Juden Gewicht. Jolly, Recht und Sitte S. 59.

[17]) Komm. I S. 198 und schon Ofner, Prot. I S. 79. Anweisung für die geistl. Gerichte § 14.

[18]) Nach dem bahnbrechenden Urteile des Pariser Kassationshofes vom 24. April 1862 liegt ein Irrtum über die „personne civile" vor, „quand l'un des époux s'est fait agréer en se présentant comme membre d'une famille qui n'est pas la sienne, et s'est attribué les conditions d'origine et de filiation qui appartiennent à un autre" (Barazetti, Das Eherecht nach dem Code Napoléon S. 152 f.). Über das englische Recht vgl. Entsch. Slg. Nr. 6101. Roguin (S. 60) meint, daß der Irrtum über die identité civile von der Gesamtheit der Gesetzgebungen berücksichtigt werde.

[19]) Vgl. auch die von Lyro (bei

Nr. 12.041: Ein Schwindler gab sich für den verschollenen Sohn eines gewissen Ehepaares aus, heiratete und verschwand dann spurlos, als durch die Rückkehr des Verschollenen der Betrug aufgedeckt wurde. Die Nichtigkeitsklage der unglücklichen Frau wurde abgewiesen, weil der Irrtum nicht die physische Persönlichkeit betroffen habe.[20])

Nr. 5555: Ein steckbrieflich verfolgter Verbrecher Johann N. gab sich für seinen wohlbeleumundeten Bruder Franz N. aus, legte sich dessen Beruf und Wohnort fälschlich bei und erwirkte auf Grund des Taufscheines des Bruders Aufgebot und Trauung. Diese Ehe wurde vom Obersten Gerichtshofe gemäß § 57 (Irrtum) und § 74 (Aufgebot) für nichtig erklärt. Ganz anders wäre zu entscheiden gewesen, wenn Johann N. nicht seine ganze bürgerliche Persönlichkeit, sondern nur das begangene Verbrechen verheimlicht hätte.[21])

Erwähnung verdienen auch zwei Fälle, in denen italienische Gerichte Ehen wegen Irrtums in der bürgerlichen Persönlichkeit[22]) mit Recht für ungültig erklärt haben:[23])

Entscheidung von Brescia vom 10. Oktober 1883: Der türkische Jude Rachmin heiratete eine Mailänderin, indem er sich als Professor Dr. Clémont aus Frankreich ausgab. Die Frau machte geltend, daß sie sich nach türkischem Rechte sowohl die Vielweiberei als auch die Lösung der Ehe durch den Scheidebrief gefallen lassen müßte.

Entscheidung von Turin vom 5. Juni 1900: Ein Heide aus Hawaii, der Sohn eines Holzhackers, gab sich in Turin für den Kronprinzen von Hawaii aus und heiratete als solcher eine Italienerin.

Daß in Fällen dieser Art ein Irrtum in der Person vorliege, wird merkwürdigerweise noch immer bestritten. Der Gesetzesauslegung sei — so bekämpft unsere Ausführungen ein hervorragender Schriftsteller[24]) — eine Grenze durch den „klaren Text des Gesetzes" gesteckt, die Unterscheidung zwischen physischer und bürgerlicher Person sei nur ein „Spiel mit Worten". Abhilfe gegen unerwünschte Rechtsfolgen sei nicht durch „blendende Auslegungskunststücke", sondern nur durch eine Änderung des

Ofner, Prot. I S. 82) erzählten Fälle. Weltgeschichtliche Bedeutung hat die Ehe des Kambyses mit der angeblichen Tochter des Ägypterkönigs Amasis erlangt. Herodot III 1.

[20]) Einverstanden Pfersche S. 62, Krasnopolski S. 34 Note 2, auch v. Adler in den JBl. 1888 Nr. 24, obwohl er ausdrücklich zugibt, daß vom kirchenrechtlichen Standpunkte ein error qualitatis in personam redundans vorlag. Mit Recht macht aber v. Adler darauf aufmerksam, daß jedenfalls der Nichtigkeitsgrund des § 74 (Ungültigkeit des Aufgebotes) vorlag. Als Fehlurteil wird die besprochene Entscheidung bezeichnet von v. Scherer S. 230 Note 286, weil sie einen Irrtum in der Person für einen Irrtum in der Eigenschaft erklärt habe.

[21]) In diesem Sinne erging das oben Note 18 bezogene Pariser Urteil, während Kaiser Josef in einem ähnlichen Falle (Hock, Staatsrat S. 254 ff., Ofner, Prot. I S. 90 f.) die Ehe für ungültig erklärte.

[22]) Personalità civile.

[23]) Roguin S. 61, Baisini in Hahns Eherecht S. 335 f.

[24]) v. Neumann-Ettenreich S. 53.

Gesetzes zu erzielen. So leicht nimmt das Wolkenbild des Gesetzes die Umrisse einer vorgefaßten Meinung an! In Wahrheit kann man unter den Worten „Irrtum in der Person" sehr wenig und sehr viel verstehen.[25]) Ein Wortausleger könnte an alle Irrtümer, auch Eigenschaftsirrtümer, denken, die sich auf die Person im Gegensatze zum Vermögen beziehen.[26]) Aber nach dem gewöhnlichen juristischen Sprachgebrauche (§ 873 ABGB.) und nach dem Sprachgebrauche des Lebens ist unter einem Irrtum in der Person nur der Irrtum über die Nämlichkeit (Identität) der Person, dieser aber immer zu verstehen, ohne daß es erst der Verschleierung oder des nächtlichen Dunkels bedürfte. Wenn A sich in Vertragsverhandlungen mit dem B einläßt, in der Meinung, er sei der (ihm nicht persönlich bekannte) C und wenn er in dieser Meinung mit ihm sodann den Vertrag abschließt, so ist unzweifelhaft ein Irrtum in der Person unterlaufen, obwohl A mit eben jener physischen Person abgeschlossen hat, mit der er — eben weil er sie für den C hielt — abschließen wollte. Warum soll das bei der Ehe anders sein?

Nun kann freilich, wie Napoleon bei der Beratung des Code civil bemerkte[27]), eine Person, die unter falschem Namen geheiratet hat, in gutem Glauben gewesen sein; es ist möglich, daß sie von ihrem Vormunde getäuscht worden ist und selbst erst lange nach der Eheschließung ihren wahren Namen erfahren hat. Aber dann liegt, wie ein Redaktor mit Recht erwiderte, ein bloßer Eigenschaftsirrtum war.[28]) Ein Irrtum in der Person (Identitätsirrtum) liegt erst dann vor, wenn jemand dadurch, daß er unter einem andern Namen heiratet, sein ganzes Vorleben verleugnet, wenn er also erst jetzt unter dem falschen Namen Müller auftritt und von jenem Schultze nichts mehr wissen will, der er bisher gewesen ist. Das gegenwärtige Wesen eines Menschen, seine Bildung und seine Überzeugungen, seine Gewohnheiten und Neigungen, sein Ansehen und seine gesellschaftliche Stellung usf. sind das Ergebnis seiner ganzen Vergangenheit. Darum bewirkt die Verleugnung der eigenen Vergangenheit und die Vortäuschung einer andern (fremden oder erdichteten) jenen Irrtum in der Person, der nach dem „klaren Texte des Gesetzes" die Ehe vernichtet.

c) Durch den Eigenschaftsirrtum wird — sofern er nicht in dem eben erörterten Sinne auf die Person zurückfällt — die Ehe nur in zwei Fällen vernichtet, nämlich wenn er die Schwangerschaft oder das Unvermögen betrifft. Unser Gesetz behandelt jedoch nach dem Vorbilde des Kirchenrechtes das Unvermögen als ein selbständiges Hindernis, das freilich nur der Irrende geltend machen kann, während es den ganz gleichartigen Fall der Schwangerschaft, der dem katholischen Kirchenrechte

[25]) Vgl. über die „erreur dans la personne" des Code civil Planiol I 1062 (drei mögliche Meinungen).

[26]) So steht im § 1311 die Person dem Vermögen gegenüber und so unterscheidet bei der Betrugsehe das DBGB. § 1334.

[27]) Fenet, Recueil IX 44.

[28]) Vgl. auch Pfersche S. 64 f. (Gültigkeit des Aufgebotes).

fremd ist[29]), zum Irrtume stellt. Die Voraussetzungen des Hindernisses (§ 58) sind folgende:

α) Die Gattin war zur Zeit der Eheschließung schwanger, und zwar

β) nicht vom Manne selbst, sondern von einem Dritten und

γ) der Mann entdeckt dies erst nach der Eheschließung.[30])

Auch wenn diese Voraussetzungen zutreffen, kann der Mann die Nichtigkeit in dem besonderen Falle nicht geltend machen, wenn er eine bereits verehelicht gewesene Frau vor Ablauf der Wartezeit geheiratet hat (§ 121).

Handelt es sich im Falle des § 58 wirklich nur um das Ehehindernis des Irrtums, so muß, strenge genommen — anders als im Falle des Unvermögens — der Nichtigkeitskläger den Irrtum beweisen. So will es die Begriffsjurisprudenz[31]) und so entschied „richtig" das Josefinische Gesetzbuch (III, § 30, Ehepatent § 26). Im Sinne zahlreicher Gutachten[32]) hat jedoch die Hofkommission 1793 die Bestimmung gestrichen, welche dem Manne die Beweislast aufbürdete. „Bei dieser Änderung ging man von der Erwägung aus, daß die Vermutung dafür spreche, daß der Mann nicht wissentlich die von einem Dritten geschwängerte Frau heiraten werde."[33])

4. Die zum Scheine geschlossene Ehe ist gültig. „Die Rechtsordnung strebt dahin, daß die Frage des Bestandes der Ehe mit möglichster Sicherheit und Beweisbarkeit beantwortet werden kann; es wäre geradezu widersinnig, wenn sie gleichzeitig den Parteien freistellen würde, durch geheime Gegenerklärungen die Wirkungen zu durchkreuzen, welche durch die Öffentlichkeit und Feierlichkeit des Entschlusses bezweckt werden."[34]) Darum sagen die Türken: Alles ist Ernst in der Ehe, selbst der Scherz.[35]) Wird eine Ehe nur zu einem bestimmten Zwecke, z. B. zur Adelsübertragung abgeschlossen und vereinbart, daß die Ehegatten nicht zusammenleben sollen, so heißt das freilich, daß sie eine

[29]) Das griechisch-orientalische Kirchenrecht kennt ihn. Milasch, Das Kirchenrecht der morgenländischen Kirche (2. Aufl.) S. 598. Vgl. hiezu Neubecker ArchBürgR. 31, 284 Note 135.

[30]) Im Zweifel ist der Bräutigam berechtigt, der Braut zu trauen. Er muß nicht auf eine namenlose Anzeige hin eine Untersuchung veranlassen oder die Ehe aufschieben. Entsch. Slg. I Nr. 322.

[31]) Rittner S. 188 Note 11, Krasnopolski IV S. 36; dagegen Zeiller I S. 201, Dolliner I S. 157, Singer Nr. 77 Note 4 u. a. Entsch. Slg. Nr. 5626, 15.988, I Nr. 322, Junker-Fuchs Nr. 41.

[32]) Auch die Kritik von J. H. G. Hermann, Fragmente und rechtliche Bemerkungen (1790) S. 133 dürfte Eindruck gemacht haben.

[33]) Harrasowsky, Entw. Martinis S. 29 Note 8.

[34]) Pfersche S. 68 f.; ebenso Krasnopolski IV S. 31, v. Anders, Grundriß S. 14, Kohler, Lehrbuch III S. 83; a. M. Rittner S. 164 Note 5, Thaner, Simulatae nuptiae nullius momenti sunt in Gellers ZBl. 1907 S. 277 ff. Die Ungültigkeit des geheimen Vorbehaltes versteht sich von selbst. Tilsch, über die Mentalreservation bei der Eheschließung JBl. 1912 Nr. 25, 26. Vgl. auch Kutschker, Eherecht V S. 473 ff. betr. die Nichtigerklärung der ersten Ehe Napoleons.

[35]) E. R. Salem in Hahns Eherecht S. 942.

wirkliche Ehe nicht schließen wollen.[36]) Die Ehe käme also nicht zu stande, wenn ein solcher Vorbehalt vor dem Trauungsorgane erklärt würde. Sonst aber ist die Ehe gültig und nur die ihrem Wesen widerstreitende Abmachung ist ungültig.[37])

Die Eheschließung unter einer Bedingung, nach kirchlichem Rechte zulässig[38]), ist dem bürgerlichen Rechte fremd.[39]) Wenn gleichwohl der feierlichen Erklärung der Einwilligung eine Bedingung beigefügt wird, so ist die Ehe ungültig.[40]) § 59 spricht dem Anscheine nach dagegen, diese Bestimmung kann aber sehr wohl auf die vor der Eheschließung verabredeten Bedingungen eingeschränkt werden.[41]) Nur an solche ist in der zu Grunde liegenden Bestimmung des Westgalizischen Gesetzbuches (I, § 67) gedacht: „Ehewerber müssen mit Vorsicht und Klugheit zu Werke gehen und allenfalls die Erfüllung der vorausgesetzten oder auch verabredeten Bedingungen abwarten."

§ 429.

C. Form der Eheschließung.[1])

I. Geschichtliches. Bei den meisten Völkern wird die Ehe öffentlich unter Beobachtung mannigfaltiger Bräuche geschlossen.[2]) Aber was die Sitte fordert, ist nicht immer auch ein Gebot des Rechtes, und der Gedanke, die Gültigkeit einer Ehe von der Beobachtung bestimmter Formen abhängig zu machen, hat sich selbst bei den Kulturvölkern spät und nicht ohne Widerstand durchgesetzt. Die katholische Kirche ließ im Mittelalter die formlose Einigung gelten: consensus facit nuptias. Daran hält das schottische Recht heute noch fest.[3]) Auch in Amerika ist die formlose Eheschließung des vortridentinischen Rechtes als Common-law-Ehe anerkannt worden und sie gilt in einigen Staaten (z. B. Alabama,

[36]) Oben § 424 Note 5.

[37]) Entsch. Slg. X Nr. 3797. Brunstein, Namen- und Firmenschutz (1909) S. 12 f.

[38]) v. Hussarek, Die bedingte Eheschließung 1892. Praktische Bedeutung hatten die Bedingung des Religionswechsels und die Bedingung der elterlichen Einwilligung, v. Hussarek S. 264. Gegenwärtig erfordert die bedingte Eheschließung besondere bischöfliche Erlaubnis, v. Scherer S. 191, v. Hussarek S. 264, Leitner S. 124, Haring S. 450.

[39]) Ebenso DBGB. § 1317.

[40]) Rittner S. 206 f., Burckhardt II S. 332 Note 10, v. Neumann-Ettenreich S. 16, ebenso für das deutsche Recht Wolff S. 65, Kohler S. 89 u. a.; dagegen Zeiller I S. 205, Dolliner I S. 162, R. Pollak, Bemerkungen zum § 59 ABGB. in der JB. 1887 Nr. 13, v. Anders, FamR. S. 34, und Grundriß S. 15, v. Scherer S. 230 Note 287, Singer Nr. 78, Krasnopolski S. 36.

[41]) Rittner a. a. O.

[1]) Rittner §§ 30—32, Mayrhofer, Handb. V S. 26 ff., v. Scherer §§ 112, 113, Wahrmund, Ehe und Eherecht S. 51 ff., Haring § 133, Krasnopolski IV §§ 10—12, v. Neumann-Ettenreich S. 13.

[2]) Westermarck, Geschichte der menschlichen Ehe S. 419 ff.

[3]) Nach einem Gesetze von 1856 (Lord Broughams Akt) muß man sich 21 Tage in Schottland aufgehalten haben, um auf diese Art heiraten zu können. Früher genügte ein Ausflug in das schottische Grenzdorf Gretna Green. Goldberg in Hahns Eherecht S. 547.

Colorado, Connecticut u. a.) noch heute. Danach ist die Entscheidung, ob ein Konkubinat oder eine Ehe vorliege, oft zweifelhaft. Das ist besonders mißlich, wenn die Frage erst nach dem Tode des einen Teiles aufgeworfen wird, um über die erbrechtlichen Ansprüche des andern entscheiden zu können. Man sucht durch Vermutungen — meist für die Ehe, unter Umständen (z. B. bei Rassenverschiedenheit) auch gegen sie — zu helfen. In den meisten Staaten haben aber diese Schwierigkeiten und die Häufigkeit gesetzwidriger Verbindungen zur Erlassung von Formvorschriften geführt.[4]) Die katholische Kirche hat eine bestimmte Eheschließungsform im Jahre 1563 bei sonstiger Nichtigkeit vorgeschrieben. Es ist die sogenannte tridentinische Form (Dekret Tametsi), die in der Abschließung vor dem Pfarrer oder einem andern von ihm oder dem Bischofe ermächtigten Priester und vor zwei Zeugen besteht. Die Ausleger begnügten sich mit der bloßen — wenn auch unfreiwilligen — Gegenwart des Pfarrers (und der Zeugen) und durchkreuzten so die Absicht des Konzils, unerlaubte Eheschließungen zu verhindern. Dieser Mißbrauch taucht schon im 17. Jahrhundert auf. Im Jahre 1640 erschien nämlich ein gewisser Gilbert Gaulmin, dem sein Pfarrer die Trauung aus einem nicht bekannten Grunde verweigerte, mit seiner Braut und mehreren Zeugen in der Kirche und hier erklärte das Paar vor dem Pfarrer, ohne sich um seinen Widerspruch zu kümmern, den Eheschließungswillen.[5]) Solche „Ehen à la Gaulmine" sind in der Folge sehr beliebt geworden und auch in Österreich vorgekommen.[6]) Einen andern Weg schlug 1790 der Schauspieler Talma ein, als ihm sein Pfarrer die Trauung verweigerte: er beschwerte sich bei der verfassunggebenden Versammlung, die alsbald die obligatorische Zivilehe und zu diesem Zwecke — nachdem eine Zeitlang die Ehen vor Notaren geschlossen worden waren — 1792 besondere Standesbeamte einführte. In Österreich behielt man bei der Verstaatlichung des Eherechtes die kirchlichen Vorschriften über die Eheschließung „unabgeändert" bei.[7]) Doch verwies das Ehepatent vom 16. Januar 1783 nicht etwa einfach auf das Kirchenrecht, sondern gab eine besondere, dem Dekrete Tametsi entsprechende Formvorschrift, die fortan für alle Bekenntnisse gelten sollte. Dabei ist es im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche (§§ 75, 127) geblieben. Kaiser Josef rechnete bei der Erlassung des Ehepatentes darauf, daß sich die Seelsorger nach dem staatlichen Eherechte richten würden. Aber der Wiener Erzbischof beeilte sich, die Geistlichkeit in einem Rundschreiben zur Beobachtung der Kirchengesetze aufzufordern. Dadurch gab er der niederösterreichischen Landesstelle Anlaß, damals schon (1784) die Einführung der obligatorischen Zivilehe zu verlangen.[8]) Mehrere Mitglieder der geistlichen Hofkommission waren

[4]) In New-York erst 1902. A. K. Kuhn, Englisch-amerikanisches Privat- und Prozeßrecht (1915) S. 117 f.

[5]) Planiol I 843.

[6]) Ehe des Grafen Teleky vor dem Bischofe gelegentlich der Visitation eines Klosters: Dolliner I S. 362. Ein Fall aus neuerer Zeit: Entsch. Slg. Nr. 5654 (unten bei Note 26).

[7]) Harrasowsky, Entw. Hortens S. 35.

[8]) v. Hock, Der österr. Staatsrat S. 247.

damit einverstanden, Martini sprach sich entschieden dagegen aus und bestimmte den Kaiser, den Vorschlag zu verwerfen. So blieb der Staat auf das Entgegenkommen der Kirche angewiesen, bis die Einführung der Notzivilehe (Gesetz vom 25. Mai 1868) die Abschließung gesetzlich zulässiger Ehen auch gegen den Willen der Kirche ermöglichte. Die obligatorische Zivilehe besteht bei uns für die Konfessionslosen (Gesetz vom 9. April 1870), anderwärts hat sie nach französischem Muster die Alleinherrschaft erlangt: so in Rumänien 1864, in Italien 1865, in der Schweiz 1874, im Deutschen Reiche 1875, in Ungarn 1894, in Portugal 1910. Diesem System scheint die Zukunft zu gehören[9]), doch wird es von vielen als Belästigung empfunden. Denn die Ehen müssen nun zweimal geschlossen werden, um sowohl staatlich als auch kirchlich gültig zu sein. Das bei uns bestehende System der Notzivilehe[10]) ist wirtschaftlicher. Die Pfarrer ersparen uns ein Heer von Standesbeamten. Denn die kirchlichen Matriken dienen zugleich als staatliche Standesregister, während anderwärts beiderlei Register nebeneinander geführt werden. Auch das in England und in Amerika geltende System der fakultativen Zivilehe hat, als das freiheitlichste von allen, seine Verteidiger.[11])

Unsere regelmäßige Eheschließungsform, die kirchliche, ist merkwürdigerweise gegenüber dem Kirchenrechte zurückgeblieben. Denn § 75 bewahrt uns die alte tridentinische Form auf, nachdem die Kirche selbst mit dem Dekrete Ne temere vom 2. August 1907 wichtige Verbesserungen durchgeführt hat.[12]) Der Rechtsfortbildung im Wege der Auslegung sind im Eherechte enge Grenzen gesetzt, aber ganz versagen darf sie auch hier nicht.

II. Die kirchliche Eheschließung. „Die feierliche Erklärung der Einwilligung muß vor dem ordentlichen Seelsorger eines der Brautleute, er mag nun, nach Verschiedenheit der Religion, Pfarrer, Pastor oder wie sonst immer heißen, oder vor dessen Stellvertreter in Gegenwart zweier Zeugen geschehen" (§ 75).

a) Wer „ordentlicher Seelsorger", d. h. kraft seines Amtes zur Seelsorge und daher auch zur Trauung berufen ist, und zwar als Seelsorger „eines der Brautleute", das hängt von der Verfassung der in Betracht kommenden Kirche ab. Bei den christlichen Kirchen ist der Pfarrer[13]) ordentlicher Seelsorger und bei den Katholiken außerdem der Bischof.[14]) Zu einer bestimmten Pfarre gehört, wer dort „eingepfarrt" ist (§ 81). Darüber entscheidet in der Regel der eigentliche

[9]) Steinlechner, Zur Reform des Eherechtes S. 22 ff., Budau, Die dringende Notwendigkeit der Einführung der obl. Zivilehe in Österreich 1894, Wahrmund, Ehe und Eherecht S. 70 ff., v. Neumann-Ettenreich S. 23.

[10]) Vgl. Maaßen, Eherecht und Staatsgrundgesetz S. 9.

[11]) Vgl. Wolff, Familienrecht S. 61.

[12]) Di Pauli, Komm. zum Dekrete Ne temere 1909, Balog, Die Ehereformvorschriften der Dekrete Tametsi und Ne temere 1910, Leitner S. 284 ff., Haring S. 467 ff.

[13]) „Pfarrer, Pastor, Pope" hieß es im WestgGB. Man strich den Ausdruck „Pope", weil ihn ein Redaktor für beleidigend hielt. Ofner, Prot. I S. 108.

[14]) Rittner S. 227; dagegen (zwei-

oder uneigentliche Wohnsitz. Einen uneigentlichen Wohnsitz begründet, wer — ohne seinen eigentlichen Wohnsitz aufzugeben — sich anderwärts auf längere Zeit niederläßt, um dort zu arbeiten, zu lernen, sich einer langwierigen Kur zu unterziehen usw., nicht auch wer sich an einem Orte nur zu dem Zwecke aufhält, um die Eheschließung am eigentlichen Wohnsitze zu vermeiden.[15]) Bei den Katholiken wird nach der heutigen Übung die Pfarrzuständigkeit „so ziemlich" durch den Aufenthalt begründet[16]), für die Eheschließung verlangt das Dekret Ne temere Wohnsitz oder einmonatigen Aufenthalt. Bei den orientalischen Griechen kann für die Pfarrzugehörigkeit auch die Nationalität[17]) und bei den Evangelischen auch das Bekenntnis (augsburgisch oder helvetisch)[18]) in Betracht kommen. Die Juden[19]) sind bestimmten Kultusgemeinden zugewiesen; zur Trauung ist der Rabbiner der Kultusgemeinde, und zwar, wenn deren mehrere in derselben Kultusgemeinde angestellt sind, jeder von ihnen berufen.[20])

Daß die Unzuständigkeit des Pfarrers die vor ihm geschlossene Ehe ungültig mache, ist keineswegs selbstverständlich. Nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuche (§ 1320) soll die Ehe vor dem zuständigen Standesbeamten geschlossen werden, aber ihre Gültigkeit hängt von der Zuständigkeit nicht ab (§ 1317 DBGB.). So ist es jetzt auch nach kirchlichem Rechte. Zur Trauung ist nach dem Dekrete Ne temere der Pfarrer der Braut zuständig, aber zur Gültigkeit der Ehe genügt es, daß sie vor dem Pfarrer (oder vor dem Bischofe) des Trauungsortes geschlossen worden ist. In großen Städten sind Irrungen hinsichtlich der Zuständigkeit leicht möglich. Hier bestehen mehrere Pfarren, und es kommt oft vor, daß die Brautleute unmittelbar vor der Trauung in einen andern Sprengel übersiedeln, ohne das dem Seelsorger anzuzeigen. Um für derartige Fälle die Nichtigkeit der Ehe zu vermeiden, pflegten sich vor dem Dekrete Ne temere die katholischen Pfarrer größerer Städte gegenseitig zur Eheschließung zu delegieren. Jetzt ist das vom kirchlichen Standpunkte aus nicht mehr nötig. Was aber das bürgerliche Recht betrifft, so vergißt man nur allzuleicht, daß der § 75 „ausdrücklich

---

felnd) Dolliner I S. 349 und entschieden v. Neumann-Ettenreich S. 13.

15) Entsch. Slg. Nr. 8945, anders Entsch. Slg. VI Nr. 2508; v. Scherer S. 152 ff., bes. S. 154 Note 49, Leitner S. 291 ff.

16) Haring S. 290.

17) In Wien: v. Hussarek im StWB. 2, 579.

18) v. Hussarek, Staatskirchenrecht S. 49.

19) Das mosaisch-talmudische Recht verlangt weder eine Trauung durch einen Seelsorger noch eine ausdrückliche Konsenserklärung der Braut (Duschak, Mos.-talmud. Eherecht S. 44 ff.). Da das ABGB. beides verlangt und diese Abweichung des Gesetzes von der religiösen Rechtsordnung von der größten praktischen Tragweite ist, so ist leicht verständlich, daß die Gesetzgebung es für angemessen hielt, in aller Schärfe auf die Wesentlichkeit der ausdrücklichen Erklärung auch der Braut hinzuweisen. Dies dürfte der Sinn des § 129 ABGB. sein. Pfaff in der NotZ. 1906 Nr. 1. Till bei Zoll GZ. 1907 Nr. 52.

20) § 17 Ges. v. 21. März 1890 Nr. 57. Hiemit ist § 127, der neben dem Rabbiner den Religionslehrer beruft, abgeändert.

nichts enthält, was einer entkräftenden Klausel gleichsieht".[21]) § 69 sagt nur, daß zur Gültigkeit der Ehe die feierliche Erklärung der Einwilligung gefordert werde. Daß diese Erklärung bei sonstiger Ungültigkeit vor dem zuständigen Seelsorger abgegeben werden müsse, ist aus dem Gesetze nicht mit Sicherheit zu entnehmen. Die Auslegung, die das bisher in Übereinstimmung mit dem früheren Kirchenrechte angenommen hat, könnte sich also recht wohl den heutigen durch das Wachstum der Großstädte und den gesteigerten Verkehr hervorgerufenen Bedürfnissen anpassen.

b) Der Stellvertreter des Seelsorgers muß ein Geistlicher sein.[22]) Er kann im allgemeinen dazu bestellt sein, den Pfarrer bei Eheschließungen zu vertreten (z. B. ein Hilfspriester), er kann aber auch eine besondere Ermächtigung für den einzelnen Fall erhalten. Außerhalb des eigenen Pfarrsprengels ist der Pfarrer der Brautleute nicht mehr ordentlicher Seelsorger. Wollen sie sich also an einem dritten Orte trauen lassen, so muß ihr Pfarrer (§ 81) den Seelsorger dieses Ortes (§ 82) mit seiner Vertretung betrauen. Daß dies schriftlich geschehen solle, ist aus § 81 zu entnehmen; die Gültigkeit der Ehe ist dadurch gewiß nicht bedingt. Nach der älteren Auffassung[23]) war der Pfarrer bloß Zeuge der Eheschließung. Es kam nur darauf an, daß er den Vorgang wahrnahm. Darauf beruhten die erwähnten Ehen à la Gaulmine. Unzweifelhaft war dies die Meinung unserer Gesetzesverfasser.[24]) Nun hat aber die gesetzliche Formvorschrift nicht nur den Zweck, den Beweis der Ehe zu sichern, sondern auch die Eingehung nichtiger oder unerlaubter Ehen zu verhüten (vgl. § 78). Angemessener ist deshalb die Auffassung, daß der Pfarrer nicht bloß zum Zeugnisse, sondern zu einer Amtshandlung berufen ist, so daß die Ehe vor ihm gültig nur dann geschlossen werden kann, wenn er zur Entgegennahme der Ehewillenserklärungen bereit ist. Das bestimmt für den Standesbeamten ausdrücklich das deutsche bürgerliche Gesetzbuch (§ 1317) und für den katholischen Seelsorger das Dekret Ne temere. Auch für das österreichische bürgerliche Recht wird es jetzt allgemein angenommen.[25]) Ein Fall aus der Praxis: Die Brautleute waren in Begleitung der Trauzeugen in der Wohnung des Pfarrers zu St. Josef in Wien erschienen. Als nun der Pfarrer von

[21]) Dolliner I S. 346.

[22]) Ofner, Prot. II S. 505, Rittner S. 230. Seine Staatsbürgerschaft ist (für die Gültigkeit der Ehe) gleichgültig. Vgl. Reich, Ein Angriff auf die Gültigkeit einer Ehe, Wien 1893. Anders hinsichtlich der Judenehen Entsch. Junker-Fuchs Nr. 132.

[23]) v. Scherer S. 201, Haring S. 460 u. a. für das tridentinische Recht; für das österreichische Recht Dolliner I S. 363 ff. und die vorige Auflage dieses Lehrbuches.

[24]) Gerade weil nach dem Kirchenrechte, das man ja „unabgeändert" beibehalten wollte, „praesentia parochi etiamsi coacti et inviti" genügt, wurde der Ausdruck „priesterliche Zusammengebung" vermieden (Harrasowsky, Entw. Hortens S. 43 Note 11) und der Mangel des Aufgebotes zum trennenden Ehehindernisse gemacht (ebda. S. 35, Zeiller, Komm. I S. 226).

[25]) Winiwarter I S. 222 f., Rittner S. 233 f., Singer GZ. 1877 Nr. 79, v. Anders, FamR. S. 42, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 146, Till a. a. O., Krasnopolski IV S. 51, v. Neumann-Ettenreich S. 15.

der Beichte zu sprechen anfing, erklärte der Bräutigam, daß er die hier anwesende Braut zur Frau, und die Braut, daß sie den hier anwesenden Bräutigam zum Manne annehme. Diese Ehe wurde in allen Instanzen für ungültig erklärt. Hätte der Pfarrer wirklich die Eheschließung von der Beichte abhängig gemacht, so hätten die Brautleute eine Zivilehe schließen können. Die kirchliche Eheschließung konnten sie gegen den Willen des Seelsorgers nicht durchführen.[26])

c) Die Zeugen müssen wohl fähig sein, den Vorgang wahrzunehmen, besondere Eigenschaften sind nicht vorgeschrieben. Auch Frauen[27]) und Minderjährige können Trauzeugen sein.

Die Brautleute müssen vor dem Seelsorger und den Zeugen ihren Willen ausdrücklich erklären, das Stillschweigen auf die Frage des Priesters genügt nicht.[28])

III. Die Zivilehe.[29]) Verweigert der Seelsorger die Trauung[30]) aus einem von der Staatsgesetzgebung nicht anerkannten Hinderungsgrunde, so kann die Trauung von der weltlichen Behörde vorgenommen werden (Gesetz vom 25. Mai 1868, Art. II; sogenannte Notzivilehe). Die Hauptpunkte, auf die es dabei ankommt (die Bestimmung der zuständigen Behörde, die Art der Abgabe der feierlichen Erklärung, die Protokollsaufnahme über den Abschluß der Ehe, die Möglichkeit der Delegation einer anderen Behörde) sind geregelt in den §§ 1, 6, 7, 8 des Gesetzes.[31]) Wesentlich ist (nach Analogie des § 75) die Gegenwart des Vorstehers der politischen Behörde erster Instanz (oder seines Stellvertreters) und der beiden Zeugen, nicht auch die des beeideten Schriftführers.[32]) Für Ehen von Personen, die keiner gesetzlich anerkannten Kirche[33]) oder dem Islam[34]) angehören, ist die Zivilehe obligatorisch.[35]) Will eine solche Person einen Angehörigen einer anerkannten christlichen

[26]) Entsch. Slg. Nr. 5654.

[27]) Pfeiffer in der GZ. 1915 Nr. 1.

[28]) Entsch. Slg. IV Nr. 1357.

[29]) Rittner § 32, Mayrhofer V S. 32 ff., v. Neumann-Ettenreich S. 18. Vgl. auch oben Note 9.

[30]) Nach § 79 ABGB. war in diesem Falle der Beschwerdeweg zu betreten.

[31]) Näheres enthält die Vdg. v. 1. Juli 1868 RGBl. Nr. 80. „Es ist ein wesentlicher Mangel des Gesetzes, daß es keine Andeutung darüber enthält, welche von den angegebenen Formalitäten — wie: Zuziehung eines Schriftführers, Protokollaufnahme usw. — die Gültigkeit der Eheschließung bedingen." Rittner S. 243.

[32]) Mit einem nicht beeideten Schriftführer begnügt sich Entsch. Slg. Nr. 13.761. Dagegen v. Neumann-Ettenreich S. 22.

[33]) Wenn auch dem Christentum (Anglikaner). W., Die englischen Konsularehen in den JBl. 1878 Nr. 48, W., Die Ungültigkeitserklärung einer zu Wien zwischen einem österr. Staatsbürger und einer Engländerin geschlossenen Konsularehe ebda. 1880 Nr. 41, Jettel, Handb. des internationalen Privat- und Strafrechtes S. 41 ff., Mariolle, Die Eheschließung vor diplomatischen Agenten und Konsuln und ihre internationale Gültigkeit ArchÖffR. Bd. 13 S. 459 ff., v. Adler, Die Zivilehe vor den k. u. k. Konsulaten JBl. 1890 Nr. 39, Fraus, Ehegerichtsbarkeit der k. u. k. Konsularämter GZ. 1901 Nr. 13—15. Entsch. Slg. Nr. 8066.

[34]) § 7 Ges. v. 15. Juli 1912 Nr. 159.

[35]) § 1 Ges. v. 9. April 1870 Nr. 51.

Kirche[36]) oder einen Juden heiraten, so haben die Brautleute die Wahl zwischen dem Pfarrer der anerkannten Kirche oder dem Rabbiner einerseits und der weltlichen Behörde andrerseits (fakultative Zivilehe).[36a])

IV. Eheschließung durch einen Bevollmächtigten (§ 76). Dem Islam ist die Eheschließung durch einen Vertreter im weitesten Umfange geläufig, die katholische Kirche hat sie nur unter Beschränkungen gestattet, ausländische Gesetze lehnen sie ab[37]) oder beschränken sie auf seltene Ausnahmsfälle.[38]) Das österreichische Recht folgt dem Vorbilde des Kirchenrechtes. Erforderlich, aber nicht Bedingung der Gültigkeit[39]) ist die Bewilligung der Landesstelle. Ferner muß „in der Vollmacht die Person, mit welcher die Ehe einzugehen ist, bestimmt werden. Die ohne solche besondere Vollmacht geschlossene Ehe ist ungültig" (§ 76). Der Heiratslustige kann also nicht, wie das merkwürdigerweise bei den Muselmanen (auch in Bosnien) vorkommt[40]), dem Vertreter die Wahl des Gatten überlassen. Der Widerruf der Vollmacht wirkt (abweichend von § 1026) ohne Rücksicht auf die Kenntnis des andern Teiles sofort: es genügt die erweisliche Willensänderung. Die nach dem Widerrufe geschlossene Ehe ist also ungültig; doch ist der Machtgeber für den durch seinen Widerruf verursachten Schaden verantwortlich. Daß der Tod (§ 1022) die Vollmacht aufhebt, ist selbstverständlich, weil ein Toter nicht heiraten kann.[40a]) Die Konkurseröffnung (§ 1024) hat diese Wirkung nicht.[41])

V. Die Beurkundung der Eheschließung.[42]) Der Seelsorger trägt die geschlossene Ehe in das Trauungsbuch ein, das er — nach staatlicher Auffassung — im Auftrage des Staates für staatliche Zwecke führt.[43]) Das Trauungsbuch gehört wie das Tauf- und das Totenbuch zu den öffent-

[36]) Hier besteht in der Regel (aber nicht immer) das Hindernis der Religionsverschiedenheit.

[36a]) Rittner S. 244, z. T. unrichtig v. Neumann-Ettenreich S. 18. Vgl. auch L. Spiegel in Gellers ZBl. 1912 S. 288 (über die Aufbietung solcher Ehen).

[37]) Napoleon sprach sich bei der Beratung des Code civil gegen die Zulassung aus. Er selbst ließ sich bei der Trauung mit Maria Luise in Wien 1810 durch Erzherzog Karl vertreten. Leitner S. 7.

[38]) Im Deutschen Reiche ist sie landesherrlichen Familien, in Rußland war sie dem Kaiserhause gestattet. In den Niederlanden ist königliche Bewilligung erforderlich.

[39]) Vgl. die analoge kirchenrechtliche Vorschrift in § 50 der Anweisung f. d. geistl. Gerichte. Dolliner I S. 419, Rittner S. 237 Note 44, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 148, Krasnopolski S. 52; a. M. Krainz.

[40]) Tewes in Grünhuts Zeitschr. 13, 531, Salem in Hahns Eherecht S. 940 f., v. Kaurimsky, Ehe- und Familienrecht der Mohammedaner S. 12 f.

[40a]) Entsch. Junker-Fuchs Nr. 151.

[41]) Rittner S. 236 Note 41.

[42]) F. Schmid, Die Standesregister in Österr 1889; dazu Burckhard in der VerwZ. 1889 Nr. 42—44; v. Hermann, Matrikenvorschriften 1891, Grießl, Kirchliche Vorschriften und österreichische Gesetze und Verordnungen in den Matrikenangelegenheiten 1891, v. Mahl-Schedl, Art. „Matriken" im StWB., Carl Seidl, Matrikenführung 3. Aufl. 1897; R. in der VerwZ. 1884 Nr. 32, A. L. ebda. 1894 Nr. 20, Schindler ebda. 1894 Nr. 35, 36, Mayrhofer, I. Ergänzungsband S. 670 ff.

[43]) Krasnopolski IV S. 53, anders Zobkow, Die rechtliche Stellung des Seelsorgers als Matrikelführer RichterZ. 1905 Nr. 11.

lichen Standesregistern. Auch die vom Seelsorger ausgefertigten Auszüge aus dem Trauungsbuche sind öffentliche Urkunden.[44]) Zivilehen trägt die politische Behörde in ihr Eheregister ein. Außerdem übersendet sie bei Notzivilehen den Seelsorgern beider Brautleute Amtszeugnisse über die Eheschließung (Art. II, § 9 Ges. vom 25. Mai 1868, Nr. 47). Der Seelsorger, der die Trauung verweigert hat, soll die Notzivilehe in das „ihm von der Staatsgewalt zur Führung übertragene Eheregister (Trauungsbuch, Trauungsmatrikel)" eintragen (§ 23 MV. vom 1. Juli 1868, RGBl. Nr. 80). Das hat zu Konflikten zwischen Staat und Kirche geführt. „Neuestens machen aber", wie Haring[45]) mitteilt, „manche Ordinariate hinsichtlich der staatlicherseits gewünschten Eintragung keine Schwierigkeiten."

Über die Art der Eintragung bestehen neben § 80 ABGB. besondere Vorschriften. Wie bei Trauungen an einem dritten Orte vorzugehen sei, bestimmen §§ 80, 81. Wird eine Eheschließung wegen Ungültigkeit wiederholt, so muß dies nach § 88 im Trauungsbuche angemerkt werden. Auch wenn eine Ehe für ungültig erkannt oder getrennt wird, soll dieser „Erfolg" ebenda angemerkt werden (§ 122). Zu diesem Behufe verständigt das Gericht die Landesstelle[46]) von der rechtskräftigen[47]) Entscheidung.

§ 430.

D. Wegfall der Ehehindernisse.[1])

I. Ehehindernisse können durch Dispensation (Befreiung) gehoben werden.[2]) Doch gibt es auch „unauflösliche" Hindernisse (§ 84). Das Gesetzbuch hat es mit Vorbedacht[3]) unterlassen, diese Hindernisse als solche zu bezeichnen. Da infolgedessen in Ansehung einzelner Hindernisse zweifelhaft ist, ob Befreiung zulässig sei, wird diese Lücke des Gesetzes als ein Mangel empfunden.[4]) Dessenungeachtet kann der Staat nicht

[44]) HfD. v. 15. Jan. 1787 JGS. Nr. 621 lit. ff, bezüglich der Juden Art. 1 Ges. v. 10. Juli 1868 RGBl. 1869 Nr. 12 und bezüglich der Altkatholiken §§ 1, 2 MV. v. 8. Nov. 1877 RGBl. Nr. 100.

[45]) Kirchenrecht S. 574.

[46]) JME. v. 6. Dez. 1859 Z. 19.317, Mitt. im VBl. 1904 S. 246. Verständigung der ausländischen Matrikenbehörden durch das Justizministerium: JMV. v. 18. Mai 1900 VBl. Nr. 27. Ausländische, in Österreich nicht vollstreckbare Urteile sind in die österreichische Matrik nicht einzutragen. Dagegen Dniestrzański, Aus dem internationalen Eherechte GZ. 1912 Nr. 17.

[47]) § 17 JMV. v. 9. Dez. 1897 Nr. 283.

[1]) Rittner §§ 21, 22 und S. 225 f., v. Anders, FamR. S. 55 ff. und Grundriß S. 21 ff., v. Scherer §§ 132 bis 134, Haring §§ 157 f., Krasnopolski IV § 14, v. Neumann-Ettenreich S. 42, 56, A. Merkl, Das Recht der Kriegstrauungen GZ. 1917 Nr. 5, 7.

[2]) Vering, Art. „Dispensation" im StWB. (1. Aufl.); Einige Bemerkungen zum Dispensationsrechte in der VerwZ. 1886 Nr. 45; Illasiewicz, Die eherechtliche Dispensation ZBl. 1901 S. 782, 880, 981.

[3]) Ofner, Prot. I S. 111, II S. 339 Anm. 344, 505, Zeiller, Komm. I S. 237.

[4]) Rittner S. 156 f., Illasiewicz S. 982 ff.

Befreiung erteilen, „wann er will“.[5]) Wie nach dem Kirchenrechte sind sicher unauflöslich die Hindernisse, die aus dem Abgange der wirklichen Einwilligung[6]) entspringen, und zwar mit Einschluß des Ehehindernisses des Unvermögens, ferner das Hindernis des Ehebandes und das der Blutsverwandtschaft in der geraden Linie und zwischen Geschwistern.

Gegen die Auflöslichkeit der zuletzt erwähnten Hindernisse spricht das Strafgesetz (§§ 206, 131, 501). Doch gilt das Hindernis der Schwägerschaft trotz § 501 StG. als unauflöslich nur in der geraden Linie und auch da nur zwischen Stiefeltern und Stiefkindern[7]), nicht zwischen Schwiegereltern und Schwiegerkindern.[8]) Übrigens werden auch vom Ehehindernisse des Ehebandes Dispensen erteilt, und zwar[9]) „nicht so selten, als man annehmen sollte“, so besonders, wenn die erste (unvollzogene) Ehe nach Kirchenrecht getrennt worden ist und wohl auch sonst, wenn das erste Eheband nur noch vom staatlichen Standpunkte aus als bestehend anzusehen ist.[10]) Keinem Zweifel unterliegt heutzutage die Auflöslichkeit der Hindernisse des Katholizismus[11]), der Religionsverschiedenheit[12]), der Weihen oder Gelübde.[13]) Im allgemeinen bemüht sich die Praxis des Staates wie der Kirche, durch Befreiungen eine weitgehende Übereinstimmung beider Eherechte herbeizuführen, so daß die Kirche nicht leicht eine staatlich ungültige und der Staat nicht leicht eine kirchlich ungültige Ehe durch Befreiung ermöglicht, während, was von dem einen Rechte gestattet ist, auch vom Standpunkte des andern soweit als möglich zugelassen wird.[14])

1. Zuständig ist in der Regel die Landesstelle, und zwar gegenwärtig auch für Militärpersonen;[15]) in oberster Instanz entscheidet das

[5]) So Dozent Dr. ***, Die Zulässigkeit der Dispensation vom Ehehindernisse des bestehenden Ehebandes in der GH. 1896 Nr. 7.

[6]) Das Hindernis des § 48 ist auflöslich soweit es bloß auf (voller) Entmündigung, nicht auf wirklicher Geistesstörung beruht.

[7]) HfD. v. 19. Juni 1823 bei Dolliner II S. 302.

[8]) Rittner S. 158 Note 3, Mayrhofer V S. 24 Note 4, v. Scherer S. 497 Note 204.

[9]) Nach v. Scherer S. 576 Note 111.

[10]) Über einen Fall, in dem die n.-ö. Statthalterei vom Hindernisse des Ehebandes dispensiert hat, berichtet Ofner JBl. 1912 Nr. 11. Das MJ. hatte in diesem Falle gegenüber den Bedenken der Statthalterei mit Erl. Z. 16.658/1907 erklärt, daß das österreichische Gesetz kein unauflösliches Hindernis kenne! Dagegen ist nach einem Erl. desselben Ministeriums v. 23. Mai 1912 Z. 18.133 (VerwZ. 1913 Nr. 25) Befreiung vom Hindernisse des Ehebandes in keinem Falle zu erteilen.

[11]) Doch vgl. Entsch. Slg. VIII Nr. 3020 (Gründe der zweiten Instanz).

[12]) Aufsatz in den JBl. 1874 Nr. 51 und unten Note 32 a.

[13]) Im Jahre 1904 heiratete ein Benediktiner des Stiftes Altenburg mit Dispens der kärntnerischen Landesregierung. Mitt. im ArchKathKR. 84, 392.

[14]) Vgl. einerseits § 80 Anw. f. d. geistl. Gerichte und das „periculum matrimonii civilis“ als Dispensgrund, andrerseits v. Scherer S. 497 mit Note 208, auch Illasiewicz S. 989.

[15]) § 24 Punkt 111 der Dienstvorschrift für die Militärgeistlichkeit von 1904 (Mitt. im JMVBl. 1904 S. 324, Seeliger, Die militärischen Heiratsvorschriften S. 165). Vgl. auch Merkl in der GZ. 1917 Nr. 7.

Ministerium des Innern. Die Landesstelle soll sich „nach Beschaffenheit der Umstände in das weitere Vernehmen setzen" (§ 83) — auch mit den kirchlichen Behörden, obwohl ihre Äußerungen die Landesstelle nicht binden.[16]) Die politische Behörde erster Instanz (Bezirkshauptmannschaft, Magistrat) kann

a) das zweite und dritte Aufgebot nachsehen (§ 85) oder — beim Zivilaufgebote — die Dauer des Anschlages abkürzen.[17]) Die Nachsicht aller drei Aufgebote wird erteilt entweder wegen Dringlichkeit der Eheschließung (§ 86) von derselben Behörde oder, weil die Ehewerber bereits allgemein als verehelicht gelten, von der Landesstelle (§ 87). In beiden Fällen „müssen die Verlobten eidlich beteuern, daß ihnen kein ihrer Ehe entgegenstehendes Hindernis bekannt sei".[18]) Ferner erteilt die politische Behörde erster Instanz[19])

b) im Falle einer bestätigten nahen Todesgefahr die Befreiung von der Beibringung des Tauf- oder Geburtsscheines[20]) und

c) in allen Fällen die Befreiung vom Eheverbote der Wartezeit (§ 120).

2. Unter bestimmten Voraussetzungen können die Beteiligten um Befreiung durch ihre Seelsorger und mit Verschweigung ihres Namens ansuchen, nämlich

a) hinsichtlich aller auflöslichen Hindernisse nach der Eheschließung (§ 84) und

b) hinsichtlich der drei Aufgebote[21]), wenn von ihnen allgemein vermutet wird, daß sie miteinander verehelicht seien.

3. Befreiung soll nur aus wichtigen Gründen[22]) erteilt werden (§ 83), Befreiung von allen Aufgeboten nur in den Fällen der §§ 86, 87, also nicht auch um etwa bei Standesungleichheit der Verlobten die Ehe zu verheimlichen: „Wer errötet, eine Handlung öffentlich zu tun, der soll sie auch in geheim bleiben lassen; der überzeugt von seinem zeitlichen Glücke und Vergnügen sie zu unternehmen sich entschließt, soll auch standhaft genug sein, dem Vorurteile Trotz zu bieten."[23])

[16]) HfD. v. 12. Nov. 1812, n.-ö. RegV. v. 8. April 1840, MJE. v. 25. März 1883 Z. 3843 (Grießl S. 218). Es ist nicht zutreffend, wenn Rittner S. 154 lehrt, der Schluß des § 83 habe „nach der damaligen Übung (d. h. zur Zeit des Wirksamwerdens des ABGB.) keine andere Bedeutung" gehabt, „als daß die Staatsbehörde hiedurch angewiesen wurde, vor der Entscheidung das bischöfliche Gutachten einzuholen". Ebenso Vering a. a. O. S. 306. Das Gegenteil ergibt sich aus der Redaktionsgeschichte (Ofner, Prot. II S. 505), vgl. v. Anders, Grundriß S. 21 f.

[17]) Ges. v. 4. Juli 1872 Nr. 111.

[18]) Offenbarungseid, v. Scherer S. 159 Note 78, Leitner S. 393. Nicht Bedingung der Gültigkeit: HfD. v. 23. Sept. 1817 JGS. Nr. 1372.

[19]) Nach dem in Note 17 angeführten Gesetze.

[20]) Oben § 427 Note 34.

[21]) Nicht auch hinsichtlich anderer Ehehindernisse. HKzPräsSchreiben v. 11. Sept. 1820.

[22]) Vgl. oben bei Note 14.

[23]) Kaiser Josef II. (1783) bei Harrasowsky, Entw. Hortens S. 37.

4. Die Gültigmachung (Konvalidation, § 88) einer nichtigen Ehe wird nicht schon durch die behördliche Nachsicht des Hindernisses herbeigeführt[24]), sondern erst durch neuerliche Eheschließung, die doppelt begünstigt ist:

a) Das Aufgebot muß nicht wiederholt werden,

b) die Einwilligung kann vor (dem Seelsorger und) zwei „vertrauten", d. h. zur Verschwiegenheit verpflichteten Zeugen[25]), erfolgen. Sie sind nach Umständen strafbar (§ 489 StG.), wenn sie das Geheimnis ohne Not bekanntmachen.

Eine solche Ehe ist nach § 88 ABGB. so zu betrachten, „als wäre sie ursprünglich gültig geschlossen worden". Ein bereits anhängiges Nichtigkeitsverfahren ist also einzustellen[26]), ein nach der ersten, nun gültig gewordenen Eheschließung eingetretenes Ehehindernis[27]) hat keine trennende Wirkung, die vorhandenen Kinder sind in jeder Hinsicht als ehelich zu behandeln (sogenannte „vollkommenste Legitimation", § 160).

II. Ehehindernisse können auch ohne Befreiung ihre rechtliche Kraft verlieren. Wenn bei Privathindernissen[28]) das Einschreiten des Bestreitungsberechtigten unterbleibt, so ist die Ehe ohne Erneuerung der Trauung von Anfang an als gültig zu behandeln.[29]) Auch kann ein Hindernis von selbst wegfallen, z. B. das des bestehenden Ehebandes durch den Tod des rechtmäßigen Gatten; hier muß die Trauung wie im Falle der Befreiung wiederholt werden (vgl. § 88).[30]) Aber rückwirkende Kraft hat sie nicht.[31]) Die erste Eheschließung, der das Hindernis des Ehebandes entgegenstand, kann also auch dann für nichtig erklärt werden, wenn das Hindernis durch den Tod des Dritten behoben und sodann von den Scheinehegatten eine neue Ehe geschlossen wurde.[32]) Die rückwirkende Gültigmachung nach § 88 kann aber dadurch ermöglicht werden, daß von dem erloschenen Hindernisse nachträglich (also z. B. vom Hindernisse des § 64 nach dem Glaubenswechsel) Befreiung erteilt wird.[32a]) Anders Dolliner.[33]) Er behauptet, daß schon der tatsächliche Weg-

[24]) Ganz verfehlt ist die Entsch. Slg. Nr. 8261, die annimmt, daß die neuerliche Eheschließung nur zur Rückwirkung der Befreiung erforderlich sei. Abgesehen von der Widersinnigkeit eines solchen Rechtssatzes, sei darauf hingewiesen, daß der Schlußsatz des § 88 erst in letzter Lesung (1809) angefügt wurde (Ofner, Prot. II S. 506). Richtig Entsch. Slg. Nr. 11.110, IX Nr. 3584, v. Scherer S. 512 Note 48, Bartsch S. 315.

[25]) Leitner S. 333 (Gewissensehe).

[26]) Bartsch S. 316.

[27]) Z. B. Unvermögen, v. Scherer S. 510 Note 43.

[28]) Z. B. dem der Minderjährigkeit.

[29]) Rittner S. 258 f.

[30]) Entsch. Slg. VIII Nr. 3092.

[31]) Rittner S. 279 Note 5, Krasnopolski S. 67, v. Neumann-Ettenreich S. 58, v. Anders, Grundriß S. 58.

[32]) Entsch. Slg. VIII Nr. 3015, Entsch. Junker-Fuchs Nr. 126.

[32a]) Vgl. die Mitteilung aus der Praxis in der GZ. 1904 Nr. 48: Dispensation vom Ehehindernis der Religionsverschiedenheit. M. v. Mayr in den JBl. 1906 Nr. 35. Befreiung ohne Glaubenswechsel: Fraus ebda. Nr. 31.

[33]) Eherecht II S. 205 und schon 1817 in Pratobeveras Mat. III S. 12.

fall des Hindernisses ohne Befreiung die Gültigmachung nach § 88 ermögliche. Dafür beruft er sich auf die Analogie und auf ein seither aufgehobenes Hofdekret vom 11. Juli 1817, JGS. Nr. 1345, das dem Strafrichter bei der Verurteilung wegen zweifacher Ehe die Befugnis, die zweite Ehe für nichtig zu erklären[34]), für gewisse Fälle abspricht, insbesondere auch für den Fall, daß der erste Gatte „erst nach der von dem Beschuldigten geschlossenen Ehe gestorben, folglich das Hindernis gehoben wäre und die zweite Ehe konvalidiert werden könnte". Das hat auf den Obersten Gerichtshof Eindruck gemacht. „Wenn auch," heißt es in einer neueren Entscheidung[35]), „die Argumente jener Autoren, denen sich die Vorinstanzen anschlossen, noch so überzeugend wirken, so tut doch das eben zitierte Hofdekret dar, daß die Gesetzgebung anderer Ansicht war." In Wirklichkeit ergibt sich aus diesem Hofdekrete, daß unter dem (dem bürgerlichen Gesetzbuche fremden) Ausdrucke Konvalidation die Erneuerung der Eheschließung nach dem tatsächlichen Wegfalle des Hindernisses verstanden wird[36]) und daß die Ungültigkeit der ursprünglichen Eheschließung dann nicht — wenigstens nicht immer[37]) — von Amts wegen ausgesprochen werden muß. Weiter geht freilich, Dolliner folgend, die Anweisung für die geistlichen Gerichte, die der Konvalidation auch in unserem Falle (§ 92) in Betreff der bürgerlichen Wirkungen rückwirkende Kraft beimißt (§ 94), und noch weiter das Schweizerische Zivilgesetzbuch (Art. 122), das, wenn der zweite Ehegatte in gutem Glauben war, die Nichtigerklärung der zweiten Ehe nach der Lösung der ersten ausschließt, ohne daß es dazu erst besonderer Gültigmachung bedürfte.

Für das österreichische Recht ist daran festzuhalten, daß die Ehe nur unter den Voraussetzungen des § 88 mit rückwirkender Kraft gültig wird. Hätte Dolliner Recht, so könnte das in der zweifachen Ehe erzeugte Kind dem später geborenen ehelichen Kinde das Recht der Erstgeburt streitig machen, wenn seine Eltern nach dem Tode der rechtmäßigen Gattin die Eheschließung wiederholen. Ein Staatsbeamter, der zuerst die A und dann bei ihren Lebzeiten die B geheiratet hat, könnte nach dem Tode der A im Ruhestande die B neuerlich heiraten und ihr dadurch (vermöge der behaupteten Rückwirkung) den Anspruch auf die Witwenpension verschaffen, ohne Rücksicht darauf, ob sie bei der ersten Eheschließung in gutem Glauben war oder nicht.[38]) Das geht doch wohl zu weit.

---

[34]) Sie steht ihm jetzt in keinem Falle zu. § 371 StPO.

[35]) Entsch. Slg. XVI Nr. 6724.

[36]) v. Scherer S. 500 Note 5.

[37]) Auch die nicht rückwirkende Konvalidation, von der hier die Rede ist, bewirkt doch, daß das ursprüngliche Rechtsverhältnis, die nichtige Ehe, als solche nicht mehr besteht. Daher ist die amtliche Untersuchung nach Analogie des HfD. v. 27. Juni 1837 JGS. Nr. 208 nur noch durchzuführen, wo dies bestimmte Zwecke erfordern.

[38]) Nach dem Kirchenrechte wirkt die Konvalidation nur dann zurück, wenn ein Ehegatte im guten Glauben war und bei einem unauflöslichen Hindernisse (Eheband!), immer erst von dessen Wegfalle ab. Haring S. 565 f.

§ 431.

E. Nichtigkeit und Nichtigkeitsprozeß.[1])

I. Nichtehe und nichtige Ehe. Die nichtige Ehe hat bis zu ihrer gerichtlichen Nichtigerklärung die Wirkungen einer gültigen Ehe.[2]) Aber die Nichtigerklärung wirkt zurück, die nichtig erklärte Ehe wird als von Anfang an nicht bestehend behandelt. Das ist die Regel; sie läßt sich freilich nur mit Einschränkungen durchführen.[3]) Bis zur Nichtigerklärung führt die Frau den Namen des Mannes, sie hat bis dahin Anspruch auf den anständigen Unterhalt, die vorehelichen Kinder sind legitimiert[4]), die Verwandten werden verschwägert[5]) usf. Der Richter, der über derartige Fragen, z. B. über die Legitimation, zu entscheiden hat, muß die Ehe, auch wenn ihre Nichtigkeit behauptet wird, bei seiner Entscheidung als gültig behandeln, wenn er nicht in der Lage ist, die Nichtigerklärung durch den hiezu berufenen Gerichtshof abzuwarten.[6]) Er darf nicht — auch nicht in den Gründen und ohne Rechtskraft — ihre Ungültigkeit aussprechen.[7])

Die Nichtehe[8]) ist ohne Wirkung. Sie bedarf keiner Nichtigerklärung, sie kann überhaupt nicht den Gegenstand eines Eheprozesses bilden, also weder geschieden noch getrennt werden. Von Ehehindernissen kann bei ihr nicht die Rede sein, daher auch nicht von Konvalidation oder schuldloser Unwissenheit im Sinne des § 160. Die Kinder sind unehelich, es entsteht keine Schwägerschaft, jeder Teil kann ohneweiters heiraten usf.

a) Die nichtige Ehe wird durch die Nichtigerklärung zur Nichtehe.

b) Eine Nichtehe liegt von Anfang an vor, wenn die Beteiligten gleichen Geschlechtes sind. Dieser Fall ist oben § 424, I erörtert worden.

c) Auch dann kommt keine, auch keine nichtige Ehe zu stande, wenn die für Eheschließungen vorgeschriebene Form nicht einmal in der Hauptsache beobachtet worden ist. Nach deutschem Rechte (§ 1329 DBGB.) ist die formwidrige Ehe dann keine Nichtehe mehr, also besonderer Nichtigerklärung bedürftig, wenn sie in das Heiratsregister eingetragen worden

[1]) Rittner §§ 33—37, Krasnopolski § 15, v. Anders, Grundriß § 18, Thiesing, Die Wirkung nichtiger Ehen (1907) S. 77 ff.

[2]) So Art. 132 Schweiz. ZGB. Wolff, Familienrecht S. 83. Anders Kohler, Familienrecht § 17.

[3]) Perten, Die ungültige Ehe im österr. Strafrechte, in „Fünf strafr. Abh." S. 73 ff. Dazu Bettelheim in Grünhuts Zeitschr. 35 S. 768 f.

[4]) Entsch. Slg. VIII Nr. 3184. Dabei bleibt es auch nach der Nichtigerklärung, wenn wenigstens ein Gatte schuldlos war (§ 160).

[5]) Vgl. KassHE. v. 11. Nov. 1889 Nr. 1314 (Verweigerung des Zeugnisses).

[6]) Nach einer am Buchstaben haftenden Auslegung des § 190 ZPO. („anhängigen") soll der Richter den zuständigen Gerichtshof zwar verständigen, das Verfahren aber nicht unterbrechen. Entsch. Slg. VIII Nr. 3184.

[7]) Ebendeshalb ist die in der vorigen Note angeführte Entscheidung verfehlt.

[8]) Rittner S. 250 f., R. Henle, Nichtehe 1915.

ist.[9]) Nach österreichischem Rechte kommt es darauf nicht an.[10]) Die Hauptsache ist hier, daß die Ehe unter unmittelbarer oder mittelbarer Mitwirkung eines zu Eheschließungen (wenn auch nicht gerade für den vorliegenden Fall) kraft seines Amtes berufenen Trauungsorganes geschlossen worden ist. Diese Mitwirkung ist eben eine Amtshandlung und mit ihr verbindet sich ja regelmäßig die Eintragung in das Eheregister. Auch vor demjenigen, der das Amt zwar unrechtmäßig ausübt, aber allgemein als dessen berechtigter Inhaber angesehen wird, können Ehen — und zwar gültig — geschlossen werden: error communis facit jus.[11]) Ist es hingegen offenkundig, daß der Trauende zur staatsgültigen Eheschließung nicht befugt ist, dann liegt eine Nichtehe vor. Nichtehen sind daher

α) die jüdischen rituellen Ehen, die zwar nach mosaisch-talmudischem Rechte[12]) der Mitwirkung des Rabbiners nicht bedürfen, ohne diese aber für den Staat nicht in Betracht kommen. Sie können nicht für nichtig erklärt werden, „weil sie eigentlich gar nicht zu stande gekommen" sind.[13]) Ein bereits Verheirateter, der eine solche Ehe schließt, begeht keine Bigamie[14]), Diebstahl zwischen bloß rituell Verbundenen ist kein Familiendiebstahl.[15]) Auch die Begünstigung der Putativehen (§ 160 ABGB.) kann rituellen Ehen nicht zustatten kommen.[16]) Dasselbe gilt für

β) die katholischen Salzburger Ehen, die trotz eines Ehehindernisses (Eheband) unter eigenmächtiger Mitwirkung des Defizientenpriesters Kirchsteiger in Salzburg geschlossen wurden.[17])

II. Öffentliche Hindernisse und Privathindernisse. Über öffentliche Hindernisse leitet der zuständige Gerichtshof das Verfahren von Amts wegen ein. Dazu genügt eine von wem immer erstattete Anzeige. Wer durch die nichtige Ehe in seinen Rechten verletzt ist, kann aber auch eine Klage einbringen. So kann z. B. die rechtmäßige Gattin, statt sich auf eine Anzeige zu beschränken, auf Nichtigerklärung der zweiten Ehe ihres Mannes klagen.[17a]) Dasselbe Recht steht auch dem nichtig Verheirateten zu, wenn er schuldlos ist.[18]) Er erlangt dadurch die pro-

[9]) Einer formgerechten Ehe schadet aber die Unterlassung der Eintragung nicht. Das gilt auch für das österr. Recht: Entsch. Slg. Nr. 12.094.

[10]) Vgl. Entsch. Slg. Nr. 16.038.

[11]) Leitner, Kath. Eherecht S. 280 f. DBGB. § 1319.

[12]) Oben § 429 Note 19.

[13]) So das (freilich weiterreichende und insoweit aufgehobene) HfD. v. 13. Jan. 1827 JGS. Nr. 2250. Dagegen Entsch. Slg. Nr. 9909, 15.470.

[14]) KassHE. v. 15. März 1886 Nr. 897. Janowitz, Zur Auslegung des § 206 StG. in der GH. 1907 Nr. 24.

[15]) KassHE. v. 7. Januar 1907 Nr. 3296.

[16]) Entsch. v. 10. Sept. 1914 JBl. 1915 Nr. 2 — freilich mit schlechter Begründung (§ 2 ABGB.!).

[17]) Entsch. v. 18. Nov. 1914 GH. 1915 Nr. 4.

[17a]) PlE. Slg. VI Nr. 2196 mit Berufung auf HfD. v. 27. Juni 1837 JGS. Nr. 208.

[18]) § 96. Rittner S. 257 will diese Beschränkung nicht auf öffentliche Hindernisse beziehen; ebenso Entsch. Junker-Fuchs Nr. 123, vgl. auch ebda. Nr. 149.

zessuale Klägerrolle, hat also z. B. Anspruch auf Kostenersatz, kann gegen die Einstellung des Verfahrens Rechtsmittel ergreifen usf.

1. Die öffentlichen Ehehindernisse sind erschöpfend aufgezählt im § 94[19]), alle anderen sind Privathindernisse. Danach sind die Hindernisse wegen „Abganges der Einwilligung" durchwegs Privathindernisse (also auch Unmündigkeit, Geisteskrankheit) mit einziger Ausnahme des Ehehindernisses der Entführung, das sich gerade durch seine öffentlichrechtliche Eigenschaft vom Hindernisse des Zwanges scharf abhebt. Die Hindernisse wegen „Abganges des Vermögens zum Zwecke" sind dagegen öffentlichrechtlich mit Ausnahme des Hindernisses des Unvermögens[20]), das sich ebendeswegen im österreichischen Rechte dem Hindernisse des Irrtums anschließt. Endlich ist von den beiden Hindernissen wegen „Abganges der wesentlichen Feierlichkeiten" das Hindernis des mangelnden Aufgebotes privatrechtlich, das des Mangels der feierlichen Erklärung der Einwilligung öffentlichrechtlich. Das Hindernis des Aufgebotes wurde durch die seiner Bedeutung widerstrebende Einreihung unter die Privathindernisse — gewiß mit Absicht — unschädlich gemacht, da man nun einmal nicht ganz darauf verzichten mochte. Öffentlichrechtliche Hindernisse müssen, solange die nichtige Ehe als solche besteht, unter allen Umständen geltend gemacht werden. Nach Auflösung der Scheinehe durch den Tod (HfD. vom 27. Juni 1837, JGS. Nr. 208) oder durch Trennung soll[21]) die Untersuchung nur dann eingeleitet werden, wenn sie zur Geltendmachung von Privatrechtsansprüchen oder behufs Entscheidung einer Vorfrage vom Strafgerichte, besonders im Verfahren wegen zweifacher Ehe, oder im Interesse der Staatsverwaltung, z. B. behufs Ablehnung eines Anspruches auf Witwenversorgung oder zur Feststellung des Heimatrechtes der Gattin[22]), von einer Behörde angesucht wird. Abgesehen von solchen Fällen wäre eine Untersuchung der Ungültigkeit nach bereits erfolgter Auflösung der (Schein-)Ehe zwecklos. Dagegen schließt der bloße Wegfall des Ehehindernisses die nachträgliche Nichtigerklärung von Amts wegen keineswegs aus.[23]) Wird aber die Eheschließung nach Wegfall des Hindernisses wiederholt, so ist die Nichtigerklärung, wenn überhaupt (§ 88 BGB., siehe oben § 430), nur noch auf Verlangen — nach Analogie des Hofdekretes von 1837 — möglich. Denn die nichtige Ehe gehört hier als solche bereits der Vergangenheit an.

[19]) Unter den da bezogenen § 119 fällt auch das Hindernis des Katholizismus, beruhend auf einem Nachtragsgesetze zu diesem Paragraphen.

[20]) Auch § 61 (schwerer Kerker) begründet, soweit er noch in Betracht kommen kann, ein Privathindernis.

[21]) Entsch. Slg. VII Nr. 2720 und bes. Entsch. Slg. VIII Nr. 3034.

[22]) Entsch. Slg. XIV Nr. 5602.

[23]) Pachmann, Kirchenrecht 2. Aufl. II § 404 S. 365 f., Stubenrauch 8. Aufl. I S. 171 Note 3, v. Anders, Familienrecht S. 50, v. Neumann-Ettenreich S. 61; a. M. (namentlich wegen der gegenwärtigen Form „im Wege steht" im § 94) Rittner S. 254 f., Krasnopolski IV S. 75. Der zweite Satz des § 94 spricht von einer „mit einem Hindernisse" geschlossenen Ehe, gewiß ohne damit etwas Anderes sagen zu wollen, als was der erste mit den Worten ausdrücken will, es stehe der Ehe ein Hindernis im Wege.

2. Wer zur Klage wegen eines Privathindernisses befugt sei, war — trotz der großen von den Gesetzesverfassern auf die §§ 94 bis 96 verwendeten Mühe[24]) — lange Zeit bestritten. Unsere älteren Schriftsteller mußten an dem Versuche scheitern, bei jedem Privathindernis eine Partei zu entdecken, von der man ebensowohl sagen konnte, sie sei in ihren Rechten gekränkt (§ 94), als auch, sie sei schuldlos (§ 96).[25]) Beim Hindernisse des Aufgebotes ist offenbar niemand in seinen Rechten gekränkt, wenn der Ehe sonst nichts entgegensteht. Zwar hat man schon darin, daß ein Ehegatte schuldlos eine ungültige Ehe geschlossen hat, eine Rechtskränkung erblicken wollen, aber das ist, nach der richtigen Bemerkung Rittners[26]), eine äußerst gezwungene Erklärung, die im Ergebnisse zur Verleugnung jenes Erfordernisses führt. In den fraglichen Worten des § 94 ist vielmehr nur eine beiläufige, erst durch die folgenden Paragraphen genauer bestimmte Bezeichnung des Bestreitungsberechtigten zu erblicken. Sie trifft für die einzelnen Hindernisse in sehr verschiedenem Maße zu. Gedacht war an die schuldlosen Ehegatten, ferner (§ 49) an den Vater und das Vormundschaftsgericht und (§ 54) an die Militärbehörde. Gegenwärtig steht das Bestreitungsrecht unter bestimmten Voraussetzungen den schuldlosen Ehegatten und dem gesetzlichen Vertreter zu.[26a]) Das Bestreitungsrecht des Gerichtes und das der Militärbehörde sind weggefallen.

Nur der schuldlose Ehegatte kann die Gültigkeit der Ehe bestreiten (§ 96), d. h. nur der Gatte, der nicht daran schuld ist, daß er in einer ungültigen Ehe lebt.[27]) Ein Ehegatte soll eben nicht geflissentlich eine Ehe schließen können, deren Aufrechthaltung von seinem Willen abhängt, und er soll auch nicht, durch die Aussicht, etwa vorhandene Hinder-

[24]) Kein anderer Satz des ABGB. ist Gegenstand so oft wiederholter Beratungen geworden, wie diese Paragraphen.

[25]) Pachmann S. 370 ff. beschränkt das Erfordernis der Rechtskränkung auf die dritten Bestreitungsberechtigten — gegen die Meinung der Gesetzesverfasser (vgl. Zeiller, Vorbereitung II S. 130 f.). Nach Rittner S. 261 ist in seinen Rechten gekränkt der, „zu dessen Gunsten, in dessen Interesse der Ungültigkeitsgrund im Gesetze anerkannt ist". Da nun aber der Mangel des Aufgebotes (gewiß nicht im wesentlichen Interesse der Brautleute) nur ein Privathindernis bildet, so kommt Rittner S. 266 ff. zu dem Ergebnis, das Bestreitungsrecht in diesem Falle nur dritten „Einspruchsberechtigten" einzuräumen. Trotz seiner Verwahrung (S. 262 unten) ist mit dieser Auffassung die Wesentlichkeit des einmaligen Aufgebotes für die Gültigkeit der Ehe praktisch vollständig aufgegeben. Vgl. Singer a. a. O. Nr. 79 Note 16.

[26]) Eherecht S. 262 Note.

[26a]) Entsch. v. 11. März 1914 OG. Nr. 169: nicht auch Anderen, denen die Nichtigerklärung der Ehe (als eventuellen Erben) zum Vorteile gereichen würde. Entsch. Junker-Fuchs Nr. 129: nicht dem Verteidiger des zweiten Ehebandes.

[27]) Pachmann S. 374. So auch Stubenrauch 8. Aufl. I S. 172, v. Anders, FamR. S. 52, Grundriß S. 20, Krasnopolski IV S. 78, v. Neumann-Ettenreich S. 62, Singer GZ. 1877 Nr. 78. A. M. Rittner: „schuldig oder schuldlos ist man mit Rücksicht darauf, ob die Geltendmachung der Ungültigkeit etwas Rechtswidriges enthalte oder nicht", es kommt nicht darauf an, „inwiefern jemandem die Schließung einer ungültigen Ehe als Schuld imputiert werden kann" S. 270.

nisse hinterher geltend machen zu können, davon abgehalten werden, schon bei der Eheschließung mit der gebotenen Umsicht vorzugehen.[28]) Rechtsirrtum kann ein Verschulden begründen, kann aber auch wie jeder andere Irrtum entschuldbar sein (oben § 7).[29]) Daran wollen leider manche Praktiker noch immer nicht glauben. Beispiel:[30]) Ein österreichischer Minderjähriger heiratet im Deutschen Reiche, gemäß der Belehrung des Standesbeamten hat er sich die Zustimmung seiner außerehelichen Mutter (nicht die des Gerichtes) verschafft. Der Oberste Gerichtshof spricht ihm allen Ernstes das Bestreitungsrecht ab, weil der Rechtsirrtum gemäß § 2 ABGB. nicht entschuldige.[31])

Einzelne Privathindernisse bedürfen besonderer Erörterung:

a) Bei Irrtum in der Person und bei Furcht kann nicht nur der irrende oder gezwungene Teil die Ehe anfechten, sondern auch der andere Gatte, der von dem Irrtume oder der Furcht nichts gewußt hat.[32]) Das steht so deutlich im § 95, daß es nie hätte bestritten werden sollen.[33]) Aber vielleicht darf man annehmen, daß das Bestreitungsrecht beider Ehegatten erlösche, wenn der Irrende oder Gezwungene die Ehe nach Wegfall des Hindernisses bestätigt. Solange das Hindernis oder wenigstens die ablehnende Haltung und damit zugleich das Bestreitungsrecht des getäuschten oder gezwungenen Teiles fortbesteht, scheint es am Platze, das gleiche Recht auch dem andern, wenn er schuldlos ist, zuzugestehen. Aber wenn die etwa von ihren Eltern zur Ehe gezwungene Frau sich fügt, weil sie die Lösung der einmal geschlossenen und vollzogenen Ehe für das größere Übel hält, dann wäre es allerdings eine große Härte, wenn der Mann noch immer berechtigt wäre, sie bloß um ihres früheren Widerstrebens willen heimzuschicken. Beim Irrtume über die Schwangerschaft steht das Bestreitungsrecht unzweifelhaft nur dem Manne zu.[34])

b) Ist eine Ehe ohne Einwilligung des Vaters oder des Gerichtes geschlossen worden, so sind zur Bestreitung berechtigt:

α) der Vater, auch gegen den Willen des Kindes, aber nicht, weil er in seinen Rechten gekränkt ist, sondern weil es seine Pflicht ist, für das Wohl des Kindes nötigenfalls auch durch die Vernichtung des Ehebandes zu sorgen. Deshalb kann er die ohne seine Einwilligung geschlossene Ehe nur so lange bestreiten, als die väterliche Gewalt dauert (§ 96)[35]) und immer nur aus triftigen, das eigene Interesse des Kindes

[28]) Vgl. v. Neumann-Ettenreich a. a. O.

[29]) Das weiß schon Dolliner III S. 266. Ebenso Krasnopolski S. 79, v. Neumann-Ettenreich S. 62.

[30]) Vgl. auch oben § 427 Note 31, hier (§ 431) Note 16 und Entsch. Slg. XIII Nr. 5112.

[31]) Entsch. Slg. XII Nr. 4580, ebenso XII Nr. 4653. Richtig versteht den § 2 Entsch. Slg. Nr. 11.501: „Die Anwendung des § 2 kann nur dazu führen, daß man die Einflußlosigkeit der Rechtsunkenntnis auf die Beurteilung der Gültigkeit der Ehe vertritt."

[32]) Rittner S. 264, Krasnopolski S. 78 Note 5.

[33]) A. M. gleichwohl Dolliner III S. 245, v. Neumann-Ettenreich S. 55.

[34]) v. Anders, FamR. S. 52.

[35]) Dabei kommt die Umwandlung der Gewalt nach § 175 nicht in Be-

berührenden Gründen (§ 53). Denn sonst kann das Kind die gerichtliche Genehmigung der geschlossenen Ehe erwirken und dadurch die Bestreitung vereiteln (oben § 425 a. E.).

β) Das unmittelbare Bestreitungsrecht des Vormundschaftsgerichtes ist mit HfD. vom 17. Juni 1825, JGS. Nr. 2112, beseitigt worden.[36]) Wohl aber kann der Vormund, Kurator oder Beistand die Ehe auch gegen den Willen des Mündels bestreiten, wenn er hiezu vom Vormundschafts- oder Pflegschaftsgerichte angewiesen oder ermächtigt worden ist. Auch hier ist der Gedanke der Rechtskränkung ferne zu halten:[37]) der Vormund kann die (ohne Einwilligung des Vaters oder des Gerichtes geschlossene) Ehe auch dann bestreiten, wenn er erst nach der Eheschließung bestellt worden ist.[38]) Sein Bestreitungsrecht erlischt mit dem Ende der Vormundschaft, § 96.[39])

γ) Dem Ehegatten, der ohne Einwilligung seines Vaters oder des Gerichtes geheiratet hat, steht ein selbständiges Bestreitungsrecht zu[40]), das er nicht nur nach Erlangung der vollen Handlungsfähigkeit[41]), sondern auch schon vorher und selbst gegen den Willen des gesetzlichen Vertreters ausüben kann; anders nur, wenn er seine Handlungsunfähigkeit verschwiegen oder die erforderliche Einwilligung fälschlich vorgeschützt hat (§ 95).[42]) Dadurch, daß das Bestreitungsrecht des Vaters oder Vormundes erlischt (Verzicht, Eintritt der Großjährigkeit), wird das Recht des Gatten nicht berührt.[43]) Der Gatte selbst kann auf sein Bestreitungsrecht erst verzichten, wenn er großjährig geworden ist.[44])

δ) Dem andern (eigenberechtigten) Ehegatten kann das Bestreitungsrecht wohl nicht abgesprochen werden[45]), es muß aber erlöschen, wenn der Minderjährige nach erreichter Großjährigkeit die Ehe bestätigt.[46]) Denn

tracht. — Wird das Kind während des Verfahrens großjährig, so kann der Vater den Prozeß nicht fortsetzen: Entsch. v. 4. April 1916 JBl. 1916 Nr. 26.

[36]) Entsch. Slg. XVI Nr. 6714. Rittner S. 266; a. M. v. Anders, FamR. S. 51 Note 13 und Grundriß S. 20, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 172 Note 4, Dolliner III S. 110, Krasnopolski S. 77, Gründe der Entsch. v. 7. April 1914 OG. Nr. 1669.

[37]) Vgl. Entsch. Junker-Fuchs Nr. 130.

[38]) Vgl. Entsch. Slg. Nr. 11.501.

[39]) Vgl. z. B. Entsch. Slg. Nr. 11.501, Entsch. v. 7. April 1914 OG. Nr. 1669, Entsch. Junker-Fuchs Nr. 136.

[40]) Ebenso nach Art. 182 Code civil. Nach dem DBGB. (§ 1336) kann während der Minderjährigkeit nur der gesetzliche Vertreter das Anfechtungsrecht des Minderjährigen ausüben.

[41]) Entsch. Slg. XVI Nr. 6618, Krasnopolski IV S. 79; dagegen Entsch. Slg. Nr. 5909.

[42]) Entsch. Slg. Nr. 4974, 5909, 11.501, XII Nr. 4580, 4653, KassHE. v. 11. Dez. 1880 Nr. 302.

[43]) Ofner, Prot. II S. 506 (Pratobevera): Sonst „würde man ja selbst dem Minderjährigen, der doch auch auf die Auflösung klagen kann und der eigentlich von dem Gesetze in Schutz genommen wird, sein Recht entziehen".

[44]) Ofner, Prot. a. a. O.: „wenn sie die Ehe nach erreichter Großjährigkeit fortsetzen". Dolliner III S. 333, Rittner S. 273, Krasnopolski IV S. 80. Entsch. Slg. Nr. 4974, 11.501, XII Nr. 4580. Dagegen noch Ofner, Prot. I S. 117 (Zeiller).

[45]) Entsch. Slg. XVI Nr. 6618, v. Neumann-Ettenreich S. 27. Dagegen Entsch. Slg. 11.501, Dolliner III S. 272 f., Rittner S. 265 f.

[46]) So das OLG. Wien im Falle der Slg. XVI Nr. 6618.

ihn kann ja doch nur die Ungewißheit beeinträchtigen, nicht die Minderjährigkeit selbst, die nach der Bemerkung Dolliners „bei Eingehung der Ehe von demjenigen Teile, der sich eigenmächtig verbinden kann, gewöhnlich als keine abschreckende, sondern vielmehr als eine einladende Eigenschaft betrachtet" wird.

c) Wegen Unvermögens kann die Ehe auch von dem unvermögenden Teile bestritten werden, wenn ihm sein eigenes (vielleicht nur relatives) Unvermögen zur Zeit der Eheschließung unbekannt war.[47])

d) Den Mangel des Aufgebotes kann jeder Ehegatte geltend machen, sofern er nicht daran schuld ist, daß die Ehe ohne Aufgebot geschlossen worden ist.[48])

In allen Fällen aber verliert auch der schuldlose Gatte das Bestreitungsrecht, wenn er in voller Kenntnis[49]) des Hindernisses freiwillig[50]) die Ehe entweder ausdrücklich oder stillschweigend bestätigt. Als stillschweigende Bestätigung gilt die Fortsetzung der „Ehe" (§ 96), d. h. der ehelichen Beiwohnung.[51]) Mit Recht erinnert Kohler[52]), daß es sich dabei um ein Verhalten von gewisser Dauer handeln müsse, entsprechend der Bedeutung für das ganze Leben: „eine augenblicklich vielleicht unüberlegte Lebensäußerung würde nicht genügen." Nach französischem Rechte erlischt das Bestreitungsrecht sogar erst nach einer durch sechs Monate fortgesetzten Beiwohnung.[53]) Im Falle des Unvermögens kann das Bestreitungsrecht nicht durch fortgesetzte Beiwohnung erlöschen, weil eben diese nicht möglich ist.[54]) Bloße Beischlafsversuche kommen

[47]) Entsch. Slg. Nr. 14.679, Entsch. Junker-Fuchs Nr. 137, Dolliner III S. 288, Rittner S. 266, Krasnopolski S. 79 Anm. 2. Dagegen v. Neumann-Ettenreich S. 55.

[48]) v. Anders, FamR. S. 52, Entsch. Slg. VI Nr. 2508, XII Nr. 4731, XIII Nr. 5112, XIV Nr. 5389, Entsch. v. 5. Mai 1914 JBl. 1915 Nr. 1. Die letzte Entscheidung spricht das Bestreitungsrecht auch dem Vater des minderjährigen Gatten, und Rittner S. 257 spricht es gar nur dritten, einspruchsberechtigten Personen zu, oben Note 25. Nach v. Neumann-Ettenreich S. 11 sind bestreitungsberechtigt der schuldlose Gatte und in ihren Rechten gekränkte dritte Personen.

[49]) Entsch. Slg. IX Nr. 3390. Vgl. Ofner, Prot. I S. 84 zu § 58: „Eine bloße Vermutung könne den Ehemann nicht verpflichten, dem Weibe die Beiwohnung zu versagen. Dieses würde zu unzeitigen Vorwürfen, Klagen und Beschwerden über Verleumdung die Veranlassung geben. Nur dann, wenn er die Überzeugung habe, soll er die Beiwohnung nicht mehr fortsetzen, sondern auf die Ungültigkeit klagen."

[50]) Entsch. Slg. IX Nr. 3432. Der Minderjährige kann die eben wegen der Minderjährigkeit ungültige Ehe nicht bestätigen: oben Note 41.

[51]) Dolliner III S. 325, Pachmann S. 365, v. Anders, FamR. S. 53 f., Stubenrauch 8. Aufl. I S. 173, Krasnopolski S. 79. Ebenso die Rechtsprechung: Entsch. Slg. IV Nr. 1641, V Nr. 1727, IX Nr. 3304 u. a. Diese Auslegung findet volle Bestätigung in den Protokollen des ABGB., die hier, wo es sich wesentlich um den Sprachgebrauch handelt, gewiß den Ausschlag geben: Pfaff in Grünhuts Zeitschr. 2 S. 301. Anders Rittner S. 272 und Note 1.

[52]) FamR. S. 99.

[53]) Code civil Art. 181.

[54]) Entsch. Slg. V Nr. 1727, X Nr. 3944, XV Nr. 5856, XVI Nr. 6501, Entsch. Junker-Fuchs Nr. 157. Krasnopolski S. 79, v. Neumann-Ettenreich S. 60.

nicht in Betracht.[55]) Das Bestreitungsrecht des schuldlosen Ehegatten erlischt ferner durch den Tod;[56]) stirbt er während des Prozesses, so können seine Erben das Verfahren fortsetzen.[57]) Das Bestreitungsrecht des Vaters oder Vormundes geht nach dessen Tode auf den neuen gesetzlichen Vertreter über. Mit dem Tode des pflegebefohlenen Ehegatten erlischt es, weil hiemit die väterliche Gewalt oder Vormundschaft endet (§ 96). Das gilt selbst dann, wenn der Pflegebefohlene erst während des von seinem gesetzlichen Vertreter eingeleiteten Prozesses stirbt.[58]) Dafür muß wohl den Erben des Pflegebefohlenen in diesem Falle das Recht zugestanden werden, den Prozeß an Stelle des Vaters oder Vormundes fortzuführen. Durch Verjährung erlischt das Bestreitungsrecht nicht.[59])

III. Verfahren.[60]) Das Verfahren über die Scheidung von Tisch und Bett, die Ungültigkeit und die Trennung der Ehe ist mit dem HfD. vom 23. August 1819, JGS. Nr. 1595, geregelt worden. Eine JMV. vom 9. Dezember 1897, RGBl. Nr. 283, versucht, die Bestimmungen dieses Hofdekretes mit den Vorschriften der Zivilprozeßordnung in Einklang zu bringen. Die Gesetzmäßigkeit der Verordnung mag zweifelhaft sein, jedenfalls hat sich ihr der Gerichtsgebrauch angeschlossen. Auch Judenehen können — abgesehen von bloß rituellen Ehen — nur in diesem Verfahren für ungültig erklärt werden.[61])

1. Zuständig ist nach § 76 JN. der Gerichtshof, in dessen Sprengel die Ehegatten ihren letzten[62]) gemeinsamen Wohnsitz[63]) gehabt haben.

[55]) Z. T. anders unsere vorige Auflage und Entsch. Slg. Nr. 6271, 16.121.

[56]) Das ist unbestritten. Dagegen freilich Entsch. Slg. Nr. 8903 (Aufgebot).

[57]) Oben § 159. Dafür außer den dort Note 4 Angeführten auch v. Schrutka, Grundriß S. 155; dagegen auch Stubenrauch 8. Aufl. I S. 174 und Krasnopolski III S. 80. Nach Rittner S. 275 kann, wenn der Ehegatte einmal die Klage erhoben hat, jeder, der ein rechtliches Interesse daran hat, die Ungültigkeit der Ehe geltend machen. Ebenso v. Anders, FamR. S. 54 und für das deutsche Recht der Komm. der Reichsgerichtsräte zu § 1338 DBGB., dagegen aber Kohler, FamR. S. 102. Vgl. § 628 DZPO.

[58]) Entsch. v. 7. April 1914 OG. Nr. 1669.

[59]) Ofner, Prot. II S. 508, Dolliner III S. 345, Krasnopolski IV S. 80. Dagegen Stubenrauch a. a. O. I S. 173 und Rittner S. 276 f. sowie v. Anders S. 54 Note 21, die bei Irrtum und Zwang die dreijährige Verjährung (§ 1487) zulassen. Im Falle der Entsch. Slg. X Nr. 3679 wurde eine Ehe wegen Zwanges nach zehn Jahren mit Erfolg angefochten.

[60]) Chorinsky, Der Eheprozeß JBl. 1875 Nr. 3, 4, 8—11, Rittner, Gerichtl. Verf. in Ehesachen JBl. 1881 Nr. 6, 7, Menger, System S. 81 f., v. Canstein, Lehrb. der Geschichte und Theorie II S. 616 f., Bartsch, Das gerichtl. Verf. in Ehesachen 1894, Pollak, Zivilprozeßrecht S. 669 ff., Pereles, Die JMV. v. 9. Dez. 1897 ZBl. 16, 353, W. Hora, über die Tragweite der Untersuchungsmaxime in Ehestreitigkeiten (aus Festsch. f. Ott) GZ. 1916 Nr. 20—23, 28, 30.

[61]) Vgl. oben Note 13.

[62]) Den überhaupt letzten, nicht etwa den letzten inländischen Wohnsitz: Entsch. Slg. XIII Nr. 5068, XV Nr. 6030.

[63]) Zum Begriffe des gemeinsamen Wohnsitzes: Entsch. Slg. XIII Nr. 5218, XVI Nr. 6542.

Dieser Gerichtsstand gilt auch für Ausländer;[64]) haben sie zuletzt im Auslande gewohnt, so können sie die Zuständigkeit eines österreichischen Gerichtes auch nicht durch Vereinbarung begründen.[65]) Sind die Ehegatten Österreicher oder war dies der Mann wenigstens zur Zeit der Eheschließung, so ist stets ein österreichisches Gericht — und zwar ausschließlich — zuständig. Kann hier die Zuständigkeit nicht auf § 76 JN. gestützt werden, so entscheidet der Wohnsitz des Klägers und, wenn auch der nicht im Inlande liegt, ist das Landesgericht Wien zuständig (§ 100 JN.).

2. Minderjährige oder beschränkt entmündigte Eheleute[66]) vertreten sich selbst (vgl. § 5 HfD., § 4 MV.).[67])

3. Im Verfahren über die Ungültigkeit oder Trennung der Ehe bestellt das Gericht einen Verteidiger des Ehebandes (§ 97 ABGB.).[68]) Bei Judenehen bedarf es des Verteidigers zwar nicht für die Trennung[69]), wohl aber im Nichtigkeitsverfahren.[70]) „Wenn die Entscheidung über die Ungültigkeit einer Ehe von der Lösung der Vorfrage abhängt, ob ihrer Eingehung ein anderes Eheband entgegenstand, ist auch für dieses frühere Eheband mit der Bestellung eines Verteidigers in allen jenen Fällen von Amts wegen vorzugehen, in welchen der Bestand oder Nichtbestand des vorausgegangenen Ehebandes nicht in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise festgestellt ist.“[71]) Ein Verteidiger des früheren Ehebandes muß also auch dann bestellt werden, wenn der Tod des ersten Ehegatten zweifelhaft ist.[72]) Als „Vertreter des an der Aufrechthaltung der Ehe beteiligten öffentlichen Interesses“ genießt der Verteidiger für seine Eingaben die Gebührenfreiheit.[73]) Seit dem Gesetze vom 2. Februar 1909, RGBl. Nr. 24, kann er ohne Rücksicht auf den Ausgang des Verfahrens Kostenersatz verlangen; vom Ausgange hängt es nur ab, ob ihm beide Gatten dafür zur ungeteilten Hand haften oder nur einer (der an der Ungültigkeit oder Trennung allein Schuldige).[74])

4. Das Gericht hat nach § 97 „die wahre Beschaffenheit der Sache selbst dann, wenn auf Begehren einer Partei die Verhandlung vorgenommen wird, von Amts wegen zu erheben“.[75]) Doch bewegt sich

[64]) Entsch. Slg. X Nr. 3806 (Scheidung), anders X Nr. 3778 (Nichtigerklärung).

[65]) Entsch. Junker-Fuchs Nr. 122, anders Entsch. Slg. XII Nr. 4821.

[66]) Vgl. unten § 432 bei Note 22.

[67]) Vgl. auch Entsch. Slg. VIII Nr. 3125 (Trennung).

[68]) Seit der MV. v. 2. Okt. 1851 RGBl. Nr. 251 nicht mehr die Finanzprokuratur. Kutschker, Eherecht V § 374.

[69]) HfD. v. 13. Nov. 1816 JGS. Nr. 1296 und Eingang des HfD. v. 23. Aug. 1819.

[70]) Entsch. v. 26. Jan. 1915 GZ. 1915 Nr. 15, a. M. Krasnopolski IV S. 70 Note 4 und v. Neumann-Ettenreich S. 64.

[71]) Judikat Nr. 124 Slg. Nr. 14.683, dazu Junker-Fuchs Nr. 144.

[72]) Die entgegengesetzte Entsch. Slg. XVI Nr. 6315 widerstreitet dem Judikate. Die Bestellung des Verteidigers hat für Fälle dieser Art ähnliche Bedeutung wie für die Todeserklärung (§ 114 ABGB.).

[73]) Mitt. im VBl. 1903 S. 202.

[74]) Lenhoff, Probleme des streitigen Eheverfahrens Gellers ZBl. 1910 S. 633 ff.

[75]) Im § 97 soll es statt: „um die wahre Beschaffenheit . . .“ richtig

das Verfahren in den Formen des Zivilprozesses.[76]) Die Vorschriften der Zivilprozeßordnung sind, wo für Ehestreitigkeiten nichts Besonderes angeordnet ist, soweit als möglich anzuwenden.[77]) Anerkennungs- und Versäumungsurteile sind ausgeschlossen. Das Ausbleiben eines Ehegatten steht der Fortführung des Verfahrens nicht im Wege. Ist das persönliche Erscheinen im besonderen Falle von Wichtigkeit, so kann es — anders als sonst im Zivilprozesse — erzwungen werden (§ 12 MV.).

5. Einstweilige Verfügungen können einem Gatten einen abgesonderten Wohnort einräumen (vgl. § 107 ABGB.) und den vom Manne zu leistenden Unterhalt bestimmen (§ 382, Z. 8 EO.).[78])

6. Die Entscheidung erfolgt auf Grund einer mündlichen Streitverhandlung (§ 9 MV.). Ihr kann ein vorbereitendes Verfahren vorausgehen.[79]) Für das Beweisverfahren gilt § 99 ABGB. Danach ist die Vermutung „immer für die Gültigkeit der Ehe. Das angeführte Ehehindernis muß also vollständig bewiesen werden." Das übereinstimmende Geständnis der Ehegatten erspart den Beweis des Hindernisses nicht (§ 99).[80]) Dieser Beweis kann auch nicht durch Vernehmung der Parteien hergestellt werden (Art. VI, Z. 1 EinfG. zur ZPO.).[81]) Dennoch kann das Gericht die Parteien über die entscheidenden Umstände befragen und ihre Aussagen — als Ergebnisse der Verhandlung (§ 272 ZPO.) — frei würdigen.[82])

Die Verwerfung des Beweismittels der Parteienvernehmung[83]) erweist sich als besonders unzweckmäßig beim Hindernisse des Unvermögens.[84]) Das Gesetz (§ 100) verlangt den Beweis durch Sachverständige, nämlich durch Ärzte und nach Umständen (bei körperlicher Unter-

heißen: „und die wahre Beschaffenheit . . ." Pfaff in der NotZ. 1906 Nr. 1 Note 34a.

[76]) Anders Tilsch, Einfluß S. 46, Bedenken gegen den Fortbestand eines besonderen Verf. in Ehestreitigkeiten in den JBl. 1899 Nr. 12, dazu (zustimmend) Menestrina, La Pregiudiciale 1904 S. 206 Note 1, dagegen aber R. Pollak, Zivilprozeßrecht S. 111 und Ott in Grünhuts Zeitschr. 30 S. 319.

[77]) § 1 MV. v. 1897. Entsch. Slg. VIII Nr. 3107: Unzulässigkeit des Revisionsrekurses.

[78]) Entsch. Slg. XI Nr. 4269 (Erfordernis der Gefährdung).

[79]) Daß es nicht immer nötig ist, stellt schon Entsch. Slg. XII Nr. 4608 fest. Seither ist der widersprechende Text der MV. v. 1897 (§ 9) durch das Gerichtsentlastungsgesetz berichtigt worden.

[80]) Harrasowsky, Entw. Hortens S. 37: weil sonst „die Aufrechthaltung der Unauflöslichkeit des Ehebandes gefährdet würde, und eine Kollusion unter den die Aufhebung des Ehebandes anstrebenden Parteien zu besorgen wäre".

[81]) Wohl aber z. B. der Beweis über die Fortsetzung der Ehe im Sinne des § 96: Entsch. Slg. X Nr. 3773. So ist es auch im kirchlichen Prozesse: § 170 Anweisung f. d. geistl. Gerichte.

[82]) Entsch. Slg. X Nr. 4045.

[83]) Vgl. gegen die unbedingte Verwerfung des Eides und des Geständnisses schon Pratobevera, Mat. I S. 140 ff.

[84]) Das Kirchenrecht hält hier jetzt noch an dem Beweise durch Eid mit sieben Eideshelfern fest, v. Scherer S. 280, 282 Note 83, Leitner S. 550. Ein großer Vorzug des Kirchenrechtes ist es, daß der Beweis des unheilbaren Unvermögens durch Trennung der nicht vollzogenen Ehe erspart werden kann. Vgl. den Fall Klinkosch bei Haring S. 489 Note 3.

suchung der Frau) auch Hebammen;[85]) allein die Untersuchung führt nicht immer zu einigermaßen sicheren Ergebnissen, auch kann sie von dem zu untersuchenden Ehegatten leicht vereitelt werden.[86]) Läßt sich die Dauer des Unvermögens nicht zuverlässig feststellen, dann sollen nach § 101 die Ehegatten (oder Scheinehegatten!) noch durch ein Jahr „zusammen zu wohnen" verbunden sein; hier schließt sich das Gesetz wieder dem Kirchenrechte an, das im Falle der Zauberei (wo sich die Dauer des Unvermögens selbstverständlich nicht im voraus feststellen läßt) nach dreijähriger Probe die Ehe vernichtet.[87]) Die Praxis verzichtet gerne auf dieses mittelalterliche Erbstück, um den Ehegatten „eine vom ethischen Standpunkte verwerfliche, für sie höchst peinliche Situation" zu ersparen.[88]) Freieste Würdigung aller Umstände, insbesondere auch der Aussagen der Auskunftspersonen und der Ehegatten selbst bleibt unerläßlich.

7. Der Gerichtshof soll, wo dies angeht, die Hebung des Hindernisses herbeiführen (§ 98 ABGB., § 14 MV.). Dazu bedarf er in allen Fällen der Mitwirkung der Parteien. Bei öffentlichen Hindernissen müssen sie nach deren Wegfall die Eheschließung wiederholen;[89]) bei privaten genügt die einfache Bestätigung der Ehe. Ist dies geschehen, so ist das Verfahren einzustellen.

8. In dem Urteile, womit das Gericht eine Ehe für ungültig erklärt (oder trennt), erkennt es stets auch darüber, ob der eine oder der andere Ehegatte oder jeder oder keiner von beiden an der Ungültigkeit (oder Trennung) Schuld trage (§ 11 MV.).[90]) Den Schuldigen trifft Strafe (§ 507 StG.) und Schadenersatzpflicht (§§ 102, 1265 ABGB.); die Unschuld eines Ehegatten macht die Kinder ehelich (§ 160 ABGB.).

9. Eine katholische Ehe soll endgültig nur vom Obersten Gerichtshofe, eine andere nur vom Oberlandesgerichte für nichtig erklärt werden können. Statt nun zu verlangen, daß das untere Gericht sein Nichtigkeitsurteil, wenn es die Parteien nicht anfechten, von Amts wegen dem oberen zur Bestätigung vorlege, verpflichtet unser Gesetz (§ 18 HfD.,

[85]) Hofmann, Gerichtliche Medizin 9. Aufl. S. 47 ff., 66 ff. Der anstößige Beweis durch congrès wurde in Frankreich 1677 anläßlich eines Aufsehen erregenden Falles abgeschafft, v. Scherer S. 281 f., Roguin S. 46, Planiol I 712. Dolliner wendet sich III S. 414 gegen ein österreichisches Gericht, das den § 100 in diesem Sinne ausgelegt haben soll.

[86]) Durchführung trotz Abwesenheit: Entsch. Slg. II Nr. 612: Zwang (!) im Falle der Weigerung: Entsch. Slg. VII Nr. 2699. Vgl. dagegen v. Scherer S. 279 Note 73: „Zwang bleibt in dieser Richtung ausgeschlossen."

[87]) „Das maleficium [die impotentia diabolica] gilt nach dreijährigem Bestande als perpetuum", v. Scherer S. 281 Note 77. Vgl. auch Milasch, Kirchenrecht S. 637 (dreijähriges Unvermögen als Trennungsgrund).

[88]) So ausdrücklich Entsch. Slg. IV Nr. 1364, vgl. auch III Nr. 1002, IV Nr. 1412. Doch kommt die Probe immer noch vor: Entsch. v. 19. Jan. 1915 GZ. 1915 Nr. 28.

[89]) Entsch. Slg. IX Nr. 3584.

[90]) So schon SpR. Nr. 152 (Slg. Nr. 14.137). Bartsch S. 322 f. Den Ausspruch über die Schuld kann der Verteidiger des Ehebandes nicht anfechten, obwohl er für die Haftung für die Kosten des Verteidigers nicht ohne Bedeutung ist. Entsch. Slg. VII Nr. 2644, XII Nr. 4730.

§ 16 MV.) den Verteidiger des Ehebandes, Rechtsmittel zu ergreifen, auch wenn er gegen das Urteil schlechterdings nichts vorzubringen hat.[91]) Das Gesetz folgt dem Beispiele des Kirchenrechtes, das aber seit 1889 in klaren Fällen auf jedes Rechtsmittel verzichtet.[92]) Nach unserem Rechte muß der Eheverteidiger

a) bei allen Ehen gegen das Nichtigkeitsurteil des Kreis- oder Landesgerichtes berufen, außerdem muß er

b) bei Ehen „zwischen Katholiken oder wenn ein Teil katholisch ist", gegen die vernichtende Entscheidung des Oberlandesgerichtes die Revision erheben.[93])

Wie, wenn der Verteidiger des Ehebandes die Rechtsmittelfrist versäumt? Man sollte meinen, daß das Nichtigkeitsurteil nicht in Rechtskraft erwachsen kann, solange nicht das nach dem Gesetze unerläßliche Rechtsmittelverfahren durchgeführt ist.[94]) Deshalb soll ja wohl das Gericht darüber wachen, daß der Eheverteidiger seine Pflicht in dieser Hinsicht erfülle (§ 18 HfD., § 16 MV.). Aber unsere Praxis verwirft das verspätete Rechtsmittel des Eheverteidigers[95]), bestraft ihn[96]) und bringt schließlich die Sache nach Tunlichkeit durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in Ordnung.

Zweiter Abschnitt.

Scheidung und Auflösung der Ehe.

§ 432.

A. Die Scheidung von Tisch und Bett.[1])

I. Nach der zuverlässigsten Überlieferung hat Christus die Wiederverehelichung eines geschiedenen Gatten für einen Ehebruch erklärt.[2]) Die katholische Kirche nimmt deshalb an, daß die Scheidung zwar erlaubt ist, aber die Verpflichtung zur ehelichen Treue nicht aufhebt und die Wiederverehelichung, solange der andere Gatte lebt, ausschließt. So ist sie zum Begriffe der Scheidung von Tisch und Bett gelangt. Andere christliche Bekenntnisse legen die Schrift anders aus, sie gestatten eine wirkliche Scheidung, d. h. eine Auflösung der Ehe. Diese Auflösung nennt unser Gesetz im Gegensatze zur Scheidung von Tisch und Bett Trennung.

[91]) Rintelen, Berufungsgrund und Berufungsantrag S. 129 ff., W. Hora GZ. 1916 Nr. 30.

[92]) Haring S. 850, Leitner S. 555.

[93]) Bei akatholischen Ehen muß er das nicht (Entsch. Slg. XVI Nr. 6707), auch dann nicht, wenn die erste Instanz die Ehe für gültig erkannt hat. A. M. Dolliner III S. 434.

[94]) Dolliner III S. 435. Anweisung § 184.

[95]) Entsch. Slg. XII Nr. 4809, XIII Nr. 5248, W. Hora a. a. O.

[96]) DiszErk. v. 6. April 1914 JBl. 1914 Nr. 27.

[1]) Rittner, Eherecht § 44, v. Neumann-Ettenreich, Eherecht S. 85 ff.

[2]) Das bezeugen die Evangelisten Markus und Lukas. Nur bei Matthäus findet sich die Interpolation „παρεκτὸς λόγου πορνείας."

Katholiken ist nur die Scheidung freigestellt, Nichtkatholiken sind regelmäßig in der Lage, zwischen beiden Einrichtungen zu wählen.[3]) Auch das deutsche Recht kennt neben der Lösung des Ehebandes, die dort „Scheidung" heißt, eine „Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft", die gewiß ihrem Wesen nach mit unserer Scheidung von Tisch und Bett zusammenfällt; ist sie doch um jener Katholiken willen zugelassen worden, die aus religiösen Gründen sich nicht zur Trennung des Ehebandes entschließen wollen. Aus keinem andern Grunde hat der Code civil dem divorce (unserer Trennung) die séparation de corps zur Seite gestellt.[4]) Auch in England besteht neben der Trennung (divorce), die nur wegen Ehebruches und auch aus diesem Grunde nicht immer gestattet wird, die bloße Scheidung (separation) fort.

Die Kirche verlangt ernstlich, daß die eheliche Lebensgemeinschaft nur in den von ihr bestimmten Fällen und nur mit besonderer Bewilligung aufgehoben werde.[5]) Und so versichert auch unser bürgerliches Gesetzbuch (§ 93), es sei den Ehegatten „keineswegs gestattet, die eheliche Verbindung, ob sie gleich unter sich darüber einig wären, eigenmächtig aufzuheben". Dennoch kommen *außergerichtliche Scheidungen* häufig vor. Der Staat beschränkt sich darauf, sie als unverbindlich zu behandeln.[6]) Jeder Teil kann also zu jeder Zeit die Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft verlangen.[7]) Das ungültige Übereinkommen kann an dem bestehenden Güterrechte nichts ändern, es kann keinen Unterhaltsanspruch der Frau begründen[8]) und den Mann nicht zur Rückgabe des Heiratsgutes verpflichten.[9])

Die *gerichtliche* Scheidung von Tisch und Bett[10]) ist entweder eine einverständliche oder eine nicht einverständliche.[11])

[3]) Bei den Evangelischen und bei den Juden ist die Scheidung von Tisch und Bett häufiger als man glauben sollte. Nur bei den Griechen (auch bei den unierten) kommt sie selten vor.

[4]) *Planiol* I 1294.

[5]) Anweisung für die geistlichen Gerichte § 205.

[6]) Ebenso das deutsche Recht (*Wolff*, Familienrecht S. 105) und das französische (Code civil Art. 307, *Planiol* I 1302). — Auch die außergerichtliche Scheidung schließt den Anspruch auf das *Sterbequartal* aus: § 65 Dienstpragmatik v. 25. Jan. 1914.

[7]) Auch — zunächst — mittels *einstweiliger Verfügung* nach § 382 Z. 8 EO. Dagegen *G. Fuchs* und die von ihm in Grünhuts Zeitschr. 34, 635 mitgeteilte Entsch. v. 15. Juni 1905 Z. 9697. Vgl. über § 382 Z. 8 EO. die Bemerkung von *v. Neumann-Ettenreich* S. 102 f. Einstweilige Verfügungen nach deutschem Rechte: *P. Wetzel*, Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft ArchBürgR. 26, 54 ff., besonders S. 88 ff.

[8]) Entsch. Slg. V Nr. 1840, XIII Nr. 5089.

[9]) Entsch. Slg. III Nr. 906 — anders nur (nach Entsch. Slg. VI Nr. 2368) wenn der Fall in den Ehepakten vorgesehen ist. Vgl. auch *J. v. Höfler*: Sind die aus Anlaß einer außergerichtlichen Scheidung von Tisch und Bett zwischen den Eheleuten getroffenen Verabredungen gültig und klagbar? in den Prager Mitt. 1874 S. 68 f. Unten § 436 Note 13.

[10]) Über das Verfahren vgl. die oben § 431 Note 60 angeführten Abh. von *Chorinsky* und *Rittner*, ferner *v. Canstein*, ZPR. II S. 606 ff., *Bartsch* S. 8—135, R. *Pollak*, ZPR. S. 674 f., *v. Neumann-Ettenreich* a. a. O.

[11]) Im Gegensatze zum Kirchenrechte gestattete das Ehepatent v. J. 1783 nur

II. Die einverständliche Scheidung ist eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit (des sogenannten Verfahrens außer Streitsachen).[12]) Zuständig ist das Bezirksgericht des Wohnsitzes (§ 114 JN.), nicht, wie bei uneinverständlichen Scheidungen, der Gerichtshof. Dennoch kommen vor Gerichtshöfen im Wege des Vergleiches mehr einverständliche Scheidungen zu stande als vor den Bezirksgerichten.[13]) Das Verfahren beginnt mit dem gemeinschaftlichen Scheidungsgesuche. Der Richter nimmt zunächst drei Versöhnungsversuche in Zwischenräumen von je acht Tagen vor.[14]) Hiezu müssen die Gatten persönlich erscheinen: ihre Anwälte könnte der Richter nicht an das bei der Trauung gemachte Versprechen erinnern (§ 104).[15]) Wohl aber kann er die Versöhnungsversuche auch außerhalb des Gerichtsbezirkes (durch ersuchte Richter) und im Notfalle sogar an verschiedenen Orten mit jedem Gatten für sich vornehmen lassen. Erscheint ein Gatte nicht zum Versöhnungsversuche, so wird angenommen, daß er das Scheidungsgesuch zurückziehe. Die gerichtlichen Versöhnungsversuche unterbleiben, wenn die Gatten — wie es bis 1868 vorgeschrieben war (§ 104) und immer noch zulässig ist — sich vor dem Scheidungsgesuche an den Seelsorger[16]) wenden und sein Zeugnis über die dreimal geschehenen Vorstellungen beibringen.[17]) Da für die Versöhnungsversuche des Pfarrers keine Fristen vorgeschrieben sind, läßt sich auf diesem Wege das Verfahren beschleunigen. Der Wert der gerichtlichen Versöhnungsversuche liegt zum großen Teile gerade in der Verzögerung des Verfahrens, die den Gatten Zeit läßt zur Beruhigung und Überlegung; die Beredsamkeit des Richters fällt weniger ins Gewicht.[18]) Soweit Versöhnungsversuche nicht ausführbar sind, müssen sie eben entfallen, so gegenüber dem Geisteskranken, für den der Kurator mit Genehmigung des Pflegschaftsgerichtes um die Scheidung angesucht hat, oder gegenüber dem durch Kriegsdienste verhinderten Gatten.[19])

---

einverständliche Scheidungen. Bezüglich der nicht einverständlichen Scheidung vgl. HfD. v. 13. Okt. 1786 Nr. 585, Harrasowsky, Entw. Hortens S. 37, 41, Entw. Martinis S. 41 Note 41.

[12]) Rintelen, Grundriß § 59.

[13]) § 37 Z. 7b GOG. Im Jahre 1912 wurden vor den Bezirksgerichten 914 und vor den Gerichtshöfen 1113 einverständliche Scheidungen durchgeführt.

[14]) Ges. v. 31. Dez. 1868 Nr. 3 f. 1869. Vgl. L., Bemerkungen zum Ges. v. 31. Dez. 1868 GZ. 1878 Nr. 57, Bartsch §§ 9, 19, R. Pollak, Zivilprozeßrecht S. 671, 674.

[15]) Vgl. unten Note 67.

[16]) Bei Zivilehen wurden nach Art. II § 10 Ges. v. 25. Mai 1868 Nr. 47 die damals noch obligatorischen außergerichtlichen Versöhnungsversuche von den politischen Behörden vorgenommen. Noch im selben Jahre wurden die gerichtlichen Versöhnungsversuche eingeführt, und damit ist diese Aufgabe der politischen Behörden weggefallen. So mit Recht L. Spiegel, Ist die Verwaltungsbehörde zu Versöhnungsversuchen in Ehesachen kompetent? ZBl. 1912 S. 283.

[17]) Der Pfarrer ist nach heutigem Rechte nicht verpflichtet, die Versöhnungsversuche vorzunehmen (L. Spiegel a.a.O. S. 285 Note 3), macht jedoch gewöhnlich keine Schwierigkeiten (Haring S. 584 Note 1).

[18]) v. Neumann-Ettenreich S. 89.

[19]) Eisinger NotZ. 1915 Nr. 20, will in solchen Ausnahmefällen die Versöhnungsversuche mit einem Vertreter vornehmen lassen.

Nach dem vergeblichen dritten Versöhnungsversuche — möglicherweise im unmittelbaren Anschlusse daran — wird die Scheidungstagsatzung abgehalten. Hiezu werden die Parteien persönlich vorgeladen (§ 105), sie können sich aber in Verhinderungsfällen vertreten lassen. Bei dieser Tagsatzung müssen sie „bestätigen, daß sie über ihre Scheidung sowohl als über die Bedingungen in Absicht auf Vermögen und Unterhalt miteinander einverstanden sind", § 105.[20]) Das Gericht darf weder die Beweggründe der Scheidung noch den Inhalt des vermögensrechtlichen Übereinkommens erforschen; es muß sich mit der — wenn auch unwahren — Erklärung begnügen, daß ein solches Übereinkommen zu stande gekommen sei.[21]) Nur soweit die Rechte der minderjähigen Kinder in Frage kommen, muß sich das Gericht das Übereinkommen vorlegen lassen und, wenn sich Bedenken ergeben, entsprechende Änderungen herbeiführen. Ist ferner ein Ehegatte selbst minderjährig oder pflegebefohlen, so kann er zwar für sich allein in die Scheidung einwilligen, das vermögensrechtliche Übereinkommen bedarf jedoch der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters und des Vormundschaftsgerichtes (§ 106).[22]) Vormund und Gericht können also die Scheidung dadurch hindern, daß sie das Übereinkommen nicht genehmigen.[23])

Das Gericht bewilligt die einverständliche Scheidung mittels Beschlusses. Die Wirkungen der Scheidung beginnen mit dem Tage dieses Beschlusses, nicht etwa mit dem des vor Gericht erklärten Einverständnisses.[24])

Ist ein Übereinkommen über Fortbestand oder Aufhebung der Ehepakten und über den Unterhalt zwar behauptet worden, aber tatsächlich nicht zu stande gekommen, so ergibt sich die schwierige Frage, nach welchen Grundsätzen nunmehr vermögensrechtliche Streitigkeiten zu lösen sind. Die bequemste Lösung ist diese: es bleibt beim alten, die Ehepakten dauern fort, die Frau hat Anspruch auf den anständigen Unterhalt.[25]) In den meisten Fällen wird es aber der Billigkeit mehr ent-

[20]) Behalten sich die Gatten die Austragung vermögensrechtlicher Ansprüche vor, dann liegen die Voraussetzungen einer einverständlichen Scheidung nicht vor; die Scheidung kann dann nur nach § 109 verwilligt werden: HfD. v. 23. August 1819 § 8. V. v. 9. Dez. 1897 § 7. Einigung über die Erziehung der Kinder ist nicht nötig: Entsch. Slg. IV Nr. 1397, Nebeský in der NotZ. 1917 Nr. 9.

[21]) Ehepatent § 46 („ohne daß sie, wessen sie miteinander übereingekommen sind, anzuzeigen nötig haben"), JosGB. § 101, Dolliner III S. 34 ff. und in der ZfRuSt. 1828 I S. 51, v. Anders, FamR. S. 150 und Grundriß S. 29, Bartsch S. 17; a. M. Scharschmied in ZfRuSt. 1827 III S. 100, Rittner S. 327, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 181 Note 3, R. Pollak S. 672, Rintelen § 59.

[22]) Vgl. HfD. v. 11. Dez. 1786 Nr. 601. Harrasowsky, Entw. Hortens S. 41, Ofner, Prot. II S. 346.

[23]) v. Neumann-Ettenreich S. 92.

[24]) Entsch. Slg. VI Nr. 2403. Vgl. Fachini, Hinausgabe des Ehescheidungsbeschlusses nach stattgefundener Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten? in der GZ. 1905 Nr. 18.

[25]) Dolliner III S. 40 f., 44, v. Hussarek Grünhuts Zeitschr. 20,

sprechen, die Gesetzeslücke nach Analogie der uneinverständlichen Scheidung auszufüllen und zu diesem Zwecke nachträglich die Schuldfrage zu untersuchen.[26]) Umwandlung einer einverständlichen Scheidung in eine nicht einverständliche ist nicht zulässig, auch dann nicht, wenn sich ein Scheidungsgrund erst nachträglich ergeben hat.[27]) Ob das Übereinkommen durch eine nachträgliche Änderung der maßgebenden Verhältnisse (Leistungsfähigkeit, Bedürfnisse) geändert werde, ist eine Auslegungsfrage.[28]) Es erlischt mit der Aufhebung der Scheidung durch Wiedervereinigung oder Trennung.[29])

III. Zur Scheidung ohne Einverständnis kommt es, wenn ein Teil sich der Scheidung widersetzt, oder wenn sich die Gatten über die Vermögensfolgen nicht einigen, so daß festgestellt werden muß, wer an der Scheidung schuld ist.

In den meisten Fällen klagt die Frau. So wurden im Jahre 1912 179 Ehen auf Klage des Mannes, 494 auf Klage der Frau und 9 auf Klagen beider Gatten (unten Note 62) geschieden.[30]) Das erklärt sich daraus, daß der Mann über die häuslichen Mißhelligkeiten leichter hinwegkommt und daß er die wirtschaftlichen Folgen der Scheidung von Tisch und Bett schwerer empfindet als die Frau. Bei der Trennung verhält es sich anders, denn an der Eingehung einer neuen Ehe ist regelmäßig dem Manne nicht weniger gelegen als der Frau.[30a])

Die Scheidung ohne Einverständnis setzt einen rechtmäßigen Grund voraus. § 107 zählt die Scheidungsgründe nicht erschöpfend auf.[31]) Das Gesetz führt an:

679, v. Anders, Grundriß S. 57. Dagegen Entsch. v. 20. April 1915 JBl. 1915 Nr. 21 (doch war in diesem Falle ein Übereinkommen über die Ehepakten getroffen worden, es handelte sich also um eine Auslegungsfrage). Vgl. auch Fritsch in der JWSchr. 1886, 187 ff.

[26]) So v. Neumann-Ettenreich S. 108, Entsch. Slg. Nr. 15.056, V Nr. 1807; dagegen IX Nr. 3340 (wo allerdings der Mann bereits verstorben war). Vgl. auch die als selbstverständlich angesehenen und deshalb für entbehrlich gehaltenen Zusätze zu § 107 bei Ofner, Prot. I S. 127.

[27]) Vgl. Entsch. Slg. Nr. 1987, 12.071, auch (zu weit gehend) V Nr. 1967, XII Nr. 4495. Ebensowenig kann die nicht einverständliche Scheidung umgewandelt werden: Entsch. Slg. XI Nr. 4245. Rittner, Eherecht S. 333 Note 26. A. M. sowohl für die einverständliche, als auch für die nicht einverständliche Scheidung Pfaff in Riehls Spruchpraxis 4, 183: der Gatte könne verlangen, „es solle durch richterliches Erkenntnis ausgesprochen werden, daß die Beklagte des Ehebruches schuldig sei und das Rechtsverhältnis zwischen den geschiedenen Gatten fortan so geordnet werde, wie es der derzeitigen Rechtslage entspricht".

[28]) Judikat Nr. 244 v. 18. Jan. 1916 OG. Nr. 1678, vgl. auch Entsch. Slg. XI Nr. 4167, XV Nr. 5798, 5837, 6053, XVI Nr. 6452 (im Zweifel dagegen), v. Neumann-Ettenreich S. 108 f., Ungenannter in den JBl. 1909 Nr. 45. Ebenso die deutsche Rechtsprechung: Reichsgerichtskommentar zu § 1361 DBGB. (Abs. 8). Dagegen Janisch in der NotZ. 1912 Nr. 14.

[29]) Entsch. Slg. XIV Nr. 5416.

[30]) In der französischen und in der englischen Scheidungsstatistik tritt der Gegensatz noch schärfer hervor. Vgl. Planiol I 1303.

[30a]) Vgl. Schnapper-Arndt, Sozialstatistik S. 497.

[31]) Zeiller, Vorbereitung III S. 131, Komm. I S. 284, Ellinger

a) Ehebruch. Er muß nicht durch ein Strafurteil festgestellt sein[32]), vielmehr kann der Beweis auch im Scheidungsverfahren selbst hergestellt werden.[33]) Andere Verletzungen der ehelichen Treue stehen — abgesehen von dem ganz analogen Falle der widernatürlichen Unzucht — dem Ehebruche nicht gleich. Sie können jedoch, wenn sie fortgesetzt werden[34]), den Scheidungsgrund des unordentlichen Lebenswandels oder den der Kränkungen begründen.

b) Verurteilung wegen eines Verbrechens ohne Rücksicht auf die Dauer der zuerkannten Strafe. Ob der Gatte von einem inländischen oder von einem ausländischen Gerichte verurteilt worden ist, ist gleichgültig[35]), nur muß sich im zweiten Falle die Tat auch nach österreichischem Rechte als Verbrechen (nicht als Vergehen oder Übertretung) darstellen.[36])

c) Boshaftes Verlassen, d. h. vorsätzliche Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gegen den Willen des andern und ohne zwingenden Grund. Wenn die Frau den Mann nur deshalb verläßt, weil er sie nicht zu erhalten vermag, so ist das keine boshafte Verlassung. Vorübergehende Entfernung kommt nicht — wenigstens nicht unter diesem Gesichtspunkte — in Betracht. Weigert sich der Mann, die Frau, die sich anläßlich eines Streites in der ersten Aufregung entfernt hat und alsbald wieder zurückkehrt, in die gemeinsame Wohnung aufzunehmen, so macht vielmehr er sich der boshaften Verlassung schuldig.[37]) Aber wenn ein Gatte, der bereits den bestimmten Willen an den Tag gelegt hat, die Gemeinschaft für immer aufzuheben, sich erst nach längerer Zeit eines Besseren besinnt, dann schafft die Rückkehr den Scheidungsgrund nicht aus der Welt.[38])

d) Unordentlicher Lebenswandel, „wodurch ein beträchtlicher Teil des Vermögens des klagenden Ehegatten oder die guten Sitten der Familie in Gefahr gesetzt werden". So kann leidenschaftliches Karten- und Börsenspiel die Scheidungsklage rechtfertigen.[39]) Der Gefährdung des Vermögens, die ja nicht in Betracht kommt, wo keines vorhanden ist, steht die Gefährdung des Unterhaltes mindestens gleich.[40])

---

zu § 109, Rittner S. 329, v. Hussarek S. 529, 560 Note, v. Anders, FamR. S. 77, Grundriß S. 30, Bartsch S. 61 ff., Krasnopolski IV S. 110, v. Neumann-Ettenreich S. 99. — A. M. Krainz.

[32]) Anders freilich nach dem Wortlaute des Gesetzes. Wierer, Ehebruch als Scheidungsgrund in den JBl. 1892 Nr. 13, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 184 Note 1, Krasnopolski S. 110.

[33]) Dolliner III S. 61 f., Rittner S. 331, J. Schwartz, über den Beweis des Ehebruches im Scheidungs- und Trennungsprozesse in der GH. 1893 Nr. 44, Bartsch S. 55 f., v. Neumann-Ettenreich S. 93. Entsch. Slg. Nr. 14.136, VIII Nr. 2964 und besonders Judikat v. 4. Mai 1915 OG. Nr. 1646.

[34]) Entsch. Slg. XI Nr. 4394, XIV Nr. 5627.

[35]) Entsch. Slg. XVI Nr. 6433.

[36]) Dolliner III S. 73 Note 1.

[37]) Entsch. Slg. Nr. 7031, v. Neumann-Ettenreich S. 94.

[38]) Ofner, Prot. I S. 133, Gärtner in Pratobevera's Mat. I S. 137.

[39]) Entsch. Slg. Nr. 4077. Das muß — trotz Entsch. Slg. Nr. 10.730 — auch für den berufsmäßigen Börsebesucher gelten.

[40]) Vgl. v. Neumann-Ettenreich S. 96.

e) Dem Leben oder der Gesundheit gefährliche Nachstellungen. Das müssen nicht gerade strafbare Handlungen sein;[41]); bloße Vorbereitungshandlungen genügen vollauf.[42])

f) Schwere Mißhandlungen. Eine einzige Mißhandlung genügt.[43])

g) Nach dem Verhältnisse der Personen sehr empfindliche, wiederholte Kränkungen. Das ist der häufigste Scheidungsgrund.[44]) Er darf nicht allzu leicht anerkannt werden. Die Kränkungen müssen sehr empfindlich sein. Von Ehegatten darf man nicht verlangen, daß sie untereinander stets die Worte wägen. Eine „kräftige Aussprache mit einschlägigen Kernworten" soll nicht gleich zur Scheidung führen[45]), auch nicht, wenn sie sich wiederholt. Bloße Rechthaberei, z. B. hinsichtlich der Erziehung der Kinder, ist noch keine Kränkung[46]), ebensowenig das Schmollen: „Der mürrische, verdrossene, unzufriedene Eheteil will", wie der Oberste Gerichtshof bemerkt[47]), „dem andern anzeigen, daß das gegenseitige Verhältnis durch irgend etwas getrübt sei und daß er dem andern eine Schuld beimesse. In der Regel will er gerade durch sein Verhalten eine gründliche Aussprache herbeiführen, und, weil er sich im Rechte wähnt, dem andern Teil die Aufgabe zuschieben, eine solche ins Werk zu setzen." Wenn der gekränkte Gatte eine Beleidigung auf der Stelle erwidert, fügt er dem andern keine empfindliche Kränkung zu[48]) und verliert auch nicht das Recht, die Beleidigung als Scheidungsgrund geltend zu machen.[49])

h) Anhaltende, mit Gefahr der Ansteckung verbundene Leibesgebrechen.[50]) Gefahr ist nicht nur die Wahrscheinlichkeit, sondern schon die entfernte Möglichkeit einer Ansteckung.[51]) Ein Verschulden des Gatten wird hier nicht vorausgesetzt. Dadurch unterscheidet sich dieser — verhältnismäßig selten vorkommende — Scheidungsgrund von allen anderen; er ist denn auch nur durch gesundheitspolizeiliche Erwägungen zu rechtfertigen. Krankheiten, die den gesunden Gatten nicht gefährden, geben ihm

[41]) Wie v. Neumann-Ettenreich a. a. O. annimmt.

[42]) Vgl. Kommentar der Reichsgerichtsräte zu § 1566 DBGB. Dagegen Entsch. Slg. XV Nr. 6191.

[43]) Entsch. Slg. Nr. 14.094.

[44]) Häufig sind außerdem die Mißhandlungen und der unordentliche Lebenswandel. Der Ehebruch wird seltener geltend gemacht, weil der Beweis oft schwer und immer peinlich ist.

[45]) Kohler IV S. 160.

[46]) Entsch. Slg. XI Nr. 4121.

[47]) In den Gründen der Entsch. Slg. XVI Nr. 6701.

[48]) Entsch. Slg. XIV Nr. 5631.

[49]) v. Neumann-Ettenreich S. 98.

[50]) ALR. II 1 § 697. Hellwig, Die zivilrechtliche Bedeutung der Geschlechtskrankheiten § 9, Neubecker ArchBürgR. 31, 255, v. Noorden und Kaminer, Krankheiten und Ehe 1916.

[51]) Z. B. nach der Heilung der Syphilis (Entsch. Slg. XII Nr. 4732). Nicht zu billigen ist die widersprechende Entsch. Slg. XII Nr. 4566. Das OLG. Wien bemerkte in diesem Falle mit Recht, man könne einer Frau nicht zumuten, sich einer wenn auch noch so geringen Gefahr einer gonorrhöischen Ansteckung auszusetzen, die Angst vor der Ansteckung müsse ihr eine ganz unverschuldete Pein bereiten und Widerwillen gegen den Geschlechtsakt erzeugen.

im allgemeinen nicht das Recht, die Scheidung zu verlangen, „weil es offenbar hart und ungerecht wäre, wenn der ohnehin bedauernswerte, unglückliche Ehegatte auch noch von dem andern verlassen und verstoßen werden könnte, wo er doch auf dessen Pflege und liebevollen Trost vorzüglichen Anspruch zu machen berechtigt sein soll". So Pratobevera bei der Beratung unseres Paragraphen.[52])

Doch kann eine Krankheit oder ein anderes Gebrechen die Scheidung rechtfertigen, wenn sich damit eine schwere Pflichtverletzung verbindet, also z. B. Unvermögen[53]), wenn es sich der Gatte durch eigenes Verschulden zugezogen oder wenn er es bei der Eheschließung verheimlicht hat.[54]) Neben den auf Verschulden beruhenden gesetzlichen Scheidungsgründen kommen eben auch andere von gleicher Schwere in Betracht. Deshalb kann die Frau die Scheidung z. B. auch wegen eines vom Manne an ihrem Vermögen verübten großen Diebstahles verlangen, obgleich ein solcher Diebstahl immer nur als Übertretung (§ 525 StG.) bestraft wird.[55]) Für die weitaus meisten Fälle reichen übrigens die gesetzlichen Scheidungsgründe vollkommen aus. Andere Gründe werden selten mit Erfolg geltend gemacht.[56])

Haben sich beide Gatten Scheidungsgründe zu Schulden kommen lassen, so verlieren sie darum das Recht nicht, die Scheidung zu begehren.[57]) Auch die fortgesetzte Beiwohnung nach erlangter Kenntnis des Scheidungsgrundes macht dieses Rechtes nicht verlustig.[58])

Zuständig — auch für Ausländer[59]) — ist ebenso wie bei der Nichtigkeitsklage (oben § 431, III, 1) der Gerichtshof des letzten gemeinsamen Wohnsitzes (§§ 76, 100 JN.).

Das Verfahren ist nach dem heutigen Gerichtsgebrauche das gewöhnliche Prozeßverfahren vor Gerichtshöfen mit Klage, erster Tagsatzung, Klagebeantwortung usf.[60]) Deshalb kann die Frau mit der Scheidungsklage die Klage auf Unterhalt verbinden.[61]) Das Gericht kann Scheidung und Unterhalt mit demselben Urteil oder zunächst die Scheidung mit Teilurteil und dann den Unterhalt mit Endurteil bewilligen. Der Beklagte kann die Scheidung aus Verschulden des Klägers mit Widerklage verlangen.[62]) Zwar kann das Gericht, wenn es der Klage statt-

[52]) Ofner, Prot. II S. 347.
[53]) Entsch. Slg. Nr. 11.738.
[54]) Epilepsie soll nach Entsch. Slg. Nr. 2105 auch ohne diese Voraussetzung ein Scheidungsgrund sein. Dem ist nicht beizustimmen.
[55]) Entsch. Slg. Nr. 10.109.
[56]) Im Jahre 1911 in etwa zwei von hundert Fällen.
[57]) Gärtner in Pratobeveras Mat. I S. 135 f., Dolliner III S. 87 ff., Ellinger zu § 109, Rittner S. 332, Stubenrauch I S. 185; anders nach Kirchenrecht: v. Scherer II S. 586.
[58]) Entsch. Slg. Nr. 4399, 5907, 14.136, Entsch. v. 7. Jan. 1914 GH. 1914 Nr. 13 und v. 19. Okt. 1915 JBl. 1916 Nr. 2. Rittner S. 332; a. M. Dolliner III S. 68 f., Krasnopolski IV S. 111. Vgl. P. Klein, Zum Begriff der Verzeihung einer Verletzung unter Ehegatten Gellers ZBl. 1916 S. 119.
[59]) Entsch. Slg. X Nr. 3806.
[60]) Aber ohne Anwaltszwang.
[61]) Entsch. Slg. III Nr. 1006, XI Nr. 4422, XIV Nr. 5620.
[62]) Entsch. Slg. X Nr. 4060, v. Neumann-Ettenreich S. 101; dagegen Entsch. Slg. I Nr. 128.

gibt, auch ohne Widerklage erkennen, daß der Kläger an der Scheidung selbst schuld sei; es kann aber die Scheidung nicht aus Gründen bewilligen, die nicht in der Klage (oder Widerklage) geltend gemacht worden sind.

Minderjährige oder entmündigte Ehegatten[63]) können die Scheidung auch ohne Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter verlangen und den Rechtsstreit selbständig durchführen.[64])

Eine Besonderheit des Scheidungsverfahrens gegenüber dem gewöhnlichen Prozeßverfahren liegt nur darin, daß das Gericht, bevor es die erste Tagsatzung anberaumt (§ 2 MV.), wie bei der einverständlichen Scheidung drei Versöhnungsversuche in Zwischenräumen von je acht Tagen vornehmen muß[65]), „weil es auch bei rechtmäßigen Gründen zum Wohle der Familien ratsam ist, den Weg der gütlichen Ausgleichung zu versuchen".[66]) Zu den Versöhnungsversuchen müssen die Parteien auch hier persönlich erscheinen.[67]) Bleibt der Kläger aus, so gilt das nach unserem Gerichtsgebrauche als Zurücknahme der Klage;[68]) bleibt der Beklagte aus (§ 107 ABGB.), so wird der Versöhnungsversuch bloß mit dem Kläger vorgenommen. Auch hier gilt das oben (nach Note 15) über die Zulässigkeit örtlich getrennter Versöhnungsversuche Bemerkte.[69])

Verschieden von den Versöhnungsversuchen ist der Vergleichsversuch bei der mündlichen Verhandlung (§ 3 MV.). Sein Ziel ist, den Streit irgendwie beizulegen, sei es durch die Zurücknahme der Scheidungsklage, sei es durch einverständliche Scheidung. Wie häufig bei den Gerichtshöfen einverständliche Scheidungen zu stande kommen, ist schon oben (Note 13) gesagt worden.[70])

Der Richter kann „dem gefährdeten Teile auch noch vor der Entscheidung einen abgesonderten anständigen Wohnort bewilligen" (§ 107 ABGB.)[71]), also schon während des Prozesses die Aufhebung der Gemeinschaft gestatten. In der Regel verläßt die Frau die gemeinsame Wohnung; hat der Mann im Hause der Frau gewohnt, so ist er es, der nun ausziehen muß.[72]) Unter dem „gefährdeten Teile" ist derjenige Teil zu verstehen, der das Recht hat, die Scheidung zu verlangen; er muß also nur den Scheidungsgrund (z. B. den Ehebruch), nicht auch noch

[63]) Aber nicht voll entmündigte, vgl. Entsch. Slg. XIII Nr. 4973.

[64]) § 4 MV. v. 9. Dez. 1897. Entsch. Slg. X Nr. 3790. Vgl. § 612 DZPO.

[65]) Hock, Staatsrat S. 267.

[66]) Ofner, Prot. I S. 127.

[67]) Anders Schur JBl. 1912 Nr. 22 (Entsch. des OLG. Prag).

[68]) Entsch. Slg. XV Nr. 5825, XVI Nr. 6243. Dagegen R. Fialla JBl. 1911 Nr. 44 (Entsch. des OLG. Brünn) und Lenhoff Gellers ZBl. 1910 S. 637.

[69]) Entsch. Slg. XVI Nr. 6599.

[70]) Die meisten Scheidungsklagen führen zur einverständlichen Scheidung. Im Jahre 1911 wurden 1041 Scheidungsklagen in dieser Weise und nur 727 mit Urteil erledigt.

[71]) § 382 Z. 8 EO. Vgl. GZ. 1899 Nr. 40 (Mitt. aus der Praxis), Rintelen, Einstweilige Verfügung § 46, v. Neumann-Ettenreich S. 102 ff., Wohl, Zum Kapitel der einstweiligen Verfügungen im Eheverfahren GH. 1903 Nr. 36.

[72]) Entsch. Slg. V Nr. 2052, v. Neumann-Ettenreich S. 104.

irgend eine besondere Gefahr glaubhaft machen.[73]) Bei der Bewilligung des abgesonderten Wohnortes kann der Richter den einstweilen der Gattin zu leistenden Unterhalt bestimmen (§ 382, Z. 8 EO.).[74]) Beide Verfügungen können im Verfahren außer Streitsachen schon vor der Ehescheidungsklage bewilligt werden;[75]) andrerseits kann der einstweilige Unterhalt in diesem Verfahren auch noch nach dem Scheidungsurteile festgesetzt werden.[76])

Den Charakter einer Untersuchung von Amts wegen (§ 107 ABGB., § 1 HfD. von 1819) hat das Verfahren im heutigen Gerichtsgebrauche abgestreift.[77]) Die Parteien werden nicht mehr zum Erscheinen gezwungen (§ 6 HfD. von 1819), vielmehr werden Versäumungsurteile nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung ohneweiters erlassen.[78]) Das Beweisverfahren ist das gewöhnliche. Die Scheidungsgründe können auch durch Parteienvernehmung erwiesen werden, Geständnis erspart den Beweis. Es besteht kein Grund, hier — wie im Verfahren wegen Nichtigerklärung oder Trennung — Kollusionen entgegenzutreten, da es den Parteien jederzeit freisteht, sich einverständlich scheiden zu lassen.

Die Entscheidung erfolgt durch Urteil. Das Urteil muß stets aussprechen, ob der eine oder der andere Ehegatte oder jeder oder keiner von beiden an der Scheidung schuld sei (§ 6 MV.)[79]), weil hievon die vermögensrechtlichen Folgen der Scheidung abhängen.[80])

Stirbt der Kläger während des Prozesses, so kann nach § 759 ABGB. der Scheidungsklage immer noch stattgegeben werden. Da jedoch die Ehe hier bereits durch den Tod geschieden ist, kann das stattgebende Urteil nur in der Feststellung bestehen, daß der Verstorbene berechtigt gewesen sei, die Scheidung aus Verschulden des andern Teiles zu verlangen.

---

[73]) v. Neumann-Ettenreich S. 102, Entsch. Slg. V Nr. 1892, vgl. auch Entsch. Nr. 5090, XIV Nr. 5432 und oben § 431 Note 78. Vorbildlich war Code civil Art. 268 (alt, jetzt Art. 236), s. Ofner, Prot. II S. 346, Pfaff in Grünhuts Zeitschr. 2, 295 Note 77. Der Entwurf sprach zuerst vom „schuldlosen Teile", man setzte dafür „gefährdeter Teil", weil sich die Schuld oder Schuldlosigkeit erst nach dem Urteile zeigen könne.

[74]) Entsch. Slg. Nr. 2606: Wird die Frau in dem Scheidungsurteil als an der Scheidung allein schuldtragend erkannt, so hört (§ 1264) mit der Rechtskraft des Urteiles der einstweilige Unterhalt auf. — Auch den Kindern kann der einstweilige Unterhalt zuerkannt werden, doch fällt diese Verfügung in den Rahmen der Pflegschafts-, nicht in den der Ehegerichtsbarkeit: Entsch. Slg. XI Nr. 4074.

[75]) Entsch. Slg. XIII Nr. 4995. Vgl. Heller, Zur Frage der Bewilligung eines abgesonderten Wohnortes im Zuge der einverständlichen Ehescheidung GH. 1887 Nr. 7.

[76]) Entsch. Slg. XIII Nr. 5170.

[77]) Gegen die Praxis Feistmantel, Verfahren in Ehestreitigkeiten NotZ. 1907 Nr. 40—44, W. Hora GZ. 1916 Nr. 23.

[78]) Entsch. Slg. IX Nr. 3581 (Versäumung der Klagebeantwortung). Vgl. auch über die Unzulässigkeit von Neuerungen im Berufungsverfahren Entsch. Slg. IX Nr. 3359, XV Nr. 6143.

[79]) Im Jahre 1911 wurden 495 Ehen aus Verschulden des Mannes, 133 aus Verschulden der Frau und 99 aus Verschulden beider Gatten geschieden.

[80]) §§ 759, 796, 1264 ABGB. Anspruch auf die Witwenrente: § 13 PensVG. v. 25. Juni 1914 Nr. 138. Anspruch der Witwen von Staatsbeamten auf Versorgungsgenüsse: § 17 Ges. v. 14. Mai 1896 Nr. 74.

Von den bewilligten einverständlichen und den rechtskräftig ausgesprochenen nicht einverständlichen Scheidungen verständigen die Gerichte die zur Matrikenführung berufenen Seelsorger oder Beamten.[81])

IV. Wirkung der Scheidung.[82]) Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch hat die Scheidung von Tisch und Bett und zugleich die Untrennbarkeit der katholischen Ehe aus dem Kirchenrechte übernommen. Man kann daher nicht sagen, die geschiedene Ehe sei eine aufgelöste Ehe, die nur noch gewisse Nachwirkungen habe. Die meisten reichsdeutschen Schriftsteller[83]) wollen freilich ihre „Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft" so auffassen — ohne Rücksicht auf Herkunft und Zweck dieser Einrichtung[84]) und mit dem ausdrücklichen Zugeständnisse, daß es sich da um eine neue Erfindung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches handle, die völlig verschieden sei von der separatio a thoro et mensa und „dem Katholiken nicht viel nütze".[85]) Man kann auch nicht sagen, die geschiedene Ehe enthalte einen „unlöslichen Widerspruch", sie bestehe und bestehe zugleich nicht.[86]) Sondern es ist für das österreichische Recht so wenig zweifelhaft wie für das kanonische, das französische, das englische usf., daß die geschiedene Ehe fortbesteht.

Aufgehoben ist zwar der gemeinsame Wohnsitz (§ 92 — „Tisch"), aufgehoben die Verbindlichkeit zur ehelichen Pflicht (§ 90 — „Bett"), aufgehoben sogar — aber nur nach Maßgabe des Verschuldens — die Pflicht, sich gegenseitigen Beistand zu leisten[87]), aber nicht aufgehoben die Pflicht zur Treue und zur anständigen Begegnung (§ 90). Es ist merkwürdig, daß in neuester Zeit einzelne Schriftsteller aus dem Wegfalle der ehelichen Pflicht ohne Umstände den Wegfall der Pflicht zur ehelichen Treue haben ableiten wollen.[88]) Damit machen sie freilich aus der Scheidung von Tisch und Bett eine sittlich recht bedenkliche Einrichtung; sie würde das Konkubinat freigeben und nur die Verehelichung hindern. Aber der geschiedene Gatte ist immer noch eine „verheiratete Person" im Sinne des § 502 StG. Sein Ehebruch ist daher strafbar[89]) und die geschiedene akatholische Ehe kann auch wegen eines solchen

[81]) JMV. v. 2. Nov. 1893 VBl. Nr. 28.

[82]) Krasnopolski § 19, v. Anders, Grundriß S. 31 f., v. Neumann-Ettenreich S. 105 ff., Unger, Zwei Abhandlungen (1910) S. 17 ff.

[83]) Vgl. z. B. A. Behr im ArchBürgR. 25, 11.

[84]) Dagegen Kohler III § 31.

[85]) M. Wolff, Familienrecht S. 131.

[86]) So Unger S. 19, 21, 22, auch v. Anders S. 30.

[87]) Das Gesetz scheint der schuldigen Frau nicht einmal den Anspruch auf den notwendigen Unterhalt gewähren zu wollen. Anders die französische Praxis auf Grund des Art. 212 Code civil (Planiol I 1335) und die italienische auf Grund des Art. 156 Codice civile („salvo sempre il diritto agli alimenti in caso di bisogno").

[88]) Unger a. a. O. S. 25 ff., v. Neumann-Ettenreich S. 105, v. Anders, Grundriß S. 30 f., Finger, Strafrecht § 114 Note 700. — Dagegen Rittner S. 333, Krasnopolski S. 117, Steiner NotZ. 1910 Nr. 34 f. u. a. Unbestritten ist die Treuepflicht im kanonischen und im französischen Rechte. Für das deutsche Recht behaupten sie z. B. Olshausen ArchBürgR. 23, 159, Kohler a. a. O.

[89]) Daß die Strafe gemildert wird,

Ehebruches getrennt werden.[90]) Andrerseits kann eine geschiedene Frau die Übertretung des § 339 StG. (Geburtsverheimlichung) nicht begehen, denn dieses Strafgesetz wendet sich nur an „unverehelichte Frauenspersonen".[91]) Der Verkehr zwischen den Geschiedenen ist kein „außerehelicher Beischlaf" (§ 125 StG.), der Mann, der ihn erzwingt, kann sich also zwar einer Erpressung, aber keiner Notzucht schuldig machen.[92]) Das Kind, das er mit der Geschiedenen erzeugt, ist ein eheliches Kind (HfD. vom 15. Juni 1835, JGS. Nr. 39).

Über die vermögensrechtlichen Wirkungen der Scheidung vergleiche vorläufig §§ 759, 796, 1263, 1264, über den Wegfall des Erfordernisses der Zustimmung zur Kindesannahme und zur Vormundschaft §§ 180, 193, über die Hemmung der Verjährung (§ 1495) oben § 155.[93])

V. Die Wiedervereinigung geschiedener Ehegatten erfolgt durch ausdrückliche Vereinbarung über die Aufhebung der Scheidung oder stillschweigend durch Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft. Eine besondere Form schreibt weder das Kirchenrecht[94]) noch das ausländische Recht[95]) vor. Unser Recht verlangt, daß die Wiedervereinigung dem Gerichte angezeigt werde, und zwar entweder dem Gerichte, das die Scheidung ausgesprochen hat, oder dem Bezirksgerichte des Wohnsitzes des Ehegatten (§ 110 ABGB., § 114 JN.).[96]) „Wollen die Ehegatten nach einer *solchen* Vereinigung wieder geschieden werden, so haben sie eben das zu beobachten, was in Rücksicht der ersten Scheidung vorgeschrieben ist." Die rechtliche Bedeutung der *nicht* angezeigten Wiedervereinigung ist streitig. Nach der einen Ansicht[97]) hat sie gar keine Rechtswirkung, ausgenommen die im Hofdekrete vom 15. Juni 1835, JGS. Nr. 39, auch für diesen Fall ausdrücklich anerkannte Ehelichkeitsvermutung des

ist ganz in der Ordnung. Was soll hier *Ungers* (S. 27) „Entweder — oder"? Das sächsische Strafgesetz setzte die Ehebruchsstrafe für Geschiedene auf die Hälfte herab. *Olshausen* a. a. O. S. 160 Note 28. Nach § 254 StGEntw. ist der Ehebruch nicht strafbar, wenn die Ehegatten die eheliche Gemeinschaft (wenn auch ohne gerichtliche Scheidung) dauernd aufgegeben haben. Aber ein „Ehebruch im familienrechtlichen Sinne" liegt auch in diesem Falle vor: ErlBem. zur RegVorl. S. 235.

[90]) Entsch. Slg. XIII Nr. 5215, XVI Nr. 6709. Vgl. auch (für den Fortbestand der Treuepflicht) Entsch. Slg. XII Nr. 4495.

[91]) KaffhE. Nr. 2457.

[92]) v. *Anders*, FamR. § 19 Note 25; a. M. *Unger* S. 27 Note 16.

[93]) Sie entfällt nach der herrschenden Lehre. Dafür spricht § 1495 „eheliche Verbindung", verglichen mit § 93, noch entschiedener freilich WestgGB. III § 629 („eheliche Gewalt"); dagegen aber *Zeiller*, Komm. zu § 1495, vgl. auch (für die Fortdauer der Hemmung) *Kohler* III S. 179, *Planiol* I 2702.

[94]) v. *Scherer*, Kirchenrecht II S. 583 Note 23, *Haring*, Kirchenrecht S. 582.

[95]) DBGB. § 1587, Codice civile Art. 157. Die Beobachtung der im französischen Code civil Art. 311 vorgezeichneten Form kommt nur für die Geschäftsfähigkeit der Ehefrau in Betracht.

[96]) Über Gültigkeit und Wirkung der Anzeige hat das Gericht im Verfahren außer Streitsachen *nicht* zu entscheiden: Entsch. v. 26. Sept. 1916 JBl. 1916 Nr. 51 (ein Gatte behauptete, seine Unterschrift sei erschlichen worden).

[97]) *Dolliner* III S. 192 ff., *Rittner* S. 336, *Bartsch* S. 456, *Rin-*

§ 138. Nach der andern Ansicht[98]) steht sie der angezeigten Wiedervereinigung vollkommen gleich, die Anzeige erfolgt nur der Ordnung wegen. Gewiß ist, daß nicht jeder eheliche Verkehr zwischen geschiedenen Eheleuten, auch nicht die Begründung eines gemeinschaftlichen Haushaltes sofort als Wiedervereinigung im Sinne des § 110 (Aufhebung der Scheidungswirkungen) angesehen werden kann. Das Zusammenleben kann ein bloß zeitliches (auf Probe) sein, mit dem Vorbehalte, die Gemeinschaft wieder aufzuheben und alle Ansprüche aus dem Scheidungserkenntnisse oder Übereinkommen für diesen Fall aufrecht zu halten. Daß eine dauernde Wiedervereinigung gewollt sei, ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die Ehegatten ihren Willen in der vorgeschriebenen Form, d. h. durch gemeinsame gerichtliche Anzeige erklärt haben. Außerdem wohl auch dann, wenn die Vereinigung tatsächlich bis zum Tode gedauert hat. In diesem Falle kommt es nicht weiter in Betracht, daß die Ehegatten befugt waren, die Gemeinschaft eigenmächtig aufzuheben, da sie von dieser Befugnis eben keinen Gebrauch gemacht haben. Andrerseits wäre es hart, an die Unterlassung der Anzeige nach dem Tode des Gatten schwere Nachteile (z. B. Entziehung des gesetzlichen Erbrechts nach § 759) zu knüpfen, da die Anzeige nun nicht mehr nachgeholt werden kann.

§ 433.

B. Die Auflösung der Ehe.

I. Tod.

Ist zur Zeit der Eheschließung auch nur ein Teil katholisch, so kann das Band der Ehe nur durch den Tod getrennt werden (§ 111). Will der hinterbliebene Gatte heiraten, so muß er den Tod seines früheren Gatten beweisen (§§ 62, 78). Dieser Beweis ist, wenn er nicht durch

telen, Grundriß § 59, Krainz. Entsch. Slg. Nr. 4882, 5660, 12.006 und in neuerer Zeit wieder V Nr. 1928, VIII Nr. 3100, XIII Nr. 5052, Entsch. v. 5. Jan. 1915 JBl. 1915 Nr. 12.

[98]) v. Neumann-Ettenreich, Welche Folgen sind an die Unterlassung der im § 110 ABGB. vorgeschriebenen Anzeige der Wiedervereinigung geschiedener Ehegatten geknüpft? in der GZ. 1895 Nr. 20, Worel in der GH. 1905 Nr. 3, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 187, v. Anders, Grundriß S. 20, Krasnopolski § 20. Entsch. Slg. Nr. 15.558, 15.949, I Nr. 31. Die Redaktionsgeschichte läßt sich für die Entscheidung nicht verwerten. Es ist richtig, daß unter „einer solchen Vereinigung" im § 110 ABGB. nicht notwendigerweise eine dem Gerichte angezeigte Vereinigung verstanden werden muß; denn schon das WestgGB. I § 110 spricht von „solcher Wiedervereinigung", obgleich ihm die Anzeigepflicht fremd ist. Indessen will der zweite Satz des § 110 nicht bloß die eigenmächtige Aufhebung der wieder aufgenommenen Gemeinschaft verbieten. Der Nachdruck liegt vielmehr darauf, daß er eine zweite Scheidung erlaubt und daß die Ehegatten bei der zweiten Scheidung (nur) eben das zu beobachten haben, was in Rücksicht der ersten Scheidung vorgeschrieben ist. In dem fraglichen Satze, der zuerst in der 2. Aufl. des WestgGB. erscheint (vgl. Pfaff in den JBl. 1890 S. 414) liegt nämlich allem Anscheine nach die (ablehnende) Erledigung des von Harrasowsky, Cod. Ther. V S. 43 Note 33 a. E. angeführten Beschlusses der Revisionskommission.

eine öffentliche Urkunde (Totenschein) erbracht werden kann, von dem zuständigen Gerichtshofe aufzunehmen und zu beurteilen.[1]) Ist der Ehegatte verschollen, so muß zugleich mit der Todeserklärung oder danach das gerichtliche Erkenntnis erwirkt werden, daß die Ehe als aufgelöst zu betrachten sei;[2]) die Todeserklärung für sich allein berechtigt den zurückgebliebenen Gatten nicht zur Wiederverehelichung. Das Auflösungserkenntnis ergeht — ohne Rücksicht auf das Bekenntnis der Ehegatten — „unter solchen Vorsichten, welche den strengeren Grundsätzen der katholischen Kirche über die Unauflösbarkeit der Ehe angemessen sind".[3]) Es setzt voraus

a) hinsichtlich des Verfahrens: besonderen Antrag des zurückgelassenen Ehegatten und Zuziehung eines Verteidigers des Ehebandes, der verpflichtet ist, gegen das Auflösungserkenntnis der ersten Instanz oder — wenn dieses Erkenntnis gegen die Entscheidung des Gerichtshofes erst vom Oberlandesgerichte gefällt wurde — der zweiten Instanz den Rekurs zu ergreifen;[4])

b) sachlich: daß nicht nur die gesetzlichen Voraussetzungen der Todeserklärung nach § 24 ABGB. vorliegen, sondern daß überdies die Abwesenheit „mit solchen Umständen begleitet ist, welche keinen Grund zu zweifeln übrig lassen, daß der Abwesende verstorben sei". Hervorragende Schriftsteller nehmen an, daß es sich dabei nicht um Mehranforderungen hinsichtlich der sachlichen Voraussetzungen, sondern nur um die Art der Beweiswürdigung handle; das Gericht müsse zwar nicht immer, könne aber doch auf Auflösung der Ehe erkennen, wenn weiter nichts vorliege als einer der Tatbestände des § 24 ABGB.[5]) Sicher ist, daß die jetzt geltende Bestimmung des § 9 Ges. von 1883 nicht auf dieser Auslegung des § 112 beruht.[6]) Fehlt von einem Abwesenden seit zehn Jahren jedes Lebenszeichen, so kann er nach § 24 ABGB. für tot erklärt werden, auch wenn gar kein Grund besteht, seinen Tod zu vermuten. Wenn z. B. ein Mann sich dem Militärdienste durch die Flucht entzogen hat, wenn ein Kassier mit den ihm anvertrauten Geldern oder eine Frau mit ihrem Liebhaber das Weite gesucht hat, so kann das (ganz begreifliche) Ausbleiben von Mitteilungen über das fernere Wohlergehen zwar die Todeserklärung, aber nicht die Ehelösungserklärung rechtfertigen.[7])

---

[1]) § 10 Ges. v. 16. Febr. 1883 RGBl. Nr. 20 (oben § 68). Älteres Recht: HfD. v. 17. Febr. 1827 JGS. Nr. 2259.

[2]) § 9 Ges. v. 1883. Älteres Recht (sog. feierliche Todeserklärung): §§ 112 bis 114 ABGB.

[3]) Zeiller, Vorbereitung III S. 132, vgl. auch Komm. I S. 292.

[4]) § 9 Ges. v. 1883. DiszEntsch. v. 30. April 1903 GZ. 1903 Nr. 34.

[5]) Unger I S. 240 Note 22, Pfaff in Grünhuts Zeitschr. 2, 310, Burckhard II S. 14, v. Schey in der Festschr. 1911 I S. 520.

[6]) Kaserer, Mat. S. 82 (v. Harrasowsky) und S. 82 (v. Zatorski). Entscheidend ist der Standpunkt des Kirchenrechtes (oben bei Note 3). Vgl. darüber v. Scherer S. 355.

[7]) Rittner, Eherecht S. 294 f., Madeyski NotZ. 1882 Nr. 15 f., 32 f., F. Chomed in den JBl. 1915 Nr. 2.

Das rechtskräftige Auflösungserkenntnis berechtigt — wie ein Totenschein — zur neuerlichen Eheschließung, aber die Gültigkeit der zweiten Ehe hängt trotzdem davon ab, ob der Verschollene zur Zeit dieser Eheschließung noch am Leben war oder nicht. Die erste Ehe wird weder durch das gerichtliche Erkenntnis[8]), noch — wie nach deutschem Rechte[9]) — durch die Schließung der neuen Ehe aufgelöst.

II. Trennung.[10])

Die Trennung ist für die akatholischen Christen in den §§ 115, 116, für die Juden in den §§ 133 bis 136 geregelt. Das christliche Trennungsrecht gilt aber auch für Personen, die weder Christen noch Juden sind.

A. „Nichtkatholischen christlichen Religionsverwandten gestattet das Gesetz nach ihren Religionsbegriffen aus erheblichen Gründen die Trennung der Ehe zu fordern" (§ 115).

1. Danach sind trennbar die Ehen

a) der Evangelischen,

b) der orientalischen[11]), nicht auch die der unierten[12]) Griechen,

c) der Altkatholiken[13]),

d) der Konfessionslosen (§ 2 Ges. vom 9. April 1870, Nr. 51),

e) der Muselmanen (§ 7 Ges. vom 15. Juli 1912).

Auch die Mischehen zwischen Konfessionslosen (oder Muselmanen) und Juden sind nach § 115 (nicht § 133) zu trennen.[14])

Über den Religionswechsel[15]) ist folgendes zu bemerken:

a) Waren zur Zeit der Eheschließung die Gatten oder wenigstens einer von ihnen katholisch, so bleibt die Ehe trotz Religionswechsels untrennbar, § 111.[16])

---

[8]) Das Gegenteil behauptet für die Akatholiken allen Ernstes F. Chomed a. a. O.

[9]) Das deutsche Gesetzbuch widmet der Ehe nach zu Unrecht erfolgter Todeserklärung einen eigenen Titel (§§ 1348 bis 1352). Vgl. Dernburg, „Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung eines Gatten" 1902 (in der Festschr. f. d. 26. Juristentag).

[10]) v. Hussarek, Zum Ehetrennungsrechte des ABGB. in der Festschr. 1911 II S. 305. Vgl. auch Fahrner, Geschichte der Ehescheidung im kanonischen Rechte I 1903.

[11]) HKzD. v. 20. Nov. 1820 gal. ProvGS. II S. 325. Dolliner, über die Auflösbarkeit der Ehe besonders zwischen nicht unierten Griechen in Pratobeveras Mat. V S. 1 ff. (VI S. 1 ff., VII S. 1 ff.).

[12]) Die Kirche „dissimuliert" (v. Scherer S. 553), der Staat setzt die katholische Auffassung durch. Entsch. Slg. Nr. 5047. Dolliner, Erläuterung IV S. 108.

[13]) SpR. Nr. 202 (Slg. XI Nr. 4169). Vor diesem Spruche (1908) streitig. v. Hussarek, Eherechtliche Fragen der österreichischen Altkatholiken in der GZ. 1902 Nr. 47, Mikusch, Zur Frage der Trennbarkeit der Ehen zwischen Altkatholiken in der NotZ. 1903 Nr. 20, 21, Beschl. der 21. Synode (1902) bei v. Hussarek Note 58.

[14]) Entsch. Slg. Nr. 8536 u. a.

[15]) Über die Form des Religionswechsels vgl. Entsch. Slg. XV Nr. 5823.

[16]) J. C. Müller, § 111 ABGB. und seine Folgen 2. Aufl. 1904, Nevečerel, Ein Mahnruf zur Reform des Ehescheidungsrechtes RichterZ. 1904 Nr. 6, Fernbach, Zur Reform unseres bürgerlichen Rechtes und zum § 111 ABGB. 1911.

b) Waren zur Zeit der Eheschließung beide Gatten akatholisch, so kann der katholisch gewordene, solange er Katholik bleibt[17]), die Trennung nicht verlangen; wohl aber steht dieses Recht, wenn nur ein Teil zur Zeit des Trennungsbegehrens Katholik ist, dem andern akatholisch gebliebenen (oder wieder gewordenen) Teile zu, § 116.[18])

Die nach dem Glaubenswechsel wiederholte, bloß vom kirchlichen Standpunkte bedeutsame Eheschließung kommt für die Frage der Trennbarkeit nicht in Betracht.[18a])

Die ausländische Staatsbürgerschaft der Ehegatten berechtigt das österreichische Gericht nicht, eine nach österreichischem Rechte untrennbare Ehe zu trennen.[19]) Wohl aber können die Ausländer die Trennung ihrer Ehe möglicherweise im Auslande erwirken und diese Trennung kann nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechtes auch in Österreich als gültig anerkannt werden.

2. Jede Trennung, auch die einverständliche, setzt nach § 115 einen gesetzlichen Trennungsgrund[20]) voraus, so daß das Einverständnis nur als ein Mehrerfordernis bei einem bestimmten Trennungsgrunde, der unüberwindlichen Abneigung, erscheint.[21]) Die Trennungsgründe zählt § 116 erschöpfend, nicht etwa — wie § 109 die Scheidungsgründe — bloß beispielsweise auf.[22]) Damit sind jedoch erweiternde Auslegung und

[17]) Entsch. v. 13. Okt. 1914 JBl. 1914 Nr. 47. Rittner S. 344, v. Neumann-Ettenreich S. 112, Brügel, Der unus casus der vollen Trennbarkeit einer Ehe bei katholischem Religionsbekenntnis des anderen Eheteiles (Entsch. des OLG. Wien). Dagegen freilich Dolliner IV S. 205: „Der Abfall von der katholischen Religion soll nie ein Mittel werden, sich eines lästig gewordenen Ehebandes zu entledigen; sonst würden die Ehen katholischer Konvertiten stets der Gefahr der Trennung ausgesetzt werden und ein ärgerlicher Wechsel der Religionen einreißen." Gegen die herrschende Meinung auch Krasnopolski IV S. 128 Note 5.

[18]) Der katholische Teil kann sich dem vom Akatholiken wegen unüberwindlicher Abneigung gestellten Trennungsbegehren anschließen. Dolliner IV S. 200 ff., Entsch. Slg. VII Nr. 2742. Dagegen v. Neumann-Ettenreich S. 120.

[18a]) Entsch. v. 25. Jan. 1916 JBl. 1916 Nr. 14.

[19]) Oben § 25 Note 18, dazu Entsch. Slg. XVI Nr. 6706, v. Neumann-Ettenreich S. 112 f.

[20]) Vgl. für das deutsche Recht M. A. Müser, Bedeutung, Umfang und Wirkung der Scheidungsgründe des BGB. 1912.

[21]) Die einverständliche Trennung wurde im Code civil auf Andrängen Napoleons zugelassen, war aber wegen des weitläufigen Verfahrens nicht üblich. So ist es heute noch in Rumänien. In Frankreich, wo die unpraktische einverständliche Scheidung dem geltenden Rechte (Ges. v. 1884) fremd ist, erreichen die Ehegatten, wenn sie einig sind, die Trennung auf anderem Wege sehr leicht. Als Trennungsgrund genügt z. B. der Vorwurf des Ehebruches (injure grave). Die deutschen Richter sind strenger. Dem Zwecke der einverständlichen Trennung dient im Reiche besonders der Trennungsgrund der Desertion (Kohler III S. 156 ff.), doch bedarf es dazu eines verwickelten und kostspieligen Verfahrens (M. A. Müser a. a. O. S. 66).

[22]) Entsch. Slg. XIV Nr. 5393. Dolliner IV S. 115 ff., Rittner § 46, v. Anders, Grundriß S. 33 u. a.; dagegen v. Hussarek, Die familienrechtliche Alimentation S. 49.

Analogie keineswegs ausgeschlossen.[23]) Die Erfahrung lehrt, „daß das Rechtsleben hier weniger als sonst an dem Buchstaben des Gesetzes zu kleben pflegt".[24]) Auf die Verschiedenheit der akatholischen Bekenntnisse nimmt das Gesetz keine Rücksicht. Deshalb gilt z. B. der Trennungsgrund der unüberwindlichen Abneigung, der selbst von den Evangelischen nicht immer gebilligt worden ist[25]), auch für die orientalischen Griechen, obwohl nach dem griechisch-orientalischen Kirchenrechte eine Ehetrennung aus solchem Grunde ausgeschlossen ist.[26]) Die Worte „nach ihren Religionsbegriffen" (§ 115) wollen eben nur die Erlaubnis der Ehetrennung im allgemeinen rechtfertigen; es steckt der Gedanke dahinter, daß die Ehen der Akatholiken strenge genommen als untrennbar behandelt werden müßten.[27]) Nicht aber wollen die hervorgehobenen Worte die Geltung der einzelnen Trennungsgründe von ihrer Anerkennung seitens der in Frage kommenden Religionsgesellschaft abhängig machen.[28])

Gesetzliche Trennungsgründe (§ 115) sind folgende:

a) Ehebruch. Er muß nicht schon vor dem Trennungsprozesse durch strafgerichtliches Urteil oder in anderer Weise festgestellt sein. Der betrogene Ehegatte kann auf die Strafverfolgung verzichten und doch die Trennung fordern.[29])

b) Ein Verbrechen, das die Verurteilung zu einer wenigstens fünfjährigen Kerkerstrafe nach sich gezogen hat.[30])

c) Boshaftes Verlassen, selbst wenn der Aufenthaltsort bekannt ist („uneigentliche Desertion"). Ist der Aufenthaltsort unbekannt („eigentliche Desertion"), so muß der Abwesende zunächst durch Edikt aufgefordert werden, binnen Jahresfrist zu erscheinen. Boshaft ist das Verlassen nicht, wenn die eheliche Gemeinschaft aus zwingenden Gründen[31]) oder mit dem Willen des andern Teiles aufgehoben oder gar nicht begonnen worden ist. Beispiel: eine Frau hat geheiratet, um den Adel zu erlangen und sich vorbehalten, den — gut bezahlten — Gatten sofort

[23]) So steht z. B. widernatürliche Unzucht dem Ehebruche, Vertreiben des Ehegatten dem Verlassen (Entsch. Slg. VIII Nr. 3125) augenscheinlich gleich. Doch wollen Dolliner IV S. 121 und v. Neumann-Ettenreich S. 122 die widernatürliche Unzucht als Trennungsgrund nicht gelten lassen.

[24]) v. Hussarek in der Festschr. 1911 S. 314.

[25]) Die ältere preußische Gesetzgebung hat ihn aus Gründen der Bevölkerungspolitik (unten Note 36) eingeführt, s. Bornemann, Preuß. Zivilrecht V S. 168. Das DBGB. hat ihn beseitigt.

[26]) Milasch, Die unüberwindliche Abneigung als Ehetrennungsgrund 1905, Derš., Kirchenrecht S. 637 f.

[27]) Diesem Gedanken entspricht die Untrennbarkeit der Mischehe (§ 111) und das Ehehindernis des Katholizismus.

[28]) Dolliner IV S. 108 ff. und in Pratobeveras Mat. V S. 31 ff., v. Hussarek GZ. 1902 Nr. 47 Note 45, v. Spaun, Die unüberwindliche Abneigung als Ehetrennungsgrund GZ. 1907 Nr. 23, v. Neumann-Ettenreich S. 114; a. M. Milasch, Die unüberwindliche Abneigung S. 15.

[29]) Judikat Nr. 224 v. 4. Mai 1915 OG. Nr. 1646, früher bestritten. Vgl. J. Schwartz GH. 1893 Nr. 44, Nevečerel RichterZ. 1904 Nr. 1.

[30]) über Verurteilung im Auslande s. oben § 432 bei Note 35, Dolliner IV S. 131.

[31]) Oben § 432 III.

nach der Trauung zu verlassen. Der Mann verlangt nun, nachdem die Frau, wie vereinbart, abgereist ist, die Trennung wegen boshaften Verlassens, etwa weil er das Geschäft mit einer andern wiederholen will. Die Klage ist ohne Zweifel abzuweisen.[32]) Wenn aber der Mann allen Ernstes die Aufnahme der ehelichen Gemeinschaft anstrebt und die Frau sich seinem Verlangen widersetzt, ist doch wohl anders zu entscheiden.[33])

d) Dem Leben oder der Gesundheit gefährliche Nachstellungen — „Insidien". Es genügt, daß der böse Vorsatz sich in Vorbereitungshandlungen oder ernsten Drohungen äußert; Handlungen, die wegen Geisteskrankheit oder Volltrunkenheit oder aus einem ähnlichen Grunde nicht zugerechnet werden können, kommen nicht in Betracht.[34])

e) Wiederholte schwere Mißhandlungen — Sävitien. Mißhandlungen sind Tätlichkeiten, wenn auch nicht gerade Körperverletzungen mit sichtbaren Merkmalen. Es genügt, daß sie dem Gatten Schmerz bereiten oder ihn erniedrigen. Zurechnungsfähigkeit ist hier ebenso wesentlich wie bei den Nachstellungen.[35]) Ist der Mißhandelnde angegriffen oder gereizt worden, so entsteht der Trennungsgrund nur, wenn die Tätlichkeiten über den Rahmen des unter diesen Umständen zu Erwartenden weit hinausgehen. Die Mißhandlungen müssen schwer sein. Mit diesem unbestimmten Erfordernisse überläßt es das Gesetz dem Richter, mit Rücksicht auf die Lebensverhältnisse der Gatten zu beurteilen, ob die Mißhandlungen empfindlich genug sind, um die Trennung der Ehe zu rechtfertigen.

f) Eine unüberwindliche Abneigung, welcherwegen beide Ehegatten die Auflösung der Ehe verlangen.[36]) Es kommt nicht darauf an, ob diese Abneigung gegenseitig oder einseitig ist;[37]) wesentlich ist jedoch, daß beide Ehegatten die Trennung verlangen. Die Praxis scheint auch darauf wenig Gewicht zu legen, da sie die einverständlich angesuchte Trennung, auch wenn hinterher ein Teil das Trennungsbegehren zurückzieht, bewilligt, sofern nur der andere Teil bei seinem Verlangen beharrt.[38])

---

[32]) Entsch. Slg. X Nr. 3797. Vgl. Kohler IV S. 158.

[33]) Vgl. M. A. Müser S. 46. Anders freilich die Gründer der in der vorigen Note angeführten Entscheidung.

[34]) M. A. Müser S. 33 f. In beiden Beziehungen entgegengesetzt Entsch. Slg. XV Nr. 6191.

[35]) Dagegen für beide Trennungsgründe die in der vorigen Note angeführte Entscheidung.

[36]) Naturrecht und Bevölkerungspolitik vereinigten sich im 18. Jahrh. dahin, unversöhnlichen Ehegatten die Trennung zu gestatten, weil von ihnen die Erzeugung von Kindern nicht zu erhoffen ist. Martini, Positiones 724, Corpus juris Fridericianum I 2, 3 § 35, JosGB. 3 § 107, ALR. II 1 §§ 716—718.

[37]) Judikat Nr. 168 (Slg. VIII Nr. 3039), Ofner, Prot. II S. 510, Dolliner IV S. 163 ff., Rittner S. 348 Note 1, v. Anders, Grundriß S. 38, Bartsch S. 159, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 193, ch., Ehetrennung wegen unüberwindlicher Abneigung in den JBl. 1905 Nr. 10; dagegen Nevečerel in der RichterZ. Nr. 3, Milasch S. 78 ff.

[38]) Entsch. Slg. Nr. 14.459, 15.828, XIII Nr. 4958, XVI Nr. 6316. Anders ausdrücklich JosGB. § 108. Vgl. gegen die Praxis v. Neumann-Ettenreich S. 116.

Krankheit ist kein Trennungsgrund, auch nicht Geisteskrankheit.[39]) Die Pflicht zum Beistand hört gegenüber dem geistig Erkrankten nicht auf, sie erlangt vielmehr gerade jetzt größte Bedeutung.[40]) Dennoch werden Ehen getrennt, auch wenn ein Ehegatte geisteskrank ist. Nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuche (§ 1569) und nach dem Schweizerischen Zivilgesetzbuche (Art. 141) kann die Ehe getrennt werden, wenn die Geisteskrankheit drei Jahre gedauert hat. Bei uns bedarf es eines der erörterten gesetzlichen Trennungsgründe.

α) Hat der gesunde Ehegatte durch Ehebruch, durch Mißhandlungen usf. Grund zur Trennung gegeben, so kann der Kurator des voll entmündigten Geisteskranken mit Genehmigung des Pflegschaftsgerichtes die Trennung der Ehe verlangen[41]), obwohl sonst ein Gatte, auch wenn er in seiner Handlungsfähigkeit beschränkt ist, die Trennung persönlich verlangen muß. Aber das gilt eben nicht für den vollkommen Handlungsunfähigen.

β) Auch die einverständliche Trennung ist möglich[42]), denn es genügt hiezu die einseitige Abneigung des gesunden Gatten und der einverständliche Antrag. Diesen kann an Stelle des voll Entmündigten freilich nur der Kurator stellen.[43])

γ) Dagegen sollte niemals das Verhalten des Geisteskranken einen Trennungsgrund bilden. Nach der Meinung des Obersten Gerichtshofes kann aber eine Ehe z. B. auch deshalb getrennt werden, weil der geisteskranke Gatte dem andern nach dem Leben getrachtet hat.[44])

Nach § 115 (Schlußsatz) in Verbindung mit § 96 kann nur der „Schuldlose" auf Trennung klagen, d. h. nur derjenige Gatte, der das Verhalten, das den Trennungsgrund darstellen soll, nicht selbst verschuldet hat, also nicht die Frau, die den Mann durch eine bezahlte Frauensperson zum Ehebruche hat verführen lassen[45]), auch nicht die Frau, die durch schwere Verfehlungen den Mann erzürnt und dadurch zu Mißhandlungen veranlaßt hat.[46]) Haben sich beide Teile Trennungsgründe zu Schulden kommen lassen, hat z. B. jeder einen Ehebruch begangen, so kann jeder — wenn er an dem Ehebruche des andern schuldlos ist — die Trennung verlangen.[47])

Nach denselben Gesetzesbestimmungen verliert der Gatte das Recht, die Trennung zu verlangen, wenn er die Ehe in Kenntnis des Trennungs-

[39]) Entsch. Slg. XIV Nr. 5393.

[40]) Kohler III S. 168.

[41]) Entsch. Slg. IX Nr. 3280, XI Nr. 4429, v. Neumann-Ettenreich S. 122 f. Ebenso nach deutschem Rechte (DZPO. § 612). Vgl. RG. 85 S. 11. P. Klein, Scheidungsanspruch eines geisteskranken Ehegatten Gellers ZBl. 1914 S. 671.

[42]) Entsch. Slg. IX Nr. 3308, XIII Nr. 5159.

[43]) Das erklärt für unzulässig v. Neumann-Ettenreich S. 120.

[44]) Gründe der Entsch. Slg. XV Nr. 6191.

[45]) Vgl. RG. 85 S. 204 zu § 1565 Abs. 2 DBGB.

[46]) Entsch. Slg. X Nr. 3722.

[47]) Entsch. Slg. VIII Nr. 2932, 3014, XI Nr. 4234, XIV Nr. 5451. Keine gegenseitige Aufhebung der Trennungsgründe! Nevečerel in der RichterZ. 1905 Nr. 1 und 3; anders Entsch. Slg.

grundes fortsetzt.[48]) Daß er zunächst nur die Scheidung von Tisch und Bett erwirkt hat, hindert ihn nicht, aus demselben Grunde auf Trennung zu klagen.[49])

3. Das Verfahren ist bei Trennungsklagen dasselbe wie bei Nichtigkeitsklagen (§ 115), also sehr verschieden vom Scheidungsverfahren. Auch hier ist der Gerichtshof des letzten gemeinsamen Wohnsitzes zuständig (oben § 431, III, 1), auch hier stellt das Gericht einen Verteidiger des Ehebandes auf (§ 97)[50]), der gegen das auf Trennung lautende Urteil die Berufung, aber nicht auch die Revision erheben muß.[51]) Ebenso gilt der Grundsatz, daß der Beweis des Trennungsgrundes nicht durch Geständnis erspart und nicht durch Vernehmung der Parteien hergestellt werden kann (§ 99, oben § 431, III, 6)[52]) und daß das Urteil einen Ausspruch über die Schuldfrage enthalten muß[53]), dies selbst im Falle der Trennung wegen unüberwindlicher Abneigung.[54])

Das Verfahren bei der einverständlichen Trennung wegen unüberwindlicher Abneigung weist einige Besonderheiten auf. Es beginnt nicht mit einer Klage, sondern mit einem gemeinschaftlichen Gesuche der Ehegatten. Die unüberwindliche Abneigung bedarf, wie jeder andere Trennungsgrund, des Beweises.[55]) Der Beweis ist hier freilich besonders schwierig. Dem Gerichte muß zu diesem Behufe die Geschichte der Ehe[56]) dargelegt, es müssen ihm die Gründe enthüllt werden, die eine Versöhnung für alle Zukunft ausschließen. Versagt der Beweis gänzlich, so weist das Gericht das Gesuch ab. Ist nur die Unüberwindlichkeit der Abneigung zweifelhaft geblieben, so bewilligt es eine vorläufige Scheidung von Tisch und Bett, gewöhnlich auf eine bestimmte Zeit (sechs Monate bis zu einem Jahre), was in anderen Trennungsfällen nicht zulässig ist.[57]) Diese Scheidung setzt keine Versöhnungsversuche

VII Nr. 2800 und schon Zeiller I S. 299, Dolliner IV S. 125.

48) Entsch. Slg. XVI Nr. 6642. Näheres oben § 431 bei Note 49 ff.

49) Entsch. Slg. XIV Nr. 5333, XVI Nr. 6437.

50) Harrasowsky, Entw. Martinis S. 42 Note 42, MV. v. 9. Dez. 1897 § 15, Bartsch S. 145, 151, Eckstein, Die Intervention nach österr. Recht Leipzig 1893 S. 182 ff.

51) Entsch. Slg. XIV Nr. 5498.

52) Entsch. Slg. XI Nr. 4196.

53) § 11 V. v. 9. Dez. 1897 SpR. Nr. 152 (Slg. Nr. 14.137).

54) Entsch. Slg. IV Nr. 1303, Bartsch S. 160, v. Neumann-Ettenreich S. 125. Anders Dolliner IV S. 176 f. Vgl. auch Entsch. Slg. III Nr. 1147.

55) Entsch. Slg. Nr. 8508, 11.793 u. a. A. M. Pfaff in Grünhuts Zeitschr. 2 S. 310 f., früher auch v. Anders, Familienrecht S. 82 f., der jetzt (Grundriß S. 33) den Standpunkt der Praxis vertritt. In der Redaktionsgeschichte tritt von Anfang an die Anschauung hervor, „daß man die Gestattung der Ehetrennung nicht bloß auf das Einverständnis der Ehegatten stützen könne, und vielmehr im Interesse der Kinder, der Eheleute, welche mit der Zeit duldsamer werden, und des Staates, welcher von den Eheleuten Kinder erwarte, eine Trennung nur dann zulassen dürfe, wenn die Gewißheit vorliege, daß ein Zusammenleben der Eheleute nicht möglich sei . . ." (Harrasowsky, Der Codex Theresianus IV S. 35 f.).

56) v. Neumann-Ettenreich S. 117.

57) Entsch. Slg. XIV Nr. 5341 (boshafte Verlassung).

voraus;[58]) überhaupt finden im Trennungsverfahren keine Versöhnungsversuche statt.[59]) Wiederholen die Gatten nach Ablauf der Frist ihr Trennungsbegehren, so wird das Verfahren fortgesetzt. Zweifelt das Gericht noch immer an der Unüberwindlichkeit der Abneigung, so kann es die Scheidung wiederholen.[60]) Die Scheidung kann aber von vornherein unterbleiben, wo das Gericht auch ohne sie in der Lage ist, die Unüberwindlichkeit der Abneigung festzustellen.[61]) Sie unterbleibt insbesondere dann, wenn die Ehegatten ohnedies schon seit längerer Zeit getrennt leben und die gerichtliche Scheidung an ihren Beziehungen nichts ändern würde. Das Gericht spricht die Trennung — wie in allen anderen Fällen — durch Urteil (nicht durch Beschluß) aus.[62]) Die Kosten sind von beiden Ehegatten gemeinsam zu tragen.[63])

Streitigkeiten über die dem schuldlosen Teile gebührenden Genugtuung und über die sonstigen vermögensrechtlichen Folgen der Trennung (§ 1266) sind im gewöhnlichen Rechtswege, Streitigkeiten über den Unterhalt der Kinder sind im Verfahren außer Streitsachen zu erledigen. Doch soll der Trennungsrichter nach § 117 ABGB. versuchen, diese Streitigkeiten durch einen Vergleich beizulegen; dazu ist allerdings rücksichtlich der Kinder die Genehmigung des Pflegschaftsgerichtes erforderlich. Die bereits erörterten einstweiligen Verfügungen[64]) — abgesonderter Wohnort, einstweiliger Unterhalt (§ 117, Schlußsatz) — sind auch im Trennungsverfahren zulässig.

B. Die Trennung von Judenehen[65]) ist in den §§ 133 bis 136 in besonderer Weise geregelt. Vorausgesetzt ist, daß beide Ehegatten zur Zeit der Eheschließung Juden waren, und daß wenigstens ein Ehegatte es noch zur Zeit der Trennung ist. Ob die Ehe vor dem jüdischen Seelsorger oder als Notzivilehe vor der politischen Behörde geschlossen worden ist, ist gleichgültig.[66])

Die Grundlage des jüdischen Trennungsrechtes ist ein Moses zugeschriebenes Gesetz aus dem siebenten Jahrhunderte vor Christi Geburt

[58]) Vgl. W. in der GZ. 1872 Nr. 6, Bartsch S. 145 f.

[59]) Judikat Nr. 241 v. 17. Nov. 1915 OG. Nr. 1673. Anders Entsch. Slg. III Nr. 1145, s. aber (dagegen) Ungenannter in den JBl. 1900 Nr. 46, Schimm ebda. Nr. 48, L. Adler in der GZ. 1900 Nr. 51, R. Pollak S. 672 und Entsch. Slg. X Nr. 3840.

[60]) Die Redaktoren wollten, wie Pfaff a. a. O. gezeigt hat, die fruchtlose Scheidung, „wenn man hier schon von einem Beweise reden will, offenbar als vollgültigen Beweis der Abneigung und ihrer Unüberwindlichkeit gelten lassen." Doch ist diese Auffassung nicht durchgedrungen, oben Note 55.

[61]) Entsch. Peitler 2. Aufl. Nr. 30, Slg. Nr. 2283, 8292, Judikat Nr. 168 (oben Note 37); anders JosGB. § 107, Dolliner IV S. 177, 182.

[62]) Denn § 18 HfD. v. 23. Aug. 1819 will ausnahmslos über jede Ungültigkeits- oder Trennungsverhandlung durch Urteil entschieden wissen. Damit ist das BGB. abgeändert, das (§ 1266) unterscheidet: Trennungen auf beiderseitiges Verlangen und Trennungen durch Urteil.

[63]) Entsch. Slg. XI Nr. 4454.

[64]) Oben § 432 S. 79.

[65]) Harrasowsky, Entw. Hortens S. 38, Pratobevera in seinen Mat. III S. 226 ff., Graßl, Eherecht der Juden S. 203 ff., Bartsch S. 207 ff., v. Neumann-Ettenreich S. 125 ff.

[66]) Entsch. Slg. XV Nr. 5730.

(Deuteronomium 24, 1): Der Mann, dem an seiner Frau etwas mißfällt, soll einen Scheidebrief schreiben, ihr in die Hand geben und sie aus seinem Hause entlassen. Die Sitte des Scheidebriefes ist jedoch weit älter. Wir besitzen babylonische Scheidebriefe aus der Zeit Hammurabis. Ob das jüdische Gesetz einen Trennungsgrund voraussetze, darüber stritten, wie bekannt, die jüdischen Schriftgelehrten noch zur Zeit Christi (Matthäus 19, 3). Im Mittelalter forderten die Rabbiner[67]) die Zustimmung der Frau; einseitige Trennung gestatteten sie dem Manne bei Ehebruch der Frau. Die Frau hat niemals das Recht erlangt, sich einseitig vom Manne zu trennen. Dabei ist es im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche geblieben.

Auch nach dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche wird die Judenehe durch die Übergabe des Scheidebriefes getrennt. Aber der Mann bedarf dazu gerichtlicher Ermächtigung und diese setzt entweder Zustimmung oder Ehebruch der Frau voraus. Die einverständliche Trennung ist bei den Juden verhältnismäßig häufig[68]), dafür ist aber die uneinverständliche Trennung um so seltener. Die vom Manne mißhandelte Frau muß eben sein Einverständnis entweder durch schwere Opfer erkaufen oder dadurch erreichen, daß sie ihm beharrlich das Leben verbittert. Darin und nicht etwa in der Häufigkeit der Scheidungen liegt das Unbefriedigende des jüdischen Eherechtes.

Der Scheidebrief ist eine in altherkömmlicher Form verfaßte Urkunde, in der der Mann die Frau entläßt, für frei erklärt und ermächtigt, einen andern zu heiraten.[69]) Übrigens ist die Form des Scheidebriefes vom staatlichen Standpunkte aus nebensächlich. Da es sich nicht um eine Beweisurkunde handelt, läßt der Staat auch in hebräischer Sprache abgefaßte Scheidebriefe gelten.[70])

1. Vor der einverständlichen Trennung muß der Rabbiner Versöhnungsversuche vornehmen und über ihre Erfolglosigkeit ein Zeugnis ausstellen (§ 133). Sie können durch gerichtliche Versöhnungsversuche nicht ersetzt werden.[71]) Ist aber ein Teil zum Christentum übergetreten, dann nimmt der christliche Seelsorger den ersten[72]) und sodann das Gericht den zweiten Versöhnungsversuch vor (HfD. vom 10. August 1821, JGS. Nr. 1789).

[67]) J. Kohler, Güterrecht und Ehescheidungsrecht der österreichischen Juden ZVerglR. 33, 283.

[68]) v. Neumann-Ettenreich S. 126 f.

[69]) Vgl. das Beispiel bei Graßl S. 212, Bartsch S. 225 Note 1. Ganz so schon der babylonische Scheidebrief: „Wenn die Narumtu nun ein anderer heiratet, wird Schamasch-rabi dagegen nicht Widerspruch erheben." B. Meißner, Aus dem altbabylonischen Recht S. 25.

[70]) Dagegen freilich Entsch. Slg. I Nr. 55.

[71]) Entsch. Slg. I Nr. 153. Krasnopolski IV S. 138 Note 2, L. Spiegel in Gellers ZBl. 1912 S. 289 f.

[72]) Er kann hiezu den jüdischen Ehegatten einladen und dieser kann der Einladung Folge leisten. Nach L. Spiegel a. a. O. S. 290 f. soll dieser Versöhnungsversuch infolge des Ges. v. 31. Dez. 1868 RGBl. 1869 Nr. 3 entfallen.

Mit dem Zeugnisse über den erfolglosen Versöhnungsversuch wenden sich die Ehegatten an das Bezirksgericht, bei dem der Ehemann seinen allgemeinen Gerichtsstand hat (§ 114 JN.). „Findet diese Behörde aus den Umständen, daß zu der Wiedervereinigung noch einige Hoffnung vorhanden ist, so soll sie die Ehescheidung nicht sogleich bewilligen, sondern die Ehegatten auf ein oder zwei Monate zurückweisen" (§ 134).. Beharren die Ehegatten nach Ablauf der Bedenkzeit bei ihrem Begehren oder wird keine erteilt, weil „gleich anfangs keine Hoffnung zur Wiedervereinigung" besteht, so gestattet das Bezirksgericht, „daß der Mann den Scheidebrief der Frau übergebe, und wenn sich beide Teile nochmals vor Gericht erklärt haben, daß sie den Scheidebrief mit freier Einwilligung zu geben und zu nehmen entschlossen sind", so übergibt der Mann der Frau den Scheidebrief vor Gericht. Die Zuziehung eines Rabbiners ist üblich, aber nicht notwendig. Die Übergabe und Annahme des Scheidebriefes kann nach dem Hofdekrete vom 19. Mai 1827, JGS. Nr. 2277, auch durch einen Bevollmächtigten stattfinden.[73]) Nach der Übergabe spricht das Gericht mit Beschluß aus, daß der Scheidebrief für rechtsgültig gehalten und dadurch die Ehe aufgelöst werde (§ 134 a. E.).

2. Uneinverständliche Trennung ist nur zulässig im Falle des Ehebruches der Frau. Die Frau hat niemals eine Klage auf Trennung.[74]) Das oben bei Note 45 über das Erfordernis der Schuldlosigkeit und bei Note 48 über die Fortsetzung der Ehe[75]) Gesagte gilt auch hier. Auch die gerichtliche Zuständigkeit für das Trennungsverfahren ist die gleiche wie bei christlichen Ehen. Das Verfahren selbst folgt den Grundsätzen des gewöhnlichen Prozesses, nicht denen des Eheprozesses (§ 135: „gleich einer andern Streitsache").[76]) Der Beweis des Ehebruches kann auch durch Vernehmung der Parteien erbracht oder durch das Geständnis der Frau erspart werden. Ein Eheverteidiger wird nicht bestellt. Das Urteil ermächtigt den Kläger, seine Gattin „auch wider ihrem Willen durch einen Scheidebrief von sich zu entlassen" (§ 135). Mit der Rechtskraft dieses Urteils ist die Ehe noch keineswegs aufgelöst.[77]) Wohl aber besteht nunmehr eine vollstreckbare[78]) Verpflichtung der Frau, den Scheidebrief bei der vom Gerichte anzuberaumenden Tagsatzung anzunehmen.

3. Der Übertritt eines Gatten zur christlichen Religion ändert nichts an dem behandelten Trennungsrechte (§ 136).[79]) Ebenso bleibt die Ehe

[73]) Ist ein Teil Christ geworden, so soll er, wenn er sich vertreten lassen will, einen Israeliten bevollmächtigen. Die Vertretung durch einen Bevollmächtigten ist aber auch sonst gestattet, vgl. z. B. Entsch. Slg. Nr. 13.977; nicht dagegen Entsch. Slg. Nr. 14.659 (betr. einen Kurator).

[74]) Entsch. Slg. Nr. 4387, 12.178.

[75]) Entsch. Slg. V Nr. 1907.

[76]) Krasnopolski S. 139, W. Hora GZ. 1916 Nr. 21 Note 1, v. Neumann-Ettenreich S. 130; anders v. Schrutka, Grundriß S. 150.

[77]) Entsch. Slg. VII Nr. 2691.

[78]) Entsch. Slg. V Nr. 1787, v. Neumann-Ettenreich S. 130.

[79]) Doch vgl. über die Versöhnungsversuche oben Note 72 und über die Übergabe des Scheidebriefes oben Note 73. Der übergetretene kann nach der Trennung einen Katholiken heiraten, da die Judenehe das Hindernis des Ka-

nach den für Juden geltenden Grundsätzen trennbar, wenn ein Teil Muselman oder konfessionslos wird. Treten jedoch beide zu einem andern Bekenntnisse über oder werden beide konfessionslos[80]), so ist die Trennbarkeit ihrer Ehe nach den für das neue Bekenntnis[81]) oder für Konfessionslose maßgebenden Grundsätzen zu beurteilen.

C. Die Wirkung der Trennung besteht zunächst darin, daß die Ehe endet. Die Getrennten können sich wieder verheiraten, der Mann sofort, die Frau nach Ablauf der gewöhnlichen Wartefrist.[82]) In der Gattenwahl sind sie nach Umständen durch das sogenannte Hindernis der Teilnahme an der Trennungsursache oder durch das des Katholizismus beschränkt.[83]) Es steht den Getrennten auch frei, einander neuerlich zu heiraten (§ 118), sei es sofort (ohne Wartefrist!), sei es erst nach der Lösung einer in der Zwischenzeit geschlossenen andern Ehe.[84])

Den schuldigen Teil verpflichtet die Trennung zur „vollen Genugtuung" (§ 1266), also auch zur Gutmachung des nicht vermögensrechtlichen Schadens (oben § 139, I, c). Hierin stimmt unser Gesetzbuch mit dem Schweizerischen Zivilgesetzbuche (Art. 151) überein, das den Richter ermächtigt, dem in seinen persönlichen Verhältnissen schwer verletzten Ehegatten eine Geldsumme als Genugtuung zuzusprechen. Aber unserer Praxis ist das fremd.

Die sonstigen Folgen der Trennung werden in der Lehre von den rechtlichen Wirkungen der Ehe erörtert werden. Über den Einfluß der Trennung auf die Erziehung der Kinder vergleiche vorläufig § 142 ABGB.

Zweite Abteilung: Rechtliche Wirkungen der Ehe.

§ 434.

I. Persönliche Wirkungen.[1])

I. „Die Gattin erhält den Namen des Mannes" (§ 92). Der Mädchenname tritt zurück. Doch kann sie ihn mit dem Zusatze „geborene"

tholizismus nicht begründet: oben § 426 bei Note 90.

[80]) Entsch. Slg. IX Nr. 3399, XVI Nr. 6316.

[81]) ME. v. 8. Aug. 1853 RGBl. Nr. 160.

[82]) Nach dem Schweizerischen ZGB. (Art. 150) soll der Richter dem Schuldigen für längere Zeit (ein bis drei Jahre) die Wiederverehelichung verbieten. Das dürfte „schwerlich irgendwo Nachahmung finden", Pappenheim in der Festschr. f. Klein S. 457. Russisches Recht: v. Seeler S. 54 f.

[83]) Für die Sittengeschichte bemerkenswert ist ein Gesetz von Thurii, das dem Gatten, der seine Ehe gelöst hat, verbot, eine Person zu heiraten, die jünger war als der erste Gatte. Diodor 12, 18.

[84]) Nach mosaischem Rechte ist die Zwischenehe ein Hindernis, nach dem Islam dagegen ein Erfordernis für die Zulässigkeit der Wiederholung der ersten Ehe. Über die Bedenken christlicher Schriftsteller vgl. J. H. G. Hermann, Fragmente in Rücksicht auf den Entwurf des preuß. AGB. (1790) S. 138.

[1]) Rittner, Eherecht §§ 41—43, S. 303 ff., R. Bartsch, Die Rechtsstellung der Frau als Gattin und

beifügen[2]) und dessen Mißbrauch verbieten, ohne daß ihr eingewendet werden könnte, daß sie ihr ursprüngliches Namenrecht durch die Ehe verloren habe.[3]) Den Namen des Mannes behält sie auch nach seinem Tode und — zwar nicht nach der Nichtigerklärung, wohl aber — nach der Trennung der Ehe.[4]) Das ist oft mißlich, aber auch die schweizerische Bestimmung, daß die getrennte Frau wieder ihren früheren Namen annehmen muß (Art. 149 ZGB.), ist nicht immer am Platze. Nach deutschem Rechte (§ 1577 DBGB.) kann die getrennte Frau den früheren Namen wieder annehmen[5]) und sie muß es tun, wenn sie an der Trennung schuld ist und der schuldlose Mann darauf besteht. Das ist wohl die angemessenste Ordnung der Namensfrage.

Die Frau erwirbt ferner nach § 92 die Rechte des Standes, also auch den Adel des Mannes. Morganatische Ehen sind dem allgemeinen bürgerlichen Rechte fremd.[6]) Im Kaiserhause gilt nach dem nicht kundgemachten allerhöchsten Familienstatute das Erfordernis der Ebenbürtigkeit; nicht ebenbürtige (morganatische) Ehen verschaffen der Gattin nicht die Rechte und Ehren, die den ebenbürtigen Gemahlinnen gebühren.[7])

Der allgemeine Gerichtsstand des Mannes ist auch der seiner Gattin, solange die Ehe nicht geschieden ist; anders jedoch, wenn er auswandert und die Gattin im Inlande zurückläßt (§ 70 JN.).

Die Frau erlangt die Staatsbürgerschaft (oben § 73) und das Heimatrecht[8]) des Mannes.

II. Das Josefinische Gesetzbuch von 1786 sprach dem Manne „eine Gattung von Gewalt" über das Weib zu (III, § 47). Diesen Ausdruck verwirft schon der Entwurf von 1792, er taucht aber noch gelegentlich im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche (§ 175) auf. Er entspricht nicht der Regelung, die das Gesetzbuch unter dem Einflusse naturrechtlicher Anschauungen[9]) dem Gattenverhältnisse hat zu teil werden

Mutter 1900, Scharfmesser, Die Stellung der Frau nach dem novellierten BGB. GH. 1917 Nr. 10, v. Anders, Grundriß § 21, v. Neumann-Ettenreich, Eherecht S. 65 ff., Krasnopolski, Privatrecht IV S. 81 ff. — Deutsches Recht: Hörle, über die persönlichen und vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten nach §§ 1353—1361 BGB. ArchBürgR. 31, 113.

[2]) Hörle a. a. O. S. 124.

[3]) Kohler, Lehrbuch III S. 56.

[4]) Äußerung des Justizministeriums v. 13. März 1871 Z. 2180 bei S. in GZ. 1913 Nr. 15, Steiner in der NotZ. 1908 Nr. 16, Nippel II S. 137, Pachmann, Kirchenrecht 3. Aufl. II S. 410, Hermann im ZivArch. XLV S. 331, 332, Rittner S. 356, Ulbrich StWB. (1. Aufl.) II S. 749, E. Adler in Grünhuts Zeitschr. Bd. 31 S. 80 ff.; dagegen Dolliner IV S. 250, Ellinger zu § 117. Vgl. auch Entsch. v. 9. Febr. 1915 OG. Nr. 1695, Harrasowsky, Entw. Martinis S. 43 Note 45, DBGB. § 1577.

[5]) Ähnlich der österr. Entwurf eines Zivilehegesetzes von 1870, Steiner a. a. O.

[6]) Harrasowsky, Entw. Martinis S. 27 Note 5, Zeiller I S. 254, v. Voltelini, Zur Geschichte des ehelichen Güterrechtes in Tirol S. 12 Note 8, Pertile, Storia del Diritto italiano III § 111 Note 48. — Boenicke, Die Ehe zur linken Hand 1915, Müller, Die Ehe zur linken Hand 1915.

[7]) Hauke im StWB. III S. 8.

[8]) Spiegel JWJSchr. 29, 50.

[9]) Vgl. Zeiller, Nat. Privatrecht

lassen.[10]) Nur das Strafgesetz bewahrt noch im § 96 einen Rest der alten Vorstellung. Denn die Strafbarkeit desjenigen, der eine Ehefrau *mit ihrem Willen* dem Ehegatten entführt, setzt allerdings eine ehemännliche Gewalt voraus.[11]) Der Strafgesetzentwurf läßt diese Bestimmung fallen, weil sie „der heute bestehenden Auffassung des Verhältnisses zwischen Mann und Frau widersprechen würde".[12])

Nicht als „des Weibes Haupt", wie der Apostel Paulus (Epheser 5, 23), bezeichnet das Gesetzbuch den Ehemann. Schon das Allgemeine Landrecht (II, 1, § 184) setzte dafür „Haupt der ehelichen Gesellschaft"[13]), und unser Gesetz nennt den Mann das *Haupt der Familie*.[14]) Der Mann ist nicht der Gebieter der *Frau*; nicht ihre besonderen, *persönlichen* Angelegenheiten unterliegen seinem Einflusse.[15]) Sondern er steht der *Familie* vor, zu der er selbst gehört. Es sind *gemeinsame* Angelegenheiten, in denen sein Übergewicht nach dem Gesetze zur Geltung kommen soll. Während Art. 213 Code civil die Frau schlechtweg verpflichtet, dem Manne zu gehorchen[16]), verlangt unser Gesetz (§ 92) nur, daß sie die vom Manne getroffenen Maßregeln soweit befolge, als es die häusliche Ordnung erfordert. Auf diese Ordnung hat allerdings der Mann — zwar nicht ausschließlichen, aber doch — überwiegenden Einfluß, da er nach § 91 „vorzüglich" berechtigt ist, das Hauswesen zu leiten.[17]) Unser Gesetz steht also dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuche nahe, das dem Manne „die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten" überläßt, mit dem selbstverständlichen Vorbehalte, daß die Frau nicht an Entscheidungen gebunden ist, die sich als Mißbrauch des ehemännlichen Rechtes darstellen (§ 1354 DBGB.).

Wie weit sich die Macht des Familienhauptes erstreckt und wer eigentlich das Haupt der Familie ist, das hängt übrigens weniger vom Gesetze als von der Sitte und weniger von der Sitte als von der persönlichen und wirtschaftlichen Überlegenheit ab.[18])

Die *Handlungsfähigkeit* der Frau wird durch die Ehe kaum berührt. Bei der Kindesannahme trifft die gleiche Beschränkung (§ 180)

---

§ 161: Die meisten Naturrechtslehrer geben keine Oberherrschaft in der Ehe zu.

[10]) A. M. *Krainz*, v. *Anders* a. a. O., *Krasnopolski* a. a. O.

[11]) Vgl. KasslhE. v. 16. Mai 1904 Nr. 2960.

[12]) ErlBem. (1910) S. 224.

[13]) Ebenso WestgGB. (I 3 § 62). Vgl. auch Art. 160 Schweiz. ZGB.: „Haupt der Gemeinschaft".

[14]) *Ofner*, Prot. I S. 721.

[15]) v. *Schey*, OblVerh. S. 468.

[16]) Nach der Meinung Napoleons ist der Mann berechtigt, zu seiner Frau zu sprechen: „Madame, Sie werden nicht ausgehen! Madame, Sie werden nicht ins Theater gehen! Madame, Sie werden mit dieser oder jener Person nicht verkehren!" *Planiol*, Droit civil I 923.

[17]) Recht des Mannes, ein großjähriges, selbsterhaltungsfähiges Kind auch gegen den Willen der Frau aus dem Hause zu weisen: Entsch. Slg. XIV Nr. 5369.

[18]) *Tatsächlich* besteht die ehemännliche Gewalt in manchen Volkskreisen noch in voller Stärke. So — nach dem Zeugnisse des Kreisgerichtes Suczawa (KasslhE. Nr. 3377) — bei der Landbevölkerung in der Bukowina. „Auf dem Lande gelte die patria potestas in ihrer potenziertesten Strenge

beide Ehegatten. Bei der Übernahme einer Vormundschaft (§ 193) steht die „notwendige Entschuldigung", nicht eigentlich die Geschäftsfähigkeit in Frage.[19]) Verträge kann die Frau eigenmächtig gültig schließen, auch wenn sie sich dadurch zu persönlichen Leistungen verpflichtet (wie z. B. durch Bühnenverträge); der Mann kann solche Verträge nicht kündigen.[20]) Dagegen kennt unser Handelsrecht noch eine vom deutschen Handelsgesetzbuche beseitigte[21]) Beschränkung: „Eine Ehefrau kann ohne Einwilligung ihres Ehemannes nicht Handelsfrau sein" (Art. 7 HGB.). Aber ein Ausspruch des Richters kann die mangelnde Einwilligung des Mannes ersetzen (§ 6 EinfG. zum HGB.). Diese Bestimmungen hängen mit der — vom deutschen Handelsgesetzbuche gleichfalls beseitigten — Beschränkung der Rechte des Ehemannes der Handelsfrau zusammen. Ihren Handelsgläubigern haftet nämlich gemäß Art. 8 HGB. das ganze Vermögen ohne Rücksicht auf die ehelichen Güterrechte des Mannes. Der Mann haftet ihnen mit dem Heiratsgute, selbst wenn es in Liegenschaften besteht, die gemäß § 1228 in sein bücherliches Eigentum übergegangen sind, und mit dem gemeinschaftlichen Vermögen auch im Falle der besonderen Gütergemeinschaft, wo sonst nach § 1235 nur diejenigen Passiven gemeinsam sind, die zum Nutzen dieses Vermögens verwendet worden sind. Betreibt die Frau ein Handelsgewerbe eigenmächtig, so ist sie nicht „Handelsfrau", sie hat also nicht die Rechte und Pflichten eines Kaufmannes (Art. 6 HGB.), auch bleiben die Rechte des Ehemannes (Art. 8) unberührt. Die Verpflichtungsfähigkeit der Frau wird jedoch durch Art. 7 nicht eingeschränkt, sie kann sich also der Haftung gegenüber den Gläubigern nicht dadurch entziehen, daß sie sich auf die mangelnde Einwilligung des Mannes beruft.[22])

III. Das Gesetz kennt gemeinschaftliche Rechte und Verbindlichkeiten der Ehegatten (§ 90), dann besondere des Ehemannes (§ 91) und besondere der Ehegattin (§ 92). Verletzt ein Gatte seine Pflichten, so kann der andere den Richter anrufen, was sich allerdings nur in Ausnahmsfällen als zweckmäßig erweisen wird. Der Richter untersucht den Fall im Verfahren außer Streitsachen, bemüht sich, Frieden zu

und der Wille des Hausherrn dulde keinen Widerspruch, am wenigsten von Seite des ihm in sklavischer Ergebenheit unterwürfigen Weibes, das in den Händen ihres Ehemannes zum Werkzeuge wird, beraubt des letzen Restes eigenen Willens." Vgl. Ehrenzweig, Gutachten S. 27.

[19]) Die Frau ist Vormund, bis sie entlassen wird (vgl. § 255).

[20]) Ein Kündigungsrecht gibt ihm das DBGB. § 1358, vgl. hiezu Motive 4, 110, Opet in der DJZ. 1915 Sp. 1215, Hörle a. a. O. S. 149.

[21]) Glitsch in Ehrenbergs Handb. 2, 160. Vgl. zum folgenden besonders Staub-Pisko, Komm. I S. 32 ff.

[22]) Entsch. AdlCl. IX Nr. 1521. Durch die Gewerbenovelle von 1883 ist Art. 7 HGB. nicht aufgehoben worden. Vgl. Wien, Einige Bemerkungen zum Art. 7 HGB. in der GH. 1895 Nr. 52, Freund ebda. Nr. 24, Ungenannter ebda. Nr. 29, Staub-Pisko I S. 27 Note 7, Randa, Handelsrecht I S. 71, v. Komorzynski StWB. II S. 631; Kulisch, Österr. Gewerberecht 2. Aufl. I S. 304; a. M. Heilinger GH. 1896 Nr. 23, 26.

stiften, ermahnt den Pflichtvergessenen[23]), erläßt Verfügungen[24]) oder stellt fest, daß er nicht helfen kann.

1. Beide Teile (§ 90) haben die gleiche Verbindlichkeit zur ehelichen Pflicht. In dieser Hinsicht ist gewiß jeder Zwang ausgeschlossen.[25]) Der Anspruch auf Treue[25a]) ist strafgesetzlich geschützt. Unter „anständiger Begegnung" will Zeiller[26]) nur die Vermeidung eines die Ehre oder zugleich die körperliche Sicherheit des Gatten verletzenden äußeren Betragens verstehen. Aber dazu ist man gegenüber jedermann verpflichtet. Es ist vielmehr eine der rechten ehelichen Gesinnung entsprechende Behandlung gemeint.

2. Die Verpflichtung zu gegenseitigem Beistande (§ 44) betrifft vor allem Handlungen (Arbeiten, Pflege, Rat u. dgl.), aber auch sachliche Opfer. Die Unterhaltspflicht des Mannes reicht über die Beistandspflicht hinaus; eine sehr beschränkte Unterhaltspflicht der Frau kann dagegen nur aus der Beistandspflicht abgeleitet werden. Nach dem Gesetze (§ 92) ist sie verpflichtet, dem Manne in der Haushaltung und Erwerbung nach Kräften beizustehen.[27]) Sie kann sich daher vom Manne für die Dienste, die sie im Hause leistet, einen Lohn nicht bedingen;[28]) jedes dafür bedungene oder geleistete Entgelt müßte als Schenkung behandelt werden.

3. Die Ehegatten sind zur Hausgemeinschaft verpflichtet (§ 92).[29]) Den Aufenthaltsort und die Wohnung bestimmt der Mann.[30]) Die Folgepflicht der Frau entfällt, wenn der Mann nicht im stande ist, ihr ein erträgliches Heim zu beschaffen, wenn sie, weil der Mann sie nicht erhalten kann, genötigt ist, anderwärts — etwa bei ihren Eltern oder an einem Orte, wo sie sich selbst fortbringen kann — zu wohnen[31]) oder

[23]) Vgl. über den zweifelhaften Wert des nach Art. 169 Schweiz. ZGB. dem Richter obliegenden „pastoralen Mahnverfahrens" Gmür, Komm. II S. 279.

[24]) Über die Herstellung oder die einstweilige Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, über den Unterhalt u. dgl. Rintelen, Verf. außer Streitsachen § 64. Auch pflegschaftsbehördliche Verfügungen über die Erziehung der Kinder können am Platze sein. Den Haushalt im einzelnen zu regeln ist nicht Aufgabe des Richters.

[25]) Rittner, Eherecht S. 310 und JBl. 1881 Nr. 6, 7, Bartsch S. 397 f., Karplus JBl. 1902 Nr. 11, Till 5, 137 (nach Zoll in der GZ. 1907 Nr. 52, daselbst auch über die angebliche Wirksamkeit des pactum de non coeundo), Ott in Grünhuts Zeitschr. 30, 318, v. Anders, Grundriß S. 26; a. M. Stubenrauch 8. Aufl. I S. 164 Note 3.

[25a]) Entsch. v. 30. Jan. 1917 GH. 1917 Nr. 9 (unverzichtbar). Doch vgl. § 254 StGEntw.

[26]) Komm. zu § 90.

[27]) Armin, Der Mann im wirtschaftlichen Leben der Ehe JBl. 1907 Nr. 4. Vgl. auch oben § 392 bei Note 60.

[28]) Entsch. Peitler 2. Aufl. Nr. 22, vgl. auch oben § 373 Note 13.

[29]) Vorausgesetzt, daß sie überhaupt möglich und zulässig ist, also nicht bei Militärmannschaftsehen zweiter Klasse, auch nicht im Falle der Freiheitsstrafe. v. Anders S. 27. Durch Vereinbarung kann diese Verpflichtung nicht ausgeschlossen werden. Entsch. Slg. X Nr. 3797.

[30]) Vgl. z. B. Entsch. Slg. V Nr. 1725. § 1354 DBGB., Art. 160 Schweiz. ZGB., Art. 214 Code civil.

[31]) Entsch. Slg. Nr. 9427 (die Frau muß nicht „bei dem erwerblosen Gatten hungern oder mit ihm von den Wohl-

wenn ihr das Zusammenleben aus anderen triftigen Gründen nicht zugemutet werden kann.[32]) Dagegen beschränkt sich die Folgepflicht keineswegs bloß auf das Inland.[33]) Selbst im Falle der Landesverweisung wird die Frau in der Regel dem Manne folgen müssen.[34]) Nach der Praxis kann der Mann im Verfahren außer Streitsachen die Frau, die ihn ohne triftigen Grund verlassen hat, zur Rückkehr zwingen.[35]) Doch ist diese Praxis wenig zweckmäßig, weil die mit Gewalt zurückgeführte oder durch Strafen zur Rückkehr gezwungene Frau den Mann entweder sofort wieder verläßt oder sich bemüht, ihm das Zusammenleben unerträglich zu machen. Auch gegen den Mann wird Zwang geübt, wenn er sich weigert, die Frau in die Hausgemeinschaft aufzunehmen.[36]) Der Erfolg ist hier nicht minder zweifelhaft.[37]) Bei weitem wirksamer ist zumeist der Druck der wirtschaftlichen Verhältnisse. Der Mann, der die Frau nicht aufnehmen will, muß ihr den standesgemäßen Unterhalt in Gestalt einer Geldrente leisten; die Frau, die sich dem Manne ohne Grund fernhält, kann von ihm keinen Unterhalt verlangen. Auch kann die eigenmächtige Trennung Schadenersatzansprüche begründen.

4. Der Mann ist verpflichtet, die Frau „in allen Vorfällen zu vertreten"[38]), also nicht nur, wenn sie abwesend oder sonst verhindert ist. Aber die Frau kann auch selbst handeln oder sich durch einen andern Machthaber vertreten lassen.[39]) Zwar pflegt man den Mann als gesetzlichen Vertreter der Frau zu bezeichnen (§§ 1034, 1238), aber seine Vertretungsbefugnis reicht nur so weit (§ 1029), als ihm die Frau

taten dritter Personen leben") Nr. 9561, Nr. 11.273, X Nr. 3942.

[32]) Z. B. weil der Mann in der ehelichen Wohnung eine Beischläferin hält, von der er sich nicht trennen will: Entsch. v. 29. Mai 1914 GZ. 1915 Nr. 20.

[33]) Entsch. Slg. X Nr. 3942.

[34]) Rittner S. 313 Note 9; a. M. Stubenrauch 8. Aufl. I S. 166 Note 2.

[35]) Entsch. des Kultusministeriums v. 1. März 1868 Z. 825 (VerwZ. 1868 Nr. 20), Entsch. Slg. Nr. 4386, 7366, 7736, 11.669 u. a. H. Bartsch, Verfahren in Ehesachen S. 377, Karplus in den JWl. 1902 Nr. 11, Bettelheim NotZ. 1902 Nr. 50, v. Neumann-Ettenreich S. 69; abweichend ältere Entscheidungen (Nr. 2869, 6721, 7348, z. T. auch noch 13.706) v. Anders, FamR. S. 70, Ott, Rechtsfürsorgeverfahren S. 97.

[36]) Entsch. Slg. I Nr. 208 (dazu Nr. 340), VIII Nr. 3251, XI Nr. 4323, XIV Nr. 5445. Den Prozeßweg läßt zu Entsch. Slg. III Nr. 1078. Nötigung der Frau, den Mann in die von ihr gemietete Wohnung aufzunehmen: Entsch. Slg. Nr. 1363. Anspruch der Frau auf Rückkehr des Mannes in die gemeinsame Wohnung: Entsch. v. 8. April 1913 JWl. 1915 Nr. 29.

[37]) Auch die französische Praxis schreckt vor der Erzwingung der Gemeinschaft nicht zurück. Planiol I 895. Das deutsche Recht kennt eine Klage auf „Herstellung des ehelichen Lebens". Das Urteil ist aber nicht vollstreckbar. § 888 DZPO. Hörle a. a. O. S. 173, Gauß, Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens 1910. Auch nach schweizerischem Rechte ist zwar eine richterliche Aufforderung, aber kein Zwang statthaft. Gmür, Komm. II S. 245.

[38]) Einige zweifelhafte Fragen der Prozeßgesetze in der GH. 1898 Nr. 10. E. Prochaska, Die Vertretungsbefugnis des Ehegatten in Rechtsstritten seiner Frau NotZ. 1913 Nr. 52.

[39]) Harrasowsky, Entw. Martinis S. 27 Note 4, Ofner, Prot. I S. 72 f.

oder — bis auf ihren Widerruf — das Gesetz (§ 1238) die Besorgung ihrer Angelegenheiten überlassen hat.[40]) Ebenso ist die Schlüsselgewalt, derzufolge die Frau den Mann vertritt, nur aus der Führung der Wirtschaft abzuleiten (oben § 123, III).[41]) Für die vom Manne oder von der Frau in Vertretung des Mannes für den gemeinsamen Haushalt eingegangenen Verbindlichkeiten haftet nur der Mann.[42]) Nach schweizerischem Rechte (Art. 2073 GB.) haftet die Frau für dergleichen Verbindlichkeiten wenigstens dann, wenn der Mann nicht zahlungsfähig ist. Das ist für die Frau gefährlich.[43]) Der entgegengesetzte Grundsatz unseres Rechtes ermöglicht es freilich den Gatten, die für den Haushalt liefernden Geschäftsleute oft recht empfindlich zu schädigen.[44])

II. Das eheliche Güterrecht.[1])

§ 435.

Einleitung: Ehepakten und gesetzlicher Güterstand.

I. Die Wirtschaftsordnung hat es nicht wie die Rechtsordnung mit einzelnen, sondern mit Familien zu tun. Diese sind die wirtschaftlichen Einheiten. Innerhalb der Familie hat der Unterschied zwischen Mein und Dein unter normalen Verhältnissen geringe Bedeutung. Die Frage, ob irgend ein während der Ehe für den Haushalt angeschaffter Gegenstand dem Manne oder der Frau oder beiden gehört, ist um so schwerer zu lösen, je gleichgültiger sie im Augenblick des Erwerbes den Beteiligten ist. Aber hinterher nötigen bald Zwangsvollstreckung oder Konkurs, bald

40) Entsch. Slg. X Nr. 4047, XV Nr. 6119, XVI Nr. 6556, 6644, 6677; anders Entsch. Slg. Nr. 5015, Krasnopolski S. 86 f.

41) Entsch. Slg. IX Nr. 3590, v. Neumann-Ettenreich S. 84.

42) Wohnungsmiete: Entsch. Slg. XVI Nr. 6677 (anders ebda. Nr. 6246). Neubauer, Einige ehegüterrechtliche Fragen GH. 1907 Nr. 50.

43) Gmür II S. 493.

44) Vgl. H. Klang, Exzindierungstypen (1915) S. 16.

1) Winiwarter in Rosbierskis Annalen 1812 S. 16 ff., Scheidlein, Miszellen 1821 Heft 3, Nippel, Darstellung der Rechte der Ehegatten in Beziehung auf ihr Vermögen 1824, Ogonowski, Österreichisches Ehegüterrecht I (einziger) Bd. 1880, v. Anders, FamR. §§ 22 ff., Grundriß §§ 25 ff., Krasnopolski, Lehrb. IV §§ 26 ff., M. Reich, Das Ehegüterrecht in den deutschen Teilen von Steiermark, Kärnten und Krain Festschr. 1811 I S. 361 ff. — Deutsches Recht: Neustadt, Das Eherecht 1910 S. 354 ff. Geschichtliches: Siegel, Das Güterrecht der Ehegatten im Stiftslande Salzburg 1882, Czyhlarz, Zur Geschichte des ehelichen Güterrechtes im böhmisch-mährischen Landrecht 1883, v. Czyhlarz, Ehe und eheliches Güterrecht der Römer mit Bezug auf die heutigen Verhältnisse (Vortrag) in der JBJSchr. 1893 S. 49 ff., v. Voltelini, Zur Geschichte des ehelichen Güterrechtes in Tirol 1898, Bartsch, Eheliches Güterrecht im Erzherzogtum Österreich 1905, Derš., Das eheliche Güterrecht in der Summa Raymunds von Wiener-Neustadt 1912, Hradil, Untersuchungen zur spätmittelalterlichen Ehegüterrechtsbildung. I. Das Heiratsgut 1908. — D. Ullmann, Die Stellung der Ehegatten im Konkurse Grünhuts Zeitschr. 4, 91. — Reformfragen: Kafka in der GZ. 1908 Nr. 50.

Scheidung oder Trennung und schließlich der Tod dazu, den Rechtskreis des Mannes von dem der Frau abzugrenzen. Im Hinblicke auf solche Ereignisse, nicht um — wie sonst bei Verträgen, z. B. über Gesellschaftsverhältnisse — die gegenwärtigen Beziehungen zu ordnen, werden die güterrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten in den Ehepakten in oft recht künstlicher und den Gatten selbst schwer verständlicher Weise geregelt, und eben jene Ereignisse hat auch der Gesetzgeber im Auge, wenn er den ohne Ehepakten geltenden Güterstand festsetzt. Nicht nur die Ehepakten, sondern auch die gesetzlichen Güterstände der verschiedenen Staaten bieten darum, trotz der im wesentlichen gleichen Auffassung der Ehe, ein merkwürdig buntes Bild. Gesetzlich gilt bald Gütertrennung, bald Güterverbindung, bald Gütergemeinschaft in mancherlei Spielarten und Übergangsformen. Bei der Gütertrennung ist das Frauengut dem Manne ganz entzogen, bei der Güterverbindung[2]) wird es ihm zur Nutznießung überlassen, bei der Gütergemeinschaft vereinigen sich die Vermögen beider Ehegatten. Die Gütertrennung gilt als gesetzlicher Güterstand in Österreich, England, Italien, Rumänien, Rußland. Doch nähert sich die österreichische Gütertrennung der Güterverbindung insofern, als der Mann, solange die Frau nicht widerspricht, das Frauengut rechnungsfrei verwaltet. Güterverbindung gilt im Deutschen Reiche, in der Schweiz, in Polen. In der Schweiz ist mit ihr eine Art Errungenschaftsgemeinschaft auf den Todesfall verknüpft, da die Frau nach dem Tode des Mannes ein Drittel des „Vorschlages" (Zugewinnstes) erhält. Allgemeine Gütergemeinschaft gilt in den Niederlanden, in Dänemark, Norwegen und Portugal. In Frankreich und Schweden umfaßt die gesetzliche Gütergemeinschaft Errungenschaft und Fahrnis. Die bloße Errungenschaftsgemeinschaft haben Spanien und der ungarische Entwurf.

Vertrag oder Gesetz können der Güterverbindung oder der Gütergemeinschaft gewisse Gegenstände als Vorbehaltsgut entziehen; insoweit gilt dann Gütertrennung. Umgekehrt kann im System der Gütertrennung die Frau dem Manne ein bestimmtes Gut (aber auch ihr ganzes gegenwärtiges Vermögen) zur Nutznießung während der Dauer der Ehe als Heiratsgut überlassen. Insoweit gilt dann eine Art Güterverbindung. Was die Frau nicht als Heiratsgut widmet, bleibt ihr freies Vermögen. Der wichtigste Unterschied zwischen dem deutschen System der Verwaltung und Nutznießung des Mannes (Güterverbindung) und unserem Heiratsgutsystem besteht gerade darin, daß dort das Vorbehaltsgut, hier das Heiratsgut besonderer Festsetzung bedarf. Das Heiratsgutsystem ist deshalb kein gesetzlicher Güterstand, es setzt die Abschließung von Ehepakten voraus. Wird das Heiratsgut Eigentum des Mannes, wie z. B. immer, wenn es in barem Gelde besteht, dann nähert sich der Güterstand mehr dem Dotalsystem des römischen Rechtes als dem System der Güterverbindung.

[2]) „Güterstand der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung", oft (nach R. Schröder) als „Verwaltungsgemeinschaft" bezeichnet. Den Ausdruck „Güterverbindung" hat das Schweiz. ZGB. gewählt.

II. Als gesetzlichen Güterstand erklärt § 1237 die Gütertrennung, indem er sagt: „Haben Eheleute über die Verwendung ihres Vermögens keine besondere Übereinkunft getroffen, so behält jeder Gatte sein voriges Eigentumsrecht, und auf das, was ein jeder Teil während der Ehe erwirbt und auf was immer für eine Art überkommt, hat der andere keinen Anspruch." Unter den Vertragsgüterständen sind das System des Heiratsgutes mit Widerlage und das der allgemeinen Gütergemeinschaft unter Lebenden die wichtigsten. Beide sind beim Bauernstande seit Jahrhunderten üblich, und zwar so, daß in manchen Gebieten das eine, in anderen das andere beinahe ausschließlich herrscht. Dazwischen liegt ein Grenzgebiet, in dem die Wahl bei jeder einzelnen Ehe getroffen wird.[3]) Wo das Heiratsgutsystem herrscht, ist meistens der Mann Alleineigentümer des Bauerngutes. Er erhält ein Heiratsgut, das gewöhnlich in Geld oder Geldeswert besteht, und widerlegt es mit einer Summe, die ebenso hoch oder geringer oder größer ist, je nach dem herrschenden Brauche. Das Heiratsgut, die Widerlage, vielleicht auch nach alter Sitte eine Morgengabe werden hypothekarisch sichergestellt. Nach dem Tode des Mannes geht der Hof nicht auf die Frau, sondern auf die Kinder über. Sind sie noch zu jung, so wird eine Zwischenwirtschaft der Frau und ihres zweiten Mannes nötig, die das Gut leicht schädigen kann. Anders bei der allgemeinen Gütergemeinschaft, die in einigen Gegenden so, wie es das Gesetz will, bloß auf den Todesfall geschlossen wird, in weiten Gebieten aber regelmäßig schon mit der Eheschließung beginnt. Hier erlangt der einheiratende Gatte für das zugebrachte Kapital das Miteigentum am Hofe. Nach dem Tode des einen übernimmt der andere, wenn er die Wirtschaft fortführen (nicht einem Kinde übergeben) will, das ganze Gut kraft Aufgriffsrechtes und die Kinder werden in Geld abgefunden. Da nun der überlebende Gatte oft wieder heiratet und das Gut in die neu begründete Gütergemeinschaft einbringt, kann den Kindern der ersten Ehe der elterliche Hof leicht dauernd entgehen. Vom volkswirtschaftlichen Standpunkte ist jedoch dieses System das günstigste.

III. Das Gesetz bezeichnet die güterrechtlichen Verträge der Ehegatten[4]) als Ehepakten, nicht — wie das deutsche bürgerliche Gesetzbuch — als Eheverträge, weil es im § 44 die Eheschließung selbst Ehevertrag nennt. Ehepakten sind nach § 1217[5]) „diejenigen Verträge, welche in Absicht auf die eheliche Verbindung über das Vermögen geschlossen werden". Die Ehepakten regeln die vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten, so wie sie sich während der Ehe und bei ihrer Auflösung gestalten sollen. Auch die vertragsmäßige Ordnung des Gattenerbrechtes fällt in ihren Bereich.[6]) Der Umstand allein, daß ein Vertrag, z. B. ein

[3]) M. Reich a. a. O. S. 365 f. Vgl. auch Platte, Einige Worte über bäuerliche Ehepakte NotZ. 1889 Nr. 12, Dazu J. B. ebda. Nr. 14, Platte Nr. 17, P. Nr. 18.

[4]) Neubecker, Der Ehe- und Erbvertrag im internationalen Verkehr 1914.

[5]) Pfaff, Zur Entstehungsgeschichte der Marginalrubriken S. 92 Note 259.

[6]) Das anerkennt Neubecker a. a. O. S. 37 als einen Vorzug des öster-

Kaufvertrag, anläßlich der Ehe geschlossen wird oder daß seine Wirksamkeit vom Zustandekommen der Ehe abhängig gemacht wird, macht ihn noch nicht zum Ehepakt; anders wenn es sich dabei um ein Scheingeschäft handelt, das in Wahrheit die Regelung der ehegüterrechtlichen Verhältnisse bezweckt. So Judikat vom 10. Januar 1905, Nr. 166.[7])

1. Als vertragschließende Teile können die Ehegatten, aber auch dritte Personen auftreten.

a) Der Ehepakt ist ein „Gattenvertrag"[8]), wenn ihn die Gatten abschließen oder in ihrem Namen gesetzliche Vertreter oder Bevollmächtigte.[8a]) Nur die Gatten werden durch solche Ehepakten berechtigt und verpflichtet.

b) Ein Dritter, der Ehegut aus seinem Vermögen widmet, kann einen Ehepakt zu Gunsten (nicht: im Namen) des einen Gatten mit dem andern abschließen, um das rechtliche Schicksal der Zuwendung und die Gegenleistungen vertragsmäßig zu regeln (§ 1218: „für sie"). Der Widmende (Beschwerte, Promissar, oben § 319) ist gewöhnlich der Vater, die Mutter oder ein anderer Angehöriger des begünstigten Gatten. Deshalb stellt man derlei Verträge als „Sippenverträge" den Gattenverträgen gegenüber.[9]) Bezeichnet man das für den einen Gatten dem andern Versprochene oder Gegebene — ohne Rücksicht auf den Güterstand — als „Mitgift"[10]), so erscheinen alle diese Verträge als Mitgiftverträge.[11]) Heiratsgutverträge sind sie nur dann, wenn eben vereinbart wird, daß die Mitgift Heiratsgut sein solle. Aber Ehepakten sind sie in jedem Falle (§ 1217).

Hingegen sind keine Ehepakten die Ausstattungsverträge[12]), kraft deren einem Ehegatten sein Vater oder ein anderer Angehöriger eine Ausstattung gibt oder verspricht, ohne daß der andere Gatte an dem Vertrage teilnähme oder daraus ein Recht erwürbe. Das Gesetz unterscheidet im § 1231 ganz richtig zwischen der Ausstattung, die die Eltern dem Bräutigam gewähren, und der Widerlage, zu der diese Ausstattung durch einen besonderen Vertrag möglicherweise verwendet wird. Nur dieser zweite Vertrag ist ein Ehepakt. Hingegen nennt das Gesetz die elterliche Zuwendung an die Tochter (§ 1222) Heiratsgut, also geradeso, wie die in den Ehepakten dem Manne versprochene Leistung (§ 1218). Das Wort Heiratsgut ist also zweideutig, genau so wie das Wort dos im römischen oder das Wort dot im französischen Rechte.[13]) Die Unterscheidung zwischen Dotierung (Ausstattung, Vorhilfe) und Dosbestellung (Heiratsgut im

reichischen Rechtes. Vgl. auch Felzmann, Über die entgeltliche Natur mehrfacher, erst beim Tode eines Ehegatten ins Leben tretender Ehepaktsbestimmungen NotZ. 1894 Nr. 22.

[7]) Slg. VIII Nr. 2919. M. Reich NotHandb. (1907) S. 318 ff.

[8]) Neubecker a. a. O. S. 13.

[8a]) Über den Abschluß durch Bevollmächtigte vgl. Chr. Weinmann NotZ. 1916 Nr. 19.

[9]) Neubecker a. a. O.

[10]) Neubecker, Die Mitgift in rechtsvergleichender Darstellung 1909 (österreichisches Recht: S. 85 ff.).

[11]) Neubecker, Die Mitgift § 21.

[12]) Neubecker a. a. O. § 20.

[13]) Neubecker, Die Mitgift S. 120.

engeren Sinne) ist aber gewiß „keine müßige Spielerei“ [14]), so sehr auch die ältere Praxis geneigt war, diese Unterscheidung zu übersehen und den für die Ehepakten geltenden Notariatszwang auf bloße Ausstattungsverträge auszudehnen. Verträge, die nur die Dotierung (Ausstattung) betreffen, sind keine Ehepakten. Damit, daß der Vater seiner Tochter ein „Heiratsgut“ übergibt oder zusichert, ist noch kein Ehepakt zu stande gekommen. Die Tochter kann ledig bleiben, sie kann im Falle ihrer Verehelichung die empfangene Ausstattung als freies Vermögen behalten oder in die Gütergemeinschaft einbringen usw. Erst die hierüber mit dem Manne getroffene Vereinbarung regelt die gegenseitigen Vermögensverhältnisse der Ehegatten und ist daher als Ehepakt zu behandeln.[15]) Das ist anders, wenn der Vater die Zuwendung unmittelbar dem andern Gatten verspricht.

Daß ein Dritter dem Manne ein Heiratsgut, der Frau eine Widerlage versprechen kann, ist im Gesetze (§§ 1218, 1230) ausdrücklich gesagt. Allein es besteht kein Grund, die Verbindlichkeit der Mitgiftverträge oder ihre Behandlung als Ehepakten auf einen bestimmten Güterstand zu beschränken.[15a]) Selbst die mit dem Bräutigam (nicht bloß mit der Tochter) getroffene Vereinbarung, der Tochter ein freies Vermögen in die Ehe mitzugeben, ist als ein verbindlicher Ehepakt anzuerkennen.[15b]) Auch an der Erfüllung eines solchen, bloß zu Gunsten der Tochter geschlossenen Vertrages wird dem Manne gelegen sein und der Tochter kann es nur zum Vorteile gereichen, daß ihr Mann den Anspruch im eigenen Namen durchsetzen kann und daß sie nicht einmal das Recht hat, ihn daran zu hindern.

2. Die Gültigkeit von Ehepakten ist nach § 1 a Ges. vom 25. Juli 1871, Nr. 76, im Geltungsgebiete dieses Gesetzes[16]) durch die Aufnahme eines Notariatsaktes bedingt. Das Gesetz wollte vor allem verhindern, daß Ehepakten zum Nachteile der Gläubiger erdichtet oder vordatiert werden. Das war damals um so notwendiger, als die Gläubiger des Anfechtungsrechtes noch (bis 1884) entbehrten. Außerdem wurde darauf

[14]) Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 455 Note 5.

[15]) Judikat Nr. 239 v. 9. Nov. 1915 OG. Nr. 1671: „Das gegenüber der Tochter oder Enkelin abgegebene und von ihr angenommene Versprechen der Eltern oder Großeltern, ihr zum Zwecke der Bestellung eines Heiratsgutes ein bestimmtes Vermögen zuzuwenden, ist kein Ehepakt.“ Ebenso Judikat Nr. 240 vom selben Tage OG. Nr. 1672 über die Ausstattung des Sohnes oder Enkels. Aus der älteren Rechtsprechung unrichtig Entsch. Slg. Nr. 12.231, 12.258, 12.779, 15.095, V Nr. 1801, 1888, ferner bezüglich der Ausstattung des Sohnes Nr. 14.296, 15.304, I Nr. 333, VII Nr. 2786, IX Nr. 3357 — richtig Nr. 7650, 10.036, 10.329, X Nr. 3794, XIV Nr. 5591, DiszEntsch. v. 9. Febr. 1905 in der GH. 1905 Nr. 30. Vgl. Bežek in der NotZ. 1902 Nr. 11, Roztočil ebda. 1886 Nr. 19, 20, 1892, Nr. 52, 1896, Nr. 19, 1899 Nr. 34—38, 1900 Nr. 32, 33, Blumenfeld, Notariatszwang bei einem Dotalversprechen an die Brauteltern in den JBl. 1886 Nr. 26.

[15a]) Dies wollen die Gründe des Judikates Nr. 166, indem sie erklären, „daß unter Ehepakten — den Fall der Bestellung des Heiratsgutes, bzw. der Widerlage ausgenommen — bloß bestimmte Verträge der Brautleute, bzw. der Ehegatten zu verstehen sind.“

[15b]) Neubecker a. a. O. S. 249.

[16]) Oben § 314 Note 4.

hingewiesen, daß die Mitwirkung des rechtskundigen Notars bei so wichtigen Geschäften auch dem eigenen Interesse der Ehegatten diene und daß dadurch zugleich die Aufbewahrung der Urkunde gesichert sei.[17]) Der Notariatszwang gilt nicht nur für die Errichtung, sondern auch für die Änderung[18]) und Aufhebung[19]) von Ehepakten. Nur wenn güterrechtliche Verhältnisse durch gerichtlichen Vergleich geordnet werden, entfällt der Notariatsakt.[20]) Ob der Notariatsakt durch Übergabe der versprochenen Zuwendung ersetzt werde, ist streitig.[21]) Der Gesetzesgrund (Schutz der Ehegatten und ihrer Gläubiger) und der Zusammenhang des Gesetzes legen es nahe, in dieser Hinsicht zwischen Gattenverträgen und Sippenverträgen zu unterscheiden. Bei den zwischen Ehegatten geschlossenen Ehepakten ist ebenso wie bei den zwischen ihnen geschlossenen Kauf- und Tauschverträgen usf. (§ 1 b) der Notariatsakt schlechthin unentbehrlich. Übergibt also die Frau dem Manne ohne Notariatsakt ein Heiratsgut, so bleibt es bei dem gesetzlichen Güterstande, das Heiratsgut ist kein Heiratsgut, sondern ein gemäß §§ 1238, 1239 dem Manne zur rechnungsfreien Verwendung der Nutzungen bis auf Widerruf anvertrautes Frauengut. Das ist für die Gläubiger des Mannes kein Vorteil, aber es schädigt wenigstens die Frau nicht. Anders beim Sippenvertrage. Hat der Vater der Frau dem Ehemanne die versprochene Mitgift wirklich übergeben[22]), so würde es dem Schutzzwecke des Gesetzes nach jeder Richtung hin zuwiderlaufen[23]), ihm die Rückforderung wegen Ungültigkeit des Rechtsgrundes (oben § 415, V) zu gestatten.

[17]) Vortrag des Ministers zur NotO. v. 1850 (Beilagenheft zum RGBl. 1850 S. 248), Kaserer GZ. 1871 Nr. 91, Derš., Mat. XLIII S. 13.

[18]) Sicherstellung: Entsch. Slg. VII Nr. 2774. Roztočil, Auch Verträge über die Sicherstellung des Heiratsgutes sind notariell zu errichten NotZ. 1897 Nr. 8 (dazu V. L. ebda. Nr. 10).

[19]) Entsch. Slg. II Nr. 473, 791, XI Nr. 4376.

[20]) Gerichtlicher Vergleich anläßlich der Scheidung: Entsch. Slg. V Nr. 2102. v. Neumann-Ettenreich S. 92, Eisinger NotZ. 1909 Nr. 25. Anders Fernbach ebda. Nr. 28, der einen solchen Vergleich nur als Vorvertrag gelten lassen will.

[21]) Dafür: Entsch. Slg. Nr. 14.720, 14.935, I Nr. 207, XI Nr. 4102, Entsch. v. 9. Dez. 1914 NotZ. 1915 Nr. 33 und v. 18. April 1916 JBl. 1916 Nr. 34, Ullmann in Grünhuts Zeitschr. 4, 122, v. Anders, FamR. 112, Stubenrauch 8. Aufl. II S. 517 Note 2, Krasnopolski, Lehrbuch IV S. 156. — Dagegen: Entsch. Slg. Nr. 10.397, V Nr. 1845, Entsch. v. 2. März 1916 GZ. 1916 Nr. 37, Ogonowski S. 195 ff., Menzel, AnfR. S. 133, Krasnopolski in Grünhuts Zeitschr. 15, 109, Neubecker, Mitgift S. 86, Staub-Pisko, Komm. I S. 39. Vgl. auch Leipen, Welche Rechte stehen der Ehefrau im Konkurse des Ehemannes aus einem ohne Beobachtung der Förmlichkeit bestellten Heiratsgut oder gewährten Darlehen zu? in der JWSchr. 1891 S. 177 f., Kind, Welche rechtliche Bedeutung hat die Hingabe eines Objektes als Heiratsgut ohne Ausfertigung eines Notariatsaktes in den Prager Mitt. 1884 S. 19 ff.

[22]) Außerbücherliche Übergabe einer Liegenschaft genügt nicht: Entsch. Slg. V Nr. 1845; auch nicht Neuerung: Entsch. Slg. XI Nr. 4099; ebensowenig ein Wechselakzept: Entsch. Slg. XI Nr. 4062, Entsch. v. 26. März 1914 NotZ. 1914 Nr. 46, R. in der NotZ. 1891 Nr. 15 (dagegen aber Entsch. Slg. VII Nr. 2590).

[23]) Vgl. Neubecker, Mitgift S. 88:

3. Alle Ehepakten setzen das wirkliche Bestehen der Ehe voraus (§ 1265). Gleichwohl können sie schon vorher abgeschlossen werden, werden aber dann erst mit der Eheschließung wirksam (HfD. vom 25. Juni 1817, JGS. Nr. 1340). Das hindert nicht, daß die aus den Ehepakten entspringenden Rechte schon vor dem Eintritte dieser Bedingung grundbücherlich (als bedingte Rechte) eingetragen werden.[24])

IV. Aus den unter III angegebenen Gründen verlangt das Notariatszwangsgesetz (§ 1 b) einen Notariatsakt bei sonstiger Ungültigkeit auch für „zwischen Ehegatten geschlossene Kauf-, Tausch-, Renten- und Darlehensverträge und Schuldbekenntnisse, welche von einem Ehegatten dem andern abgegeben werden".[25]) Das gilt trotz Art. 317 HGB. auch für Handelsgeschäfte, „da doch auch in diesem Falle alle Erwägungen Platz haben, welche zu der zitierten gesetzlichen Bestimmung Anlaß gegeben haben".[26]) Aus dem ungültigen Darlehen erwächst dem Darlehensgeber eine sofort fällige Kondiktion[26a]), so daß die Verpflichtung des Kreditnehmers, der z. B. nur Zahlung nach Möglichkeit und Tunlichkeit versprochen hat, sogar verschärft wird. Der auf Grund dieser gesetzlichen Verpflichtung ausgestellte Wechsel sollte eigentlich gültig sein, er wird aber, weil das Gesetz sonst zu leicht umgangen werden könnte, in der Praxis als ungültig behandelt.[27]) Für Schuldbekenntnisse der Ehegatten ist der Notariatszwang nicht etwa als Beweisregel durch die Zivilprozeßordnung beseitigt worden.[28]) Denn das Schuldbekenntnis ist als Anerkennung ein Rechtsgeschäft (oben § 162), nicht ein bloßes Beweismittel.[29]) Aber auch wenn es sich auf ein bloßes Tatsachengeständnis beschränkt, behält die Formvorschrift wenigstens für das Verfahren außer Streitsachen, z. B. für das Grundbuchswesen ihre volle Bedeutung. Ein Wechsel ist aber kein Schuldbekenntnis, und es ist deshalb weder richtig, daß der Wechsel zwischen Ehegatten in der Form eines Notariatsaktes errichtet werden muß (was überhaupt nicht

„Da kann man rufen: O Gott, schütze mich vor meinen Freunden, schütze mich vor meinem Schutze."

[24]) Dagegen mit Unrecht Kubasta, Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1841 I S. 382; vgl. aber Damianitsch, Jurist VII S. 384, Stubenrauch III S. 409 Note ***, H. Sander, Eigentumsübertragung auf Grund von Ehepakten vor vollzogener Eheschließung NotZ. 1916 Nr. 15.

[25]) Entgeltliche Abtretung: Entsch. Slg. IV Nr. 1630; Hingabe an Zahlungsstatt: Entsch. Slg. XVI Nr. 6734; Darlehen: Entsch. Slg. VIII Nr. 3076, XIII Nr. 5105, 5220, XIV Nr. 5325 u. a.; Rentenvertrag: Entsch. v. 26. April 1916 NotZ. 1916 Nr. 35. Leipen a. a. O., F., Ein Beitrag zur Umgehung des NotZwangsG. NotZ. 1894 Nr. 27.

[26]) So mit Recht Entsch. Slg. VII Nr. 2784 (= AdlCl. Nr. 2453), vgl. auch Roztočil NotZ. 1897 Nr. 9; dagegen Hanfal oben § 120 Note 6 und Staub-Pisko zu Art. 317 HGB. (II S. 170 f.).

[26a]) Oben § 415 V, vgl. die dort in Note 23 bezogenen Entscheidungen und dazu Entsch. v. 12. Sept. 1916 JBl. 1917 Nr. 15.

[27]) Vgl. z. B. Entsch. Slg. XIII Nr. 5220.

[28]) Das Gegenteil behauptet Entsch. Slg. XIII Nr. 5118.

[29]) Tilsch, Einfluß der Zivilprozeßgesetze S. 208.

möglich ist), noch daß sich ein Ehegatte gegenüber dem andern schlechterdings nicht wechselmäßig verpflichten könne.[30])

Für Schenkungen zwischen Ehegatten gilt nichts Besonderes.[31]) Der Notariatsakt wird also durch die Übergabe erspart, oben § 133, I.[32])

Über § 1 c NotZwangsG. (Bestätigungen über den Empfang des Heiratsgutes) siehe unten § 438 und über die Registrierung der Ehepakten (§ 16 EinfG. zum HGB.) unten § 448.

V. Trotz der gesetzlichen Gütertrennung führt der gemeinsame Haushalt leicht zur Vermengung der beiderseitigen Güter. Das Gesetz stellt deshalb zwei Vermutungen auf.

1. „Im Zweifel wird vermutet, daß der Erwerb von dem Manne herrührt" (§ 1237).[33]) Die Anwendbarkeit dieser Vermutung ist beschränkt:

a) Sie weicht bei unbeweglichen Sachen und bücherlichen Rechten der aus der Eintragung entspringenden Vermutung des Rechtes, oben § 191, IV.

b) Sie gilt nicht, wie die entsprechende Vermutung des deutschen Rechtes (§ 1362 DBGB.), für die beweglichen Sachen, die die Ehegatten besitzen, sondern nur für diejenigen, die sie erst nach der Eheschließung erworben haben.[34])

c) Sie entfällt bei der Gütergemeinschaft, soweit eben die Gemeinschaft reicht. Die Gütergemeinschaft auf den Todesfall läßt also zunächst die Vermutung bestehen, die Errungenschaftsgemeinschaft unter Lebenden schließt sie vollständig aus usf.

Ist die Vermutung anwendbar, so ist sie für und gegen jedermann anwendbar. Sie kommt also dem Manne und seinen Erben[35]) gegenüber der Frau und ihren Erben zustatten, sie schützt die Gläubiger des Mannes vor Aussonderungsansprüchen und Widerspruchsklagen der Frau[36]), sie

---

[30]) Frankl, Formerfordernisse der Schenkung S. 105 Note 2, v. Schey, Darlehen § 12 Note 7; dagegen Entsch. Slg. Nr. 15.892, XIII Nr. 5105, 5220, Roztočil NotZ. 1886, Nr. 12, 13, 1892 Nr. 14, 1897 Nr. 3, Hegenbart, Wechsel in notarieller Form? ebda. 1908 Nr. 15.

[31]) Vgl. schon Bernhard Walther bei Finsterwalder III 22; GZ. 1856 Nr. 19, 20; F. Hofmann in Grünhuts Zeitschr. 8, 286.

[32]) Vgl. Roztočil NotZ. 1896 Nr. 41, 1901 Nr. 30, Ungenannter ebda. 1890 Nr. 41 und dagegen v. Pruncul ebda. Nr. 48.

[33]) Die römische præsumtio Muciana. Trienter Statut I 77, HfD. v. 20. Aug. 1787 JGS. Nr. 710 lit. c. Ofner, Prot. II S. 142, Bartsch, Eheliches Güterrecht im Erzherzogtum Österreich S. 89.

[34]) Entsch. Slg. Nr. 172, 2254 u. a., H. Klang, Exszindierungstypen S. 17. Anders Entsch. Slg. Nr. 4412.

[35]) Hanausek, Das gesetzliche Erbrecht und Pflichtteilsrecht des Ehegatten S. 69 f. schlägt vor, den Erben des Mannes die Hilfe der Vermutung zu entziehen. Das französische Recht hat die Vermutung ganz beseitigt. Planiol III 1659.

[36]) Hs., Die Exekution gegen den Ehemann wegen der Schulden seiner Gattin und der Eigentumsbeweis im Exszindierungsprozeß in der JurZ. XVIII Nr. 16, dazu H., Die Unfehlbarkeit des Bagatellrichters ebda. Nr. 15, H. Klang a. a. O. S. 18.

begünstigt aber auch ebensolche Ansprüche des Mannes gegenüber den Gläubigern der Frau. Auch hierin weicht das österreichische Recht vom deutschen ab, das nur die Gläubiger des Mannes schützt, während es in dieser Hinsicht mit dem schweizerischen Rechte übereinstimmt.[37])

Aus wessen Mitteln ein Gegenstand angeschafft worden ist, ist nicht schlechthin entscheidend. Die Frau kann die Vermutung widerlegen, wenn sie nachweist, daß der Mann ihr die Sache geschenkt oder ihr den Erwerb — wenn auch auf seine Kosten — gestattet habe.[38]) Gleichgültig ist, in wessen Besitze sich die Sache befindet. Auch auf den Alleinbesitz der Frau erstreckt sich die Vermutung.[39])

2. „Was ein Mann seiner Ehegattin an Schmuck, Edelsteinen und anderen Kostbarkeiten zum Putze gegeben hat, wird im Zweifel nicht für gelehnt, sondern für geschenkt angesehen" (§ 1247). Nicht für gelehnt — das gilt um so gewisser auch für andere, nicht kostbare Sachen, die zum persönlichen Gebrauche der Frau bestimmt sind[40]), insbesondere für Kleider, Wäsche[41]), Arbeitsgeräte.[42]) Das Gesetz spricht nur von Kostbarkeiten, weil nur hinsichtlich dieser ein Zweifel bestand. Zu Grunde liegt das preußische Landrecht. Dieses gibt zunächst die bei uns als selbstverständlich übergangene Regel (II, 1, § 314): „Was der Mann der Frau zum standesmäßigen Unterhalte, an Kleidern oder anderen Sachen gegeben hat, wird ein freies Eigentum derselben." Davon soll nun nach dem Allgemeinen Landrecht (§ 316) eine Ausnahme machen, was die Frau an Juwelen, Gold, Silber oder sonst zur Pracht von dem Manne erhalten hat. Für diese Gegenstände soll die Vermutung gelten, daß sie nur geliehen seien. Das übernahm das Westgalizische Gesetzbuch (III, § 341). Aber diese Bestimmung wurde bei der ersten Lesung (1805) in ihr Gegenteil verkehrt[43]), weil es dem Willen des Mannes entspreche, daß seine Witwe sich dem Stande gemäß kleide und putze und weil es hart wäre, wenn im Konkurse des Mannes der Frau die Kette vom Halse, der Ring vom Finger genommen würde. Auch darauf wurde ausdrücklich hingewiesen, daß die Grenzscheidung schwer falle, denn der Begriff Kostbarkeit sei relativ. Alle „weiblichen Dinge" sollten also der Frau dauernd belassen werden. Die Vermutung der Schenkung ist

[37]) Art. 196 ZGB. Gmür, Komm. S. 430.

[38]) Nach Entsch. Slg. VII Nr. 2766 gehören Sachen, die die Frau aus erspartem Wirtschaftsgelde anschafft, dem Manne. Das trifft nicht immer zu, ist aber gemäß § 1237 zu vermuten. Insoweit ist die Entscheidung richtig. Klang a. a. O. S. 18 („von besonderer Vereinbarung abgesehen").

[39]) Dagegen mit Berufung auf § 328 Entsch. Slg. IX Nr. 3342.

[40]) Die „Gerade". Bartsch und Pollak, Komm. zu § 44 KO. Anm. 35.

[41]) Entsch. Slg. VI Nr. 2468.

[42]) DBGB. § 1362. Vgl. den von Klang a. a. O. S. 23 mitgeteilten Fall: Der Mann, ein Tischler, hat für die Frau, die einen Gemischtwarenhandel betrieb, die Geschäftseinrichtung hergestellt. Er behauptet in seiner Widerspruchsklage, daß er ihr diese Einrichtung nur zur Benützung überlassen habe. Der Oberste Gerichtshof hat mit Urteil vom 8. Januar 1913 zu seinen Gunsten entschieden; dagegen mit Recht Klang S. 26 ff.

[43]) Ofner, Prot. II S. 147.

freilich nicht überall am Platze. Nur das kann hinsichtlich der zum persönlichen Gebrauche der Frau bestimmten Dinge allgemein vermutet werden, daß der Mann sie ihr als Eigentum und nicht bloß zum Gebrauche habe überlassen wollen. Ob aber in der Zuwendung eine Schenkung liege, das hängt erst noch davon ab, ob sie sich im Rahmen der Unterhaltspflicht hält oder darüber hinausgeht.

Erster Abschnitt.

Vermögensverhältnisse während der Ehe.

§ 436.

A. Die Unterhaltspflicht.[1])

I. Ohne Rücksicht auf den Güterstand verpflichtet das Gesetz (§ 91) den Mann, der Frau während der Ehe „nach seinem Vermögen den anständigen Unterhalt zu verschaffen".

1. Das Gesetz kennt nur eine Unterhaltspflicht des Mannes. Da die Ehegatten verpflichtet sind, sich gegenseitigen Beistand zu leisten (§ 44), muß es uns wohl selbstverständlich erscheinen, daß im Notfalle auch die Frau verpflichtet ist, den (erwerbsunfähigen) Mann zu erhalten.[2]) Die Verfasser des bürgerlichen Gesetzbuches haben allerdings von einer solchen Verpflichtung nichts wissen wollen.[3]) Weil nun die Unterhaltspflicht der Frau nicht als eine selbständige Verpflichtung anerkannt wird, sondern nur ein Ausfluß der höchstpersönlichen Beistands-

[1]) Vgl. die oben § 300 Note 41 angeführten Schriftsteller und — über Unterhaltspflichten im allgemeinen — Krasnopolski IV S. 90 ff. Dazu hinsichtlich des Ehegatten Bartsch, Verfahren in Ehesachen S. 399 ff., v. Neumann-Ettenreich, Eherecht S. 70 ff. — Deutsches Recht: Neustadt, Eherecht S. 331 ff. — v. Hussarek in Grünhuts Zeitschr. 20, 486 behandelt die familienrechtliche Unterhaltspflicht in eingehender und lehrreicher Entwicklung als eine ursprünglich sittliche Pflicht — eine „Sorge" (§ 143).

[2]) DVGVB. § 1360, Ung. Entw. § 30. UnfVG. § 7 Z. 2a. Ellinger zu § 1264, Stubenrauch III S. 469 (8. Aufl. I S. 165), Kirchstetter S. 594, Stroß, Ist die vermögliche Frau verpflichtet, dem erwerbsunfähigen Gatten den mangelnden Unterhalt zu verschaffen? in den JBl. 1888 Nr. 31, Lößl ebda. 1892 Nr. 39 und GZ. 1902 Nr. 33, Armin in den JBl. 1907 Nr. 4, Hanausek, Ges. Erbrecht des Ehegatten S. 62 Note 82.

[3]) Der Vorschlag, dem Weibe zur Pflicht zu machen, den ohne Verschulden in Armut geratenen Mann zu ernähren, wurde abgelehnt (Ofner, Prot. I S. 74). Krainz erklärt, diese Verpflichtung sei weder aus dem unbestimmten § 44 ABGB. noch sonstwie zu begründen. Ebenso Gründe der Entsch. Slg. Nr. 3653, 9607, J. Schwartz, Exkurse über b. R. in der GH. 1891 Nr. 29, Rittner S. 315 Note 17, v. Anders, FamR. S. 97, Grundriß S. 36, Lößl, Recht auf Unterhalt S. 68, Tersch in der VerwZ. 1904 Nr. 52, Krasnopolski IV S. 97, v. Neumann-Ettenreich S. 77; v. Hussarek S. 528 f., nimmt an, daß der Mann wegen Verweigerung des Unterhaltes auf Scheidung (oder Trennung) klagen und sodann von der Frau als dem schuldigen Teile den angemessenen Unterhalt fordern könne.

pflicht ist, kann ein Dritter sie nicht für Rechnung der Frau erfüllen. Der Armenfonds, die Irrenanstalt, das Krankenhaus können also von der Frau nicht Ersatz für die dem Manne geleistete Verpflegung verlangen.[3a])

2. Der Unterhaltsanspruch der Frau setzt Bedürftigkeit nicht voraus.[4]) Dadurch unterscheidet er sich von den anderen familienrechtlichen Unterhaltsansprüchen.

3. Der Mann leistet den Unterhalt „nach seinem Vermögen", das heißt nach Kräften[5]), nicht etwa nach Zulänglichkeit seines Kapitalvermögens. Er bleibt unterhaltspflichtig, auch wenn er in Konkurs kommt (§ 5 KO.).[6]) Mit Zustimmung des Gläubigerausschusses kann der Massenverwalter dem Gemeinschuldner und dessen Familie den notwendigen Unterhalt gewähren. Ein Recht, den Unterhalt aus der Masse zu verlangen, hat die Frau nicht. Dafür bietet ihr gelegentlich der Anspruch auf den Witwengehalt oder auf die Zinsen des Heiratsgutes Ersatz (§ 1260, unten § 439, III).

4. Der Frau gebührt der anständige, d. h. der standesmäßige Unterhalt. Nach dem deutschen Gesetzbuche (§ 1611) kann sie der Mann auf den notdürftigen Unterhalt beschränken, wenn sie sich einer Verfehlung schuldig gemacht hat, die einen Scheidungsgrund bildet. Sie erhält dann „grobe Kost und Magdkleider" so lange, bis sie seine Verzeihung erlangt.[7]) Dem österreichischen Rechte ist diese Wunderlichkeit fremd. Bis zur Scheidung gebührt auch der schuldigen Frau der anständige Unterhalt, nach der Scheidung aber regelmäßig gar nichts.[8])

Die nicht geschiedene Frau empfängt den Unterhalt regelmäßig im gemeinsamen Haushalte „in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise".[9]) Der Mann ist nicht verpflichtet, ihr durch Gewährung einer Geldrente die Möglichkeit zu bieten, einen abgesonderten Haushalt zu führen. Verläßt also die Frau das Haus des

3a) Entsch. Slg. Nr. 9607.

4) Entsch. Slg. Nr. 14.486, v. Hussarek S. 549, Lößl S. 69 Note 84. Deshalb kann der Mann nicht Ersatz der bezahlten Krankheitskosten aus dem Nachlasse der Frau beanspruchen. Entsch. Slg. I Nr. 426. Vgl. Verpflichtung des Ehegatten zur Zahlung der Krankheitskosten der Gattin in den JWl. 1885 Nr. 14.

5) Es darf nicht übersehen werden, daß dem Unterhaltspflichtigen so viel belassen werden muß, daß er sich selbst erwerbs- und arbeitsfähig erhalten kann. So Entsch. Slg. XV Nr. 5859, vgl. auch Entsch. v. 2. Nov. 1915 NotZ. 1916 Nr. 4.

6) Rintelen, Handbuch S. 342, Bartsch, Komm. S. 71. Älteres Recht: Ullmann Grünhuts Zeitschr. 4, 97, v. Hussarek ebda. 20, 554.

7) Dernburg, Bürg. R. IV § 35 Note 4. Die Praxis lehnt das ab: Komm. der Reichsgerichtsräte zu § 1611, Kohler, Lehrbuch III § 10 Note 3, vgl. auch Ung. Entw. § 31. Es ist altindisches Recht: die Ehebrecherin soll schlechte Nahrung und Kleidung erhalten, auf dem Boden schlafen, niedrige Arbeit verrichten. Jolly, Recht und Sitte S. 66.

8) Entsch. Slg. Nr. 6715. Ogonowski S. 420 f., v. Hussarek S. 663, Stubenrauch 8. Aufl. II S. 570 ff., Lößl, Recht auf Unterhalt S. 75.

9) § 1360 DBGB.

Mannes eigenmächtig und ohne triftige Gründe[10]), so kann sie keine Unterstützung verlangen. Hat jedoch der Mann sie ohne Grund verlassen[11]) oder ihr das Zusammenleben unmöglich gemacht[12]), so kann sie eine Geldrente fordern.[13]) Die Notwendigkeit, dem Manne zur Bestreitung der Bedürfnisse der Frau die Entrichtung einer Geldrente (z. B. eines Kostgeldes) aufzuerlegen, kann sich aber auch während der Dauer des gemeinsamen Haushaltes ergeben.[14]) Der Unterhalt der geschiedenen Frau wird regelmäßig (wenn nichts anderes vereinbart worden ist) in dieser Form geleistet. Die Geldrente ist gemäß § 1418 monatlich im voraus zu entrichten.

5. Die Frau kann den Unterhaltsanspruch sowohl im Verfahren außer Streitsachen[15]) als auch mit Klage geltend machen. Das Verfahren außer Streitsachen ist der schonendere Weg. Hier kann sich die Frau mit einer richterlichen Mahnung oder Warnung begnügen.[16]) Das Gericht soll die Frau nicht auf den Prozeßweg drängen und dadurch den Zwiespalt vertiefen. Auch bietet das Verfahren außer Streitsachen die Möglichkeit, den Unterhaltsanspruch mit gewissen anderen Ansprüchen zu verbinden; so wenn die Frau wahlweise die Aufnahme in die Hausgemeinschaft fordert oder wenn zugleich über den Unterhalt der Kinder entschieden werden soll.

Jedenfalls aber kann die Frau klagen.[17]) Dann gehört der Anspruch, wenn er nicht mit einem personenrechtlichen Anspruche verbunden wird[18]), als ein „rein vermögensrechtlicher" vor den ordentlichen Gerichtsstand, nicht etwa vor das Ehegericht (§§ 50, Z. 3, und 76 JN.).[19])

II. Die Unterhaltspflicht erlischt:[20])

1. Durch den Tod der Frau[21]) oder des Mannes.[22]) Die Ansprüche

[10]) v. Hussarek S. 550, Lößl S. 73 Note 95.

[11]) Entsch. Slg. I Nr. 340.

[12]) Entsch. Slg. Nr. XIV Nr. 5525.

[13]) § 1361 DBGB. Hierüber finden sich zuweilen Vereinbarungen in den Ehepakten. Entsch. Slg. X Nr. 4048. Das erst bei der (unverbindlichen) außergerichtlichen Scheidung getroffene Übereinkommen ist nicht schlechthin ungültig: Entsch. v. 3. Okt. 1916 JBl. 1917 Nr. 4, es tritt jedoch außer Kraft, wenn die Frau sich ohne zwingenden Grund weigert, die Hausgemeinschaft wieder aufzunehmen, vgl. Entsch. Slg. V Nr. 1840, XIII Nr. 5089. Oben § 432 Note 9.

[14]) Entsch. Slg. VII Nr. 2820.

[15]) Entsch. Slg. XIII Nr. 5170, Lößl S. 37.

[16]) Nach v. Neumann-Ettenreich S. 72 werden in der Praxis „derartige Versuche zur Friedensstiftung nur aus Anlaß eines Scheidungs- oder Trennungsbegehrens gemacht".

[17]) Auch wenn sie beim Manne lebt, Entsch. Slg. VII Nr. 2820. Ott, Rechtsfürsorgeverfahren S. 97, Krasnopolski IV S. 94. Vgl. auch v. Neumann-Ettenreich S. 73.

[18]) Mit der Scheidungsklage: oben § 432 Note 61.

[19]) Entsch. Slg. XIII Nr. 5018, XV Nr. 5752. J., Einige Fragen GZ. 1902 S. 261, dagegen Entsch. Slg. I Nr. 296, Hellmer GZ. 1911 Nr. 12 (Ehegericht). Gegen Entsch. Slg. XVI Nr. 6586 (einstweilige Verfügung) vgl. Rintelen, Grundriß S. 119.

[20]) v. Hussarek S. 664 ff.

[21]) Entsch. Slg. IV Nr. 1267.

[22]) Das gilt im Zweifel auch für den im Scheidungsvergleiche bedungenen lebenslänglichen Unterhalt der Frau: Entsch. v. 21. April 1914 OG. Nr. 1637.

aus §§ 1243 und 796 sind nicht Fortsetzungen des früheren Anspruches, sondern nach Grund und Inhalt von ihm verschieden.[23])

2. Durch Ehetrennung.[24]) Doch kann bei nicht einverständlicher Trennung die schuldlose Frau unter dem Titel der ihr gebührenden „vollen Genugtuung" (§ 1266) den standesgemäßen Unterhalt verlangen.[25])

3. Unter Umständen durch Scheidung von Tisch und Bett.

a) Bei einverständlicher Scheidung entscheidet das Übereinkommen. Ob der Gattin der Unterhalt auch dann gebühre, wenn darüber nichts vereinbart worden ist, ob die Vereinbarung durch Veränderung der Umstände hinfällig werde, ob sie wegen eines sich nachher ergebenden Scheidungsgrundes umgestoßen werden könne, das sind Fragen, die bereits oben (§ 432, II) erörtert worden sind. Streitig war auch, ob die Frau auf den Unterhalt ganz verzichten könne.[26]) Manche Schriftsteller glaubten, daß der Verzicht zum mindesten hinsichtlich des notwendigen Unterhaltes öffentlichen Interessen widerstreite und deshalb ungültig sei.[27]) Wirklich schien die ältere Praxis geneigt[28]), dem Armenfonds, der die geschiedene Frau erhält, Ersatzansprüche gegen den Mann zuzubilligen. Die Untrennbarkeit der katholischen Ehe sollte also öffentlichen Vermögensinteressen zustatten kommen. Aber die Frau, die auf den Unterhalt verzichtet hat, ist sehr oft der schuldige Teil; sie hat nicht ein Recht preisgegeben, sondern einen für sie aussichtlosen Scheidungsprozeß vermieden. In anderen Fällen hat die Frau verzichtet, weil ihr der Mann eine angemessene Kapitalabfindung geleistet hat;[29]) sie kann ein großes Interesse daran haben, statt der Rente ein Kapital in die Hand zu bekommen.

b) Bei uneinverständlicher Scheidung sind drei Fälle möglich:

α) Die Frau ist allein schuldig. Dann hat sie den Anspruch auf Unterhalt verwirkt.

β) Sie ist schuldlos. Dann kann sie die Fortsetzung oder Aufhebung der Ehepakten, außerdem aber[30]) nach Umständen, d. i. wenn

[23]) Entsch. Slg. Nr. 3136, IX Nr. 3340. HfkrgsrV. v. 7. Juli 1847.

[24]) Entsch. Slg. III Nr. 1147.

[25]) Weiter geht das Schweiz. ZGB. Art. 152, indem es unter Umständen auch den schuldlosen Gatten zu Unterhaltsbeiträgen verpflichtet. Nach dem portugiesischen Gesetze erlischt der Anspruch bei unsittlichem Lebenswandel. v. Neumann-Ettenreich GZ. 1913 Nr. 25.

[26]) Dafür mit Recht Judikat Nr. 244 v. 18. Jan. 1916 OG. Nr. 1678. Pollenz, Die privatrechtliche Natur des Alimentationsanspruches der Ehegattin JBl. 1909 Nr. 34.

[27]) F. Schmidt in der JWSchr. 1890 S. 28 ff., v. Hussarek S. 670 ff., Flesch, Die öffentlichrechtliche Natur der Alimentationspflicht des Ehegatten JBl. 1907 Nr. 38, Krasnopolski IV S. 119.

[28]) Vgl. z. B. Entsch. Slg. Nr. 15.056.

[29]) Gültig nach Entsch. Slg. XI Nr. 4186, dagegen Flesch a. a. O.

[30]) Statt „oder" sollte es in § 1264 a. E. richtiger „und" heißen (Entsch. Slg. Nr. 2677, 2947, 8810), weil sonst der Unterhalt nicht gefordert werden könnte, wenn zwar Ehepakten vorhanden sind, in denselben aber dem schuldlosen Gatten nichts zugesichert ist. (Kirchstetter S. 594 Note 1.) Es ist nicht richtig, daß die schuldlose Frau sich mit dem in den Ehepakten festgesetzten Unterhalte benügen müsse, wie Dolliner III § 66 lehrt und auch Entsch. Slg. XIII Nr. 5252 an-

die durch Fortsetzung oder Aufhebung der Ehepakten aus dem Vermögen des Mannes[31]) erlangten Vorteile nicht genügen, auch den anständigen Unterhalt fordern (§ 1264).[32]) Ausreichendes eigenes Vermögen schließt diesen Anspruch nicht aus.[33])

γ) „Einer durch beiderseitige Schuld geschiedenen Gattin steht in der Regel ein Anspruch auf anständigen Unterhalt nicht zu, dem Richter bleibt jedoch überlassen, über ihr Ansuchen von Fall zu Fall[34]) mit Berücksichtigung aller Verhältnisse[35]) und der für sie sprechenden Billigkeitsgründe[36]) ausnahmsweise den Ehemann zur Verabreichung des anständigen Unterhaltes an seine Gattin zu verhalten" (HfD. vom 4. Mai 1841, JGS. Nr. 531). Die Berücksichtigung aller Verhältnisse und die Billigkeit können es aber auch rechtfertigen, daß der Richter der Frau zwar nicht den anständigen Unterhalt, aber doch einen den Umständen des Falles angemessenen Beitrag zuspricht.[37])

Den einstweiligen Unterhalt kann die Frau im Scheidungs- und Trennungsverfahren gemäß §§ 108 und 117 ABGB. (oben § 432, III)[38]), sonst aber nur nach den Vorschriften der Exekutionsordnung (§ 382, Z. 8) verlangen.[39]) Eine einstweilige Verfügung kann den Mann auch dazu verhalten, der Frau durch Leistung von Kostenvorschüssen die Führung des Unterhalts- oder Scheidungsprozesses zu ermöglichen. Das liegt im Rahmen der Unterhaltspflicht, denn der Unterhalt umfaßt nach § 672 sämtliche Bedürfnisse der Frau.[40])

§ 437.

B. Die Gütergemeinschaft[1])

I. Die Gütergemeinschaft verbreitete sich im fünfzehnten und im sechzehnten Jahrhunderte, nicht ohne Widerstand, in den österreichischen Ländern, zwar nicht beim Adel, wohl aber in den Städten und noch

nimmt. Eine solche Vereinbarung darf den Schuldigen nicht im voraus entlasten!

[31]) Ofner, Prot. II S. 151.

[32]) v. Anders, FamR. S. 151.

[33]) Entsch. Slg. Nr. 4623, 8901. A. M. Krainz.

[34]) Nicht etwa: von Zeit zu Zeit, wie Entsch. Slg. VII Nr. 3126 diese belanglosen Worte auszulegen scheint. Richtig Entsch. Slg. XI Nr. 4367, XV Nr. 5745.

[35]) Bedürftigkeit: Entsch. Slg. XV Nr. 5745, XVI Nr. 6512.

[36]) Überwiegendes Verschulden des Mannes: Entsch. Slg. IX Nr. 3533.

[37]) Entsch. Slg. XVI Nr. 6523.

[38]) Tilsch, Einfluß S. 43 f., dagegen Rintelen, Einstw. Verfügung S. 281 ff.

[39]) Entsch. Slg. IX Nr. 3484, anders III Nr. 1177.

[40]) So — für das österreichische Recht — Urteil des KG. Berlin v. 1. Okt. 1913, mitgeteilt von H. Reichel in der GZ. 1914 Nr. 24. Über das deutsche Recht vgl. Reichsgerichtskomm. zu § 1387 BGB.

[1]) Ogonowski S. 376 ff., v. Anders, FamR. S. 140 ff., Bežek, Über die Gütergemeinschaft in der Praxis in der NotZ. 1893 Nr. 35, Plachy, Über eheliche Gütergemeinschaft in der NotZ. 1894 Nr. 23—26, M. Reich, NotHandb. S. 337. Vgl. auch Kafka, Eheliche Gütergemeinschaft auf den Todesfall 1906.

mehr auf dem flachen Lande. Sie ist dem böhmischen Stadtrechte (1569) bekannt. In die Alpenländer ist sie von Bayern her eingedrungen, wo die „gerennte Ehe" bei Bürgern und Bauern an vielen Orten üblich war.[2]) Sie beruhte regelmäßig auf besonderer Abrede (randloser Heiratsbrief). An manchen Orten galt sie auch ohne Ehepakte kraft Gewohnheitsrechtes.

Das Josefinische Gesetzbuch kennt nur eine vereinbarte Gütergemeinschaft. Diese Gemeinschaft sollte erst wirksam werden, sobald ein Ehegatte gestorben war. Neu war diese Einschränkung nicht. Schon Molinaeus hat (1539) für die französische Gütergemeinschaft den oft angeführten Satz aufgestellt: „Uxor proprie non est socia sed speratur fore."[3]) Nach dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche (§ 1234) treten die Wirkungen der Gütergemeinschaft erst bei der Auseinandersetzung ein („Gütergemeinschaft auf den Todesfall"), doch verbietet das Gesetz abweichende Vereinbarungen nicht. Tatsächlich wird in den meisten Fällen vereinbart, daß die Gütergemeinschaft sofort nach Abschließung der Ehe beginnen solle.

Der die Gütergemeinschaft begründende Vertrag ist nach §§ 1176, 1177 ein Gesellschaftsvertrag; jedoch ist die Gütergemeinschaft, auch wenn sie sich bloß auf die Errungenschaft bezieht, keine Erwerbsgesellschaft (§ 1175), weil der Erwerb nicht ihr Zweck, sondern bloß ihr Gegenstand ist.

II. Die Erfordernisse dieses Vertrages sind abgesehen von der für alle Ehepakten geltenden Form (oben § 435, III, 2) folgende:

1. Soll die allgemeine Gütergemeinschaft das ganze eingebrachte und das während der Ehe wie immer erlangte Vermögen umfassen, so muß im Vertrage ausdrücklich nicht nur das gegenwärtige, sondern auch alles künftige Vermögen beider Gatten und insbesondere auch das zu ererbende als gemeinschaftlich erklärt werden. Eine auf das ganze Vermögen lautende Gemeinschaftserklärung wäre nur auf das gegenwärtige Vermögen zu beziehen[4]), und eine Gemeinschaftserklärung, die nur schlechthin auch das künftige Vermögen nennt, nicht auf das zu ererbende (§§ 1233, 1177).[5]) Unter dem zu erwerbenden Vermögen ist nach heutigem

[2]) Oben § 2 Note 51 c und die dort angeführten Arbeiten von Hradil, ferner R. Bartsch, Eheliches Güterrecht im Erzherzogtum Österreich (1905) S. 83, Derf., Das eheliche Güterrecht in der Summa Raymunds S. 40. — M. Berent, über eheliche Errungenschaftsgemeinschaft auf Grund österreichischer Rechtsquellen des späteren Mittelalters 1915. Darüber Hradil ZRG(G). 36, 459.

[3]) Ferner: „Quamvis ista communio pendente matrimonio non sit in actu, sed in credito et in habitu, tamen soluto matrimonio ipso jure exit in actum et in veram et actualem dominii et possessionis communionem" (Komm. zum Pariser Gewohnheitsrechte bei Planiol III 898). Ähnlich Bourjon, Droit commun I S. 521, vgl. auch Stobbe-Lehmann IV S. 270, Wolff, FamR. § 61 Note 1. Daß die vom Gesetze angenommene Konstruktion (§ 1234 a. A.) aus dem Gewohnheitsrechte der ober- und niederösterrechischen Bauern stamme, will Kafka a. a. O. (besonders S. 59, 81, 106) beweisen. Gegen ihn mit Recht Wehli in der NotZ. 1907 Nr. 11.

[4]) Vgl. oben § 119 a. E.

[5]) Vgl. Entsch. Slg. Nr. 14.451. Auf Erbschaften erstreckte sich die Errungen-

österreichischen Rechte auch das durch Schenkung und Glücksfälle, unter dem zu ererbenden auch das durch Vermächtnisse und diesen gleichstehende Schenkungen auf den Todesfall erlangte zu verstehen.[6]) Hievon abgesehen können durch besondere Vereinbarung gewisse Güter (Vorbehaltsgüter) von der allgemeinen Gütergemeinschaft ausgenommen sein.[7])

2. Soll die Gütergemeinschaft als eine beschränkte (besondere) sich nur auf das gegenwärtige oder nur auf das zukünftige Vermögen beziehen, so muß behufs Erleichterung des Beweises bei der seinerzeitigen Auseinandersetzung „das von dem einen und dem andern Teile eingebrachte Gut" bei sonstiger Ungültigkeit des Vertrages ordentlich beschrieben und verzeichnet werden (§§ 1233, 1178). Dieses Inventar ist ein Bestandteil des Ehepaktes, bedarf also der Form des Notariatsaktes.[8]) Auch wenn sich die Gemeinschaft nur auf das künftige Vermögen bezieht, wird nur das gegenwärtige verzeichnet, da sich aus diesem Verzeichnisse von selbst ergibt, was zum künftigen Vermögen gehört; [9]) der Erwerb ist also nicht von Fall zu Fall in ein fortlaufendes Inventar aufzunehmen.[10]) Unvollständigkeit des Inventars macht den Vertrag nicht ungültig.[11])

3. Soll die Gütergemeinschaft schon während der Ehe eintreten, so muß dies besonders vereinbart werden, weil nach dem Gesetze (§ 1234) die Gütergemeinschaft sich in der Regel nur auf den Todesfall bezieht und nur ausnahmsweise (§§ 1236, 1262, 1266) schon bei Lebzeiten

schaftsgemeinschaft nach der n.-ö. Landtafel: Bartsch, Ehel. Güterrecht S. 89 f., Hradil, ZRG. 36, 468.

[6]) Stubenrauch III S. 379, Ullmann in Grünhuts Zeitschr. 4 S. 109, Kafka S. 189.

[7]) Nicht selten werden in den Ehepakten die in die Gemeinschaft eingebrachten Güter beider Ehegatten angeführt und dabei (unpassend) als Heiratsgut und Widerlage bezeichnet. Man darf sich dadurch nicht verleiten lassen, sie als Vorbehaltsgüter zu behandeln. Vgl. Entsch. Slg. Nr. 1145, 1540, 2362, 11.235, 13.966, VI Nr. 2401. Dierl, über die Vereinbarkeit des Heiratsgutes und der Widerlage mit der allgemeinen Gütergemeinschaft im Jurist V S. 296, Kafka S. 280 ff. Vgl. auch Entsch. Slg. XII Nr. 4525 (Errungenschaftsgemeinschaft).

[8]) Ogonowski S. 384 f., a. M. Krainz, Kafka S. 207 f. Vgl. auch Kaserer GZ. 1871 Nr. 91.

[9]) Entsch. Slg. XII Nr. 4525. Nippel, Winiwarter, v. Anders, Stubenrauch, Ogonowski, Kafka; auch Füger, Adel. Richteramt 6. Aufl. I S. 205. Dafür entscheidend auch die Vorarbeiten zum BGB.: Pfaff in den JBl. 1883 Nr. 23.

[10]) Für diesen Vorgang entschied sich Krainz mit Rücksicht auf die Unzulänglichkeit des bloß über das gegenwärtige Vermögen errichteten Inventars: wird ein Stück des gegenwärtigen Vermögens verkauft, eine Forderung eingetrieben, so tritt der Kaufpreis (das Eingetriebene) an die Stelle des früheren Vermögensgegenstandes, und gehört also, obwohl im Inventar nicht aufgeführt, noch immer zu dem eingebrachten Vermögen.

[11]) Entsch. Slg. XII Nr. 4525: Die Vertragsteile müßten sich zwar gefallen lassen, daß das für die Gemeinschaft nicht bestimmte Vermögen mangels eines urkundlichen Nachweises darüber, ob es schon vor oder erst nach Eingehung der Ehe erworben wurde, dennoch der Gemeinschaft unterworfen werde, keinesfalls könnte aber aus einer solchen Unvollständigkeit des Vermögensverzeichnisses die Ungültigkeit der Vereinbarung der Gütergemeinschaft selbst abgeleitet werden.

der Gatten Wirkungen äußert (vgl. unten § 446).[12]) Der „Gütergemeinschaft auf den Todesfall", die nur in diesen Fällen schon bei Lebzeiten der Gatten wirksam wird, steht die „Gütergemeinschaft unter Lebenden" nicht als ein selbständiger Güterstand gegenüber; vielmehr tritt sie ergänzend (als eine Erweiterung der Wirkungen) hinzu, wenn in den Ehepakten bedungen ist, daß die Gütergemeinschaft sofort mit der Eheschließung in Kraft treten solle[13]) oder wenn — was eben ganz dasselbe bedeutet — der Vertrag dahin geht, daß eine „Gütergemeinschaft unter Lebenden und auf den Todesfall" bestehen solle.[14])

III. Die Wirkungen der Gütergemeinschaft hängen zunächst von ihrem Umfange ab:

1. Bei der allgemeinen Gütergemeinschaft unter Lebenden werden die dem einen und dem andern Gatten gehörigen Sachen, Rechte und Schulden gemein (§ 1235). Ausgenommen sind Güter und Rechte, die der freien Veräußerung entzogen sind[15]), wie z. B. Familienfideikommisse oder Ausgedinge[16]), doch fallen ihre Erträgnisse in die Gemeinschaft.

a) Hinsichtlich der Aktiven hat jeder Ehegatte ein persönliches Recht auf Einräumung des Miteigentums. Bei unbeweglichen Sachen und bücherlichen Rechten (Hypotheken) kann Einverleibung der Übertragung verlangt werden;[16a]) bei beweglichen Sachen genügt Übergabe durch Erklärung;[17]) beim späteren Erwerb von beweglichen Sachen oder von persönlichen Forderungen und anderen veräußerlichen Rechten bedarf es keiner Übergabe oder Teilabtretung, weil bis zum Beweise des Gegenteils angenommen werden kann, daß der eine Gatte auch im Namen des andern erwerben wolle, wozu ihn die Gütergemeinschaft ohneweiters ermächtigt.[18]) Das deutschrechtliche Eigentum zur gesamten Hand (ohne bestimmte Bruchteile) ist dem österreichischen Rechte fremd[18a]), die Ehegatten werden Miteigentümer je zur Hälfte, sie sind jedoch im Sinne des § 831 zur Aufrechthaltung des Miteigentums so lange verpflichtet, als die Gütergemeinschaft besteht. Bis dahin darf keiner von beiden Teilung verlangen[19]) oder — ohne Zustimmung des andern —

[12]) Für zwingend hält diese Vorschriften Till (GZ. 1907 Nr. 52), vgl. dagegen Kafka S. 169 ff.

[13]) Vgl. Entsch. Slg. Nr. 6981, Kafka S. 178. R. F., Beurteilung einer Gütergemeinschaft in den JBl. 1906 Nr. 22.

[14]) Doch würde auch die Vereinbarung einer „Gütergemeinschaft unter Lebenden" genügen, da sich dann die Geltung auch für den Todesfall (als das Geringere) von selbst versteht.

[15]) ALR. II 1 § 363, DBGB. § 1439.

[16]) Entsch. Slg. IX Nr. 3572. Vgl. auch Kafka S. 237. Über das Urheberrecht: Rabel in Grünhuts Zeitschr. 27, 164, Schmidl, Österr. Urheberrecht S. 133, Kafka S. 234.

[16a]) Vgl. Entsch. Slg. Nr. 1635, 10.046, 14.451.

[17]) Oben § 378 Note 16. Vgl. Ogonowski S. 397 f., v. Anders, FamR. S. 145.

[18]) Entsch. des VGH. v. 16. Jan. 1906 JBl. 1909 Nr. 40 (Korrespondenz).

[18a]) Das verkennt Entsch. v. 27. März 1914 GH. 1915 Nr. 41.

[19]) Ogonowski S. 398, v. Anders S. 145, Gründe der Entsch. Slg. Nr. 10.046, 11.783; anders Entsch. Slg. Nr. 5897. Vgl. auch Entsch. Slg. XI Nr. 4387.

seinen Anteil veräußern.[20]) Diese Unterlassungspflicht entbehrt jedoch der dinglichen Wirkung.[21]) Hat also ein Ehegatte seinen Anteil eigenmächtig veräußert, so kann die Veräußerung dem dritten Erwerber gegenüber — vom Falle betrügerischen Zusammenspieles abgesehen — nicht angefochten werden[22]), und der Erwerber kann ohneweiters Teilung verlangen, da er durch den Ehepakt nicht gebunden ist.[23]) Die Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens steht, so lange die Frau nicht Widerspruch[24]) erhebt, im Sinne des § 1238 dem Ehemanne zu.[25]) Erhebt sie Widerspruch, so tritt gemeinschaftliche Verwaltung ein.[26]) Die Bestellung eines besonderen Verwalters für das ganze gemeinsame Vermögen oder einen Bruchteil desselben durch das Gericht ist ausgeschlossen, da dies einer Entmündigung gleichkäme. Auch für bestimmte, im Miteigentume stehende Sachen kann ein Verwalter gegen den Willen eines der Ehegatten nur im Falle und auf die Dauer der unbedingten Notwendigkeit — „in dringenden Fällen oder bei Gefahr eines Nachteiles"[27]) — bestellt werden.

b) Für die Schulden haften beide Ehegatten zur gesamten Hand.[28]) Doch ist zu unterscheiden:

α) Beide Ehegatten haften unbeschränkt, wenn sie sich gemeinsam verpflichtet haben, sowie wenn der Mann die Schuld als Verwalter des gemeinsamen Vermögens (vgl. § 1238) oder zu dessen Nutzen (vgl. § 1235 a. E.) aufgenommen hat.[29])

β) Für Schulden, die nur einen Ehegatten persönlich angehen, z. B. für den Unterhalt eines unehelichen Kindes, für Schadenersatz aus unerlaubten Handlungen, haftet das ganze gemeinschaftliche Vermögen. Den andern Ehegatten trifft insoweit eine beschränkte Haftung (oben § 295, II, B): er kann zur Zahlung „bei sonstiger Exekution in das gütergemeinschaftliche Vermögen" verurteilt werden.[30]) Auf Vorbehaltsgut des unbeteiligten Gatten erstreckt sich diese Haftung nicht. Nach Aufhebung der Gemeinschaft haftet er für die vorher entstandenen Schulden des

[20]) Bežek in der NotZ. 1893 Nr. 28, 35; dagegen die Konsultation ebda. 1901 Nr. 43.

[21]) Oben § 417 II; v. Anders, Grundriß S. 55.

[22]) Entsch. Slg. Nr. 6297, 9489; durch eine recht bedenkliche Umdeutung der bücherlichen Eintragung (im Sinne des § 1236) sucht Entsch. Slg. XIII Nr. 5070 zu helfen.

[23]) Oben § 417 Note 9.

[24]) Entsch. Slg. Nr. 14.868.

[25]) Entsch. Slg. Nr. 1477.

[26]) Ogonowski S. 398, v. Anders, FamR. S. 146.

[27]) § 1241 (analog), Entsch. Slg. VI Nr. 2407, vgl. auch Nr. 14.557, XII Nr. 4719, v. Anders, Grundriß S. 55.

[28]) v. Anders, FamR. S. 145, Grundriß S. 55, v. Ohmeyer in der GZ. 1907 Nr. 35. Dagegen Mages, Gesamtschuldverhältnisse S. 65 ff. und die ältere Praxis, Entsch. Slg. Nr. 12.461, 16.065. Im achtzehnten Jahrhunderte war die Gesamthaftung allgemein anerkannt, vgl. Hradil, Heiratsgut S. 88, Greneck, Theatrum juris dictionis (1752) S. 268, WO. v. 1763 (oben § 379 Note 2) und schon WO. v. 1717 Art. VIII.

[29]) Entsch. Slg. IX Nr. 3341.

[30]) So Entsch. v. 12. März 1907 GZ. 1907 Nr. 33, die Einbringung einer Deliktsschuld des Mannes betreffend, und Entsch. Slg. VII Nr. 2803 hinsichtlich einer vorehelichen Schuld des Mannes.

andern wie ein Vorbehaltserbe nach Zulänglichkeit des ihm aus der Gemeinschaft zugewiesenen Vermögensanteiles (oben § 295, II, C).[31]) Über die Haftung im Konkurse siehe unten § 446.

Schuldverträge können, wegen der Gemeinschaftlichkeit der Rechte und Pflichten zwischen den Ehegatten bei allgemeiner Gütergemeinschaft nicht wirksam geschlossen werden[32]), es sei denn, daß damit die Begründung eines Vorbehaltsgutes beabsichtigt wird.[33])

2. Bei beschränkter Gütergemeinschaft gelten als gemeinschaftlich nur jene Aktiven, auf die sich die Gemeinschaft bezieht, z. B. nur die bei Eingehung der Ehe vorhandenen oder nur die später erworbenen oder nur die Fahrnisse; auch hievon können einzelne Güter als Vorbehaltsgüter ausgenommen sein. Daneben besteht das Sondergut, das von vornherein nicht in die Gemeinschaft fällt. Für die Schulden eines jeden Ehegatten haftet sein Sondervermögen und sein Anteil am gemeinschaftlichen Vermögen.[34]) Der andere Ehegatte haftet mit seinem Anteile nach dem Gesetze (§ 1235) nur dann, wenn die Schuld „zum Nutzen des gemeinschaftlichen Gutes verwendet" worden ist.[35])

C. Das Heiratsgut.

§ 438.

1. Begriff. Gegenstand. Bestellung.[1])

I. Der Ehemann ist verpflichtet, die Frau und die Kinder standesgemäß zu erhalten. Indem er sich ein Heiratsgut ausbedingt, sichert er sich aus dem Vermögen der Frau oder ihrer Angehörigen einen Beitrag zu diesem Aufwande.

1. „Unter Heiratsgut versteht man dasjenige Vermögen, welches von der Ehegattin oder für sie von einem Dritten dem Manne zur Erleichterung des mit der ehelichen Gesellschaft verbundenen Aufwandes übergeben oder zugesichert wird" (§ 1218).[2]) Daraus ergibt sich:

a) Das Heiratsgut wird stets dem Manne bestellt. Das der Tochter versprochene Heiratsgut ist kein Heiratsgut im Sinne des § 1218 und wird besser als „Ausstattung" bezeichnet, oben § 435, III, 1.

b) Die Frau bestellt das Heiratsgut oder für sie ein Dritter.[3]) Danach steht fest, daß dieser Ehepakt auch zwischen einem Dritten und

[31]) Entsch. Slg. IV Nr. 1464, VII Nr. 2803.

[32]) Entsch. Peitler 2. Aufl. Nr. 996; vgl. auch Entsch. Slg. Nr. 11.975.

[33]) Vgl. Entsch. Slg. Nr. 15.350. Über Heiratsgut und Widerlage s. oben Note 7.

[34]) Nur für die Handelsschulden der Handelsfrau haftet außer ihrem Sondervermögen gemäß Art. 8 HGB. das ganze gemeinschaftliche Vermögen. Staub-Pisko, Komm. zu diesem Art.

[35]) Über diese nicht eben glückliche Formel Kafka S. 242 ff.

[1]) Über die Geschichte des Heiratsgutes s. Hradil a. a. O. (oben § 435 Note 1) S. 26 ff.

[2]) Code civil Art. 1540 (Dot): „pour supporter les charges du mariage". Schweiz. ZGB. Art. 247 (Ehesteuer): „zur Tragung der ehelichen Lasten".

[3]) Ebenso Codice civile Art. 1388: „od altri per essa".

dem Manne geschlossen werden kann (Sippenvertrag, oben § 435 bei Note 9). Gewöhnlich wird das Heiratsgut von der Frau oder von ihren Eltern bestellt. Die Eltern sind dazu verpflichtet (unten § 457), wenn die Frau kein ausreichendes Vermögen besitzt (§ 1220). Es kann aber auch jeder Dritte freiwillig ein Heiratsgut bestellen.

c) Zweck ist die Erleichterung des ehelichen Aufwandes. Deshalb ist die Bestellung des Heiratsgutes ein Ehepakt; sie tritt erst mit der Eheschließung in Kraft und kann nach Auflösung der Ehe nicht mehr vorgenommen werden. Sie gilt um des angegebenen Zweckes willen nicht als Schenkung (unten 2).

d) Das Heiratsgut wird entweder durch Übergabe oder durch Zusicherung bestellt.[4]) Die Frage, ob auch im Falle der Bestellung durch Übergabe ein Notariatsakt erforderlich sei, ist oben § 435, III, 2 erörtert worden.

Vom Heiratsgute ist die Aussteuer zu unterscheiden. Sie besteht in Gegenständen, die zum persönlichen Gebrauche der Frau und zur ersten Einrichtung des Hauswesens gehören und bleibt freies Vermögen der Frau.

2. Die Frage, ob in der Zuwendung eines Heiratsgutes eine Schenkung liege, ist oft untersucht, dabei aber nicht immer gehörig zwischen Heiratsgut im engeren Sinne und Heiratsgut im Sinne von Ausstattung unterschieden worden.

a) In der Bestellung eines Heiratsgutes im engeren Sinne liegt keine Schenkung an den Mann.[5]) Gerade um den Unterschied gegenüber der Schenkung zu betonen, sagt § 1218 nach dem Vorbilde der römischen Quellen[6]), daß das Heiratsgut „zur Erleichterung des mit der ehelichen Gesellschaft verbundenen Aufwandes" bestellt werde. Ob hierin wirklich eine den Schenkungscharakter ausschließende Gegenleistung liege[7]), ist nicht zu untersuchen, genug daran, daß das Gesetz um dieser Zweckbestimmung willen die Bestellung des Heiratsgutes nicht als Schenkung behandelt wissen will.[8]) Dabei bleibt es, auch wenn das Heiratsgut

[4]) Die Schlußworte des § 1218 („übergeben oder zugesichert wird") erinnern an die römische Gleichstellung von datio und promissio dotis. Ogonowski, Ehegüterrecht S. 193. Daß schon in der Zusicherung die Bestellung des Heiratsgutes liegt, hat Bedeutung z. B. für die Auslegung des § 29 Z. 3 KO. Alb. Ehrenzweig, Komm. zur AnfO. S. 201.

[5]) Entsch. Peitler 2. Aufl. Nr. 984, Slg. Nr. 1631, 3636, 4005, 6545, 15.478, anders Entsch. Peitler Nr. 983, Slg. Nr. 3807, 10.838, 12.858, X Nr. 3664.

[6]) l. 21 § 1 D. De donat. inter v. e. u. 24, 1: „. . . non est ista donatio, cum pro oneribus matrimonii petantur." Ortmann, Entgeltliche Geschäfte S. 80.

[7]) So Stubenrauch S. 412, 419, dagegen Swoboda GZ. 1870 Nr. 70, 71. Desgleichen Kirchstetter S. 576, weil der Mann sonst die ehelichen Lasten allein aus seinem Vermögen zu bestreiten genötigt gewesen wäre, und so auch Ogonowski S. 175 f. Vgl. auch Ortmann, Entgeltliche Verträge S. 79, der beim Mitgiftversprechen die Übernahme der Ehelasten als Gegenleistung gelten läßt; ebenso Gierke, Deutsches Privatrecht § 191 Note 5.

[8]) Wir verzichten „auf die tiefere Erfassung des Wesens des Verhältnisses"

nach dem Tode der Frau dem Manne zufällt.[9]) Der Mann ist also nicht Beschenkter im Sinne des § 951.[10])

b) Eine ganz andere Frage ist es, ob die Zuwendung eine Schenkung an die Frau sei.

α) Verspricht ihr ein Dritter eine Ausstattung, damit sie ihrem Manne ein Heiratsgut bestellen könne, so ist dies eine Schenkung, wenn und soweit der Dritte hiezu nicht verpflichtet war (oben § 132, I, Z. 3).[11]) Ein Versprechen der Eltern an die Frau, das sich im Rahmen der gesetzlichen Ausstattungspflicht hält, bedarf nicht der Form des Notariatsaktes, denn es ist weder Schenkung noch Ehepakt.[12]) Freilich ist mit dem formlosen Versprechen nicht viel gewonnen, eben weil es über diesen Rahmen nicht hinausgehen kann[13]), aber wertlos ist es nicht. Denn der Betrag der Ausstattung oder Dotierung wird innerhalb weiter Grenzen zunächst durch das Übereinkommen selbst und nur, wenn keine Einigung zu stande kommt, vom Richter festgesetzt. Die freiwillig gewährte Ausstattung kann über das erzwingbare Mindestmaß weit hinausgehen, ohne zur Schenkung zu werden. Nur wenn die Beteiligten darüber einig sind, daß das Maß der gesetzlichen Verpflichtung überschritten werden solle oder „wenn die Unverhältnismäßigkeit eine offenbare ist"[14]), liegt hinsichtlich des Übermaßes eine Schenkung vor.

β) Verspricht der Dritte unmittelbar dem Manne für die Frau ein Heiratsgut, so liegt darin zugleich eine Ausstattung der Frau. Ihr gegenüber ist also das Geschäft, wenn der Dritte dazu nicht verpflichtet war, Schenkung. Zugleich bestimmt aber die mit dem Manne getroffene Vereinbarung das ehegüterrechtliche Schicksal dieser Ausstattung: der Mann soll sie als Heiratsgut empfangen. Ihm gegenüber ist also das Geschäft keine Schenkung.[15]) Das macht hinsichtlich der Form keinen Unterschied[16]),

(Neubecker, Die Mitgift S. 90). Was ist denn damit gewonnen, wenn man mit Ogonowski S. 173 ff. glücklich herausbringt, daß das Heiratsgut eigentlich eine Schenkung sei, aber eine Schenkung, die das Gesetz „ausnahmsweise" nicht als Schenkung behandle?

[9]) A. M. Krainz, auch Krasnopolski IV S. 155; vgl. dagegen Windscheid § 492 Note 1 a. E., Neubecker S. 226. — Erbgebühr: § 1 Abs. 1 Z. 3 KaisV. v. 15. Sept. 1915 Nr. 278. Frühere Gebührenbehandlung: Korr. in den JVl. 1908 Nr. 18, Dr. A., Wichtige Entscheidungen aus der Gebührenpraxis NotZ. 1908 Nr. 47.

[10]) Vgl. Entsch. Slg. Nr. 15.478. Aber § 950 ist analog anzuwenden, der Unterhalt darf ja auch durch Leibrentenverträge nicht verkürzt werden (§ 1286).

[11]) Aber gebührenrechtlich wird das Geschäft in jedem Falle als Schenkung behandelt, § 31 KaisV. v. 15. Sept. 1915.

[12]) Judikat Nr. 239 v. 9. Nov. 1915 OG. Nr. 1671, Entsch. Slg. X Nr. 7394, Entsch. v. 17. Nov. 1914 NotZ. 1915 Nr. 30.

[13]) Entsch. Slg. XVI Nr. 6333.

[14]) Gründe des Jud. Nr. 239 (oben Note 12).

[15]) Vgl. für das Mitgiftversprechen des deutschen Rechtes — in der Hauptsache übereinstimmend — Neubecker § 22, Ortmann § 6, Haymann IheringsJ. 56, 125.

[16]) Der Notariatsakt ist notwendig, nicht, wie Entsch. Slg. X Nr. 3614 meint, weil das Geschäft Schenkung, sondern weil es Ehepakt ist.

wohl aber ergibt sich daraus z. B., daß der Besteller die Zuwendung nicht wegen Undankes widerrufen kann.[17])

II. Gegenstand des Heiratsgutes kann alles sein, was sich veräußern oder[18]) nutzen läßt (§ 1227): körperliche Sachen, Fruchtgenuß- und Wohnungsrechte, Forderungen, angefallene Erbschaften, auch das ganze Vermögen der Frau.

III. „Hat sich der Ehemann vor geschlossener Ehe kein Heiratsgut bedungen, so ist er auch keines zu fordern berechtiget" (§ 1225, Satz 1). Der Mann kann also ein Heiratsgut nur auf Grund eines Ehepaktes, nicht auf Grund des Gesetzes fordern.[19]) Die Worte „vor geschlossener Ehe" sind müßig. Ein reichsdeutscher Schriftsteller[20]) ist anderer Meinung. Ihm erscheint der erste Satz des § 1225 als „ein wichtiger Satz: das Heiratsgut muß also vor geschlossener Ehe versprochen sein." Ein Heiratsgut könne zwar auch nachher bestellt werden, wenn jedoch der Vertrag mit dem Schwiegervater nicht schon vor der Ehe geschlossen worden sei, so könne eben aus dem Vertrage nichts gefordert werden. Aber die Unterscheidung zwischen einem solchen Vertrage und der Bestellung selbst ist dem Gesetze fremd. Ist ein Heiratsgut zugesichert, so ist es auch schon bestellt (§ 1218). Gemeint — aber nicht bestimmt genug ausgesprochen — ist, daß der Bräutigam, der heiratet, ohne sich ein Heiratsgut versprechen zu lassen, auf ein solches verzichte;[21]) den Redaktoren erschien dieser Verzicht bedeutsam, weil sie annahmen, daß er den Dotierungsanspruch der Frau aufhebe (darüber unten § 457).

IV. „Die Übergabe des bedungenen Heiratsgutes kann, wenn keine andere Zeit festgesetzt worden ist, gleich nach geschlossener Ehe begehret werden" (§ 1225, Satz 2). Damit sind die gesetzlichen Fristen des älteren Rechtes aufgehoben worden.

---

[17]) Entsch. Slg. Nr. 6880. In diesem Falle wollte der Schwiegervater das Mitgiftversprechen wegen Undankes des Schwiegersohnes widerrufen. Das lehnte der OGH. nur im Hinblick auf die Dotationspflicht ab. Aber auch der Nichtverpflichtete könnte die Zusage nur wegen Undankes der Frau und nur ihr gegenüber, unbeschadet der Rechte des Mannes, widerrufen.

[18]) Ogonowski S. 189. Das Gesetz (§ 1227) sagt „und". Danach wäre ein dem Manne eingeräumtes Wohnungsrecht kein Heiratsgut. So wirklich Entsch. Slg. IV Nr. 1651. Vgl. dagegen Windscheid § 494 Note 2. Andrerseits kann auch ein unverzinsliches Los als Heiratsgut übergeben werden; die Absicht wird dann in der Regel dahin gehen, daß der allfällige Treffer Heiratsgut, nicht daß er (oder gar das noch nicht gezogene Los — Entsch. Slg. Nr. 7185) Eigentum des Mannes sein und bleiben solle.

[19]) Dieser Anspruch ist weder abtretbar noch pfändbar, oben § 329 Note 9.

[20]) Neubecker, Die Mitgift S. 88.

[21]) Ofner, Prot. II S. 138: „Ref. (Zeiller) führte an, daß, wenn vor der Heirat kein Heiratsgut bestimmt worden, nach dem JosGB. § 57 auch keines mehr gefordert werden könne. Zur Vermeidung der Streitigkeiten und weil zu vermuten ist, daß der Bräutigam gar kein Heiratsgut verlange, sei diese Anordnung vernünftig." In seinem Kommentar zu § 1225 sagt Zeiller ausdrücklich, daß eine Vermehrung des Heiratsgutes auch noch nach der Ehe verabredet werden könne.

V. Bestellt die Frau selbst das Heiratsgut, so steht ihr, wenn sie volljährig ist, die Art der Bestellung vollkommen frei; sie kann mit ihrem Manne beliebige Verabredungen treffen. Ist sie aber minderjährig (pflegebefohlen), so bedarf es zur Gültigkeit der Bestellung des Heiratsgutes aus ihrem Vermögen nebst der Zustimmung ihres ehelichen Vaters oder Vormundes auch der Genehmigung des vormundschaftlichen Gerichtes (§ 1219). Nur in jenen Ausnahmsfällen, wo auch Minderjährige selbständig Verbindlichkeiten eingehen können[22]), dürfen sie auch ohne Beteiligung ihrer Vormundschaft ein Heiratsgut bestellen.

Versprechen die Eltern der minderjährigen Braut dem Bräutigam ein Heiratsgut, so wird — wenn die Braut ausreichendes Vermögen besitzt — im Zweifel angenommen, daß das Heiratsgut von dem Vermögen der Braut, nicht von dem der Eltern ausgesetzt worden sei; der Vertrag[23]) bedarf also der pflegschaftsbehördlichen Genehmigung.[24]) Wenn die Eltern jedoch das Heiratsgut ohne diese Genehmigung wirklich ausgezahlt haben, so wird vermutet, daß sie es aus eigenem Vermögen getan haben; sie können also von der Tochter keinen Ersatz verlangen (§ 1224).[25])

§ 439.

2. Rechtsverhältnis während der Ehe und nach ihrer Auflösung.

I. Während der Ehe ist der Mann entweder Fruchtnießer oder Eigentümer des Heiratsgutes.

1. Im Zweifel ist er Fruchtnießer, Eigentümerin ist die Frau und dies auch dann, wenn das Heiratsgut für sie ohne Vorbehalt von einem Dritten bestellt worden ist.[1]) Das gilt insbesondere dann, wenn das Heiratsgut „in unbeweglichen Gütern, in Rechten oder Fahrnissen, welche mit Schonung der Substanz benützt werden können" (§ 1228), besteht. Der Mann gilt hier als Fruchtnießer auch des Zuwachses und sonstiger Erweiterungen der eingebrachten Sachen, so des auf dem Grundstücke aufgeführten Gebäudes, des mit eingebrachten Losen gemachten Treffers[2]) u. dgl.[3]) (§ 1227).

Das Recht des Mannes richtet sich nach den für den Fruchtgenuß geltenden Regeln. Es bedarf also hinsichtlich unbeweglicher Sachen der Einverleibung und erlangt dadurch den Vorrang (oben § 270, I) vor den später eingetragenen Gläubigern der Frau.[4]) Auch wenn der Frucht-

[22]) Z. B. über das durch eigenen Fleiß erworbene Vermögen.

[23]) Nicht die Erfüllung, wie Neubecker S. 89 meint; vgl. § 1219 a. E.

[24]) Bestellen die Eltern das Heiratsgut im eigenen Namen, so ist die gerichtliche Genehmigung nicht erforderlich. Entsch. Slg. Nr. 5523. Im Falle der Entsch. Slg. XIII Nr. 5065 war die minderjährige Braut „als Vertragsteil angeführt".

[25]) Vgl. l. 7 C. 5, 11, DBGB. § 1625, franz. GB. Art. 1546, ital. GB. Art. 1394.

[1]) Vgl. Entsch. Slg. XV Nr. 5744.

[2]) Oben § 438 Note 18.

[3]) Der Mann wird nur Fruchtnießer, nicht Eigentümer des Zuwachses: Ofner, Prot. II S. 138 ff.

[4]) Entsch. Slg. Nr. 11.359. Anders aber nach Art. 8 HGB.

genuß einer nicht eingetragenen Forderung oder die zeitweilige Befreiung von einer Schuld den Gegenstand des Heiratsgutes bildet, ist der Mann gegenüber den Gläubigern der Frau gesichert.[5])

2. Der Mann wird Eigentümer, wenn das Heiratsgut

a) in barem Gelde besteht (§ 1227). Der Mann muß also das Geld nicht für die Frau verzinslich anlegen[6]) und die mit dem Gelde angeschafften Sachen, auch z. B. Wohnungseinrichtung, werden Eigentum des Mannes.[7])

b) Ebenso wird der Mann Eigentümer der sonstigen verbrauchbaren Sachen (§ 1227) mit der Verpflichtung, den Wert seinerzeit zurückzustellen (oben I, § 254).[8])

c) Der Mann wird Gläubiger, wenn ihm Forderungen als Heiratsgut abgetreten werden (§ 1227); er kann sie einziehen oder sonst darüber verfügen und schuldet den Betrag, auf den sie lauten. Das gilt z. B. für Hypothekarforderungen[9]) und für Ansprüche aus Lebensversicherungspolizzen.[10]) Auch die übergabe von Inhaberpapieren darf nicht ohne Rücksicht auf die Parteiabsicht als Abtretung (§ 1393) angesehen werden.[11]) Werden die Forderungen nicht abgetreten, so wird der Mann nur Fruchtnießer.[12])

d) Der Mann wird auch dann Eigentümer, wenn er das Heiratsgut für einen bestimmten Preis übernommen hat (§ 1228). Der Umstand allein, daß in den Ehepakten oder in der Empfangsbestätigung[13]) ein Schätzwert angegeben worden ist, genügt hiezu nicht.[14]) Die Angabe des Schätzwertes kann auch den Zweck haben, einen Maßstab für Ansprüche wegen Verlustes, Verschlimmerung oder Verbesserung festzulegen.[15])

3. Das gesetzliche Generalpfandrecht der Frau an dem Vermögen des Mannes ist in der Josefinischen Zeit beseitigt worden.[16]) Es bleibt nun dem Besteller des Heiratsgutes[17]) oder der Frau[18]) überlassen, ange-

[5]) Im ersten Falle liegt eine Abtretung der Zinsen vor, die dem Manne nicht mehr verkümmert werden kann, im zweiten eine auch gegen die Gläubiger des Bestellers wirkende Hinausschiebung der Zahlungszeit.

[6]) Anders bei der Güterverbindung des deutschen Rechtes: § 1377 DBGB.

[7]) Werden sie also von den Gläubigern des Mannes gepfändet, so kann die Frau nicht die Widerspruchsklage erheben. Klang, Exszindierungstypen S. 17 f. Anders § 1381 DBGB.

[8]) Krasnopolski IV S. 173: „Diese Ansicht steht aber im Widerspruche mit Prot. II, 138." Nach Krasnopolski ist der Mann zur „Rückstellung in genere" verpflichtet. Aber das Gesetz spricht — anders als das JosGB. — von verbrauchbaren, nicht von vertretbaren Sachen.

[9]) Entsch. Slg. Nr. 11.359.

[10]) Entsch. Slg. XV Nr. 5744.

[11]) Oben § 438 Note 18.

[12]) Ofner, Prot. II S. 138 f.

[13]) Entsch. Slg. Nr. 59, anders Nr. 120.

[14]) Ebenso Code civil Art. 1552 für Liegenschaften. Dagegen gilt für Fahrnisse nach Art. 1551 die Regel „l'estimation vaut vente" Vgl. auch Art. 1401 f. des ital. GB.

[15]) Ofner, Prot. II S. 139, Ogonowski S. 301 f.

[16]) Pfaff und Hofmann, Exkurse I 205, E. Weiß, Pfandrechtliche Untersuchungen II S. 85, 95.

[17]) Entsch. Slg. Nr. 6680.

[18]) Entsch. Slg. Nr. 2216, Ogonowski S. 291.

messene Sicherstellung zu verlangen. Nach § 1245[19]) kann dieses Verlangen gestellt werden

a) „bei der Übergabe". Hier kann von einem gesetzlichen Sicherstellungsanspruche keine Rede sein. Denn gewiß ist der Mann zur Sicherstellung nur verpflichtet, wenn er sie versprochen hat.[20]) Will er das Heiratsgut nicht sicherstellen, so kann ihm die Bestellung[21]) oder die Verehelichung[22]), nicht aber die Übergabe des bereits bestellten (zugesicherten) Heiratsgutes verweigert werden.[23]) Mit der Dotationspflicht (Ausstattungspflicht) der Eltern hat § 1245 nichts zu schaffen. Verlangt die großjährige Braut von ihren Eltern, daß sie dem Bräutigam ein Heiratsgut bestellen, so können sie die Bestellung nicht gegen den Willen der Braut von einer Sicherstellung abhängig machen.[24]) Die Sicherstellung des § 1245 wird ja der Frau geleistet und die großjährige Frau kann selbst auf eine bereits geleistete Sicherstellung jederzeit verzichten. Vormünder und Beistände „einer pflegebefohlenen Braut können die Sicherstellung des Heiratsgutes und ebenso der bedungenen Widerlage und des Witwengehaltes ohne Genehmigung des obervormundschaftlichen Gerichtes nicht erlassen" (§ 1245). Das gilt auch für den Vater, der das Heiratsgut aus dem Vermögen seiner minderjährigen Tochter bestellt.[25]) Nun bedürfen die Ehepakten, wenn darin über das Vermögen der Minderjährigen verfügt wird[26]), in jedem Falle der gerichtlichen Genehmigung, gleichviel ob die Sicherstellung verlangt oder ob sie erlassen wird. Das Besondere ist, daß gegen die Regel des § 230 nicht immer auf Mündelsicherheit gedrungen werden muß, daß vielmehr eine den Verhältnissen angemessene, also eine mit schonender Rücksicht auf den Erwerb und Kredit des Mannes bestimmte Sicherheit genügt[27]) und daß auf eine solche Sicherheit auch ganz verzichtet werden kann.[28]) Auf keinen Fall rechtfertigt also § 1245, Schlußsatz, das nachträgliche Verlangen einer nicht bedungenen Sicherstellung.[29]) Hat der

[19]) Harrasowsky, Entw. Martinis S. 201 Note 16, Ogonowski S. 289 ff., Geller, Die Sicherstellung des Heiratsgutes in der GH. 1882 Nr. 17—23 (auch Sonderabdruck).

[20]) Notariatsakt: Entsch. Slg. VII Nr. 2774.

[21]) Deshalb spricht § 29 Z. 3 KO. von der Bestellung, nicht, wie § 3 AnfG. v. 1884, von der Empfangnahme des Heiratsgutes. Alb. Ehrenzweig, Komm. S. 201.

[22]) § 190 Abs. 2 VaSt.

[23]) So schon Zeiller III S. 624; dagegen Ogonowski S. 291 f., Entsch. Slg. Nr. 6680 und Gründe der Entsch. Slg. II Nr. 695.

[24]) Dagegen Entsch. Slg. XIV Nr. 5612.

[25]) Nicht auch sonst. Entsch. Slg. Nr. 14.479, I Nr. 371, Winiwarter S. 462, Ellinger zu § 1245, Stubenrauch S. 442, Krasnopolski IV S. 171; dagegen Entsch. Slg. Nr. 7402.

[26]) Oben § 438 Note 24.

[27]) Ofner, Prot. II S. 148: „eine annehmbare, jedoch mit der Natur des Heiratsgutes und der ehelichen Gesellschaft verträgliche Sicherstellung".

[28]) Mit Recht bezeichnet E. Weiß a. a. O. S. 108 § 1245 Satz 2 als eine an den Vormund (nicht an den Mann!) gerichtete Schutznorm, einen Ausfluß der Fürsorgepflicht. Ebenso Entsch. Slg. I Nr. 371: „eine besondere Vorschrift für Vormünder und Kuratoren".

[29]) Wie z. B. Entsch. Slg. Nr. 7402 annimmt.

Vater das Heiratsgut im Namen der minderjährigen Tochter ohne gerichtliche Genehmigung bestellt, dann ist die Bestellung selbst ungültig und das Heiratsgut kann zurückgefordert werden.

b) Nachträglich kann angemessene Sicherstellung nur verlangt werden, „wenn in der Folge Gefahr eintritt" (§ 1245, Satz 1). Hier also besteht ein gesetzlicher Sicherstellungsanspruch.[30]) Er hat seit dem Anfechtungsgesetze von 1884 sehr an Bedeutung verloren. Nach § 29 KO., § 3 AnfO. steht dem Anfechtungsrechte der Gläubiger diese gesetzliche Verpflichtung nicht im Wege.[31]) Immerhin ist sie nicht aufgehoben worden. Die Sicherstellung ist ja zunächst gültig und sie kann durch Zeitablauf (oben § 409, S. 503) der Anfechtung entrückt werden.

II. Nach Auflösung der Ehe ist, soweit nicht etwas anderes vereinbart wurde, das Heiratsgut an die Frau oder ihre Erben zurückzustellen, da es seinen Zweck erfüllt hat[32]), und zwar nicht nur, wenn sie die Bestellerin war, sondern auch wenn es von einem Dritten bestellt worden ist, weil das Heiratsgut im Zweifel auch Versorgung der Frau sein soll und das von ihren Eltern bestellte als Abschlagszahlung auf ihren Pflichtteil betrachtet wird (§ 788). Doch kann der Mann durch besondere Bestimmung[33]) von der Rückstellung befreit werden; es bedarf aber dazu, auch wenn das Heiratsgut von den Eltern der Frau bestellt wurde, der Zustimmung der Frau, weil sie ein gesetzliches Recht auf Rückstellung hat. Nur wenn ein Dritter freiwillig das Heiratsgut bestellte, kann er auch für den Fall der Auflösung der Ehe dessen Schicksal frei bestimmen, und daher auch den Rückfall zu eigenen Gunsten vorbehalten, § 1229.[34]) Außerdem entfällt die Rückstellung selbstverständlich, wenn das Heiratsgut in einer Rente besteht.

Helfert[35]) behauptet[36]), die Rückstellungspflicht trete immer — also auch wenn die Frau vor dem Manne gestorben ist — erst nach

[30]) § 520 ist nicht anzuwenden, vgl. — gegen v. Anders, FamR. S. 167 — E. Weiß a. a. O. S. 109 Note 2. Über die Vollstreckung des gesetzlichen und vertragsmäßigen Sicherstellungsanspruches vgl. Entsch. Slg. XVI Nr. 6539 (vollstreckbarer Notariatsakt) und R. Schneeweiß, Korr. JBl. 1909 Nr. 20 (Zwangsverwaltung).

[31]) Oben § 409 Note 36. Entsch. Slg. Nr. 12.589, VII Nr. 2774. Uranitsch, Das Verhältnis des § 1245 zu Z. 2 der §§ 3, 30 AnfG. in den JBl. 1885 Nr. 10, Rintelen, Handbuch § 44 Note 7, Alb. Ehrenzweig, Komm. S. 203, E. Weiß a. a. O. S. 98 f., Bartsch, Konkursrecht S. 255.

[32]) Vgl. Westgal. GB. III § 322: „Weil das Heiratsgut dem Mann zur Bestreitung der Ehestandskosten ausgesetzt worden ist; so gilt die rechtliche Vermutung, daß solches nach dem Tode des Mannes seiner Ehegattin und wenn sie vor ihm stirbt, ihren Erben heimfalle . . ."

[33]) Entsch. Slg. Nr. 2500.

[34]) Sog. dos receptitia.

[35]) Über den Heimfall des Heiratsgutes bei Trennung der Ehe durch den Tod Prag 1843. Vgl. auch J., über die Verpflichtung zur Rückzahlung des Heiratsgutes in der NotZ. 1885 Nr. 12, Dreifurs, über den Heimfall des Heiratsgutes ebda. 1897 Nr. 20 und 21.

[36]) Vgl. Helm ZfRuSt. 1828 II S. 228, Nippel VII S. 580, Winiwarter IV S. 443, 444, Stubenrauch III S. 425, Kirchstetter S. 580, Nedomanski in Petruskas Zeitschr. 1859 Nr. 31; Pfaff, Aus den älteren Materialien des ABGB. in Gellers ZBl. 1907 S. 23 ff. stellt

dem Tode des Mannes ein; dafür spreche der Wortlaut des § 1229 und die Erwägung, daß auch nach dem Tode der Frau der eheliche Aufwand fortdauere.[37]) Dagegen spricht aber § 1218 (Worte: „ehelichen Gesellschaft"), und § 1227 (Worte: „eheliche Gesellschaft fortgesetzt wird"); für den späteren ehelichen Aufwand sorgen §§ 732, 762, 757 bis 759, 796; unerträglich wäre das Ergebnis, daß auch der zur zweiten Ehe schreitende Mann das Heiratsgut der ersten Ehe weiter genießen dürfte. Allerdings ist § 1229, Satz 1, zweideutig; daß aber der Schlußsatz nur ungenau gefaßt ist, ergibt sich daraus, daß der freiwillige Besteller des Heiratsgutes sich den Rückfall ohne Zweifel für jeden beliebigen Moment — selbst für einen Zeitpunkt, wo beide Gatten noch am Leben sind — ausbedingen kann.

Das Heiratsgut ist zurückzustellen auch bei gerichtlicher Trennung der Ehe; desgleichen, und zwar aus dem Gesichtspunkt des Vorliegens einer grundlosen Leistung, bei der Nichtigerklärung der Ehe (§ 1265).

Bei einverständlicher Scheidung können die Gatten das Schicksal der Ehepakten einverständlich bestimmen. Wählen sie die Aufhebung, so ist das Heiratsgut zurückzustellen.

Bei uneinverständlicher Scheidung kann, wenn kein Ehegatte oder wenn beide Schuld tragen, jeder, sonst der schuldlose Teil die Aufhebung der Ehepakte verlangen, und damit die Rückfälligkeit des Heiratsgutes hervorrufen (§ 1264.[38])

III. Wenn während des Bestandes der Ehe über das Vermögen des Mannes der Konkurs[39]) eröffnet wird, so kann die Ehefrau, sofern sie nicht Eigentümerin des Heiratsgutes und auch nicht durch ein Pfandrecht gedeckt ist, ihre Heiratsgutsforderung nur als Konkursgläubigerin in der dritten Klasse geltend machen;[40]) sie muß sich also mit dem Konkursanteile begnügen. Aber auch hinsichtlich dieses Anteiles kann sie nicht Zahlung[41]), sondern nur Sicherstellung für den Fall der Auflösung der Ehe verlangen: § 1260 und Art. III, Z. 2 EinfV. zur KO. Die Zinsen des sichergestellten Betrages sollten — da der Genuß des Heiratsgutes nicht der Frau, sondern dem Manne gebührt — in die Konkursmasse des Mannes fallen. Weil aber der Mann als Gemeinschuldner den Unterhalt seiner Familie nur aus demjenigen bestreiten kann,

(S. 30 f.) fest, „daß der von Helfert behauptete Rechtssatz zu allen Zeiten dem österreichischen Rechte fremd geblieben ist".

37) Vgl. Entsch. Slg. IV Nr. 1651.

38) Entsch. Slg. Nr. 4343: Eigenmächtige Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft entzieht dem Manne den Genuß des Heiratsgutes nicht.

39) Ullmann in Grünhuts Zeitschr. 4, 97, Rintelen, Handbuch S. 353 ff.

40) Die (ungültige) Vereinbarung, daß das als Heiratsgut übergebene Vargeld Eigentum der Frau bleiben solle, kann daran nichts ändern. Entsch. Slg. VI Nr. 2401.

41) Auch dann nicht, wenn die (ungültige) Vereinbarung getroffen wurde, daß die Heiratsgutsforderung im Konkursfalle sofort fällig sein solle. Entsch. Slg. Nr. 1834. Über sonstige Vereinbarung der Rückstellung vor Beendigung der ehelichen Gemeinschaft: Fried, Rückstellung des Heiratsgutes und Ausfolgung der Widerlage in der NotZ. 1887 Nr. 30. Vgl. auch § 29 Z. 3 KO.

was er durch eigene Tätigkeit oder unentgeltlich erwirbt und im übrigen von der Gnade der Gläubiger abhängt (§ 5 KO.), so daß die Lasten der Ehe nunmehr oft genug tatsächlich von der Frau ganz oder teilweise getragen werden müssen[42]), gibt das Gesetz der Frau, die nicht nachweislich den Vermögensverfall des Mannes verursacht hat, zunächst den Anspruch auf Auszahlung des Witwengehaltes, wenn aber keiner bedungen ist (oder der Witwengehalt wegen Unzulänglichkeit der Masse nicht zugewiesen wird)[43]), auf den Genuß des Heiratsgutes (§ 1260). Demgemäß werden ihr von der Zeit der Konkurseröffnung angefangen, wenn sie Eigentümerin ist, die Früchte des ganzen Heiratsgutes, wenn sie Konkursgläubigerin ist, die Zinsen des auf das Heiratsgut entfallenden Konkursanteiles zufallen. Wenn nun, gemäß der gesetzlichen Regel, das Kapital selbst nach Auflösung der Ehe der Frau gebührt, so wäre es wohl das Einfachste, ihr das Heiratsgut (den Konkursanteil) sofort auszufolgen. Dennoch kann sie das nicht verlangen.[43a]) Der Masse mag es unter Umständen leichter fallen, die Zinsen sicherzustellen oder die bereits bestehende Sicherstellung aufrechtzuhalten, als das Kapital sofort flüssig zu machen. Auch dem Manne kann daran liegen, daß die Frau und ihre Gläubiger während der Dauer der Ehe das Kapital nicht angreifen können. Aber mit Zustimmung des Mannes kann der Masseverwalter der Frau das Heiratsgut sofort ausfolgen.[44]) Nach Aufhebung des Konkurses hängt es nur vom Einverständnisse der Ehegatten ab, das Schicksal des sichergestellten Heiratsgutes, dessen Zinsen der Frau zugewiesen worden sind, zu bestimmen.[45])

Bei der Meistbotverteilung ist das pfandrechtlich sichergestellte Heiratsgut als eine betagte, unverzinsliche Forderung der Frau nach § 223 EO. zu behandeln. Es ist also das Kapital für die Frau sicherzustellen oder die Schuld vom Ersteher in Anrechnung auf das Meistbot zu übernehmen; die Zinsen aber sind in beiden Fällen zur Befriedigung der im Range nachfolgenden Gläubiger zu verwenden. Das ist feste Praxis[46]) — trotz der naheliegenden Analogie des § 1260.

IV. Nach § 1c NotZwangsG. ist die Gültigkeit von Bestätigungen über den Empfang des Heiratsgutes durch die Aufnahme eines Notariatsaktes bedingt, auch wenn sie anderen Personen als der Ehegattin ausgestellt werden. Entbehrt eine Empfangsbestätigung dieser Form, so ist die Quittungspflicht (§ 1426) hiemit nicht erfüllt, die gesetzlichen Vermutungen, die sich an eine gültige Quittung knüpfen (§§ 1427, 1429), treten nicht ein, die Urkunde kann weder eine Einverleibung noch eine Vormerkung begründen, weil die „zu ihrer Gültigkeit

[42]) Krasnopolski in Grünhuts Zeitschr. 15, 87.

[43]) Während das Heiratsgut Eigentum der Frau oder bereits sichergestellt ist, Ullmann S. 98, Ogonowski S. 432.

[43a]) Vgl. — gegen Nippel — Stubenrauch 8. Aufl. III S. 566 Note 4, Ogonowski S. 432 Note 3.

[44]) Entsch. Slg. IX Nr. 3422.

[45]) Entsch. Slg. IX Nr. 3500.

[46]) Entsch. Slg. V Nr. 1877, VIII Nr. 2938, X Nr. 3908, XV Nr. 5742.

vorgeschriebene Form" (§ 26 GrundbG.) fehlt usf. Im Prozesse entbehrt die ungültige Empfangsbestätigung der Beweiskraft.[47])

Wo das Notariatszwangsgesetz nicht gilt (Nordtirol), genügt eine Privaturkunde auch im Konkurse des Mannes, doch stellt hier ihr Datum den Beweis über die Zeit der Ausstellung nicht her (§ 55, Abs. 2 KO.), während der Notariatsakt auch nach dieser Richtung hin Beweis macht. Das Datum der Empfangsbestätigung ist im Konkurse wichtig, weil eine vom Manne erst nach der Konkurseröffnung über sein Vermögen ausgestellte Bestätigung schon nach § 1226[48]) zu Gunsten der Frau und ihrer Rechtsnachfolger gegenüber den Gläubigern des Mannes den Beweis des Empfanges nicht herstellt und weil nach § 55 KO. das Gleiche auch für vorher ausgestellte Quittungen gilt, wenn sie nicht entweder zur Zeit der Empfangnahme[49]) oder früher als zwei Jahre vor der Konkurseröffnung ausgestellt worden sind. Denn es ist verdächtig, wenn der Ehemann erst nachträglich — längere Zeit nach dem angeblichen Empfange — eine Bestätigung, wenn auch in Form eines Notariatsaktes, ausstellt und dann (binnen zwei Jahren) in Konkurs kommt.

Keiner Beschränkung unterliegt der Beweis des Empfanges des Heiratsgutes, wenn er nicht durch eine Empfangsbestätigung des Mannes, sondern in anderer Weise, z. B. durch Zeugen geführt werden soll.[50])

§ 440.

D. Die Verwaltung des freien Vermögens.

I. Freies Vermögen (§ 1238) ist dasjenige Vermögen, das die Frau außer dem Heiratsgute besitzt, also, wenn keine Ehepakten errichtet

[47]) Nach Art. VII Z. 2 EinfG. zur ZPO. bleiben diejenigen Vorschriften des bürgerlichen Rechtes unberührt, durch welche die Beweiskraft einer Privaturkunde von bestimmten Erfordernissen abhängig gemacht ist, um so gewisser also diejenigen, welche einer Privaturkunde die Beweiskraft ganz absprechen und nur eine öffentliche Urkunde (Notariatsakt) zulassen. Daß § 272 ZPO. nicht für das Verfahren außer Streitsachen (z. B. für das Grundbuch) und nicht einmal für alle richterlichen Entscheidungen im Zivilprozesse (vgl. z. B. § 548 ZPO.) in Betracht kommt, hätte nie übersehen werden sollen. Dennoch wird die Aufhebung des § 1 lit. c NotZwG. von Tilsch S. 283 (ebenso Stubenrauch 8. Aufl. II S. 525, Entsch. Slg. XIII Nr. 5118) behauptet. Dagegen v. Randa NotZ. 1902 Nr. 15, Handelsrecht I S. 116 Note 181 a, Rintelen, Handbuch S. 353 Note 3, v. Mayr in der Festschr. 1911 I S. 416 Note 319.

[48]) Vgl. v. Larcher (Inaugural-Dissertation), Erläuterung des § 1226 ABGB. Innsbruck 1835.

[49]) Nicht „bei", sondern „zur Zeit" der Empfangnahme; um so gewisser gilt das oben § 409 Note 34 Bemerkte auch hier. Wer am Tage der Hochzeit das Heiratsgut erhält, muß nicht augenblicklich zum Notar gehen, er kann dies auch am folgenden Tage tun. Anders Entsch. Slg. Nr. 14.605, dagegen mit Recht Rintelen S. 354 Note 1, Bartsch und Pollak, Komm. zu § 56 KO. Note 9.

[50]) Entsch. Slg. Nr. 10.912, II Nr. 630, XI Nr. 4102, Ullmann in Grünhuts Zeitschr. 4 S. 101 Note 15, Krasnopolski IV S. 170 Note 1; dagegen Entsch. Slg. V Nr. 1824, Rozložil NotZ. 1894 Nr. 18—20 (vgl. auch Nr. 34), 1900 Nr. 11, 1902 Nr. 51, Bartsch und Pollak, Komm. zu § 55 KO. Anm. 5.

worden sind, ihr ganzes Vermögen und bei der Gütergemeinschaft nicht nur ihr Sondergut, sondern auch ihr Anteil am gemeinsamen Vermögen.[1])

Die Verschiedenheit des Güterstandes tritt während der Ehe nur ausnahmsweise hervor. Gewöhnlich überläßt die Frau dem Manne, der ja die Lasten der Ehe tragen soll, die Verwaltung ihres freien Vermögens und so verbinden sich die beiderseitigen Güter in seiner Hand auch bei gesetzlicher Gütertrennung. Daraus können sich hinterher mancherlei Schwierigkeiten ergeben. Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch sucht sie nach Möglichkeit zu lösen.[2])

II. „Solange die Ehegattin nicht widersprochen hat, gilt die rechtliche Vermutung, daß sie dem Manne als ihrem gesetzmäßigen Vertreter[3]) die Verwaltung ihres freien Vermögens anvertraut habe" (§ 1238). Das Recht des Mannes beruht also nicht auf einem Vertrage.[4]) Es besteht oft ohne Willen und Wissen der Frau[5]) und bedarf daher zu seiner Begründung keines Notariatsaktes. Es entfällt aber, wenn der Mann minderjährig oder pflegebefohlen ist, und ebenso, wenn die Frau dies ist (§§ 175, 260);[6]) wird in diesem Falle die Verwaltung dem Manne gerichtlich überlassen (§ 260), dann führt er sie als Kurator, also ohne einen Widerspruch der Frau berücksichtigen zu müssen.[7])

Wird nun der Mann als Verwalter des freien Vermögens behandelt, so bleibt immer noch die Schwierigkeit, daß er tatsächlich über die Einkünfte des freien Vermögens ebenso zu schalten pflegt wie über die eines Heiratsgutes, ohne daß die Frau dagegen etwas einwendete. Es ist daher immer als schwere Unbilligkeit empfunden worden, wenn die Frau erst hinterher, z. B. nach dem Tode des Mannes, die Verrechnung und die Herausgabe der nicht nachweisbar für sie verwendeten Nutzungen verlangte. Deshalb hat schon Valentinian III. (444) der Frau den Anspruch auf Herausgabe der Früchte abgesprochen, „quos utique stante matrimonio in illa aequalitate vivendi in commune consumtos convenit aestimari, quorumque ratiocinium perplexum atque confusum ad veritatis fidem discuti posse non credimus." Daran halten

[1]) Oben § 437 bei Note 25, vgl. auch Entsch. Slg. XII Nr. 4719.

[2]) „Das einzig Richtige ist", sagt Kohler, Lehrbuch III S. 55 „daß nach dem Vorbilde des österreichischen Gesetzbuches die Ehefrau dem Ehemanne ihr Vermögen auf Widerruf zur Verwaltung in der Art abgeben kann, daß der Ehemann eine mehr oder minder freie Verfügung erhält und nur über das Kapital, nicht über die Früchte Rechnung ablegen muß."

[3]) Oben § 434 III 4.

[4]) Trotz § 1238: „daß sie . . . anvertraut habe". Der Satz im Text wird auch unterstützt durch die Vorarbeiten des BGB.: Pfaff in den JBl. 1887 Nr. 38 S. 450. Vgl. Walther, Traktat III 4, Harrasowsky, Cod. Ther. I S. 121 Note 24, JosGB. III § 84.

[5]) Daher § 1034: „von dem Gesetze eingeräumt".

[6]) Stubenrauch III S. 437. Vgl. auch Entsch. Slg. X Nr. 4000 und § 264 PersStG.: „Der Ehemann wird als Machthaber seiner von ihm nicht geschiedenen Gattin angesehen, außer er wäre selbst nicht eigenberechtigt oder die Gattin stünde in Absicht auf ihr Vermögen unter anderer Kuratel oder es würde dieser Vermutung von der Gattin ausdrücklich widersprochen."

[7]) Aber auch mit der Verpflichtung zur Rechnungslegung.

die neueren Gesetze fest. Nach französischem und italienischem Rechte[8]) muß der Mann nur die noch vorhandenen Früchte herausgeben, nach dem österreichischen, dem deutschen[9]) und dem schweizerischen Rechte[10]) behält er auch diese. Nach § 1239 ABGB. ist der Mann über die Nutzungen „keine Rechnung schuldig; diese wird vielmehr bis auf den Tag der aufgehobenen Verwaltung für berichtigt angesehen."

III. Immerhin hat der Mann nur die rechnungsfreie Verwaltung des Frauenvermögens, nicht ein besonderes Nutzungsrecht. Von einem Fruchtgenusse, also einem dinglichen Rechte, kann gar keine Rede sein.[11]) § 1239: „Der Ehegatte wird in Rücksicht einer solchen Verwaltung zwar überhaupt wie ein anderer bevollmächtigter Sachwalter angesehen usf." Deshalb können nicht die Gläubiger des Mannes — wohl aber die der Frau — die Zwangsverwaltung des Frauengutes erwirken und die Nutzungen fallen in die Konkursmasse der Frau, nicht in die des Mannes.[12])

Die Rechnung wird hinsichtlich der Nutzungen bis auf den Tag der aufgehobenen Verwaltung für berichtigt angesehen. Die nach Auflösung der Ehe oder Abnahme der Verwaltung zu legende Rechnung[13]) beschränkt sich daher auf die Nachweisung des Stammvermögens und der erst nach dem Ende der rechnungsfreien Verwaltung etwa entstandenen Einnahmen oder Ausgaben. Für diejenigen Ausgaben, die der Mann nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft (§ 1239: wie ein anderer bevollmächtigter Verwalter) aus den Einkünften hätte bestreiten sollen, kann er keinen Ersatz fordern; er muß vielmehr selbst Ersatz leisten, wenn solche Ausgaben hinterher der Frau zur Last fallen.[14]) Für Ausgaben, die er aus den Einkünften nicht bestreiten konnte (vgl. § 512 ABGB.), kann er zwar Ersatz verlangen, doch muß er die Unzulänglichkeit der Einkünfte beweisen.[15])

IV. Die rechnungsfreie Verwaltung endet schon während der Ehe, wenn die Frau widerspricht (§ 1238).[16]) Der Widerspruch ist an

[8]) Art. 178 Code civil, Art. 1429 Codice civile.

[9]) § 1430 DBGB. Die Protokolle der zweiten Lesung verweisen (IV S. 230) in dieser Hinsicht auf „das österr. GB. § 1239 und eine in der gemeinrechtlichen Praxis vielfach vertretene Ansicht".

[10]) Nach Art. 242 ZGB. wird vermutet, daß der Mann „die Einkünfte aus dem übertragenen Vermögen als Beitrag an die ehelichen Lasten beanspruchen dürfe". Ähnlich § 37 Ungar. Entw.

[11]) Anders Zeiller III S. 617 und Krainz. Dagegen Ogonowski S. 405.

[12]) Stubenrauch III S. 437 (8. Aufl. II S. 540), Ullmann in Grünhuts Zeitschr. Bd. 4 S. 94, Krasnopolski ebda. Bd. 15 S. 101.

[13]) Entsch. Slg. Nr. 15.009.

[14]) Vgl. § 1430 DBGB.

[15]) Nach Entsch. Slg. Nr. 13.259, VIII Nr. 3265 soll er zu diesem Zwecke nachträglich Rechnung legen. Ebenso Ogonowski S. 405 f., Stubenrauch 8. Aufl. II S. 541, v. Anders, Grundriß § 37, Krasnopolski, Lehrbuch IV S. 102. — Das JosGB. schloß (§ 91) derartige Ansprüche ganz aus, ebenso Krainz und noch unsere vorige Auflage.

[16]) Vgl. Grünwald, Inwieweit ist bei Bauernwirtschaften die Kündigung der Verwaltung zwischen Ehegatten zu-

keine Form gebunden. Gerichtlicher Widerspruch ist zwar weder im bürgerlichen Gesetzbuche[17]) noch in den Vorschriften über das gerichtliche Verfahren vorgesehen, wird aber in der Praxis für zulässig gehalten.[18]) Gegen Dritte, denen die Aufhebung der mit der Verwaltung verbundenen Vertretungsmacht ohne ihr Verschulden unbekannt geblieben ist, wirkt der Widerspruch nicht (§ 1239, erster Satz, in Verbindung mit § 1026).[19]) Deshalb kann die Frau nach der Praxis[20]) dritte Personen (Schuldner, Pächter) von dem gerichtlich erklärten Widerspruche durch das Gericht verständigen lassen. Verlautbarung durch Edikt wird jedoch, als für den Ehemann beschämend, nicht bewilligt.[21])

V. Auf ihr Widerspruchsrecht kann die Frau nicht formlos verzichten. Wohl aber kann sie mittels Ehepaktes, also in notarieller Form, dem Manne die Verwaltung „ausdrücklich und auf immer"[22]) oder auf bestimmte Zeit einräumen (Bewirtschaftungsvertrag). Aber auch dann kann sie ihm die Verwaltung „in dringenden Fällen" abnehmen, insbesondere also zur Sicherung ihres Unterhaltes[23]) und „bei Gefahr eines Nachteiles", also wenn der Mann durch schlechte Verwaltung das Stammvermögen verschlechtert oder gefährdet (§ 1241).

VI. Verwaltet die Frau das Vermögen des Mannes, so ist sie von der Rechnungslegung nicht befreit.[24]) Das Gesetz (§ 1240) erspart sie ihr nur für den Fall, daß sie den Fruchtgenuß ihres eigenen Vermögens dem Manne abgetreten, aber während der Ehe selbst bezogen hat. „Es steht aber den Ehegatten frei, dergleichen stillschweigend eingestandene Verwaltungen einzustellen."

Verwaltet die Frau ihr Vermögen selbst, so kann der Mann unordentlicher Wirtschaft „Einhalt tun" (§ 1241) — wie, darüber schweigt das Gesetz.[25]) Kann der Mann z. B. der Frau ihren Schmuck wegnehmen, um sie zu hindern, ihn zu versetzen? Der Oberste Gerichtshof erblickt in solchem Vorgehen eine Besitzstörung.[26]) Das entspricht nicht den Rechtsanschauungen der Kodifikationszeit, wohl aber denen der Gegenwart.

VII. Mit der Verwaltung ist gemäß § 1029 die Vertretungsmacht des Mannes verbunden. Danach ist der Mann befugt, „alles dasjenige zu tun, was die Verwaltung selbst erfordert und was gewöhnlich damit verbunden ist". Freilich kann die Frau die Verwaltung nicht nur

lässig? in der NotZ. 1877 Nr. 1, Ott, Rechtsfürsorge S. 98, Rintelen, Grundriß § 63.

[17]) Vgl. Ofner, Prot. II S. 142.

[18]) Entsch. Slg. Nr. 12.997, IX Nr. 3454, X Nr. 4000.

[19]) Wellspacher, Vertrauen auf äußere Tatbestände S. 259 f.

[20]) Entsch. Slg. Nr. 12.734.

[21]) Entsch. Slg. VIII Nr. 3180.

[22]) § 1241, vgl. JosGB. III § 85.

[23]) Vgl. ABR. II 1 § 258.

[24]) Entsch. Slg. Nr. 390, Pfaff JBl. 1887 Nr. 38, Hanausek, Ges. Erbrecht des Ehegatten S. 29 Note 31, Gmür, Komm. zum Schweiz. ZGB. Art. 242 § 19.

[25]) Gedacht ist an häusliche Zucht (vgl. § 217 Schlußsatz) und Dritten gegenüber an Ausübung des Hausrechtes. Pfaff JBl. 1883 Nr. 23; für die Aufhebung dieser Bestimmung Hanausek a. a. O.

[26]) Entsch. Slg. XIV Nr. 5523.

ganz an sich ziehen, sondern auch beliebig einschränken. Sie kann auch gegen einzelne Geschäfte Widerspruch erheben. Dann ist der Mann nicht mehr befugt, sie in ihrem Namen vorzunehmen.[27]) Wie weit, hievon abgesehen, die Vertretungsmacht des Mannes reicht, hängt von der Art der verwalteten Güter ab. Verwaltet er Liegenschaften, so kann er nicht nur (im eigenen Namen) über die bezogenen Früchte, sondern auch, soweit dies die ordentliche Verwaltung erfordert, im Namen der Frau über die künftigen Früchte verfügen.[28]) Er kann zu den üblichen Bedingungen Miet- und Pachtverträge schließen[29]), kündigen und erneuern[30]), die Liegenschaften gegen Feuer versichern[31]), Besitzstörungsklagen erheben[32]), Grenzberichtigungen verlangen u. dgl. Aber er kann nicht über das Stammvermögen verfügen, nicht Liegenschaften veräußern[33]) oder verpfänden, auch nicht auf Realrechte verzichten.[34]) Leitet er ein Handelsunternehmen der Frau, so erstreckt sich seine Vertretungsmacht auf alle Geschäfte, die der Betrieb eines derartigen Unternehmens gewöhnlich mit sich bringt;[35]) sie reicht somit weiter als die eines gewöhnlichen Handlungsbevollmächtigten, wenn auch nicht so weit wie die eines Prokuristen.

Nach der herrschenden Meinung soll sich die Vertretungsmacht des Mannes nicht auf jene Geschäfte erstrecken, zu denen § 1008 eine auf die Gattung des Geschäftes lautende Vollmacht fordert;[36]) nur zu Verfügungen über die Nutzungen soll der Mann ohne diese Einschränkung befugt sein. Aber seine Vertretungsmacht beruht ja nicht auf einer allgemeinen Vollmacht, die erst im Wege der Auslegung eingeschränkt werden müßte, sie ist vielmehr von vornherein auf das Erfordernis der Verwaltung beschränkt. Weiter reicht sie nicht, aber so weit reicht sie (oben § 125, II).

§ 441.

E. Die Morgengabe.[1])

I. Schon im Mittelalter hatte die Morgengabe ihre ursprüngliche Bedeutung eingebüßt; der Ausdruck bezeichnete sehr verschiedenartige Zu-

[27]) Entsch. Slg. X Nr. 4047. Doch kann dem Dritten der gute Glaube zu statten kommen (§ 1026).

[28]) Verkauf der Früchte auf dem Halme: Entsch. Slg. X Nr. 3761.

[29]) Entsch. Slg. Nr. 1477.

[30]) Dagegen Entsch. Slg. V Nr. 2049.

[31]) Auf zehn Jahre: Entsch. Slg. Nr. 15.889.

[32]) Entsch. Slg. Nr. 4034.

[33]) Entsch. Slg. Nr. 388, 3267.

[34]) Entsch. Slg. XIII Nr. 5145.

[35]) Er kann also im Namen der Frau Waren anschaffen: Entsch. Slg. XIII Nr. 5074, XVI Nr. 6556.

[36]) Entsch. Slg. Nr. 3267, 7104, 9019, 14.628, Meinung der Redaktoren nach Ofner, Prot. II S. 142, ebenso Krainz, Winiwarter IV S. 456, Dolliner, Eherecht II S. 258, Pachmann, Kirchenrecht II S. 342, Ellinger zu §§ 1034, 1238, Ogonowski S. 403, Krasnopolski IV S. 101, Kafka in der GZ. 1908 Nr. 50, v. Anders, Grundriß S. 38, Stubenrauch 8. Aufl. II S. 540. — Dagegen: Stubenrauch (ältere Auflagen) und Kirchstetter zu § 1239, Schindler Zeitschr. f. österr. R. 1841 II S. 92 f.

[1]) R. Bartsch, Eheliches Güterrecht im Erzherzogtum Österreich § 7, v. Voltelini, Zur Geschichte des ehelichen Güterrechtes in Tirol S. 21 ff.,

wendungen.[2]) In der Kodifikationszeit verwendete man ihn für Gaben des Mannes, die als Schenkungen gelten, aber von dem hie und da noch bestehenden Verbote von Schenkungen unter Ehegatten ausgenommen werden sollten.[3]) Zur Erläuterung der Konkursordnung erlassene Hofdekrete[4]) erklärten die Morgengabe ausdrücklich für eine Schenkung. Anläßlich der Begutachtung eines Vorentwurfes zum Westgalizischen Gesetzbuche beantragte die Landeskommission in Krain, eine Bestimmung über die Morgengabe in das Gesetzbuch aufzunehmen, da sie fast in allen Heiratsverträgen verabredet sei, und zwar solle die Morgengabe als eine gewöhnliche Schenkung behandelt werden.[5]) § 1232 entspricht diesem Vorschlage, insofern er die Morgengabe als Geschenk bezeichnet. Daß er sie ein Geschenk nennt, das der Mann seiner Gattin am ersten Morgen zu geben verspricht[6]), beweist, daß die Gesetzesverfasser (Martini) hier nicht aus dem Leben, sondern aus der Rechtsgeschichte geschöpft und so der Morgengabe in ihrer allerältesten Gestalt zu einem neuen, freilich nur papierenen, Leben verholfen haben.

II. Ob die Morgengabe am ersten Morgen oder zu irgend einer andern Zeit gegeben oder versprochen wird, das kann nur für die Anwendbarkeit der Vermutung des § 1232, Satz 2 in Betracht kommen. Das Wesen der Morgengabe wird dadurch nicht berührt. Es besteht darin, daß diese Zuwendung zugleich Ehepakt (§ 1217) und Schenkung (§ 1232) ist. Die Ehegatten können einander Schenkungen machen, die mit der Ehe nichts zu schaffen haben (§ 1246), sie können aber auch Eheschenkungen machen, die als Ehepakten die Ehe voraussetzen und bei der Nichtigerklärung, Scheidung oder Trennung das Schicksal der übrigen Ehepakten teilen. Entscheidet sich also z. B. bei der Scheidung der schuldlose Mann für die Aufhebung der Ehepakten, so kann die Frau die versprochene Morgengabe nicht verlangen[7]) und muß die bereits empfangene zurückstellen.[8])

Neben den Vorschriften über die Ehepakten bleiben aber auch die Vorschriften über die Schenkung anwendbar. Deshalb kann der Mann die Morgengabe wegen groben Undankes widerrufen.[9])

III. Rücksichtlich der Beweislast hat die Morgengabe nach dem Gesetze die sonderbare Eigentümlichkeit, daß ihre Berichtigung als in den

Ogonowski S. 345 ff., Hradil, Das Heiratsgut S. 18 ff.

[2]) Stobbe-Lehmann IV S. 126 f., Hradil S. 19.

[3]) Z. B. in Vorderösterreich, in Gradiska. Harrasowsky, Cod. Ther. I S. 118 Note 23.

[4]) HfD. v. 20. Juni 1782 JGS. Nr. 54 und HfD. v. 1. Juli 1782 JGS. Nr. 61.

[5]) Harrasowsky, Entw. Martinis S. 200 Note 13.

[6]) Gehört die Zeitbestimmung zu „geben" oder zu „verspricht"? Gemeint ist das erste, geschichtlich richtiger das zweite. Da der Brauch abgekommen ist, kann die Frage auf sich beruhen.

[7]) Entsch. Slg. IV Nr. 1590 (Steiermark).

[8]) Vgl. ALR. II 1 § 774. Stobbe-Lehmann IV S. 130.

[9]) Entsch. Slg. XI Nr. 4143 (Ostgalizien). Ebenso — für die Schenkung par contrat de mariage — die französische Praxis. Planiol III 3200.

ersten drei Jahren der Ehe geschehen vermutet wird. Gegen die Regel, daß der Gläubiger die Nichtzahlung nicht zu beweisen hat, wird hier der Frau, wenn sie nach den erwähnten drei Jahren klagt, der Beweis der unterbliebenen Zahlung auferlegt: § 1232, Satz 2. Vergebens wies die Krainer Landeskommission darauf hin, daß die Morgengabe gewöhnlich erst nach dem Tode des Mannes gefordert und bezahlt werde, daß die Vermutung also gegen die Zahlung während des Bestandes der Ehe spreche; die Gesetzesverfasser blieben bei ihrer Meinung.[10]) Man wird also sagen müssen, daß die gesetzliche Vermutung eben nur für jene frühmittelalterliche „Morgengabe" des § 1232 gelte, die der Mann der Frau am ersten Morgen der Ehe hätte übergeben sollen. Die heute noch in Ehepakten vorkommende Morgengabe wird erst mit der Auflösung der Ehe fällig. Bis dahin wird sie neben dem Heiratsgute und der Widerlage hypothekarisch sichergestellt.[11])

Wo Gütergemeinschaft üblich ist, kommt die Morgengabe nicht vor. Auch in Krain ist sie erloschen. Aber in Untersteiermark und in Kärnten ist sie bei Deutschen und Slowenen noch recht lebendig.[12]) Das deutsche Landvolk bedient sich hier des Ausdruckes Kranzgeld[13]), der deutlich genug auf die Vorstellung hinweist, die sich seit jeher mit der Morgengabe verbindet und die doch im Verkehrsleben nicht festgehalten wird; denn auch Witwen bedingen sich ein Kranzgeld aus.

Zweiter Abschnitt.

Rechtsverhältnisse nach Auflösung der Ehe.

§ 442.

A. Gesetzliche Unterhaltsansprüche.

I. Die gewöhnliche Verpflegung. Der Anspruch auf den anständigen Unterhalt, den § 91 ABGB. der Frau gewährt, erlischt mit dem Tode des Mannes.[1]) Verträge und gesetzliche Bestimmungen, eigenes Vermögen und eigene Arbeit bieten fortan der Witwe ein anderes, oft erheblich geringeres Einkommen. Die Erschließung der neuen Einkommensquellen und die Anpassung der Lebensführung kann sich nicht im Augenblick vollziehen. Nach altem deutschen Rechte bot der „Dreißigste" den

[10]) Ofner, Prot. II S. 601.

[11]) Vgl. z. B. Entsch. Slg. Nr. 4343 (Kärnten).

[12]) Nach brieflichen Mitteilungen von Herren OLGR. Dr. Sturm, OLGR. Dr. Haider und Richter Dr. Luchmann. — In Galizien ist die Morgengabe nicht mehr üblich. In dem erwähnten galizischen Falle (oben Note 9) hat es sich vermutlich um eine Widerlage (Wiano) und nicht um eine Morgengabe (Za wieniec, crinile) gehandelt (Mitteilung von Prof. Dr. Fr. v. Zoll).

[13]) Vgl. M. Wolff, Lehrbuch II 2 § 6 (III 2 c).

[1]) Auch wenn er durch Vergleich oder Urteil festgesetzt ist. Oben § 436 Note 23, Art. 146 ital. GB., Art. 150 span. GB.

Hinterbliebenen die nötige Schonung.[2]) Die Erbschaftsauseinandersetzung wurde bis zum dreißigsten Tage verschoben. Inzwischen blieben die Witwe und andere Angehörige im Sterbehause und zehrten von den Vorräten.[3]) An diesen Brauch knüpfen das deutsche Gesetzbuch (§ 1969) und das schweizerische (Art. 606) an; das französische gewährt der Witwe längere Fristen (Artt. 1465, 1570). Auch in den österreichischen Ländern war der Dreißigste bekannt.[4]) Unser Gesetzbuch bringt ihn, indem es die Frist auf sechs Wochen verlängert, mit einer andern Einrichtung in Verbindung, nämlich mit der Fürsorge für die schwangere Witwe.[5]) Unter dem Gesichtspunkte einer mittelbaren Fürsorge für den ungeborenen Erben hatte schon das römische Recht der Schwangeren den Unterhalt aus dem Nachlasse bis zur Entbindung gesichert und dieser Gesichtspunkt ist auch für das deutsche Gesetzbuch (§ 1963) und für das schweizerische (Art. 605) maßgebend geblieben. Unser Gesetz will, wie das ältere deutsche Recht, nur für die Witwe sorgen[6]), nicht auch z. B. für die Schwiegertochter, deren Leibesfrucht zur Erbschaft berufen ist, aber für die Witwe sorgt das Gesetz — im Anschlusse an deutsches Stadtrecht — noch über die Entbindung hinaus durch sechs Wochen.[7]) So sind im § 1245 zwei Ansprüche vereinigt, die ursprünglich miteinander nichts gemein haben und die noch im heutigen deutschen Rechte ganz verschieden behandelt werden.[8])

Nach § 1243 gebührt der Witwe, nicht auch anderen Angehörigen[9]), „noch durch sechs Wochen nach dem Tode des Mannes und, wenn sie schwanger ist, bis nach Verlauf von sechs Wochen nach ihrer Entbindung die gewöhnliche Verpflegung aus der Verlassenschaft". Die gewöhnliche Verpflegung ist die gewohnte Verpflegung.[10]) Das kann mehr oder weniger sein als der anständige Unterhalt. Die Witwe soll eben nach des Mannes Tode „wie bei dessen Lebzeit noch aus der Verlassenschaft erhalten werden" (III, § 118 JosGB.).[11]) Hat sie sich bis dahin zum Teile durch eigenen Erwerb erhalten, so darf sie nun die Hände nicht in den Schoß legen, sind bis dahin die Zinsen des Heiratsgutes für den Haushalt verwendet worden, so muß sie sich das auch nun gefallen lassen. Es bleibt eben zunächst alles beim Alten. Daß

[2]) Schiffner, Gesetzliche Vermächtnisse § 33.

[3]) Sachsenspiegel I 20 § 2, 22 § 1, Homeyer, Der Dreißigste 1864, Siegel in Krit. VJSchr. 7, 275 f., O. Stobbe, Deutsches Privatrecht IV § 281.

[4]) Unger, Verlassenschaftsabhandlung S. 51 ff., Bartsch, Eheliches Güterrecht S. 75.

[5]) Schiffner a. a. O. S. 34.

[6]) Ebenso Art. 964 span. GB.

[7]) Die Redaktoren des DBGB. lehnten diese Ausdehnung des Unterhaltsanspruches ab, weil sie „zu einer unbilligen Belastung des Nachlasses führen könne". Prot der zweiten Lesung V S. 617.

[8]) Der Anspruch der Schwangeren als eine gewöhnliche Nachlaßverbindlichkeit, der Anspruch auf den Dreißigsten als gesetzliches Vermächtnis.

[9]) § 57 GebG. kennt allerdings einen „gesetzlichen sechswöchentlichen Unterhalt für die hinterlassene Gattin, für Dienstboten und Hausgenossen".

[10]) Hofmann in Grünhuts Zeitschr. 1, 569.

[11]) Schiffner S. 96 Note 19, S. 99 Note 13.

die Witwe Trauerkleider[12]) beanspruchen kann und daß ihr die Entbindungskosten[13]) gebühren, steht damit nicht im Widerspruche.

Der Unterhalt ist „aus der Verlassenschaft" zu entrichten — zunächst in Natur. Die Witwe bleibt in der Wohnung, verbraucht, was vorhanden ist, und macht die nötigen Anschaffungen auf Rechnung des Nachlasses. Ihr eigenes Vermögen trägt dazu nicht mehr bei als bei Lebzeiten des Mannes. Den Witwengehalt kann sie, solange sie die „gewöhnliche Verpflegung" genießt, nicht beziehen (§ 1243, Satz 2).

Den Gläubigern des Mannes steht die Witwe nicht nach, sie geht ihnen aber auch nicht vor. Sie bezieht also den Unterhalt aus dem Nachlasse, auch wenn er überschuldet ist.[14]) Im Nachlaßkonkurse und im Konkurse des Erben kann sie ihren Unterhaltsanspruch gemäß § 1, Abs. 3 KO. als Konkursforderung geltend machen.[15]) Da der Unterhalt nur „aus der Verlassenschaft" gebührt, haftet der Erbe nicht über die Kräfte des Nachlasses hinaus, auch dann nicht, wenn ihm die Rechtswohltat des Inventars nicht zusteht.[16])

Eine geschiedene Gattin kann den gewöhnlichen Unterhalt nicht fordern, weil § 1243 voraussetzt, daß die Frau im Haushalte des Mannes gelebt hat oder zum mindesten auf das Zusammenleben Anspruch hatte.[17])

Der Unterhaltsanspruch ist nicht, wie nach deutschem Rechte (oben Note 8), ein gesetzliches Vermächtnis. Der Erblasser kann ihn der Witwe nicht durch letztwillige Verfügung entziehen.[18])

II. Der mangelnde anständige Unterhalt.[19]) Dem überlebenden Ehegatten gebührt nach österreichischem Rechte kein Pflichtteil. Dafür gewährt ihm § 796 einen Unterhaltsanspruch gegen den Erben. Der Paragraph hat durch die erste Teilnovelle eine neue Fassung erhalten, die wichtige Streitfragen des älteren Rechtes löst. Sie schließt sich einer bahnbrechenden Abhandlung Franz Hofmanns[20]) an, auf die die Erläuternden Bemerkungen der Regierungsvorlage (S. 112) verweisen.

1. Die Voraussetzungen des Anspruches sind folgende:

a) Fortdauer der Ehe bis zum Tode. Ist die Ehe getrennt worden, so kann der Überlebende, auch wenn er schuldlos ist, den Unterhalt nicht

---

[12]) Art. 1570 Code civil.

[13]) § 118 JosGB. Winiwarter III S. 760, Schiffner S. 100 Note 14.

[14]) Slg. Nr. 1639, Schiffner S. 97; anders § 118 JosGB.

[15]) So schon für das ältere Recht Entsch. Slg. Nr. 1639, ebenso für den Anspruch nach § 1963 DBGB. Jäger KO. § 226 Anm. 13.

[16]) Eine ähnliche Besonderheit findet sich im französischen Rechte. Art. 205 Code civil, neue Fassung. Planiol I 909.

[17]) Schiffner S. 96, Krčmář im Právník 1915 Nr. 5 (O. Basch GZ. 1915 Nr. 30).

[18]) Anders § 1969 DBGB.

[19]) F. Hofmann, Der Unterhaltsanspruch des überlebenden Gatten nach § 796 BGB. in Grünhuts Zeitschr. Bd. 1 S. 546 ff., v. Hussarek ebda. Bd. 20 S. 499, Schiffner S. 81 ff., Löbl, Recht auf den Unterhalt S. 148 ff., v. Anders, Grundriß § 51, Touaillon, Die erbrechtlichen Bestimmungen des Entwurfes NotZ. 1908 Nr. 29, Hanausek, Das ges. Erbrecht der Ehegatten S. 58 ff. — Französisches Recht (Code civil Art. 205): Planiol I 907 ff.

[20]) Siehe die vorige Note.

verlangen.[21]) Ist die Ehe geschieden worden, so kommt es — wie beim gesetzlichen Erbrechte — auf die Schuldfrage an. Dem aus eigenem Verschulden Geschiedenen spricht das Gesetz den Unterhaltsanspruch ab (§§ 796, 759). Er kann nicht einmal den notwendigen Unterhalt verlangen.[22]) Die einverständliche Scheidung berührt den Unterhaltsanspruch nicht.[23]) Über den Fall, daß zur Zeit des Todes des Erblassers der Trennungs- oder Scheidungsprozeß anhängig ist, siehe unten 4, b.

b) Bedürfnis des Überlebenden: ihm gebührt nur der mangelnde anständige Unterhalt. Bei Lebzeiten des Mannes war der Unterhalt der Frau von dieser Voraussetzung unabhängig. Nach seinem Tode kann sie — ebenso wie der Mann nach dem Tode der Frau — den Unterhalt nicht fordern, wenn er durch den „gesetzlichen Erbteil oder eine für den Fall des Überlebens bedungene oder letztwillig zugewendete Versorgung gedeckt ist" (§ 796). Der Anspruch entfällt aber auch, wenn der Überlebende genügendes eigenes Vermögen hat oder sich durch eine seiner gesellschaftlichen Stellung entsprechende Erwerbstätigkeit selbst zu erhalten vermag.[24]) Familienrechtliche Unterhaltsansprüche gegen Dritte kommen nicht in Betracht.[25])

c) Der Anspruch steht nicht bloß der Witwe, sondern, wenn die sonstigen Voraussetzungen zutreffen, auch dem Witwer zu.[26]) Auch ihm will das Gesetz einen Ersatz für das fehlende Pflichtteilsrecht bieten.

d) Der Anspruch besteht nur so lange, bis der Überlebende zu einer neuen Ehe schreitet. Er darf die frühere Ehe nicht mehr als eine Quelle von Ansprüchen betrachten, „sobald er selbst durch Eingehung einer neuen Verbindung sich von jener mit dem Toten losgesagt hat".[27])

e) Anders als das Pflichtteilsrecht besteht der Unterhaltsanspruch nicht nur im Falle der letztwilligen, sondern auch im Falle der gesetz-

[21]) Hanausek S. 61, Planiol I 913.

[22]) Schiffner S. 82 Note 6, Hofmann S. 548, v. Anders S. 62.

[23]) Im Falle der einverständlichen Scheidung soll eben die Schuldfrage nicht aufgeworfen werden. Zeiller in Pratobeveras Mat. I S. 179 f. Entsch. Slg. IV Nr. 614, IX Nr. 3340.

[24]) Entsch. Slg. IX Nr. 3340: Wenn die Witwe „in der Lage wäre, als Stütze der Hausfrau oder Wirtschaftsdame ihren Erwerb zu suchen, würde dies in Anbetracht der gesellschaftlichen Stellung ihres verstorbenen Ehegatten und seiner erwiesenen Wohlhabenheit keineswegs genügen, um das Erträgnis und die Art eines derartigen Erwerbes als anständigen Unterhalt zu qualifizieren". Vgl. auch § 1578 DBGB.: „sofern nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten gelebt haben, Erwerb durch Arbeit der Frau üblich ist".

[25]) A. M. Hofmann S. 548, der in erster Linie die Eltern, dann die Erben des Ehegatten und dann die Kinder haften läßt. Aber die Eltern haben ihre Pflicht mit der Ermöglichung der Ehe (Ausstattungspflicht!) für die Regel erfüllt. Sie sind deshalb an die letzte Stelle zu setzen. Vgl. §§ 1606, 1608 DBGB. Hanausek S. 61 f.

[26]) Vgl. z. B. Entsch. Slg. IX Nr. 3521: der Witwer war siebzig Jahre alt, erwerbs- und mittellos. Hanausek S. 61 Note 80.

[27]) Hofmann S. 549. Ähnlich Lößl S. 152. Diese Einschränkung des Unterhaltsanspruches bekämpft Hanausek S. 64. Das deutsche Recht ist dafür (§ 1581 DBGB.), das französische dagegen (Planiol I 915).

lichen Erbfolge. Der Ehegatte muß sich mit dem gesetzlichen Erbteile nicht begnügen, wenn er zu seinem Unterhalte nicht ausreicht.[28]) Das ist durch die neue Fassung des § 796 jedem Zweifel entrückt.

2. Das Maß des Anspruches bestimmt sich einerseits nach dem Bedürfnisse und nach den sonstigen Mitteln des Berechtigten, also nach einem wechselnden Maßstabe[29]), andrerseits findet es ein für allemal im Betrage des reinen Nachlasses seine oberste Grenze. Das sonstige Vermögen des Erben und vollends seine Erwerbstätigkeit bleiben außer Betracht. Auch hierin unterscheidet sich der Unterhaltsanspruch gegen den Erben wesentlich von dem Unterhaltsanspruche gegen den Mann selbst.

Den Nachlaß[30]) kann der Anspruch des überlebenden Ehegatten ganz aufzehren, so daß selbst die Kinder leer ausgehen.[31]) Doch sind hier Einschränkungen unvermeidlich:

a) Trifft der Unterhaltsanspruch des Ehegatten mit dem Unterhaltsanspruche eines unehelichen Kindes (§ 171) zusammen, so werden, wenn der Nachlaß nicht ausreicht, beide Ansprüche verhältnismäßig herabgesetzt. Der Unterhaltsanspruch des ausgeschlossenen Noterben (§ 795) ist von vornherein auf einen Teil des Nachlasses beschränkt.[31a])

b) Regelmäßig haben Kinder und Eltern keinen Unterhaltsanspruch gegen den Nachlaß.[32]) Wohl aber haben Kinder und in deren Ermanglung Eltern gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrechte. Diese Rechte können nach der gegenwärtigen Fassung des § 796 durch den Anspruch des Ehegatten geschmälert oder vereitelt werden[33]), aber doch wohl dann nicht, wenn die Kinder oder Eltern unversorgt sind und des Erb- oder Pflichtteils zur Deckung ihres eigenen Unterhaltes bedürfen.

3. Der Anspruch geht in der Regel auf eine Geldrente.[34]) Ist aber dem Ehegatten durch Vertrag oder letzten Willen eine Naturalversorgung (ein Ausgedinge) zugewendet worden, so kann er nicht statt dessen Geld verlangen. Auch kann es unter Umständen die Beschaffenheit des Nachlasses, der z. B. nur aus schwer veräußerlichen Liegenschaften

[28]) So schon Hofmann S. 549, Schiffner S. 85. Unten Note 31.

[29]) Hanausek S. 64, Planiol I 908.

[30]) Nicht bloß dessen Einkünfte. Entsch. Slg. IX Nr. 3521.

[31]) Anders nach deutschem Rechte: der nicht Geschiedene muß sich mit seinem Pflichtteile begnügen, der Geschiedene kann von den Erben des schuldigen Mannes höchstens die Hälfte der Einkünfte des Nachlasses verlangen, § 1582 DBGB. Für das ältere Recht lehrte Zeiller und noch unsere vorige Auflage, daß der Anspruch den Betrag des gesetzlichen Erbteiles nicht übersteigen könne. Aber die Novelle hat im Sinne Hofmanns entschieden, ebenso schon Krainz, Schiffner, Ellinger u. a.

[31a]) Unten § 529 bei Note 32.

[32]) Hofmann, der das Gegenteil lehrt, stellt für den Fall des Zusammentreffens der Ansprüche eine Rangordnung auf (S. 562 f.). Die Erläuterungen zur Regierungsvorlage (S. 112) entschieden sich für die verhältnismäßige Minderung aller Ansprüche.

[33]) So schon für das ältere Recht Krainz, Ellinger, Hofmann, v. Anders, Till — gegen Zeiller.

[34]) Ebenso nach französischem Rechte Planiol I 911.

besteht, rechtfertigen, wenn dem Ehegatten vorläufig eine Naturalversorgung zuerkannt wird.[35])

4. Der Anspruch kann durch einen Vertrag mit dem Erblasser ausgeschlossen werden, so z. B. im Scheidungsübereinkommen.[36]) Die Festsetzung irgend einer Versorgung, z. B. eines Witwengehaltes, genügt jedoch für sich allein nicht, um weitergehende Ansprüche auszuschließen.[37]) Durch letzten Willen kann der Erblasser den Unterhalt dem Überlebenden nicht entziehen[38]), auch nicht wegen einer schweren Verfehlung. Wohl aber kann er dies durch eine Scheidungs- oder Trennungsklage, die sich als gerechtfertigt erweist. Der Unterhalt entfällt also

a) wenn die Ehe aus Verschulden des Überlebenden wirklich geschieden oder wenn sie getrennt worden ist und

b) wenn der Verstorbene wenigstens bereits geklagt hat und der Klage nach seinem Tode „stattgegeben wird" (§ 759).[39]) Da eine bereits durch den Tod aufgelöste Ehe nicht geschieden oder getrennt werden kann, so kann damit nur die Feststellung gemeint sein, daß die Klage gerechtfertigt war.[39a])

c) In Ausnahmsfällen wird man Verwirkung des Unterhaltsanspruches auch dann annehmen müssen, wenn der Überlebende die Klage unmöglich gemacht hat, insbesondere also im Falle des Gattenmordes.[40]) Im übrigen kommt die Erbunwürdigkeit hier nicht in Betracht.[41])

5. Verpflichtet zur Entrichtung des Unterhaltes sind die Erben. Sie können im Sinne des § 783 von den Vermächtnisnehmern verhältnismäßige Beiträge fordern.[42])

6. Da bei der Ausmessung des Unterhaltes der Betrag des reinen Nachlasses in keinem Falle überschritten werden kann, entfällt der Anspruch, wenn der Nachlaß überschuldet ist.[43]) Von diesem Falle abgesehen ist der Gatte ein Gläubiger wie jeder andere. Er kann seinen Anspruch im Konkurse des überschuldeten Erben geltend machen (§ 1, Abs. 3 KO.). Der Anspruch steht den Forderungen der Nachlaßgläubiger nach, den Forderungen der sonstigen Erbengläubiger steht er gleich und geht den Ansprüchen der versorgten Noterben sowie den Vermächtnissen vor.

---

[35]) Hofmann S. 565 f.

[36]) In einem Verzichte auf „jeden Unterhaltsanspruch" ist jedoch nach Entsch. Slg. IX Nr. 3340 noch nicht ein Verzicht auf den Unterhalt nach § 796 zu erblicken.

[37]) Anders nach dem ursprünglichen Wortlaute des § 796. Zeiller, Winiwarter, Kirchstetter, Hanausek — dagegen Schiffner S. 82 Note 10.

[38]) Schiffner S. 85.

[39]) Gegen diese Bestimmung Hanausek S. 59 f.

[39a]) Auch das Verfahren wird sich ändern, insbesondere muß der Verteidiger des Ehebandes nun ausscheiden.

[40]) F. Hofmann S. 567, Hanausek S. 60 Note 78.

[41]) Entsch. Slg. IV Nr. 1614, Hofmann und Hanausek a. a. O., Schiffner S. 84, Kirchstetter S. 389; a. M. Winiwarter S. 413.

[42]) Hofmann S. 565, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 972; a. M. Krainz, Schiffner, Ges. Vermächtnisse S. 82 Note 8, Erbrechtsreform S. 55.

[43]) Hanausek S. 59 Note 77. Ebenso für das französische Recht Planiol I 909.

§ 443.

B. Der Witwengehalt.

Witwengehalt nennt man eine Versorgung der Witwe, die ihr mittels Ehepaktes in Gestalt einer Rente oder eines andern dauernden Genusses aus dem Vermögen des Mannes auf den Fall des Witwenstandes zugewiesen wird (§ 1242).[1]) Etwas anderes (Advitalitätsrecht, § 1255, unten § 445) ist der ihr eingeräumte Fruchtgenuß an dem Nachlasse des Mannes oder einem verhältnismäßigen Teile des Nachlasses. Die Beschränkung auf die Dauer des Witwenstandes (§ 1244) ist nicht wesentlich.[2]) Auch das ohne diese Beschränkung zugesicherte lebenslängliche Ausgedinge ist daher im Konkurse (§ 1260) als Witwengehalt zu behandeln.[3]) Eine Schenkung kann in der Zusicherung eines Witwengehaltes nicht erblickt werden.[4])

Die gesetzlichen Vertreter einer minderjährigen oder pflegebefohlenen Braut, der ein Witwengehalt zugesichert wird, sind verpflichtet, dessen Sicherstellung zu verlangen; hievon kann nur mit Zustimmung des obervormundschaftlichen Gerichtes Umgang genommen werden: § 1245. Die Gläubiger des Mannes können jedoch nach § 29, Z. 3 KO. die Sicherstellung der Widerlage auch dann anfechten, wenn er sich hiezu bei Eingehung der Ehe verpflichtet hat.[5])

Der Witwengehalt wird sofort nach dem Tode des Mannes oder, wenn die Witwe die gewöhnliche Verpflegung genießt, nach deren Einstellung (§ 1243) fällig; besteht er in einer Rente, so soll diese der Witwe vierteljährig im voraus entrichtet werden (§ 1242);[6]) dies hat auch die Folge, daß, wenn die Witwe während dieser drei Monate stirbt, die Erben nicht verpflichtet sind, etwas von dem Vorausempfangenen zurückzuzahlen: § 1418, Satz 2. Hat die Witwe den fälligen Beitrag nicht behoben, so können ihn die Erben nachfordern.[7])

Die Witwengehaltsforderung kann schon bei Lebzeiten des Mannes erhoben werden:

[1]) Das JosGB. (III § 117) kennt daneben noch die Ausdrücke „Leibgeding" und „Wittumsrecht", darüber Stobbe-Lehmann IV § 283 Note 26. Die n.-ö. Landtafel sprach vom „Wittibstuhl", Bartsch, Eheliches Güterrecht S. 74; altfranzösisch douaire (coutumier oder préfix), englisch dower.

[2]) § 1244 ist nachgiebiger Rechtssatz. § 1242 spricht nur vom Falle, nicht von der Dauer des Witwenstandes. So auch Hanausek, Das ges. Erbrecht S. 65 Note 87, dagegen Krasnopolski IV § 42. Vgl. Stobbe-Lehmann IV S. 133 über das ältere deutsche Recht.

[3]) Oben § 387 Note 5.

[4]) Entsch. Slg. Nr. 9218, a. M. Ogonowski S. 362 ff., Ullmann in Grünhuts Zeitschr. 4, 106, v. Anders, Grundriß S. 47. — Über die gebührenrechtliche Behandlung vgl. Entsch. des VGH. v. 15. Juni 1905 NotZ. 1905 Nr. 39, FME. v. 22. Mai 1907 ebda. 1907 Nr. 26, Fried, Zum Begriffe des Witwengehaltes ebda. Nr. 37 und jetzt § 1 Abs. 1 Z. 3 KaisV. v. 15. Sept. 1915 Nr. 278 (Erbgebühr).

[5]) Alb. Ehrenzweig, Kommentar S. 204.

[6]) Wie die Leibrente (§ 1285), abweichend von der für Unterhaltsansprüche geltenden Regel (§ 1418).

[7]) Oben § 300 Note 43. Stubenrauch 8. Aufl. II S. 543.

a) im Konkurse des Mannes[8]), von dessen Eröffnung bis zu seiner Aufhebung, es sei denn, daß die Frau den Vermögensverfall des Mannes verursacht hat (§ 1260);

b) im Falle der Ehetrennung, wenn die Frau der schuldlose Teil ist (§ 1266).

Der Witwengehalt erlischt: durch den Tod der Frau und, wenn nicht das Gegenteil vereinbart ist, durch Verrückung des Witwenstuhls (§ 1244).

§ 444.

C. Die Widerlage.

Die Widerlage[1]) ist ein Kapital, das der Mann oder ein Dritter für ihn der Frau in den Ehepakten für den Fall ihres Überlebens „zur Vermehrung des Heiratsgutes" aussetzt (§ 1230). Stirbt also die Frau zuerst, so erhalten ihre Erben nur das Heiratsgut, die Zusicherung der Widerlage ist gegenstandslos. Stirbt der Mann zuerst, so erhält die Frau außer dem Heiratsgute als Zugabe (Vermehrung) die Widerlage.

1. Die Widerlage ist ein Kapital, das die Frau als „freies Eigentum" (§ 1230) empfangen soll. Ein Fruchtgenuß[2]) oder eine Rente wäre keine Widerlage, sondern ein Witwengehalt oder ein Advitalitätsrecht.

2. Die Widerlage setzt die Bestellung[3]) eines Heiratsgutes voraus. Das wird bestritten. Wenn es richtig sei, daß eine Krone Heiratsgut genüge, um 1000 K Widerlage zur Grundlage zu dienen[4]), so sei es wohl nicht gerechtfertigt, auf dieser einen Krone zu bestehen.[5]) Es ist aber nicht richtig. Die Widerlage muß sich wirtschaftlich als Entgelt für den Genuß des Heiratsgutes oder für dessen Zuwendung auf den Todesfall[6]) darstellen. Ist mit einer längeren Dauer der Ehe zu rechnen — also freilich nicht bei einer Eheschließung auf dem Totenbette — dann können die Früchte des Heiratsgutes eine Widerlage rechtfertigen, die das Doppelte oder Dreifache des Heiratsgutes beträgt. Der Mann kann ja die Widerlage durch eine Versicherung auf Überleben decken und die Prämien den Einkünften des Heiratsgutes entnehmen. Damit wird das

[8]) So schon HfD. v. 7. Dez. 1789 JGS. Nr. 1082.

[1]) M. Reich NotHandb. S. 356 ff. Geschichtliches: Stobbe-Lehmann IV S. 234 ff., R. Bartsch S. 30 ff., Hradil, Das Heiratsgut S. 91 ff. Über die der Widerlage in ihrer ursprünglichen Bedeutung entsprechende reformatio dotis des polnischen Rechtes vgl. Ogonowski, Ehegüterrecht S. 55 und Resolution v. 31. Okt. 1785 JGS. Nr. 489 Absatz n.

[2]) A. M. Krasnopolski, Lehrbuch IV S. 179. Unklar Entsch. Slg. Nr. 12.207, die sich auf §§ 1256, 1257 (Advitalitätsrecht) beruft. Die zweite Instanz hatte die in einem Fruchtgenusse bestehende „Widerlage" geradezu als Advitalitätsrecht bezeichnet.

[3]) Nicht die Übergabe. Entsch. Peitler 2. Aufl. Nr. 992, Slg. V Nr. 2085, Krasnopolski Grünhuts Zeitschr. 15, 71 und Lehrbuch IV S. 178.

[4]) Vgl. v. Anders, FamR. S. 131 Note 7.

[5]) So Ofner Grünhuts Zeitschr. 17, 415.

[6]) Wenn sie vereinbart worden ist. Notwendig ist dies nicht: § 1230 Schlußsatz.

Heiratsgut seinem Zwecke nicht entfremdet, denn zu den ehelichen Lasten gehört für den gewissenhaften Mann auch die Versorgung der Witwe. Besteht aber ein auffallendes Mißverhältnis zwischen Heiratsgut und Widerlage[7]), so liegt ein gemischtes Geschäft oder ein Scheingeschäft vor. Eine angemessene Widerlage ist keine Schenkung.[8]) Im Konkurse kann die Frau also ihre bedingte Forderung geltend machen[9]) und die Sicherstellung des darauf entfallenden Konkursanteiles verlangen.

3. Die Widerlage gebührt der Frau nur, wenn sie den Mann überlebt, und darum erst nach dessen Tode.[10]) Hat ein Dritter die Widerlage für den Mann bestellt, so behält sie der überlebende Mann, wenn sie ihm als Ausstattung (§ 1231) übergeben worden ist. Das vom Dritten bloß der Frau gemachte Versprechen wird hinfällig.[11]) Nur im Falle der Trennung kann die (schuldlose) Frau die Widerlage schon bei Lebzeiten des Mannes erlangen, weil ihr da alles gebührt, was ihr in den Ehepakten auf den Fall des Überlebens versprochen worden ist (§ 1266). Die Verabredung, daß die Widerlage „auf jedesmaliges Verlangen" während der Ehe zahlbar sei, widerstreitet dem Wesen der Widerlage. Eine solche Zuwendung ist vielmehr eine Eheschenkung (Morgengabe).[12])

Vormünder und Kuratoren einer pflegebefohlenen Braut sollen für die Sicherstellung der Widerlage[13]) ebenso wie für die des Heiratsgutes sorgen (§ 1245), doch können die Gläubiger des Mannes die Sicher-

[7]) Ein Mißverhältnis, das den Ehegatten auffallen mußte, nicht eines das sich hinterher ergibt oder nach versicherungstechnischer Durchschnittsrechnung herausstellt.

[8]) Entsch. Slg. IV Nr. 1297, V Nr. 2085, Erbsteuerpatent v. 15. Okt. 1810 § 7, Entsch. des VGH. v. 16. Jan. 1906 in der NotZ. 1906 Nr. 13 (dazu Fried ebda. 1907 Nr. 19, FME. v. 30. April 1907 ebda. Nr. 26, F. M. Wolff JBl. 1908 Nr. 20, A. P. ebda. Nr. 24), Ellinger zu § 1230, v Randa, Eig. 2. Aufl. S. 496 Note 8a, Krasnopolski Grünhuts Zeitschr. 15, 71 Note 125 und Lehrbuch IV S. 179, Stubenrauch 8. Aufl. II S. 532, Rintelen, Handbuch S. 343, vgl. auch Kaserer, Materialien zum AnfG. S. 134. — Anders Krainz: „Die Widerlage ist eine Schenkung", ebenso Winiwarter IV S. 445, Ullmann in Grünhuts Zeitschr. Bd. 4 S. 103, v. Anders, FamR. S. 130 f. Wieder anders Ogonowski S. 321 f., welcher die Widerlage, soweit sie den Betrag des Heiratsgutes übersteigt, als Schenkung behandeln will; so KO. v. 1781 § 19.

[9]) Denkschrift zur KO. S. 55: „Der Anregung, auch die Widerlagsforderung der Gattin des Gemeinschuldners unter die vom Konkurse ausgeschlossenen Forderungen zu zählen, wurde nicht entsprochen, weil die Widerlage in einer dem Heiratsgute angemessenen Höhe vielfach als ernstliche Verpflichtung des Mannes zur Versorgung seiner Gattin angesehen wird, deren Zurücksetzung nicht zu rechtfertigen wäre."

[10]) Sie ist Gegenstand der Erbgebühr nach § 1 KaisV. v. 15. Sept. 1915 Nr. 278.

[11]) Vgl. Stein, Wem fällt die, namentlich von einem Dritten bestellte Widerlage zu, wenn die Gattin, für welche sie ausgesetzt ist, dem Ehegatten vorverstirbt? in der Prager JWSchr. 1888 S. 29 ff.

[12]) Anders Entsch. Slg. Nr. 8166 in einem Falle, wo von einer Widerlage schon deshalb keine Rede sein konnte, weil die Frau kein Heiratsgut zugebracht hatte. Aber die Praxis läßt es gerne bei den von den Beteiligten gebrauchten Ausdrücken bewenden.

[13]) Vgl. Lhota GZ. 1859 Nr. 8, v. Randa S. 496. Besteht die Wider-

stellung anfechten.[14]) Ist die Sicherstellung in den Ehepakten nicht bedungen worden, so kann sie die Frau verlangen, „wenn in der Folge Gefahr eintritt" (§ 1245).[15])

§ 445.

D. Fruchtnießung auf den Todesfall (Advitalitätsrecht).[1])

Der Advitalitätsvertrag ist ein Vermächtnisvertrag, in dem ein Gatte dem andern auf den Fall des Überlebens den Fruchtgenuß des ganzen Nachlasses oder eines Bruchteiles davon zuwendet. Soll der Überlebende Erbe werden, so ist der Vertrag ein Erbvertrag, auch wenn das Erbrecht auf dessen Lebenszeit beschränkt ist.[2]) Beide Verträge können nach dem Gesetze nur zwischen Eheleuten — eben als Ehepakten — geschlossen werden. Sie stehen einander in jeder Hinsicht nahe. Dennoch ist es herkömmlich, den einen im Ehegüterrechte und den andern im Erbrechte zu behandeln. Ungleich ist die praktische Bedeutung der beiden Verträge. Der Erbvertrag ist sehr verbreitet, er ist der regelmäßige Begleiter der Gütergemeinschaft. Der Advitalitätsvertrag dagegen ist abgestorben. Er war seit dem Mittelalter in Polen üblich[3]) und die österreichische Gesetzgebung hat sich mit ihm alsbald nach der Einverleibung Galiziens wiederholt beschäftigt[4]), freilich nur, um ihn verschiedenartigen Einschränkungen zu unterwerfen. Auch seine Regelung im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche verdankt der Advitalitätsvertrag nur der Rücksicht auf den galizischen Brauch.[5]) Doch scheint er die Eingriffe der Gesetzgebung nicht überlebt zu haben.

Gegenstand des Fruchtgenusses ist der ganze Nachlaß oder ein Bruchteil davon. Bezieht sich der Fruchtgenuß auf bestimmte Sachen, Rechte oder Summen, dann liegt ein Witwengehalt oder doch (z. B. wenn der Witwer in dieser Weise bedacht ist) ein ihm ähnliches Recht vor[6]), das durch Verfügungen unter Lebenden nicht verkürzt werden darf.

lage in einem Grundstücke, so ist das bedingte Eigentumsrecht der Frau einzuverleiben.

[14]) Vgl. oben § 443 bei Note 5. Bartsch, Komm. S. 256 Note 70.

[15]) Entsch. Slg. XIV Nr. 5677.

[1]) Ogonowski S. 367 ff., Zobkow, Das österr. Advitalitätsrecht Grünhuts Zeitschr. Bd. 32, 747, Bd. 33, 271, 511, Stubenrauch 8. Aufl. II S. 561, Krasnopolski IV § 43.

[2]) Anders Till (nach Zoll GZ. 1907 Nr. 52), der die Fruchtnießung des § 1255 für fiduziarisches Erbrecht und darum den Advitalitätsvertrag für eine Abart des Erbvertrages erklärt.

[3]) Herburt de Fulstin, Statuta regni Poloniæ (1620) S. 13 f., wo auch das Formular eines altpolnischen Advitalitätsvertrages mitgeteilt wird, Ogonowski S. 57 f., Winiwarter IV S. 483, Stubenrauch III S. 457, Pfaff und Hofmann, Komm. I S. 186 Note 121, Schiffner, Der Vermächtnisvertrag nach österr. Recht Leipzig 1891 S. 34 und Note 4.

[4]) Zobkow Grünhuts Zeitschr. 32, 749.

[5]) Ofner, Prot. I S. 191, II S. 432 f., S. 604. Vgl. auch Harrasowsky, Der Cod. Ther. etc. IV S. 59 Note 56.

[6]) Ofner, Prot. II S. 550, Stubenrauch 8. Aufl. II S. 563, Krasnopolski a. a. O., v. Anders, Grundriß S. 48; a. M. Krainz, Ogonowski S. 367, Zobkow Bd. 33 S. 524.

Das Advitalitätsrecht steht solchen Verfügungen ebensowenig im Wege (§ 1255) wie der Erbvertrag. Nur gegen Verfügungen von Todes wegen ist es geschützt. Es bezieht sich eben nur auf den Nachlaß.

Eine Mischform entsteht, wenn die Fruchtnießung eines unbeweglichen Gutes mit Einwilligung des Verleihers im Grundbuche einverleibt wird (§ 1256). Dann verbindet sich mit dem Advitalitätsrechte (am Nachlasse oder dessen Bruchteile) ein dem Witwengehalte ähnliches Recht auf die bestimmte Liegenschaft. Dieses Recht kann fortan auch durch Verfügungen unter Lebenden nicht geschmälert werden; für Verschlimmerungen der Liegenschaft müßten die Erben des Verleihers aufkommen. Weil demnach die Einverleibung dem Gatten ein Recht gibt, das über den Rahmen des einfachen Advitalitätsrechtes hinausgeht, kann ohne die Einwilligung des Verleihers auch die Vormerkung nicht bewilligt werden.[7])

Daß der Überlebende Fruchtnießer ist, ergibt sich daraus, daß § 1255 sein Recht nicht nur als Recht der Fruchtnießung bezeichnet, sondern ausdrücklich die §§ 509 bis 520 bezieht. Der Fruchtgenuß erlischt nicht, wenn der Überlebende sich wieder verehelicht. Er kann den Fruchtgenuß einem andern, z. B. dem zweiten Gatten abtreten.[8]) Aber die Kinder des Verstorbenen haben sowohl im Falle der Wiederverehelichung als auch im Falle der Abtretung ein Näherrecht: sie können verlangen, daß ihnen der Fruchtgenuß „gegen einen angemessenen jährlichen Betrag überlassen werde" (§ 1257).

Der Ehegatte, der auf das Advitalitätsrecht Anspruch macht, kann nach § 1258 den gesetzlichen Erbteil nicht fordern.[9]) Das ist eine Ausnahme von der Regel des § 757, nach der Zuwendungen in den Ehepakten das gesetzliche Erbrecht nicht ausschließen, aber in den Erbteil eingerechnet werden. Als Grund gibt Zeiller[10]) an, daß die Schätzung des Fruchtgenusses „von unsicheren Kalkülen und Mutmaßungen über die Lebensdauer, die körperliche Beschaffenheit, die bevorstehenden Gefahren u. dgl. abhängt". Das würde freilich für den Witwengehalt ganz ebenso zutreffen.

Im Falle der Trennung bleibt das Advitalitätsrecht ebenso wie das Recht aus einem Erbvertrage dem Schuldlosen auf den Todesfall vorbehalten.[11])

[7]) v. Randa, Eigentum S. 502 Note 24: „nur durch diese Einwilligung gibt der Verleiher zu verstehen, daß er auf das ihm sonst zustehende Dispositionsrecht unter Lebenden verzichte! Dieser Verzicht kann nicht durch die Pränotation einseitig erzwungen werden." A. M. Krainz, Ogonowski S. 370.

[8]) Vgl. über die Veräußerlichkeit des Fruchtgenusses oben § 248 bei Note 20.

[9]) Vgl. HfD. v. 25. Juli 1806 JGS. Nr. 775 und dazu den Bericht der Jurid. Kommission zur Zivilnovelle S. 49.

[10]) Komm. III 2 S. 645.

[11]) Dagegen soll nach Zeiller (III S. 659), Krainz, Zobkow (S. 277) das Recht des schuldlosen Teiles schon mit dem Zeitpunkte der Trennung in Kraft treten, der Schuldige würde also möglicherweise die ganzen Einkünfte seines Vermögens noch bei Lebzeiten einbüßen, der Millionär zum Bettler

§ 446.

E. Die Gütergemeinschaft auf den Todesfall.[1])

I. Nach dem Gesetze (§ 1234) bezieht sich die eheliche Gütergemeinschaft „in der Regel" auf den Todesfall. Es ist bereits oben § 437, II, 3 ausgeführt worden, daß die Ehegatten vereinbaren können, daß die Gütergemeinschaft sofort mit der Eheschließung in Kraft treten solle. Dann entsteht eine Gütergemeinschaft unter Lebenden und auf den Todesfall. Die gesetzlichen Bestimmungen über die Auseinandersetzung gelten also auch hier. Sie hätten sonst geringe praktische Bedeutung. Denn die bloße Gemeinschaft auf den Todesfall war schon bisher nur in wenigen Bezirken üblich[2]) und das geltende Gebührenrecht[3]) entzieht ihr wohl jede Aussicht auf weitere Verbreitung.

Die Bedeutung der Gütergemeinschaft auf den Todesfall liegt darin, daß das der Gemeinschaft unterzogene Vermögen beim Tode des einen Gatten zwischen dessen Erben und dem Überlebenden so zu verteilen ist, als wäre es je zur Hälfte gemeinschaftlich gewesen (§ 1234); mit anderen Worten, die eine Hälfte von der Summe des Vermögens des Mannes und des Vermögens der Frau wird dem überlebenden Ehegatten zugewiesen, während die andere als Nachlaß behandelt wird.[4]) Während der Ehe besteht ja unter gewöhnlichen Verhältnissen trotz der rechtlichen Sonderung (§ 1237) eine sehr weitgehende Gemeinschaft des Besitzes und Genusses. Mag auch der eine Ehegatte reich, der andere arm sein, so leben doch beide auf gleichem Fuße. Erst wenn die eheliche Gemeinschaft aufgehoben wird, dann stürzt nicht selten — bei Ungleichheit des Vermögens — der eine Ehegatte aus glücklichem Wohlstande in drückende Dürftigkeit. Solchem Schicksale beugt die Gütergemeinschaft auf den Todesfall vor. Aber nicht immer bereichert sie den Überlebenden; war er der vermöglichere Teil, so entzieht sie ihm vielmehr einen Teil seines Vermögens zu Gunsten des Nachlasses. Die Frage, wer durch den Gütergemeinschaftsvertrag gewinnt, soll gar nicht aufgeworfen werden. Ebendarum liegt im Abschlusse eines Gütergemeinschaftsvertrages keine Schenkung.[5]) Unhaltbar ist die — von Krainz[6])

werden. Vgl. dagegen v. Anders, FamR. S. 173, Stubenrauch 8. Aufl. II S. 575.

[1]) Kafka, Die eheliche Gütergemeinschaft auf den Todesfall 1906, dazu Wehli in der NotZ. 1907 Nr. 11, v. Ohmeyer in der GZ. 1907 Nr. 35 und K. Adler in Grünhuts Zeitschr. 34, 490; vgl. auch (zum österr. R.) H. Henrici, ZSchweizR. 55 S. 184 ff.

[2]) M. Reich in der Festschr. 1911 II S. 372: im slowenischen Teile der Steiermark und im Gottscheerlande.

[3]) § 18 KaisV. v. 15. Sept. 1915 Nr. 278: „Bestand zwischen dem Erblasser und seinem überlebenden Ehegatten eine Gütergemeinschaft auf den Todesfall (§ 1234 ABGB.), so unterliegt in der Regel das gesamte der Gütergemeinschaft unterzogene Vermögen der Erbgebühr" — also auch das eigene Vermögen des überlebenden. Vgl. Ehrenzweig, Bemerkungen zum Erbsteuerentwurfe NotZ. 1909 Nr. 27.

[4]) Entsch. Slg. IX Nr. 3502.

[5]) Das ist wegen §§ 785, 951 wichtig. Vgl. Entsch. Slg. Nr. 9370.

[6]) Ebenso Kafka S. 178, dagegen v. Anders, Grundriß S. 52, Kaſt

vertretene — Lehre, daß die beiderseitigen Anteile nicht gleich groß sein müssen, daß es vielmehr unbedenklich zulässig sei, daß der dem Überlebenden zugedachte Anteil, z. B. auf zwei Drittel des beiderseitigen Vermögens festgesetzt werde. Zulässig ist eine solche Vereinbarung allerdings, aber sie bedeutet, daß der Überlebende außer seiner wittiblichen Hälfte[7]) auch noch ein Drittel der andern Hälfte, d. h. des Nachlasses bekommen solle; es verbindet sich also mit dem Gemeinschaftsvertrage ein Erbvertrag. Soll der Überlebende — etwa bei Abgang von Kindern — das ganze gemeinschaftliche Vermögen erhalten[8]), so muß nebst dem Gemeinschafts- und dem Erbvertrage (wegen § 1253) auch noch ein wechselseitiges Testament errichtet werden. Unmöglich kann das Gesetz den Ehegatten gestatten, den Nachlaßanteil, nach dessen Betrag sich der Pflichtteil richtet und der früher auch für die Erbgebühr maßgebend war[9]), willkürlich unter das gesetzliche Maß (§ 1234, zweiter Satz) herabzudrücken.

II. Bei der Gütergemeinschaft auf den Todesfall bleibt *während der Ehe* jeder Ehegatte Träger der Rechte, die ihm zur Zeit der Eingehung des Gemeinschaftsvertrages zustanden, und ebenso ist er und nur er Träger jener Rechte, die er während der Ehe erwirbt, wie er auch allein für die von ihm eingegangenen Schulden haftet.[10]) Die Gütergemeinschaft hindert ihn auch keineswegs, bei Lebzeiten über sein Vermögen nach Belieben zu verfügen; der Vertrag erklärt eben für gemeinschaftlich nur, was nach dem Tode des einen da sein wird; keiner der Ehegatten hat sich aber verpflichtet, etwas Bestimmtes oder gar bestimmte Vermögensstücke zu hinterlassen. Wechselseitig verbindliche Geschäfte jeder Art sind selbst bei Bestand einer *allgemeinen* Gütergemeinschaft zwischen den Ehegatten vollkommen zulässig; allerdings aber verlieren durch den Tod — und ebenso auch durch die Konkurseröffnung[11]) — die zwischen den Gatten eingegangenen Schuldverträge ihre Wirksamkeit; denn da die daraus hervorgehenden Rechte und Verbindlichkeiten nun als gemeinsame zu behandeln sind, so heben sie sich gegenseitig auf.

III. Mit dem *Tode* eines der Ehegatten treten die rechtlichen Wirkungen der Gütergemeinschaft ein; auch dann aber bestehen sie, genau gedacht, *nicht* darin, daß das beiderseitige Vermögen zu einem wirklich gemeinsamen wird; sondern kraft dieses Ehepaktes entsteht nur für den überlebenden Ehegatten und die Erben des verstorbenen der

in den JBl. 1910 Nr. 35. Zum schweiz. Rechte (Art. 226 ZGB.) vgl. H. Henrici a. a. O. S. 296.

[7]) Vgl. Entsch. Slg. Nr. 8631.

[8]) Vgl. z. B. Entsch. Slg. Nr. 1662.

[9]) Entsch. Slg. IX Nr. 3502. Vgl. §§ 9, 10 Erbsteuerpatent v. 15. Okt. 1810 JGS. Nr. 914, dazu HKzD. v. 11. Mai 1830 JGS. Nr. 2463. Heutiges Recht: oben Note 3.

[10]) Die Gläubiger des einen Gatten können sich wegen ihrer Befriedigung nur an ihren Schuldner, nicht an das Vermögen des anderen Gatten halten (Entsch. Schimkowsky I Nr. 96, Kafka S. 229 ff.).

[11]) Entsch. Slg. Nr. 2770.

Anspruch, eine solche Teilung des Vermögens beider Ehegatten zu verlangen, als wäre es gemeinschaftlich gewesen. Man kann dies auch dahin ausdrücken, es mache sich nun die Fiktion geltend, daß beide Teile gleichviel eingebracht und gleichviel erworben haben, und daß eben darum die eine Hälfte der gesamten Masse das eigene Vermögen des Überlebenden, die andere den Nachlaß bilde (§ 1234).[12]) Zum Zwecke der Durchführung der Teilung muß selbstverständlich nicht nur das Vermögen des Verstorbenen, sondern auch das des Überlebenden ermittelt und bei der Inventur oder dem eidesstättigen Vermögensbekenntnisse zur Hälfte einbezogen werden. Es muß aber nicht nur das Aktivvermögen[13]), sondern es müssen auch die beiderseitigen Schulden so behandelt werden, als wären sie gemeinschaftlich aufgenommen worden, und zwar bei allgemeiner Gütergemeinschaft alle[14]), bei besonderer die zum Besten des gemeinschaftlichen Gutes eingegangenen.

Gemäß § 1235 sind die Schulden vor der Teilung abzuziehen. Nach Krainz soll hiemit nur das Verhältnis des überlebenden Gatten und der Erben des Verstorbenen, d. h. der Teilnehmer an der als gemeinschaftlich zu behandelnden Masse untereinander geregelt werden;[15]) den Gläubigern gegenüber gelte die Fiktion nicht, daß die Hälfte des beiderseitigen Vermögens den Nachlaß des Verstorbenen bilde. Allein grundsätzlich soll doch nach dem Tode eines Ehegatten so vorgegangen werden, als ob bereits bei Lebzeiten eine Gütergemeinschaft bestanden hätte, welche nun erst — durch den Tod — beendet wurde. Nimmt man also an, daß nach Aufhebung einer Gütergemeinschaft unter Lebenden den Gläubigern neben dem Schuldner auch dessen Gatte bis zum Betrage des ihm aus der Gemeinschaft zugefallenen Vermögensanteiles hafte[16]), so muß behauptet werden, daß auch bei der Gütergemeinschaft auf den Todesfall die gleiche Haftung bestehe, wenn das als gemeinschaftlich gedachte Vermögen ohne vorherige Befriedigung der Gläubiger geteilt worden ist. Dafür, daß die — im Gesetze allein geregelte — Gütergemeinschaft auf den Todesfall auch den Gläubigern Rechte gewähre[17]), spricht auch die Bestimmung des § 1262, die sonst nicht zu rechtfertigen wäre.[18])

[12]) Entsch. Slg. IX Nr. 3502.

[13]) Auch die erst mit dem Tode fällig gewordenen Lebensversicherungspolizzen: Entsch. Slg. VI Nr. 2385.

[14]) Auch die Schulden aus unerlaubten Handlungen. Oben § 437 Note 30.

[15]) Ebenso Kafka S. 222 f., der es aber als selbstverständlich bezeichnet, daß die Gläubiger eines Gatten auch auf dessen aus dem Gemeinschaftsvertrage erwachsende Forderung greifen können. Ebenso v. Anders, Grundriß S. 68, Staub-Pisko I S. 34, 39.

[16]) Vgl. die oben § 437 Note 31 bezogenen Entscheidungen.

[17]) „In einer allgemeinen Gütergemeinschaft vertrauen die Gläubiger auf das Vermögen des einen und des anderen Gatten", Zeiller III S. 610.

[18]) Vgl. Zeiller III S. 652 f. Die Fürsorge für die Gläubiger war nach älterem Rechte um so notwendiger, als denselben die Möglichkeit, nachteilige Gütergemeinschaftsverträge anzufechten (bis 1884) versagt war. Aber auch das Anfechtungsrecht böte keinen ausreichenden Schutz. S. Krasnopolski Grünhuts Zeitschr. Bd. 15 S. 103 ff.

Die auf den Verstorbenen entfallende Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens ist als Nachlaß zu behandeln. An ihr kann der überlebende Gatte als Erbe beteiligt sein.[19]) Nur nach dieser einen Hälfte richtet sich der Pflichtteil, mag auch das ganze gemeinschaftliche Vermögen von dem Verstorbenen herrühren. Der überlebende Gatte kann nicht — zur Vergrößerung seiner wittiblichen Hälfte — von den Erben die Anrechnung von Vorausempfängen fordern.[20]) Es wird ihm aber auch das durch die Gütergemeinschaft etwa (gegenüber seinem ursprünglichen Vermögensstande) Gewonnene nicht in den gesetzlichen Erbteil eingerechnet.[21])

IV. Die Regel, daß die auf den Todesfall eingegangene Gütergemeinschaft bei Lebzeiten beider Gatten keine Wirkung äußert, erleidet die nachstehenden Ausnahmen:

1. Wenn ein Ehegatte ein unbewegliches Gut besitzt und des andern „Recht zur Gemeinschaft" ins Grundbuch eintragen läßt (§ 1236)[22]), erlangt der andere ein dingliches Anwartschaftsrecht, und zwar das künftige, mit der Auflösung der Ehe beginnende Miteigentum[23]), so daß das Eigentum des bisherigen Eigentümers an dieser Hälfte sich in ein zeitliches (widerrufliches) Eigentum (oben I, § 195) verwandelt. Er behält zwar kraft seines zeitlichen Eigentums den Genuß auch dieser Hälfte, kann aber von der Einverleibung an mit dem Gute keine Verfügung mehr treffen, die das dem andern Gatten eingeräumte seinerzeitige Miteigentum beeinträchtigen würde (§ 1236). Damit ist zwar nicht gesagt, daß die nach der Einverleibung erfolgte Verpfändung oder sonstige Belastung geradezu unwirksam sei;[24]) wohl aber ist sie zeitlich ebenso

[19]) Auch als Gläubiger kann er — trotz des oben bei Note 11 Bemerkten in Betracht kommen, z. B. wenn ihm nach den Ehepakten Heiratsgut und Widerlage als Sondergut gebühren, oben § 437 Note 7.

[20]) Entsch. Slg. Nr. 1058.

[21]) Pfaff und Hofmann II S. 752, a. M. Kafka S. 253.

[22]) Auch die Vormerkung dieses Rechtes bedarf der Zustimmung des widmenden Gatten. Stubenrauch III S. 434, Winiwarter IV S. 453, v. Randa, Eig. S. 497 Note 14, Ogonowski S. 391, Kafka S. 315; anders Scheidlein, Miszellen III S. 112.

[23]) Zufolge eines vom Justizministerium mit Erl. v. 1. Jan. 1905 Z. 27.187 gebilligten Gutachtens des Wiener Oberlandesgerichtes soll das „Recht zur Gemeinschaft" im Lastenblatte einverleibt und zugleich im Eigentumsblatte als Beschränkung ersichtlich gemacht werden. Erst nach dem Tode des ursprünglichen Eigentümers (oder auch des anderen Teiles?) soll das Miteigentum eingetragen werden. Vgl. aber v. Randa, Eig. R. 2. Aufl. S. 497 ff. und die manches klar machenden Daten aus den Vorarbeiten und den Protokollen des bürgerlichen Gesetzbuches bei Pfaff in den JBl. 1887 Nr. 38 S. 451. S. auch D. Ullmann, Die Stellung der Ehegatten im Konkurse in Grünhuts Zeitschr. IV S. 117 ff., Baltinester, Zur Anwendung des § 1236 in der NotZ. 1888 Nr. 43, dazu Braun ebda. Nr. 43, Bežek, Über die Bedeutung des Anwartschaftsrechtes nach § 1236 ABGB. in der NotZ. 1893 Nr. 28, Ungenannter, Die bücherliche Eintragung des Rechtes zur Gemeinschaft ebda. 1901 Nr. 21, Ogonowski S. 392 ff., Kafka S. 292 ff., v. Anders, Grundriß S. 53.

[24]) Anders Entsch. Slg. Nr. 3929, die jede Verpfändung der dem Anwartschaftsrechte unterliegenden Hälfte als unzulässig ansieht. Daß das Anwartschaftsrecht selbst unpfändbar sei,

beschränkt wie das Eigentumsrecht selbst und muß daher mit diesem erlöschen (§§ 468, 527). Das nämliche gilt auch von einer nur von dem zeitlichen Eigentümer vorgenommenen Veräußerung (Eigentumsübertragung): rücksichtlich der erwähnten Eigentumshälfte kann sie auf den Erwerber nur zeitliches Eigentum übertragen. Auch bringt es der Zweck dieses Gemeinschaftsvertrages mit sich, daß er dem das Gut der Gemeinschaft Widmenden dessen ungeschmälerte Erhaltung zur Pflicht macht; daher verpflichtet ihn jede verschuldete Verschlimmerung des Gutes zum Schadenersatze. Der Eigentümer des Gutes hat also, wie in anderen Fällen des zeitlichen Eigentums (§ 613), bezüglich der mehrerwähnten Hälfte nur die Rechte und Verbindlichkeiten eines Fruchtnießers, und naturgemäß beziehen sich die daraus hervorgehenden Beschränkungen seiner Befugnisse, soweit sie eine geteilte Durchführung nicht zulassen[25]), auch auf die andere Hälfte des Gutes, rücksichtlich deren sein Eigentum kein zeitliches ist.

Stirbt nun der Gatte, der die Liegenschaft eingebracht hat, so verwandelt sich das Anwartschaftsrecht des Überlebenden sofort und unmittelbar in ein gegenwärtiges Eigentum an der für ihn bestimmten Hälfte. Er kann darüber sofort frei verfügen, auch seine Gläubiger können sich daraus befriedigen[26]), während das bisherige zeitliche Eigentum des Verstorbenen erlischt (§ 1236). Die bücherliche Einverleibung des gegenwärtigen Eigentumsrechtes dient nur der Übersichtlichkeit des Grundbuches.[27]) Wenn nun aber auch die eben erwähnte Bestimmung des § 1236 nur von dem Falle spricht, daß der sein Gut der Gemeinschaft widmende Gatte der Vorversterbende ist, so muß sie doch auch auf den Fall des früheren Todes des andern Ehegatten sinngemäß angewendet werden, d. h. in diesem Falle fällt das Eigentumsrecht sofort seinem Nachlasse zu[28]), weil es überhaupt in Betreff des aus der ehelichen Gütergemeinschaft hervorgehenden Teilungsanspruches ganz gleichgültig ist, welcher der beiden Ehegatten früher mit dem Tode abgeht.

Älteren bücherlichen Rechten kann auch diese Einverleibung der ehelichen Gütergemeinschaft keinen Eintrag tun. Ältere Gläubiger können also das ganze Gut in Exekution ziehen, und der Ersteher erlangt nicht etwa nur ein zeitliches, sondern das unbeschränkte Eigentumsrecht (§ 1236 a. E.). Der auf die verschriebene Gutshälfte entfallende und nach Befriedigung älterer Gläubiger erübrigende Kaufpreisrest tritt dann in jeder Beziehung an die Stelle der Gutshälfte.[29])

---

behauptet Entsch. Slg. Nr. 7998; dagegen Krasnopolski in Grünhuts Zeitschr. Bd. 15 S. 102, Kafka S. 316 ff.

[25]) Dies gilt insbesondere von der Verbindlichkeit, das Gut in gutem Zustande zu erhalten; wegen der Unteilbarkeit der Dienstbarkeiten kann der zeitliche Eigentümer auch die ihm gehörende Hälfte nur mit zeitlichen Dienstbarkeiten beschweren usw.

[26]) Vgl. Entsch. Slg. XVI Nr. 6487.

[27]) Winiwarter IV S. 453 f., Stubenrauch 8. Aufl. II S. 537; a. M. Kafka S. 328.

[28]) Winiwarter und Stubenrauch a. a. O.

[29]) Entsch. Slg. Nr. 7669, Schütz,

Lange schon ist endlich anerkannt[30]), daß das, was in § 1236 ausdrücklich nur von der Widmung eines Grundstückes zur ehelichen Gütergemeinschaft bestimmt ist, analog auch auf den Fall einer der Gütergemeinschaft gewidmeten Hypothek angewendet werden muß.

Das Anwartschaftsrecht des § 1236 kommt übrigens in der Praxis selten vor. Auch bei der Gütergemeinschaft auf den Todesfall räumt in der Regel jeder Ehegatte dem andern das gegenwärtige Miteigentum an seinen Liegenschaften ein.[31]) Die Gemeinschaft ist dann eben hinsichtlich dieser Liegenschaften eine Gemeinschaft unter Lebenden. Es verstößt gegen die Absicht der Parteien und gegen den öffentlichen Glauben des Grundbuches, wenn die vorbehaltlose Eintragung des Miteigentums in eine Eintragung des bloßen Anwartschaftsrechtes umgedeutet wird, wie dies der Oberste Gerichtshof gelegentlich getan hat.[32])

2. Wird über das Vermögen eines Gatten der Konkurs[33]) eröffnet, so wird das gemeinschaftliche Vermögen wie beim Tode geteilt (§ 1262). Das gilt ganz ebenso für die Gemeinschaft auf den Todesfall wie für die Gemeinschaft unter Lebenden. Immer gehört zur Konkursmasse des Gemeinschuldners das ganze gemeinschaftliche Vermögen.[34]) Im Falle der Gütergemeinschaft auf den Todesfall ist es leicht möglich, daß nur ein Ehegatte, z. B. nur der Mann überschuldet ist. Dann kann es der Frau widerfahren, daß nicht nur die Gläubiger des Mannes aus ihrem Vermögen volle Befriedigung erlangen, sondern daß auch der Mann selbst ihr dank der Konkurseröffnung einen Teil ihres Vermögens — die Hälfte des Restes — abnimmt. Das kann sie vermeiden, wenn sie die Gläubiger aus freien Stücken befriedigt und dadurch die Konkurseröffnung hintanhält. Dafür entsteht die Gefahr, daß der Mann neue Schulden macht, die sie immer wieder in die gleiche Zwangslage bringen.[35]) Bei der allgemeinen Gütergemeinschaft unter Lebenden ist die Vermögenslage beider Ehegatten gleich; ist der eine zahlungsunfähig, so ist es auch der andere.[36]) Dennoch ist es auch bei der allgemeinen Güter-

Meistbotverteilungsverfahren S. 45, Kafka S. 322 ff.

30) Winiwarter und Stubenrauch a. a. O., Kafka S. 313.

31) M. Reich a. a. O. S. 376 (Gottschee), Entsch. Slg. XIII Nr. 5070 (Südsteiermark).

32) Entsch. Slg. XIII Nr. 5070.

33) Vgl. D. Ullmann a. a. O. S. 107 ff., v. Sponner, Der Einfluß des Konkurses auf die eheliche Gütergemeinschaft in der GZ. 1896 Nr. 32, 33, Kafka S. 261 ff., Sonnleithner, Auf welche Weise kann der Gläubiger eines überschuldeten Ehegatten, welcher mit dem anderen nicht überschuldeten Ehegatten eine allgemeine Gütergemeinschaft abgeschlossen hat, zur Befriedigung seiner Forderung gelangen? in der NotZ. 1875 Nr. 16, Kast, Einfluß des Konkurses auf die eheliche Gütergemeinschaft für den Todesfall JBl. 1910 Nr. 35, 36, Bartsch, Kommentar S. 30 f.

34) Nach § 2 der deutschen KO. gehört das Gesamtgut zur Konkursmasse des Mannes.

35) Kafka S. 273 gegen Krainz, der übrigens die Befriedigung der Gläubiger nur „unter Umständen" klug findet.

36) Zur Teilung eines Überschusses kann es hier nicht kommen. Deshalb wollten ältere Schriftsteller (Winiwarter IV S. 501, Ellinger zu § 1262) den § 1262 nur auf den Fall

gemeinschaft unter Lebenden möglich, daß nur ein Gatte in Konkurs kommt. Denn der Konkurs wird nicht von Amts wegen eröffnet. Ist also z. B. der Konkurs nur hinsichtlich des Mannes beantragt worden, so wird nur der Mann Gemeinschuldner, zur Konkursmasse gehört aber dennoch das ganze gemeinschaftliche Vermögen beider Ehegatten.[37]) Die Frau muß es sich gefallen lassen, daß der Masseverwalter das ganze gemeinschaftliche Vermögen verwaltet und verwertet. Es nützt ihr nichts, wenn für sie bei den gemeinschaftlichen Liegenschaften das Miteigentum oder das Anwartschaftsrecht nach § 1236 einverleibt ist. Auch die ihr bücherlich zugeschriebenen Hälften gehören zur Konkursmasse. Deshalb wird die Konkurseröffnung über den Mann auch bei den Anteilen der Frau im Grundbuche angemerkt.[38]) Diese Anmerkung hat aber — wie überhaupt[39]) — auch hinsichtlich dieser Anteile keine rechtsgestaltende Bedeutung, vielmehr sind die Wirkungen der Konkurseröffnung die gleichen, auch wenn die Anmerkung unterblieben ist.[40]) Dennoch ist die Frau in unserem Falle, nämlich wenn der Konkurs nur über das Vermögen des Mannes eröffnet worden ist, nicht Gemeinschuldnerin. Ihre Handlungen sind also nicht als Handlungen des Gemeinschuldners anzusehen, das Vermögen, das sie während des Konkurses erlangt, gehört nicht zur Masse, sie ist nicht verpflichtet, dem Masseverwalter Aufklärungen zu erteilen, die Feststellung der Konkursforderungen ist ihr gegenüber kein Exekutionstitel, sie kann keinen Zwangsausgleich beantragen[41]) usf.

§ 1262 ist nicht anwendbar, wenn der Konkurs erst nach dem Tode eines Gatten über dessen Nachlaß oder über das Vermögen des Überlebenden eröffnet wird. Die Gemeinschaft wird hier nicht erst durch den Konkurs aufgehoben, weil sie schon vorher durch den Tod aufgehoben worden ist.[42])

3. Sowohl für die Gütergemeinschaft unter Lebenden als auch für die Gütergemeinschaft auf den Todesfall gilt die Regel, daß im Falle der nicht einverständlichen Trennung der Schuldlose die Teilung wie beim Tode verlangen kann (§ 1266). Denn ihm gebührt alles, was ihm in den Ehepakten auf den Fall des Überlebens bedungen worden ist.

---

der besonderen Gütergemeinschaft beziehen.

[37]) Entsch. Slg. Nr. 6158, 10.529, 14.872, XI Nr. 4372, XIV Nr. 5504, Bartsch a. a. O., Kast a. a. O. Nr. 36; dagegen nur Entsch. Slg. XI Nr. 4200, ferner Kafka S. 266, v. Anders, Grundriß S. 60 f., Rintelen, Handbuch S. 206. Nach Kafka (S. 270) ist die Rechtslage einfach die: Die Masse tritt mit dem Augenblicke der Konkurseröffnung in den in diesem Zeitpunkte wirksam gewordenen Todesfallgemeinschaftsvertrag ein. Die aus diesem Vertrage für den Kridatar erwachsene Forderung gehört, da sie einen Bestandteil des dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung gehörigen Vermögens bildet, zum Konkursvermögen. Vgl. dagegen K. Adler in Grünhuts Zeitschr. Bd. 34 S. 490 ff.

[38]) Entsch. Slg. Nr. 6158, 13.615, 14.872, XIV Nr. 5504.

[39]) Rintelen, Handbuch § 27 Note 2.

[40]) Entsch. Slg. XI Nr. 4372.

[41]) Entsch. v. 9. Nov. 1915 GZ. 1915 Nr. 51.

[42]) Entsch. Slg. XVI Nr. 6487.

Er kann aber auch statt der Teilung die Aufhebung der Gemeinschaft (unten § 447) fordern, weil die Teilung nach Umständen gerade dem Schuldigen zum Vorteil gereichen kann.[43])

Dritter Abschnitt.

Aufhebung und Verfall der Ehepakten.

§ 447.

I. Die Gatten können ihre Ehepakten jederzeit durch Vertrag aufheben.[1]) In gewissen Fällen kann ein Teil die Aufhebung durch gerichtliches Erkenntnis fordern oder die Ehepakten treten von selbst außer Kraft.

1. Bei der einverständlichen Scheidung von Tisch und Bett können die Gatten ihre Ehepakten nur durch Vertrag aufheben (§ 1263)[2]), bei der nicht einverständlichen Scheidung kann der schuldlose Teil und, wenn beide schuldlos oder beide schuldig sind, jeder von ihnen die Aufhebung verlangen (§ 1264). Er hat aber nur die Wahl, die Ehepakten entweder ganz bestehen oder ganz aufheben zu lassen. Die schuldlose Frau kann also nicht etwa hinsichtlich des Heiratsgutes die Aufhebung und hinsichtlich der Widerlage die Fortsetzung der Ehepakten fordern.[3])

Die Aufhebung der Ehepakten verpflichtet den Mann, das Heiratsgut sofort zurückzustellen; die bis zur Erhebung der Klage bezogenen Früchte behält er.[4]) Der Anspruch der Frau auf Widerlage oder Witwengehalt erlischt. War Gütergemeinschaft bedungen, so erhält jeder Teil sein Vermögen zurück; es wird nicht so geteilt, wie bei der Auflösung durch den Tod. Selbst im Falle der Gütergemeinschaft unter Lebenden darf nicht in dieser Weise geteilt werden. Das hieße die Wirkungen des Gütergemeinschaftsvertrages endgültig festlegen, nicht sie aufheben.[5]) Es erhält also jeder Teil das in die Gemeinschaft eingebrachte Ver-

[43]) v. Anders, Grundriß S. 69. Dagegen Kafka S. 258 ff., der den schuldlosen Teil auf den Genugtuungsanspruch verweist. Gegen Kafka Wehli NotZ. 1907 Nr. 11.

[1]) Form: oben § 435 bei Note 20.

[2]) Oben § 432 II.

[3]) Entsch. Slg. XII Nr. 4761.

[4]) Entsch. Slg. Nr. 11.430.

[5]) In den Gründen der ersten Instanz in Slg. Nr. 11.262 heißt es: „Muß man zugeben, daß es das Bemühen des Gesetzgebers war, der Ehe die möglichste Stabilität zu geben, so müßte es doch andrerseits als der denkbar größte Widerspruch erscheinen, wenn der Gesetzgeber im ehelichen Güterrechte dem § 1264 einen Sinn hätte beigelegt wissen wollen, welcher die Festigkeit des ehelichen Lebens geradezu anzugreifen geeignet wäre. Denn könnte — wenn einem aus seinem Verschulden geschiedenen Eheteile, der vielleicht einen kaum nennenswerten Betrag in die Gütergemeinschaft eingebracht hat, die Möglichkeit offen stände, an der Hand des § 843 ABGB. den anderen Teil zur Versteigerung von Haus und Hof und zur Herauszahlung der Hälfte zwingen zu können — eine solche Aussicht, ja müßte sie nicht unter Umständen dem illoyalen Eheteile eine Anspornung sein, den anderen Teil auf den Klageweg zu treiben, da er im

mögen zurück.[6]) Die Aufhebung beseitigt gleichwohl nicht (wie der Zerfall nach § 1265) die sonstigen, bereits eingetretenen Wirkungen der Gütergemeinschaft: Gewinn und Verlust treffen gleichmäßig beide Teile. Reicht also das gemeinschaftliche Vermögen nicht aus, um jedem Teile das Eingebrachte zurückzustellen, so trägt jeder die Hälfte des Abganges; ist ein Überschuß vorhanden, so fällt er beiden je zur Hälfte zu.[7])

2. Einverständliche Trennung hebt, wenn nicht ein Vergleich etwas anderes bestimmt, die Ehepakten von selbst auf (§ 1266, Satz 1). Die Wirkungen der Aufhebung sind dieselben wie in dem eben erörterten Falle. Die gleiche Regel gilt für die nicht einverständliche Trennung, wenn beide Teile schuldig sind. Ist aber ein Teil schuldlos, so gebührt ihm „nicht nur volle Genugtuung, sondern von dem Zeitpunkte der erkannten Trennung alles dasjenige, was ihm in den Ehepakten auf den Fall des Überlebens bedungen worden ist" (§ 1266, Satz 2). Die schuldlose Frau erhält also sofort außer ihrem Heiratsgute auch die Widerlage und den Witwengehalt. Das Recht aus einem Erbvertrage (§ 1266, Satz 3) oder aus einem Advitalitätsvertrage[8]) kann der Schuldlose zwar nicht schon bei Lebzeiten des Schuldigen geltend machen, es bleibt ihm aber auf den Todesfall vorbehalten. Das Vermögen, das den Gegenstand einer Gütergemeinschaft unter Lebenden oder auf den Todesfall gebildet hat, wird auf Verlangen des Schuldlosen[9]) wie beim Tode geteilt.

3. Durch vorzeitige Wiederverehelichung[10]) verliert die Frau den Ehegewinn (§ 121), also Widerlage, Witwengehalt, Erbschaft, Advitalitätsrecht. Auch was sie durch die Gütergemeinschaft gewonnen hat, muß sie zurückstellen.

II. Wird eine Ehe für nichtig erklärt, so zerfallen die Ehepakten (§ 1265), d. h. sie sind von Anfang an ungültig. „Das Vermögen kommt, insofern es vorhanden ist, in den vorigen Stand zurück." Der Mann stellt also, wenn er schuldlos ist, die von ihm bezogenen Früchte des Heiratsgutes oder des sonstigen Vermögens der Frau nur so weit zurück, als sie noch verhanden sind; für verzehrte oder nicht bezogene Früchte leistet er keinen Ersatz.[11]) Andrerseits kann er von der schuldlosen Frau keinen Ersatz für den ihr gewährten Unterhalt ver-

schlimmsten Falle vermögender aus dem ehelichen Zusammenleben scheiden würde, als er es vorher gewesen?" Ganz ähnlich OLG. Graz in der GZ. 1905 Nr. 23 (Mitt. aus der Praxis): „Ein vermögensloser Ehegatte, der mit dem reichen anderen Eheteile allgemeine Gütergemeinschaft vereinbart, könnte durch Ehebruch und Mißhandlungen und andere grobe Unbill die Ehescheidung zur Notwendigkeit machen und trüge die Hälfte des Vermögens des anderen als Beute niederträchtiger Spekulation davon." — A. M. Krainz; die Praxis ist durchaus einig.

[6]) Entsch. Slg. Nr. 2138, 11.262, 12.488 (Ersatz des eingebrachten Grundstückes durch ein anderes, dafür eingetauschtes).

[7]) Vgl. besonders die eingehend begründete Entsch. des OLG. Graz in der GZ. 1905 Nr. 23.

[8]) Oben § 445 bei Note 11.

[9]) Oben § 446 Note 43.

[10]) Oben § 427, 4.

[11]) Entsch. Slg. I Nr. 142.

langen.[12]) Nur wenn ein Teil schuldig[13]) und der andere schuldlos ist, entstehen Schadenersatzansprüche. Von der schuldigen Frau kann der schuldlose Mann Ersatz für den nur im Hinblick auf das vermeintlich bestehende Eheband geleisteten Unterhalt fordern, muß sich jedoch die Abrechnung der aus ihrem Vermögen gezogenen Einkünfte und eines dem Werte ihrer Dienstleistungen angemessenen Betrages gefallen lassen, so daß denn das Ergebnis häufig genug dasselbe sein wird wie im ersten Falle.

Vierter Abschnitt.

Einfluß des Konkurses.[1])

§ 448.

I. „Verfällt die Gattin mit ihrem Vermögen in den Konkurs, so bleiben die Ehepakten unverändert" (§ 1261). Daraus darf man aber nicht (mit Krainz) folgern, daß auch das dem Manne durch förmlichen Ehepakt eingeräumte Verwaltungs- und Genußrecht des freien Vermögens durch den Konkurs der Frau nicht berührt wird, wenn nicht ein „dringender Fall" oder offenbare „Gefahr eines Nachteils" (§ 1241) die Abnahme dieser Verwaltung gebieterisch erheischen. Denn das Recht des Mannes ist nicht ein dingliches Fruchtgenußrecht, dem ein Vorrang gegenüber bloß persönlichen Schulden der Frau zuerkannt werden müßte[2]), und zur Verwaltung gehört auch die Zahlung der Schulden der Frau, die aber im Konkurse eben nach den Vorschriften der Konkursordnung zu erfolgen hat. Der Mann muß sich daher den Konkurs ebenso wie eine Zwangsvollstreckung zu Gunsten der Gläubiger der Frau gefallen lassen. Daß die nur auf dem unterlassenen Widerspruche der Frau beruhende Verwaltungsbefugnis des Mannes (§ 1238) mit der Konkurseröffnung erlösche, folgt schon aus § 1024.[2a])

II. Im Konkurse des Mannes kann die Frau die Sicherstellung des Heiratsgutes und der Widerlage sowie den Genuß des Witwengehaltes oder des Heiratsgutes verlangen (§ 1260).[3]) Das gemeinschaftliche Gut wird wie beim Tode geteilt (§ 1262).[4])

[12]) Entsch. Slg. Nr. 3965. Das Ergebnis entspricht im wesentlichen der Regel des ALR. (II 1 § 955): Die Nutzungen werden gegen das, was zum Unterhalte der Frau verwendet worden ist, aufgehoben. Dafür läßt sich auch § 1458 ABGB. geltend machen, vgl. v. Anders, FamR. S. 108 ff., Grundriß S. 40.

[13]) Culpa in contrahendo, vgl. § 102 ABGB. Genugtuung nach § 866: Ofner, Prot. II S. 402.

[1]) D. Ullmann, Die Stellung der Ehegatten im Konkurse, Grünhuts Zeitschr. 4, 91, v. Anders, Grundriß § 50, Rintelen, Handbuch S. 353.

[2]) Vgl. DBGB. § 1411, Jäger, KO. § 2 Anm. 33—35, Ullmann S. 94 löst die Frage damit, daß der Konkursfall eben zu den in § 1241 vorgesehenen Fällen gehöre, welche die Abnahme der Verwaltung rechtfertigen.

[2a]) Vgl. auch § 26 KO. Bartsch und Pollak, Komm. zu § 26 KO. Anm. 9 und zu § 56 KO. Anm. 24.

[3]) Oben § 439 III, § 443 bei Note 8, § 444 Note 9.

[4]) Oben § 446 IV 2.

Die Rechte, die ein registrierter Kaufmann seiner Gattin in den Ehepakten eingeräumt hat, stehen gemäß § 16 EinfG. zum HGB. den Forderungen der Handelsgläubiger nach.[5]) Dieser Grundsatz erleidet zwei Einschränkungen:

a) Sind die Ehepakten in das Handelsregister eingetragen worden, dann stehen die Ansprüche der Frau nur den schon vorher begründeten Ansprüchen der Handelsgläubiger nach.[6])

b) Die Zurücksetzung bezieht sich nur auf Ansprüche, die der Ehegattin „als Konkursgläubigerin" (§ 56 KO.) zustehen, nicht auf Aussonderungs- oder Absonderungsansprüche. Ist also z. B. die Heiratsgutforderung pfandrechtlich sichergestellt, so kann die Frau ihr Absonderungsrecht nach den allgemeinen Grundsätzen geltend machen, auch wenn die Ehepakten nicht registriert worden sind.[7])

Wenn die Ehefrau den Handelsgläubigern nachsteht, so steht sie doch den übrigen Gläubigern gleich. Diesen gegenüber genießen jedoch die Handelsgläubiger kein Vorzugsrecht. Deshalb wird nach § 56 KO. der Konkursanteil zunächst unter Berücksichtigung der Ansprüche der Frau z. B. mit 30% und dann unter Ausscheidung dieser Ansprüche z. B. mit 40% berechnet. Der Mehrbetrag (10% ihrer Forderungen) gebührt nur den Handelsgläubigern, und zwar wird er ihnen aus dem Konkursanteile der Frau (30% des Heiratsgutes usf.) zugewiesen.[8])

Zweites Hauptstück: Eltern und Kinder.

Erster Abschnitt.

Eheliche Geburt. Legitimation. Kindesannahme.

A. Eheliche Geburt.[1])

§ 449.

1. Allgemeines.

Wem die Frau gehört, dem gehören auch ihre Kinder. Das ist der ursprüngliche Sinn des Satzes: pater est, quem nuptiae demon-

[5]) O. Frankl, Zu § 16 EinfG. zum HGB. Grünhuts Zeitschr. 35, 705. Vgl. schon Abt. I Art. 1 §§ 12—15 Fallitenordnung v. 1734 (Cod. Austr. IV 855, Frankl S. 709) und Art. 3 innerösterr. Fallitenordnung v. 1758 (Cod. Austr. V 1211).

[6]) Die Frau wird aber durch die Eintragung nicht etwa selbst Handelsgläubigerin. Die Frau eines Gesellschafters kann die eingetragenen Ehepakten im Gesellschaftskonkurse nicht geltend machen: Entsch. Slg. XI Nr. 4250. Bartsch und Pollak, Komm. zu § 56 Note 16.

[7]) Denkschrift zur KO. S. 54, Rintelen S. 356, Bartsch und Pollak, Komm. zu § 56 Anm. 14. So schon für das ältere Recht (gegen die damalige Lehre und Übung) O. Frankl a. a. O.

[8]) Bartsch und Pollak a. a. O. Anm. 20. Vgl. auch § 26 AusglO. und dazu Bartsch und Pollak, Komm., Lehmann, Komm. II S. 104 ff.

[1]) Zima, Darstellung des Rechtsverhältnisses zwischen ehelichen Eltern

strant.[2]) Wo Kindersegen nicht als Last, sondern als Vorteil empfunden wurde, da verzichtete der Ehemann nicht leicht auf die von seiner Frau im Ehebruche empfangenen Kinder. Oft kehrt der Vergleich mit dem Acker wieder, dessen Früchte dem Eigentümer gehören, auch wenn ein anderer gesät hat.[3]) Und noch heute kann niemand dem Manne das Ehebruchskind streitig machen, wenn er es als das seinige gelten lassen will. Immerhin ist der Satz pater est usf. zur widerlegbaren Vermutung herabgesunken. Als Vermutung ist er unentbehrlich. Denn schwerlich könnte jemand ohne diese Hilfe seine eheliche Abstammung beweisen.[4]) Die Ähnlichkeit reicht für sich allein zur Herstellung des Beweises der Vaterschaft nicht aus, auch nicht wenn sie in erblichen Mißbildungen oder in den bekannten Fingerlinien hervortritt.[5])

Beim Beweise der Mutterschaft, der gelegentlich ebenfalls Schwierigkeiten machen kann, wird nicht zwischen ehelicher und unehelicher Geburt unterschieden.[6]) Die Ehe kann eine Vermutung immer nur für die Vaterschaft begründen; dabei ist das Feststehen der Mutterschaft vorausgesetzt.

§ 450.

2. Die Vermutung der Ehelichkeit oder Unehelichkeit.

I. Eheliche Kinder sind Kinder, die der Ehemann vor oder während der Ehe erzeugt und die Ehefrau während oder nach der Ehe geboren hat. Es genügt also, daß die Zeit der Ehe zwischen den Eltern in die Zeit der Schwangerschaft fällt. Das vor der Ehe erzeugte, aber nachher geborene Kind ist nicht, wie das ältere deutsche und gemeine Recht wollte, legitimiert, sondern ehelich geboren. So auch nach heutigem deutschem, schweizerischem, französischem[1]), englischem Rechte.

und Kindern 1830, Krasnopolski, Lehrbuch IV § 46ff., v. Anders, Grundriß § 61ff.

[2]) L. 5 D. de in jus voc. 2, 4, Pufendorf, De jur. nat. IV 11 § 10.

[3]) So schon in den Veden. Jolly, Recht und Sitte § 16. Nach indischem Rechte gehörte dem Ehemanne nicht nur der von ihm persönlich gezeugte Aurasa, sondern auch der für ihn von einem andern kraft Auftrages (Niyoga) gezeugte Kshetraja, der vor der Ehe geborene Kanina, der vorher gezeugte, aber in der Ehe geborene Sahodha und der von der Ehebrecherin geborene Gudhaja. Für diese und andere (im ganzen zwölf) Arten von Söhnen galt ein Rangverhältnis, das ihre erbrechtliche Stellung bestimmte. Manu 9, 31—56, E. Grosse, Formen der Familie S. 120, Jolly a. a. O. § 21.

[4]) Bekannt ist die vorsichtige Äußerung Telemachs (Odyssee 1, 215): „Meine Mutter, die sagt es, er sei mein Vater, ich selber weiß es nicht; denn von selbst weiß niemand, wer ihn gezeuget."

[5]) Sommer ArchKrimAnthr. 67, 161, A. Hellwig DJZ. 1911, 760.

[6]) Entsch. Slg. Nr. 1136 (Taufschein, erst nach dem Tode der Mutter ausgestellt), Nr. 7781 (Zeugenbeweis über die Nämlichkeit des Kindes), Nr. 8411 (Ermittlung der Mutter eines Findelkindes), Nr. 9662 (Taufschein, Name der Mutter mit dem Beisatze „angeblich"). Ofner in der NotZ. 1892 Nr. 46, E. Hofmann, Lehrb. der gerichtlichen Medizin 9. Aufl. 1903 S. 198 ff. (über fragliche Geburt).

[1]) Planiol I 1559 nimmt hier Legitimation an. Richtig ist, daß die Leibesfrucht erst im Augenblicke der Eheschließung ehelich wird: oben § 67 bei Note 7.

Die Frage der Vaterschaft bei künstlicher Befruchtung ist anläßlich eines Rechtsfalles[2]) viel erörtert worden. In einem Rechtsstreite über die Ehelichkeit eines Kindes berief sich der Mann auf sein Unvermögen zur Beiwohnung. Die Frau aber behauptete allen Ernstes, daß sie sich ohne Wissen des Mannes dessen Samen verschafft und damit die Befruchtung herbeigeführt habe. In der Tat ist es (seit 1891) der ärztlichen Kunst gelungen, die Befruchtung ohne Beiwohnung zu bewirken. Man streitet nun darüber, ob in Fällen dieser Art immer der Same die Vaterschaft begründe[3]) oder ob dazu das Wissen und die Gegenwart des Mannes erforderlich[4]) oder eine solche Vaterschaft überhaupt ausgeschlossen sei.[5]) Die erste Meinung ist eigentlich selbstverständlich: kein Kind ohne Vater. Die immer wieder betonte Gefahr, daß jemand gegen seinen Willen Vater werden könnte, ist gerade bei der künstlichen Befruchtung sehr gering, weil diese ohne willige Mithilfe des Mannes schwerlich durchzuführen ist.[6])

II. Die Vermutung der ehelichen Geburt[7]) ist an das Bestehen der Ehe während der Empfängniszeit geknüpft. Empfängniszeit oder kritische Zeit ist die vom Geburtstage nachträglich zurückgerechnete Frist, in der der Tag der Empfängnis liegen muß.[8]) Die gesetzliche Empfängniszeit (§§ 138, 163) beginnt dreihundert Tage und endet hundertachtzig Tage vor der Geburt; sie umfaßt also volle hundertzwanzig Tage, reicht aber gleichwohl nicht vollkommen aus. Denn es ist nicht ganz ausgeschlossen, daß ein noch vor Ablauf von hundertachtzig Tagen geborenes Kind wenigstens einige Augenblicke lebt, andrerseits erstreckt sich in nicht ganz seltenen Fällen die Schwangerschaft über den dreihundertsten Tag hinaus.[9]) Das Gesetz läßt den Beweis eines solchen „außerordentlichen Falles" durch Sachverständige ausdrücklich zu (§ 157). Der Grad der Entwicklung (Reife) kann diese Möglichkeit ausschließen und im einzelnen

[2]) Entsch. des RG. v. 4. Juni 1908 JW. 1908 485, Recht 1908 Nr. 2946 (für die Möglichkeit der Vaterschaft, aber gegen die Vermutung der Ehelichkeit).

[3]) So schon der Talmud nach Kahane ZVerglRW. 30, 148, Eisinger, Die künstliche Befruchtung ZBl. 1909 S. 369 (vgl. auch NotZ. 1909 Nr. 25), Traumann, Künstliche Befruchtung und Vaterschaft Recht 1909 Nr. 22, Gmür, Komm. zu Art. 253 ZGB.

[4]) v. Winckel, über die Möglichkeit einer künstlichen Befruchtung Recht 1909 Nr. 5, Kipp, Lehrbuch IV § 75, Kohler, Lehrbuch IV S. 296, Reichsgerichtskomm. zu § 1591, Spinner, Ärztliches Recht (1914) S. 285 ff.

[5]) Coulon in der NotZ. 1909 Nr. 38, dazu Nr. 44.

[6]) „Wie," fragt Kohler a. a. O., „wenn die Zeit kommt, in welcher man mit Spermenkonserven operiert?" Das sind verfrühte Sorgen!

[7]) v. Stintzing, Bemerkungen über die Präsumtion der ehelichen Vaterschaft JheringsJ. 9, 416, W. Fuchs, Die Rechtsvermutung der ehelichen Vaterschaft 1880 (Rez. v. Chorinsky Grünhuts Zeitschr. 7, 598), Hedemann, Die Vermutung S. 246 ff.

[8]) Vgl. Fuchs S. 24 f., Haberda, Die Empfängniszeit VJSchr. für gerichtl. Med. 3. Folge Bd. 47 Suppl. I S. 362 (auch Sonderabdruck), Kratter, Gerichtliche Medizin (1912) S. 195.

[9]) Haberda a. a. O., Hofmann, Gerichtliche Medizin 9. Aufl. S. 181 ff., Kratter a. a. O., v. Liszt, Pflichten des außerehelichen Konkumbenten S. 40 ff. Vgl. auch den Rechtsfall Slg. XV Nr. 5990 (320 Tage?).

Falle sogar zu einer Einschränkung der gesetzlichen Empfängniszeit führen. Ein vollkommen reifes Kind kann kein Siebenmonatkind sein[10]), ein unreifes kann zum mindesten nicht mehr als dreihundert Tage getragen worden sein.[11])

III. Fällt die Empfängniszeit ganz oder teilweise in die Zeit der ehelichen Gemeinschaft, so wird vermutet, daß das Kind vom Ehemanne der Mutter erzeugt, also ehelich ist. Die Vermutung der ehelichen Geburt streitet also für „diejenigen Kinder, welche nach Ablauf von hundertachtzig Tagen nach geschlossener Ehe[12]) und vor Ablauf des dreihundertsten Tages" nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft geboren werden (§ 138). Dabei kommen als Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft in Betracht:

a) Der Tod des Mannes. Ist es zweifelhaft, ob der Mann während der Empfängniszeit noch am Leben war, so kann die Vermutung der Ehelichkeit nur auf die Lebensvermutung[13]) gestützt werden, denn sie setzt ja den wirklichen Bestand der Ehe, also das Leben des Mannes während der Empfängniszeit voraus. Es darf also nicht etwa umgekehrt jede Entbindung als ein Lebenszeichen des Mannes und somit als ein Hindernis der Todeserklärung aufgefaßt werden.[14]) Ist die Todeserklärung erfolgt, so findet die Lebensvermutung und damit zugleich die Ehelichkeitsvermutung in dem gerichtlich festgesetzten vermuteten Todestage ihre Grenze. Ist also der Mann für tot erklärt worden, weil er seit zehn Jahren verschollen ist, so muß ein knapp vor Ablauf des zehnten Jahres und somit noch vor dem vermuteten Todestage erzeugtes Kind als ehelich angesehen werden. Der Gegenbeweis wird aber auf Grund der Ergebnisse des Todeserklärungsverfahrens leicht genug erbracht werden können.[15])

b) Die Trennung der Ehe. Der maßgebende Tag ist derjenige, an dem das Trennungserkenntnis in Rechtskraft erwachsen ist[16]), bei Judenehen der Tag der Übergabe des Scheidebriefes.

c) Die Scheidung von Tisch und Bett steht, da sie die eheliche Beiwohnung auszuschließen bestimmt ist, gemäß HfD. vom 15. Juni

[10]) Entsch. Slg. Nr. 11.092, VIII Nr. 2920, Haberda a. a. O. S. 374 (reife Kinder können von 220 Tagen an geboren werden).

[11]) Haberda S. 376, vgl. auch v. Herff bei Gmür, Komm. II S. 6 f. und Kratter S. 196.

[12]) Dieser Tag ist nicht einzurechnen (§ 902), vgl. schon Entsch. Slg. Nr. 11.701. Da auch der Tag der Geburt nicht eingerechnet wird (§ 138: „nach Ablauf"), ist die Frist genau so lang wie in § 1592 DBGB. (181 Tage). Haberda S. 364.

[13]) Oben § 68 Note 9.

[14]) So Braßloff in Grünhuts Zeitschr. Bd. 32 S. 146. Derselbe Schriftsteller behauptet (S. 153 f.), daß eine Ehe nicht wegen Unvermögens für nichtig erklärt werden könne, wenn Kinder vorhanden sind, deren Ehelichkeit zu vermuten sei. Diese Vermutung müsse zuerst widerlegt werden. Aber die Vermutung setzt ja den Bestand einer gültigen Ehe voraus! Vgl. — gegen Braßloff — Nevečerel in der RichterZ. 1905 Nr. 1.

[15]) Vgl. z. B. Entsch. Slg. V Nr. 1926.

[16]) Wessely, über die Vermutung für die uneheliche Geburt in der Themis Neue Folge III S. 13 ff.

1835, JGS. Nr. 39[17]) der Trennung gleich. Während aber die nach der Trennung vom gewesenen Ehemanne erzeugten Kinder unehelich sind, gelten die von einer geschiedenen Frau geborenen Kinder als ehelich, „wenn gegen den Ehemann der Mutter der im § 163 geforderte Beweis geführt wird" und die Vermutung der Ehelichkeit kommt ihnen zu statten, wenn „bewiesen wird, daß in dem Zeitraum, in welchem nach § 138 die Zeugung geschehen konnte, der Ehemann und die Mutter, obgleich ohne dem Gerichte die Anzeige zu erstatten, in die vorige Gemeinschaft zurückgetreten waren" (HfD. von 1835). Die Frist von dreihundert Tagen beginnt bei einverständlicher Scheidung mit der gerichtlichen Bewilligung[18]), sonst erst mit der Rechtskraft des Scheidungserkenntnisses, nicht aber etwa mit der der Gattin erteilten Bewilligung eines abgesonderten Wohnortes oder gar mit der eigenmächtigen Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft.[19]) Wird aber die Gemeinschaft ungeachtet der gerichtlichen Scheidung fortgesetzt, dann beginnt die Frist allerdings mit der tatsächlichen Trennung der Ehegatten.[20])

Bei den zu spät geborenen Kindern tritt die Vermutung der unehelichen Geburt ohneweiters ein. Es bedarf hiezu nicht erst — wie man aus dem schlecht stilisierten § 157 zu schließen versucht sein könnte — eines gerichtlichen Widerspruches. In den weitaus meisten Fällen würde eine solche Forderung geradezu sinnlos erscheinen.[21]) Aber auch wo ein Zweifel möglich ist[22]), gilt das Kind vorläufig als unehelich. Der Vormund des mehr als dreihundert Tage nach der Scheidung geborenen Kindes kann also den außerehelichen Erzeuger belangen, ohne daß erst ein Streit über die trotz der Scheidung immerhin bestehende Möglichkeit der ehelichen Abstammung durchgeführt und entschieden werden müßte.[23])

IV. Wird ein Kind vor Ablauf des sechsten Monats nach der Eheschließung geboren, so ist — von dem außerordentlichen Falle des § 157 abgesehen — anzunehmen, daß die Frau schon zur Zeit der Eheschließung schwanger war (§ 156).

a) War dies nun dem Manne schon damals bekannt, so wird vermutet, daß er selbst, wenngleich vor der Ehe, das Kind erzeugt habe, es besteht also die Vermutung der ehelichen Geburt — aber eben nur die Vermutung. Der Gegenbeweis bleibt zulässig[24]), das Kind gilt

[17]) Über Anlaß und Gründe dieses Gesetzes gibt der OGH. im Judikat Nr. 221 (OG. Nr. 1643) Auskunft. Vor dem HfD. war die Frage streitig. Dafür Winiwarter in Wagners Zeitschr. 1829 I 147, dagegen Dolliner ebda. S. 220.

[18]) Entsch. Slg. VI Nr. 2403.

[19]) Entsch. v. 17. März 1914 OG. Nr. 1660. Stubenrauch I S. 397 f. gegen Wessely, Themis Neue Folge III S. 13 f.

[20]) Entsch. Slg. X Nr. 3671.

[21]) Eine Witwe bekommt zehn Jahre nach dem Tode ihres Mannes ein Kind.

[22]) Insbesondere in Scheidungsfällen. Hier verlangt Art. 313 Code civil (neue Fassung) den Widerspruch (désaveu) wie bei der vorzeitigen Geburt.

[23]) Judikat v. 20. April 1915 Nr. 221 OG. Nr. 1643. Anders die älteren Entsch. Slg. Nr. 14.283, XII Nr. 4654 und Krasnopolski IV § 46 Note 4.

[24]) Stubenrauch 8. Aufl. I S. 234,

nicht etwa als im voraus anerkannt.[25]) Die entgegengesetzte Meinung ist unbillig. Sie stellt den Mann, der nicht für das fremde Kind sorgen will, vor die Wahl, entweder die Ehe zu verschieben oder eine andere zu heiraten, so daß die ohnehin geringere Heiratsaussicht der Geschwängerten noch weiter geschmälert wird. Auch weiß ja der Mann, der die Schwangerschaft kennt, deswegen noch nicht, in welchem Monate sich die Braut befindet. So kann er leicht glauben, selbst der Urheber der Schwangerschaft zu sein, bis ihn die Zeit der Entbindung eines Besseren belehrt.

b) Die rechtliche Vermutung der unehelichen Geburt soll nach § 156 eintreten, wenn der Mann, dem vor der Verehelichung die Schwangerschaft nicht bekannt war, längstens binnen drei Monaten nach erhaltener Nachricht von der Geburt des Kindes die Vaterschaft gerichtlich widerspricht.

α) Die Unterlassung des Widerspruches begründet nicht eine bloße Vermutung der Ehelichkeit, sondern gilt als eine jeden Gegenbeweis ausschließende Anerkennung der Ehelichkeit des Kindes, gegen die eine Klage nach §§ 158, 159 ganz unzulässig ist.[26])

β) Der Widerspruch ist eine in den Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit fallende Eingabe oder protokollarische Erklärung, ein Protest, keine Klage.[27]) Er begründet aber die Vermutung der Unehelichkeit nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen. Ihr Zutreffen muß das Gericht feststellen. Diese Feststellung ist nicht immer einfacher Art. Es kann insbesondere zweifelhaft sein, ob der Mann die Schwangerschaft gekannt und wann er die Nachricht von der Geburt des Kindes erhalten habe. Deshalb kann nicht schon auf den bloßen Widerspruch hin die Berichtigung der Matrik verfügt[28]) oder eine Klage gegen den angeblichen außerehelichen Erzeuger zugelassen werden.[29]) Vielmehr muß das Gericht zunächst einen Verteidiger der ehelichen Geburt bestellen[30]) und sodann über die Zulässigkeit des Widerspruches im Verfahren außer Streitsachen[31]) ver-

v. Anders, Grundriß S. 73, Eisinger NotZ. 1909 Nr. 3 Note 4 (über den Beweis der Kenntnis). Entsch. Slg. Nr. 8900, II Nr. 514, III Nr. 1200, VII Nr. 2704, XIII Nr. 5283.

[25]) Ebenso nach deutschem und schweizerischem Rechte. Dagegen schließt Art. 314 Code civil, dem nach Ofner, Prot. II S. 353 unsere Bestimmung entnommen ist, die Bestreitung aus. So für das österr. Recht Zeiller I S. 346, Fuchs S. 42, Krasnopolski IV S. 221.

[26]) Winiwarter I S. 385, Unger II S. 112 Note 26a und S. 584 Note 18, Fuchs S. 44, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 233. Vgl. auch Westgal. GB. I § 133 und dazu Ofner, Prot. I S. 153 Note 1.

[27]) Stubenrauch a. a. O., Tilsch, Einfluß S. 52, Ott, Rechtsfürsorge S. 89, Eisinger NotZ. 1909 Nr. 3; a. M. Fuchs S. 75 und Note 121.

[28]) Entsch. Slg. Nr. 12.569, V Nr. 2026, Ott S. 274 Note 26; anders Entsch. Slg. Nr. 16.049.

[29]) Entsch. Slg. VI Nr. 2499.

[30]) Dagegen Entsch. Slg. VI Nr. 2563. Aber der Verteidiger ist hier ebenso notwendig, wie in den Fällen der §§ 158, 159.

[31]) Vgl. die in der vorigen Note angeführte Entscheidung; dagegen Krasnopolski IV § 46 Note 1.

handeln und entscheiden. Die Verweisung auf den Rechtsweg ist freilich nicht ausgeschlossen (§ 2, Z. 7 VaSt.).[32]) Wird der Widerspruch für zulässig erkannt, so ist damit — wenn nicht zugleich auch (im Rechtswege) über die Vaterschaftsfrage verhandelt und entschieden worden ist — noch immer nicht festgestellt, daß das Kind wirklich unehelich sei. Wohl aber gilt das Kind nun wenigstens der Vermutung nach als unehelich. Die Matrik wird berichtigt und ein Vormund bestellt, der nun den Erzeuger des Kindes belangen kann. Er kann als solchen auch den Ehemann, der Widerspruch erhoben hat, wann immer in Anspruch nehmen und so die Ehelichkeit des vorläufig als unehelich behandelten Kindes nachträglich feststellen lassen. Andrerseits kann aber auch der Mann nach Erhebung des Widerspruches jederzeit auf Feststellung der Unehelichkeit klagen, um der Ungewißheit ein Ende zu machen.[33])

V. Hat sich eine Frau vor Ablauf der Wartezeit des § 120 wiederverehelicht, so kann die gesetzliche Vermutung sowohl für die Vaterschaft des ersten als auch für die des zweiten Ehemannes sprechen, sofern nämlich die Geburt spätestens am dreihundertsten Tage nach Auflösung der ersten Ehe und doch nicht früher als am hunderteinundachtzigsten Tage nach Schließung der zweiten Ehe erfolgt ist. Das Gesetz sagt nur, daß dem in der zweiten Ehe geborenen Kinde, wenn die Möglichkeit besteht, daß es vom ersten Manne erzeugt worden ist, ein Kurator zur Vertretung seiner Rechte zu bestellen sei (§ 121 a. E.). Es scheint, daß der Kurator zwischen den beiden möglichen Vätern wählen kann, ähnlich wie dies bei unehelichen Kindern der Fall ist.[34])

§ 451.

3. Widerlegung dieser Vermutungen.

I. Ist das Kind vor oder nach der im § 138 festgesetzten Zeit (zu früh oder zu spät) geboren und im ersten Falle die Ehelichkeit vom Manne rechtswirksam, also in Unkenntnis der Schwangerschaft und innerhalb der gesetzlichen Frist, widersprochen worden, so kann

[32]) Kommt es zu einem Prozesse über die Frage der Kenntnis der Schwangerschaft, so trifft die Beweislast den Kurator, nicht den Ehemann. Entsch. Slg. Nr. 9203, V Nr. 2026, VI Nr. 2563. Vgl. Geller GH. 1865 Nr. 45.

[33]) Entsch. Slg. VIII Nr. 2920.

[34]) So auch Kutschker V S. 393, v. Anders, Grundriß S. 75. Nach englischem Rechte wählt das Kind nach Erreichung der Diskretionsjahre (Fuchs S. 98 Note 164). Das DBGB. (§ 1600) hilft durch eine besondere Vermutung (es kommt darauf an, ob das Kind innerhalb 270 Tagen nach Auflösung der ersten Ehe oder später geboren worden ist). Wie es sich im österr. Rechte verhalte, ist streitig. Nach v. Straß (Jurist XV S. 470 f.) und Ellinger zu § 121 wäre der frühere Ehemann als Vater anzusehen, nach Wildner (Jurist Bd. 13 S. 301) der frühere und der spätere nach Analogie der Wahlkindschaft. Vgl. v. Herget, Kann ein Kind mehrere leibliche Väter haben? in den Prager Mitt. 1876 S. 139 ff. Fuchs überläßt (S. 98) die Entscheidung der richterlichen Würdigung des Sachverständigenbeweises über die Reife des Kindes unter Berück-

1. die Vermutung der Ehelichkeit im Prozesse begründet — also, wenn sie unwiderlegt bleibt, die Ehelichkeit erwiesen — werden,

a) durch Sachverständige, „welche nach genauer Untersuchung der Beschaffenheit des Kindes und der Mutter die Ursache des außerordentlichen Falles deutlich angeben" (§ 157), d. h. durch den Beweis einer außerordentlich kurzen (weniger als hundertachtzigtägigen) oder einer außerordentlich langen (mehr als dreihunderttägigen) Schwangerschaftsdauer;[1])

b) bei nachzeitiger Geburt einer geschiedenen Frau durch den Nachweis der während der Empfängniszeit erfolgten Wiedervereinigung (HfD. vom 15. Juni 1835, JGS. Nr. 39).

2. Es kann aber auch die Ehelichkeit unmittelbar festgestellt werden, indem bewiesen wird

a) bei vorzeitiger und im Falle der Scheidung auch bei nachzeitiger Geburt[2]), daß der Mann während der Empfängniszeit[3]) der Mutter des Kindes beigewohnt hat,

b) oder — in denselben Fällen — daß er das Kind ausdrücklich anerkannt habe. Dabei ist aber zu beachten, daß das Gesetz dem Ehemanne eine dreimonatige Überlegungsfrist gewährt. Selbst wenn er sofort mit sich im Reinen ist, kann er es doch angemessen finden, den Widerspruch, „um den Zustand der Wöchnerin zu schonen"[4]), bis ans Ende der gesetzlichen Frist hinauszuschieben. Wird er nun durch die Umstände (Taufe) genötigt, schon vor Ablauf der Zeit eine Erklärung abzugeben, so darf darin nicht ohneweiters eine verbindliche Anerkennung erblickt werden.[5])

Zur Klage auf Feststellung der Ehelichkeit ist nur das Kind berufen, also, wenn es minderjährig ist, sein Vormund.[6]) Der infolge des Widerspruches des Mannes bestellte Verteidiger der ehelichen Geburt ist zur Geltendmachung der ehelichen Vaterschaft nicht mehr befugt, wenn der Widerspruch durch gerichtliches Erkenntnis zugelassen worden ist. Die Mutter kann als Nebenintervenientin am Verfahren teilnehmen; klagen kann sie nur, wenn sie Vormünderin des Kindes ist. Ein Dritter, z. B. der als außerehelicher Erzeuger Belangte, kann die Vermutung der unehelichen Geburt nicht umstoßen.[7]) Die Klage des Kindes ist keiner Verjährung unterworfen.[8]) Die Verurteilung des angeblichen außerehe-

sichtigung des Gesundheitszustandes des ersten Gatten. Vgl. auch Planiol I 1414.

[1]) Entsch. Slg. XV Nr. 5990, Entsch. v. 2. Mai 1916 GZ. 1916 Nr. 39. Fuchs, Rechtsvermutung der ehelichen Vaterschaft S. 12 ff., 39. Das Klagerecht auf Bestätigung der ehelichen Geburt in der JurZ. 1889 Nr. 7.

[2]) Vgl. z. B. Entsch. Slg. Nr. 9901, VII Nr. 2835. Zuständig ist für derartige Vaterschaftsklagen der Gerichtshof, nicht das Bezirksgericht.

[3]) Der gesetzlichen oder der mit Rücksicht auf die Reife des Kindes bestimmten kürzeren Empfängniszeit: oben § 450 Note 10.

[4]) Ofner, Prot. I S. 152.

[5]) Ofner a. a. O. Entsch. Slg. Nr. 9203.

[6]) Entsch. Slg. Nr. 3705, 13.595.

[7]) Gründe des Judikates Nr. 221 (OG. Nr. 1643).

[8]) Vgl. Wessely in seinen drei Abhandlungen in Zeitschr. f. österr. RG.

lichen Erzeugers steht ihr nicht entgegen; diese Verurteilung wird hinfällig, wenn gegenüber dem Manne der Mutter die Ehelichkeit festgestellt wird. Im ersten Prozesse war eben die Unehelichkeit nur eine vermutete Voraussetzung[9]), erst im zweiten ist sie Gegenstand der rechtskräftigen Entscheidung.

II. Streitet hingegen die Vermutung für die Ehelichkeit des Kindes[10]), weil es zur rechten Zeit geboren worden ist oder weil, bei vorzeitiger Geburt, dem Manne die Schwangerschaft bekannt war[11]), dann können der Ehemann der Mutter und in Ausnahmsfällen statt seiner bestimmte andere Personen die Ehelichkeit mit Klage[12]) bestreiten.

A. Kläger kann sein

1. regelmäßig nur der Ehemann. Will er das Kind als das seine gelten lassen, so kann ihm das niemand verwehren. „Da der Ehemann als Haupt der Familie zunächst und vorzugsweise durch die Frage berührt wird, ob das Kind ein eheliches oder uneheliches ist, so liegt es nahe, ihm als dem zunächst Beteiligten, als justus contradictor, gewissermaßen als dem natürlichen Vertreter der übrigen Familienglieder, die Entscheidung zu überlassen, ob das Kind als eheliches gelten soll oder nicht." So begründen die Motive zum deutschen bürgerlichen Gesetzbuche[13]) das merkwürdige Recht des Ehemannes, die Wahrheit zu unterdrücken und dieser Begründung stimmt der Ausschußbericht zu unserer Novelle[14]) ausdrücklich zu.

Will der Ehemann die Ehelichkeit bestreiten, so muß er binnen drei Monaten[15]) nach Empfang der Nachricht von der Geburt des Kindes klagen.[15a]) Diese Frist ist sehr kurz, sie wird oft versäumt, die Versäumung ist für den Mann verhängnisvoll.[15b]) Das deutsche Recht (§ 1594 DBGB.) gewährt ein Jahr und sieht die Möglichkeit der Hemmung nach Analogie der Verjährung ausdrücklich vor, das schweizerische (Art. 257 ZGB.) begnügt sich zwar mit drei Monaten, aber es läßt billigerweise die nachträgliche Anfechtung zu, „wenn die Verspätung mit wichtigen Gründen entschuldigt wird". Bei uns behandelt man die Frist als eine Ausschlußfrist[16]) und glaubt, daß Verjährungsgrundsätze auf sie nicht

1834 II S. 67 f., 1835 I S. 123 f. und in Themis I S. 1 f. Anders Winiwarter I S. 386, 389, 391 und Ellinger.

[9]) Oben § 450 Note 23 (Judikat Nr. 221).

[10]) Schmidl, Zur prozessualen Bestreitung der ehelichen Geburt nach § 158 in den JBl. 1882 Nr. 34, 35.

[11]) Nicht hieher gehört der Fall, wenn die rechtzeitige Einlegung des Widerspruches unterblieb, oben § 450 bei Note 25.

[12]) Nur mit Klage, nicht auch mit Einrede. Entsch. Slg. Nr. 3895; dagegen Entsch. Slg. Nr. 1981, Fuchs S. 75 f.

[13]) IV S. 659.

[14]) Kommissionsbericht S. 16.

[15]) § 902 Abs. 2. Früher rechnete man den Monat zu dreißig Tagen (z. B. Entsch. Slg. XIV Nr. 5467).

[15a]) Auch wenn das Kind in die Matrik (ordnungswidrig) als unehelich eingetragen worden ist: Entsch. v. 17. März 1914 OG. Nr. 1660.

[15b]) H. Scharfmesser in der GH. 1915 Nr. 39.

[16]) Oben § 141 Note 55, Grawein, Verjährung und gesetzliche Befristung S. 94 Note 40.

einmal analog angewendet werden können (dagegen oben § 141 a. E.).[17]) Die Frist beginnt mit der sicheren Kunde von der Geburt, nicht mit dem ersten Verdachte; den Mann trifft keine Erkundigungspflicht.[18]) Binnen drei Monaten ist die Klage[19]) zu überreichen, Vorbereitungshandlungen genügen nicht; nach einer strengen Praxis wird die Frist nicht einmal durch das Gesuch um Bestellung eines Armenvertreters unterbrochen.[20]) Die Beweislast hinsichtlich des Zeitpunktes der Kenntnisnahme trifft den Verteidiger der ehelichen Geburt.[21])

2. Ist der Ehemann geisteskrank, so kann der Kurator oder sonstige gesetzliche Vertreter (der Vater oder Vormund des minderjährigen, der Beistand des großjährigen Geisteskranken) das Bestreitungsrecht ausüben. So jetzt ausdrücklich § 158. Die Praxis hatte das schon vor der Novelle anerkannt.[22]) Die Frau kann ja, während der Mann sich in der Irrenanstalt befindet, in wilder Ehe leben und Kinder bekommen, für deren Unterhalt aus den Einkünften des Geisteskranken gesorgt werden müßte. Dagegen bietet das eigene Bestreitungsrecht (nach der Genesung) und das der Erben (nach dem Tode des Geisteskranken) keine rechtzeitige Abhilfe. Streitig war nur, ob das Bestreitungsrecht des Kurators an eine besondere, mit seiner Kenntnis beginnende Frist gebunden sei.[23]) Hiefür hat sich die Novelle entschieden. Wenn der Mann geistig erkrankt (wenn auch nicht schon entmündigt wird), bevor das Kind geboren wird oder bevor er von der Geburt erfährt oder wenigstens bevor die dreimonatige Frist abgelaufen ist, dann beginnt für den Kurator eine besondere dreimonatige Frist mit dem Zeitpunkte, wo er[24]) die Nachricht erhält. Die volle Frist steht ihm auch dann offen, wenn er schon bei seiner Bestellung — vielleicht schon seit Jahren — von der Geburt gewußt hat. Dann beginnt die Frist eben mit der Bestellung. Mit der Bestellung eines neuen Kurators beginnt keine neue Frist. Wohl aber bleibt dem Manne[25]) und den Erben das Bestreitungsrecht gewahrt, wenn der Kurator davon keinen Gebrauch gemacht hat. Denn der Kurator ist nur ermächtigt, das Bestreitungsrecht des Kuranden auszuüben,

[17]) Zeiller I S. 353 verweist unbefangen auf die Vorschriften über die Verjährung.

[18]) Entsch. Slg. VII Nr. 2863, XI Nr. 4413.

[19]) Nach Entsch. Slg. X Nr. 4006 beim zuständigen Gerichte. Verbesserung eines Formmangels (Fehlen der Advokatenunterschrift) nach Ablauf der Frist: Entsch. Slg. VIII Nr. 3021.

[20]) Entsch. Slg. VIII Nr. 2927 (s. JBl. 1905 Nr. 44), XIV Nr. 5467.

[21]) Entsch. Slg. Nr. 554, 13.400, V Nr. 1926.

[22]) Entsch. Slg. Nr. 13.013, X Nr. 4012, XII Nr. 4729 u. a. Winiwarter I S. 394 f., Stubenrauch 8. Aufl. II S. 239, Fuchs S. 79, Krasnopolski IV § 56 Note 5 (a. M. Krainz). Ebenso die französische Praxis: Paniol I 1423.

[23]) Dafür Entsch. Slg. XII Nr. 4729, dagegen Entsch. Slg. X Nr. 4012 und Entsch. v. 25. Aug. 1914 NotZ. 1914 Nr. 3.

[24]) Wann das Pflegschaftsgericht von der Geburt des Kindes Kenntnis erlangt, ist nach dem Gesetze gleichgültig. Das Pflegschaftsgericht kann also nicht helfen, wenn ihm die Anzeige erst zukommt, nachdem der Kurator bereits die Frist versäumt hat. Entsch. Slg. XII Nr. 4729.

[25]) § 1595 DBGB., § 95 UngEntw.

nicht auch das Kind ausdrücklich oder stillschweigend mit Wirkung gegen den Geisteskranken oder dessen Erben anzuerkennen. Auch will ja das Gesetz den Geisteskranken begünstigen, nicht aber einen Weg eröffnen, um ihm ein schon nach den allgemeinen Grundsätzen bestehendes Bestreitungsrecht zu entziehen. Ein bereits in Rechtskraft erwachsenes Urteil muß freilich auch der Wiedergenesene gelten lassen.[26]) Daß der gesetzliche Vertreter das Bestreitungsrecht verliert, wenn der Mann vor Eintritt der Rechtskraft wieder handlungsfähig wird, ist selbstverständlich. Nicht so selbstverständlich ist es, daß der Mann nunmehr durch gerichtliche Anerkennung des Kindes die Abweisung der Klage noch im Rechtsmittelverfahren herbeiführen kann (§ 159 a).[26a])

3. Wenn der Mann vor Ablauf der Bestreitungsfrist, also in Unkenntnis der Geburt oder während der drei Monate, gestorben ist, können „die Erben, denen ein Abbruch an ihren Rechten geschähe", die Ehelichkeit bestreiten (§ 159). Gemeint sind die Erben des Mannes[27]), nicht auch die Erben dritter Personen, vor oder neben denen das Kind als eheliches am Nachlasse teilnehmen würde.[28]) Als Erbin des Mannes kann auch die Mutter das Bestreitungsrecht ausüben.[29]) Pflichtteilsberechtigte[30]), Vermächtnisnehmer oder der ruhende Nachlaß selbst[31]) können die Ehelichkeit des Kindes nicht bestreiten. Daß der Erbe die Erbschaft angetreten oder gar die Einantwortung erlangt habe, wird nicht vorausgesetzt.[32]) Es genügt, daß er für den Fall der Unehelichkeit des Kindes zur Erbschaft berufen ist. Der Mangel eines zur Zeit bekannten Nachlasses schließt die Bestreitung nicht aus.[33]) — Dem Erben kommt eine neue dreimonatige Frist zustatten, die mit dem Tode des Mannes und im Falle der Todeserklärung mit deren Rechtskraft, nicht etwa mit dem vermuteten Todestage, beginnt[34]), und zwar ohne Rücksicht auf Kenntnis oder Unkenntnis der Geburt des Kindes.[35]) Wird das Kind erst nach dem Tode des Mannes geboren, dann muß die Frist offenbar von der Geburt an gerechnet werden.[36]) Das Recht des Widerspruches (§ 156)

[26]) A. M. für das schweizerische Recht Gmür zu Art. 256 ZGB., Abs. 2.

[26a]) Petschek a. a. O. Nr. 10.

[27]) Vgl. Art. 317 Code civil. Ebenso Art. 167 des ital. GB.

[28]) Stubenrauch 8. Aufl. I S. 238 Note 3, Krasnopolski, Beiträge (Sonderabdruck aus JBlSchr. 36 f.) S. 27, Lehrbuch IV § 46 Note 7, Fuchs S. 83 Note 135, Pfaff, Aus den älteren Materialien ZBl. 1907 S. 33 ff.; a. M. Ellinger zu § 159, Wessely, Themis Heft 1 S. 14.

[29]) A. M. Wessely S. 15, Ellinger und Stubenrauch a. a. O., weil sie nach § 158 die Unehelichkeit des Kindes nicht behaupten könne.

[30]) Entsch. Slg. XV Nr. 5732; a. M. Stubenrauch a. a. O.

[31]) Entsch. Slg. XIII Nr. 5097.

[32]) Entsch. Slg. V Nr. 1914.

[33]) Die Praxis begnügt sich mit der entfernten Möglichkeit einer künftigen Beeinträchtigung (vgl. die in der vorigen Note angeführte Entscheidung) — im Hinblicke auf die kurze Befristung der Bestreitungsklage mit Recht.

[34]) Vgl. Entsch. Slg. V Nr. 1926.

[35]) Stubenrauch 8. Aufl. I S. 239, Krasnopolski IV S. 227, Ellinger zu § 159. Dagegen freilich Zeiller I S. 353 und Entsch. Slg. Nr. 1981. In Entsch. Slg. XV Nr. 5732 behauptet die erste Instanz, es sei in der Judikatur allgemein anerkannt, daß die Frist für die Erben mit der Kenntnis der Geburt beginne.

[36]) Stubenrauch 8. Aufl. I

steht den Erben nicht zu; auch wenn das Kind vor der Zeit geboren wurde und der Mann vor Ablauf der Widerspruchsfrist gestorben ist, sind die Erben auf das Klagerecht nach § 158 beschränkt, weil sie nicht wissen können, ob nicht eine voreheliche Beiwohnung des Mannes stattgefunden habe.[37])

4. Dem Kinde selbst das Bestreitungsrecht zu gewähren (§ 159) mochte überflüssig erscheinen, solange die Unehelichkeit als Makel galt und das Fortkommen beeinträchtigte.[38]) Gegenwärtig gereicht oft genug gerade die fingierte Ehelichkeit dem Kinde zum Nachteile. Der Ehemann lebt oft ferne von der Frau und kümmert sich um die von ihr geborenen Kinder nicht. Diese Kinder können aber von ihrem wirklichen Vater keine Unterstützung fordern, wenn es nicht gelingt, die Vermutung der Ehelichkeit umzustoßen.[39]) Die Rechtsprechung entschied sich vor der Novelle nach längerem Schwanken gegen das Bestreitungsrecht.[40]) Im Schrifttum herrschte Streit.[41]) Auch bei den Beratungen über die Novelle trat der Gegensatz der Meinungen stark hervor.[42]) Schließlich hat § 159 (neue Fassung) das Bestreitungsrecht des Kindes — freilich in recht engen Grenzen — anerkannt.[43])

a) Das Kind kann seine eigene Ehelichkeit nur bestreiten, wenn seit seiner Geburt[44]) der Aufenthalt des Mannes dauernd[45]) unbekannt oder der Mann vor Ablauf der Bestreitungsfrist gestorben ist.

b) Wenn die Mutter lebt, ist ihre Zustimmung nötig. Das Kind soll nicht berechtigt sein, einen Ehebruch zu behaupten, den die Mutter nicht zugestehen will.

c) Das Klagerecht erlischt mit Ablauf eines Jahres nach Erreichung der Großjährigkeit. Das Recht soll eben, nach der amtlichen Erläuterung[46]), „wenigstens so lange dauern, bis das Kind nach erlangter Großjährig-

S. 239 läßt hier die Frist mit der Kenntnis der Geburt beginnen.

37) Dasselbe gilt für den Kurator.

38) „Neque sibi ipse quis facile controversiam heic movebit, nisi forte insaniat" sagt Pufendorf (IV 11 § 10). Das ist nun freilich anders geworden (§ 162 a. A.).

39) Entsch. Slg. XIII Nr. 4932, XVI Nr. 6265 u. a.

40) Judikat Nr. 192 Slg. XIV Nr. 5342.

41) Dafür Fuchs S. 82, Krasnopolski, Beiträge S. 28 f., Kinsbrunner RichterZ. 1905 Nr. 1, Zoll, Das Recht auf Unehelichkeit Grünhuts Zeitschr. 39, 43 u. a. Dagegen v. Call, Das Recht auf Unehelichkeit Festschr. 1911 II S. 323, Wellspacher, Krit. Bemerkungen (1908) S. 40, Back in der GH. 1908 Nr. 4, Stroh in den JBl. 1909 Nr. 22.

42) Kommissionsbericht von 1912 S. 15 ff.

43) Dabei scheint z. T. die erste Fassung des Ung. Entw. (§ 192) als Vorbild gedient zu haben. Die vom Herrenhause beschlossenen, noch weiter gehenden Einschränkungen — die einzigen Änderungen, die das Haus am ganzen Novellenentwurfe vorgenommen hat — sind von der Regierung ausgemerzt worden. Vgl. die Mitt. im VBl. 1916 S. 107 f.

44) Der (erste) Ung. Entw. ging bis auf die Zeit der Empfängnis zurück.

45) Das Klagerecht des Kindes erlischt also, wenn der Mann — sei es auch nur vorübergehend — zurückkehrt oder seinen Aufenthaltsort bekannt gibt. Ein Brief kann schweren Schaden stiften.

46) VBl. 1916 S. 108.

keit selbst darüber zu entscheiden in der Lage ist, ob es den Schein der ehelichen Abstammung vom Manne der Mutter aufrechterhalten oder ob es als das uneheliche Kind seines Erzeugers gelten will". Dessenungeachtet kann der Vormund dieser eigenen Entscheidung vorgreifen und alsbald nach der Geburt des Kindes die Bestreitungsklage einbringen.

Der verschollene Ehemann kann selbst nach Einbringung der Klage, aber nur vor Eintritt der Rechtskraft des Urteils, die Bestreitung vereiteln, indem er das Kind gerichtlich anerkennt (§ 159 a).[46a])

Andere Personen sind zur Bestreitungsklage nicht berechtigt. Nicht der Vater, Vormund oder Beistand des minderjährigen oder verschwenderischen (nicht geisteskranken) Ehemannes[47]), nicht der für den Abwesenden bestellte Kurator[48]), nicht die Mutter[49]), nicht die Großeltern[50]), nicht der wirkliche Erzeuger[51]) und nicht die Geschwister[52]), außer gemäß § 159 als Erben des Mannes.

B. Beklagter ist der vom Gerichte bestellte Verteidiger der ehelichen Geburt.[52a]) Der Staat hat zwar kein Interesse daran, daß uneheliche Kinder für ehelich erklärt werden, wohl aber daran, daß Fragen des Personenstandes gründlich untersucht und richtig entschieden werden. Es verhält sich im Eheprozesse nicht anders. Auch da handelt es sich nicht darum, die Gültigerklärung nichtiger Ehen durchzusetzen, sondern die Vernichtung gültiger Ehen, also unrichtige Erkenntnisse, zu verhüten. Das ist die Aufgabe des Verteidigers des Ehebandes. Ihm ist der Verteidiger der ehelichen Geburt nachgebildet.[53]) Das Gesetz (§§ 158, 159) bezeichnet ihn als einen „zur Verteidigung der ehelichen Geburt aufzustellenden Kurator". Das erklärt sich daraus, daß er ursprünglich Vertreter des minderjährigen Kindes war. Dieses bedurfte ja im Prozesse

[46a]) Die außergerichtliche Anerkennung während des Rechtsmittelverfahrens würde nicht ausreichen. Petschek a. a. O. Nr. 10.

[47]) Der Minderjährige oder Verschwender klagt persönlich, er bedarf hiezu der Mitwirkung des Vertreters nicht. Entsch. Slg. XI Nr. 4364, E. Glaser JBl. 1909 Nr. 30.

[48]) Entsch. Slg. VIII Nr. 3166, X Nr. 3725, XVI Nr. 6560, Entsch. v. 4. Febr. 1911 mitgeteilt von R. Lemberger JBl. 1911 Nr. 46.

[49]) Entsch. Slg. XII Nr. 4545, dagegen Kubiček ZBl. 1909 S. 705. Vgl. auch den Rechtsfall Slg. VII Nr. 2906 und VIII Nr. 2918.

[50]) Auch nicht wenn sie den unechten Enkel gemäß § 143 erhalten müssen. A. M. Fuchs S. 89, der den Kreis der Bestreitungsberechtigten viel zu weit zieht — jedenfalls gegen die Absicht der österreichischen Gesetzgebung. Pfaff JBl. 1883 Nr. 22, 1887 Nr. 23, Aus den älteren Materialien S. 13 ff., Zur Entstehungsgeschichte der Marginalrubriken S. 23 Note 47. Vgl. auch die Gründe der Entsch. Slg. XV Nr. 5732.

[51]) Entsch. GZ. 1868 Nr. 58 (erste und zweite Instanz). Dagegen freilich die Entsch. Peitler 2. Aufl. Nr. 41.

[52]) Entsch. Slg. XVI Nr. 6572.

[52a]) Petschek, Prozeßrechtliches über die Bestreitung der ehelichen Geburt GZ. 1917 Nr. 9, 10.

[53]) Bericht der Justizkommission S. 17. Auch das deutsche Recht behandelt den Prozeß über die Ehelichkeit (§ 643 ZPO.) analog dem Eheprozesse (§ 607 ZPO.): hier und dort ist die Staatsanwaltschaft befugt, mitzuwirken. Ähnlich Art. 83 Code proc. civ. (Communication au ministère public), Planiol I 439.

mit dem vermutlichen Vater gemäß § 271 eines besonderen Vertreters.[54]) Indessen haben ihn schon vor der Novelle einzelne Schriftsteller [55]) und schließlich auch einige Entscheidungen[56]) dem Verteidiger des Ehebandes gleichgestellt, und die Novelle läßt keinen Zweifel darüber übrig, daß er kein Vertreter des Kindes ist, da sie ihm auch gegenüber dem Kinde (§ 159) die Beklagtenrolle zuweist. Der Kurator zur Verteidigung der ehelichen Geburt ist also kein Kurator. Immerhin mag die gesetzliche Bezeichnung dazu verwertet werden, gemäß § 10 ZPO. die Kostenersatzpflicht des — wenn auch siegreichen — Klägers zu rechtfertigen.[57])

Neben den vom Gesetze bestimmten Hauptparteien — dem Bestreitungskläger und dem Verteidiger der ehelichen Geburt — können die anderen Beteiligten, so wichtig auch die Entscheidung für sie ist, nur als Intervenienten gemäß § 20 ZPO. in das Verfahren eintreten, so das Kind selbst — persönlich oder durch einen Vormund oder Kurator —, die Mutter[58]), die Erben des Vaters (wenn das Kind klagt). Mit dem Tode des Kindes erlischt dessen Bestreitungsrecht, nicht auch das Bestreitungsrecht des Vaters[59]) oder seiner Erben. Beklagter ist auch nach dem Tode des Kindes der Verteidiger der ehelichen Geburt.

C. Beweisen soll der Kläger nach § 158 die Unmöglichkeit der durch den Mann erfolgten Zeugung.[60]) Das legte die ältere Praxis[61]) sehr streng aus; sie forderte den Beweis der ununterbrochenen Ab-

[54]) Vgl. II 2, 9 ALR. (Kurator), Art. 318 Code civil (tuteur ad hoc). Der Kurator entfiel, wenn das Kind durch einen Vormund vertreten (Entsch. v. 25. Aug. 1914 NotZ. 1914 Nr. 3) oder großjährig war (dagegen Entsch. Slg. X Nr. 3878).

[55]) Wessely in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1834 II S. 88 ff., Schmidl in den JBl. 1882 Nr. 34, 35, Pollenz ebda. 1907 Nr. 19. Dagegen mit Recht die herrschende Meinung, besonders eingehend Krasnopolski, Beiträge S. 37 ff.

[56]) Entsch. v. 21. Okt. 1903 bei Krasnopolski S. 74. In diesem Falle wurde dem Kinde, das seine Ehelichkeit bestritt (oben bei Note 40), ein Verteidiger der ehelichen Geburt gegenübergestellt und so eine Neuerung durchgeführt, die nun in der Novelle (§ 159 BGB.) gesetzliche Anerkennung gefunden hat. Vgl. auch Entsch. Slg. X Nr. 3878 (oben Note 54).

[57]) Entsch. Slg. IX Nr. 3354, 3463, 3549. Petschek a. a. O. bei Note 29. Der Ehemann, der mit der Bestreitungsklage durchgedrungen ist, kann den Ersatz der von ihm bestrittenen Kosten vom wirklichen Vater als Schadenersatz aus dem Titel der unerlaubten Handlung (Ehebruch) begehren: Entsch. Slg. XIV Nr. 5618.

[58]) Die Mutter kann nicht mitverklagt werden: Entsch. Slg. XI Nr. 4147, XIV Nr. 5642 u. a. Ganz ungehörig ist es aber, ihr die Nebenintervention zu versagen, weil sie „kein rechtliches Interesse an dem für ihre Tochter günstigen Ausgange des Prozesses habe", wie Entsch. Slg. XVI Nr. 6422 meint; vgl. dagegen die Bemerkungen des Einsenders in GZ. 1913 Nr. 45. Nach dem Schweiz. GB. (Art. 253) muß die Mutter mitverklagt werden, weil sie ein großes eigenes Interesse an der Feststellung der Ehelichkeit hat (Gmür, Komm. II S. 10). Auch der Code civil läßt sie am Prozesse teilnehmen: Art. 318.

[59]) Entsch. v. 13. Okt. 1914 JBl. 1915 Nr. 4. Vgl. DBGB. § 1957. Gmür II S. 10.

[60]) Fuchs S. 44 ff. Vgl. DBGB. § 1591: „Das Kind ist nicht ehelich, wenn es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, daß die Frau das Kind von dem Manne empfangen hat".

[61]) So noch die Gründe der Entsch. Slg. I Nr. 439.

wesenheit oder des Unvermögens — also den Beweis der Unmöglichkeit der Beiwohnung —, und zwar ohne Rücksicht auf den Reifegrad des Kindes für die ganze gesetzliche Empfängniszeit. Gegenwärtig[62]) begnügt man sich mit dem Nachweise, daß der Mann während der gesetzlichen oder der für den besonderen Fall ermittelten kürzeren Empfängniszeit[63]) der Mutter des Kindes tatsächlich nicht beigewohnt hat, da hiemit die Unmöglichkeit der von ihm erfolgten Zeugung dargetan ist. Das Geständnis der Mutter, daß sie einen Ehebruch begangen habe, sowie ihre Behauptung, daß ihr Kind wirklich ein uneheliches sei, sind für sich allein unzulänglich[64]), weil das Kind, auch wenn es tatsächlich im Ehebruche erzeugt wurde, doch für ehelich gehalten werden muß, wenn der Ehemann innerhalb der kritischen Zeit der Mutter beigewohnt hat. Zulässig und in ihrer Bedeutung nach den allgemeinen Grundsätzen (freilich mit besonderer Vorsicht) zu würdigen ist ihre Zeugenschaft, daß ihr der Gatte während der kritischen Zeit nicht beigewohnt habe.[65])

Wenn der Mann die Ehelichkeit bestreitet, genügt der Beweis, daß er das Kind nicht während der Ehe gezeugt haben könne. Ist also z. B. ein reifes Kind im siebenten Monate der Ehe geboren worden und beweist der Mann durch Sachverständige, daß die Empfängniszeit in die Zeit vor der Eheschließung fällt, dann muß er nicht auch noch beweisen, daß er der Frau nicht schon damals beigewohnt habe, vielmehr bleibt es unter diesen Umständen dem Kurator anheimgestellt, gegen ihn den Beweis der Vaterschaft zu erbringen.[66]) Andere Bestreitungskläger müssen auch die Unmöglichkeit vorehelicher Zeugung beweisen, welchen Beweis sie sich ja auch bei vorzeitiger Geburt nicht wie der Mann durch den einfachen Widerspruch ersparen können.[67])

D. Die Eintragung in das Geburtsbuch (Matrik, Standesregister)[68]) hat gegenüber den gesetzlichen Vermutungen keine selbständige Bedeutung.

---

[62]) Schon Entsch. v. 14. Juni 1834 bei Wessely, Themis I S. 8 und nun Entsch. Slg. Nr. 14.889, V Nr. 1867, 2113, VII Nr. 2670, 2842, VIII Nr. 2920, 3155, X Nr. 3671, XI Nr. 4364 (dazu E. Glaser JBl. 1909 Nr. 30). Fuchs S. 56, Schwalb, Zur Auslegung des § 158 ABGB. in der GZ. 1900 Nr. 33; auch Till (vgl. G. in Gellers ZBl. Bd. 21 S. 31 ff.).

[63]) Oben § 450 II.

[64]) Der Ehebruch der Mutter, wie ihr Geständnis, daß das Kind unehelich sei, sind keineswegs unerheblich; sie können nur „für sich allein" nicht ausschlaggebend dafür werden, dem Kinde die Rechte der ehelichen Geburt zu entziehen. So auch Fuchs S. 63, Entsch. Slg. Nr. 10.585, 13.013, 13.400, 14.153, 14.677, 14.889, III Nr. 1084, V 1867, 1926, X Nr. 3671.

[65]) Vgl. die in der vorhergehenden Note bezogenen Entscheidungen. Nippel II S. 218, Krasnopolski IV S. 226, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 238 Note 1, Ungenannter, über den Gegenbeweis gegen die Vermutung der ehelichen und den Beweis der unehelichen Vaterschaft in Gellers ZBl. XVII S. 193 ff. A. A. Krainz. Eidliche Vernehmung des Mannes über denselben Umstand: Entsch. Slg. II Nr. 514, III Nr. 1084, V Nr. 1867, VIII Nr. 3155, X Nr. 3671, XI Nr. 4364.

[66]) Entsch. v. 14. Juni 1834 (oben Note 62), Entsch. Slg. Nr. 9503. Vgl. auch § 1591 DBGB. und dazu Motive IV S. 650 f.

[67]) Vgl. Motive IV S. 657.

[68]) HfD. v. 15. Jan. 1787 JGS. Nr. 621, lit. ff, ME. v. 23. Jan. 1866

Das in der Ehe geborene Kind gilt ohneweiters als Kind des Ehemannes, auch wenn es in der Matrik als unehelich eingetragen[69]) und von seinem wirklichen Erzeuger anerkannt worden ist.[70]) Die Aufsicht über die richtige Führung dieser Bücher obliegt den politischen Behörden. Zur Berichtigung von Eintragungen ist eine besondere Verfügung der Landesstelle erforderlich (HfD. vom 5. April 1844, JGS. Nr. 799). Daher ist auch, wenn ein Kind als eheliches eingetragen, die für die Ehelichkeit sprechende Vermutung aber entweder nach § 156 durch einen zulässigen Widerspruch[71]) oder nach §§ 158, 159 im Klagewege umgestoßen wurde, um Veranlassung der Richtigstellung die Landesstelle anzugehen.[72])

§ 452.

B. Die Legitimation.

Die Legitimation macht ein uneheliches Kind für die Zukunft ehelich. Sie vollzieht sich durch nachfolgende Ehe (§ 161) oder durch kaiserliche Begünstigung (§ 162). Das Gesetz stellt zu den Legitimationsfällen außerdem auch die Fälle, in denen Kinder trotz eines Ehehindernisses als ehelich anzusehen sind, weil die Ehe gültig gemacht (§ 160, erster Fall) oder in gutem Glauben geschlossen worden ist (§ 160, zweiter Fall). Hier wird also der Ausdruck Legitimation in einem uneigentlichen Sinne gebraucht.

I. Gültigmachung der Ehe (§ 160, erster Fall). „Kinder, die zwar aus einer ungültigen, aber aus keiner solchen Ehe erzeugt worden sind, der die in den §§ 62 bis 64 angeführten Hindernisse entgegenstehen, sind als eheliche anzusehen, wenn das Ehehindernis in der Folge gehoben worden ist." Unter der Hebung des Hindernisses ist hier nicht der bloße Wegfall, sondern die Beseitigung der Wirkung, d. h. die Gültigmachung der Ehe zu verstehen. Nur daraus, daß es sich um eine Ehe handelt, die gültig geworden ist, läßt es sich erklären, daß die Kinder gerade hier ohne jede Einschränkung als ehelich behandelt werden (sogenannte legitimatio plenissimo jure). Gedacht ist an den Fall, daß die Wirkung eines Privathindernisses durch ausdrückliche Bestätigung oder durch Fortsetzung der Ehe beseitigt wird, worin die ältere, dem Kirchenrechte entsprechende Auffassung eine Gültigmachung sah, während wir heute bloß vom Wegfalle des Bestreitungsrechtes reden[1]), dann an den Fall, daß nach Wegfall eines öffentlichen Hindernisses die Ehe neuerlich geschlossen wird. Diese Erneuerung der Ehe soll nach § 160 hinsichtlich der Kinder rückwirkende Kraft haben, wenn keines der Hindernisse der §§ 62 bis 64 vorliegt.[2]) Da dies beinahe die einzigen öffentlichen Hindernisse sind, die auch ohne Befreiung wegfallen können[3]), so kommt

Nr. 15, Ges. v. 10. Juli 1868 Nr. 12 von 1869, Ges. v. 9. April 1870 Nr. 51, § 8 Ges. v. 15. Juli 1912 Nr. 159.

[69]) Entsch. Slg. XVI Nr. 6265.

[70]) Entsch. Peitler 2. Aufl. Nr. 54; vgl. auch Slg. Nr. 13.595. Anders Fuchs S. 95.

[71]) Oben § 450 Note 28.

[72]) Entsch. Slg. Nr. 3692.

[1]) Oben § 430 bei Note 29.

[2]) Eine ähnliche Einschränkung macht das Kirchenrecht, oben § 430 Note 38.

[3]) Stellt man das Hindernis des Katholizismus (im Sinne der Gesetzes-

hauptsächlich die Gültigmachung der Ehe durch Befreiung und neuerliche Eheschließung nach § 88 in Betracht. Nun hat dieser Paragraph in der letzten Lesung einen Schlußsatz erhalten[4]), der die schon in der ersten Lesung beschlossene Bestimmung des § 160 überflüssig macht und ihr insoferne widerspricht, als er die Hindernisse der §§ 62 bis 64 nicht ausnimmt — freilich Hindernisse, von denen nicht leicht Befreiung erteilt wird. Maßgebend ist nun für den Fall der Gültigmachung nach § 88 der Schlußsatz dieses Paragraphen und nicht § 160.

Aber unsere älteren Ausleger beruhigten sich nicht leicht bei dem Gedanken, daß ein Gesetz eine Wiederholung oder einen Widerspruch enthält. Den rettenden Einfall hatte Dolliner (1832), der anfangs (in der ersten Auflage seines Eherechtes) im § 160 eine Einschränkung des § 88 erblickt hatte.[5]) § 160 soll sich gar nicht auf die Gültigmachung nach § 88, sondern gerade auf den Fall beziehen, daß das Ehehindernis (durch tatsächliche Erlöschung oder durch Befreiung) weggefallen, die Gültigmachung der Ehe (durch wiederholte Eheschließung) jedoch nicht eingetreten ist. Die Meinung der Gesetzesverfasser war das gewiß nicht.[6]) Warum sollte auch der bloße Wegfall des Hindernisses, wenn die Ehe trotzdem für nichtig erklärt wird und selbst bei bösem Glauben beider Teile unter allen Arten der Legitimation die stärkste Wirkung haben, so daß die Kinder aus der vernichteten Ehe sogar zur Fideikommißnachfolge berufen wären? Keine Rechtsordnung älterer oder neuerer Zeit weiß etwas von einer solchen Legitimation: dennoch hat Dolliners armselige, auf bloßer Buchstabenauslegung beruhende Erfindung Beifall gefunden[7]) und sogar auf die Prozeßgesetze eingewirkt, die nun eine besondere Zuständigkeitsbestimmung für den Fall geben, daß nach dem Tode des Vaters die Behebung des Ehehindernisses festgestellt werden soll.[8])

II. Nichtigerklärung der Ehe (§ 160, zweiter Fall). Die Nichtigerklärung einer Ehe erscheint der Lebensauffassung als eine Trennung, freilich eine Trennung mit rückwirkender Kraft. Diese Rückwirkung ist für die Ehegatten selbst unbedenklich, sie wäre aber ein schweres Übel,

verfasser) dem Hindernisse des Ehebandes gleich, so bleibt nur noch das ganz unpraktische Hindernis der Entführung übrig.

[4]) Oben § 430 Note 24.

[5]) Eherecht 2. Aufl. II S. 227: „Dieses ist aber ein Irrtum, in welchem auch ich einst befangen gewesen, von welchem ich jedoch glücklich zurückgekommen bin."

[6]) In dem Vorschlage des innerösterreichischen Appellationsgerichtes, an den Zeiller (Ofner, Prot. I S. 155) anknüpft, ist nur von Kindern die Rede, „welche in einer anfangs ungültigen, aber durch Dispensation oder durch freiwillige Hebung des Hindernisses gültig gemachten Ehe geboren sind", und Zeiller selbst (Komm. I S. 355) bemerkt: es werden „auch die schon vor Erlöschung oder Aufhebung des Hindernisses erzeugten oder geborenen Kinder als eheliche angesehen; die nachfolgenden sind ehelich geboren"; er setzt also Gültigmachung der Ehe offenbar voraus.

[7]) v. Scherer S. 536 Note 84, Rittner S. 279, v. Anders, FamR. S. 208 und Grundriß S. 86, Krasnopolski IV S. 229.

[8]) § 113 JM., vgl. auch Art. XVI EinfG. Vgl. hiezu Tilsch, Einfluß

wenn sie die Kinder unehelich machte. Deshalb hat das kanonische Recht seit dem 12. Jahrhunderte[9]) den Kindern die Ehelichkeit gewahrt, ohne Unterschied des Ehehindernisses, also auch im Falle der Doppelehe, aber freilich nur unter der Voraussetzung, daß zur Zeit der Eheschließung und zur Zeit der Zeugung wenigstens ein Gatte infolge entschuldbaren Irrtums die Ehe für gültig hielt. Daran knüpft das österreichische Recht an. Die Voraussetzungen der Ehelichkeit sind hier folgende:

1. Es muß eine nichtige Ehe geschlossen worden sein. Die Kinder aus einer Nichtehe (oben § 431, I) sind unter allen Umständen unehelich.[10])

2. Wenigstens einem Teile muß die „schuldlose Unwissenheit des Ehehindernisses" zu statten kommen.[11]) Zu welcher Zeit? Einige Schriftsteller meinen: noch zur Zeit der Zeugung.[12]) So entscheidet das kanonische Recht. Aber das ist ein längst überwundener Standpunkt. Wir müssen uns, innerhalb des Spielraumes, den § 160 der Auslegung beläßt, für die mildeste Meinung entscheiden, also den guten Glauben zur Zeit der Eheschließung genügen lassen.[13]) Ist doch schon damit zu viel verlangt. Denn der heutigen Rechtsanschauung erscheint das Erfordernis des guten Glaubens der Eltern hier, wo die Stellung der Kinder in Frage steht, „ganz sinnlos".[14]) Das schweizerische Zivilgesetzbuch (Art. 133) sieht davon ab: „Wird eine Ehe für ungültig erklärt, so gelten die Kinder gleichwohl als ehelich, ohne Rücksicht auf den guten oder bösen Glauben ihrer Eltern."[15])

3. Übereinstimmend mit dem kanonischen und abweichend vom deutschen und französischen Rechte verlangt das Gesetz schuldlose Unwissenheit. Daß auch Rechtsunkenntnis entschuldbar sein kann, ist bekannt.[16])

4. Das Kind muß „aus der ungültigen Ehe erzeugt worden" sein, d. h. genauer: es muß ein Kind dieser Ehe sein nach denselben Regeln und Vermutungen, die bei gültigen Ehen über die Ehelichkeit entscheiden. Im Falle der Doppelehe hat man eine Schwierigkeit darin gefunden, daß sich an jede der beiden Ehen die gleiche Vermutung knüpft, so daß man sowohl den wirklichen als auch den Scheinehemann für den Vater halten müßte.[17]) Aber die nichtige Eheschließung hebt die alte Gemeinschaft mindestens ebenso gründlich auf wie eine gerichtliche Scheidung.

S. 54, der mit Berufung auf Stupecký im Právník 1897 (über die Legitimation unehelicher Kinder) bemerkt, daß diese Bestimmung des Art. XVI „keinen rechten Sinn ergibt".

[9]) c. 2, 8, 14, 15 X. Qui filii sint legitimi 17, 1. v. Scherer, Kirchenrecht II S. 531 f.

[10]) Entsch. v. 10. Sept. 1914 JBl. 1915 Nr. 2 (mit falscher Begründung, unten Note 16). Ebenso DBGB. § 1699.

[11]) Feststellung der Unwissenheit: Entsch. Slg. Nr. 11.082, 12.417.

[12]) Krasnopolski IV S. 230, v. Anders S. 86.

[13]) So Art. 201 Code civil, Art. 116 Codice civile, § 1699 DBGB.

[14]) Kohler, Lehrbuch III S. 105.

[15]) So der Hauptsache nach schon II 2 § 50 ALR., § 1562 des Entw. zum DBGB., § 91 Ung. Entw. (Zehntbauer, Einführung S. 60, 82).

[16]) Oben § 7. Die Entsch. v. 10. Sept. 1914 (oben Note 10) will freilich daran nicht glauben.

[17]) Nach einer Entsch. des deutschen

Somit kann wenigstens hinsichtlich der später als dreihundert Tage nach der nichtigen Eheschließung geborenen Kinder kein Zweifel darüber bestehen, daß die Vermutung nur für die Vaterschaft des Scheinehegatten spricht;[18]) bezüglich der früher geborenen Kinder greift eine andere Analogie, nämlich die des § 121 durch.[19])

§ 160 hat von der Begünstigung Kinder aus Ehen ausgenommen, denen die Hindernisse der §§ 62 bis 64 entgegenstehen. Diese Einschränkung ist durch die Kaiserliche Verordnung vom 3. Juni 1858, Nr. 92, aufgehoben worden.[20])

Die Kinder, die kraft der gesetzlichen Begünstigung als ehelich gelten, sind in jeder Hinsicht eheliche Kinder, nur bleiben sie „von Erlangung desjenigen Vermögens ausgeschlossen, welches durch Familienanordnungen der ehelichen Abstammung besonders vorbehalten ist" (§ 160). Im übrigen entstehen zwischen ihnen und ihren Eltern (ohne Unterschied zwischen dem schuldigen und dem schuldlosen Teile) sowie den beiderseitigen Verwandten die nämlichen rechtlichen Beziehungen wie sonst bei ehelichen Kindern. Sie erhalten also den Namen und Adel des Vaters, sie beerben ihn und werden von ihm — auch wenn nur die Mutter im guten Glauben war — beerbt usf. Pflege und Erziehung sind wie im Falle der Scheidung oder Trennung, also nach Analogie des § 142, zu regeln.

III. Legitimation durch nachfolgende Ehe (§ 161).[21]) Diese wichtigste Art der Legitimation verdanken wir den byzantinischen Kaisern. Die Rücksicht auf das Interesse der Kinder soll die Eltern veranlassen, ihre freie Verbindung in eine gesetzmäßige Ehe umzuwandeln. Von der Kirche begünstigt ist die Legitimation durch nachfolgende Ehe in allen Kulturstaaten durchgedrungen, nur in England nicht.[22]) Dort glaubt man,

---

RG. v. 14. Jan. 1904 sollen die Vermutungen einander aufheben. RGKomm. 2. Aufl. III S. 238.

[18]) Dafür Bernhöft in der Festgabe für Bekker § 9. Dagegen Riezler, Doppelte Ehelichkeit? im ArchBürgR. 38, 66.

[19]) Entsprechend löst die Frage für das französische Recht Planiol I 1414.

[20]) Zuerst wurden sie beseitigt durch das Ehegesetz für Katholiken vom 8. Okt. 1856 § 50 rücksichtlich der diesem Gesetze unterliegenden Ehen; dann wurde die Bestimmung durch die bezogene kaiserliche Verordnung verallgemeinert. — Nachdem das erste Gesetz seither aufgehoben wurde, fragt sich, ob die Ausnahmen von der Regel des § 160 für Katholiken wieder in Kraft getreten seien? Die Frage ist zu verneinen: Die Aufhebung eines aufhebenden Gesetzes stellt das zuerst aufgehobene Gesetz nicht ohne weiteres wieder her, und durch das Ges. v. 25. Mai 1868 Nr. 47 Art. I wurde nur das 2. Hauptstück des bürgerlichen Gesetzbuches samt Nachtragsverordnungen, nicht auch die übrigen durch das Ges. v. 8. Okt. 1856 geänderten Gesetze wieder hergestellt. Entsch. Slg. Nr. 13.447, ebenso v. Anders, FamR. S. 208 Note 6, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 240 Note 1, Till (s. Gellers ZBl. Bd. 21 S. 31 f.), Krasnopolski IV S. 231 (mit anderer Begründung). Dagegen Rittner, Eherecht S. 280 Note 5 a. E.

[21]) Kutschker, Eherecht V § 363, Kogler, Beiträge zur Geschichte der Rezeption und der Symbolik der leg. per subs. matrim. in der ZRG. (G.) 25 S. 94 ff., 27 S. 316. Die Legitimation durch nachfolgende Ehe in der JurZ. 1888 Nr. 2, Schimm, Zur Durchführung der leg. per subs. matrim. in der GZ. 1894 Nr. 35.

[22]) „Nolumus leges Angliae mutare" sagten die englischen Barone

daß die Möglichkeit der späteren Legitimation zur wilden Ehe ermutige. Aber „die Liebe rechnet nicht. Die Unheilbarkeit des Fehltrittes hält nicht von ihm ab. Es ist besser, den Menschen die Möglichkeit zu bieten, ihre Fehler wieder gut zu machen.“[23])

Das vor der Ehe geborene Kind wird kraft Rechtens, ohne daß auf seinen Willen oder den der Eltern[23a]) etwas ankommt, in dem Augenblicke ehelich, in dem die Eltern einander heiraten. Selbst im Ehebruch erzeugte Kinder erlangen durch die nachfolgende Ehe ihrer Erzeuger die Eigenschaft der Ehelichkeit;[24]) nur freilich jene Kinder, die von einer Ehefrau infolge Ehebruchs geboren wurden, deren Ehelichkeit aber der Ehemann nicht bestritten hat (§§ 158, 159), erscheinen als Kinder dieses Ehemannes und werden daher durch nachfolgende Ehe ihrer wirklichen Erzeuger nicht legitimiert[25]), wenn sie nicht etwa gemäß § 159 in der Lage sind, ihre Ehelichkeit selbst zu bestreiten. Ein bereits durch kaiserliche Begünstigung legitimiertes Kind wird dessenungeachtet auch durch die nachfolgende Ehe der Eltern legitimiert, denn die Wirkungen dieser Legitimationsart reichen weiter. Ebensowenig steht die Kindesannahme der Legitimation im Wege, sie wird aber dadurch — wenn nicht der leibliche Vater selbst der Wahlvater ist — nicht berührt.[25a]) — Streitig war, ob auch die eheliche Nachkommenschaft unehelicher, bereits verstorbener Kinder durch nachfolgende Ehe (ihrer Großeltern) legitimiert werden könne? Die meisten verneinten die Frage mit Berufung auf ein Patent vom 22. Februar 1791, JGS. Nr. 115, welches so entscheidet, und weil § 161 nur eine Legitimation der Kinder samt ihrer Nachkommenschaft, nicht auch eine Legitimation der Nachkommenschaft allein kenne.[26]) Allein wenn dies richtig wäre, dann wären die Worte des § 161 „sowie ihre Nachkommen“ überflüssig, da es sich von selbst versteht, daß mit den Kindern auch deren eheliche Nachkommen legitimiert werden; [27]) jenes Patent ist vielmehr durch § 161 aufgehoben.

1235. In den Vereinigten Staaten ist diese Legitimation durch besondere Gesetze eingeführt worden: Kuhn, Grundzüge S. 127.

[23]) Planiol, Droit civil I 1551.

[23a]) Vgl. unten Note 31 a.

[24]) Pratobevera, Materialien VI S. 347, Braßloff, Die Legitimation der liberi adulterini durch nachfolgende Ehe in Grünhuts Zeitschr. Bd. 32 S. 137 ff.; Entsch. Slg. Nr. 13.447 (anders Entsch. Peitler 2. Aufl. Nr. 45).

[25]) Stubenrauch S. 432, Entsch. GZ. 1868 Nr. 85 (der Fall gedieh nicht an den OGH.); dagegen Kirchstetter S. 112 Anm. 3. Vgl. auch Entsch. Slg. Nr. 13.447.

[25a]) § 142 ung. Entw., Kohler, Enzyklopädie 7. Aufl. II S. 164.

[26]) So Nippel II S. 227, Scheidlein, Miszellen II § 12, Hüttner, Gesetzliche Erbfolge § 87, Winiwarter I S. 401, Ellinger zu § 161, Mattei S. 487, Dolliner Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1826 I S. 126 ff., Stubenrauch S. 434, Kirchstetter S. 112.

[27]) Vgl. Cod. Ther. herausgegeben v. Harrasowsky, 5. Bd. S. 49 f. Anm. 15, Pfaff und Hofmann I S. 24 f., Pratobevera, Materialien VI S. 300, Zeiller I S. 357, Fuchs im Jurist VI S. 235—237, Pfaff in den JBl. 1883 Nr. 23 S. 270, 1887 Nr. 23 S. 270 Sp. 2, v. Anders, FamR. S. 210, Krasnopolski IV S. 234. Auch Nippel trat in Pratobeveras Mat. VI S. 300 f. für diese Ansicht gegen Scheidlein ein. Mit ihr stimmt auch das gemeine Recht

Das legitimierte Kind erlangt am Tage der Eheschließung die Rechte der ehelichen Geburt — es verliert die Rechte eines unehelichen Kindes. Die urteilsmäßige Verpflichtung des Ehemannes zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen erlischt.[28]) Hat er eine Abfindung im Vergleichswege geleistet, so kann er sie nun im Zweifel, d. h. wenn der Vergleich nicht das Gegenteil bestimmt, gemäß § 1435 zurückverlangen.[29]) Die Wirkungen der Legitimation beginnen mit der Eheschließung. Deshalb kann der Legitimierte „den in einer inzwischen bestandenen Ehe erzeugten ehelichen Kindern die Eigenschaft der Erstgeburt und andere bereits erworbene Rechte[30]) nicht streitig machen" (§ 161). Beispiel: Ein Fideikommißbesitzer hat außerehelich mit der Marie den Franz erzeugt, dann die Anna geheiratet, die, nachdem sie ihm den Karl geboren hat, gestorben ist. Nun kehrt er zu seiner ersten Liebe zurück. Er heiratet die Marie, Franz wird ehelich, gilt aber, obwohl an Jahren älter als Karl, als der jüngere eheliche Sohn. Der Grundsatz der Nichtrückwirkung gilt allgemein, also z. B. auch für das Pflichtteilsrecht: eine Schenkung ist bei der Pflichtteilsberechnung nicht zu berücksichtigen, wenn der Schenker zur Zeit der Schenkung nur außereheliche Kinder hatte, die er erst später durch die Ehe legitimiert hat (§ 785).[31])

Die Legitimation wird im Taufbuche angemerkt (Vdg. vom 4. Februar 1830).[31a]) Eben weil sie nicht zurückwirkt, darf das Kind nicht einfach als ein eheliches eingetragen werden. Doch kann es statt eines Taufscheines ein Taufzeugnis ohne Erwähnung der Ehelichkeit oder Unehelichkeit erhalten (HKzD. vom 18. Juli 1834, ME. vom 18. Oktober 1851). Über die Voraussetzungen der Legitimationsanmerkung gibt der Justizministerialerlaß vom 17. Juni 1907, Z. 7215 (JMVBl. 1908, S. 44 f.) Auskunft.[32]) Ist der Name des Vaters bereits im Geburtsbuche eingetragen, so veranlaßt die politische Landesbehörde die Anmerkung der Legitimation auf Grund des Trauungsscheines. Sonst ist eine Erklärung der Eltern über die Vaterschaft nötig.

Ist die Legitimation bereits angemerkt, so ist die Vaterschaft des Ehemannes und folglich die Ehelichkeit des Kindes vorläufig, d. h. bis zum Gegenbeweise, durch das Geburtsbuch, bewiesen. Für den Gegenbeweis gelten nicht die gesetzlichen Beschränkungen, die das Gesetz zu

(Glück II S. 313) und das DBGB. (§ 1722) überein.

[28]) Das gilt auch dann, wenn rechtskräftig die Vaterschaft eines anderen festgestellt worden ist und die Legitimation trotzdem durchgeführt wird: Entsch. Slg. IV Nr. 1591. Alb. Ehrenzweig, Die außerehelichen Personenverhältnisse S. 18.

[29]) Entsch. Slg. XVI Nr. 6299. Die entgegengesetzte Entsch. XVI Nr. 6632 (vgl. auch IX Nr. 3314) ist unbillig und beeinträchtigt den Zweck des Gesetzes, zur Eheschließung einzuladen.

[30]) Z. B. das Recht auf eine den schon früher ehelich gewesenen Kindern von den Großeltern angefallene Erbschaft, namentlich im Falle des § 773.

[31]) Vgl. Entsch. Slg. X Nr. 3955.

[31a]) Das Pflegschaftsgericht kann die Eltern zwingen, diese Eintragung zu erwirken: Entsch. v. 26. Jan. 1915 NotZ. 1915 Nr. 46.

[32]) Rintelen, Grundriß S. 119 f. Petition des österr. Notarenvereines NotZ. 1909 Nr. 20. Mayrhofer I Ergänzungsband S. 698 ff.

Gunsten der ehelichen Geburt vorgesehen hat.[33]) Die Bestreitung der Vaterschaft steht nicht nur dem Ehemanne offen, gleichviel ob er die Legitimation wissentlich[34]) oder irrtümlich[35]) hat eintragen lassen, sondern auch dem Kinde selbst[36]) und dritten Personen, die an der Feststellung der Wahrheit interessiert sind.[37])

Ist die Legitimation nicht angemerkt worden, so muß das Kind[38]), wenn der Ehemann die Vaterschaft nicht anerkennen will, auf deren Feststellung nach den gewöhnlichen, für die außereheliche Vaterschaft geltenden Regeln klagen.[39]) Ist der Vater bereits gestorben, so ist es Sache des angeblich Legitimierten, bei dem Bezirksgerichte seines Wohnsitzes — oder Sache seines Vormundes oder Kurators bei der Vormundschafts- oder Kuratelsbehörde — im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Feststellung der Vaterschaft (§ 113 JN., Art. XVI EinfG. zur JN.)[40]) und sodann die Richtigstellung des Taufbuches zu erwirken.

IV. Die Legitimation durch kaiserliche Begünstigung (Ehelicherklärung)[41]) hat nicht entfernt die praktische Bedeutung der eben erörterten Legitimationsart. Das zeigt die Statistik. Im Jahre 1912 wurden in Österreich 30.000 uneheliche Kinder durch die nachfolgende Ehe ihrer Eltern legitimiert, durch kaiserliche Begünstigung aber nicht einmal 100. Die Voraussetzungen und die Wirkungen dieser Begünstigung ergeben sich aus den §§ 162 und 753, das Verfahren ist zum Teil in den §§ 263 bis 265 VaSt. und § 109 JN., im übrigen durch die Praxis geregelt. Die gegenwärtig maßgebenden Grundsätze enthält der Justizministerialerlaß vom 2. Februar 1913, Z. 5776.[42]) Doch sind die Regeln über das Verfahren nicht als Beschränkungen des kaiserlichen Gnadenrechtes aufzufassen. Ihre Verletzung macht die Ehelicherklärung nicht etwa ungültig.

Voraussetzungen der Ehelicherklärung sind

a) Die Einwilligung des Vaters. Sie ergibt sich regelmäßig daraus, daß der Vater selbst um die Ehelicherklärung ansucht. Das Gesetz spricht von einem Gesuche der Eltern (§ 162). Aber die Zustimmung der Mutter ist nicht schlechthin notwendig. Ist der Vater gestorben und hat er die Ehelicherklärung „nachweisbarerweise" gewünscht[43]), so kann die Mutter[44]) oder das Kind[45]) das erforderliche Gesuch überreichen.

[33]) Anders Entsch. Slg. XV Nr. 6167, XVI Nr. 6572.

[34]) Entsch. Slg. I Nr. 73, VI Nr. 2283, 2389.

[35]) Entsch. Slg. XIII Nr. 5308.

[36]) Dagegen Entsch. Slg. XV Nr. 6167.

[37]) Der Heimatsgemeinde versagt Entsch. Slg. XI Nr. 4402 dieses Recht.

[38]) Oder dessen Erben: Entsch. Slg. III Nr. 1105, X Nr. 3693.

[39]) Entsch. Slg. VIII Nr. 3184.

[40]) Das Gericht spricht zugleich aus, daß das Kind legitimiert ist: MJE. v. 27. Dez. 1907 Z. 8576 (JMVBl. 1908 S. 5). Verweisung auf den Rechtsweg (nach § 2 Z. 7 VaSt.) ist nicht ausgeschlossen. Vgl. Kosch, Zur Legitimation per subsequens matrimonium NotZ. 1897 Nr. 42.

[41]) Kutschker, Eherecht V § 364, Kogler, Die Leg. p. rescr. von Justinian bis zum Tode Karl IV., 1904, Sternberg GH. 1917 Nr. 22.

[42]) Neumann, Komm. zu den Zivilprozeßgesetzen 3. Aufl. I S. 306, Rintelen, Grundriß § 66.

[43]) So der JME. v. 2. Febr. 1913. Nach § 108 Ung. Entw. muß der

b) Die Einwilligung des Kindes (§ 263 VaSt.). Ist das Kind minderjährig, so erteilt das Vormundschaftsgericht nach Anhörung des Vormundes die Bewilligung zum Ansuchen um Ehelicherklärung. Auch das Kind wird jedenfalls gehört, wenn es bereits achtzehn Jahre alt ist (JMV. von 1913), nach Ermessen des Gerichtes auch wenn es jünger ist (§ 185 VaSt.). Das Vormundschaftsgericht holt über die Erteilung oder Versagung der Bewilligung zum Ansuchen die Entscheidung des vorgesetzten Gerichtshofes ein (§ 109 JN.). In der Versagung der Bewilligung liegt die Ablehnung der Ehelicherklärung. Hiezu ist das Gericht aber nur vom vormundschaftsbehördlichen Standpunkte berechtigt, also wenn es findet, daß die Ehelicherklärung nicht zum Besten des minderjährigen Kindes gereichen würde.[46]) Ist das Kind großjährig, so ist das Gericht in keinem Falle befugt, das Gesuch abzuweisen.[47])

c) Regelmäßig wird — nach dem Justizministerialerlasse von 1913 — auch die Zustimmung der Ehefrau des Vaters[48]), dann die seiner ehelichen Kinder und, wenn er keine Kinder hat, die seiner pflichtteilsberechtigten Eltern, endlich, wenn der Adel übertragen werden soll, auch die Zustimmung der übrigen Mitglieder der adeligen Familie verlangt. Doch schließt das Fehlen einer dieser Zustimmungserklärungen die Ehelicherklärung nicht unter allen Umständen aus.[49]) Auch kann die Ehelicherklärung unter entsprechenden Einschränkungen, z. B. unbeschadet der Pflichtteilsrechte der Eltern, erfolgen. Bei der Adelsübertragung kann der Adel auf einen niedrigeren Grad eingeschränkt werden.

Das Gesuch wird, auch wenn das Kind großjährig ist, bei Gericht (Bezirksgericht: § 113 JN.) überreicht. Das Gericht führt die nötigen Erhebungen durch, z. B. darüber, daß die Legitimation durch nachfolgende Ehe untunlich ist, daß der Vater der kaiserlichen Gnade würdig ist, daß die erforderlichen Zustimmungen erteilt worden sind usf. Sodann legt es die Akten mit der Äußerung vor, ob und aus welchen Gründen es die Ehelicherklärung befürworte oder nicht befürworte. Mit dieser Äußerung gelangt das Gesuch durch den Gerichtshof und das Oberlandesgericht, die ihre Äußerung beifügen, an den Justizminister, der es dem Kaiser unterbreitet.

Erhebungen über die Gnadenwürdigkeit können unterbleiben, wenn uneheliche Kinder gefallener (oder den Kriegsstrapazen erlegener) Krieger

Wunsch in einer schriftlichen letztwilligen Verfügung oder in einer öffentlichen Urkunde ausgesprochen worden sein.

[44]) Nach älterem Rechte konnte die Mutter auch ohne Einwilligung des Vaters das Kind mit beschränkter Wirkung (bloß ihr gegenüber) ehelich erklären lassen. So noch Cod. Ther. II 12, 26. Vgl. auch Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 724, Krasnopolski IV S. 235.

[45]) Der angeführte JME. erwähnt hier nur das Ansuchen des Kindes. Daß die Mutter ansuchen könne, ist nach § 162 nicht zweifelhaft. Von beiden spricht § 108 Ung. Entw.

[46]) Entsch. Slg. XVI Nr. 6708. JME. v. 1913.

[47]) Entsch. Slg. Nr. 9302.

[48]) Art. 198 Z. 4 Codice civile, § 1726 DBGB.; § 112 Ung. Entw. begnügt sich mit der Anhörung der Frau. Vgl. die Motive zum DBGB. IV S. 941.

[49]) Der Mangel der Zustimmung der

ehelich erklärt werden sollen. In diesem Falle genügt nach einer AE. vom 18. Mai 1917 der Beweis, daß der Vater die Mutter des Kindes heiraten oder wenigstens das Kind wie ein eheliches behandeln wollte — immer vorausgesetzt, daß nicht schutzwürdige Interessen ehelicher Kinder oder wichtige Bedenken vom Standpunkte der öffentlichen Sittlichkeit der Ehelicherklärung im Wege stehen.

Die kaiserliche Entschließung wird den Parteien vom Gerichte erster Instanz bekannt gemacht.[50]) Die Wirkung der Ehelicherklärung beginnt mit dem Tage der ah. Entschließung, nicht mit dem ihrer Bekanntmachung (§ 265 VaSt.). Ist das Kind vor dem Tage der ah. Entschließung gestorben, so ist die Ehelicherklärung ungültig. Dagegen schadet es nicht, wenn der Vater früher gestorben ist.[51]) Die nach dem Tode des Vaters erfolgte Ehelicherklärung wirkt in der Regel so, wie wenn sie noch bei dessen Lebzeiten erfolgt wäre.[52])

Wie weit die Wirkung der Ehelicherklärung reiche, muß im einzelnen Falle zunächst aus der ah. Entschließung entnommen werden. Danach kann das Kind bloß die „Standesvorzüge" des Vaters oder auch das „Recht an dem freivererblichen Vermögen" erlangen (§ 162). Jedenfalls aber hat die Ehelicherklärung geringere Wirkungen als die Legitimation durch nachfolgende Ehe. Sie gibt nicht nur kein Erbrecht auf Fideikommisse, sondern begründet ein Familienverhältnis nur zwischen dem Vater und dem Kinde. Gegenüber den väterlichen Verwandten entsteht kein eheliches Verwandtschaftsverhältnis, kein Unterhaltsanspruch, kein Erbrecht usf.[53]) Doch hat die Ehelicherklärung mittelbare Wirkung auch gegen sie, da ja ihr Erbrecht durch den Ehelicherklärten ausgeschlossen oder beschränkt wird.[54])

Wenn der Kaiser das Kind eines gefallenen Kriegers ehelich erklärt, kann er der Kindesmutter gestatten, dessen Familiennamen anzunehmen.

Mit dem unehelichen Kinde tritt auch dessen Nachkommenschaft in die Familie des Legitimierenden. Krainz meint, daß sie, wenn das Kind selbst schon tot sei, auch für sich allein ehelich erklärt werden könne. Dafür spricht die Analogie der Legitimation durch die nachfolgende Ehe, dagegen aber die bei der Künstlichkeit und der beschränkten Wirkung der ganzen Einrichtung näher liegende Analogie Kindesannahme.[55])

Ehegattin wird z. B. schwerlich schaden, wenn ihr Aufenthalt nicht bekannt oder wenn die Ehe geschieden ist.

[50]) Dieses veranlaßt auch die Anmerkung der Ehelicherklärung im Geburtsbuche. § 265 VaSt.

[51]) Ott, Rechtsfürsorgeverfahren S. 166. § 1733 DBGB. Nach § 113 Ung. Entw. ist auch der frühere Tod des Kindes unschädlich.

[52]) § 1733 DBGB., § 116 Ung. Entw. Prot. zum DBGB. IV S. 706.

[53]) Die ehelich erklärten vollbürtigen Geschwister gelten also trotz der Legitimation erbrechtlich nur als Halbgeschwister, d. h. als nur von der Mutterseite verwandt. Falsch Entsch. Slg. IV Nr. 1702, richtig Entsch. des KG. Olmütz v. 7. Juni 1911 NotZ. 1911 Nr. 48.

[54]) Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 725. Unrichtig ist die Meinung Zeillers I S. 361, daß ein solches Kind bei der Ausmessung des Pflichtteiles für die vor der Legitimation erzeugten Kinder nicht mitgerechnet werde.

[55]) ReichsgerichtsKomm. zu § 1733.

Ehedem gab es noch eine legitimatio ad honores[56]) zur Befreiung von der mit der unehelichen Geburt verbundenen Anrüchigkeit, und zur Ermöglichung des Eintrittes in Zünfte und andere die Unehelichen ausschließende Körperschaften. Diese Einrichtung war schon vor dem bürgerlichen Gesetzbuche entbehrlich geworden[57]), ist darin jedoch (§ 162) noch erwähnt, um ihre Entbehrlichkeit festzustellen.

§ 453.

C. Die Kindesannahme.

Die Kindesannahme, Annahme an Kindes Statt, Ankindung oder Adoption[1]) war einst eine allgemein verbreitete Form der künstlichen Verwandtschaft. Daneben bestanden andere Formen, z. B. die Verbrüderung. Auch heute kommt die Kindesannahme bei manchen Völkern häufig vor, so z. B. bei den Indern, wo sich der Glaube erhalten hat, daß die Hinterlassung eines Sohnes um der Todenopfer willen notwendig ist.[2]) Bei den Kulturvölkern ist die Kindesannahme im Laufe der Zeit an strenge Voraussetzungen geknüpft und zugleich in ihren Wirkungen abgeschwächt worden. Sie ist deshalb bei uns recht selten geworden. Dem englischen Rechte ist sie ganz fremd, in den Vereinigten Staaten ist sie erst in neuerer Zeit eingeführt worden. Die Teilnovelle von 1914 begünstigt sie durch einige Erleichterungen: Herabsetzung des geforderten Alters, Zulassung der Annahme des eigenen unehelichen Kindes. Auch die Bestimmungen über den Namen des Wahlkindes wurden verbessert. Die Kindesannahme wird nun wohl häufiger werden. Da das Gesetz die Namensübertragung als die einzige wesentliche Wirkung hinstellt, kann die Kindesannahme zu beliebigen Zwecken mißbraucht werden. Sie ersetzt z. B. die Ehe, wenn die Beischläferin samt den gemeinsamen Kindern an Kindes Statt angenommen wird.[2a])

I. Voraussetzungen der Kindesannahme.

a) Nur „Personen, welche den ehelosen Stand nicht feierlich angelobt haben" (§ 179), können an Kindes Statt annehmen, nicht Ordenspersonen. Ein Gesetz, meint Zeiller[3]), das die Fiktion, als hätten dergleichen Personen ein eheliches Kind erzeugt, begünstigte, würde sich selbst widersprechen. Dennoch sind Weltgeistliche von der Kindesannahme nicht ausgeschlossen, denn sie legen kein feierliches Gelübde der Ehelosigkeit ab und nur im Gelübde erblickt § 179 ein Hindernis.[4])

[56]) Pfaff und Hofmann, Komm. I S. 309 Note 63.

[57]) HfD. v. 24. Juli 1783 JGS. Nr. 161.

[1]) A. Schuller, Die Annahme an Kindesstatt 1837, Hecker, Die Adoption im geltenden Rechte als Produkt der historischen Entwicklung 1903, Thalberg, Die Adoption im heutigen deutschen Rechte 1907; vgl. auch den oben § 25 Note 28 angeführten Aufsatz von Eisinger. Den Ausdruck „Ankindung" hat Kohler, Lehrbuch III § 69 vorgeschlagen.

[2]) Jolly, Recht und Sitte S. 75.

[2a]) Entsch. des LG. Wien v. 11. Mai 1916 GZ. 1916 S. 340. § 273 StGEntw. verbietet nur den Geschlechtsverkehr mit dem minderjährigen Wahlkinde.

[3]) Komm. I S. 390.

[4]) Manche wollen, trotz der grundsätzlichen Zulässigkeit der Kindesannahme durch einen Weltgeistlichen,

b) Die Kindesannahme soll nur ein Notbehelf für Personen sein, die keine leiblichen ehelichen Kinder besitzen. Der Kindesannahme stehen somit im Wege:

α) zur Zeit des Annahmevertrages vorhandene, d. h. erzeugte (§ 22) Kinder, aber

β) nur eheliche (oder auch legitimierte) Kinder, nicht auch uneheliche — selbst wenn eine Frauensperson der annehmende Teil ist — oder Wahlkinder[4a]), andrerseits

γ) nicht nur Kinder, sondern auch Enkel und Urenkel (§ 42). Dies schließt selbstverständlich nicht aus, daß ein Großvater seinen (einzigen) ehelichen Enkel von einem vorverstorbenen Kinde annimmt;[5]) denn nur darauf kommt es an, daß nicht außer dem anzunehmenden Nachkommen noch andere vorhanden sind, welche durch die Annahme verkürzt werden könnten. Wären also zwei Enkel da, so müßten beide angenommen werden, sonst hindert einer die Annahme des andern.

c) Der Annehmende muß das vierzigste Lebensjahr[6]) zurückgelegt haben (§ 180); ist dies der Fall, so steht die Möglichkeit, noch eigene Kinder zu erhalten, der Annahme nicht im Wege (HKzD. vom 21. April 1820, JGS. Nr. 1659), sowie umgekehrt früher eingetretenes Unvermögen das Alterserfordernis unberührt läßt.

d) Das Wahlkind muß wenigstens achtzehn Jahre jünger sein als der Annehmende, weil die Wahlkindschaft eine „Nachahmung der Natur“[7]) sein soll.

Die Annahme unehelicher Kinder kommt verhältnismäßig oft vor. Sie ist eine Wohltat, die ihnen das Gesetz auf die Dauer nicht vorenthalten konnte. Ein Hofdekret vom 28. Januar 1816, JGS. Nr. 1206, hatte sie verboten. Es wollte vor allem die Annahme von Ehebruchskindern verhüten.[8]) Doch wurde die Bestätigung nicht selten durch Verleugnung der Vaterschaft erschlichen.[9]) Die Novelle von 1914 beseitigte

sie solle vom Gerichte anstandshalber nicht bestätigt werden. Haimberger Zeitschr. f. österr. RG. 1838 II S. 59, Stubenrauch S. 468, Winiwarter I S. 439, Kirchstetter S. 121 Note 4. Allein eine grundsätzlich zulässige Kindesannahme muß bestätigt werden. So jetzt auch v. Anders, Grundriß S. 95 (vgl. FamR. S. 226) und Krasnopolski S. 285.

[4a]) DBGB. § 1743; a. M. Schuler, Die Annahme an Kindes Statt S. 30, weil Wahlkinder gleiche Rechte mit den ehelichen genießen, vgl. dagegen Nippel II S. 274. Daß man mehrere Personen gleichzeitig an Kindes Statt annehmen könne, ist unbestritten. Lahr in der GZ. 1901 Nr. 11.

[5]) Zeiller in Pratobeveras Mat. VI S. 327 f., Winiwarter S. 436 f., Stubenrauch S. 471 (8. Aufl. I S. 266 Note 2), v. Anders, FamR. S. 227, Entsch. des OLG. f. Bayern SeuffA. 70 Nr. 110. — Dagegen Entsch. Slg. IX Nr. 3383, Schuller a. a. O. und Krainz.

[6]) Ebenso das schweizerische GB. (Art. 264). Das ABGB. verlangte vor der Novelle fünfzig Jahre; ebenso § 1744 DBGB. Das russische Recht begnügt sich mit dreißig Jahren.

[7]) Adoptio imitatur naturam. § 4 J. de adopt. I 11. Die Inder bezeichnen das Wahlkind als den Schatten eines leiblichen Kindes.

[8]) Prot. v. 11. Dez. 1815.

[9]) Vgl. z. B. KasshE. v. 1. März 1900 Nr. 2443 und Albert Ehrenzweig GZ. 1908 Nr. 16.

das längst als drückend und unbegründet empfundene Verbot.[10]) Die Ehelicherklärung ist möglich, auch wenn die Voraussetzungen der Annahme (z. B. das gesetzliche Alter) fehlen. Aber sie ist Gnadensache. Die Kindesannahme dagegen ist ein Recht der Beteiligten, sie muß bestätigt werden, wenn jene Voraussetzungen vorliegen.

Voll Entmündigte können nicht an Kindes Statt annehmen; der Kurator kann den familienrechtlichen Vertrag ebensowenig wie einen Ehevertrag in ihrem Namen abschließen. Verschwender können mit Einwilligung des Gerichtes (vgl. § 49) ein Kind annehmen.[11])

Gleichgültig ist, ob der Annehmende ledig oder verheiratet, Mann oder Weib ist. Zwei Personen können nur dann dieselbe Person an Kindes Statt annehmen, wenn sie miteinander verheiratet sind;[12]) andrerseits ist es bei der Kindesannahme durch einen Ehegatten nicht notwendig, daß der andere Ehegatte mit annimmt[13]), selbst dessen Zustimmung zur einseitigen Kindesannahme ist nicht immer erforderlich (§ 180).

II. Der Vorgang der Kindesannahme (Patent vom 9. August 1854, §§ 257 bis 262).[14]) Der Annahmevertrag muß schriftlich oder vor Gericht abgeschlossen und vom Gerichte nach Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen bestätigt werden.

a) Ist das Wahlkind eigenberechtigt, so schließt es den Annahmevertrag persönlich mit dem Annehmenden ab. Ist der eheliche Vater am Leben, so ist — trotz der Eigenberechtigung — dessen Zustimmung erforderlich (§ 181).[15]) Der Vertrag bedarf der Bestätigung, die nicht mehr die Landesstelle (§ 181), sondern das Gericht, und zwar (nach § 113 JN.) dasjenige Bezirksgericht erteilt, bei dem der Annehmende den allgemeinen Gerichtsstand in Streitsachen hat.[16])

---

[10]) Für die Aufhebung besonders Alb. Ehrenzweig GZ. 1908 Nr. 19. Vgl. auch Kuttner, Die Adoption des unehelichen Kindes durch den eigenen Vater und die eigene Mutter, IheringsJ. 47, 1, Söllner im Jurist 15, 379, Lahr a. a. O. Note 8. Das russische Recht begünstigt die Annahme des unehelichen Kindes: hier entfallen die Altersgrenzen und das Vorhandensein ehelicher Kinder schließt die Annahme nicht aus. Gebhard, Russ. Familien- und Erbrecht S. 69 f.

[11]) Krasnopolski IV S. 287, § 1751 DBGB.; a. M. Krainz.

[12]) § 1749 DBGB.

[13]) HKzD. v. 21. April 1820 JGS. Nr. 1659.

[14]) Rintelen, Grundriß § 67, Alb. Ehrenzweig, Aus der Adoptionspraxis GZ. 1915 Nr. 38.

[15]) Schwartz, Ein singulärer Fall der Beschränkung der Handlungsfähigkeit Großjähriger in der GH. 1890 Nr. 42. ALR. II 2 § 679. Ofner, Prot. I S. 166. Die Zustimmung des Vaters ist auch dann erforderlich, wenn der Annehmende z. B. Ungar ist, obwohl das ungarische Recht diese Zustimmung nicht verlangt, s. oben § 25 Note 28, dagegen aber Entsch. Slg. XIII Nr. 5147.

[16]) Mitt. im JMWBl. 1904 S. 285, Entsch. Slg. VI Nr. 2419, VII Nr. 2622, 2659, Entsch. v. 26. April 1904 JBl. 1904 Nr. 33 (Korrespondenz), Lahr, über Adoption und Legitimation in der GZ. 1901 Nr. 3, 11, Ott, Rechtsfürsorgeverfahren S. 35. Anders: Dr. C..n in der GZ. 1899 Nr. 26, Ungenannter ebda. 1901 Nr. 19, Höbert ebda. 1904 Nr. 28, Biach in den JBl. 1904 Nr. 8 und 33, Ungenannter GZ. 1909 Nr. 35.

b) Steht das Wahlkind unter väterlicher Gewalt, so schließt den Vertrag der Vater als gesetzlicher Vertreter. Die Mitwirkung der Pflegschaftsbehörde ist hier ebensowenig wie bei der Ehe vorgesehen. Andrerseits wird aber auch die Einwilligung des minderjährigen, aber bereits mündigen Wahlkindes nicht gefordert. Gegen Mißbrauch der väterlichen Gewalt steht allerdings dem Kinde das Beschwerderecht zu[17]), ebenso auch gegen die grundlos verweigerte väterliche Einwilligung (§§ 178, 181). Sonderbar ist, daß das Gesetz die Zustimmung der Mutter nicht verlangt. Bezüglich der Bestätigung gilt das zu a Bemerkte, doch ist hiezu nach der Praxis[18]) der Gerichtsstand des Kindes, nicht der des Annehmenden zuständig.

c) Steht das Wahlkind unter Vormundschaft, so bedarf der Vertrag der Einwilligung des Vormundes[19]), der Mutter und des Vormundschaftsgerichtes. Dieses ist hier zugleich zur (nach freiem Ermessen zu erteilenden) vormundschaftsbehördlichen Einwilligung und zur Bestätigung des Annahmevertrages berufen. Ist das Vormundschaftsgericht — wie dies regelmäßig der Fall ist — ein Bezirksgericht, so ist die Entscheidung über seinen Beschluß gemäß § 109 JN. dem vorgesetzten Gerichtshofe erster Instanz vorbehalten, während in den beiden früheren Fällen a und b das Bezirksgericht selbständig entscheidet.

Ist das Wahlkind verheiratet, so muß sein Ehegatte zustimmen. Ebenso muß, wenn der Annehmende verheiratet ist, dessen Ehegatte zustimmen, auch wenn er nicht mitannimmt, die Kindesannahme also ihm gegenüber Rechte und Pflichten nicht[20]) begründen soll (§ 180). Dem einen Ehegatten sind die Verwandtschaftsverhältnisse des andern nicht gleichgültig, sie begründen rechtliche, sittliche, gesellschaftliche Verpflichtungen, die seine Interessen beeinträchtigen können. Er muß sich deshalb eine eigenmächtige Erweiterung des Verwandtenkreises des andern (neue Schwiegereltern oder ein neues Stiefkind) nicht gefallen lassen.[21]) Aber seine Zustimmung ist nicht erforderlich, wenn er geisteskrank erklärt[21a]) oder wenn sein Aufenthalt unbekannt oder wenn die Ehe geschieden ist (§ 180). In diesen Fällen wird er mit den neuen Angehörigen kaum in Berührung kommen.

Die Wirkungen der Annahme beginnen nicht schon mit dem Zeitpunkte des Vertragsschlusses, aber auch nicht erst mit dem der Zustellung des Bestätigungsbeschlusses, sondern mit dem Augenblicke, in dem dieser Beschluß (unwiderruflich) erlassen worden ist.[22]) Ist die Be-

---

17) Zeiller I S. 393 f.

18) Entsch. Slg. VII Nr. 2899. Dagegen Rintelen a. a. O.

19) Für den Fall, daß noch kein Vormund bestellt ist, gibt § 113 JN. eine besondere Bestimmung, vgl. darüber Rintelen a. a. O.

20) Unter „Einwilligung" ist im § 755 nicht die Zustimmung nach § 180 (neue Fassung), sondern die Mitannahme zu verstehen.

21) Ebenso nach deutschem und schweizerischem Rechte. Das französische Recht verlangt die Zustimmung des Gatten des Wahlkindes nicht.

21a) D. h. wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche entmündigt: unten § 466 Note 14.

22) Lahr GZ. 1901 Nr. 11.

stätigung der Kindesannahme erst nach dem Tode des Annehmenden erfolgt, so ist die Kindesannahme ungültig (HfD. vom 28. Juni 1837, JGS. Nr. 209).[22a])

III. Wirkungen der Kindesannahme. Die einzige wesentliche Wirkung (§ 182), die der Vertrag nicht ausschließen kann, besteht darin, daß das Wahlkind den Namen des Wahlvaters erhält (!).[23]) Nimmt eine verheiratete oder verwitwete Frau ein Kind an, so erhält es ihren Geschlechtsnamen[24]), außer wenn das Kind auch von ihrem Manne angenommen wird. Bis 1914 mußte das Kind zugleich seinen früheren Familiennamen beibehalten, dieser wurde sogar in der Praxis[25]) dem neuen Namen vorangestellt. Das war oft unerwünscht; es wäre besonders lästig bei der jetzt gestatteten Annahme des eigenen unehelichen Kindes. Auf die Doppelnamigkeit wurde solches Gewicht gelegt, daß manche selbst bei gleichem Namen — z. B. wenn der Onkel den Neffen annahm — die Verdoppelung (Müller-Müller) forderten.[26]) Die im Auslande vollzogene Annahme wurde bei uns nicht anerkannt und nicht in den Matriken durchgeführt, wenn der Vertrag nicht die Führung des Doppelnamens vorgesehen hatte.[27]) Über diese unnützen Schwierigkeiten hat die Novelle von 1914 hinweggeholfen. Die Beibehaltung des früheren Namens neben dem neuen kann nun besonders vereinbart werden; ohne solche Vereinbarung geht der frühere Name verloren. Für den Fall der Beibehaltung ist auch die Reihung der Vereinbarung überlassen. Der eigene Adel kann allerdings dem Wahlkinde nur gewahrt werden, wenn es die Beibehaltung seines adeligen Namens vereinbart. In diesem Falle muß nach § 182 der angenommene Name „unmittelbar" mit dem alten verbunden werden. Das ist dunkel. Der Kommissionsbericht erklärt es so: „In diesem Falle darf der Name des Annehmenden nur unmittelbar mit dem früheren Familiennamen des Wahlkindes verbunden werden, nicht etwa mit dem Adelsgrad oder dem Adelsprädikate." Wenn also Müller den Schelm v. Bergen annimmt, so muß sich dieser Müller-Schelm (oder Schelm-Müller) v. Bergen nennen, nicht aber Schelm von Bergen-Müller.

Wird ein verheirateter Mann angenommen, so erhält auch die Frau den neuen Namen (§ 92).[28]) Wird eine verheiratete Frau angenommen, so muß sie gemäß § 182 den Namen des Annehmenden und gemäß § 92

[22a]) Anders nach § 1753 DBGB.

[23]) Das Gesetz lädt, indem es nur das Unwesentliche für wesentlich erklärt, zum Mißbrauche der Ankindung geradezu ein. Vgl. dagegen § 1767 DBGB. Kipp, Lehrbuch (II 2) § 93 IX.

[24]) Nach Kohler S. 331 selbstverständlich, aber vgl. über das schweizerische Recht Gmür zu Art. 268 ZGB. P. Klein in Gellers ZBl. 1916 S. 197.

[25]) Judikat Nr. 171 Slg. VIII Nr. 3178. Steiner NotZ. 1908 Nr. 16. Vgl. auch Lößl, Korr. in JBl. 1912 Nr. 31 (Adoption einer Österreicherin in der Schweiz).

[26]) Lahr GZ. 1901 Nr. 11 u. a.

[27]) Mitt. im JMWBl. 1906 S. 111, Eisinger NotZ. 1908 Nr. 22.

[28]) ReichsgerichtsKomm. zu § 1758 DBGB.

den ihres Mannes führen, es entsteht also in diesem Falle doch wohl ein Doppelname.[29])

Soll der den Wahleltern eigene Adel und ihr Wappen auf das Wahlkind übergehen, so muß um die Bewilligung des Kaisers angesucht werden (§ 182 ABGB., § 261 VaSt.). Das Ansuchen um die Adelsübertragung kann mit dem Gesuche um Bestätigung der Kindesannahme verbunden werden. In diesem Falle wird es, wenn das Gericht die Bestätigung erteilt hat, durch das Obergericht dem Justizminister vorgelegt. Dieser setzt sich mit dem Minister des Innern ins Einvernehmen und holt die kaiserliche Entschließung ein (§ 261 VaSt.).

Staatsbürgerschaft und Heimatrecht werden durch die Kindesannahme nicht übertragen[30]), wohl aber der Gerichtsstand des Wahlvaters (§ 71 JN.).[31])

Zwischen den Wahleltern einerseits und dem Wahlkinde und dessen Nachkommen andrerseits finden, insoweit das Gesetz keine Ausnahme macht[32]) und nichts anderes bedungen ist, gleiche Rechte, wie zwischen ehelichen Eltern und Kindern oder Enkeln statt. Der Wahlvater übernimmt die väterliche Gewalt (§ 183). Dagegen begründet die Kindesannahme, wie die Ehelicherklärung, keine rechtlichen Beziehungen zu den Verwandten des Annehmenden, auch nicht — bei einseitiger Kindesannahme — zu dessen Ehegatten (§ 755);[33]) insbesondere begründet sie keinen Erb- oder Unterhaltsanspruch gegenüber diesen Personen.[34])

Das Wahlkind verliert die Rechte seiner eigenen Familie nicht: vgl. über die Unterhaltsansprüche unten § 455, über das Erbrecht unten § 487.

IV. Aufhebung der Kindesannahme. Die Kindesannahme kann durch Vertrag zwischen den Wahleltern und dem Wahlkinde sowie dessen Nachkommen[35]) aufgehoben werden. Das großjährige Wahlkind schließt diesen Vertrag persönlich, das minderjährige bedarf der Einwilligung des leiblichen Vaters oder eines besonderen Vertreters und jedenfalls auch des Vormundschaftsgerichtes (§ 185). Ist das Wahlkind großjährig,

29) An die Stelle des Mannesnamens kann der Wahlname nicht treten, weil die Frau den Namen des Mannes nicht ablegen kann (dagegen freilich der KommBer. zu § 180 S. 27). Nach deutschem und schweizerischem Rechte tritt der neue Name an die Stelle des Mädchennamens, Gmür S. 67. Nach früherem österreichischen Rechte wurde er mit dem Mannesnamen (Entsch. Slg. VII Nr. 2799), nicht mit dem Mädchennamen (so Lahr a. a. O.) verbunden. — Über das in der eben angeführten Entscheidung anerkannte Rekursrecht der Statthalterei vgl. Rintelen S. 122.

30) Oben § 73 Note 11.

31) Die den leiblichen Kindern unter Umständen zukommende Erleichterung der Wehrpflicht gebührt den Wahlkindern nicht: § 31 WehrG. v. 5. Juli 1912 Nr. 128.

32) Ein gesetzliches Erbrecht steht nur dem Wahlkinde und dessen Nachkommen (§ 755), nicht den Wahleltern zu (§ 756).

33) Oben Note 20.

34) Über „Reflexwirkungen" vgl. das oben § 452 Note 54 Bemerkte. Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 729.

35) Vgl. § 1768 DBGB. Eine uneinverständliche Lösung des Verhältnisses kennt das Schweiz. ZGB. (Art. 269) und der ung. Entw. (§ 145).

so wirkt das Gericht nicht mit, der Aufhebungsvertrag bedarf keiner Bestätigung.[36]) Die Aufhebung stellt den früheren Stand wieder her. Das Kind führt wieder den ursprünglichen Namen und kommt, wenn es minderjährig ist, unter die Gewalt seines ehelichen Vaters (§ 185). Das ist nicht der Fall, wenn die väterliche Gewalt des Wahlvaters durch dessen Tod erloschen ist.[37]) Dadurch wird vielmehr das Band der Ankindung befestigt. Es kann fortan auch durch Vertrag nicht mehr aufgehoben werden.

§ 454.

D. Die Übernahme in die Pflege.[1])

Die Übernahme in die Pflege (§ 186) ist ein der Kindesannahme ähnlicher familienrechtlicher Vertrag, der den Namen nicht überträgt und keine erbrechtlichen Wirkungen hat. Besondere persönliche Voraussetzungen (Alter, Kinderlosigkeit usf.) werden nicht verlangt: „Die Pflege steht jedermann frei" (§ 186).[2]) Das Kind muß noch der Erziehung bedürftig sein. Denn die Übernahme der Erziehung, bei der Kindesannahme nebensächlich, ist hier wesentlich. Die Verpflegung und Erziehung ist in der Regel auf eigene Kosten zu gewähren, keinesfalls darf sie von der Leistung eines Entgeltes abhängen, sonst liegt ein gewöhnlicher entgeltlicher Vertrag vor.[3]) Ersatzansprüche können zwar vorbehalten werden[4]), aber die Pflegeeltern müssen sich zur Leistung des Unterhaltes unbedingt, d. h. auch für den Fall verpflichten, daß diese Ansprüche nicht befriedigt werden und uneinbringlich sind. Wesentlich ist auch, daß die Pflegeeltern die Leitung der Erziehung übernehmen, nicht lediglich nach den Weisungen der Eltern und unter deren Aufsicht handeln. Die Pflegeeltern sollen eben an die Stelle der leiblichen Eltern treten. Es handelt sich regelmäßig um Kinder, denen die leiblichen Eltern Aufsicht und Erziehung nicht oder doch nicht in gleich guter Weise gewähren können, vor allem um uneheliche, verwaiste, verlassene, verwahrloste Kinder (vgl. § 178 a). Als ein besonderes familienrechtliches Verhältnis ist das Pflege-

[36]) Anders nach deutschem und schweizerischem und schon nach preußischem Rechte.

[37]) Entsch. Slg. Nr. 16.004, § 1765 DBGB., v. Anders, Grundriß S. 97; dagegen Krainz, Cod. Ther. I 5, 116.

[1]) ALR. II 2 §§ 753—772, Code civil Art. 361—370 (tutelle officieuse), Ofner, Prot. I S. 170 f., II S. 513, Pappenheim in der Festschr. für Brunner S. 1 ff., Scheidlein Zeitschr. f. österr. RG. 1840 II S. 51 f., Pfaff und Hofmann, Exkurse II S. 14 f., Lößl, Recht auf Unterhalt S. 208 ff., v. Anders, Grundriß § 69.

[2]) Beschränkungen setzt fest bezüglich der Übernahme in entgeltliche Pflege das Kinderschutzgesetz für Steiermark v. 4. Sept. 1896 LGBl. Nr. 66 (vgl. JMVBl. 1896 S. 238). Reicher, Fürsorge für die verwahrloste Jugend S. 52, 321.

[3]) Wudich, Kostkinderschutz GZ. 1913 Nr. 35, Riether ebda. Nr. 41, Hugelmann, Kostkinderwesen Österr. Sanitätswesen 1913 Nr. 44. — Über die Abgrenzung gegen den Dienstvertrag vgl. KassHE. v. 23. Sept. 1911 Nr. 3878.

[4]) Vgl. Entsch. v. 11. Febr. 1913 GZ. 1915 Nr. 23 über die Umwandlung eines Kostkindervertrages in einen Pflegevertrag.

verhältnis anerkannt in § 364 c ABGB., § 152, Z. 1 StPO., § 321, Z. 1 ZPO., § 32 KO., §§ 103, 104 StGEntw.

Der Pflegevertrag kann die Rechte der Eltern und die des Kindes beschränken, er kann sowohl den Eltern als auch dem Kinde Verbindlichkeiten auferlegen. Die Genehmigung des Pflegschaftsgerichtes ist erforderlich,

a) wenn die väterliche Gewalt[5]) zu Gunsten der Pflegeeltern beschränkt werden soll, z. B. durch Verzicht auf die Rückforderung des Kindes (vgl. § 178 a). Die Genehmigung ist hier deshalb nötig, weil die Ausübung der väterlichen Gewalt zugleich eine Pflicht ist, so daß ihre Beschränkung die Interessen des Kindes beeinträchtigen oder gefährden kann. Ist der die Rückforderung ausschließende Vertrag nicht gerichtlich genehmigt worden, so steht der Rückforderung zwar nichts im Wege, soferne sie sich nicht etwa als ein Mißbrauch der väterlichen Gewalt darstellt, aber wenn die Pflegeeltern das Kind in der Voraussetzung übernommen haben, daß es ihnen dauernd überlassen werde, können sie von den rückfordernden Eltern den Ersatz der in dieser Erwartung aufgewendeten Pflegekosten verlangen.[6]) Die pflegschaftsbehördliche Genehmigung ist ferner erforderlich,

b) wenn die Rechte des Pflegekindes geschmälert oder ihm besondere Verbindlichkeiten auferlegt werden sollen (§ 186), z. B. die Verpflichtung, die Pflegekosten aus dem künftig zu erwerbenden Vermögen oder durch die während einer bestimmten Zeit zu leistenden Dienste zu ersetzen.[7])

Nach dem Gesetze haben die Pflegeeltern keinen Anspruch auf Ersatz der Pflegekosten.[8]) Doch gelten die Dienste des Kindes innerhalb gewisser Grenzen, auch wenn dies nicht bedungen ist, als ein billiger Ersatz für den Erziehungsaufwand. Das Kind kann daher nicht nachträglich dafür einen Lohn verlangen.[9])

Auch eine Anstalt oder ein Verein für Kinderschutz oder Kinderpflege kann Kinder, denen die Eltern die nötige Aufsicht und Erziehung

[5]) Vgl. auch O. Fr., Verzicht auf elterliche Personenrechte GZ. 1892 Nr. 10: Genehmigung eines Pflegschaftsvertrages, in dem die außereheliche Mutter auf alle Rechte verzichtete und versprach, sich jeder Nachforschung nach dem Kinde zu enthalten.

[6]) Entsch. Slg. XVI Nr. 6626; vgl. auch die n.-ö. RegV. v. 16. Febr. 1837 ProvGS. 19, 68.

[7]) Vgl. Zeillers Entwurf bei Ofner, Prot. I S. 170, Lößl S. 210.

[8]) Auch nicht gegen die Heimatsgemeinde: Entsch. Slg. Nr. 15.788, VIII Nr. 3167, X Nr. 4034. Die Witwe eines Staatsbeamten erhält für die Verpflegung seiner Kinder aus einer früheren Ehe Erziehungsbeiträge wie eine leibliche Mutter, § 8 Ges. v. 14. Mai 1896 Nr. 74, Entsch. Slg. XV Nr. 5805.

[9]) Entsch. Slg. X Nr. 3972. Veraltet ist das HKzD. v. 1. April 1813 PGS. 40, 32, das den Zieheltern der Findlinge das Recht zugesteht, sie bis zur Vollendung des 22. Jahres zu behalten und zu Arbeiten zu verwenden. Lößl S. 210. Dabei ist vorausgesetzt, daß die Pflege sehr früh begonnen hat (Entsch. Slg. Nr. 16.125). Nach ALR. II 2 § 765 sollte das Kind nach zurückgelegtem 14. Jahre soviel Jahre ohne Lohn dienen, als es vorher verpflegt worden ist.

nicht gewähren, zur Pflege und Erziehung übernehmen. In diesem Falle kann das Vormundschaftsgericht auch nachträglich auf Antrag der Anstalt oder des Vereines aussprechen, daß das Kind vor Beendigung seiner Erziehung nur mit Zustimmung des Gerichtes der Anstalt oder dem Vereine gegen seinen Willen abgenommen werden könne (§ 178 a).

Zweiter Abschnitt.

Rechtsverhältnisse der ehelichen und der ihnen gleichgestellten Kinder.

A. Rechte der Kinder.

§ 455.

1. Im allgemeinen. Erziehung und Unterhalt.

I. Die ehelichen Kinder erhalten Namen (oben § 69), Adel (oben § 79) und die sonstigen, nicht bloß persönlichen Berechtigungen der väterlichen Familie (§ 146), insbesondere Staatsbürgerschaft[1]), Gemeindezuständigkeit[2]), Gerichtsstand[3]) (nicht auch Titel, Orden, Würden, Ämter) des Vaters — den Adel auch, wenn er dem Vater erst nach ihrer Geburt verliehen wurde, während der Verlust des Adels infolge eines den Vater verurteilenden Straferkenntnisses nur die nach dem Strafurteil erzeugten Kinder trifft (§ 27 a StGB.).

Das Gesagte gilt auch für legitimierte Kinder (§§ 160 bis 162). Über Namen und Adel der Wahlkinder vgl. oben § 453, III.

II. Die Kinder haben Anspruch auf eine dem Stande und Vermögen der Eltern entsprechende Erziehung (§ 139). Das Gesetz (§ 139, vgl. auch § 672) braucht diesen Ausdruck in einem sehr weiten, auch die Verschaffung des Unterhaltes umfassenden Sinne. Die körperliche Erziehung gilt vorzugsweise als Aufgabe der Mutter.[4]). Die Pflicht, für den Unterricht in der Religion zu sorgen, ist im § 139 ausdrücklich als ein Teil der Erziehungspflicht anerkannt. Die Frage, in welcher Religion ein Kind zu erziehen sei (§ 140)[5]), entscheidet nicht das Gericht,

[1]) § 28 ABGB.

[2]) § 6 HeimG. v. 3. Dezember 1863 RGBl. Nr. 105.

[3]) § 71 JN.

[4]) Das ALR. (II 2 § 67) verpflichtete die gesunde Mutter, ihr Kind selbst zu stillen. Dafür A. Menger, Das BürgR. und die besitzlosen Volksklassen S. 57.

[5]) Geiger, Die religiöse Erziehung der Kinder im deutschen Rechte 1903, P., Das Recht der Ausländer in Bezug auf die konfessionelle Erziehung ihrer Kinder in den JBl. 1881 Nr. 20, W. Fuchs, Beitrag z. L. von der Religionsfreiheit in der Praxis Wien 1894 (darüber Spiegel in der JWJSchr. Bd. 28 S. 139 ff.), v. Hussarek, Die religiöse Erziehung der Kinder in Grünhuts Zeitschr. Bd. 23 S. 601 ff., Illasiewicz, Das Religionsbekenntnis der Kinder nach österr. Recht 1900 (dazu v. Lemayer in Grünhuts Zeitschr. Bd. 29 S. 288 ff.), W. Groß, Art. „Religiöse Kindererziehung" im StWB. 1. Aufl. und

sondern die Verwaltungsbehörde.[6]) Nach dem Gesetze vom 25. Mai 1868, RGBl. Nr. 49, folgen bei gemischten Ehen die Söhne der Religion des Vaters, die Töchter der Religion der Mutter, doch können die Eltern vertragsmäßig das Gegenteil festsetzen oder bestimmen, daß alle Kinder ohne Unterschied des Geschlechtes der Religion des Vaters oder derjenigen der Mutter folgen sollen. Im Falle eines Glaubenswechsels eines oder beider Elternteile werden die noch nicht sieben Jahre alten Kinder so behandelt, als wären sie erst nach dem Glaubenswechsel geboren worden. Wenn ein Ehegatte erst nach dem Tode des andern den Glauben wechselt, folgen kraft der gesetzlichen Fiktion nur die noch nicht sieben Jahre alten Kinder des gleichen Geschlechtes dem neuen Glauben.[7]) Die Pflicht, die Kinder in irgend einer Religion zu erziehen, gilt auch für konfessionslose Eltern.[8]) Sind die Kinder im Christentume zu erziehen, so sind die Eltern zunächst verpflichtet, sie taufen zu lassen.[9])

Während des schulpflichtigen Alters besteht der Unterrichtszwang gemäß §§ 20 bis 25 RVG. Im übrigen richtet sich die Art der Erziehung nach dem künftigen Berufe des Kindes. Die Berufswahl („Standeswahl", § 148) ist zunächst Sache des Vaters. „Aber nach erreichter Mündigkeit kann das Kind, wenn es sein Verlangen nach einer andern, seinen Fähigkeiten mehr angemessenen Berufsart dem Vater fruchtlos vorgetragen hat, sein Gesuch vor das ordentliche Gericht bringen, welches mit Rücksicht auf den Stand, auf das Vermögen[10]) und die Einwendungen des Vaters von Amts wegen darüber zu erkennen hat".[11])

Das Gericht ist nicht berufen, die Erziehung zu überwachen. Es schreitet nur ein, wenn ihm Mißbrauch oder Vernachlässigung angezeigt oder sonst bekannt wird.[12]) Auch dem Vormundschaftsrate obliegt regelmäßig nur die Überwachung von Vormündern, Beiständen oder Kuratoren (§ 31 TeilN. I).

Henner, Art. „Interkonfessionelle Verhältnisse" ebda. 2. Aufl., Mayrhofer, Handb. 5. Aufl. IV S. 39 ff., v. Hussarek, Grundriß des Staatskirchenrechtes § 5.

[6]) Entsch. Slg. Nr. 14.161, III Nr. 1082, VI Nr. 2311.

[7]) v. Hussarek, Glossen zur jüngsten Praxis des VGH. in der GZ. 1905 Nr. 17.

[8]) —t— in Samitsch' Zeitschr. I (1877) S. 289 ff., ferner JBl. 1881 Nr. 49 und GH. 1897 Nr. 15, Thaner in Grünhuts Zeitschr. Bd. 10 S. 598 ff., v. Hussarek, Grundriß S. 14 f., Di Pauli ArchKathKR. 87, 449 ff.

[9]) RGEntsch. v. 2. Juli 1913 Hye Nr. 2016, Mayrhofer, Handb. IV S. 40; dagegen K. Henner, Zur Frage des staatlichen Taufzwanges ZöffR. I, 645.

[10]) Auch das eigene Vermögen des Kindes kommt hier in Betracht.

[11]) § 148, aus II 2 §§ 92—107 ALR. Doch spricht das ALR. nur von den Söhnen; vgl. dagegen Ofner, Prot. I S. 146 f.

[12]) Vgl. Entsch. Slg. Nr. 14.997: „Das der väterlichen Gewalt entstammende Recht des Vaters auf Leitung und Erziehung seiner minderjährigen Kinder kann von ihm in der Regel nach freiem Ermessen ausgeübt werden und findet nur in den vom Gesetze bezeichneten Fällen der §§ 148, 177 und 178 BGB. . . . eine Beschränkung. Wie aus der Vorschrift der eben bezeichneten Gesetzesstellen gefolgert werden muß, ist das Gericht außer diesen Fällen zu einem Einschreiten in Angelegenheiten der Erziehung von Kindern, welche unter

III. Mit der Frage, wer nach der Scheidung oder Trennung der Ehe die Pflege und Erziehung der Kinder zu besorgen habe, befaßt sich § 142.[13]) Das Gesetz hatte ursprünglich kleine Kinder (Knaben bis zu vier, Mädchen bis zu sieben Jahren) der Mutter zugewiesen; für die älteren Kinder gab es keine Regel. Die Ausleger teilten sie vermöge eines naheliegenden Umkehrbeschlusses samt und sonders dem Vater zu. Das war eine vielbeklagte Härte, der abgeholfen werden mußte. Die Novelle von 1904 brachte die erwünschte Verbesserung.[14]) Zunächst kann eine Vereinbarung der Eltern die Zuteilung der Kinder regeln. Da hiedurch die Interessen der Kinder sehr empfindlich berührt werden, muß eine solche Vereinbarung dem Pflegschaftsgerichte zur Prüfung und Genehmigung vorgelegt werden.[15]) Kommt eine Vereinbarung nicht zu stande oder wird die Genehmigung versagt, so entscheidet das Pflegschaftsgericht über die Zuteilung nach freiem Ermessen.[16]) Maßgebend ist

a) in erster Linie das Wohl der Kinder. Dabei ist nicht bloß das materielle Interesse an möglichst guter Verpflegung und Versorgung in Betracht zu ziehen. Vielmehr wird auch, besonders bei älteren Kindern, auf ihre persönliche Neigung und Anhänglichkeit schonende Rücksicht zu nehmen sein.

b) Sind beide Eltern in der Lage, die Erziehung — wenn auch nicht gerade in gleich guter Weise[17]) — zu besorgen und fordert auch die Rücksicht auf das Gemütsleben der Kinder keine andere Zuteilung, dann ist es billig, die Kinder tunlichst gleich zu verteilen, jedenfalls aber einen Vorzug nur dem schuldlosen Teile zuzuerkennen. Das Gesetz selbst verlangt die Rücksichtnahme auf die Ursachen der Scheidung oder Trennung.[18]) Zwar „läßt sich nicht vorweg behaupten, daß der Eltern-

väterlicher Gewalt stehen, nicht berufen; damit entfällt aber auch jede die Verfügung des Vaters in diesen Angelegenheiten überwachende und kontrollierende pflegschaftsbehördliche Tätigkeit. Zwischen der Gewalt des Vaters und jener des Vormundes besteht ein . . . wesentlicher Unterschied, und es ist jene Fürsorge, welche . . . dem Gerichte gegenüber dem Vormunde auferlegt ist, dem Vater gegenüber mit Rücksicht auf die zwischen diesem und seinen Kindern bestehenden natürlichen Bande nicht geboten." Vgl. Stubenrauch 8. Aufl. I S. 292 bei Note 1, v. Anders, FamR. S. 262.

13) Dieser Paragraph gilt analog auch für den Fall der Nichtigerklärung, aber nur wenn die Kinder gemäß § 160 als ehelich anzusehen sind, oben § 452 II. Er gilt nicht bei bloß tatsächlicher Trennung, Entsch. Slg. XI Nr. 4444, Eisenbach in der JWSchr. 1889, 198.

14) L. Deutsch GH. 1907 Nr. 17, Fernbach NotZ. 1910 Nr. 30, Flieder Právník 1913 Nr. 13, Olga Walter-Segel, Und er soll dein Herr sein 1914. — O. A. Wolff, Das Recht der geschiedenen Mutter nach dem DBGB. 1913.

15) Gerichtliche Genehmigung verlangt auch das Schweiz. ZGB. (Art. 158 Z. 2). Eine bestimmte Form (etwa Notariatsakt) ist nicht vorgeschrieben: Entsch. Slg. XI Nr. 4444.

16) Ebenso Art. 156 Schweiz. ZGB., nur das dort nicht das Pflegschafts-, sondern das Ehegericht zur Entscheidung berufen ist.

17) Vgl. z. B. Entsch. Slg. XIII Nr. 5262.

18) Sie entscheiden in erster Linie nach Art. 302 Code civil, § 1635 DBGB.; Beachtung finden sie auch in den Entwürfen für Dänemark und Schweden: M. Pappenheim in der Festschr. f. Klein S. 457.

teil, der seiner Pflicht gegen den Gatten nicht Genüge getan hat, deshalb auch kein verläßlicher Vater oder keine gute Mutter sein werde".[19]) Aber das ist nicht der allein maßgebende Gesichtspunkt. Für die Berücksichtigung der Schuldfrage spricht ein wichtiger rechtspolitischer Grund: dem Ehegatten, der sich durch das rücksichtslose Verhalten des andern Teiles zur Scheidung gedrängt sieht, soll dieser letzte Ausweg nicht durch die drohende Gefahr versperrt werden, die Kinder einzubüßen. Die Zuteilung der Kinder ist eben nicht bloß eine Angelegenheit der Kinder, sie greift tief auch in das Schicksal der Eltern ein.[20])

„Der andere Ehegatte behält dessenungeachtet die Befugnis, mit dem Kinde persönlich zu verkehren" (§ 142).[21]) Dieser Verkehr unterliegt zunächst keiner Beschränkung.[22]) Aber er kann vom Gerichte näher geregelt, d. h. beschränkt, ausnahmsweise wohl auch ganz ausgeschlossen werden.[23]) Eine Vereinbarung über den Verkehr bedarf ebenso wie die Vereinbarung über die Zuteilung der Kinder der gerichtlichen Genehmigung.

„Die Kosten der Erziehung sind vom Vater zu tragen." Das entspricht der allgemeinen Regel, wird aber (schon in der alten Fassung) ausdrücklich gesagt, weil ausländische Gesetze anders entscheiden.[24]) Abweichende Vereinbarungen sind nicht ungültig, können aber die eigenen Rechte des Kindes nicht beeinträchtigen.[24a])

Das Pflegschaftsgericht entscheidet im Verfahren außer Streitsachen. Vorläufige Anordnungen kann es schon während des Scheidungsverfahrens erlassen.[25])

Bei geänderten Verhältnissen[26]) kann das Gericht ohne Rücksicht auf die genehmigte Vereinbarung oder die eigene frühere Anordnung Zuteilung und Verkehr im Interesse der Kinder anders regeln. Immerhin bleibt also die rechtskräftige Anordnung für das Gericht so lange bindend, bis neue Umstände hervorkommen, die eine Abänderung rechtfertigen können.

IV. Den Kindern gebührt der Unterhalt, „bis sie sich selbst ernähren können" (§ 141).

1. In erster Linie ist also der Unterhalt aus dem eigenen Erwerbe und dem eigenen Vermögen des Kindes zu bestreiten. Doch sollen bei

[19]) Bericht der Justizkommission S. 20.

[20]) Vgl. O. Walter-Segel a. a. O.

[21]) So schon II 2 §§ 101 und 102 ALR. und Zeiller, Komm. I S. 323.

[22]) Entsch. Slg. XIV Nr. 5355.

[23]) Entsch. Slg. V Nr. 1785, ebenso § 170 ung. Entw. und die französische Rechtsprechung (Planiol I 1276). Dagegen die deutsche Praxis, vgl. Planck zu § 1636, Reichsgerichtskomm. zu § 1636, Kipp, Familienrecht § 83 Note 36.

[24]) II 2 §§ 104—106 ALR., jetzt § 1585 DBGB., Art. 156 ZGB. L. Fernbach NotZ. 1910 Nr. 30.

[24a]) Analog § 170, unten § 461 III. Entsch. v. 18. Jan. 1916 GH. 1916 Nr. 21.

[25]) Entsch. Slg. VII Nr. 2757.

[26]) Vgl. Art. 157 Schweiz. ZGB.: Heirat, Wegzug, Tod eines der Eltern oder andere Gründe. Entsch. v. 20. Febr. 1917 NotZ. 1917 Nr. 11 (Glaubenswechsel kein ausreichender Grund).

minderjährigen Kindern nur die Einkünfte des Vermögens, nicht dessen Stamm, herangezogen werden (§ 150).[27]) Die Unterhaltspflicht des Ehemannes und die der eigenen Kinder des Kindes geht der Unterhaltspflicht seiner Eltern vor.

2. Unter den Eltern trifft die Unterhaltspflicht zunächst den Vater (§ 141). Ist er mittellos (§ 143) und, wie wir hinzufügen müssen, nicht hinlänglich erwerbsfähig, so geht die Verpflichtung auf die Mutter oder die Großeltern über, die Erziehung bleibt aber auch in diesem Falle dem Vater vorbehalten (§ 143, Satz 1).[28]) Ist der Vater in Konkurs verfallen, so gebührt den Kindern der Unterhalt nicht aus der Masse (§ 1 KO.), sondern aus dem konkursfreien Einkommen und aus dem Vermögen, das der Vater durch eigene Tätigkeit oder unentgeltlich oder gemäß § 5, Abs. 2 KO. aus der Masse als Unterhaltsbeitrag erlangt.[28a]) Mit dem Tode des Vaters erlischt seine Unterhaltspflicht.[29]) Sie geht nicht auf den Nachlaß oder die Erben über[30]), vielmehr kommen nun die Nachverpflichteten, zunächst die Mutter, an die Reihe (Devolution), wenn der Erb- oder Pflichtteil zur Deckung des Unterhaltes nicht ausreicht.[31]) Die Nachverpflichteten müssen aber auch dann für den Unterhalt aufkommen, wenn der Vater zwar noch lebt und leistungsfähig ist, aber tatsächlich z. B. wegen unbekannten Aufenthaltes nicht oder nicht rechtzeitig zur Erfüllung seiner Pflicht verhalten werden kann;[32]) doch bleibt ihnen in diesem Falle das Rückgriffsrecht gegen den Vater vorbehalten.

Nach der Mutter, die, wenn der Vater gestorben oder verhindert ist, auch die Erziehung übernimmt (§ 143, Satz 1), sind die väterlichen und nach ihnen die mütterlichen Großeltern zum Unterhalte und zur Erziehung verpflichtet (§ 143, Satz 2).[33]) Dabei geht auf jeder Seite der Großvater der Großmutter vor.[34]) Waren die Eltern unehelich geboren, so scheidet der väterliche Großvater aus der Reihe der Verpflichteten aus.[35]) Nach den Großeltern kommen die Urgroßeltern an die Reihe.[36]) Ist kein gesetzlich zur Leistung des Unterhaltes Verpflichteter vorhanden, so ist der Bedürftige auf sein Stammvermögen (§ 220), auf freiwillige Unterstützungen (§ 221) oder auf die öffentliche Armenpflege angewiesen.

---

[27]) Ebenso § 1602 DBGB.

[28]) Entsch. Slg. X Nr. 3824. Vgl. Entsch. v. 30. März 1915 NotZ. 1915 Nr. 32.

[28a]) Bartsch, Kommentar S. 70 ff.

[29]) Vgl. § 1615 DBGB.

[30]) A. M. Krasnopolski S. 242.

[31]) Über die den Witwen von Staatsbeamten gewährten Erziehungsbeiträge vgl. Entsch. Slg. X Nr. 3670.

[32]) Entsch. Slg. IX Nr. 3452, vgl. auch XI Nr. 4351. § 1607 DBGB.

[33]) Mittelbare Erfüllung der Verpflichtung durch Unterstützung des Vaters: Entsch. Slg. XIV Nr. 5640.

[34]) A. M. Lößl S. 88 Note 108, anders auch § 1606 DBGB.

[35]) Aber die väterliche Großmutter ist unterhaltspflichtig: Entsch. Slg. XIV Nr. 5669.

[36]) v. Hussarek S. 522 ff., Lößl S. 89, Krasnopolski S. 241 Note 3; a. M. Krainz. Vgl. auch Sternberg NotZ. 1901 Nr. 15.

3. Den Kindern gebührt der *standesgemäße* (anständige) Unterhalt (§ 139).[37]) „Die Pflicht des Vaters", heißt es in den Gründen einer gerichtlichen Entscheidung[38]), „ist durch das Vermögen und die soziale Stellung des Verpflichteten einerseits, die Bedürfnisse des zu Alimentierenden andrerseits umgrenzt; das Maß des Bedürfnisses des Kindes wiederum richtet sich nach dem Stande oder Berufe, zu welchem es erzogen wird, und seiner äußeren Lebensführung, soweit sie nach dem Willen des Vaters geregelt ist".[39]) Art und Maß des „anständigen" Unterhaltes hängt also bei noch der Erziehung bedürftigen Kindern zum großen Teile von der Berufswahl ab (§ 148: „Standeswahl"). Hat ein Sohn sich gegen den Willen des Vaters dem Hochschulstudium zugewendet, so wird der Vater dafür zum mindesten dann nicht aufkommen müssen, wenn ihm die Bestreitung der Kosten empfindliche Opfer auferlegen würde.[40]) War der Vater mit dem Studium einverstanden, so darf es der Sohn doch nicht ungebührlich in die Länge ziehen.[41]) Die eigene Bedürftigkeit berechtigt den Vater nicht, den Kindern den Unterhalt ganz zu entziehen. Vielmehr muß er, was er hat, mit ihnen teilen.[42]) Das schließt aber die Heranziehung der Nachverpflichteten oder des Stammvermögens nicht aus.[43])

Nur der *notdürftige* Unterhalt gebührt dem ehelichen Kinde, wenn es auf weitergehende Ansprüche verzichtet[44]) oder sie durch eine Handlung verwirkt hat, derentwegen es vom Pflichtteile gesetzlich ausgeschlossen ist.[45])

4. Der Unterhalt[46]) wird in der Regel *in Natur* geleistet, in Geld, soweit eben Geldleistungen nötig sind, z. B. wenn sich der Sohn mit dem Willen des Vaters in der Universitätsstadt aufhält. Sind die Kinder nach der Scheidung bei der Mutter untergebracht worden, so ist der Vater zu den erforderlichen Geldleistungen zu Handen der Mutter verpflichtet. Hat ein Kind bereits einen eigenen Haushalt, wie z. B. die verheiratete Tochter, so gebührt der Unterhalt regelmäßig in Geld; anders nur, wenn dem Vater mit Rücksicht auf seine Vermögensverhältnisse nicht zugemutet werden kann, den Unterhalt in dieser Weise zu leisten.[47])

5. Der Unterhaltsanspruch *erlischt*, wenn das Kind fähig ist, sich standesgemäß — also entsprechend der getroffenen Berufswahl — zu

[37]) Vgl. § 1610 DBGB.

[38]) Zweite Instanz in Slg. VII Nr. 2710.

[39]) Es handelte sich um einen jungen Mann, der in vornehmen Kreisen verkehrte und deshalb großen Kleideraufwand trieb.

[40]) Vgl. Entsch. Slg. IX Nr. 3506.

[41]) Entsch. Slg. XI Nr. 4325.

[42]) Entsch. Slg. XIII Nr. 4941.

[43]) Vgl. § 1603 DBGB.

[44]) Entsch. Slg. III Nr. 827, vgl. auch XVI Nr. 6420, Lößl S. 65; a. M. v. Hussarek in Grünhuts Zeitschr. 20, 123 f.

[45]) JosGB. I 4 § 7. So auch DBGB. § 1611. Über den Kreis der Enterbungsgründe geht hinaus v. Hussarek S. 556 ff.

[46]) Dazu gehören auch die Kosten des Entmündigungsverfahrens: § 63 EntmO., vgl. Entsch. Slg. XII Nr. 4658 — und die Beerdigungskosten: Entsch. Slg. XI Nr. 4461.

[47]) Entsch. Slg. XIII Nr. 4945. Vgl. § 1612 DBGB.

erhalten.[48]) Die bereits erloschene Unterhaltspflicht lebt jedoch wieder auf, wenn das Kind — sei es auch in vorgerückten Jahren — wieder unfähig wird, sich selbst zu erhalten.[49]) Sie lebt zum Teile oder vorübergehend wieder auf, wenn sich das Bedürfnis eben nur zum Teile oder nur vorübergehend, z. B. während einer Krankheit, ergibt.[50])

Durch Verjährung erlischt der Unterhaltsanspruch nicht (§ 1481);[51]) der Anspruch auf den notdürftigen Unterhalt erlischt auch nicht durch Verzicht oder Verwirkung (vgl. § 795).

6. Der uneheliche Vater des Wahlkindes ist vor den Wahleltern unterhaltspflichtig[52]), diese gehen — wenn der Vertrag nichts anderes bestimmt — im übrigen den Eltern und Großeltern des Wahlkindes vor.[53]) Die Eltern der Wahleltern kommen für die Unterhaltspflicht selbstverständlich nicht in Betracht.

§ 456.

2. Ausstattung.

I. Von den Unterhaltskosten unterscheidet § 220 den „Aufwand, wodurch der Minderjährige in einen fortdauernden Nahrungsstand versetzt wird". Das ist die Ausstattung im weiteren Sinne.[1]) Sie obliegt den Eltern oder Großeltern, weil sie das Kind „zu ernähren und zu versorgen verpflichtet sind" (§ 1220). Nicht nur, sondern „auch ein uneheliches Kind hat das Recht, von seinen Eltern eine ihrem Vermögen angemessene Verpflegung, Erziehung und Versorgung zu fordern" (§ 166).[2]) Zur Versorgung bedarf das Kind allerdings nicht immer einer besonderen Ausstattung, oft reicht schon die Ausbildung für einen auskömmlichen Beruf dazu hin.

II. Töchter werden gewöhnlich durch die Heirat versorgt. Ausgehend

[48]) Der Anspruch dauert also nicht etwa bis zum vollendeten 24. Lebensjahre, wie nach § 672. v. Hussarek Grünhuts Zeitschr. 20, 666, vgl. 518 ff. Entsch. v. 12. Jan. 1915 GH. 1915 Nr. 16: Die Unterhaltspflicht des ehelichen Vaters (eines Arztes) erlischt, sobald die achtzehnjährige Tochter als Stenotypistin monatlich 80 K verdient.

[49]) Entsch. Slg. Nr. 14.619, VI Nr. 2270, XII Nr. 4658; a. M. v. Larcher JBl. 1882 Nr. 29 (dazu Ungenannter ebda. Nr. 41).

[50]) Entsch. Slg. XI Nr. 4091, XIII Nr. 4538.

[51]) Oben § 141 Note 17.

[52]) Dagegen eine in der Manzschen Ausgabe zu § 183 angeführte Entsch. v. 27. Juni 1912 und für das deutsche Recht Motive IV S. 879, Dernburg, BürgR. IV § 95 u. a. Aber die Entlastung des außerehelichen Erzeugers ist regelmäßig nicht Zweck der Kindesannahme, hingegen kann die Unterhaltspflicht des Erzeugers unter Umständen die Kindesannahme ermöglichen. Wie hier Entsch. des LG. Berlin in KGBl. 1910 S. 93 und Reichsgerichtskomm. zu § 1766.

[53]) v. Hussarek S. 525.

[1]) § 1624 DBGB.

[2]) Stubenrauch 8. Aufl. I S. 221, Krasnopolski IV S. 246, v. Anders, Grundriß S. 78. Dagegen behaupten Pann GH. 1868 Nr. 71 und Lößl S. 90 f., daß ein Versorgungsanspruch nur unehelichen Kindern zustehe. Ebenso Entsch. Slg. IV Nr. 1661.

von der römischen Vorstellung, daß sie hiezu eines angemessenen Heiratsgutes bedürfen, verpflichtet das Gesetz die Eltern, der Braut ein dazu ausreichendes Vermögen[3]) zu überlassen (§ 1220), das als Heiratsgut bezeichnet wird, obwohl es nicht dem Ehemanne, sondern der Frau gebührt und zum Heiratsgute im eigentlichen Sinne des Wortes nur durch die Bestellung, also durch den entsprechenden Ehepakt, wird. Davon war bereits oben § 435 die Rede. Es ist besser, die Zuwendung, zu der die Eltern verpflichtet sind, Ausstattung oder genauer Heiratsausstattung zu nennen, um jene Zweideutigkeit zu vermeiden. Das Gesetz bedient sich dieses Ausdruckes beim Sohne (§ 1231). Hier unterscheidet es genau: Die Eltern des Bräutigams sind nicht verbunden, eine „Widerlage" zu bestimmen, aber sie müssen ihm eine ihrem Vermögen angemessene „Ausstattung" geben. Doch versteht man darunter nicht etwa eine Zuwendung, die es dem Sohne ermöglichen würde, das Heiratsgut in der üblichen Weise zu widerlegen, sondern eine viel bescheidenere Leistung, die nur zur ersten Einrichtung des Haushaltes dienen soll[4]), also eine Aussteuer. Eine solche kann die Tochter nicht neben dem Heiratsgute verlangen;[5]) es steht ihr ja frei, einen Teil des sogenannten Heiratsgutes in dieser Weise zu verwenden.

1. Der Anspruch des Kindes auf die Heiratsausstattung ist durch die Eheschließung bedingt, er hängt aber nicht von dem Güterstande ab, für den sich die Gatten entscheiden. Die Frau kann von ihren Eltern das sogenannte Heiratsgut beanspruchen, auch wenn der Mann von ihr keine Mitgift verlangt. Auf den (ihm gar nicht zustehenden) Anspruch gegen die Eltern der Frau kann der Mann nicht verzichten.[6]) Die Eltern können ihre Ausstattungspflicht im voraus erfüllen, bevor noch eine bestimmte Ehe in Aussicht steht. Nach der Eheschließung kann die Tochter

[3]) Nach Umständen eine Rente: Entsch. Slg. IX Nr. 3344.

[4]) Entsch. Slg. III Nr. 911, VIII Nr. 2999, XI Nr. 4261, Gründe des Judikates Nr. 240 v. 9. Nov. 1915. Zeiller zu § 788, Ogonowski, Ehegüterrecht S. 329.

[5]) Entsch. Slg. XV Nr. 5918. Deutsches Recht: v. Zimmermann, Der gesetzliche Aussteueranspruch 1906.

[6]) Entsch. Slg. VII Nr. 2686, XV Nr. 5918. So ausdrücklich Westgal. GB. III § 319: „Großjährige Töchter können auf ihre Aussteuer Verzicht tun; tut nur der Bräutigam Verzicht auf die Aussteuer, so erlischt zwar sein Recht darauf, aber nicht das Recht seiner Ehegattin." Dieser Paragraph, der freilich das Wort „Aussteuer" in doppeltem Sinne gebraucht, wurde gestrichen, weil die Mehrheit der Redaktoren den entgegengesetzten Rechtssatz für richtig hielt, irregeleitet durch die Verwechslung von Dotierung (Ausstattung) und Dosbestellung (Heiratsgut) und vielleicht auch durch die Vorstellung, daß das Dotalsystem das allgemein übliche und normale und bei Regelung der Ausstattungspflicht ausschließlich zu berücksichtigen sei. Allein wenn dem Manne das Recht eingeräumt werden sollte, durch seinen Verzicht (auf das Heiratsgut) den Anspruch der Frau (auf die Heiratsausstattung) zu vernichten, so hätte dies im Gesetze wohl deutlicher als durch die Streichung eines Paragraphen zum Ausdruck gebracht werden müssen, dessen Inhalt uns nicht anders als selbstverständlich erscheinen kann. Richtig Winiwarter zu § 1225, Krasnopolski S. 159, v. Anders, Grundriß S. 45, unrichtig Zeiller S. 590; eine nicht zu billigende Mittelmeinung vertritt Ogonowski S. 269.

die Heiratsausstattung jederzeit verlangen[7]), vorausgesetzt, daß sie nicht ausdrücklich oder stillschweigend darauf verzichtet hat und daß die Ehe noch besteht.[7a]) Unter diesen Voraussetzungen kann die Tochter auch die Ergänzung der (schon nach den Verhältnissen zur Zeit der Eheschließung) zu geringen Heiratsausstattung verlangen.[8])

2. Der Umfang der Ausstattungspflicht ist im § 1220 nicht klar bezeichnet mit den Worten: „ein ihrem Stande und Vermögen angemessenes Heiratsgut". Sie sind aus dem Westgalizischen Gesetzbuche, III, § 316 übernommen worden, obwohl einer der Redaktoren bemerkte, daß man nicht wisse, ob sich das Wort „ihre" auf die Braut oder auf die Eltern beziehe. Man entschied sich für die zweite, gewiß richtige Auslegung (vgl. § 1231). Damals waren nach dem Berichte Zeillers 1000 fl. und bei den höheren Klassen 2000 fl. das gewöhnliche Heiratsgut.[9]) Danach muß die Bestimmung des Heiratsgutes eine recht einfache Sache gewesen sein. Heute ist es wohl allgemeine Sitte, daß die Braut eine Aussteuer erhält, aber von einem üblichen Heiratsgute kann keine Rede sein. Vielmehr bestimmt der Vater die Mitgift innerhalb eines weiten Rahmens. Nur was darüber offenbar hinausgeht, gilt als Schenkung (oben § 438, I, 2, b, α) und nur wenn das Mindestmaß offenbar nicht erreicht wird, kann das Gericht angerufen werden (unten § 463). Dabei ergeben sich manche Zweifel.[10])

a) Nach dem Gesetze entscheiden Stand und Vermögen der Eltern, nicht — oder doch nur in zweiter Linie — Stand und Vermögen des Mannes.[11]) Das sogenannte Heiratsgut des § 1220 gebührt eben nicht dem Manne, sondern der Frau. Auch wäre es gewiß unbillig, den Eltern, die ja doch die Verehelichung der Tochter mit einem gesellschaftlich höher stehenden Bräutigame nicht mißbilligen können (§ 1222), deswegen eine größere Last aufzuerlegen, als sie im Falle der Eheschließung innerhalb ihrer Kreise treffen würde. Im entgegengesetzten Falle kann freilich das der bescheideneren Lebenshaltung entsprechende geringere Bedürfnis zu Gunsten der Eltern in die Wagschale fallen.[12])

b) Sind Stand und Vermögen aller Ausstattungspflichtigen gleich, dann richtet sich die Heiratsausstattung nach den Verhältnissen des Vaters als des Erstverpflichteten und nur dieser hat sie zu leisten. Sonst aber entscheiden die Verhältnisse des am besten Gestellten, also z. B. der Mutter oder eines Großvaters; der Vater leistet einen seinem

[7]) Entsch. Slg. Nr. 12.976, 13.024, 14.716, VIII Nr. 2966, X Nr. 3849, XVI Nr. 6402. Verfahren außer Streitsachen: unten § 463 Note 17.

[7a]) Entsch. Slg. XI Nr. 4406.

[8]) Entsch. Slg. X Nr. 3849 (Gründe), XII Nr. 4738, anders XIV Nr. 5350.

[9]) Ofner, Prot. II S. 136.

[10]) Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 461 Note 37 verwerten den § 670 zur Lösung der „Widersprüche, in welche uns die irrationale Formel des § 1220 hineinführt".

[11]) v. Anders, Grundriß S. 45, Krasnopolski S. 158 Note 6; a. M. Ogonowski S. 264 ff. und die Gründe der Entsch. Slg. XIV Nr. 5350.

[12]) Die Tochter eines adeligen Rittergutsbesitzers heiratet den Großknecht des Gutes: Endemann, Lehrbuch II § 196 Note 49.

Vermögen entsprechenden Teil der danach bestimmten Ausstattung, die Bessergestellten den Rest.[13]) So wollten es die Redaktoren um des „guten und nützlichen Zweckes" willen.[14])

c) Nicht nur auf das Aktivvermögen ist zu sehen, sondern auch auf die Schulden[15]) und die sonstigen Bedürfnisse des Verpflichteten und seiner Angehörigen.[16]) Das Maß des Pflichtteiles, wie es sich zur Zeit der Eheschließung darstellen würde, sollte bei der gerichtlichen Bemessung der Heiratsausstattung in der Regel nicht überschritten werden (§ 788).[17])

3. Die Ausstattungspflicht entfällt, wenn das Kind zur Zeit der Eheschließung ausreichendes eigenes Vermögen besitzt (§§ 1220, 1231), ferner:

a) wenn der Verpflichtete zur Zeit der Eheschließung[18]) oder zur Zeit der Geltendmachung des Anspruches[19]) nicht das erforderliche Vermögen oder Einkommen[20]) besitzt. Hierüber entscheidet nach § 1221 das Gericht auf Ansuchen der Brautpersonen, also im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit (unten § 463), ohne strenge Erforschung des Vermögensstandes. „Die Pietät soll nicht verletzt werden", Erhebungen durch die Gendarmerie sind daher ganz unzulässig."[21])

b) Wenn ein Kind ohne Wissen oder gegen den Willen desjenigen Eltern- oder Großelternteiles geheiratet hat, von dem es die Heiratsausstattung verlangt[22]), so kann dieser sie verweigern, wenn er Grund hat, die Ehe zu mißbilligen (§ 1222).[23]) Der Billigung des Verpflichteten bedarf das Kind auch dann, wenn dessen Einwilligung zur Gültigkeit der Ehe nicht nötig ist.[24]) Das minderjährige Kind muß

[13]) Vgl. VGHE. v. 2. Juli 1909 BudwF. Nr. 7002 und v. 1. Dez. 1914 BudwF. Nr. 10.451. Das zweite Erkenntnis rechnet mit Unrecht das Vermögen beider Eltern zusammen. Der Vater ist aber nicht deshalb mehr schuldig, weil die Mutter reich ist, und die Mutter haftet nur aushilfsweise.

[14]) Ofner, Prot. II S. 135 (der römische favor dotis).

[15]) Entsch. Slg. XIII Nr. 5256.

[16]) Die Versorgung der anderen Kinder: III § 53 JosGB. — Billige Rücksicht auf die Verhältnisse des Verpflichteten kann die Abzahlung in Raten rechtfertigen: Entsch. Slg. XVI Nr. 6633.

[17]) Entsch. Slg. XIII Nr. 4930, XVI Nr. 6402, anders XVI Nr. 6633.

[18]) Entsch. Slg. XII Nr. 4738.

[19]) Entsch. Slg. XIV Nr. 5350.

[20]) Oben Note 3 (Rente).

[21]) Entsch. Slg. XV Nr. 5918.

[22]) Entsch. Slg. IX Nr. 3344. Cod. Ther. I, 3, 175: „ohne Einwilligung desjenigen Elternteiles, welcher sonst zur Bestellung des Heiratsgutes oder der Widerlage verbunden wäre".

[23]) Wenn ein Kind ohne Wissen der Eltern heiratet, so wird dies regelmäßig deshalb geschehen, weil es den — vielleicht unberechtigten — Widerstand der Eltern besorgt und allen Versuchen ausweichen will, die Eheschließung zu vereiteln. Deshalb stellt das Gesetz diesen Fall dem Falle der Eheschließung gegen den Willen der Eltern gleich. Dort wie hier kommt es darauf an, ob die Eltern Ursache haben, ihre Zustimmung zu versagen. A. M. Stubenrauch 8. Aufl. II S. 521.

[24]) Denn auch volljährige Kinder verletzen die ihren Eltern schuldige Ehrfurcht, wenn sie ohne ihr Wissen oder gegen ihren Willen einen Ehevertrag eingehen (Westgal. GB. I § 123).

also außer der Einwilligung des Vaters auch die Zustimmung der Mutter oder der Großeltern erlangen, wenn es von ihnen eine Heiratsausstattung beansprucht. Die gerichtliche Ehebewilligung nach § 52 ersetzt die Einwilligung des Vaters, reicht also aus, um ihm gegenüber den Ausstattungsanspruch zu begründen.[25]) Das großjährige Kind kann zwar auch ohne gerichtliche Entscheidung gegen den Willen des Vaters heiraten, aber wenn es von ihm oder einem andern Vorfahren[26]) eine Heiratsausstattung verlangt, muß es sich der Zustimmung des Verpflichteten versichern oder den richterlichen Ausspruch erwirken, daß die Mißbilligung unbegründet sei. Es genügt nicht, daß der Mißbilligende die Ehe schließlich, „als eine geschehene Sache, stillschweigend oder ausdrücklich genehmigt" (Zeiller).

c) Die Ausstattungspflicht erlischt, einmal erfüllt, endgültig. Bei einer zweiten Verehelichung kann das Kind, das schon in der ersten Ehe eine hinlängliche Ausstattung erhalten hat, nichts verlangen (§ 1223).[27])

d) Der Anspruch erlischt durch den Verzicht des Kindes sowie wenn das Kind sich eines Enterbungsgrundes schuldig macht.[28]) Er erlischt nicht durch Verjährung (§ 1481).[29])

4. Der Anspruch auf die Heiratsausstattung ist unvererblich und unabtretbar.[30]) Aber die bereits geleistete Ausstattung ist frei vererblich und veräußerlich und die noch nicht ausbezahlte kann nach Umständen[31]) kraft eines Neuerungsvertrages als bereits geleistet angesehen werden, wenn sie das Kind den Eltern kreditiert hat.

5. Für die Versorgung oder Ausstattung der Wahlkinder gilt das am Schlusse des vorigen Paragraphen über die Unterhaltspflicht Bemerkte. Die Wahleltern kommen im Zweifel vor den leiblichen Eltern an die Reihe.[32])

B. Elternrechte. Elterliche Gewalt.[1])

§ 457.

I. Das römische Recht kannte nur eine väterliche Gewalt, das deutsche spricht von einer elterlichen Gewalt, aber diese Gewalt steht

[25]) Entsch. Slg. XV Nr. 5861.
[26]) Entsch. Slg. IX Nr. 3344.
[27]) Vgl. § 1622 DBGB.
[28]) Entsch. Slg. IX Nr. 3344 („vielleicht"), § 1621 DBGB., vgl. oben § 455 Note 45. — Ob der Erbverzicht den Anspruch ausschließe, ist eine Frage der Auslegung.
[29]) Anders der Aussteueranspruch des deutschen Rechtes: § 1623 DBGB.
[30]) Swoboda, Erörterung praktischer Rechtsfälle S. 93, Krasnopolski IV S. 159. Ebenso § 1623 DBGB.
[31]) Der Betrag wird bestimmt, ein Schuldschein ausgestellt, Verzinsung bedungen. — Entsch. Slg. Nr. 8756 sieht von alledem ab. Schon das Versprechen ein „bedeutendes" Heiratsgut zu geben, soll eine vererbliche Forderung begründen.
[32]) Ogonowski S. 263, Krasnopolski IV S. 158, v. Anders, Grundriß S. 96. Ein Gesamtschuldverhältnis nehmen Ellinger und Kirchstetter an.
[1]) Vgl. oben § 422 III. Pfaff, Gutachten über die elterliche Gewalt,

der Mutter nur zu, wenn der Vater gestorben oder verhindert ist (§§ 1684, 1685 DBGB.). Das französische Recht entscheidet ebenso, obwohl es sich des Ausdruckes „väterliche Gewalt" bedient; es schreibt diese Gewalt beiden Eltern zu, gestattet aber ihre Ausübung während der Ehe nur dem Vater (Artt. 371, 372 Code civil). Nach schweizerischem Rechte üben die Eltern ihre elterliche Gewalt gemeinsam aus; sind sie nicht einig, so gilt der Wille des Vaters (Art. 274 ZGB.). Nach österreichischem Rechte endlich stehen minderjährige eheliche Kinder unter der „elterlichen Gewalt" beider Eltern (§ 1495) und außerdem unter der nur dem Vater zukommenden „väterlichen Gewalt" (§ 147). Diese Gewalt geht auch nach seinem Tode nicht auf die Mutter über.[2]) Die Großeltern übernehmen die elterliche Gewalt, wenn die Erziehungspflicht — nicht bloß die Unterhaltspflicht — auf sie übergeht, in der Regel also erst, wenn beide Eltern gestorben sind.[3])

1. Kraft der elterlichen Gewalt haben die Eltern „das Recht, einverständlich die Handlungen ihrer Kinder zu leiten; die Kinder sind ihnen Ehrfurcht und Gehorsam schuldig" (§ 144).[4]) Stimmen die Eltern nicht überein, so geht der Wille des Vaters vor (§§ 91, 92). Die Pflicht zur Ehrfurcht — nicht auch die Pflicht zum Gehorsam — trifft auch das großjährige Kind.[5]) Sie hängt nicht vom Bestehen der elterlichen Gewalt ab, kann aber durch ehrloses Verhalten gemindert werden.[6])

2. „Die Eltern sind berechtigt, vermißte Kinder aufzusuchen, entwichene zurückzufordern und flüchtige mit obrigkeitlichem Beistande zurückzubringen" (§ 145). Dem Kinde gegenüber haben sie Anspruch auf den Beistand der politischen Behörde.[7]) Wird ihnen ein Kind von einem Dritten vorenthalten oder verweigert ein Gatte dem andern rechtswidrig dessen Herausgabe, so schreitet das Gericht (im Verfahren außer Streitsachen) ein.[8])

3. Die Eltern „sind auch befugt, unsittliche, ungehorsame oder die häusliche Ordnung und Ruhe störende Kinder auf eine nicht übertriebene und ihrer Gesundheit unschädliche Art zu züchtigen" (§ 145).[9])

---

19. DJT. II 153, Bartsch, Die Rechtsstellung der Frau als Gattin und Mutter 1900, Clara Eck, Die elterliche Gewalt im BGB. ArchBürgR. 41, 1.

[2]) Anders jetzt nicht nur nach deutschem, sondern auch nach schweizerischem Rechte. Ein schweizerischer Praktiker bezeichnet diese Neuerung mit Berufung auf „die Erfahrung in einer Reihe von Fällen" als gefährlich für die Verwaltung des Kindesvermögens (Silbernagel in Gmürs Komm. II 98).

[3]) Die Einwendungen von Rappaport Grünhuts Zeitschr. 35, 365 Note 73 beruhen auf einem Mißverstehen des Textes der vorigen Auflage. Vgl. auch oben § 155 Note 14.

[4]) Vgl. Art. 275 Schweiz. ZGB.

[5]) Art. 371 Code civil.

[6]) Vgl. Gmür, Komm. zu Art. 275 ZGB.

[7]) Pisko GH. 1867 Nr. 85.

[8]) Vgl. J. Schwartz in der GH. 1890 Nr. 45, Karplus in den JBl. 1902 Nr. 10—13. § 1632 DBGB. Art. 273 ZGB.

[9]) Über den Mißbrauch des Züchtigungsrechtes vgl. JMV. v. 25. Mai 1917 VBl. Nr. 27, Finger JBl. 1888 Nr. 6—9, Touaillon Gellers ZBl. 1904 f., Siegel JBl. 1917 Nr. 23, H. Reicher, Fürsorge für die verwahrloste Jugend (1906) II S. 113 ff. Russische Zustände schildert Gebhard,

II. Die elterliche Gewalt dient zwar in erster Linie dem Interesse des Kindes, doch können die Eltern verlangen, daß das in ihrer Verpflegung stehende Kind ihnen unentgeltlich angemessene Dienste leiste.[10]) Das ergibt sich aus den natürlichen Rechtsgrundsätzen — den „natürlichen Verhältnissen des Lebens", wie die Motive zum deutschen bürgerlichen Gesetzbuche[11]) sagen. Dafür spricht auch das den §§ 151, 152 zu Grunde liegende Recht der Eltern, das Arbeitseinkommen des Kindes zur Bestreitung der Verpflegskosten zu verwenden.[12]) Bleibt das Kind in der elterlichen Verpflegung, obwohl es sich selbst fortbringen und mehr verdienen könnte, als der Wert der Verpflegung ausmacht, so besteht auch die Pflicht zur Dienstleistung aufrecht und ein Lohn kann hiefür nur auf Grund eines Vertrages gefordert werden.[13]) Es ist selbstverständlich, daß die Eltern mit Rücksicht auf ihre Erziehungspflicht (§ 139) nicht Dienste fordern können, die die körperliche oder geistige Entwicklung des Kindes beeinträchtigen.[14]) Werden den Eltern die Dienste eines Kindes widerrechtlich entzogen, z. B. durch Entführung[15]), Körperverletzung[16]), Tötung[17]), so gebührt ihnen Ersatz.

III. Wenn die Eltern in Dürftigkeit verfallen, d. h. wenn sie sich den anständigen Unterhalt nicht selbst verschaffen können, sind die Kinder verpflichtet, sie anständig zu erhalten (§ 154).[18]) Darin liegt nicht etwa ein Entgelt für den Erziehungsaufwand; die Eltern haben diesen Anspruch vielmehr auch dann, wenn sie keinen solchen Aufwand bestritten haben. Auch der Grund der Dürftigkeit ist gleichgültig. Der Unterhalt gebührt ihnen, auch wenn sie ihre Notlage selbst verschuldet haben.[19]) Wie die Eltern, sind auch die Großeltern (§ 42) unterhaltsberechtigt.[20]) Das Wahlkind ist sowohl den leiblichen Eltern als auch den Wahleltern verpflichtet, bei gleicher Dürftigkeit[21]) gehen die leiblichen Eltern den Wahleltern vor. Die Kindesannahme schmälert ja auch auf erb-

Russisches Familien- und Erbrecht (1910) S. 37 ff.

[10]) „In ihrem Hauswesen und Geschäfte": § 1617 DBGB.

[11]) IV S. 715: „namentlich in den Kreisen kleinerer Gewerbebetriebe und Ackerwirtschaften".

[12]) Rappaport a. a. O. S. 357.

[13]) § 1152 setzt kraft eines Vertrages geleistete Dienste voraus. Entsch. Slg. VIII Nr. 3276, IX Nr. 3464, X Nr. 3837. Coulin, Entgeltliche Dienstleistungen volljähriger Hauskinder ArchBürgR. 42 S. 16. Vgl. auch Art. 334 Schweiz. ZGB.

[14]) Vgl. Lößl, Recht auf Unterhalt S. 27, v. Anders, Grundriß S. 75.

[15]) Dagegen die unbillige Entsch. Slg. XIV Nr. 5572, die den rechtlichen Anspruch auf die Dienste des Kindes bestreitet und allen Ernstes behauptet, „daß sich der Entgang der Arbeitskraft der Tochter in der häuslichen Wirtschaft in keiner Weise bewerten läßt".

[16]) Vgl. oben § 392 Note 16.

[17]) Vgl. oben § 392 Note 60.

[18]) Vgl. v. Hussarek Grünhuts Zeitschr. 20, 543 ff. Nach englischem Rechte ist das Kind nicht verpflichtet, seine Eltern zu erhalten, auch dann nicht, „wenn sich das Kind im Golde wälzt und seine Eltern bittere Not leiden". A. K. Kuhn, Englisch-amerikanisches Privat- und Prozeßrecht S. 125.

[19]) Entsch. Slg. XII Nr. 4868.

[20]) Vgl. Sternberg in der NotZ. 1901 Nr. 15.

[21]) Vgl. v. Hussarek S. 537.

rechtlichem Gebiete die Ansprüche der leiblichen Eltern nicht, während die Wahleltern hier sogar ganz leer ausgehen (§ 756).

Der Unterhalt wird regelmäßig in Gestalt einer Geldrente geleistet. Die Eltern können nicht auf Naturalverpflegung bestehen und die Kinder können ohne zwingenden Grund den Eltern diese Art der Verpflegung nicht aufdrängen.[22]) Selbst wenn die Eltern die Erziehung der Kinder ganz verwahrlost haben (§ 769) oder ein anderer Enterbungsgrund vorliegt, gebührt ihnen — statt des standesmäßigen — wenigstens der notdürftige Unterhalt.[23]) Hat der Unterhaltsbedürftige Kinder und Eltern, so sind in erster Linie die Kinder verpflichtet.[24]) Die Verpflichtung trifft mehrere Kinder (Enkel) weder solidarisch[25]), noch zu gleichen Teilen[26]), noch teils nach Köpfen, teils nach Stämmen[27]), sondern nach Verhältnis ihrer Leistungsfähigkeit.[28]) Mit Recht erklärt das Judikat Nr. 236 vom 19. Oktober 1915 (OG. Nr. 1663): „Mehrere Kinder sind zur Alimentation ihrer dürftigen Eltern nicht zur ungeteilten Hand verpflichtet. Mehrere Kinder haben ihre dürftigen Eltern gemeinschaftlich anständig zu erhalten und hiezu hat[29]) jedes Kind nach Verhältnis seines Vermögens beizutragen."

Verzicht der Eltern — etwa gegen eine Abfertigung — schließt den Anspruch auf den notwendigen Unterhalt nicht aus.[30]) Mit dem Tode des Kindes erlischt dessen Verpflichtung; die Enkel haften als Enkel, nicht als Erben des Kindes.[31])

C. Väterliche Gewalt.

§ 458.

1. Inhalt.[1])

I. Von der väterlichen Ehebewilligung (§ 153) und von dem Rechte, die Gültigkeit der eigenmächtig geschlossenen Ehe des minderjährigen Kindes zu bestreiten, war oben §§ 425, 431, von dem Ein-

[22]) Entsch. Slg. VIII Nr. 3196. Vgl. DBGB. § 1612, anders Lößl S. 51.

[23]) Entsch. Slg. VIII Nr. 2971, v. Hussarek S. 557 Note 33, v. Anders, Grundriß S. 78.

[24]) § 1606 DBGB., v. Anders, a. a. O.; a. M. v. Hussarek S. 536.

[25]) So Zeiller, Nippel, Stubenrauch, Lößl.

[26]) So Kirchstetter.

[27]) So Ellinger, Winiwarter. § 1606 DBGB.

[28]) Vgl. v. Hussarek S. 52 ff., v. Anders a. a. O. ALR. II 3 § 20. Rückgriffsrecht: Entsch. Slg. V Nr. 2018 (dagegen mit Unrecht Riedl in der GH. 1903 Nr. 18 und Krasnopolski IV S. 249).

[29]) Der OGH. schreibt: „und hat hiezu".

[30]) Vgl. die wunderlich begründete Entsch. Slg. XVI Nr. 6420: der Vergleich werde nach Verbrauch der Abfertigung wegen „wesentlicher Änderung der Verhältnisse" hinfällig (richtig war die Begründung der zweiten Instanz).

[31]) Entsch. Slg. X Nr. 3880.

[1]) Rappaport, über die beschränkte Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen Grünhuts Zeitschr. 35 S. 327, 401. Vgl. auch väterliche Gewalt und das Wohl der Kinder in den JBl. 1883 Nr. 29. Ungarisches Recht: Putz in der NotZ. 1905 Nr. 35—41.

flusse des Vaters auf die Berufswahl oben § 455 die Rede. Besondere Vorschriften verlangen die väterliche Einwilligung zum freiwilligen Eintritte des Minderjährigen in das stehende Heer[2]), in die Gendarmerie[3]), in die Finanzwache[4]), in einen geistlichen Orden.[5])

II. Kraft seiner väterlichen Gewalt ist der Vater zur Verwaltung des Kindesvermögens und zur Vertretung des Kindes berufen.

1. Nach älterem österreichischen Rechte stand dem Vater, wie noch heute nach deutschem (schweizerischem, französischem) Rechte[5a]) die Nutznießung am Vermögen des Kindes zu. Schon das Josefinische Gesetzbuch beschränkte ihn auf die Verwaltung.[6]) Das Gericht kann dem Vater die Verwaltung wegen Unfähigkeit entziehen. Auch kann der Dritte, der dem Kinde unter Lebenden oder letztwillig ein Vermögen zugewendet hat, den Vater von der Verwaltung ausschließen.[7]) In diesen Fällen betraut das Gericht einen Kurator mit der Verwaltung des Vermögens (§ 149). Immer ist jedoch der Vater berechtigt, aus den Einkünften des Kindesvermögens die Erziehungskosten zu bestreiten (§ 150). Das Stammvermögen darf er zu diesem Zwecke erst angreifen, wenn weder er selbst noch irgend ein anderer Unterhaltspflichtiger die Kosten aufzubringen vermag.[8])

Wie der zuwendende Dritte den Vater von der Verwaltung ausschließen kann, so kann er ihm andrerseits auch den Fruchtgenuß am zugewendeten Vermögen einräumen. Auch dann haften die Einkünfte „für den standesmäßigen Unterhalt des Kindes, und sie können zum Abbruche desselben von den Gläubigern des Vaters nicht in Beschlag genommen werden" (§ 150).[9]) Erwirken die Gläubiger des Vaters die Zwangsverwaltung des Fruchtgenusses, so bezieht der Verwalter zwar die gesamten Einkünfte, er muß aber daraus unmittelbar (nicht erst aus den gerichtlich zu verteilenden Ertragsüberschüssen) den standesgemäßen Unterhalt des Kindes bestreiten (§ 336 EO.). Deshalb wird die Zwangsverwaltung nur bewilligt, wenn die Einkünfte die Unterhaltskosten übersteigen.[10]) Im Konkurse ist der Unterhaltsanspruch des Kindes (kraft

[2]) § 19 WehrG. v. 5. Juli 1912.

[3]) § 19 Ges. v. 25. Dez. 1894 RGBl. Nr. 1 für 1895.

[4]) HfD. v. 16. Juli 1835 JGS. Nr. 60 und v. 8. Nov. 1837 JGS. Nr. 242.

[5]) HfD. v. 26. Jan. 1844 JGS. Nr. 780. Die AE. v. 30. Juni 1860 (Nr. 228 der Beilage zur Zeitschr. für innere Verwaltung von 1860 Nr. 40, betr. die Einführung der Kongregation vom armen Kinde Jesu in Wien) scheint die Bewilligung des Pflegschaftsgerichtes zu fordern.

[5a]) Olga Bindschedler, Die elterlichen Vermögensrechte in rechtsvergleichender Darstellung 1914.

[6]) E. Weiß, Pfandrechtliche Untersuchungen II S. 100 f.

[7]) Die Erbserklärung ist auch hier Sache des Vaters, nicht des Kurators: Entsch. Slg. Nr. 13.091; dagegen Entsch. Slg. Nr. 14.839 und Fried in der NotZ. 1908 Nr. 46.

[8]) Oben § 455 nach Note 36 und bei Note 43.

[9]) v. Hussarek S. 545 f. und Note 10. Ähnlich nach gem. R. in Ansehung des den Eltern gesetzlich zustehenden Nutzungsrechtes. Vgl. Windscheid § 517 Note 1, ferner Code civil Art. 385, DZPO. § 862; Ofner, Prot. I S. 150 f.

[10]) Dies hatte nach Entsch. Slg.

der Analogie aus § 336 EO.) als Masseforderung zu behandeln.[11]) Gewiß gilt § 150, Schlußsatz, auch für den Fall, daß nicht dem Vater, sondern einer andern mit der Erziehung des Kindes nach § 143 betrauten Person der Fruchtgenuß des Kindesvermögens zugewiesen ist, denn es handelt sich um die Eigenart des Anspruches des Kindes, nicht um die der Personen, denen die Einkünfte zufallen.[12])

Abgesehen von dem Falle des § 150 ist der Vater lediglich Verwalter des Kindesvermögens. Als solcher hat er im wesentlichen die rechtliche Stellung eines Kurators (vgl. § 175). Er ist daher verpflichtet, dem Pflegschaftsgerichte Rechnung zu legen. Während aber dem Vormunde (§ 238), Beistande oder Kurator (§ 282) die Rechnungslegung nur dann erlassen wird, wenn das Einkommen die Erziehungskosten voraussichtlich nicht übersteigt, kann das Gericht den Vater auch dann befreien, wenn sich ein geringer Überschuß ergibt. Dieser Überschuß wird ihm zur „freiwilligen", d. h. beliebigen Verwendung überlassen. Darin liegt der letzte Rest des ehemaligen väterlichen Fruchtgenußrechtes. Im übrigen ist der Vater an die für Vormünder und Kuratoren geltenden Vorschriften gebunden, so an §§ 229 (Hinterlegung)[13]), 230 (Mündelsicherheit), 234 (Einhebung der Kapitalien) und an die weittragende des § 233 (gerichtliche Genehmigung). Er darf also in Geschäften, die nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetriebe gehören und die von größerer Wichtigkeit sind, nichts ohne pflegschaftsgerichtliche Genehmigung unternehmen. Das gilt sowohl nach innen (Verwaltung) als auch nach außen (Vertretung). Für die Verwaltung ergibt es sich aus § 150 (Rechnungslegung, beliebige Verfügung nur über geringe Überschüsse und nie über das Stammvermögen)[14]), für die Vertretung aus §§ 106, 175, 1219, 1224.[15]) Das wird allerdings bestritten.[16]) Doch verlangt selbst das deutsche Recht

Nr. 3744, 11.649, 14.905 der betreibende Gläubiger zu beweisen. Derzeit steht es im Ermessen des Gerichtes, gemäß § 55 EO. diesen Nachweis zu verlangen. Stellt sich die Unzulänglichkeit der Einkünfte erst nachträglich heraus, so wird die Exekution eingestellt (§ 129 EO.).

[11]) Vgl. Stobbe IV S. 429 und Petersen und Kleinfeller, Komm. zu § 1 DKO. alte Fassung.

[12]) So Richter Jurist V S. 321 f., Winiwarter S. 374, Ellinger § 150, Kirchstetter S. 110 Note, Stubenrauch S. 413, 414, Unger I S. 81 Note 21; dagegen Benedikt Jurist VII S. 390 f., Nippel II S. 200, v. Schubert-Soldern, Zwangsverwaltung S. 404. — Für unsere Auffassung (bezüglich der Mutter) Entsch. Slg. Nr. 2132, 9853, 15.990, I Nr. 50.

[13]) Diese Vorschrift ist nach Entsch. Slg. XV Nr. 5737 nur „unter Umständen" anzuwenden. Gewiß ist gegenüber dem Vater unter normalen Umständen nicht die gleiche Vorsicht geboten, wie gegenüber dem Vormunde.

[14]) Selbst nach deutschem Rechte bedarf der Vater gerichtlicher Genehmigung, wenn er Gelder des Kindes für sich verwenden will: § 1653 DBGB.

[15]) Früher konnte man sich auch auf § 152 berufen, so schon Zeiller, Komm. III S. 583. Aber dieser Paragraph ist in der Nov. v. 1916 geändert worden.

[16]) Für das Erfordernis der gerichtlichen Genehmigung: Gspan ZfRuSt. 1846 II 53, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 227 Note 3, v. Anders, Familienrecht S. 194 Note 18, Krasnopolski IV S. 251; dagegen: Zlobitzky

(§ 1643 DBGB.) in wichtigeren Fällen gerichtliche Genehmigung, obwohl dort dem Vater die Nutznießung des Kindesvermögens zusteht. Das Schweizerische Zivilgesetzbuch sagt freilich (Art. 279): „Eine Mitwirkung der vormundschaftlichen Behörden findet nicht statt.“ Dazu bemerkt ein Praktiker: „Der modernen Tendenz des Kindesschutzes und den gemachten Erfahrungen entspricht dies nicht.“[17])

2. Wo dem Vater ein gesetzliches Fruchtgenußrecht am Vermögen des Kindes zusteht, bezeichnet man als freies Vermögen dasjenige Kindesgut, das diesem Fruchtgenusse entzogen ist, so nach deutschem Rechte die zum persönlichen Gebrauche des Kindes bestimmten Sachen[18]) und den Arbeitserwerb des Kindes.[19]) Unser allgemeines bürgerliches Gesetzbuch kennt freies Vermögen, da ihm der gesetzliche Fruchtgenuß des Vaters fremd ist, nur in dem Sinne eines von der väterlichen Verwaltung freien Vermögens. Dahin gehört nach § 151:

a) „Das, was ein obgleich minderjähriges, jedoch außer der Verpflegung der Eltern stehendes Kind durch seinen Fleiß erwirbt.“ Mündigkeit wird in diesem Falle nicht (wie im folgenden) ausdrücklich gefordert, muß uns aber als eine selbstverständliche Voraussetzung erscheinen.[20]) Was ein Kind durch Schenkungen oder sonstige unentgeltliche Erwerbungen erlangt[21]), und was ein in elterlicher Verpflegung stehendes Kind durch seinen Fleiß erwirbt[22]), fällt unter die Verwaltung des Vaters;

b) „Sachen, die einem Kinde nach erreichter Mündigkeit[23]) zum Gebrauche übergeben worden sind.“ Daß solche Sachen, „insbesondere Kleider, Schmucksachen und Arbeitsgeräte“ dem gesetzlichen Fruchtgenußrechte des Vaters entzogen werden[24]), wo ein solches sonst anerkannt ist, wird man begreiflich finden. Ein recht unglücklicher Einfall ist es aber, wenn an die Überlassung zum Gebrauche von Rechts wegen das freie Verfügungsrecht des Kindes, also auch das Veräußerungsrecht geknüpft wird, wie dies § 151 seinem Wortlaute nach tut. Indessen kann

ZfRuSt. 1838 I 1, Till (s. Gellers ZBl. 21, 31, GZ. 1907 Nr. 52), Bernfeld GZ. 1910 Nr. 27. Die Praxis hält an dem Erfordernisse im allgemeinen fest, doch kann der Vater nach Entsch. v. 28. Juli 1905 JBl. 1906 Nr. 9 im Namen des Kindes ohne gerichtliche Genehmigung eine Klage nicht nur einbringen (so auch Entsch. Slg. XIV Nr. 5530, dagegen Gspan a. a. O.), sondern auch zurückziehen, während Entsch. Slg. X Nr. 3771 selbst für den Verzicht auf ein Rechtsmittel gerichtliche Genehmigung verlangt.

[17]) Silbernagel in Gmürs Kommentar II S. 130.

[18]) § 1650 DBGB.

[19]) § 1651 DBGB.

[20]) A. M. Rappaport S. 370.

[21]) Vgl. auch Entsch. Slg. XVI Nr. 6509 (Schmerzengeld).

[22]) Steht das Kind in der Verpflegung der Eltern, so ist der Arbeitserwerb ebenso wie das Kapitaleinkommen zur Deckung des Aufwandes zu verwenden, ein beträchtlicher Überschuß aber zu verrechnen (§ 150), nicht — wie Rappaport Grünhuts Zeitschr. 35, 368 f. will — ohneweiters dem Kinde zu überlassen.

[23]) Trödler, Hausierer und andere Personen, die mit bereits gebrauchten Sachen Handel treiben, begehen nach § 471 StG. eine Übertretung, wenn sie von unmündigen Kindern etwas kaufen oder eintauschen. Deshalb wird im § 151 BGB. die erreichte Mündigkeit gefordert (Ofner, Prot. II S. 520).

[24]) DBGB. § 1650.

man aus dieser Gesetzesvorschrift doch zwei brauchbare Regeln ableiten, nämlich:

α) Der Vater ist zwar nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, das Vermögen des Kindes zu verwalten, er kann aber einem bereits mündigen Kinde die freie Verfügung über solche Sachen[25]) überlassen, die zur Bestreitung seiner Bedürfnisse (Gebrauch und Verbrauch) dienen sollen, so über Taschengelder, Reisegelder u. dgl.[26]), nicht aber über Grundstücke[27]) oder andere Sachen, die der Vater selbst nur mit Genehmigung des Pflegschaftsgerichtes veräußern könnte.[28])

β) Was der Vater dem Kinde nur zum Gebrauche — wenngleich aus dessen eigenem Vermögen — überläßt, darüber darf das Kind selbstverständlich nicht eigenmächtig verfügen. Der dritte redliche Erwerber wird aber wie im Falle des § 367 geschützt.[29])

Die Beweislast trifft hinsichtlich des Arbeitserwerbes oder der Gebrauchsüberlassung den Dritten, der sich auf das mit dem Minderjährigen geschlossene Geschäft beruft.[30])

c) Einem zwanzigjährigen Kinde kann das Pflegschaftsgericht den reinen Überschuß seiner Einkünfte über die Erziehungs- und Verwaltungskosten zur freien Verwaltung überlassen (§ 152 mit § 247).

Die freie Verfügung (§ 151) schließt auch das Recht ein, sich zu verpflichten (§§ 246, 247). Dabei ist Bezugnahme auf das freie Vermögen — etwa die ausdrückliche Erklärung, daß die Schuld aus dem Arbeitserwerbe abgezahlt werden solle — nicht erforderlich.[31])

[25]) Sachen, die bereits Eigentum des Kindes sind, wie z. B. Patengeschenke, und Sachen, die er selbst dem Kinde schenkt, d. h. als Eigentum übergibt, wie z. B. das Taschengeld.

[26]) Entsch. Slg. VI Nr. 2516, VIII Nr. 3110.

[27]) Anders Entsch. Slg. X Nr. 4018.

[28]) Vgl. § 1824 DBGB.

[29]) Dagegen Rappaport S. 402. § 367 (dritter Fall) setzt voraus, daß die Sache einem handlungsfähigen Veräußerer vom Eigentümer anvertraut wurde, § 151 dagegen, daß die Sache vom Eigentümer selbst veräußert wurde, aber von einem nicht handlungsfähigen Eigentümer, dem sie von seinem gesetzlichen Vertreter anvertraut wurde. Es ist also nicht der gleiche, aber ein analoger Fall. Deshalb wird auch hier Redlichkeit des Erwerbers (s. Ofner, Prot. I S. 195 und Zeiller, Komm. I S. 338 „Zutrauen"), Entgeltlichkeit des Geschäftes und Beweglichkeit der Sache gefordert werden müssen.

[30]) Entsch. Slg. X Nr. 3675.

[31]) Entsch. Slg. Nr. 12.164, Dierl Jurist III S. 24, v. Anders, Grundriß S. 81, Krasnopolski S. 255 Note 13, Rappaport S. 447. — A. M. v. Schey, OblVerh. S. 76 Note 35, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 230, v. Schuster-Bonnott, Zur Frage der Verpflichtung Minderjähriger aus eigenmächtig abgeschlossenen Verträgen in der GZ. 1899 Nr. 28, Schiffner § 47 Note 40, wohl auch Hasenöhrl I S. 392 f. Der von Schuster-Bonnott geltend gemachte Grund, die beschränkte Verpflichtungsfähigkeit Minderjähriger sei nur eine Ausnahme und müsse daher, „wie jede Ausnahme", streng ausgelegt werden, ist nicht entscheidend. Vgl. über diese Auslegungsregel oben I § 14. Mit Rücksicht auf das hohe Großjährigkeitsalter des österr. Rechtes erscheint die strengere Auslegung praktisch undurchführbar, wenn man nicht überall (stillschweigende) Bezugnahme auf das frei verfügbare Vermögen annehmen will, wo nicht ausdrücklich das Gegenteil vereinbart wurde.

Auch muß das freie Vermögen, das zur Zahlung verwendet werden soll, nicht schon zur Zeit des Schuldvertrages vorhanden sein.[32]) Das Josefinische Gesetzbuch hatte IV, § 59 das Gegenteil bestimmt: „Auf die noch nicht in die Hände bekommenen Summen aber vorhinein Schulden zu machen, ist er nicht berechtigt", doch hatte schon damals eine Minderheit geltend gemacht, „daß sich die Anschaffungen nicht immer nach den Zeitabschnitten, in welchen die Einkünfte einfließen, richten, und daß keine Bedenken entgegenstehen, ein etwa mit Rücksicht auf eine bevorstehende Rate der Einkünfte bestelltes Kleidungsstück aus derselben nach ihrem Einlangen bezahlen zu lassen".[33]) Es muß genügen, daß die Schuld hinsichtlich der Höhe und der Zahlungsbedingungen in einem angemessenen Verhältnisse zum freien Einkommen des Minderjährigen steht, also z. B. aus dem Gehalte, den er kraft eines bereits bestehenden Dienstverhältnisses[34]) bezieht, ohne Gefährdung des Lebensunterhaltes[35]) in Raten abgezahlt werden kann. Aber auch wenn diese Grenze eingehalten worden ist, kann der Gläubiger doch nur auf das freie Vermögen[36]) und erst nach Eintritt der Großjährigkeit auf das ganze Vermögen des Schuldners Exekution führen.[37]) Die Haftung des Minderjährigen ist also beschränkt, und zwar nach dem Exekutionssysteme (oben § 295, II, B). In Rechtsstreitigkeiten, die sich auf das freie Vermögen beziehen, bedarf der Minderjährige nach § 2 ZPO. nicht der Mitwirkung eines gesetzlichen Vertreters; die Exekution muß aber dann, selbst wenn die Beschränktheit der Haftung im Prozesse nicht geltend gemacht worden und im Urteile oder Vergleiche nicht zum Ausdruck gekommen ist, von Amts wegen auf das freie Vermögen eingeschränkt werden (§ 39, Z. 3 EO.).

III. Der Vater ist kraft seiner väterlichen Gewalt gesetzlicher Vertreter seiner minderjährigen Kinder. Gewisse Geschäfte, insbesondere die eben erörterten Verfügungen über das freie Vermögen, können sie persönlich abschließen; die Pflicht des Vaters, das Kind zu vertreten, erstreckt sich aber auch auf solche Angelegenheiten.

1. Zu den Geschäften, die das Kind selbständig schließen kann, gehören auch — innerhalb gewisser Schranken — Verträge, wodurch es sich zu Dienstleistungen verpflichtet, also vor allem Dienstverträge, aber auch verwandte Geschäfte, die unter andere Vertragstypen fallen, insbesondere auch Werkverträge.[38])

[32]) A. M.: P. V. in den JBl. 1914 Nr. 3 und die Gründe der (zu billigenden) Entsch. v. 26. März 1914 ebda. Nr. 43.

[33]) Harrasowsky IV S. 97 Note 53.

[34]) Entsch. Slg. V Nr. 2063, IX Nr. 3385, Entsch. v. 3. März 1914 JBl. 1914 Nr. 39. Keine Verfügung über künftiges Taschengeld: Entsch. Slg. XVI Nr. 6588.

[35]) Entsch. Slg. V Nr. 1706. Vgl. auch die oben Note 32 angeführte Entscheidung.

[36]) Zeiller I S. 504, v. Anders, FamR. S. 196, Stubenrauch 8. Aufl. Entsch. Slg. V Nr. 2063.

[37]) A. M. Stubenrauch a. a. O. Die Einsprache Rappaports S. 449 Note 140 a beruht auf einem merkwürdigen Mißverständnisse des oben Gesagten.

[38]) Rappaport S. 438.

a) Hat das Kind einen solchen Vertrag ohne Einwilligung des Vaters geschlossen, so ist zu unterscheiden. Stand das Kind in der Verpflegung der Eltern, so ist der Vertrag ungültig[39]), sonst aber gilt er[39a]), freilich mit zwei wichtigen Einschränkungen:

α) Das Gesetz sagt nur, daß das Kind sich zu Dienstleistungen verpflichten könne. Wie aber, wenn der Vertrag dem Kinde daneben andere Verpflichtungen auferlegt? Darüber schweigt das Gesetz geflissentlich. Die Frage muß für die verschiedenartigen Verpflichtungen, die da in Betracht kommen können, besonders geprüft werden. Vermögensrechtliche Verpflichtungen, wie z. B. die im Bühnendienstvertrage übernommene Verpflichtung zur Zahlung einer Vertragsstrafe[40]), werden jedenfalls insoweit gelten müssen, als sie in einem angemessenen Verhältnisse zu den Dienstbezügen oder zu sonstigem freien Vermögen stehen. Auch die Frage, ob die Ungültigkeit einer Vertragsbestimmung, z. B. der Vereinbarung über die Vertragsstrafe, die Ungültigkeit des ganzen Vertrages nach sich ziehe, läßt sich nicht einheitlich lösen (vgl. § 878, Satz 2).

β) Aus § 152 in Verbindung mit dem dort bezogenen § 246 ergibt sich, daß der Vater den Vertrag aus „wichtigen Gründen vorzeitig lösen kann". Das Recht, das Dienstverhältnis gemäß dem Vertrage oder dem für den Vertrag geltenden Gesetze zu kündigen oder vorzeitig zu lösen (§ 1162), steht regelmäßig nicht dem Vater, sondern dem Kinde zu. Aus wichtigen Gründen aber kann der Vater den Vertrag lösen, auch wenn das Kind ihn fortsetzen will. Die Wichtigkeit der Gründe[41]) ist bei dieser familienrechtlichen Vertragslösung von einem andern Standpunkte aus zu beurteilen als bei der dem Kinde zustehenden vertragsrechtlichen Lösung. Wenn z. B. der Dienstgeber dem Kinde nicht die vertragsmäßig zugesicherte Selbständigkeit einräumt, so kann das für das Kind ein vollwichtiger Austrittsgrund sein, während der Vater vielleicht gar keine Ursache hat, auf der Einhaltung dieser nicht von ihm getroffenen und durch das Interesse des Kindes nicht geforderten Vertragsbestimmung zu bestehen. Wenn andrerseits ein Kind eigenmächtig die Bühnenlaufbahn einschlägt, so kann der Vater, der mit dieser Berufswahl nicht einverstanden ist, den Bühnendienstvertrag lösen (§ 148) — er kann es aber auch dabei bewenden lassen.

b) Hat der Vater ausdrücklich oder stillschweigend[42]) eingewilligt, so kann er den Vertrag nicht gemäß § 246 lösen.[43]) Er kann die Einwilligung im voraus für die üblichen Dienstverträge einer gewissen Art

[39]) Der Sohn kann Grund haben, auf diese Verpflegung zu verzichten und sich — auch gegen den Willen des Vaters (§ 148) — selbständig fortzubringen, so z. B. wenn er ein uneheliches Kind hat, für das der Vater nicht sorgen will. Entsch. Slg. XIII Nr. 5193.

[39a]) Auch wenn er gegen den Willen des Vaters geschlossen wird und der Dienstgeber das weiß. Vgl. — gegen Horten, ZPO. S. 33 — Rappaport S. 428 Note 126.

[40]) Entsch. Slg. VI Nr. 2456, 2496, XIV Nr. 5029. Ehrenzweig in Grünhuts Zeitschr. 37, 260 f.

[41]) Rappaport S. 433.

[42]) Rappaport S. 438.

[43]) Rappaport S. 437. Vgl. GewGE. Nr. 2410.

erteilen.[44]) So setzt z. B. das Gesindedienstverhältnis voraus, daß der Vater in die Ausstellung eines Dienstbotenbuches eingewilligt hat. Die Bedeutung dieser Einwilligung liegt gerade darin, daß die daraufhin geschlossenen Dienstverträge nur nach den Vorschriften der Gesindeordnung — nicht nach §§ 152, 246 — gelöst werden können. Ebenso verhält es sich, wenn ein jugendlicher Hilfsarbeiter mit Bewilligung des Vaters ein Arbeitsbuch erhalten hat (§§ 80 b, 93 GewO.).[45])

2. Auch die unter väterlicher Gewalt stehenden Minderjährigen (§ 152) haften, wenn sie sich für großjährig ausgeben, gemäß § 248, siehe oben § 398. Für sonstige unerlaubte Handlungen haften sie nach allgemeinen Grundsätzen, also, wenn sie bereits mündig sind, immer, sonst nur ausnahmsweise (§§ 1308 bis 1310, vgl. oben § 401).

3. In Geschäften, die die Kinder nicht selbständig schließen können, entscheidet der Wille des Vaters. Dabei bestehen zwei Möglichkeiten:

a) Das Kind schließt das Geschäft, der Vater erteilt seine Einwilligung im voraus, zugleich oder nachträglich. Im voraus kann er die Einwilligung nur zu Geschäften gewisser Art, nicht zu beliebigen Geschäften erteilen, denn er darf das Kind nicht einfach sich selbst überlassen.[46])

b) Der Vater kann aber das Geschäft auch ohne Mitwirkung des Kindes als dessen gesetzlicher Vertreter schließen. Auch in Rechtsstreitigkeiten vertritt er das Kind (§ 243), doch kann das Kind persönlich durchführen: Ehestreitigkeiten[47]), Streitigkeiten über das freie Vermögen[48]), Strafprozesse.[49])

Wie der Vormund, so ist auch der Vater nicht nur nach innen (bei der Verwaltung), sondern auch nach außen (bei der Vertretung) in wichtigen Angelegenheiten an das Erfordernis der gerichtlichen Genehmigung (§ 233) gebunden[50]), vgl. z. B. §§ 106, 1219, 1224.[51])

IV. Kraft der väterlichen Gewalt kann der Vater einen Vormund berufen (§ 196) oder ausschließen (§ 194) oder die Bestellung eines Mitvormundes anordnen (§ 211, Z. 1).

§ 459.

2. Beschränkung, Ruhen, Erlöschen der väterlichen Gewalt.

I. Beschränkung der väterlichen Gewalt. Wenn die Ausübung der väterlichen Gewalt das Wohl des Kindes gefährdet, so kann

[44]) Vgl. § 113 BBGB.

[45]) Krasnopolski Grünhuts Zeitschr. 14, 324 ff.

[46]) Ortmann, Komm. zu § 107 BBGB.: „Die Absicht des Gesetzes, daß die Wirkung der Geschäfte des Minderjährigen vom Willen des Vertreters abhängig gemacht werden soll, darf dadurch nicht vereitelt werden."

[47]) Oben § 431 III 2.

[48]) § 2 ZPO., oben II 2.

[49]) E. Lohsing, Die aktive Strafprozeßfähigkeit des mündigen Minderjährigen GZ. 1914 Nr. 36 gegen Novák ebda. Nr. 17.

[50]) Oben Note 16.

[51]) § 1250 gehört nicht hieher, er verlangt nur die Mitwirkung des Gerichtes, nicht (wegen § 564) die des Vaters.

das Gericht gemäß § 178 „die den Umständen angemessenen Verfügungen" treffen. In den weiten Rahmen dieser Befugnis fallen auch die verschiedenartigen Beschränkungen der väterlichen Gewalt, insbesondere die folgenden:

a) Das Gericht kann den Vater hinsichtlich der Fürsorge für die Person des Kindes unter seine Aufsicht stellen[1]) und wie einen Vormund behandeln. Der Vater ist also dann bei der Erziehung, Unterbringung, Verpflegung, Berufswahl usw. schlechthin an die Weisungen des Gerichtes gebunden und muß sich die regelmäßige Nachschau und Überwachung durch Waisenpfleger (§ 38 der Teilnovelle I) gefallen lassen.

b) Auch hinsichtlich der Vermögensverwaltung kann dem Vater die Rolle eines Vormundes zugewiesen werden. Das hat aber wenig zu bedeuten, weil sich die Rechtsstellung des Vaters in dieser Beziehung ohnehin von der eines Vormundes kaum unterscheidet (§ 150). Wichtiger ist, daß das Gericht dem Vater die Vermögensverwaltung auch ganz entziehen und damit einen Kurator betrauen kann.

c) Das Gericht kann anordnen, daß das Kind den Eltern abgenommen und bei einer Familie[2]) oder in einer öffentlichen oder privaten Erziehungsanstalt untergebracht werde.[3]) Es versteht sich dann von selbst, daß die Eltern das Kind nur mit gerichtlicher Bewilligung zurücknehmen oder anderwärts unterbringen können.[4]) Hat eine Anstalt oder ein Verein für die Pflege und Erziehung mißhandelter, verlassener oder vernachlässigter Kinder die Erziehung — wenn auch ohne gerichtlichen Auftrag — übernommen, so kann das Gericht auch noch nachträglich, wenn die Anstalt oder der Verein es verlangt, aussprechen, daß das Kind vor Beendigung der Erziehung nur mit gerichtlicher Zustimmung zurückgefordert werden könne (§ 178 a).[5]) Die Eltern haben das Kind der Anstalt freiwillig, vielleicht sogar sehr gerne überlassen und verlangen nach Jahren das herangewachsene Kind zurück, vielleicht nur um dessen Arbeitskraft auszunützen. Es besteht dann die Gefahr, daß ihr Eigennutz die Früchte jener Fürsorge zerstöre, die andere dem vernachlässigten Kinde haben angedeihen lassen.

Auf Grund des § 178 kann das Gericht dem Vater seine Gewalt auch vollständig — nur nicht auf immer (§ 177) — entziehen.[6]) Dann ruht die väterliche Gewalt (unten II, 2).

[1]) W. Siegel JBl. 1917 Nr. 23.

[2]) Das eheliche Kind wird den mütterlichen Großeltern übergeben, weil der verwitwete Vater in wilder Ehe lebt: Entsch. Slg. V Nr. 2023, oder wegen fortgesetzter roher Behandlung: Entsch. Slg. XVI Nr. 6492. Vgl. auch die von Janisch in der NotZ. 1908 Nr. 17 mitgeteilte Entscheidung des des KG. Reichenberg.

[3]) Vgl. unten § 463 I (Fürsorgeerziehung).

[4]) Entsch. Slg. XI Nr. 2132.

[5]) Dieselbe Befugnis muß aber dem Gerichte auch zustehen, wenn das Kind anderwärts gut untergebracht ist und durch die Rückforderung gefährdet wird.

[6]) Das Gericht entzieht einem Trunkenbolde die väterliche Gewalt und ernennt einen Vormund: Entsch. Slg. XIII Nr. 5268. Vgl. über die Entziehung der väterlichen Gewalt als eine „den Umständen angemessene Verfügung" (§ 178) JME. v. 10. April

II. Ruhen der väterlichen Gewalt. Die väterliche Gewalt ruht entweder von Rechts wegen (§ 176) oder infolge gerichtlicher Verfügung (§ 178). Das Gericht bestellt alsdann einen Vormund für die Dauer des Hindernisses oder der Entziehung.

1. Von Rechts wegen ruht die väterliche Gewalt,

a) wenn der Vater den Gebrauch der Vernunft verliert,

b) wenn er voll oder beschränkt entmündigt wird[7]),

c) wenn er wegen eines Verbrechens[8]) auf längere Zeit als ein Jahr zur Gefängnisstrafe verurteilt wird[9]),

d) wenn er über ein Jahr abwesend ist, ohne von seinem Aufenthalte Nachricht zu geben,

e) wenn das Kind entmündigt und der Kurator bestellt ist (§ 3 EntmO.); gewöhnlich wird hier der Vater selbst zum Kurator bestellt (§ 7 EntmO.).

2. Eine gerichtliche Verfügung ist notwendig, wenn die Voraussetzungen des § 176 nicht vorliegen, den Kindern aber tatsächlich die Sorge des Vaters nicht zu statten kommt (§ 187), so z. B. wenn der in Amerika lebende Vater zwar von Zeit zu Zeit von seinem Aufenthalte Nachricht gibt, sich aber um die zurückgelassenen Kinder während der Abwesenheit nicht kümmern kann oder will. Das Gericht kann ihm dann auf Grund des § 178 zeitweilig die väterliche Gewalt entziehen und für das Kind auf die Dauer seiner Abwesenheit einen Vormund bestellen.[10])

III. Erlöschen der väterlichen Gewalt. Die väterliche Gewalt erlischt:

1. Mit der natürlichen Großjährigkeit des Kindes (§ 172). Die väterliche Gewalt hört, wenn das Kind das vierundzwanzigste Jahr vollendet, „sogleich" auf, d. h. ohne daß es einer Entlassung aus der väterlichen Gewalt bedarf. Doch ist eine Verlängerung möglich aus „gerechten Ursachen", namentlich wenn das Kind wegen Geistes- oder Leibesgebrechen[11]) (Blindheit, Lähmung, unheilbare Krankheit) sich selbst

1902 VBl. S. 96. Stubenrauch, Komm. 8. Aufl. I S. 263, Reicher, Fürsorge für die verwahrloste Jugend S. 117, 209. Bezüglich der Ausländer vgl. Frankel in der Prager JWSchr. 1888 S. 170 ff.

[7]) § 176 ABGB., § 6 EntmO. Ist der Vater schon vor der Geburt des Kindes entmündigt worden, so tritt also die väterliche Gewalt von vornherein nicht in Kraft, und ebenso verhält es sich, wenn der Vater minderjährig ist. Vgl GH. 1903 Nr. 14 und 21 (Fragekasten).

[8]) Wallenböck, Die Wirkung der künftigen Strafrechtsreform auf das Anwendungsgebiet des ABGB. JBl. 1908 Nr. 26.

[9]) Keine Ehrenfolge der Verurteilung! Die väterliche Gewalt ruht wie im Falle der ein Jahr übersteigenden Abwesenheit wegen (und für die Dauer) der Trennung von den Kindern. Durch Ges. v. 15. Nov. 1867 § 5 wird also § 176 nicht berührt. A. M. Krainz, der übrigens selbst hervorhebt, daß dies Gesetz nur von Vormündern und Kuratoren rede und nur die §§ 191, 254 und 281 berufe.

[10]) Entsch. Slg. VIII Nr. 3115, vgl. auch oben Note 6.

[11]) Vgl. Entsch. Riehl I S. 186: Verlängerung der Vormundschaft wegen

nicht fortbringen, seine Angelegenheiten nicht besorgen kann, oder wenn wegen verschwenderischer Neigungen oder Vergehungen fortgesetzte Aufsicht Bedürfnis ist. In solchen Fällen kann der Vater bei Gericht[12]) um Verlängerung seiner Gewalt ansuchen.[13]) Und zwar muß er dieses Ansuchen noch vor dem Eintritte der physischen Großjährigkeit des Kindes anbringen, weil mit dem Eintritte der Großjährigkeit die väterliche Gewalt, wenn sie bis dahin noch nicht verlängert ist, von selbst erlischt, so daß dann nur eine Kuratelsverhängung aus den im Gesetze festgestellten Gründen zulässig wäre. Willfahrt das Gericht dem Ansuchen, so muß es die Verlängerung öffentlich bekannt machen lassen, damit Dritte durch die Erstreckung der Handlungsunfähigkeit des Kindes nicht zu Schaden kommen (§§ 172, 173 ABGB.) Zur Bekanntmachung dienen die amtlichen Zeitungen. Eine besondere Verständigung des zuständigen Notars (§ 184 VaSt.) ist nicht nötig[14]), wohl aber soll — zur Richtigstellung der Wählerliste — der Gemeindevorsteher verständigt werden (JMV. vom 4. September 1908, RGBl. Nr. 192). Die verlängerte Gewalt dauert fort bis zur gerichtlichen Enthebung des Vaters (vgl. § 251) oder bis zum Tode des Kindes. Ihre Wirkungen sind von denen der Entmündigung verschieden. So kann z. B. der unter verlängerter väterlicher Gewalt stehende Verschwender ohne gerichtliche Genehmigung heiraten, er kann ferner über sein ganzes Vermögen letztwillig verfügen usf.

2. Durch Entlassung aus der Gewalt. Der Vater kann ein Kind ausdrücklich oder stillschweigend aus seiner Gewalt entlassen.

a) Er entläßt das Kind ausdrücklich (§ 174), indem er vor Gericht die Entlassung ausspricht. „Findet das Gericht, daß die Befreiung von der väterlichen Gewalt dem Minderjährigen vorteilhaft und mit keiner Gefahr eines Mißbrauches verbunden sei, so hat es die gerichtliche Genehmigung zu erteilen und dem Minderjährigen eine Amtsurkunde darüber auszufertigen. Von der Zustellung dieser Urkunde an erlangt das Kind in Rücksicht seiner Person und seines Vermögens die Rechte eines Großjährigen" (§ 266 VaSt.). Im Grunde genommen handelt es sich also hier einfach um eine gerichtliche Großjährigerklärung (Altersnachsicht, vgl. § 252). Das Erlöschen der väterlichen Gewalt ist die selbstverständliche Folge des Eintrittes der Großjährigkeit. Nicht einmal das läßt sich behaupten, daß die zustimmende Erklärung des Vaters eine unerläßliche Voraussetzung der gerichtlichen Großjährigerklärung sei,

Gebrechens der unwillkürlichen Muskelbewegung (Veitstanz), weil es die damit Behaftete nötigte, sich nur im engen Familienkreis zu bewegen, und sie hinderte, die einem Eigenberechtigten notwendigen Lebenserfahrungen zu sammeln. Vgl. andrerseits auch Entsch. Slg. I Nr. 94 (Aufhebung der aus diesem Grunde verlängerten Vormundschaft).

[12]) Bezirksgericht; die Entscheidung über das Gesuch steht jedoch dem Gerichtshofe zu (JN. § 109).

[13]) Von Amts wegen wird die väterliche Gewalt nicht verlängert; anders die Vormundschaft: § 251 BGB., § 32 Z. 1 TeilN. I.

[14]) JMV. v. 6. Sept. 1888 VBl. Nr. 39, vgl. § 116 e ND. Dazu L. R. in der NotZ. 1888 Nr. 39.

denn das Gericht kann ein Kind auch gegen den Willen des Vaters für großjährig erklären.[15]) Nur der eine (grundlose) Unterschied besteht zwischen der Großjährigerklärung des Kindes nach § 174 und der des Mündels nach § 252, daß hier und nicht auch dort die Vollendung des zwanzigsten Jahres gefordert wird. Doch sollen die Gerichte die Entlassung eines Minderjährigen aus der väterlichen Gewalt, der noch nicht zwanzig Jahre alt ist, nur nach sorgfältiger Prüfung seiner Eigenschaften und nur in besonders rücksichtswürdigen Fällen genehmigen (HfD. vom 15. Juni 1835, JGS. Nr. 38).[16])

b) Der Vater kann das Kind stillschweigend aus der väterlichen Gewalt lassen,

α) wenn er ihm mit gerichtlicher Genehmigung den persönlichen[17]) Betrieb eines freien, handwerksmäßigen oder konzessionierten Gewerbes[18]) gestattet (JME. vom 19. März 1860, Z. 2712). Das greift weiter als § 252 (zweiter Satz), der nur auf das Konzessionssystem berechnet und auf freie Gewerbe unanwendbar war (HfD. vom 19. Februar 1833, siehe Note 21). Seit GewO. vom 20. Dezember 1859 bilden aber freie Gewerbe die Regel und nur wenige sind konzessioniert; § 252 ABGB. schien daher seine Geltung um so mehr verloren zu haben, als § 4 GewO. unter den Voraussetzungen des Betriebes jeden Gewerbes die volle Handlungsfähigkeit des Unternehmers zu fordern scheint.[19]) Diese Auffassung wurde aber durch den bezogenen Justizministerialerlaß von 1860[20]) für unrichtig erklärt und ausgesprochen, daß auch Minderjährige zum persönlichen Betriebe zugelassen werden dürfen, wenn ihr gesetzlicher Vertreter und das vormundschaftliche Gericht sich damit einverstanden erklärt haben;[21]) zugleich wurden die Gerichte angewiesen[22]), bei Erteilung der vormundschaftlichen Zustimmung vorsichtig umzugehen, insbesondere bei Minderjährigen unter zwanzig Jahren.[23]) Wir haben es auch hier mit einer gerichtlichen Großjährig-

[15]) Entsch. Slg. Nr. 3469, vgl. auch Nr. 5965.

[16]) Ist dieses Hofdekret, weil in das Verfahren außer Streitsachen einschlagend, nicht aufgehoben durch Art. III Pat. v. 9. Aug. 1854? Nein! Es schlägt auch ins materielle Recht ein und der JME. v. 19. März 1860 (unten im Text unter b) beruft sich ausdrücklich darauf.

[17]) Selbstbetrieb, nicht Betrieb durch einen Stellvertreter, v. Laun, Das Recht zum Gewerbebetriebe S. 51 f.

[18]) Das ist auf den Wirtschaftsbetrieb nicht auszudehnen: HfD. v. 28. Okt. 1829 Nr. 2437. Vgl. Entsch. Slg. Nr. 989.

[19]) So auch wirklich Kopp GH. 1860 Nr. 9, dagegen Kulisch, Gewerberecht 2. Aufl. S. 293 ff.

[20]) Vgl. schon das HfD. v. 27. Sept. 1815 Nr. 1174, an das sich der Erlaß anlehnt.

[21]) Das HfD. v. 19. Febr. 1833 wurde zugleich aufgehoben.

[22]) Mit Berufung auf das oben bei Note 16 bezogene HfD. v. 15. Juni 1835.

[23]) Kopp a. a. O. spricht diesem JME. jede Geltung wegen fehlender ordentlicher Kundmachung ab; ebenso Kulisch, Österr. Gewerberecht S. 298. Doch berufen sich auch Entscheidungen des OGH. auf ihn (Peitler, Slg. wechselrechtlicher Entsch. Nr. 355, Schimkowsky I Nr. 22), und es ist

erklärung zu tun, freilich mit einer ganz überflüssigen und unzweckmäßigen Abart: die Wirkung der Erklärung reicht hier weiter als ihr Inhalt.

β) Eine andere Art der stillschweigenden Entlassung besteht darin, daß der Vater einem Sohne (nicht etwa einer Tochter) die Anlegung einer eigenen Haushaltung gestattet.[24]) Hier ist Zurücklegung des zwanzigsten Jahres erforderlich, aber merkwürdigerweise nicht auch die Genehmigung des Gerichtes. Wesentlich ist, daß der Sohn mit des Vaters Bewilligung eine abgesonderte, von ihm ganz unabhängige, und, wo es nötig ist, mit der erforderlichen Dienerschaft versehene Haushaltung führt.[25]) Nicht aber genügt die bloße Verheiratung oder der Antritt eines Amtes[26]) oder das sich selbst Fortbringen ohne Haushaltung[27]) oder das bloße Abgesondertleben;[28]) auch genügt nicht die bloße Einwilligung des Vaters zur Führung eines eigenen Haushaltes, sondern der Sohn muß dessen Leitung wirklich übernommen haben.[29]) Die Praxis weicht der Anerkennung dieser rein privaten, unsicheren und durchaus entbehrlichen Form der Altersnachsicht so viel wie möglich aus.[30])

3. Durch die Verehelichung der minderjährigen Tochter (§ 175). In diesem Falle erlischt die väterliche Gewalt nur hinsichtlich der Person der Tochter[31]), die Tochter wird aber durch die Ehe nicht großjährig.[31a]) Hinsichtlich des Vermögens hat der Vater bis zur Großjährigkeit[32]) die Rechte und Pflichten eines Kurators. Doch kann der Vater mit Zustimmung des Gerichtes diese Kuratel dem (vollkommen handlungsfähigen) Ehemanne überlassen (§ 260). Der Ehemann verwaltet dann das Vermögen nicht nach § 1238, sondern wie ein anderer rechnungspflichtiger Kurator. Die väterliche Gewalt lebt wieder auf, wenn die Gewalt des Ehemannes wegfällt, also wenn der Ehemann während der Minderjährigkeit der Frau stirbt (§ 175) oder wenn die Ehe in dieser Zeit geschieden, getrennt oder nichtig erklärt wird.

---

auch wohl zu beachten, daß er nichts anderes enthält, als die Ausdehnung der schon früher in Lombardo-Venetien (wo Gewerbefreiheit bestand) nach AE. v. 12. Juli 1819 (Ellinger zu § 174) geltend gewesenen Grundsätze auf das ganze Reich. Nach Kulisch gilt lediglich § 252 (S. 293 ff.), nur Mündel, nicht Kinder unter väterlicher Gewalt können auf diese Art großjährig werden (S. 296) und nur konzessionierte Gewerbe kommen in Betracht (S. 298).

[24]) Das Vorbild ist die gemeinrechtliche emancipatio tacita, deren Aufgabe aber nicht war, minderjährigen Hausföhnen die Volljährigkeit zu verschaffen. Stobbe IV S. 473, Benedikt, Der praktische Wert des § 174 BGB. in der NotZ. 1884 Nr. 34.

[25]) Zeiller I S. 184.

[26]) Ploo in den Prager Mitt. 1882 S. 40 ff.

[27]) Andrerseits schadet es nicht, wenn der Vater zu den Kosten des Haushaltes beiträgt: Entsch. des VGH. v. 31. März 1915 JBl. 1915 Nr. 29.

[28]) Vgl. Entsch. Slg. Nr. 12.627.

[29]) Entsch. Slg. Nr. 2937.

[30]) Vgl. Pfaff 12. DJZ. 1 S. 162.

[31]) Vgl. § 1633 DBGB.

[31a]) Anders nach ungarischem Rechte: Putz in der NotZ. 1901 Nr. 35 f. Desgleichen nach Art. 14 Schweiz. ZGB.: „Heirat macht mündig." Für diese Regelung ist Pfaff (1880) eingetreten: 14. DJZ. 1 S. 156 ff.

[32]) Die väterliche Kuratel kann nicht verlängert werden, nur förmliche Entmündigung ist möglich. Entsch. Slg. X Nr. 3799.

4. Durch Verwirkung.[33]) Das Pflegschaftsgericht entzieht dem Vater die väterliche Gewalt vollständig und unwiderruflich („auf immer"), wenn er die Verpflegung und Erziehung des Kindes ganz vernachlässigt (§ 177). „Unter Vernachlässigung kann nur eine absichtliche, böswillige Unterlassung der Verpflegung und Erziehung verstanden werden."[34]) Kann der Vater wegen seiner Erwerbsverhältnisse nicht für das Kind sorgen, so trifft das Gericht angemessene Verfügungen im Sinne des § 178. Das Strafgericht kann die Eltern[35]) wegen Mißhandlung des Kindes der elterlichen Gewalt verlustig erklären (§§ 414, 415 StG.). Eine Folge der Entziehung der väterlichen Gewalt ist der Verlust des Wahlrechtes und der Wählbarkeit (§ 8, Z. 8 Reichsratswahlordnung vom 26. Januar 1907, RGBl. Nr. 17).

5. Durch Verzicht.[36]) Die Ausübung der väterlichen Gewalt ist nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht des Vaters. Dennoch ist sie nicht schlechthin unverzichtbar. Denn der Verzicht des Vaters kann im Interesse des Kindes liegen. Wenn dem so ist, besteht kein Grund, den Verzicht für unzulässig zu halten.[37]) Ob der Verzicht zum Besten des Kindes gereiche, hat das Gericht zu prüfen. Mit seiner Genehmigung können die Eltern auf die väterliche Gewalt oder einzelne Elternrechte verzichten.[38]) Nur bei der Kindesannahme begibt sich der Vater seiner Gewalt ohne gerichtliche Genehmigung.

Durch die Scheidung oder Trennung der Ehe wird die väterliche Gewalt des Ehemannes nicht aufgehoben, wohl aber zu Gunsten der Mutter beschränkt, wenn das Kind ihr zur Pflege und Erziehung überlassen wird (§ 142, unten § 455, II).

Dritter Abschnitt.

Uneheliche Kinder.

§ 460.

A. Die Vaterschaft.[1])

I. In Österreich ist die Zahl der unehelich Geborenen groß. Im Durchschnitte sind 11·8 vom Hundert der lebend Geborenen unehelich. Am größten ist diese Verhältniszahl in den Alpenländern (außer Tirol).

[33]) Vgl. § 1680 DBGB. (Verwirkung wegen eines am Kinde verübten Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens).

[34]) So Entsch. Slg. VIII Nr. 2962.

[35]) Auch wenn sie Ausländer sind.

[36]) Vgl. O. Fr., Verzicht auf elterliche Personenrechte GZ. 1892 Nr. 10.

[37]) Das Wohl des Kindes ist, wie der OGH. in Slg. XIV Nr. 5570 bemerkt, „der Angelpunkt, um den sich alle gesetzlichen Vorschriften, welche das Verhältnis der minderjährigen Kinder zu ihren Eltern und Vormündern betreffen, drehen".

[38]) Entsch. Slg. VI Nr. 2458 (Verzicht auf die väterliche Gewalt bei der Ehetrennung), XIII Nr. 5139, XIV Nr. 5570 (Verzichte zu Gunsten von Erziehungsanstalten). Dagegen die Gründe der Entsch. Slg. XIII Nr. 4946 (betr. einen Rechtsmittelverzicht).

[1]) Vgl. Perthaler ZfRuSt. 1843 II S. 197 f., 261 f., Damianitsch

Sie beträgt in Kärnten 36·8 vom Hundert. Das ist keine erfreuliche Erscheinung. Die Statistik zeigt, daß die Kindersterblichkeit bei den Unehelichen größer ist als bei den Ehelichen; ihre körperliche Entwicklung ist nach dem Ergebnisse der Militärstellungen ungünstiger, ihr Anteil am Verbrechertum größer.[2])

Für die privatrechtliche Gesetzgebung ist die Behandlung der Unehelichen eine schwierige Aufgabe. Sie den Ehelichen gleichzustellen scheint eine Forderung der Gerechtigkeit. Aber die Unsicherheit der Vaterschaft schafft ein schweres Hindernis. Sie ist freilich bei den im Konkubinate geborenen Kindern nicht größer als bei den ehelich geborenen. Auch kann die freiwillige Anerkennung der Vaterschaft dieses Bedenken beseitigen. Indessen fürchtet man, die Einrichtung der Ehe zu untergraben, wenn man die Möglichkeit eröffnet, auch durch außereheliche Geschlechtsverbindungen rechtmäßige Erben zu gewinnen. So schwankt denn die Gesetzgebung, nach Zeit und Ort wechselnd, zwischen entgegengesetzten Zielen — Gleichstellung, Zurücksetzung — hin und her.

Im frühen Mittelalter erfreuten sich die im Konkubinate erzeugten Kinder mancher Begünstigung. Selbst der Thron war ihnen zugänglich: Kaiser Arnulf war unehelich geboren und Wilhelm der Eroberer führte den Beinamen Bastard als einen Ehrennamen. Allmählich aber, hier früher, dort später, setzte die Kirche im Interesse der Ehe die Entrechtung der unehelichen Kinder durch. Bei uns waren sie noch im achtzehnten Jahrhunderte von den öffentlichen Ämtern, von Innungen und Zünften ausgeschlossen und privatrechtlich vielfach zurückgesetzt. In Tirol waren sie unfähig, zu testieren.

Der Kirche trat die Aufklärungsphilosophie entgegen. Zweimal wurde der kühne Versuch unternommen, die unehelich Geborenen ehelich zu machen. Zuerst (1786) in Österreich von Kaiser Josef.[3]) Gestützt auf die Grundsätze der „reinen Philosophie“[4]) erklärte er alle Unehelichen für ehelich, die von zwei unverehelichten Personen gezeugt worden sind.[5]) Das galt

Jurist XIV S. 498 f., v. Anders, Das Recht der Unehelichen in Österreich in den JBl. 1882 Nr. 15—17, Brunner, Das Recht der unehelichen Geburt in der NotZ. 1894 Nr. 31 ff. (ungenannt) über den Gegenbeweis gegen die Vermutung der ehelichen und (über) den Beweis der unehelichen Vaterschaft in Gellers ZBl. 17 S. 193 ff., v. Liszt, Die Pflichten der außerehelichen Konkumbenten 1907 (darüber E. Adler in Grünhuts Zeitschr. 35, 771, Alb. Ehrenzweig JBl. 1907 Nr. 50—52, v. Hofmannsthal ebda. 1908 Nr. 7, Eisinger NotZ. 1907 Nr. 43). Fischlowitz, Die Stellung der Frau und des unehelichen Kindes im Entw. der Nov. GG. 1908 Nr. 32, 33, E. Adler, Die unehelichen Kinder im Entwurfe GZ. 1909 Nr. 50—52 (dazu Steiner NotZ. 1910 Nr. 31, 32), Alb. Ehrenzweig, Die außerehelichen Personenverhältnisse 1910 (Sonderabdruck a. d. GZ. 1910 Nr. 15, 16). Die ältere Praxis behandelt Fortner in der Festschr. 1911 I S. 587, die neuere Parizek, Einhundert Paternitätsklagen GZ. 1911 Nr. 50.

[2]) E. Prinzing, Art. „Uneheliche Geburten“ im HWB. der Staatswissenschaften.

[3]) Schon vorher hatte er das erwähnte Tiroler Sonderrecht beseitigt: HfD. v. 24. Juli 1783 Nr. 162.

[4]) v. Hock, Der österr. Staatsrat S. 287.

[5]) JosGB. 4 § 16.

auch für die damals bereits Geborenen; diese wurden also mit einem Schlage legitimiert. Unbedenklich gestand man nun die Ehelichkeit auch Kindern zu, die mit nahen Verwandten, z. B. Geschwistern erzeugt wurden[6]) oder die ein Mann mit mehreren ledigen Personen erzeugte.[7]) Blieb der Vater ledig, so ging nach seinem Tode nicht nur das Vermögen, sondern auch Adel und Wappen auf die unehelichen Kinder über.[8]) Vergebens hatte Horten gewarnt: der Wert der Ehe werde herabgedrückt, die Möglichkeit werde eröffnet, sich rechtmäßige Nachkommenschaft zu verschaffen, ohne ein unauflösliches Band zu knüpfen, alle Bestimmungen, die gewissen Ehen entgegenstehen, werden umgangen, polygamische und polyandrische Verhältnisse ermöglicht.[9]) Nach dem Tode des Kaisers setzte die Reaktion ein. Das Patent vom 22. Februar 1791, Nr. 115, behandelte die unehelichen Kinder hart, das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch brachte ihnen eine bescheidene Besserung, aber es verkündete doch noch den Grundsatz (§ 165), daß sie „von den Rechten der Familie und der Verwandtschaft ausgeschlossen" sind. Erst die Teilnovelle von 1914 hat diesen Satz gestrichen und den unehelichen Kindern nach deutschem Muster das Verwandtenrecht gegenüber den Angehörigen der Mutter zugestanden.

Was Kaiser Josef in Österreich, das hat bald darauf, unter den gleichen Einflüssen stehend, die revolutionäre Gesetzgebung in Frankreich unternommen. 1793 gewährte sie den unehelichen Kindern das gleiche Erbrecht wie den ehelichen. Die Folgen waren unheilvoll. Man beeilte sich, nicht nur dieses Erbrecht zu Gunsten der Ehelichen zu schmälern, sondern auch den argen Mißbräuchen dadurch zu begegnen, daß man die bis dahin zulässig gewesene Vaterschaftsklage verbot, so daß also das neue Erbrecht nur den freiwillig anerkannten Kindern zu statten kam. Daran hielt im wesentlichen auch der Code civil (1804) fest. So schlug die übertriebene Begünstigung schließlich zum schwersten Schaden der Unehelichen aus! Das änderte sich in Frankreich erst 1912.

Das Anerkennungssystem[10]) gilt in den Ländern des französischen Rechtes noch immer. Danach unterscheidet man zwischen anerkannten und nicht anerkannten unehelichen Kindern. Jene erhalten den Namen des Vaters und weitgehende Ansprüche auf Unterhalt und Erbe, diese sind — wenigstens dem Vater gegenüber — rechtlos. Doch kennt schon der Code civil in einem Ausnahmsfalle (Entführung) eine gerichtliche Anerkennung.[11]) Das Gesetz vom 16. November 1912[12]) läßt die Klage auf gerichtliche Anerkennung (reconnaissance judiciaire) in weit größerem Umfange, aber doch nicht allgemein zu.

[6]) HfD. v. 12. Juli 1787 Nr. 693.
[7]) HfD. v. 7. März 1787 Nr. 647.
[8]) HfD. v. 12. April 1787 Nr. 661.
[9]) v. Harrasowsky, Entw. Hortens S. 66.
[10]) Vgl. zum folgenden H. Tomforde, Die Unterhaltsklage des unehelichen Kindes im In- und Auslande (1915) mit einer die Verschiedenheit der Gesetzgebungen darstellenden Karte von Europa.
[11]) Vgl. auch Art. 189 Codice civile (casi di ratto o di stupro violento). Dazu Entsch. Slg. VIII Nr. 2973 und

In anderen Ländern gilt das System der Vaterschaftsklage. Zwischen anerkannten und nicht anerkannten Kindern besteht kein wesentlicher Unterschied. Jedes Kind kann die Feststellung der Vaterschaft verlangen, um den Vater zur Gewährung des Unterhaltes zu nötigen. Dieses System gilt in Österreich, in Ungarn[13]), im Deutschen Reiche, in Rußland, in Skandinavien, allerdings mit mancherlei Verschiedenheiten im Einzelnen, insbesondere hinsichtlich der zulässigen Einreden.[14])

Ein gemischtes System gilt in der Schweiz.[15]) Begünstigt sind die freiwillig anerkannten Kinder. Ihnen stehen die vom Gerichte „mit Standesfolge" zugesprochenen Kinder gleich.[16]) Aber auch die anderen unehelichen Kinder können auf Feststellung der Vaterschaft und Gewährung des Unterhaltes klagen.

II. Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (§ 163) stellt eine Vermutung der Vaterschaft[17]) auf. Sie ist begründet, wenn bewiesen ist, daß der Beklagte der Mutter innerhalb der Empfängniszeit[18]), d. h. an einem Tage beigewohnt hat, von dem bis zur Entbindung nicht weniger als hundertachtzig und nicht mehr als dreihundert Tage verstrichen sind. Dabei ist der Tag der Beiwohnung nicht einzurechnen, wohl aber der der Entbindung (§ 902).[19]) Nach dem Gesetze genügt schon das außergerichtliche Geständnis der Beiwohnung zur Begründung der Vaterschaftsvermutung. Man sollte meinen, daß diese Besonderheit durch die Zivilprozeßordnung beseitigt sei. Denn es ist nun Sache des Gerichtes, nach seinem durch Erwägung aller Umstände geleisteten Ermessen zu beurteilen, „inwiefern zufolge eines außergerichtlichen Geständnisses die Notwendigkeit des Beweises entfalle" (§ 266 ZPO.). Die Vorschrift des § 163, derzufolge das außergerichtliche Geständnis den Beweis der Beiwohnung[20]) von Rechts wegen (ohne Rücksicht auf

F. Meda, La ricerca della paternità, Nuova Antologia 171, 507.

12) Wahl in der Revue trimestrielle 1913 S. 5, Goltermann in der DJurZ. 1913 Nr. 1, E. Adler in den JBl. 1913 Nr. 35.

13) Über Bosnien vgl. Ziegler in der NotZ. 1911 Nr. 46.

14) Am schlechtesten ist das uneheliche Kind in England gestellt, es ist dort filius nullius. Doch muß ihm die Mutter und, wenn sie dazu nicht im stande ist (nur dann!), der Vater den Unterhalt gewähren. Am besten wird das uneheliche Kind in Norwegen nach dem Ges. v. 10. April 1915 behandelt. Da bedarf das Kind nicht erst der Vaterschaftsklage, vielmehr bleibt es dem von der Mutter angegebenen Erzeuger überlassen, seine Vaterschaft zu bestreiten. Vgl über dies bahnbrechende Gesetz K. Reinold in JBl. 1916 Nr. 2.

15) Auch in den Niederlanden Tomforde S. 132.

16) Art. 323 ZGB., z. B. wenn der Vater der Mutter die Ehe versprochen hatte. Vgl. Gläßner, Brautkinder JBl. 1908 Nr. 20.

17) Den Strafrichter (z. B. im Falle des § 146 StG.) bindet diese Vermutung nicht: KaffhE. v. 29. Dez. 1914 Nr. 4191.

18) Vgl. oben § 450 II.

19) So schon Entsch. Slg. XIII Nr. 4908.

20) Die gesetzliche Vermutung der Vaterschaft auf Grund der Beiwohnung in der kritischen Zeit gilt selbstverständlich auch für den Fall, daß der Richter gemäß § 266 ZPO. die Beiwohnung lediglich auf Grund des (gerichtlichen oder) außergerichtlichen

die richterliche Überzeugung) ersetzt, wäre somit aufgehoben.[21]) Die Praxis[22]) hält jedoch daran fest, daß sich die Vermutung der Vaterschaft unmittelbar an das Geständnis der Beiwohnung knüpfe. Danach hätten wir es mit einer Beweislastregel zu tun, die weder unbillig noch unzweckmäßig ist: im allgemeinen muß das Kind die Tatsache der Beiwohnung beweisen. Ist aber die Beiwohnung eingestanden worden, dann muß der Gegner die Nichtbeiwohnung, also die Unwahrheit seines Geständnisses erweisen, um der Vermutung den Boden zu entziehen.

Die Anerkennung der Vaterschaft[23]) ist verbindlich (vgl. § 164), jedoch nach den allgemeinen Grundsätzen[24]) anfechtbar. Die Anerkennung kann gegenüber dem Kinde (dem Vormunde oder dem Vormundschaftsgerichte) ausdrücklich oder stillschweigend, außerdem auch gegenüber dem Matrikenführer unter den Bedingungen des § 164 ABGB. (siehe unten IV) erfolgen; eine Erklärung gegenüber einem Dritten kann Geständnis, nicht aber Anerkennung sein.

III. Die Vaterschaftsklage steht dem unehelichen Kinde zu. Die Unehelichkeit muß feststehen oder doch zu vermuten sein. Das mehr als dreihundert Tage nach der Scheidung geborene Kind kann also den außerehelichen Vater ohneweiters belangen[25]), das in den ersten hundertachtzig Tagen der Ehe geborene aber nur, wenn der Widerspruch des Ehemannes zugelassen worden ist.[26]) Spricht die Vermutung für die Ehelichkeit, so ist die Vaterschaftsklage nur zulässig, wenn diese Vermutung rechtzeitig umgestoßen wird.[27])

Fällt die erwiesene oder zugestandene außereheliche Beiwohnung nicht in die gesetzliche Empfängniszeit, so erleichtert keine Vermutung den Beweis der Vaterschaft. Ein Sachverständigenbeweis über die Möglichkeit einer längeren Schwangerschaftsdauer (§ 157) genügt nicht, um die Vaterschaftsvermutung zu begründen.[28]) Vielmehr müßte außerdem der Beweis erbracht werden, daß kein anderer Mann das Kind erzeugt haben könne.[29])

Geständnisses festgestellt hat. Vgl. Wehli, Mat. und form. Wahrheit in den JBl. 1897 Nr. 8, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 249.

[21]) So auch v. Schrutka in Grünhuts Zeitschr. 24 S. 723, Krasnopolski IV S. 268.

[22]) Entsch. Slg. IV Nr. 1629.

[23]) Vgl. v. Anders, FamR. S. 215, Grundriß S. 88, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 247, Tilsch S. 60, Krasnopolski IV S. 265. Westgal. GB. I § 143 (dazu Ofner, Prot. I S. 158), DBGB. § 1718.

[24]) Oben § 162 a. E., Entsch. Slg. V Nr. 2108, XIV Nr. 5550, Eisinger, Das Vaterschaftsanerkenntnis des mj. Kindesvaters im außerstreitigen Verfahren in der NotZ. 1906 Nr. 3.

[25]) Judikat 221, oben § 450 Note 23.

[26]) Oben § 450 nach Note 32.

[27]) Oben § 451 Note 39. Entsch. Slg. XII Nr. 4654, 4711, XV Nr. 6167, XVI Nr. 6255 u. a.

[28]) Vgl. den Fall der Entsch. Slg. XV Nr. 5990, wo die Kindesmutter eine Schwangerschaftsdauer von 320 Tagen behauptete.

[29]) Entsch. Slg. Nr. 9148, XV Nr. 5772, Entsch. v. 6. Juli 1915 JBl. 1915 Nr. 47 und v. 2. Mai 1916 ebda. 1917 Nr. 2. Vgl. v. Liszt S. 41 Note 43, Krasnopolski IV S. 267 Note 1, Endemann, BürgR. II § 206 a Note 42.

Wenn die Beiwohnung in die gesetzliche Empfängniszeit fällt, ist es Sache des Beklagten, die Vermutung der Vaterschaft zu widerlegen.[30]) Der Gegenbeweis aus der Reife des Kindes kann eine kürzere als die gesetzliche Empfängniszeit ergeben.[31]) Möglich ist auch der Beweis, daß die Mutter schon zur Zeit der Beiwohnung schwanger war[32]), sowie der Beweis der Zeugungsunfähigkeit.[33]) Der Beweis, daß ein die Empfängnis verhütendes Mittel mit Erfolg angewendet worden sei, wird nicht leicht gelingen.[34])

Eine schwierige Lage entsteht, wenn die Mutter in der Empfängniszeit nachweisbar mit mehreren Männern verkehrt hat. Die Gesetzgebungen, die die Vaterschaftsklage zulassen, gehen in diesem Punkte auseinander. Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch läßt die Frage offen. Sie ist aber durch eine feste Praxis längst entschieden. Die in Betracht kommenden Lösungen sind folgende:

a) Man könnte die Beischläfer als „Zahlväter" für den Unterhalt zur gesamten Hand haften lassen. So ist es in Dänemark und in Norwegen. Für Österreich ist hiefür Wildner[35]) eingetreten — leider ohne Erfolg.

b) Man könnte alle Beischläfer von jeder Verpflichtung loszählen. So ist es im Deutschen Reiche[36]), in der Schweiz und in Rußland und so wäre es auch in Österreich, wenn Unger[37]) und Liszt[38]) Recht behalten hätten.[39]) Jeder Beischläfer kann sich nach deutschem Rechte auf

[30]) Haimerl Zeitschr. f. österr. RG. 1836 I S. 311 f., Janiczek, Zur Frage des Gegenbeweises gegen die Präsumtion des § 163, JBl. 1882 Nr. 38, v. Schrutka in Grünhuts Zeitschr. 24, 724, Kreis in den JBl. 1902 Nr. 28, Alb. Ehrenzweig a. a. O. S. 17.

[31]) Oben § 450 Note 10, § 451 II C. Entsch. Slg. III Nr. 888, VI Nr. 2195, VII Nr. 2682, 2783, VIII Nr. 2920, X Nr. 4031, XV Nr. 6118, 6177, XVI Nr. 6236. Pitreich, Der Gegenbeweis aus dem Reifegrade GZ. 1884 Nr. 73 bis 75, Tilsch S. 59, v. Liszt S. 39 ff. Dagegen Krainz, Krasnopolski, ältere und vereinzelte neuere Entscheidungen, so Entsch. Slg. XI Nr. 4230.

[32]) Dagegen Krasnopolski IV S. 269.

[33]) Entsch. Slg. XVI Nr. 6271, vgl. auch VIII Nr. 3225, XIV Nr. 5334. Hingegen kümmert sich Entsch. Slg. X Nr. 4054 nicht um die nachgewiesene Aspermie, als wäre die Zeugung noch immer ein undurchdringliches Geheimnis. Die Zeit, in der man die Spermatozoen für Parasiten erklärte, ist vorüber! Auch die Praxis muß schließlich die Fortschritte der Wissenschaft zur Kenntnis nehmen.

[34]) Entsch. Slg. Nr. 5338, XIV Nr. 5334, XV Nr. 6036, v. Liszt S. 49; für unzulässig hält diesen Beweis Krasnopolski S. 270 Note 3.

[35]) Jurist 13, 301; dagegen van der Straß ebda. 15, 476, Turnes ebda. 17, 357. Vgl. auch v. Herget, Kann ein Kind mehrere leibliche Väter haben? in den Prager Mitt. 1876, 139. Unten Note 41.

[36]) § 1717 DBGB. Diese Bestimmung wurde von Anton Menger vergebens bekämpft. Mit dem deutschen Rechte befassen sich Entsch. Slg. IX Nr. 3430, XI Nr. 4112, XIII Nr. 5126, Entsch. v. 2. März 1915 GZ. 1915 Nr. 24.

[37]) GZ. 1857 Nr. 135—137.

[38]) a. a. O. S. 64.

[39]) In Ungarn kann der Beklagte die gewerbemäßige Unzucht der Mutter einwenden. Tomforde S. 124; ebenso § 215 ung. Entw., vgl. auch Art. 315 Schweiz. ZGB. Zum (älteren)

den andern berufen, indem er die Einrede des Umganges mit mehreren erhebt. Vorsichtige Männer sorgen rechtzeitig für Teilhaber, um sich diese Einrede zu sichern. Zwei Brüder z. B. verkehren auf Grund einer Abrede in der kritischen Zeit mit demselben Mädchen.[40])

c) Der Vormund hat die Wahl. Mittelbar entscheidet also die Mutter, deren Angaben ja unentbehrlich sind. Die kritische Zeit bietet ihr genügenden Spielraum, um neben dem vielleicht vermögenslosen Geliebten einen oder einige zahlungsfähige Freunde zu gewinnen. Sie kann dann einen dem Vormunde ausliefern und von den anderen für die Freigabe hübsche Lösegelder einziehen. Dieses System gilt in Schweden und in Österreich. Die österreichische Praxis ist hierin durchaus einig; es gibt wenige Rechtssätze, die so sehr jedem Zweifel entrückt sind, wie der Ausschluß der Einrede des Umganges mit mehreren — trotz des Schweigens des Gesetzes und trotz gelegentlicher Bestreitung im Schrifttume. Aber auch das steht für die heutige Praxis fest, daß mehrere nicht zu gleicher Zeit Väter des nämlichen Kindes sein können. Kann nun der Vormund einen Vater nachträglich freigeben, um sich an einen andern zu halten? Zeiller[41]) erklärte dies im Falle der Zahlungsunfähigkeit für zulässig, seine Ansicht ist aber — ungeachtet ihrer Zweckmäßigkeit — nicht durchgedrungen. Ist die Vaterschaft eines Mannes rechtskräftig festgestellt worden, so kann sich nach der Praxis jeder andere Beischläfer auf das Urteil berufen, solange es nicht durch ein außerordentliches Rechtsmittel umgestoßen worden ist.[42]) Hingegen behandelt die Praxis die Anerkennung — vor dem Pfarrer nach § 164[43]) oder vor Gericht — freier. Zwar kann sich der Zweite auf die Anerkennung des Ersten berufen[44]), aber der Kläger kann im Prozesse gegen den Zweiten die Anerkennung des Ersten durch den Nachweis entkräften, daß sie nicht ernst gemeint[45]) oder unbegründet[46]) gewesen sei.[47])

IV. Die Anerkennung der unehelichen Vaterschaft kann auch durch das Geburtsbuch erwiesen werden; es macht vollen Beweis, wenn die Eintragung mit (persönlich erteilter) Einwilligung des Vaters auf Angeben der Mutter erfolgt ist und vom Seelsorger (Matrikenführer) und dem Paten mit dem Beisatz, daß sie den Vater persönlich kennen, bezeugt worden ist.[48]) Kennen sie den angeblichen Vater nicht, so müssen Identitäts-

ung. Entw.: Putz NotZ. 1901 Nr. 35, 36. Vgl. auch Ziegler, Der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes nach ung. R. NotZ. 1911 Nr. 8—10.

[40]) Vgl. den Rechtsfall Slg. XI Nr. 4112.

[41]) Komm. I S. 364. Die Protokolle sind unklar. Pfaff Grünhuts Zeitschr. 2, 312. Die Prager Fakultät hatte beantragt, daß mehrere Beischläfer die Erziehungskosten gemeinschaftlich tragen sollten. Ofner, Prot. I S. 160.

[42]) Vgl. oben § 160 bei Note 63. Dernburg, BürgR. IV § 89 Note 8.

[43]) Entsch. Slg. Nr. 8854.

[44]) Vgl. v. Larcher JBl. 1882 Nr. 32.

[45]) Entsch. Slg. XV Nr. 6019.

[46]) Beweis der Nichtbeiwohnung: Entsch. Slg. XV Nr. 6026.

[47]) Vgl. Endemann, Lehrbuch II § 206 a Note 18.

[48]) § 164 BGB. und schon Resolution v. 16. Okt. 1787 JGS. Nr. 733; auf sie gehen im § 164 die

zeugen beigezogen werden.[49]) Die Anwesenheit des Paten ist überhaupt nicht wesentlich; der Erzeuger kann die Vaterschaft auch nach der Taufe vor dem Pfarrer und einem Zeugen — der eben nicht der Pate sein muß — anerkennen.[50]) Wesentlich ist aber die Angabe der Mutter. Nur der von ihr Angegebene kann sich als außerehelicher Vater eintragen lassen.[51]) Die Mutter darf übrigens nicht verhalten werden, den Vater anzugeben; sie darf sogar ihren eigenen Namen bei der Eintragung des Kindes in das Geburtsbuch verheimlichen.[52])

§ 461.

B. Rechte des Kindes.[1])

I. Die unehelichen Kinder genießen nach § 155 nicht gleiche Rechte mit den ehelichen. § 165 schloß sie geradezu von den Rechten der Familie und der Verwandtschaft aus. Davon ist in der neuen Fassung des Paragraphen keine Rede. Jetzt haben die unehelich Geborenen gegenüber der Mutter und den mütterlichen Verwandten dieselben Rechte wie die Ehelichen. Gegenüber dem Vater ist ihre Rechtsstellung ungünstiger; den Verwandten des Vaters bleiben sie fremd.

Der Name des unehelichen Kindes ist der Mädchenname der Mutter ohne den etwaigen Adel. Der Mutter folgen sie auch in der Staatsbürgerschaft, in der Religion[2]), in der Zuständigkeit, im Gerichtsstande.

Ist die Mutter verheiratet, so wachsen ihre unehelichen Kinder oft wie eheliche im Schoße der Familie auf, sie gelten als Kinder des Stiefvaters. Sie selbst wissen es nicht besser. Aber die Verschiedenheit des Namens zerstört — gewöhnlich schon beim Eintritte in die Schule — den falschen und doch wohltätigen Schein. Bei der Beratung

Worte „nach gesetzlicher Vorschrift". Dazu Ehrenzweig, Festschr. 1911 II S. 628.

[49]) Instr. v. 21. Okt. 1813, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 247 Note 1.

[50]) HKzD. v. 27. Juni 1835 PGS. 63, 241. Stubenrauch a. a. O.

[51]) Entsch. Slg. Nr. 12.522. Riehl in der GZ. 1897 Nr. 36.

[52]) HfD. v. 5. Sept. 1788 JGS. Nr. 885, HKzD. v. 21. Okt. 1815 JGS. Nr. 1185; Entsch. Slg. Nr. 10.161, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 246 Note 1, v. Liszt S. 25, Alb. Ehrenzweig S. 12. Insbesondere über die Geheimhaltung des Vaters: Reis in der JWSchr. 1885 S. 86 ff., Kipp, Lehrbuch IV § 94 bei und in Note 16. über Geheimhaltung der Mutterschaft: v. Kißling in der GH. 1879 Nr. 97, Schindler in der ZfVerw. 1893 Nr. 38.

[1]) R—r, Die Rechte des unehelichen Kindes und der Mutter desselben in der NotZ. 1877 Nr. 3—5, Frischauf, Das uneheliche Kind und sein Recht ebda. 1895 Nr. 3, v. Lakenbacher, Die Alimentationspflicht des unehelichen Vaters in der GH. 1905 Nr. 47, Franck, Die Ansprüche des unehelichen Kindes und der unehelichen Mutter Kassel 1890, Lößl, Recht auf Unterhalt S. 95 f., v. Liszt, Pflichten des außerehelichen Konkumbenten S. 85 ff., Hollerstein, Das uneheliche Kind JBl. 1917 Nr. 2. Vgl. auch die oben § 460 Note 1 angeführten Schriften von v. Hussarek, E. Adler u. a., sowie die ebda. Note 10 genannte rechtsvergleichende Schrift von H. Tomforde.

[2]) Art. I Ges. v. 25. Mai 1868 RGBl. Nr. 49. Entsch. Slg. XV Nr. 5833.

des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches nahm die Reichstagskommission auf Antrag der Sozialdemokraten in das Gesetzbuch eine Bestimmung (§ 1706) auf, die dem Ehemanne der Mutter die Übertragung seines Namens auf das Kind ermöglicht. Diese Neuerung fand auch bei uns Beifall.[3]) Die Teilnovelle von 1914 übernahm sie (§ 165 ABGB.). Das Gesetz verlangt zur Namensübertragung die übereinstimmenden Erklärungen des Ehemannes der Mutter, der Mutter selbst und des Kindes. Ist das Kind minderjährig, so ist die Zustimmung des Vormundes und des Vormundschaftsgerichtes nötig. Die Einwilligung der Mutter ist unentbehrlich, der Richter kann sie nicht ersetzen; aber wenn die Mutter gestorben ist, fällt dieses Erfordernis weg.[4]) Die Erklärungen werden der politischen Landesbehörde[4a]) in öffentlicher oder beglaubigter Form vorgelegt. Gewöhnlich nimmt sie das Vormundschaftsgericht zu Protokoll und übermittelt das Protokoll der Landesbehörde.[5]) Diese Namensübertragung ist aber nur einmal zulässig, auch wenn die Mutter wiederholt heiratet.[6])

II. Das uneheliche Kind kann „von seinen Eltern eine ihrem Vermögen angemessene Verpflegung, Erziehung und Versorgung" fordern (§ 166).

1. Das Recht und die Pflicht zur Erziehung im engeren Sinne (der geistigen, religiösen, leiblichen Pflege) steht zunächst der Mutter zu, während der Vater die Kosten zu tragen hat; nur wenn sich gegen die Erziehung durch die Mutter Bedenken ergeben, ist der Vater berechtigt und verpflichtet, das Kind zu sich zu nehmen oder es anderswo unterzubringen, wo es ordentlich erzogen werden kann (§ 169).

a) Das Recht der Mutter hängt davon ab, daß sie das Kind „der künftigen Bestimmung gemäß" erziehen kann. Diese Bestimmung — die Berufswahl — steht ihr nicht zu. Sie ist Sache des Vormundes und des Vormundschaftsgerichtes. Die Gesetzesverfasser dachten an den Fall, daß z. B. der Vater von hoher und die Mutter von „sehr minderer" Geburt ist und daß der Vater „sein uneheliches Kind zu einer höheren Bestimmung erzogen wissen will".[7]) Darauf muß aber das Vormundschaftsgericht nicht eingehen. Die Möglichkeit einer vornehmeren Erziehung ist kein hinlänglicher Grund, das Kind von der Mutter zu trennen. Das ergibt der zweite Satz des § 169, der diese Trennung nur gestattet, wenn das Wohl des Kindes durch die mütterliche Erziehung Gefahr läuft.

b) Auch wenn das Kind nicht von der Mutter erzogen werden kann — so z. B. nach ihrem Tode[8]) — ist es keineswegs ein unbedingtes

[3]) Janisch NotZ. 1908 Nr. 2.

[4]) Kipp, Lehrbuch IV § 94 Note 5 u. a.

[4a]) Über ihre örtliche Zuständigkeit vgl. die Mitt. in VerwZ. 1916 Nr. 47.

[5]) Mitt. im JMWBl. 1915 S. 248. Hellmer in der GZ. 1915 Nr. 31.

[6]) Endemann, Lehrbuch § 206 Note 19.

[7]) Sonnenfels bei Ofner, Prot. I S. 159.

[8]) v. Anders, Familienrecht S. 220, Stubenrauch 8. Aufl. S. 254, Krasnopolski S. 282 Note 8, Entsch. Slg. XI Nr. 4172.

Recht des Vaters, das Kind zu sich zu nehmen oder anderwärts unterzubringen. Vielmehr liegt die Entscheidung beim Vormundschaftsgerichte[9]) und dieses läßt sich dabei in erster Linie von der Rücksicht auf das Wohl des Kindes leiten. Auch die eigenen Neigungen des Kindes fordern Beachtung.[10])

2. Für den Unterhalt hat immer der Vater aufzukommen, selbst wenn die Mutter ein größeres Vermögen oder Einkommen besitzt.[11]) Voraussetzung der Verpflichtung des Vaters ist seine Leistungsfähigkeit.[12]) Dabei ist jedoch zu beachten, daß der Vater verpflichtet ist, nicht nur sein Vermögen und das bereits erlangte Einkommen für das Kind zu verwenden, sondern nötigenfalls alle Kräfte anzuspannen, auch seinen Kredit[13]) und seine Familienbeziehungen auszunützen, um das Kind zu erhalten.[14]) Daß das Einkommen des Vaters der Zwangsvollstreckung entzogen ist, steht seiner Verurteilung nicht im Wege.[15]) Nach dem Vater muß die Mutter für den Unterhalt aufkommen und nach ihr haften ihre Eltern (§ 166).

Das Maß des Unterhaltes richtet sich nicht nach dem Stande[16]), sondern bloß nach dem Vermögen der Eltern (§ 166). Die meisten unehelichen Kinder müssen mit der geringsten Lebensstellung vorlieb nehmen. Aber das uneheliche Kind eines reichen Mannes kann sehr wohl eine Erziehung beanspruchen, die über den Stand seiner Mutter hinausgeht.

---

[9]) Entsch. Slg. VIII Nr. 3140: das Kind bleibt beim Vormunde; Entsch. Slg. I Nr. 278: es bleibt bei den mütterlichen Großeltern; Entsch. Slg. XI Nr. 4172: es wird bei der vom Vater gewählten Person untergebracht.

[10]) Vgl. Entsch. Slg. I Nr. 278: „Fünfjährige liebevolle Pflege hat im Kinde bereits das Bewußtsein der Familienzugehörigkeit geweckt." Einen Fall dieser Art erzählt ausführlich Rintelen, Verf. außer Streitsachen S. 96.

[11]) Ebenso § 1709 DBGB. Tatsächlich leistet der Vater gewöhnlich nur einen Beitrag. Alb. Ehrenzweig, Die außerehelichen Personenverhältnisse S. 23. Vgl. Kafka GZ. 1910 Nr. 7. Über den Grund der Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters vgl. v. Hussarek a. a. O. S. 502 ff., Löbl S. 100 ff., v. Liszt S. 109 ff., Lenhoff, Die Natur der außerehelichen Alimentation GZ. 1909 Nr. 37.

[12]) Vgl. unten, insbesondere bei Note 22; anders nach deutschem Rechte.

[13]) Gültigkeit der Bürgschaft für den Leistungsunfähigen: Entsch. Slg. IX Nr. 3557.

[14]) Der vermögenslose Sohn reicher Eltern kann also, auch wenn er selbst noch von seinen Eltern lebt, sich der Unterhaltspflicht nicht entziehen. Er muß sie zu bestimmen suchen, auch für sein Kind zu sorgen, oder aber sich um einen Erwerb bemühen oder Schulden machen. Entsch. Slg. III Nr. 1068, IV Nr. 1453, Entsch. v. 18. Nov. 1904 RichterZ. 1905 Nr. 1, Entsch. Slg. XIII Nr. 5193, XV Nr. 5851. Löbl S. 34, 115 f. Doch soll nach Entsch. Slg. IV Nr. 1643 ein Kavallerieoffizier nicht verpflichtet sein, die von seinem reichen Vater bezogene Apanage für das uneheliche Kind zu verwenden. Vgl. über die „immunen Kindesväter" Alb. Ehrenzweig S. 24, v. Hussarek Grünhuts Zeitschr. 20, 552.

[15]) Entsch. Slg. XIII Nr. 5007.

[16]) Entsch. Slg. XV Nr. 6101. Nach deutschem Rechte (GB. § 1708) entscheidet die Lebensstellung der Mutter. „Der Sprachlehrer, von welchem die Prinzessin ein außereheliches Kind empfängt, hätte demselben hienach prinzlichen Unterhalt zu leisten" (Dernburg, BürgR. IV § 89). Vgl. hiezu Reichel, Gesetz und Richterspruch S. 87.

Zum Unterhalte gehören übrigens nicht bloß die Kosten der Verpflegung und Erziehung, sondern überhaupt die des „gesamten Lebensbedarfes".[17])

Die nachträgliche Geltendmachung des Unterhaltsanspruches für die Vergangenheit wird dem Kinde von der Praxis im Einklange mit der herrschenden Lehre verwehrt: nemo pro præterito alitur.[18]) Über den Unterhaltsersatzanspruch dritter Personen[19]) setzt Judikat Nr. 81 (Slg. Nr. 5177) folgendes fest: „Die von der außerehelichen Mutter oder von einer dritten Person, welche das außerehelich geborene Kind, während der Zeit, da es sich selbst zu erhalten unvermögend war, verpflegte, an den Erzeuger desselben gestellte Forderung auf Ersatz der bezüglichen Unterhaltskosten ist nach den Grundsätzen des Zivilrechtes in Angelegenheiten fremder Geschäftsführung und insbesondere des § 1042 ABGB. zu beurteilen und unterliegt demnach nur der ordentlichen Verjährung nach § 1479 ABGB. und nicht der vom § 1480 oder § 1489 ABGB. vorgesehenen kürzeren Verjährung." Es wurde bereits (oben § 411) ausgeführt, daß der auf Grund des § 1042 erhobene Anspruch nicht den Geschäftsführungswillen, wohl aber die Absicht voraussetzt, seinerzeit Ersatz zu verlangen.[20]) Eine solche Absicht ist nicht anzunehmen, wenn der Vater durch längere Zeit nicht angegangen wird, es sei denn, daß für diese Unterlassung annehmbare Gründe nachweisbar sind.[21]) Der nachträgliche Ersatzanspruch ist unbegründet, wenn die Unterhaltskosten deshalb nicht rechtzeitig gefordert werden konnten, weil der Vater im Sinne des § 166 außer stande war, sie aufzubringen. In dieser Hinsicht trifft jedoch den Vater die Beweislast.[22]) Da der Ersatzanspruch kein Unterhaltsanspruch ist, kommen ihm die Begünstigungen des Unterhaltsanspruches hinsichtlich des Gerichtsstandes[23]) und der Zwangsvollstreckung[24]) nicht zu.

[17]) § 1708 DBGB. Dazu gehören auch die Kosten des Rechtsstreites über die eheliche Geburt: Entsch. Slg. XIV Nr. 5618. Die Ehebrecherin ist nicht verpflichtet, diese Kosten zu ersetzen: Entsch. v. 26. Okt. 1915 GH. 1915 Nr. 51.

[18]) So schon JB. Nr. 40 (Slg. Nr. 1375). Vgl. auch die Gründe zu JB. Nr. 81 (Slg. Nr. 5177), v. Hussarek Grünhuts Zeitschr. 20 S. 665, Pick ebda. 28 S. 103, Löbl S. 51 ff. — Anders Krainz und (hinsichtlich des unehelichen Kindes) DBGB. § 1711: „Der Unterhalt kann auch für die Vergangenheit verlangt werden."

[19]) „Pseudoalimente", Pick S. 105.

[20]) Entsch. Slg. Nr. 7867, 8026, 11.194, 13.726, XV Nr. 5853 u. a. Bei der Gemeinde bedarf diese Absicht keines Beweises: Entsch. Slg. XVI Nr. 6223. Vgl. auch Entsch. v. 18. Febr. 1913 JBl. 1916 Nr. 9, betr. den Ersatzanspruch des Landeszentralkinderheimes.

[21]) Entsch. Slg. X Nr. 3714. Vgl. die ungarischen Entscheidungen im JMWBl. 1902 S. 237. Besonders häufig wird der Vater zunächst verschont, wenn die Mutter erwartet, daß er sie heiraten werde. In solchen Fällen entspricht es zumeist der Billigkeit, dem Ersatzanspruche stattzugeben: Entsch. Slg. IV Nr. 1453, V Nr. 2043 (entgegengesetzt: I Nr. 203). Vgl. auch Löbl S. 117, v. Liszt S. 129 ff.

[22]) Entsch. Slg. Nr. 4770 (SpR. Nr. 29), 7867, 15.037; anders Slg. Nr. 4306.

[23]) M. Pollak in der GZ. 1901 Nr. 34; dagegen Entsch. Slg. IX Nr. 3312, J. Ph. Mayer GZ. 1900 Nr. 27, vgl. auch die Korrespondenz: Zu § 49 Z. 2 JN. in den JBl. 1906 Nr. 12.

[24]) Entsch. Slg. Nr. 15.297, 15.749,

Besitzt das Kind eigene Einkünfte, so haben die Eltern nur den Rest des Erfordernisses beizusteuern.[25])

Die Unterhaltspflicht beginnt mit der Geburt des Kindes. Da der Vaterschaftsanspruch nicht vor der Geburt geltend gemacht werden kann[26]) und das Verfahren oft längere Zeit in Anspruch nimmt, wird die Mutter in den ersten Monaten oft gezwungen sein, den Unterhalt vorzuschießen. Sie kann dadurch in arge Not geraten. Deshalb gestattet ihr der § 168, nicht nur ihren eigenen Anspruch auf Ersatz der Entbindungs- und Unterhaltskosten (§ 167) schon vor der Geburt geltend zu machen, sondern auch eine vorläufige Vaterschaftsklage für das ungeborene Kind anzubringen, gerichtet auf Hinterlegung des Unterhaltes für die drei ersten Monate.[27]) Diesen Anspruch macht also nicht etwa die Leibesfrucht (durch einen Kurator) geltend[28]), sondern die Mutter.[29]) Es handelt sich ja darum, ihr — als der an zweiter Stelle Verpflichteten — die Nötigung zu ersparen, den Unterhalt vorschußweise an Stelle des Vaters zu bestreiten.[30])

Die Voraussetzungen dieses Anspruches sind folgende:

a) Die Mutter muß „dessen bedürftig" sein. Sie muß sich nicht gerade „in Not" befinden.[31]) Aber wenn es ihr leicht fällt, den Unterhalt bis zur Entscheidung über die Vaterschaft vorzuschießen, entfällt der Anspruch. Das ist freilich ein seltener Fall.

b) Die Schwangere muß die Vaterschaft gemäß § 163 glaubhaft machen. Sie muß also jedenfalls ihre Schwangerschaft und die Beiwohnung nachweisen. Daß die Beiwohnung in die kritische Zeit falle, kann nicht Gegenstand des Beweises sein, weil die kritische Zeit vor der Geburt nicht feststeht. Aber eine Beiwohnung, die dem durch Sachverständige festgestellten Stadium der Schwangerschaft offenbar nicht entspricht, muß außer Betracht bleiben.

c) Dem Belangten steht die Einrede des unzüchtigen Lebenswandels zu, obwohl er eine solche Einrede gegenüber der ordentlichen Vaterschaftsklage nicht erheben könnte. Der Gesetzgeber will hiemit Er-

IX Nr. 3312 u. a. Pick S. 123 f.; entgegengesetzt Entsch. Slg. Nr. 15.927 u. a. Löbl S. 52.

25) Peitler 2. Aufl. Nr. 52. Anders nach deutschem Rechte: Motive IV S. 896.

26) Entsch. Slg. III Nr. 966.

27) § 1716 DBGB., Art. 321 Schweiz. ZGB., § 226 ung. Entw. Alb. Ehrenzweig a. a. O. S. 9, v. Gernerth, Bemerkungen zu § 11 TeilNov. GZ. 1914 Nr. 49.

28) Ein Kurator der Leibesfrucht kann einstweilige Verfügungen zur Sicherung des ganzen künftigen Unterhaltes erwirken: Entsch. Slg. XVI Nr. 6455. Vgl. Reichsgerichts-Komm. zu § 1912: „Nicht ausgeschlossen ist durch § 1716 [= § 168 ABGB.] die Bestellung eines Pflegers der Leibesfrucht zur Ausbringung eines Arrestes gegen den natürlichen Vater, der sich der künftigen Unterhaltspflicht zu entziehen sucht."

29) Verfahren außer Streitsachen: Entsch. v. 21. Dez. 1915 OG. Nr. 1718, v. Gernerth a. a. O., Alb. Ehrenzweig S. 10 Note 18, M. Hantsch GZ. 1915 Nr. 12. A. M.: Hellmer ebda. 1914 Nr. 43, v. Schrutka NotZ. 1915 Nr. 4.

30) Vgl. oben § 455 Note 32.

31) Art. 321 Schweiz. GB.

pressungsversuchen einen Riegel vorschieben, die ja vor der Entbindung noch leichter möglich wären als nachher[32]), weil die Unsicherheit der Vaterschaft dort noch größer ist.

Die Mutter kann verlangen, daß der mutmaßliche Vater sowohl die ihr persönlich gebührenden Beträge als auch den dreimonatigen Unterhalt für das Kind schon vor dessen Geburt bei Gericht erlege. Dadurch entsteht nicht etwa bloß ein Pfandrecht, sondern ein (durch die Geburt) bedingter Erfolglassungsanspruch. Es ist Sache des Gerichtes, die Ausfolgung der Unterhaltsbeträge für das Kind monatlich im voraus (§ 1418) zu Handen des Vormundes oder der Mutter zu verfügen. Über die Vaterschaft ist bei alledem noch nicht rechtskräftig entschieden. Ergibt sich aus dem Zeitpunkte der Geburt, daß die Beiwohnung nicht in der kritischen Zeit stattgefunden hat, so kann der angebliche Vater seine Vaterschaft bestreiten und die erlegten oder gezahlten Beträge zurückverlangen.

Der Unterhalt endet, wie bei ehelichen Kindern (§ 141), sobald die Kinder „sich selbst ernähren können". Die Pflicht ist also nicht auf die Dauer der Unmündigkeit beschränkt[33]), vielmehr fehlt jede Altersgrenze.[34]) In Vergleichen[35]) und in gerichtlichen Erkenntnissen wird der Vater regelmäßig zur Gewährung des Unterhaltes „bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit" verpflichtet. Ist sie eingetreten, so kann der Vater verlangen, daß das Gericht die Erlöschung der Unterhaltspflicht feststelle.[36]) Die Selbsterhaltungsfähigkeit ist „relativ, das ist nach Maßgabe der Verhältnisse des Kindes und des alimentationspflichtigen außerehelichen Vaters zu beurteilen".[37]) Die bereits erloschene Unterhaltspflicht lebt aber wieder auf, wenn das Kind in der Folge erwerbsunfähig wird und nähere Verpflichtete (Ehemann, Kinder) nicht vorhanden oder nicht leistungsfähig sind.[38]) Die Begräbniskosten werden von der Rechtsprechung zu den Unterhaltskosten gerechnet, weil damit „an dem Kinde das letzte Werk leiblicher Sorgfalt geübt wird".[39])

Die Unterhaltspflicht des außerehelichen Vaters besteht nur gegen-

[32]) HHVer. S. 23.

[33]) Wie Swoboda Jurist XII S. 449 behauptet hat.

[34]) Anders z. B. in Schweden (15 Jahre), im Deutschen Reiche (16 Jahre), in der Schweiz (18 Jahre), in den Niederlanden (21 Jahre).

[35]) Mitt. im JMVBl. 1907 S. 187.

[36]) Zuständigkeit: Entsch. Slg. XV Nr. 5844.

[37]) So Entsch. Slg. XIII Nr. 5034. Diese Entscheidung erklärt die vierzehnjährige, durch Chlorose in der Entwicklung zurückgebliebenen Tochter eines gebrechlichen alten Flickschneiders für selbsterhaltungsfähig. Dagegen gibt Entsch. Slg. Nr. 13.587 der Unterhaltsklage eines siebzehnjährigen Drechslers und Entsch. Slg. V Nr. 1827 der Klage einer einundzwanzigjährigen Lehrerin statt. Nach Entsch. Slg. XIV Nr. 5706 ist die zwanzigjährige, kaufmännisch gebildete Tochter eines vermögenden Vaters selbsterhaltungsfähig, auch wenn sie zur Zeit weniger verdient, als die bisherigen Unterhaltsbeiträge ausgemacht haben. Vgl. auch Lößl S. 117 f.

[38]) Entsch. Slg. IX Nr. 3643.

[39]) Entsch. Slg. Nr. 3227, 4668 (SpR. Nr. 10), 13.562, XV Nr. 5881. Vgl. Pfaff in den JBl. 1883 Nr. 22, v. Hussarek S. 660, der beide Verpflichtungen zwar streng scheidet, sie aber doch „ein Zwillingspaar" nennt.

über dem Kinde, die der Mutter erstreckt sich, wie das Erbrecht, auch auf die ehelichen Nachkommen des unehelichen Sohnes[40]) und auf die sämtlichen Nachkommen der unehelichen Tochter.

3. Das Wort „Versorgung"[41]) im § 166 wurde bei der Superrevision von einem der Redaktoren (Pratobevera) beanstandet, weil man es leicht dahin mißdeuten könne, „daß das uneheliche Kind sogar die Gründung einer eigenen Haushaltung, einer Handwerksgerechtsame, eines Etablissements fordern könne". Die übrigen Mitglieder der Kommission erklärten aber, man werde unter dem Worte „Versorgung" nichts anderes verstehen, „als daß das uneheliche Kind auf jenen Weg geleitet werde, auf welchem es sodann im stande ist, sein Brot zu erwerben". So wird es denn auch in der Praxis gehalten.[42]) Sicherstellung des Versorgungsanspruches kann vor der Zeit des wirklichen Bedarfes in der Regel nicht verlangt werden. SpR. Nr. 74 (Slg. Nr. 5476): „Wenn ein uneheliches Kind auf Grund des § 166 ABGB. gegen seinen unehelichen Vater einen Klageanspruch auf Zahlung eines Geldbetrages behufs seiner Versorgung stellt, so liegt demselben ob, nachzuweisen, daß der Anlaß und das Bedürfnis hiezu eingetreten sei."[43]) Unter dieser Voraussetzung kann auch ein großjähriges Kind eine Versorgung verlangen.[44]) Der Verjährung ist der Versorgungsanspruch ebenso wie der Unterhaltsanspruch entzogen (§ 1481).

Ein Heiratsgut kann die uneheliche Tochter nach § 1220 „nur" von ihrer Mutter verlangen — also nicht vom Vater und auch nicht von den

[40]) Entsch. Slg. XIV Nr. 5669.

[41]) Lößl, über den Begriff der Versorgung nach § 166 BGB. in den JBl. 1885 Nr. 41, 42, E. F., Zur Lehre vom Anspruch unehelicher Kinder auf Versorgung ebda. 1888 Nr. 13 (dazu Lößl ebda. Nr. 16), Ungenannt, Zur Versorgungspflicht nach § 166 ebda. 1892 Nr. 18, Kienböck in der GZ. 1898 Nr. 29 (Korrespondenz), DHKG. NotZ. 1916 Nr. 29 (Korrespondenz).

[42]) Entsch. Slg. Nr. 2462: Das Kind, das ein Handwerk erlernt hat, ist versorgt, auch wenn ihm die Mittel zum selbständigen Betriebe des Handwerks (das Meisterrecht) fehlen. Ebenso Entsch. Slg. Nr. 10.100, ähnlich Slg. XV Nr. 5755. Nach Entsch. Slg. Nr. 12.091, 13.756 und III Nr. 1183 ist das Kind nach Erlernung des Kaufmannsgewerbes versorgt und hat keinen Anspruch auf Etablierung als selbständiger Kaufmann. Nach Entsch. Slg. XV Nr. 5786 hat die heiratsfähige Tochter, die als Praktikantin monatlich 80 K bezieht, keinen Anspruch auf bessere Versorgung; vgl. auch Entsch. Slg. XIV Nr. 5766 und Entsch. v. 26. April 1916 NotZ. 1916 Nr. 35 (als gelernte Modistin). Nach Entsch. Slg. Nr. 13.076 kann das Kind nach Absolvierung des Obergymnasiums nicht Bestreitung der Kosten des Universitätsstudiums verlangen. Entsch. Slg. Nr. 2619 läßt sogar das Kind als versorgt gelten, das sich nur als Taglöhner durch seiner Hände Arbeit ernähren kann; ähnlich Entsch. Slg. IX Nr. 3605 (als landwirtschaftlicher Arbeiter). Mehr fordern von den Eltern Entsch. Slg. Nr. 133, 307, 1832, 2054, XV Nr. 5755. Heirat der Tochter als Versorgung: Entsch. Slg. XIV Nr. 5363, vgl. auch IX Nr. 3643. Pann GH. 1868 Nr. 71, Lößl, Recht auf Unterhalt S. 109 ff.

[43]) Vgl. auch Entsch. Peitler 2. Aufl. Nr. 69. Straß Jurist XVII S. 499. Ausnahmsfälle: Lößl S. 114 Entsch. Slg. Nr. 11.804.

[44]) Eine fünfunddreißigjährige außereheliche Tochter: Entsch. Slg. XV Nr. 5755.

Großeltern.[45]) Dasselbe gilt für den Ausstattungsanspruch des unehelichen Sohnes.[46])

III. „Es steht den Eltern frei, sich über den Unterhalt, die Erziehung und Versorgung des unehelichen Kindes miteinander zu vergleichen; ein solcher Vergleich kann aber dem Rechte des Kindes keinen Abbruch tun" (§ 170 ABGB.).[47]) Deshalb bedarf er nicht der Zustimmung des Vormundes und des Vormundschaftsgerichtes. Nicht ausgeschlossen ist eine Wirkung des Vergleiches zu Gunsten des Kindes.[48]) Verpflichtet sich die Mutter — etwa gegen eine Abfindung —, das Kind zu erhalten, so kann sie gegen den Vater nachträglich den Ersatzanspruch nach § 1042 nicht erheben[49]), wohl aber kann das Kind, wenn die Mutter die im Vergleiche übernommene Verpflichtung nicht erfüllt, den Unterhaltsanspruch gegenüber dem Vater geltend machen.

Wesentlich verschieden von dem im § 170 behandelten Vergleiche zwischen Vater und Mutter ist der Vergleich zwischen Vater und Kind. Dieser muß vom Vormunde mit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung abgeschlossen werden, bedarf dagegen nicht der Zustimmung der Mutter.[50]) Gewöhnlich wird für den Unterhalt und die Versorgung im Vergleiche eine Kapitalsabfindung oder eine bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit laufende Rente festgesetzt. Ein solcher Vergleich ist für das Kind verbindlich, er kann aber den Anspruch auf den notwendigen Unterhalt nicht beeinträchtigen. Das hat der Oberste Gerichtshof nach langem Schwanken mit Judikat Nr. 245 vom 18. Januar 1916 (OG. Nr. 1679) festgestellt. Die Zahl der unehelichen Väter, die nicht einmal den notwendigen Unterhalt bestreiten können, ist sehr groß. Sind nun, im Hinblick auf die geringe Leistungsfähigkeit des Vaters, im Vergleiche Unterhaltsbeiträge festgesetzt worden, die nicht einmal den notwendigen Unterhalt decken, so kann das Kind, wenn sich die Verhältnisse des Vaters bessern, für die Zukunft ohne Rücksicht auf den Vergleich weitergehende Ansprüche erheben. Aber auch sonst — wenn der Vergleich den notwendigen Unterhalt sichert — sind Mehransprüche regelmäßig nicht ausgeschlossen. Gewöhnlich wird ja in den Vergleich, der die Abfindung oder die Rente

[45]) Pfeiffer, Bemerkungen zur Teilnovelle GZ. 1915 Nr. 1, G. Bruck NotZ. 1916 Nr. 46. A. M. Hollerstein JBl. 1917 Nr. 2.

[46]) Vgl. Entsch. Slg. VIII Nr. 2999 über den Unterschied zwischen „Ausstattung" und „Versorgung".

[47]) Zur Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung vgl. Pfaff, Aus den älteren Materialien des ABGB. S. 15 (Gellers ZBl. 1907 S. 125).

[48]) v. Hussarek in Grünhuts Zeitschr. 20, 681.

[49]) Vgl. Entsch. Slg. Nr. 15.744. Der erfüllte Vergleich kann sogar einen formell dem Kinde zustehenden Anspruch ausschließen. Ist nämlich der Vater bereits zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen rechtskräftig verurteilt worden, so können die bereits fällig gewordenen Beiträge (die allerdings in drei Jahren verjähren) gegen die Regel pro praeterito usw. nachträglich eingetrieben werden. Ist aber das Kind inzwischen von der Mutter gemäß den im Vergleiche übernommenen Verpflichtungen erhalten worden, so ist hiemit auch der dem Vater gegenüber dem Kinde urteilsmäßig obliegenden Verpflichtung genügt und die Exekution muß eingestellt werden. Entsch. Slg. VII Nr. 2643.

[50]) Entsch. Slg. Nr. 15.786.

festsetzt, der Beisatz aufgenommen: „unbeschadet weiterer Ansprüche im Falle einer Änderung der Bedürfnisse des Kindes oder der Verhältnisse des Vaters".[51]) Wo das nicht ausdrücklich gesagt ist, da ist es als gewollt anzusehen, wenn nicht die Auslegung[52]) das Gegenteil ergibt. Im Zweifel gilt also die Klausel Rebus sic stantibus.[53]) Oft wird jedoch vom Vater ein günstiger Vergleich — etwa eine besonders hohe Abfindung — nur unter der Bedingung angeboten, daß auf jeden weitergehenden Anspruch Verzicht geleistet werde. Dann kann das Vormundschaftsgericht nur den Vergleich, so wie er angeboten wird, genehmigen oder ganz verwerfen.[54]) Ist der Vergleich, der den Verzicht auf Mehransprüche enthält, einmal genehmigt worden, so ist er für beide Teile bindend; weitere Ansprüche sind — sofern nicht etwa der Vergleich wegen Irrtums angefochten werden kann[55]) — ausgeschlossen;[56]) nur der Anspruch auf den notwendigen Unterhalt bleibt dem Kinde unter allen Umständen gewahrt.

IV. Uneheliche Kinder erhalten aus dem Nachlasse des Vaters keinen gesetzlichen Erb- oder Pflichtteil, dafür geht die Pflicht, sie „zu verpflegen und zu versorgen, gleich einer andern Schuld auf die Erben des Vaters über" (§ 171).[57]) Umgekehrt verhält es sich in der Regel (§ 795) bei den ehelichen Kindern: sie haben Erb- und Pflichtteilsansprüche, aber Unterhaltsansprüche können sie gegen die Erben des Vaters nicht geltend machen.

a) Sind die ehelichen Kinder versorgt, so kann der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes sogar den ganzen Nachlaß aufzehren. Sind hingegen zur Zeit des Todes des Erblassers eheliche Kinder oder andere Angehörige vorhanden, denen der Erblasser nach dem Gesetze unterhaltspflichtig ist, so mindern diese Unterhaltsansprüche bei Unzu-

[51]) Erl. des Wiener OLGPräs. im JMWBl. 1907 S. 182.

[52]) „Der im Vergleiche ausgesprochene oder doch aus den Begleitumständen erkennbare Wille der Vertragsparteien." Jud. Nr. 245.

[53]) Entsch. Slg. V Nr. 1904, X Nr. 3945, vgl. auch VIII Nr. 2997. Die Klausel gilt im Zweifel nicht auch zu Gunsten des Vaters: Entsch. Slg. XVI Nr. 6288.

[54]) Entsch. Slg. IV Nr. 1319. Korr. JBl. 1908 Nr. 22.

[55]) Entsch. Slg. VI Nr. 2507, XII Nr. 4807, XVI Nr. 6643. Rietsch in der Festschr. 1911 S. 985.

[56]) Vgl. das Judikat Nr. 245 und schon Entsch. Slg. Nr. 5231, 9380, IV Nr. 1319, VI Nr. 2513, XIII Nr. 4966, XVI Nr. 6247, 6577, § 1714 DBGB., v. Liszt S. 133 ff., Reich, NotHandb. S. 36, Fried in der NotZ. 1907 Nr. 48. Hingegen meint Krainz, daß auch ein gerichtlich genehmigter Vergleich über die Höhe des Unterhaltes den Vormund nicht hindern könne, später nach Erfordernis einen höheren Betrag zu fordern, weil auch ein öffentliches Interesse im Spiele sei. Ebenso v. Hussarek S. 681 ff., Stubenrauch 8. Aufl. I S. 258, Krasnopolski IV S. 284, v. Anders, Grundriß S. 92, Brügel in den JBl. 1908 Nr. 31, einzelne (nun durch das Judikat überholte) Entscheidungen. Nach dem Judikate deckt das öffentliche Interesse eben nur den notwendigen Unterhalt.

[57]) Dazu E. Adler GZ. 1909 Nr. 51. Vgl. § 1712 DBGB.: „Der Unterhaltsanspruch erlischt nicht mit dem Tode des Vaters; er steht dem Kinde auch dann zu, wenn der Vater vor der Geburt des Kindes gestorben ist." Das versteht sich von selbst. Die Vaterschaftsklage kann also auch nach

länglichkeit des Nachlasses, auch wenn sie nun erlöschen, ebenso wie bei Lebzeiten des Erblassers den Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes.[58]) Der unter Berücksichtigung dieser Verbindlichkeiten bestimmte Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes geht den Pflichtteilsansprüchen versorgter ehelicher Kinder vor.[59]) Die Erb- oder Pflichtteilsansprüche der unversorgten ehelichen Kinder stehen, soweit sie nur ihren Unterhalt decken, dem Unterhaltsanspruche des unehelichen Kindes gleich. Beispiel: Der Erblasser hat seine beiden ehelichen Kinder — den unversorgten Peter und den bereits versorgten Paul — je zur Hälfte zu Erben eingesetzt und außerdem ein unversorgtes uneheliches Kind Andreas hinterlassen. Der Nachlaß reicht nicht einmal für den Unterhalt eines der Kinder aus. Hier behält Peter seinen ohnehin unzulänglichen Erbteil, Paul dagegen muß aus seinem Erbteile den Unterhalt des Andreas so lange bestreiten, als der Erbteil dazu ausreicht. Über den Betrag des Erbteils hinaus haftet der Erbe in keinem Falle[60]), auch dann nicht, wenn er sonstigen Nachlaßgläubigern unbeschränkt haftet.[61]) Erst nach Aufzehrung des verfügbaren Nachlasses geht die Unterhaltspflicht in vollem Umfange auf die Mutter oder ihre Eltern über.[62])

b) Die sonstigen Verlassenschaftsgläubiger gehen dem Unterhaltsanspruche vor, er kann daher gemäß der für gesetzliche Unterhaltsansprüche geltenden Regel im Nachlaßkonkurse nicht geltend gemacht werden.[63]) Dagegen steht das uneheliche Kind nach der Einantwortung den Erbengläubigern gleich; es geht ihnen sogar vor, wenn es rechtzeitig die Absonderung des Nachlasses erwirkt hat.[64])

c) Das im Vaterhause erzogene uneheliche Kind kann nach dem Tode des Vaters verlangen, daß ihm auf Kosten des Nachlasses bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit die Erziehung und Verpflegung (mindestens) in dem Maße gewährt werde, indem es sie bisher genossen hat — aber eben nur „in dem Maße", nicht notwendig auch in der gleichen Art (also im Vaterhause) und nicht unter Zurücksetzung der unversorgten ehelichen Kinder (§ 171, Abs. 2).

V. Schließlich — wenn weder der Vater oder seine Erben noch die Mutter oder ihre Eltern herangezogen werden können — fällt das Kind der Armenversorgung anheim. Der Vormund nimmt sie mit Unterstützung des Gerichtes (§ 17, I. TN.) für das Kind in Anspruch.

---

dem Tode des Vaters erhoben werden, freilich nur wenn ein Nachlaß vorhanden ist: Entsch. Slg. XVI Nr. 6534.

[58]) Lößl S. 124 f.

[59]) Damianitsch Jurist IX 190, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 258, Krasnopolski IV S. 280, Lößl S. 125. Anders Winiwarter zu § 171, v. Némethy, Über die Konkurrenz der Alimentationsansprüche ehelicher und unehelicher Kinder GZ. 1896 Nr. 4.

[60]) Entsch. Slg. XII Nr. 4627.

[61]) Also wenn ihm die Wohltat des Inventars nicht zu Statten kommt. Schindler ZfRuSt. 1829 II 112.

[62]) Entsch. Slg. Nr. 15.098, XIV Nr. 5422.

[63]) Die Ausnahme in § 1 Abs. 3 KO. ist auf den Erbenkonkurs, nicht auch — wie die vorbildliche Bestimmung des deutschen Rechtes (§ 3 DKO.) — auf den Nachlaßkonkurs zu beziehen.

[64]) Entsch. Slg. XIII Nr. 5269. v. Straß Jurist XVII S. 499.

§ 462.

C. Rechte der Mutter gegen den Vater. Rechte der Eltern gegen das Kind.

I. Der Mutter können gegen den außerehelichen Vater Ersatzansprüche zustehen

a) kraft Vertrages selbst dann, wenn das Kind als das Kind eines andern (des Ehemannes der Mutter) angesehen werden muß[1]),

b) im Falle der Verführung gemäß § 1328, gleichfalls unabhängig von der Frage der rechtlichen Vaterschaft,

c) kraft Familienrechtes nach § 167[2]) nur gegen denjenigen, dem die familienrechtlichen Vaterpflichten auch gegenüber dem Kinde, wenn es lebend geboren wird, obliegen.

Es ist nicht viel, was § 167 der Mutter gewährt. Das russische Gesetz verpflichtet den Vater, Mutter und Kind anständig zu erhalten.[3]) Unser Gesetz legt Wert darauf, die uneheliche Mutter — im Interesse der Ehe — schlechter zu stellen als die eheliche. Auch die große Unsicherheit der Vaterschaft (Ausschließung der Einrede des Umganges mit mehreren) fordert Beachtung.[4]) Den gewissenlosen Verführer treffen ohnehin die weitgehenden Verpflichtungen des § 1328.

Die uneheliche Mutter erhält nicht den Unterhalt während der Schwangerschaft, auch nicht die besonderen Kosten, die ihr dieser Zustand unter Umständen verursacht. Vielmehr setzen ihre Ansprüche die Entbindung voraus. Zwar genügt eine Totgeburt[5]), aber bei Fehlgeburten versagt § 167 durchaus. Eine Fehlgeburt ist eben keine Entbindung und von Analogie kann gar keine Rede sein.[6])

Der außerehelichen Mutter gebühren nur wirklich aufgewendete Kosten[7]), und zwar

1. die Kosten der Entbindung,

2. die Kosten ihres Unterhaltes während der ersten sechs Wochen nach der Entbindung[8]),

[1]) Entsch. Slg. VII Nr. 2906 und VIII Nr. 2918.

[2]) Vgl. § 1715 DBGB. und dazu Entsch. Slg. XVI Nr. 6250. Hantsch, Die Kosten des Wochenbettes nach der Teilnovelle GZ. 1915 Nr. 12.

[3]) Die Praxis legt diese Bestimmung einschränkend aus. Der russische Entwurf gewährt der Mutter nur den notdürftigen Unterhalt. v. Seeler, Der Entwurf S. 70.

[4]) Das russische Recht gewährt dem Beklagten die bezeichnete Einrede.

[5]) Das sagt § 1715 DBGB. ausdrücklich. Der Anspruch auf den sechswöchigen Unterhalt hängt gewiß nicht davon ab, daß das Kind sechs Wochen lebt. Also darf es der Mutter auch nicht schaden, wenn das Kind tot zu Welt kommt. A. M. Hantsch a. a. O.

[6]) Der Zweck des Gesetzes würde dadurch geradezu vereitelt. Die absichtliche Herbeiführung der Fehlgeburt ist ja nicht immer erweislich. A. M. gleichwohl Hollerstein JBl. 1917 Nr. 2.

[7]) Anders § 1715 DBGB.: „Den gewöhnlichen Betrag der zu ersetzenden Kosten kann die Mutter ohne Rücksicht auf den wirklichen Aufwand verlangen."

[8]) Nicht die Kosten des notwendigen Unterhaltes, wie Hantsch a. a. O. will, sondern die des wirklich genossenen Unterhaltes, wobei übertriebener Aufwand selbstverständlich nicht in Betracht kommt.

3. falls infolge der Entbindung weitere Auslagen notwendig werden, auch diese, also z. B. die Kosten einer durch die Entbindung herbeigeführten Krankheit und, wenn die Mutter bei oder infolge der Geburt stirbt, auch die Beerdigungskosten, dagegen nicht Ersatz für Verdienstentgang. Gerade um diesen Anspruch auszuschließen bedient sich das Gesetz des Ausdruckes „Auslagen".[9])

Der Anspruch der Mutter ist im ordentlichen Rechtswege geltend zu machen.[10]) Er verjährt in drei Jahren. Die Verjährung beginnt gegen die Regel (oben § 153) ohne Rücksicht auf Fälligkeit im Augenblicke der Entbindung.

Die Mutter kann ihren Anspruch ebenso wie den des Kindes und unter den gleichen Voraussetzungen (oben § 461, II, 2) schon vor der Geburt des Kindes im Verfahren außer Streitsachen geltend machen (§ 168). In diesem Falle muß der Vater anstatt der noch nicht feststehenden wirklichen Kosten einstweilen „den gewöhnlichen Betrag" bei Gericht erlegen. Die Mutter kann den ganzen für sie erlegten Betrag sofort nach der Entbindung beheben.

II. Die Rechte der Eltern erstrecken sich nach § 166 so weit, als es der Zweck der Erziehung erfordert. Danach hängt der Umfang der elterlichen Gewalt davon ab, ob die hiezu in erster Linie berufene Mutter oder der Vater oder ein Dritter die Erziehung besorgt (§ 169). Jedenfalls steht beiden Eltern, solange sie sich dessen nicht unwürdig gemacht haben, der Anspruch auf Ehrerbietung zu.[11]) Unter väterlicher Gewalt stehen uneheliche Kinder nicht. Deshalb bestellt das Gericht für sie gleich nach der Geburt einen Vormund (§ 166). Es kann dieses Amt übrigens auch der Mutter oder dem Vater[12]) übertragen. Unterhaltsansprüche stehen nur der Mutter[13]) und den mütterlichen Großeltern zu.

Vierter Abschnitt.

Verfahren.

§ 463.

I. Für die Erziehung der Kinder hat der eheliche Vater selbständig — in der Regel ohne Einmischung des Gerichtes (oben § 455 bei Note 12) — zu sorgen. Sobald jedoch das Gericht wie immer erfährt, daß der Vater sein Recht mißbraucht oder seine Pflichten verabsäumt,

[9]) HHVer. S. 23.

[10]) Hantsch a. a. O. Nicht im Konkurse: Bartsch, Komm. S. 39 Note 126 (anders v. Schrutka GZ. 1916 Nr. 17).

[11]) Gründe der KassHE. v. 15. Jan. 1910 Nr. 3676 zu § 153 StG.

[12]) HfD. v. 11. Aug. 1798 JGS. Nr. 429. Entsch. Slg. Nr. 12.446.

[13]) Entsch. Slg. Nr. 4749, vgl. auch Nr. 6142. Stubenrauch 8. Aufl. I S. 259, v. Anders, FamR. S. 223, Grundriß S. 91, v. Hussarek a. a. O. S. 526 f., Lößl S. 85 f., Krasnopolski IV S. 273. — Gegen den Unterhaltsanspruch der Mutter: Krainz, Kirchstetter S. 117 Note 16; Schiffner, Gesetzliche Vermächtnisse S. 130 bei Note 22.

hat es im Verfahren außer Streitsachen „den Gegenstand der Beschwerde zu untersuchen und die den Umständen angemessenen Verfügungen zu treffen" (§ 178). „Jedermann" kann gegen den Vater die Anzeige erstatten[1]), so das Kind selbst, ein Verwandter, das Strafgericht[2]), die Gendarmerie[3]), der Vormundschaftsrat.[4]) Die Befugnisse des Gerichtes reichen weit. Es kann sich darauf beschränken, den Eltern ihre Pflichten für die Zukunft einzuschärfen, muß aber dann für entsprechende Überwachung sorgen.[5]) Es kann die väterliche Gewalt in verschiedenartiger Weise beschränken, insbesondere auch den Eltern das Kind abnehmen.[6]) Mit der Fürsorgeerziehung[6a]), der das Kind, wenn es das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, nunmehr zu überweisen ist, befaßt sich ein vom Herrenhause angenommener Gesetzentwurf. Diese Erziehung wird unter öffentlicher Aufsicht von einer geeigneten Familie oder von einer Erziehungsanstalt besorgt (§ 4 Entw.). Zu den Erziehungsanstalten gehören auch die Besserungsanstalten. Das Vormundschaftsgericht entscheidet über die Fürsorgeerziehung im Verfahren außer Streitsachen von Amts wegen oder auf Antrag. Voraussetzung der Fürsorgeerziehung ist, abgesehen von den Fällen, wo strafbare Handlungen des Jugendlichen dazu Anlaß geben[7]), daß entweder die Voraussetzungen des § 178 ABGB. vorliegen oder daß aus anderen Gründen — also auch ohne Verschulden der Eltern — die Fürsorgeerziehung zur Verhütung der Verwahrlosung des Unmündigen oder Jugendlichen[8]) notwendig ist (§ 1, Z. 2 Entw.). Die Fürsorgeerziehung kann also auch gegen den Willen solcher Eltern eingeleitet werden, denen es nicht an

[1]) Der Anzeiger wird aber dadurch allein nicht zur Partei, er hat kein Rekursrecht: Entsch. Slg. XV Nr. 5964. Rekursrecht gewisser Behörden: § 7 FürsErzGEntw.

[2]) V. v. 3. Dez. 1899 VBl. Nr. 49 u. a.

[3]) LWME. v. 10. Aug. 1904 JMVBl. S. 285.

[4]) § 32 Z. 2 TeilNov. I.

[5]) Art. III V. v. 11. Mai 1901 VBl. Nr. 13. § 6 Abs. 2 FürsErzGEntw.

[6]) Davon war oben § 459 I die Rede. Über die gänzliche Entziehung der väterlichen Gewalt vgl. oben § 459 III 4.

[6a]) Reicher, Die Fürsorge für die verwahrloste Jugend I 1904, II 1906, Eisler, Kindermißhandlung und Kinderschutz in der GZ. 1901 Nr. 29 bis 32, Derš., Fürsorge und Zwangserziehung ebda. 1903 Nr. 50—52, H. v. M., Zwangserziehung in den JBl. 1900 Nr. 47, 48, Janisch, Fürsorgeerziehung in Tagesheimstätten in der NotZ. 1906 Nr. 6, 7, Cerman, Randglossen ebda. 1909 Nr. 26—32, Reicher, Das Mindestmaß an Erziehung 1909, Derš., Der Erziehungsnotstand des Volkes 1910, Janisch, Praktische Organisation des Kinderschutzes und der Jugendfürsorge 1910, Derš., Kinderschutz und Jugendfürsorge in der Festschrift 1911 S. 349. — Kinderschutz in Ungarn: Putz in der NotZ. 1902 Nr. 24, Janisch ebda. 1905 Nr. 37; in Preußen: Korn in der GZ. 1900 Nr. 30, (Ungenannt) in der NotZ. 1901 Nr. 20, Dernburg, B. R. IV § 76, Kipp, B. R. II 2 § 132.

[7]) § 1 Z. 3, 4 Entw. JME. v. 25. Mai 1917 VBl. Nr. 26. Vgl. §§ 7, 8 Ges. v. 24. Mai 1885 RGBl. Nr. 89. Kesseldorfer, Die pflegschaftsbehördliche Behandlung straffällig gewordener Jugendlicher GZ. 1910 Nr. 24.

[8]) „Jugendliche" im Sinne des FürsErzGEntw. sind Personen, die das vierzehnte, aber noch nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet haben.

Liebe und gutem Willen, wohl aber an den erforderlichen Fähigkeiten fehlt: Eltern, die sich auf die Kindererziehung nicht verstehen, etwa die Bedeutung des Schulunterrichtes oder der Religion nicht zu würdigen wissen, insbesondere auch Eltern, die nur durch drückende Not gezwungen sind, ihre Kinder sich selbst zu überlassen. Übrigens geben die Pflegschaftsgerichte schon derzeit in solchen Fällen Kinder auch gegen den Willen des Vaters in die Besserungsanstalt ab, obwohl das Gesetz[9]) „außer den gesetzlich bestimmten Fällen" den Antrag des gesetzlichen Vertreters fordert. Ein Vater, der den durch die Umstände gebotenen Antrag nicht stellt, erfüllt eben eine mit seiner Gewalt verbundene Pflicht nicht (§ 178) und das Pflegschaftsgericht kann dann auf Antrag eines zu diesem Zwecke bestellten Kurators[10]) oder auch ohne diese wesenlose Förmlichkeit[11]) die Abgabe in eine Besserungsanstalt veranlassen. Vgl. über die Fürsorgeerziehung auch unten § 469, II, 1.

II. Über die Unterhaltsansprüche minderjähriger ehelicher Kinder gegen ihre Eltern und Großeltern entscheidet das Pflegschaftsgericht im Verfahren außer Streitsachen.[12]) Über das maßgebende Verwandtschaftsverhältnis (insbesondere die eheliche Vaterschaft) muß jedoch, wenn es bestritten wird, im ordentlichen Rechtswege entschieden werden.[13])

Die Ansprüche der Kinder gegen ihren ehelichen Vater aus dem Titel der ihm zustehenden Vermögensverwaltung und Vertretung eignen sich um so weniger zur Austragung im Rechtswege, als der Vater hier nur die Stellung eines Kurators einnimmt, und ein solcher vom Gerichte von Amts wegen zur Erfüllung seiner Obliegenheiten verhalten werden muß. Auch das Begehren des großjährig gewordenen Kindes um Herausgabe seines während der Minderjährigkeit vom Vater verwalteten Vermögens ist im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit anzubringen und der Vater von Amts wegen zur Herausgabe zu verhalten.[14]) Anders verhält es sich mit den Ansprüchen minderjähriger Kinder, die nicht aus dem Eltern- und Kinderverhältnisse stammen, z. B. dem Anspruche auf Bezahlung einer gewöhnlichen Geldschuld. In solchen Fällen bestellt das Gericht zur Vertretung des Kindes einen Kurator (§ 271).

III. Die Heiratsausstattung (§§ 1221, 1231) wird stets im Verfahren außer Streitsachen bestimmt.[15]) Es ist hier gleichgültig, ob das

[9]) § 16 Ges. v. 24. Mai 1885 RGBl. Nr. 90, V. v. 7. Mai 1903 VBl. Nr. 14, dazu Erl. v. 31. Okt. 1903 VBl. S. 256. Reicher (II) S. 160 ff.

[10]) Entsch. Slg. XI Nr. 4414.

[11]) Entsch. des LG. Wien, mitgeteilt von Dr. H. K. G. in der GZ. 1913 Nr. 22.

[12]) Judikat Nr. 237 v. 19. Okt. 1915 OG. Nr. 1664. Janisch, Die Geltendmachung des Anspruches auf Unterhalt für mj. eheliche Kinder NotZ. 1912 Nr. 14.

[13]) An die Voraussetzungen der Feststellungsklage (§ 228 ZPO.: Nachweis eines rechtlichen Interesses an alsbaldiger Feststellung) sind Familienstandssachen nicht gebunden, anders Entsch. Slg. II Nr. 526. — Die Heimatgemeinde ist zur Bestreitung der öffentlich beurkundeten Legitimation eines unehelichen Kindes nicht berechtigt: Entsch. Slg. I Nr. 331.

[14]) Entsch. Slg. Nr. 3777.

[15]) Nur wenn der Vater vertragsmäßig ein bestimmtes Heiratsgut zu-

Kind ehelich oder unehelich, ob es minderjährig oder großjährig ist und ob die Ehe erst geschlossen werden soll[16]) oder bereits geschlossen worden ist[17]), obwohl das Verfahren nach § 1221 „auf Ansuchen der Brautleute" eingeleitet werden soll. Das Gesetz ermächtigt hiemit den Bräutigam, die Braut zu vertreten, da es ihr peinlich sein kann, persönlich gegen ihren Vater gerichtliche Schritte einzuleiten.[18]) Auch zum Rekurse bedarf der Bräutigam keiner Vollmacht.[19])

IV. Im Verfahren außer Streitsachen entscheidet das Gericht gemäß § 142 über die Zuweisung der Kinder nach der Scheidung oder Trennung der Ehe (oben § 455, III). Der auf diese Zuweisung oder das genehmigte Übereinkommen gestützte Anspruch des einen Gatten gegen den andern auf Herausgabe des Kindes oder Ermöglichung des Verkehrs mit ihm ist gleichfalls in diesem Verfahren geltend zu machen.[20])

V. Bei den minderjährigen unehelichen Kindern (§ 16 TN. I) ist die Feststellung der Vaterschaft wie bei den ehelichen dem Prozesse vorbehalten, über die Unterhalts- und Versorgungspflicht entscheidet jedoch das Gericht bald im streitigen, bald im außerstreitigen Verfahren: im streitigen, wenn der Vormund auf Feststellung der Vaterschaft geklagt und zugleich den Anspruch auf Zuerkennung des Unterhaltes erhoben hat[21]), im Verfahren außer Streitsachen, wenn die Vaterschaft bereits feststeht[22]), sei es infolge Anerkennung[23]), sei es auch infolge eines Urteils, das sich auf die Feststellung der Vaterschaft beschränkt oder doch

gesichert hat, ist der Rechtsweg zulässig: Entsch. v. 5. Juli 1913 JBl. 1913 Nr. 38. Vgl. auch Entsch. v. 30. Nov. 1915 GH. 1916 Nr. 11.

[16]) Entsch. Slg. XV Nr. 5861.

[17]) Oben § 456 Note 7. Entsch. Slg. VIII Nr. 2966 SpR. Nr. 178: „§ 1221 BGB. hat auch auf jene Fälle Anwendung, in welchen eine bereits verehelichte Tochter oder Enkelin mit dem Begehren um Bestimmung des Heiratsgutes auftritt." Ebenso Entsch. Slg. Nr. 10.983, VI Nr. 2428, 2449 und (bezüglich der Ausstattung des Sohnes) VII Nr. 2826, XV Nr. 5918. Entgegengesetzt: Entsch. Slg. Nr. 14.716, III Nr. 927, V Nr. 1940.

[18]) Der Martinische Entwurf verlangte das „Ansuchen der Brautleute oder ihrer Angehörigen".

[19]) Entsch. Slg. XIV Nr. 5360. Die Kosten der Vertretung durch einen Rechtsfreund werden nicht ersetzt: Entsch. v. 1. Juni 1915 NotZ. 1915 Nr. 25.

[20]) Vgl. Entsch. Slg. Nr. 2492, 4814, 11.485 u. a. Zuständigkeit: Entsch. Slg. Nr. 3262. Zwangsvollstreckung: Sternberg, Die Exekutionshaft im Familienrechte NotZ. 1908 Nr. 4, Karplus, Exekution von Personenrechten in den JBl. 1902 Nr. 10—13, Entsch. Slg. V Nr. 1836. — Auch über derlei Streitigkeiten zwischen unehelichen Eltern ist im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu entscheiden. Entsch. Slg. Nr. 13.420. Ebenso über ähnliche Streitigkeiten zwischen den leiblichen und den Pflegeeltern: Entsch. Slg. Nr. 14.692.

[21]) Hantsch in der NotZ. 1915 Nr. 2, Hellmer in der GZ. 1915 Nr. 2.

[22]) So schon für das ältere Recht Peither GZ. 1908 Nr. 52, vgl. auch Hantsch ebda. 1914 Nr. 9, dagegen Rintelen, VaSt. § 48.

[23]) Im Verfahren außer Streitsachen kann auch die nachträgliche Erhöhung des mit Vergleich bestimmten Unterhaltes gefordert werden, Hellmer a. a. O., Entsch. v. 11. April 1916 NotZ. 1916 Nr. 37. Die Anfechtung des Vergleichs wegen Irrtums u. dgl. gehört auf den Rechtsweg.

die nun zu lösende Frage (Zeitpunkt des Eintrittes der Selbsterhaltungsfähigkeit, Versorgung u. dgl.) offen gelassen hat.[24]) Das Gesetz wählt also für die Entscheidung der Unterhaltsfrage den einfachsten Weg. Das ist in der Regel das Verfahren außer Streitsachen[25]), wenn aber ohnehin Prozeß geführt werden muß, dann die Einbeziehung in den Prozeß.[26]) Unnütze Schritte sind zu vermeiden: das Gericht sieht von der Bestimmung des Unterhaltes ab, wenn der uneheliche Vater seine Pflichten in vollem Umfange erfüllt und wenn er ganz unfähig ist, etwas zu leisten. Auch von der Feststellung der Vaterschaft kann abgesehen werden, wenn sie zwecklos ist (§ 16, Abs. 1).[27])

Die Ansprüche des Kindes gegen die Mutter und die mütterlichen Großeltern sind nicht nach § 16 TN., sondern nach den für eheliche Kinder geltenden Regeln zu behandeln.[28]) Die Ansprüche gegen die Erben des Vaters (§ 171) gehören auf den Rechtsweg.[29])

VI. Im Verfahren außer Streitsachen werden die vorzeitigen Ansprüche der außerehelichen Mutter gegen den außerehelichen Vater (§ 168) geltend gemacht.[30])

VII. Die Ansprüche großjähriger (ehelicher oder unehelicher) Kinder gegen ihre Eltern gehören, abgesehen von den Ausstattungsansprüchen (oben III), auf den ordentlichen Rechtsweg;[31]) ebenso die Ansprüche der Eltern und Großeltern gegen ihre Kinder und Enkel auf Gewährung des Unterhaltes (§ 154).[32]) Die einstweilige Leistung des Unterhaltes kann gemäß § 381 EO. (vgl. § 382, Z. 8) verfügt werden.[33])

VIII. Einstweilige Verfügungen können (nach Analogie des § 382, Z. 8 EO.) auch in den der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorbehaltenen Angelegenheiten erlassen werden, um den einstweiligen Zustand zu regeln:[34]) Auftrag, den Unterhalt vorläufig bis zur Ent-

[24]) Hellmer a. a. O.

[25]) Die Verweisung auf den Rechtsweg ist hier nur in Ausnahmsfällen zulässig. Darüber Hellmer in der GZ. 1914 Nr. 43, v. Schrutka NotZ. 1914 Nr. 47, Hantsch ebda. 1915 Nr. 2 und Nr. 7, v. Schrutka und Hellmer ebda. Nr. 5, J. Steiner ebda. Nr. 8.

[26]) Über die Entscheidung betr. Zulässigkeit des Rechtsweges vgl. Hellmer in der GZ. 1915 Nr. 16, Hantsch ebda. Nr. 23, O. Kastner in der NotZ. 1915 Nr. 19. Entsch. v. 19. Jan. 1915 NotZ. 1915 Nr. 39, v. 21. Sept. 1915 GZ. 1916 Nr. 44 und v. 28. Dez. 1915 NotZ. 1916 Nr. 35.

[27]) Vgl. M. Hantsch, Über die Stempelpflicht der Vaterschaftsprotokolle NotZ. 1915 Nr. 35.

[28]) Sie sind nicht, wie M. Hantsch NotZ. 1915 Nr. 2 annimmt, dem Rechtswege vorbehalten.

[29]) v. Schrutka GZ. 1915 Nr. 4, anders Hellmer ebda. Nr. 2.

[30]) Oben § 461 Note 29.

[31]) Judikat Nr. 237 (oben Note 12), vgl. z. B. Entsch. Slg. XV Nr. 6113, Entsch. v. 19. Okt. 1915 NotZ. 1916 Nr. 9. A. M. Rintelen a. a. O. S. 118.

[32]) Entsch. Slg. Nr. 14.563, 15.142.

[33]) Dagegen Entsch. v. 12. Okt. 1915 JBl. 1916 Nr. 8 (GH. 1916 Nr. 1).

[34]) Rintelen, Einstweilige Verfügung S. 289 f., Ott, Rechtsfürsorgeverfahren S. 98, 125, Stockinger, Die einstweilige Verfügung im außerstreitigen Verfahren GH. 1907 Nr. 2, 3, 5, 6.

scheidung über den Anspruch zu leisten[35]), Verbot, das Kind aus seinem gegenwärtigen Aufenthaltsorte zu entfernen, bevor über dessen künftige Unterbringung entschieden ist[36]) u. dgl.

Drittes Hauptstück: Vormundschaft und Pflegschaft.

§ 464.

Einleitung. Die beteiligten Personen und Behörden.

I. „Diejenigen, welche wegen Mangels an Jahren, Gebrechen des Geistes oder anderer Verhältnisse wegen ihre Angelegenheiten selbst gehörig zu besorgen unfähig sind, stehen unter dem besonderen Schutze der Gesetze" (§ 21). Bei Minderjährigen, die in einem ehelichen Vater einen natürlichen Beschützer haben, steht dieser staatliche Schutz in zweiter Linie. Er tritt in den Vordergrund, wo die väterliche Gewalt fehlt oder versagt. Da bestellt der Staat einen Vormund, der unter der Aufsicht der Vormundschaftsbehörde für den Pflegebefohlenen sorgt. Unsere Gesetzgebung bezeichnet als Vormund nur den Vertreter eines Minderjährigen. Für voll Entmündigte sorgt der Kurator und den gesetzlichen Vertreter des beschränkt Entmündigten nennt unsere neueste Gesetzgebung Beistand. Doch besteht zwischen allen diesen vom Gerichte bestellten Vertretern kein wesentlicher Unterschied (§ 282 ABGB., § 4, Abs. 3 EntmO.), sie alle sind Vormünder im weiteren Sinne und werden auch im deutschen und im schweizerischen Gesetzbuche als Vormünder bezeichnet.

Die römische Tutel hatte immerhin etwas Besonderes, das sie von der Kuratel unterschied (die auctoritas). Hingegen vermag unser allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (§ 188) nur darauf zu verweisen, daß der Vormund „vorzüglich für die Person" des Mündels, also erst in zweiter Linie für dessen Vermögen zu sorgen habe. Darin liegt aber kein unterscheidendes Merkmal. Denn die Person des Mündels wird gewöhnlich der Mutter anvertraut, auch wenn sie nicht Vormünderin ist (§§ 169, 218), und der Kurator (oder Beistand) ist durchaus nicht immer auf die Vermögensverwaltung beschränkt; daß sich der Kurator eines Geisteskranken auch um dessen Person zu kümmern habe, war schon unseren Redaktoren klar.[1]) Irrig wäre aber auch die Annahme, daß einem Minderjährigen immer nur ein Vormund, nie ein Kurator zu bestellen sei. Nach der Entmündigungsverordnung erhält der voll Entmündigte, auch wenn er minderjährig ist, einen Kurator. Außerdem heißen aber Kuratoren auch die verschiedenartigen Pfleger, die gelegentlich für Personen, die

[35]) Vgl. Entsch. Slg. XI Nr. 4074, XVI Nr. 6262. Vollstreckung: Entsch. v. 3. Nov. 1915 OG. Nr. 1680.

[36]) Entsch. Slg. X Nr. 3877.

[1]) Ofner, Prot. I S. 173. Auch Krainz bemerkt, daß ihm „eine Aufsicht über die Person zukomme. Sie hat aber nicht die Kriterien einer privatrechtlichen Gewalt."

nicht entmündigt werden, oder für Vermögensmassen bestellt werden. Ein solcher Gelegenheitskurator kann auch für einen Minderjährigen bestellt werden, vgl. §§ 51, 121, 225, 271, 272 u. a. Auch das kommt vor, daß Personen, die das vierundzwanzigste Jahr zurückgelegt haben, noch unter Vormundschaft stehen (§ 251).

Pflegebefohlene sind Personen, die unter väterlicher Gewalt, Vormundschaft, Beistandschaft oder Kuratel stehen, also die Kinder, die Mündel oder Pupillen (§ 1494), die beschränkt und die voll Entmündigten. Doch ist der Sprachgebrauch nicht fest. Der Ausdruck „Pflegebefohlene" wird bald (z. B. in § 1250) im weitesten, bald in einem engeren Sinne gebraucht; so werden die Pflegebefohlenen in §§ 52, 96, 106 den Minderjährigen und in § 1454 den Mündeln gegenübergestellt.[2])

II. Vormünder, Beistände und Kuratoren werden vom Gerichte ernannt und überwacht. Nur die Anstaltsvormundschaft (§ 207) ist eine gesetzliche Vormundschaft im ursprünglichen Sinne dieses Ausdruckes, das heißt eine Vormundschaft, die nicht auf Ernennung, sondern unmittelbar auf dem Gesetze beruht (unten § 465, II). Das Amt des Generalvormundes beruht auf Ernennung, nur muß die Ernennung nicht von Fall zu Fall vorgenommen werden, sie kann im voraus für eine ganze Klasse von Mündeln, z. B. für alle unehelichen erfolgen (unten § 465, III). Das Gericht, das regelmäßig die Fürsorge für die unter dem besonderen Schutze des Staates stehenden Personen veranlaßt, leitet und überwacht, heißt Vormundschafts- oder Pflegschaftsgericht. Als Vormundschaftsgericht sorgt es für die Mündel, als Pflegschaftsgericht für die unter väterlicher Gewalt, Beistandschaft oder Kuratel stehenden Personen. Regelmäßig ist dies das Bezirksgericht, bei dem der Pflegebefohlene seinen allgemeinen Gerichtsstand in Streitsachen hat.[3]) An die Stelle dieses Gerichtes tritt in gewissen Fällen, z. B. wenn es nicht rechtzeitig angerufen werden kann, das Bezirksgericht des Aufenthaltsortes (§ 109 a JN.);[4]) auch kann das Vormundschafts- oder Pflegschaftsgericht seine Zuständigkeit aus Zweckmäßigkeitsgründen ganz oder zum Teile einem andern Gerichte überlassen, und zwar mit Genehmigung des Obersten Gerichtshofes selbst einem ausländischen Gerichte (§ 111 JN.).[5])

Vormund, Kurator und Beistand sind Bestellte des Gerichtes, aber sie sind nicht Stellvertreter des Gerichtes, sondern vielmehr (vom Gerichte ernannte) Vertreter ihrer Pflegebefohlenen. Es ist nicht etwa, wie Krainz[6]) will, der eigentliche Vertreter des Pflegebefohlenen das Gericht

[2]) Ebenso in anderen Gesetzen, z. B. § 109 a JN.: „Minderjährige und Pflegebefohlene", §§ 110, 111 JN.: „Mündel und Pflegebefohlene".

[3]) Löw, Zur Frage der örtlichen Kompetenz in Vormundschaftsangelegenheiten JBl. 1902 Nr. 32, J. Hauke, Streitfragen aus dem Bereiche des außerstreitigen Verfahrens I GZ. 1910 Nr. 13.

[4]) JMV. v. 11. Aug. 1914 RGBl. Nr. 209, E. Heller, Der neue § 109 a JN. NotZ. 1914 Nr. 34.

[5]) Paupie in der NotZ. 1907 Nr. 2 bis 14 und 27, Albert Ehrenzweig ebda. Nr. 21, 22, Eisinger ebda. Nr. 47 und 1908 Nr. 34, Hellmer ebda. 1912 Nr. 44 und 1914 Nr. 20.

[6]) Unter Berufung auf ALR. II 18 § 235.

selbst, der Vormund und der Kurator aber nur Substitut dieses eigentlichen Vertreters. Krainz schreibt dem Gerichte das Recht und die Pflicht zu, in Angelegenheiten, die wegen ihrer Wichtigkeit und Bedenklichkeit nicht dem freien Ermessen des Vormundes (Kurators) überlassen werden können, im Namen des Pflegebefohlenen selbst tätig zu werden. Allein das Gericht kann nicht im Namen des Pflegebefohlenen einen Vertrag schließen oder gar einen Prozeß führen. Das kann nur der Vormund oder Kurator, der allerdings an die Weisungen des Gerichtes gebunden ist und von ihm beaufsichtigt wird.[7])

III. Bei der Größe der Gerichtsbezirke ist es dem Richter ganz unmöglich, alle Pflegebefohlenen kennen zu lernen oder gar fortgesetzt im Auge zu behalten. Der Aufgabe, zwischen den Gerichten und der Bevölkerung zu vermitteln, unterzogen sich früher private Vereine, indem sie nach dem Vorbilde der deutschen Gemeindewaisenräte die Vormundschaftsgerichte unterstützten.[8]) Die Teilnovelle von 1914 knüpft an diese Einrichtung an. Sie schafft Vormundschaftsräte „zur Unterstützung der Gerichte bei Ausübung der Vormundschafts- und Kuratelsgerichtsbarkeit" (§ 284 ABGB.). In der Regel soll im Gebiete einer jeden Gemeinde ein Vormundschaftsrat bestehen. Seine Mitglieder (die Waisenräte) bekleiden ein Ehrenamt.

Die Vormundschaftsräte sind nicht selbständige Behörden, aber auch nicht, wie ihre Vorläufer, private Körperschaften, sondern Hilfsämter des Gerichtes (§ 36 TN. I). Sie zeigen den Gerichten Tatsachen an, die zu Verfügungen Anlaß geben, z. B. die Fälle, wo es eine Vormundschaft anordnen oder verlängern muß (§ 32, Z. 1 TN.) oder wo es gegen einen Vater wegen Mißbrauches der Gewalt einschreiten soll (§ 32, Z. 2). Sie schlagen Vormünder, Beistände und Kuratoren vor (§ 32, Z. 3), können mit der Abnahme der Angelobung betraut werden (§ 33), erstatten Gutachten (ebenda), beaufsichtigen die Pflege und Erziehung, wo dies nötig ist, so insbesondere bei Ziehkindern (§ 35) usf. Sie selbst bedienen sich der Waisenpfleger und Waisenpflegerinnen zur Einziehung von Erkundigungen, zu Überwachungen u. dgl. (§ 38 TN.).

[7]) Vgl. v. Harrasowsky, Entw. Martinis S. 58 Note 10 und über die Praxis Kastner, Pflegschaft und Richteramt (Vortrag) GZ. 1911 Nr. 14 (JBl. 1911 Nr. 8).

[8]) Entsch. Slg. XV Nr. 5964, Franz Janisch, Der Gemeindewaisenrat zur Pflege wirksamen Kinderschutzes 1902, Jugendfürsorge und Kinderschutz durch Gemeindewaisenräte und Schutzvereine 3. Aufl. 1908, Praktische Organisation des Kinderschutzes 1910, Ders. NotZ. 1901 Nr. 34, 1902 Nr. 21, 1903 Nr. 16, 1904 Nr. 22, 23, 1907 Nr. 27, 1909 Nr. 41, German, Die Gemeindewaisenräte in Böhmen 2. Aufl. 1908, Gargas, Die Gemeindewaisenräte in Galizien GZ. 1910 Nr. 43—46. Vgl. auch Kraus ebda 1904 Nr. 6, Reicher, Fürsorge für die verwahrloste Jugend S. 187, 424, Altmann, über den Waisenrat GZ. 1902 Nr. 16, v. Anders, Grundriß S. 104 f., X. Wo bleiben die Vormundschaftsräte? JBl. 1917 Nr. 4. Über den in Berlin bestehenden „freiwilligen Erziehungsbeirat für schulentlassene Waisen" vgl. —oe— in den JBl. 1900 Nr. 16 und Kühne ebda. 1901 Nr. 1. — über „Vertrauensmänner in Pflegschaftssachen" Pergler in der RichterZ. 1904 Nr. 10.

IV. Die Vormundschafts- und Pflegschaftsgerichte werden überdies von anderen Behörden in mannigfaltiger Weise unterstützt, so insbesondere von den Schulbehörden.[9]) Hingegen tritt in der neueren Rechtsentwicklung die Mitwirkung der Familie in den Hintergrund. Einen Familienrat kennt das österreichische Recht nicht. § 185 VaSt. überläßt es dem Ermessen des Gerichtes, in wichtigen und zweifelhaften Fällen die anwesenden nächsten Verwandten des Pflegebefohlenen zu hören, bevor es die Anträge des gesetzlichen Vertreters genehmigt. Nach dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche steht es besonders den nächsten Verwandten zu, den Beistand des Gerichtes anzurufen, wenn der Vater seine Pflichten nicht erfüllt (§ 178). Nach § 189 sollen die Verwandten dem Gerichte die Anzeige machen, wenn ein Vormund bestellt werden muß. Vernachlässigt der Vormund seine Pflichten, so kann sich der Mündel nach § 217 bei seinen nächsten Verwandten beschweren, die sodann, wenn sie nicht selbst Abhilfe zu schaffen vermögen, sich an das Gericht wenden. Die Praxis gesteht den Verwandten mit Recht auch die Befugnis zu, gegen Verfügungen des Vormundschaftsgerichtes im Interesse des Mündels Rechtsmittel zu ergreifen.[10]) Nahe Verwandte und gewisse andere Angehörige können nach § 26 EntmO. die Entmündigung und nach § 51 EntmO. deren Aufhebung oder Umwandlung beantragen; auch können sie gegen gewisse Beschlüsse im Entmündigungsverfahren Widerspruch erheben (§§ 38, 53 EntmO.).

Erste Abteilung: Vormundschaft.[1])

Erster Abschnitt.

Begründung der Vormundschaft.

§ 465.

1. Anordnung der Vormundschaft. Private und amtliche Vormundschaft.

I. Anordnung der Vormundschaft. Jeder Minderjährige erhält von Amts wegen (§ 190) einen Vormund, wenn er nicht unter väterlicher Gewalt steht — der unehelich Geborene gleich nach der Geburt,

[9]) § 40 SchulO. v. 29. Sept. 1905 RGBl. Nr. 159. Erl. des OLGPräs. Wien v. 23. März 1907 VBl. 1907 S. 123, Erl. des Landesschulrates in Salzburg v. 29. April 1907 LGBl. Nr. 28 (VBl. 1907 S. 144) u. a. § 32 Z. 4 TeilNov. I.

[10]) Entsch. Slg. XI Nr. 4226, anders Entsch. v. 14. Okt. 1915 GH. 1917 Nr. 2.

[1]) Geschichtliches: C. Graf Chorinsky, Das Vormundschaftsrecht Niederösterreichs 1878, v. Ruber, Beiträge zur Geschichte des Vormundschaftsrechtes in Mähren 1883, Derſ., Das Vormundschaftsrecht nach dem Codex Theresianus usf. NotZ. 1886 Nr. 32—41, Kapras, Die Vormundschaft im altböhmischen Landrechte ZVerglR. 18, 358. — Zur Reform des Vormundschaftswesens: Kraus in der GZ. 1904 Nr. 6, Reicher, Fürsorge für die verwahrloste Jugend S. 35 ff.

der ehelich Geborene, sobald sein Vater gestorben ist oder dessen Gewalt aus einem andern Grunde erlischt oder ruht.[1a]) Zur rechtzeitigen Benachrichtigung des Gerichtes sind nach § 189 die Verwandten des Mündels und andere nahe Angehörige (z. B. der Ehegatte, die Stiefeltern) „unter angemessener Ahndung" verpflichtet.[2]) Überdies werden die Vormundschaftsfälle den Gerichten durch die Geburts- und Todesanzeigen der Pfarrer[3]) und Gemeindevorsteher bekannt. Auch die Schulen[4]) und die politischen Behörden sind berufen, Fälle, wo ein Minderjähriger des Vormundes entbehrt, den Gerichten anzuzeigen. Endlich gehört die Ermittlung und Bekanntgabe solcher Fälle zu den wichtigsten Aufgaben des Vormundschaftsrates (§ 32 TN. I).

Nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechtes (oben § 22)[5]) ist es Sache der österreichischen Gerichte, Vormünder für alle minderjährigen österreichischen Staatsbürger zu bestellen, auch wenn sich ihr Wohnsitz im Auslande befindet.[6]) Hingegen hat das österreichische Gericht für ausländische Kinder, auch wenn ihr Wohnsitz im Inlande liegt[7]), nur einen einstweiligen Vormund „für so lange zu bestellen, bis von der zuständigen ausländischen Behörde eine andere Verfügung getroffen wird": § 183 Pat. vom 9. August 1854.

II. Anstaltsvormundschaft[8]) Die Vorsteher gewisser Anstalten führen die Vormundschaft über ihre Zöglinge von Rechts wegen, ohne daß es einer gerichtlichen Bestellung bedarf. Es sind dies die Waisen- oder Findelhausdirektionen nach dem Hofdekrete vom 17. August 1822, JGS. Nr. 1888[9]) und die Zwangsarbeitsanstalten sowie die der Fürsorgeerziehung gewidmeten öffentlichen oder staatlich genehmigten privaten Anstalten nach § 207 ABGB. Für den Zögling einer solchen Anstalt muß jedoch das Gericht einen Vormund bestellen, wenn er unbewegliches

[1a]) Über die Folgen der „Bestellung eines Vormundes für einen Nichtvormundschaftsbedürftigen" vgl. H. Bettsak ArchÖffR. 35, 382.

[2]) Dagegen trifft sie keine Haftung für den aus der Nichtbestellung des Vormundes entstandenen Schaden: Pfaff, Replik in Grünhuts Zeitschr. VIII S. 635 f. — § 189 enthält also eine Ausnahme von der Regel des § 1295 (ebda. S. 708 Note 232), Ofner, Prot. II S. 514, Stobbe-Lehmann § 327 Note 23.

[3]) Bezüglich der unehelichen Kinder ist die Anzeigepflicht der Seelsorger besonders wichtig — vgl. den im JMVBl. 1894 S. 103 mitgeteilten Erl. des LGPräs. in Graz und § 15 TeilNov. I.

[4]) Oben § 464 Note 9.

[5]) Ott, Rechtsfürsorgeverfahren S. 126 f., Rintelen, Grundriß S. 89, L. Müller, Die Vormundschaft über ungarische Mündel in Österreich GZ. 1914 Nr. 25, Pelzer, Zur Theorie und Praxis des internationalen Pflegschaftsrechtes GZ. 1914 Nr. 40. — Art. 23 EinfG. z. DVGVB. Haager Abkommen v. 12. Juni 1902.

[6]) Beschl. des OGH. mitgeteilt im VBl. 1902 S. 37.

[7]) Entsch. Slg. Nr. 11.934, 12.727, 16.054, Entsch. v. 16. Sept. 1914 GH. 1914 Nr. 41; anders Entsch. Slg. Nr. 13.128 und unsere früheren Auflagen (vgl. oben § 22 nach Note 5).

[8]) Reicher, Fürsorge S. 35, 311 f., Janisch, Anstalts- und Generalvormundschaft NotZ. 1907 Nr. 10, Alb. Ehrenzweig, Die Wiener Berufsvormundschaft NotZ. 1909 Nr. 42.

[9]) § 33 TeilNov. I, vgl. auch § 72 JN. und Art. VI Z. 6 EinfG. z. JN.

oder bedeutendes bewegliches Vermögen besitzt oder erlangt;[10]) es kann einen Vormund auch in anderen Fällen bestellen oder trotz der Abgabe in die Anstalt in seinem Amte belassen. Dieses freie Ermessen besteht jedoch nicht gegenüber den Findelanstalten. Auch darf der Einzelvormund in keinem Falle auf die Erziehung in der Anstalt Einfluß nehmen. Ist kein Vormund bestellt worden, so übt der Vorsteher der Anstalt die Vormundschaft in vollem Umfange aus. Er kann also z. B. auch als gesetzlicher Vertreter des Zöglings dessen außerehelichen Vater belangen.[11])

III. Auch die Generalvormundschaft[12]) ist eine amtliche Vormundschaft. Gemeinden und andere Körperschaften (§ 1 Vdg. vom 24. Juni 1916, RGBl. Nr. 195) sowie Vereinigungen für Jugendschutz (§ 208 ABGB.) können das Amt eines Generalvormundes schaffen.[13]) Der Generalvormund ist ein öffentlicher oder privater Beamter, der kraft seines Amtes die Vormundschaft über gewisse Klassen von Mündeln übernimmt. Das Vormundschaftsgericht kann ihn von Fall zu Fall bestellen; der Präsident des Gerichtshofes kann aber dem Generalvormunde auch im voraus ein für allemal die Vormundschaft über alle unehelichen Kinder oder über bestimmte Kategorien von unehelichen Kindern, die keinen gesetzlichen Vertreter haben, übertragen. Außerdem ist der Generalvormund verpflichtet, den Einzelvormündern auf Verlangen mit Rat und Tat beizustehen (§ 4 Vdg. von 1916). Auch kann ihm das Gericht einzelne Rechte und Pflichten eines Vormundes, wie z. B. die Geltendmachung der Unterhaltsansprüche übertragen, während im übrigen der Einzelvormund für den Mündel sorgt (§ 208 ABGB., § 3 Vdg.).

Als Generalvormund kann man auch den Vormundschaftsrat bezeichnen, wenn ihm gemäß § 34 TN. I Vormundschaften übertragen werden (§ 7 Vdg.).

Ist für den privaten Vormund die Führung einer Vormundschaft bloß eine Nebenbeschäftigung, die oft genug wegen Mangels an Zeit oder Erfahrung oder gutem Willen zum schweren Schaden des Mündels vernachlässigt wird, so ist sie für den amtlichen Vormund, nämlich für den Anstalts- und für den Generalvormund Berufspflicht. Man nennt deshalb diese Vormünder auch Berufsvormünder[14]) Ein Privater, der

[10]) HfD. v. 21. Nov. 1839 JGS. Nr. 389, § 207 BGB.

[11]) Vgl. die Mitt. im VBl. 1907 S. 230 und Entsch. Slg. XII Nr. 4550 betr. die Rechtsschutzabteilung der Wiener Findelanstalt.

[12]) Janisch a. a. O. (oben Note 8), Derf., Praktische Organisation S. 50 ff., Soxhlet, Generalvormundschaft GZ. 1916 Nr. 34, s. auch unten Note 14.

[13]) Vgl. über die Landesberufsvormundschaft in Niederösterreich VBl. 1916 S. 204, über Wien ebda. S. 205.

[14]) Klumker und Spann, Die Bedeutung der Berufsvormundschaft für den Schutz der unehelichen Kinder (1906), Janisch, Die öffentliche Schutzfürsorge für uneheliche Kinder NotZ. 1906 Nr. 44, 45, Klumker, Vortrag GZ. 1909 Nr. 4, Spann, Die unehelichen Mündel des Vormundschaftsgerichtes in Frankfurt a. M. 1909, Navratil, Ein Jahr kommunaler Kinderschutz 1910 (s. VBl. 1910 S. 155), Müller, Berufsvormundschaft in Österreich, in Recht und Wirtsch. 1913, Nieftroj, Die Berufsvormundschaft und ihre Probleme 1913.

sich der Führung von Vormundschaften widmet und solche tatsächlich in größerer Zahl übernimmt, ist ein Sammelvormund[15]), aber kein amtlicher oder Berufsvormund.

§ 466.

2. Tauglichkeit des Vormundes.

Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch unterscheidet nicht zwischen unfähigen und untauglichen Vormündern, d. h. zwischen Vormündern, die nicht bestellt werden können, und solchen, die nicht bestellt werden sollen.[1]) Es kennt nur untaugliche Vormünder.[2]) Diese müssen, wenn sie bestellt werden, ihre Untauglichkeit anzeigen (§ 202). Das Gericht muß sie von Amts wegen entlassen (§ 254). Bis dahin sind sie Vormünder.[2a]) Doch kann das nicht ausnahmslos sein. Die Bestellung eines Wahnsinnigen oder eines Unmündigen ist als von Anfang an ungültig anzusehen.

I. Absolut, d. h. zu jeder Vormundschaft untauglich, sind:

1. wer wegen minderjährigen Alters, wegen Leibes- oder Geistesgebrechen oder aus anderen Gründen (Entmündigung) seinen eigenen Geschäften nicht vorstehen kann (§ 191).[3]) Ein Pflegebefohlener soll nicht Vormund sein;[4])

2. von wem eine anständige Erziehung des Mündels[5]) oder eine nützliche Verwaltung seines Vermögens nicht zu erwarten ist (§ 191);

3. Ordenspersonen[6]) in der Regel (§ 192). Doch sind Ausnahmen zulässig: der Mündel hat kein Vermögen, der Ordensmann lebt außerhalb des Klosters, er ist der nächste Verwandte. Deshalb spricht jetzt § 195 schlechtweg von Geistlichen, ohne zwischen Welt- und Ordensgeistlichen zu unterscheiden.[7]) Mitglieder des Deutschen Ordens[8]) und Malteserritter[9]) können mit Bewilligung des Ordens Vormundschaften übernehmen, sind also nur bedingt untauglich;

4. Ausländer in der Regel (§ 192); auch hier sind Ausnahmen zulässig und unbedenklich. Für die grundsätzliche Ausschließung des Aus-

---

[15]) Janisch, Praktische Organisation S. 50 ff. über die Angelobung des Sammelvormundes unten § 468 bei Note 14.

[1]) §§ 1781—1784 DBGB.

[2]) Martini (Entw. I 5 §§ 5, 6) unterschied zwischen unfähigen und bedenklichen Vormündern. Das klingt in § 254 nach.

[2a]) Entsch. v. 25. März 1916 GZ. 1916 Nr. 42.

[3]) § 130 ALR. II 18: „Wer seiner eigenen Sache vorzustehen nicht fähig ist, der kann auch einem andern niemals und unter keinerlei Umständen zum Vormunde oder Kurator bestellt werden."

[4]) „Haec certe et nominum et rerum foeda confusio est" sagt Justinian l. 5. C. de leg. tut. 5, 30.

[5]) Grünwald, Kann ein Gotteslеugner Vormund sein? NotZ. 1882 Nr. 47.

[6]) Kreittmayr, Anmerkungen I S. 324: „weil sie ohne Wissen und Willen ihres Oberen nec nolle nec velle haben". § 134 ALR. II 18. — Das Gesetz sagt „Ordensgeistliche", aber auch Nonnen sind untauglich.

[7]) HHVer. zur Novelle S. 31.

[8]) § 11 Pat. v. 28. Juni 1840.

[9]) Pat. v. 29. Juli 1768.

länders — bloß um seiner Staatsbürgerschaft willen — läßt sich kein überzeugender Grund anführen;[10])

5. nach § 191 früher auch die wegen Verbrechens Verurteilten. Jetzt (§ 5 Ges. vom 15. November 1867) hat das Vormundschaftsgericht im einzelnen Falle zu beurteilen, ob eine strafrechtliche Verurteilung (nicht nur eine solche wegen Verbrechens) den Verlust von Vormundschaften und Pflegschaften und die Unfähigkeit zu diesen Ämtern nach sich ziehen solle. Diese Personen sind also nur bedingt untauglich;

6. die erste Teilnovelle hat die Untauglichkeit der Frauen (§ 192 ABGB., alte Fassung) beseitigt.[11]) Bedingt untauglich sind Ehefrauen. Sie sollen nämlich nur mit Zustimmung ihres Mannes zu Vormünderinnen bestellt werden.[12]) Diese Zustimmung kann nicht durch eine richterliche Verfügung ersetzt werden[13]) und ist jederzeit widerruflich (§ 255). Sie ist jedoch entbehrlich:[13a])

a) wenn der Mündel das eigene Kind (oder der Enkel) der Ehefrau ist,

b) wenn der Mann wegen Geisteskrankheit (oder Geistesschwäche) entmündigt[14]) oder

c) sein Aufenthalt unbekannt oder

d) die Ehe geschieden ist.

II. Relativ, d. h. zu gewissen Vormundschaften untauglich (§ 194), sind:

1. Die vom ehelichen Vater oder von der Mutter (§ 196) im letzten Willen oder sonst auf glaubwürdige Art („ausdrücklich") Ausgeschlossenen. Die Ausübung dieses Rechtes setzt ebenso wie die letztwillige Berufung eines Vormundes voraus, daß dem Vater die väterliche Gewalt oder der Mutter die Vormundschaft zustand. Das Recht des Vaters geht vor. Der Vater kann daher auch die Mutter ausschließen. Die Mutter kann den vom Vater Berufenen nicht ausschließen. Die Anstaltsvormundschaft und die Generalvormundschaft gehören dem öffentlichen Rechte an. Die Eltern können sie nicht ausschließen; wohl aber

[10]) Vgl. die Beratungen der Obersten Justizstelle (1787) bei Pfaff, Aus den älteren Materialien S. 20 ff. (Gellers ZBl. 1907 S. 133 ff.). Krainz meint: „weil sie im Inland nicht zu Dienstleistungen heranzuziehen sind und die Rechtsverfolgung gegen sie schwieriger ist".

[11]) Dazu Mitt. im VBl. 1915 S. 216. Hellmer, Einführung der Frauen in die Vormundschaft GZ. 1915 Nr. 31, vgl. auch Wehli, Weibliche Vormünder ebda. 1901 Nr. 26.

[12]) Vgl. § 1783 DBGB., dort zusammenhängend mit § 1358.

[13]) HHVer. S. 29.

[13a]) Vgl. § 246 Ung. Entw.

[14]) § 193: „wenn der Gatte für geisteskrank erklärt ist". Daß das auch für den wegen Geistesschwäche voll Entmündigten gilt, ist nach § 70 EntmO. gewiß. Aber der (wegen dieses oder jenes geistigen Gebrechens) beschränkt Entmündigte ist gleichzustellen. Denn der Beistand kann nach der Absicht des Gesetzes die Zustimmung nicht erteilen (ErlBem. zur RegV. der Nov. S. 70) und stets die Zustimmung des beschränkt entmündigten Geisteskranken zu fordern, wäre eine „unnötige Härte". Vgl. Gmür, Komm. zu Art. 266 Schweiz. ZGB.

können sie durch Berufung eines tauglichen Vormundes die Generalvormundschaft entbehrlich machen.

2. Die mit den Eltern des Minderjährigen[15]) oder mit ihm selbst „bekanntlich" in Feindschaft gelebt haben. Die Feindschaft muß im Verhalten der Beteiligten unverkennbar hervorgetreten sein.[16]) Das Gesetz will verhüten, daß der Berufene eine nicht kontrollierbare feindliche Gesinnung vorschütze, um sich der Vormundschaft zu entziehen.

3. Die mit dem Mündel in einen Prozeß verwickelt sind.[17])

4. Nur bedingt unfähig sind Gläubiger und Schuldner des Mündels. Das Gericht hat im einzelnen Falle zu beurteilen, ob ihnen die Vormundschaft anvertraut werden kann oder nicht. Der Umstand allein, daß die Forderung zu einem Prozesse Anlaß geben kann, schließt die Bestellung zum Vormunde nicht aus. Die Interessen des Mündels werden im Schuldverhältnisse nötigenfalls durch einen besonderen Kurator (§ 271) gewahrt.

Religionsverschiedenheit zwischen Vormund und Mündel ist an sich kein Untauglichkeitsgrund[18]), kann aber — bei Gefährdung der religiösen Erziehung — die Untauglichkeit nach I, Z. 2 begründen.

§ 467.

3. Berufung.

Soll ein privater Vormund bestellt werden, so entsteht die Frage, wer zur Vormundschaft berufen ist. Das Gesetz kennt drei „Arten der Berufung zur Vormundschaft": 1. die testamentarische (§ 196), 2. die gesetzliche (§ 198) und 3. die gerichtliche (§ 199). Doch ist gerichtliche Berufung ein negativer Begriff. Das Gericht ernennt den Vormund in allen Fällen. Ist nun kein geeigneter Vormund durch letzten Willen oder Testament berufen, dann ernennt das Gericht eben einen nicht Berufenen. Will man überall von einer Berufung sprechen, dann fällt hier die Berufung als „gerichtliche Berufung" mit der Ernennung zusammen. Das Gericht soll sich an die gesetzliche Reihenfolge der Berufungen halten. Darauf kann sowohl der zunächst Berufene (§ 259) als auch der zunächst nicht Berufene (§ 258) dringen, wenn nicht das Interesse des Mündels eine Abweichung fordert.[1]) Denn das Wohl des Mündels ist im Vormundschaftsrechte überall der leitende Gesichtspunkt. Besonderes gilt für die Wahl des Mitvormundes (§ 211) und für die Umwandlung der Mitvormundschaft in eine Vormundschaft (§ 215).

---

[15]) Ein Elternteil ist aber nicht ausgeschlossen, wenn er mit dem andern verfeindet war: Entsch. Slg. VIII Nr. 3102.

[16]) Vgl. §§ 144—146 ALR. II 18; l. 1 § 17 D. de excus. 27, 1 (κεφαλικὴ ἔχθρα).

[17]) Vgl. Art. 442 Z. 4 Code civil: es genügt, daß die Eltern des Berufenen Prozeß führen; der Prozeß muß eine wichtige Angelegenheit betreffen.

[18]) Das Gesetz nennt ihn nicht, ja es ließ ihn fallen, obwohl er im Westgal. GB. I § 170 enthalten war. Vgl. Ofner, Prot. I S. 175f. DBGB. § 1801. Kipp, Lehrbuch § 107.

[1]) § 1778 DBGB.

1. Vor allem gebührt die Vormundschaft dem durch den letzten Willen der Eltern Berufenen, wenn er nicht nach §§ 191 bis 194 untauglich ist (§ 196). Die Berufung kann nur in einem gültigen letzten Willen erfolgen. Dafür spricht nicht nur die Überschrift des § 196 („testamentarische Berufung"), sondern ganz entscheidend die neue Fassung der §§ 196 und 211 („letztwillig").[2] In erster Linie entscheidet der letzte Wille des Vaters, der zur Zeit seines Todes im Vollbesitze der väterlichen Gewalt gewesen ist.[3] Das Benennungsrecht steht also dem Wahlvater zu, der die väterliche Gewalt übernommen und bis zu seinem Tode behalten hat, nicht aber dem ehelichen Vater, der seiner Gewalt zeitweise oder für immer entkleidet war[3a]) und niemals dem unehelichen Vater. In zweiter Linie entscheidet der letzte Wille der Mutter, vorausgesetzt, daß sie zur Zeit ihres Todes Vormünderin war[4]), denn wenn sie selbst nicht befugt war, das Kind zu vertreten, kann sie auch einen andern nicht zu dessen Vertretung berufen.[5]) Als Vormünderin aber kann auch die uneheliche Mutter einen Vormund letztwillig benennen. Der letzte Wille des ehelichen Vaters geht dem letzten Willen der Mutter vor. Hat also der Vater z. B. die Mutter und nach ihr den X zur Vormundschaft berufen, so kann die Mutter, die zunächst Vormünderin geworden ist, den Y nur für den Fall berufen, daß X nicht Vormund wird oder es zwar wird, aber nicht bis zur Großjährigkeit des Mündels bleibt. Hat eine Mutter, die nicht Vormünderin war, oder eine andere Person dem Kinde einen Erbteil zugedacht[6]) und zugleich einen Vormund benannt, so ist dieser nur zum Kurator des hinterlassenen Vermögens zu bestellen: § 197.[7]) Umgekehrt hat die vom Vater ausgehende Ernennung zum Kurator über das Vermögen — allerdings nur im Zweifel — die Wirkung, daß der Ernannte als Vormund zu bestellen ist, so daß ihm auch die Sorge für die Person des Kindes zufällt: § 209.

2. Wenn die Eltern letztwillig keinen tauglichen Vormund berufen haben, ist die Verwandtschaft nach der im § 198 bestimmten Ordnung maßgebend. Danach sind berufen a) die eheliche Mutter, b) der väterliche Großvater, c) die väterliche Großmutter, d) der nächste Verwandte, unter mehreren gleich nahen in der Regel der ältere. Die Nähe der Verwandtschaft ist nach Graden (oben § 422), nicht wie bei der gesetzlichen

[2]) Vgl. dagegen Westgal. GB. I § 174: „in seinem letzten Willen oder auf eine andere Art". Die frühere Praxis ließ demgemäß auch die Benennung in einem ungültigen Testamente gelten: Entsch. Slg. Nr. 11.620, 12.029.

[3]) Vgl. § 1777 DBGB., insbesondere auch hinsichtlich des Ungeborenen.

[3a]) Das vor der Entmündigung errichtete Testament ist also nicht maßgebend — nicht bei Lebzeiten des Entmündigten (Entsch. v. 20. Febr. 1917 JBl. 1917 Nr. 13) und nicht wenn er (als solcher!) gestorben ist.

[4]) E. Adler, Die unehelichen Kinder (1909) S. 7.

[5]) Planiol, Droit civil I 1805.

[6]) Die Benennung des Vaters (oder der mütterlichen Vormünderin) gilt auch im Falle der Enterbung. JosGB. V § 1.

[7]) Stobbe § 332 Note 17. Entsch. Slg. VIII Nr. 3045.

Erbfolge nach Linien zu bestimmen. Unter gleich Nahen wird nicht immer dem Älteren der Vorzug gegeben werden. So wird der Richter wohl den mütterlichen Großvater ebenso wie das Gesetz selbst den väterlichen der Großmutter vorziehen, auch wenn er jünger ist.[8]) Auch die Verwandten der unehelichen Mutter sind berufen; oft wird ihr Vater die Vormundschaft übernehmen. Für die uneheliche Mutter selbst gilt Besonderes: das Gesetz räumt ihr keinen Anspruch auf die Vormundschaft ein. Denn sie ist — besonders wenn sie ledig ist und sich, jedes Rückhaltes entbehrend, selbst fortbringen muß — oft wenig geeignet, das Wohl des Kindes zu fördern. Aber daraus folgt nicht, daß nun statt der Mutter immer der nächste Verwandte bestellt werden müßte, also z. B. die in ähnlichen Verhältnissen lebende Schwester. Vielmehr muß es dem Richter freistehen, je nach den Umständen des Falles[9]), die uneheliche Mutter vor den übrigen Verwandten zu berücksichtigen[10]) oder diese mit Ausschluß der Mutter nach der Ordnung des § 198 heranzuziehen oder endlich, wenn die gegen die Mutter sprechenden Gründe ebenso gegen ihre Verwandten sprechen, von der gesetzlichen Berufung ganz abzusehen. — Die gesetzliche Berufung gilt nicht für den außerehelichen Vater und dessen Verwandte, auch nicht für die Verwandten des Wahlvaters oder der Wahlmutter. Die Wahlmutter selbst geht in der Regel der leiblichen Mutter vor.

3. An letzter Stelle entscheidet die gerichtliche Wahl[11]) mit Rücksicht auf Fähigkeit, Stand, Vermögen und Ansässigkeit (§ 199). Es ist Sache des Vormundschaftsrates, dem Gerichte geeignete Personen vorzuschlagen (§ 32, Z. 3 DR. I).

§ 468.

4. Bestellung. Verbindlichkeit zur Übernahme.

I. Das Gericht ernennt den Vormund. In der Ernennung liegt regelmäßig zugleich die Bestellung, d. h. die Anweisung, die Vormundschaft zu übernehmen (§ 200).[1]) Möglich ist immerhin, daß das Gericht den Vormund zunächst ernennt und erst nach dem Ablaufe der Entschuldigungsfrist oder nach Zurückweisung der Entschuldigung bestellt.[2]) Vor der Bestellung kann der Vormund sein Amt nicht antreten (§ 204), nach der Bestellung muß er das Amt sofort übernehmen, ohne Rücksicht auf die ihm zu Gebote stehenden Rechtsmittel.

Die Übernahme der Vormundschaft ist eine Staatsbürgerpflicht des Ernannten. Wer sich grundlos der Übernahme der Vormundschaft weigert,

[8]) E. Adler S. 13.

[9]) Wallner, Die Mutter als Vormund im Vaterschaftsprozesse GZ. 1916 Nr. 18 und dazu E. Hellmer JW. 1916 Nr. 22.

[10]) § 1778 DBGB.

[11]) Vgl. V. v. 16. Jan. 1902 VBl. Nr. 4. Bloch, Der richterliche Vormund in der GZ. 1900 Nr. 6—8, Reicher, Fürsorge S. 40.

[1]) Die Pflichtenangelobung gehört nicht zur Bestellung; anders nach deutschem Rechte (§ 1789 DBGB.).

[2]) Zeiller, Komm. zu § 200.

haftet für den dem Minderjährigen entstandenen Schaden und entgangenen Gewinn und kann überdies durch angemessene Zwangsmittel[3]) zur Übernahme verhalten werden (§ 203).

Doch bestehen folgende Ausnahmen von der Regel der Übernahmspflicht:

1. Untaugliche sind verpflichtet, den Hinderungsgrund dem Gerichte anzuzeigen. Sie haften für entstandenen Schaden und entgangenen Gewinn bei Verhehlung der Untauglichkeit; die gleiche Ersatzpflicht obliegt auch dem Gerichte wegen wissentlicher Ernennung eines gesetzlich[4]) untauglichen Vormundes (§ 202).

2. Gewissen Personen steht es frei, eine ihnen aufgetragene Vormundschaft anzunehmen oder abzulehnen; dahin gehören (§ 195): Frauen, mit Ausnahme der — ehelichen oder unehelichen[5]) — Mutter und Großmutter, Geistliche, und zwar sowohl Weltgeistliche als auch — wenn sie ausnahmsweise ernannt werden sollen — Ordensgeistliche und andere Ordenspersonen[6]), in dauernder aktiver Dienstleistung stehende Militärpersonen und öffentliche Beamte, Personen, die das sechzigste Lebensjahr zurückgelegt haben, die für fünf Kinder oder Enkel zu sorgen haben[7]), eine mühsame oder drei kleinere Vormundschaften führen oder wegen der Entfernung ihres Wohnsitzes vom Vormundschaftsgerichte[8]) die Vormundschaft nur schwer oder mit erheblichen Kosten ausüben könnten.

Die ablehnende Anzeige an das Gericht nennt das Gesetz Entschuldigung, und die Entschuldigungsgründe unter 1 (§§ 191 bis 194) sind demnach notwendige, die unter 2 (§ 195) freiwillige. Das für die Entschuldigung vorgeschriebene Verfahren ist folgendes: Der sich Entschuldigende hat den Entschuldigungsgrund binnen vierzehn Tagen von dem erhaltenen Auftrage gerechnet[9]) dem Vormundschaftsgerichte[10]) anzuzeigen, das entscheidet, ob die Entschuldigung begründet sei oder nicht (§ 201). Ist die Entschuldigung begründet, so wird der Bestellte enthoben. Die Enthebung wirkt nicht zurück, die Bestellung — z. B. einer nicht verwandten Frauensperson, die die Übernahme ablehnt — ist nicht etwa ungültig.[11])

[3]) v. Harrasowsky Bd. 5 S. 59 Note 12, Ofner, Prot. II S. 358, V. v. 16. Jan. 1902 VBl. Nr. 4, Ott, Rechtsfürsorgeverfahren S. 100 Note 22.

[4]) Ofner, Prot. I S. 180 f.

[5]) Hellmer GZ. 1915 Nr. 31.

[6]) Oben § 466 Note 6.

[7]) Ohne Rücksicht auf elterliche Gewalt. Auch Pflegekinder entschuldigen.

[8]) Vgl. § 1786 Z. 5 DBGB., Art. 432 Code civil.

[9]) Überschreitung dieser Frist macht zunächst (unten § 475 bei Note 19) des freiwilligen Entschuldigungsrechtes verlustig — vorbehaltlich der Wiedereinsetzung bei unverschuldeter Versäumnis (§ 9 Pat. v. 9. Aug. 1854) — und zieht bei notwendiger Entschuldigung Verantwortlichkeit nach § 202 BGB. nach sich.

[10]) Untersteht er diesem für seine Person nicht, so kann er die Anzeige bei seiner persönlichen Gerichtsstelle machen, welche sie mit ihrem Gutachten an das Vormundschaftsgericht leitet. v. Harrasowsky Bd. 5 S. 58 Note 11.

[11]) E. Hellmer JBl. 1916 Nr. 22. Entsch. v. 25. März 1916 GZ. 1916 Nr. 42.

II. Jeder Vormund mit Ausnahme der — ehelichen oder unehelichen[12]) — Mutter sowie der väterlichen[13]) Großeltern muß gemäß § 205 mittels Handschlages angeloben: „daß er den Minderjährigen zur Rechtschaffenheit, Gottesfurcht und Tugend anführen, daß er ihn dem Stande gemäß als einen brauchbaren Bürger erziehen, vor Gericht und außer demselben vertreten, das Vermögen getreulich und emsig verwalten und sich in allem nach Vorschrift der Gesetze verhalten wolle". Der Generalvormund leistet die Angelobung vor Gericht nach Antritt seines Amtes ein für allemal (§ 6 Vdg. vom 24. Juni 1916, VBl. Nr. 195), auch dem privaten Sammelvormunde kann die Angelobung im voraus für alle künftigen Fälle abgenommen werden.[14]) Zur Entgegennahme der Angelobung kann sich das Gericht des Vormundschaftsrates bedienen (§ 33 TN. I).

Der Vormund erhält zu seiner Legitimation eine Urkunde (das Vormundschaftsdekret), in der die Angelobung bestätigt wird. Die von anderen anzugelobenden Pflichten werden in das Vormundschaftsdekret der Mutter und der Großeltern eingeschaltet (§ 206).

Zur Sicherheitsleistung ist der Vormund bei Antritt der Vormundschaft nicht verpflichtet.[15]) Nachträglich kann das Gericht Sicherheit verlangen, wenn der Vormund nicht zur gehörigen Zeit ordentlich Rechnung legt oder andere zur Sicherung des Vermögens erlassene gesetzliche Vorschriften nicht genau beobachtet (§ 237).

Zweiter Abschnitt.

Führung der Vormundschaft.

§ 469.

1. Aufgaben des Vormundschaftsgerichtes.[1])

I. Der „Grundsatz der Selbständigkeit des Vormundes"[2]) ist dem österreichischen Rechte fremd. Das Vormundschaftsgericht hat nicht nur die Gesetzmäßigkeit, sondern auch die Ersprießlichkeit der vom Vormunde getroffenen oder in Aussicht genommenen Maßregeln zu prüfen. Zweckmäßigkeitserwägungen genügen vollauf, um bindende Weisungen des Vormundschaftsgerichtes auch hinsichtlich solcher Geschäfte zu rechtfertigen, die nicht schon zu ihrer Gültigkeit der Einwilligung des Gerichtes bedürfen.

Das Vormundschaftsgericht schreitet nur im Interesse des

[12]) Hellmer GZ. 1915 Nr. 31, v. Schey, Die Teilnovelle, zu § 26.

[13]) Stubenrauch 8. Aufl. I S. 288, Krasnopolski IV § 59, vgl. v. Harrasowsky Bd. 5 S. 59 Note 13.

[14]) JME. v. 24. März 1911 VBl. Nr. 21. Dagegen Sternberg in der GH. 1911 Nr. 29.

[15]) Anders vor dem ABGB.: E. Weiß, Pfandrechtliche Untersuchungen II S. 105.

[1]) Oben § 464, v. Anders, Grundriß des Familienrechtes § 73, Rintelen, Grundriß des Verfahrens außer Streitsachen §§ 48 ff.

[2]) Schlecht, Das Prinzip der Selbständigkeit des Vormundes nach dem BGB. des Deutschen Reiches in Grün-

Mündels ein[3]), Dritte können also nicht verlangen, daß das Gericht einen mit ihnen geschlossenen Vertrag genehmige oder für dessen Erfüllung sorge. Sie können das höchstens in unverbindlicher Weise anregen, wenn es zugleich im Interesse des Mündels liegt. Andrerseits kann auch das Vormundschaftsgericht Ansprüche des Mündels, die auf den ordentlichen Rechtsweg gehören, nicht mit den ihm zu Gebote stehenden Zwangsmitteln durchsetzen, insbesondere auch nicht Forderungen des Mündels gegen den Vormund.

II. Die Aufgaben des Vormundschaftsgerichtes beziehen sich

1. auf die Person des Mündels. Diese Seite der vormundschaftsgerichtlichen Tätigkeit hat erst in neuerer Zeit jene Beachtung gefunden, die ihr im Hinblick auf ihre große Bedeutung für die Interessen des Staates und der Gesellschaft zukommt; handelt es sich doch darum, der Verwahrlosung der Jugend mit ihren traurigen Folgeerscheinungen entgegenzutreten. Noch im Jahre 1893 mußte ein Ministerialerlaß[4]) daran erinnern, daß sich die Fürsorge für die Minderjährigen nicht auf ihre vermögensrechtlichen Interessen beschränke. Früher kam es oft vor, daß für vermögenslose Mündel überhaupt kein Vormund bestellt wurde. Gegenwärtig überwachen die Gerichte mit Hilfe der Vormünder und der Vormundschaftsräte die persönlichen Verhältnisse der Mündel in möglichst ausgiebiger Weise.

In wichtigen und bedenklichen Angelegenheiten der Erziehung muß der Vormund schon nach § 216 ABGB. die Weisungen des vormundschaftlichen Gerichtes einholen. Der Verhütung der Ausbeutung jugendlicher Auswanderer und der Abwehr der Kuppelei (Mädchenhandel) dient die Mitwirkung der Vormundschaftsgerichte bei der Erteilung von Seereisebewilligungen und bei der Ausstellung von Auslandsreisepässen.[5]) Der Verwahrlosung tritt die Fürsorgeerziehung entgegen. Sie kann sowohl vom Vormundschaftsgerichte als auch vom Strafgerichte angeordnet werden, und zwar sowohl für Mündel als auch für Kinder unter väterlicher Gewalt. Davon war oben § 463, I die Rede.[6]) Nach dem Gesetzentwurfe[7]) hat das Vormundschaftsgericht die Fürsorgeerziehung bloß anzuordnen, ihre Durchführung ist Sache besonderer Landeskommissionen (§ 9 Entw.). Sie bedienen sich dazu verschiedener Landeseinrichtungen (§ 14) oder der staatlichen Erziehungsanstalten (§ 17). Die Kosten bestreitet das Land, doch kann es vom Zöglinge oder den zu seinem Unterhalte verpflichteten Personen Ersatz verlangen (§ 28). Die Fürsorgeerziehung endet mit der Vollendung des einundzwanzigsten Lebensjahres oder mit der Einberufung zum aktiven Militärdienste. Die Landes-

huts Zeitschr. Bd. 28 S. 749 ff.; vgl. dagegen Dernburg, B. R. IV § 121. über den Standpunkt des schweizerischen Rechtes vgl. H. Hefti, Die vormundschaftliche Amtsführung 1916.

[3]) Kipp, Lehrbuch § 120 I 2. Entsch. Slg. XVI Nr. 6698 u. a.

[4]) JME. v. 10. Nov. 1893 VBl. Nr. 31.

[5]) MJE. v. 31. Aug. 1908 JMVBl. Nr. 261.

[6]) Ebendort ist in Note 6a die Literatur angegeben.

[7]) Protokolle des Herrenhauses, XX. Session Beilage 62.

kommission kann sie früher aufheben, wenn ihr Zweck erreicht oder dafür in anderer Weise gesorgt ist (§ 20). Weist die Landeskommission den Aufhebungsantrag des Vormundes oder einer andern hiezu legitimierten Person ab, so kann der Antragsteller die Entscheidung des Vormundschaftsgerichtes anrufen (§ 21).

Der Entwurf ändert übrigens nichts an dem Rechte des Vormundschaftsgerichtes, die Unterbringung des Mündels bei einer geeigneten Familie oder in einer Erziehungsanstalt zu veranlassen (§ 33).[8]) Dieses Recht findet nur in dem Erziehungsrechte der Eltern, z. B. der unehelichen Mutter (§ 163) eine Schranke, die beachtet werden muß, solange das Wohl des Kindes nicht gefährdet ist.[9]) Im übrigen ist das Vormundschaftsgericht bei den in seinem gewöhnlichen Wirkungskreise liegenden Maßregeln nicht an die Voraussetzungen der Fürsorgeerziehung gebunden, es kann aber auch nicht die hiefür bestimmten Mittel in Anspruch nehmen und muß für die nötige Aufsicht selbst sorgen. Mit JME. vom 25. Mai 1917, VBl. Nr. 25, wurde den Gerichten vorübergehend (bis zum Beginne der Wirksamkeit des FürsorgeErzG.) ein Kredit für die Kosten der Jugendfürsorge zur Verfügung gestellt.

2. Hinsichtlich des Mündelvermögens obliegt dem Vormundschaftsgerichte

a) die sofortige Erforschung und Sicherstellung zum Schutze vor Verschleppung und zur Ermöglichung wirksamer Überwachung des die Vermögensverwaltung übernehmenden Vormundes. Die Mittel dazu sind: Sperre, Inventur und Schätzung (§ 222). — Die Bestellung der Vormundschaft wird bei ehelichen Kindern meist durch den Tod des Vaters veranlaßt, für welchen Fall ohnedies, wenn minderjährige Kinder vorhanden sind, die Vornahme dieser Amtshandlungen vorgeschrieben ist (§§ 43, 92 Pat. vom 9. August 1854); die gleiche Vorsicht muß aber nach Umständen[10]) auch in den Fällen der §§ 176, 177 ABGB. und bei unehelichen Kindern angewendet werden. Die gerichtliche Sperre[11]) tritt nur ein, wenn sie nach den vorliegenden Umständen zur Sicherung des Mündels notwendig ist; die Inventierung aber[12]) muß stets vorgenommen werden, selbst wenn es der Vater oder sonstige Erblasser, dem der Mündel sein Vermögen verdankt, verboten haben sollte (§ 223).[13]) Mit ihr wird immer auch die Schätzung verbunden. — Die Fahrnisse sind sofort, allenfalls noch vor der Bestellung des Vormundes zu inventieren und zu schätzen, das Inventar bei den Nachlaßakten gerichtlich aufzubewahren und dem Vormund auf Verlangen eine beglaubigte Abschrift mitzuteilen. Die Liegenschaften sind zwar auch tunlichst bald zu schätzen; die

[8]) Vgl. § 1838 DBGB.

[9]) Der Antrag des gesetzlichen Vertreters (§ 33 Entw.) ist keineswegs unerläßlich: oben § 463 Note 10 und 11.

[10]) Nämlich wenn der Mündel solches selbständiges Vermögen besitzt, zu dessen Sicherung die Inventierung erforderlich ist.

[11]) Worin sie bestehe, sagt das Pat. v. 1854 § 45.

[12]) D. h. eine genaue Verzeichnung des dem Mündel gehörenden Vermögens.

[13]) Sie bildet eben die notwendige Grundlage der Rechnungslegung und einer richtigen Teilung des Vermögens unter mehrere erbende Mündel.

Schätzung kann aber auch vertreten werden durch Ansetzung des Wertes auf Grund anderer verläßlicher Quellen (§ 224), z. B. eines Kaufvertrages oder einer kurz vorher zu anderem Zwecke vorgenommenen gerichtlichen Schätzung.

Zuständigkeit: Inventur und Schätzung von Liegenschaften sind Realakte, d. i. sie stehen jenem Gerichte zu, in dessen Sprengel sich das unbewegliche Gut befindet (§ 117 JN.). Liegt es nun in einem andern Kronlande oder im Auslande[13a]), so ist die dortige Realbehörde um Inventur und Schätzung und Mitteilung des Ergebnisses anzugehen, und es ist auch Sache der Realbehörde, zur Verwaltung einen besonderen, ihr verantwortlichen Kurator zu bestellen (§ 225). Da aber das Vormundschaftsgericht doch einer Übersicht über die gesamten Einkünfte bedarf, kann es auch einen solchen Kurator auffordern, ihm Ausweise über die Gutseinkünfte vorzulegen.[14]) Übrigens kann durch Übertragung der Zuständigkeit (§ 111 JN.) für die Einheitlichkeit der Geschäftsführung gesorgt werden. — Liegt das Gut im nämlichen Kronlande, aber im Sprengel eines andern Gerichtes, so steht diesem die Inventur und Schätzung zu und es muß dem vormundschaftlichen Gerichte eine Abschrift davon mitteilen; die Verwaltung obliegt aber dem Vormunde, der nur dem Vormundschaftsgerichte Rechnung zu legen hat (§ 226). — Rücksichtlich jener Fahrnisse, die ein Zubehör eines unbeweglichen Gutes bilden, gehört die Gerichtsbarkeit und das Recht zur Inventur und Schätzung ebenfalls zur Zuständigkeit der Realbehörde; bezüglich der übrigen Fahrnisse[15]) zu jener der Vormundschaftsbehörde (§ 227).

b) Die Verpflichtung zur Verwahrung wertvoller, nicht zum unmittelbaren Gebrauche des Mündels notwendiger Fahrnisse. Juwelen (§ 678), andere Kostbarkeiten, Wertpapiere[16]), Schuldscheine[17]) und andere wichtige Urkunden kommen in gerichtliche Verwahrung, in der Regel so lange, bis der Mündel der Vormundschaft entwachsen ist (§ 229).[18])

[13a]) Vgl. Art. 6 des Haager Übereinkommens betr. Vormundschaft vom 12. Juni 1902.

[14]) Vgl. Entsch. Slg. Nr. 2766.

[15]) Dazu gehören auch die Schuldscheine und die Hypotheken (§ 299).

[16]) Nach V. v. 21. Juni 1893 RGBl. Nr. 103 (V. v. 12. Juli 1911 RGBl. Nr. 139) können Wertpapiere mit Bewilligung des Gerichtes auch von der Österr.-ungar. Bank verwahrt (und verwaltet) werden. — Hinterlegung bei der Landesbank des Königreiches Böhmen: Ges. v. 10. Mai 1909 RGBl. Nr. 77 (V. v. 15. Dez. 1909 RGBl. Nr. 201). Dazu Entsch. v. 19. Okt. 1915 GH. 1915 Nr. 51.

[17]) Abgesehen von den Wertpapieren sollten Schuldscheine nur dann im gerichtlichen Depositenamte verwahrt werden, wenn sie als „wichtige Urkunden", das heißt als solche erscheinen, deren Verlust einen erheblichen, schwer ersetzbaren Nachteil herbeiführen könnte. Tatsächlich sind jedoch die gerichtlichen Depositenämter (Steuerämter) auf dem Lande in den meisten Kronländern mit einverleibten Schuldscheinen über Erbteilsforderungen überladen — Urkunden, die seit dem HfD. v. 16. April 1830 (oben § 344 Note 9) so unwichtig geworden sind, daß sie gewöhnlich (trotz Aufforderung) nicht behoben werden, um die Entrichtung der Verwahrungsgebühr zu vermeiden. Vgl. JME. v. 2. Febr. 1913 VBl. Nr. 5 über die Behandlung von Depositen geringen Wertes.

[18]) Vgl. Kaserer, Handb. der österr. Justizverwaltung III S. 1 ff. Der Vor-

Auch bares Geld wird, soweit es nicht zur Fortführung des Hauswesens und der Erziehung erforderlich ist, hinterlegt, bis es fruchtbringend angelegt werden kann (§ 45 Pat. mit § 230 ABGB.).

Bei der Vermögensverwaltung und bei der Vertretung bedarf der Vormund in wichtigeren Angelegenheiten der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes (§ 233).[19]) Hierüber und über die Beaufsichtigung des Vormundes unten §§ 471, 472. Über die Führung des Waisenbuches[20]) und die Behandlung der Vormundschaftsakten vgl. die mit Vdg. vom 29. Januar 1916, VBl. Nr. 9, abgeänderten Vorschriften der Geschäftsordnung.

III. Für die Erfüllung dieser Verpflichtungen haftet der Richter (und neben ihm der Staat) gemäß dem Gesetze vom 12. Juli 1872 (Syndikatshaftung, oben § 408), also nicht bloß „wenn andere Mittel zum Ersatze mangeln" (§ 265). Trifft auch den Vormund ein Verschulden, so ist der Mündel doch berechtigt, sich sofort an den Richter zu halten und ihm den Rückgriff auf den Vormund zu überlassen.[21]) Das will die Praxis nicht zugeben, sie hält an der Einschränkung des § 265 fest.[22]) Danach wären also gerade die „unter dem besonderen Schutze der Gesetze stehenden Personen" zurückgesetzt. Für die gesetzwidrige Verwahrung und Verwaltung etwa einer Exekutionsmasse hätten Staat und Richter nach der allgemeinen Regel in erster Linie zu haften und nur für das schlecht verwaltete Waisenvermögen würde die Ausnahme gelten, daß der Geschädigte erst alle anderen Haftenden rechtzeitig und mit aller Sorgfalt ausklagen müßte.[23]) § 265 stammt aus einer Zeit, in der die Haftung des Richters im übrigen gesetzlich nicht geregelt war, er wollte die Waisen begünstigen, nicht zurücksetzen!

2. Pflichten des Vormundes.

§ 470.

a) Sorge für die Person und für das Vermögen des Mündels.

Der Vormund hat gleich dem Vater die Obsorge über die Person und das Vermögen des Mündels.

---

mund bekommt von diesen Sachen ein Verzeichnis, bzw. Abschriften.

[19]) Im Zusammenlegungsverfahren und einigen anderen verwandten Fällen tritt an die Stelle der Einwilligung der Pflegschaftsbehörde die einer Landes- oder Ministerialkommission: Ges. v. 7. Juni 1883 RGBl. Nr. 92 § 24, Nr. 93 § 2, Nr. 94 § 7; ebenso tritt in der Verlassenschaftsabhandlung das Abhandlungsgericht zum Teile an die Stelle des Vormundschaftsgerichtes: § 27 KaisP. v. 9. Aug. 1854. — Übertragung der Aufsicht und anderer Obliegenheiten an ein anderes Gericht: § 111 JN., oben § 464 bei Note 5.

[20]) V. Soxleth, Die Übersicht über die Pflegebefohlenen GZ. 1916 Nr. 10.

[21]) So auch v. Anders, Grundriß S. 109.

[22]) Entsch. Slg. Nr. 12.728, Entsch. v. 25. Sept. 1901 FinProkMitt. III Nr. 4, und Slg. XVI Nr. 6652, nicht so weitgehend Entsch. Slg. Nr. 15.322. Krasnopolski IV S. 313 f. Oben § 408 Note 11.

[23]) So in der Tat Entsch. Slg. XVI Nr. 6652.

1. Die Obsorge über die Person begreift in sich:

a) Die Verbindlichkeit, für ordnungsmäßige Erziehung des Mündels[1]) zu sorgen (§ 216 a. A.); der Mündel ist dem Vormunde Ehrerbietung und Folgsamkeit schuldig (§ 217), bleibt aber unter der Leitung und Aufsicht der Mutter (§ 218).[2]) Lebt sie nicht mehr, so kommt die Verbindlichkeit an die Großeltern (§ 143); endlich hat der Vormund für anderweitige geeignete Unterbringung zu sorgen, in bedenklichen Fällen unter vorläufiger Einholung der Bewilligung des Vormundschaftsgerichtes (§ 216 a. E.). Die Kosten der Erziehung und Verpflegung hat das Vormundschaftsgericht zu bestimmen mit Rücksicht auf die etwa vom Vater getroffenen Anordnungen, auf das Gutachten des Vormundes und auf Stand, Vermögen und anderen Verhältnissen des Mündels: § 219.[3]) Zu decken sind sie zunächst aus den Einkünften des Mündelvermögens; reichen die Einkünfte nicht aus, so kann auch das Stammvermögen angegriffen werden, ebenso, wenn es sich um eine Erziehung handelt, die den Mündel in einen fortdauernden Nahrungsstand versetzen soll, in beiden Fällen aber nur mit gerichtlicher Bewilligung: § 220; vor der Inanspruchnahme des Stammvermögens sind die im § 143 genannten Personen heranzuziehen[4]), doch darf zur Bestreitung des zur Herbeiführung eines fortdauernden Nahrungsstandes notwendigen Aufwandes auch in diesem Falle das Stammvermögen angegriffen werden. Ist der Mündel mittellos, so sind vom Gerichte auch andere Verwandte des Mündels aufzufordern, sich seiner Verpflegung anzunehmen (§ 221, Satz 1). „Außerdem hat der Vormund auf öffentliche milde Stiftungen und bestehende Armenanstalten[5]) so lange einen gerechten Anspruch, bis der Minderjährige im stande ist, sich durch eigene Arbeit und Verwendung selbst zu ernähren" (§ 221, Satz 2).

b) Handelt es sich um die Verehelichung des Mündels, so hat der Vormund seine Einwilligung oder Mißbilligung dem Vormundschaftsgerichte zu erklären, ohne dessen Einwilligung die Ehe nicht geschlossen werden kann: §§ 49 bis 51, 245 ABGB.; vgl. §§ 190, 191 Pat. von 1854. Darüber oben § 425 unter 3. „Solange die Ehepakten nicht berichtigt und alle Teilnehmer über die Bedingungen einig sind, welche das Gericht zum Besten des Mündels festzusetzen findet, soll die Bewilligung zur Ehe nicht gegeben werden" (§ 190 Pat.).[6])

2. Bei der Vermögensverwaltung hat der Vormund mit aller Aufmerksamkeit eines redlichen und fleißigen Hausvaters vorzugehen und für jedes Verschulden zu haften (§ 228).[7]) Der Vormund ist als solcher

[1]) Vgl. v. Ruber, über Mündelerziehung in der NotZ. 1882 Nr. 19 bis 22.

[2]) In der Regel selbst dann, wenn sie die Vormundschaft nicht übernommen oder wieder geheiratet hat.

[3]) Einen interessanten Fall bespricht Klg., über Maß und Umfang der Rechtswirkung gerichtlicher Verfügungen im außerstreitigen Verfahren in der NotZ. 1883 Nr. 45.

[4]) Das übersieht Entsch. Slg. XII Nr. 4604.

[5]) Reicher, Fürsorge S. 45 ff.

[6]) Entsch. Slg. XI Nr. 4217.

[7]) So auch nach deutschem Rechte

dem Mündel zu Leistungen verpflichtet, haftet also gemäß § 1313a für das Verschulden derjenigen Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Vormundschaftspflichten bedient. Davon macht § 264 nicht etwa, wie der Herrenhausbericht zur Novelle[8]) meint, eine Ausnahme. Dieser Paragraph erklärt, daß der Vormund für sein eigenes Verschulden und nicht auch für das der ihm Untergeordneten hafte, außer wenn er wissentlich[9]) unfähige Personen angestellt oder beibehalten oder nicht auf den Ersatz des von ihnen verursachten Schadens gedrungen hat[10]) — kurz: außer wenn ihm eben eigenes Verschulden zur Last fällt. All das ist selbstverständlich und gilt ebenso für die Haftung eines vertragsmäßig bestellten Vermögensverwalters! Die Untergeordneten des § 264 sind eben Angestellte des Mündels, nicht des Vormundes. Bedient sich der Vormund zur Erfüllung der ihm persönlich obliegenden Verbindlichkeiten der Hilfe seiner eigenen Angestellten, so haftet er nach § 1313a, so z. B. wenn er Einkassierungen durch seinen Kassier vornehmen, Vormundschaftsrechnungen von seinem Buchhalter besorgen, für das Vormundschaftsgericht bestimmte Eingaben von seinem Boten überreichen läßt.[11]) Es gehört aber nicht zu den Aufgaben des Vormundes, im Handelsgeschäfte des Mündels Waren zu verkaufen oder die Eintragungen in die Handelsbücher zu besorgen oder gar in der Fabrik des Mündels zu arbeiten oder dessen Felder zu bestellen. Dazu sind die Angestellten des Mündels da. Für sie haftet der Vormund nur, wenn ihm eigenes Verschulden bei der Anstellung usf. (§ 264) zur Last fällt. Auch der volljährige Eigentümer kann ja nicht alles persönlich besorgen, und es wäre sonderbar, wenn der Minderjährige durch die Haftung des Vormundes gegen schuldhafte Handlungen Angestellter gedeckt wäre, für die einem volljährigen Geschäftsherrn außer dem Schuldtragenden niemand aufzukommen hätte.

Die dreijährige Verjährung der Ersatzansprüche gegen den Vormund (§ 1489) beginnt mit der Großjährigkeit (§ 1495)[11a]), vorausgesetzt, daß dem gewesenen Mündel zu dieser Zeit der Schade und dessen Verursachung durch den Vormund bekannt ist.[12])

Im einzelnen gilt von der vormundschaftlichen Vermögensverwaltung folgendes:

a) Von der Barschaft[13]) kann ein (zu verrechnender) Teil (oben § 469 nach Note 18) in den Händen des Vormundes bleiben, ein anderer

(§ 1833 DBGB.), obgleich dort der Vater nur für diejenige Sorgfalt einsteht, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 1664 DBGB.).

[8]) S. 268.

[9]) Es genügt, daß dem Vormunde ein Verschulden zur Last fällt. Ein solches kann auch darin liegen, daß er sich nicht gehörig erkundigt hat. v. Randa, Schadenersatzpflicht S. 118 Note 68.

[10]) JosGB. V § 75.

[11]) Nur die Haftung des Generalvormundes für seine Hilfspersonen ist erleichtert: sie ist stets nach § 264 zu beurteilen. § 4 V. v. 24. Juni 1916 RGBl. Nr. 195.

[11a]) Oben § 155 bei Note 17.

[12]) Entsch. Slg. XV Nr. 6180.

[13]) Vgl. auch v. Randa in Grünhuts Zeitschr. III S. 615 (Anzeige der Schrift von Hecht).

eventuell bis zur geeigneten Verwendung oder Anlage in gerichtliche Verwahrung gegeben werden. Eine geeignete Verwendung ist in der Regel[14]) die zur Bezahlung bestehender Schulden. Was nicht in dieser oder in anderer Weise[15]) vorteilhaft verwendet werden kann, soll fruchtbringend angelegt werden: § 230. Dieser Paragraph kennt nur zwei Arten der Fruchtbarmachung; von diesen kommt jedoch die unmittelbare Anlegung in öffentlichen Kassen dermalen nicht in Betracht[16]), die zweite, nämlich die Anlegung von Kapitalien bei Privaten, ist nur dann gesetzmäßig, wenn für das Kapital an einem Hause oder Grundstücke eine mündelsichere Hypothek bestellt, d. h. wenn das Haus durch die hypothekarische Belastung mit diesem Kapital unter Zurechnung der vorausgehenden Lasten nicht über die Hälfte, das Grundstück nicht über zwei Dritteile seines gerichtlich erhobenen Schätzungswertes belastet wird: § 230 a. E.[17]) Dazu kommen noch besondere Vorsichten betreffend die Erhebung des Wertes von Liegenschaften[18]), die Notwendigkeit der Versicherung, den Inhalt der Schuldbriefe u. a., die vorgeschrieben sind im Patent von 1854, §§ 195 bis 200. Spätere Gesetze haben die gesetzlich zulässigen Anlagearten bedeutend erweitert; der § 194 des Patentes gestattet auch den Ankauf unbeweglicher Güter[19]) und von Pfandbriefen der Galizischen Bodenkreditanstalt, die Anlegung in den mit öffentlicher Genehmigung bestehenden Sparkassen und die in den kumulativen Waisenkassen. Die Einlage in der Sparkasse darf jedoch nur in einem die Summe von 3000 K[20]) nicht übersteigenden Betrage gemacht werden. Gesperrte Sparkassebücher können nach der Justizministerialverordnung vom 16. Juni 1895, VBl. Nr. 13, in Händen des Vormundes verbleiben, „falls sich aus dessen Eigenschaften und Verhältnissen keinerlei Bedenken hinsichtlich der gehörigen Aufbewahrung ergibt" (vgl. oben § 469, Note 17), auch können sie bei der Sparkasse selbst hinterlegt werden.[21]) Durch die Sperre wird die (sonst jedem Inhaber mögliche) Behebung der Einlage und der Zinsen von der Bewilligung des Vormundschaftsgerichtes abhängig gemacht.[22])

[14]) Nicht immer; vgl. Ofner, Prot. I S. 186 f.

[15]) Z. B. zur Ausbesserung von Gebäuden, Verbesserung der Landwirtschaft, Ausdehnung des Geschäftsbetriebes.

[16]) An ihre Stelle tritt der Ankauf von mündelsicheren Staats- oder anderen Papieren. § 194 VaSt.

[17]) Vgl. oben § 166. Rietsch, Zur Anlegung der Waisengelder NotZ. 1912 Nr. 44. Bei der Berechnung der Belastung sind auch dreijährige Zinsen und ein entsprechender Betrag für Prozeß- und Exekutionskosten in Anschlag zu bringen: §§ 16, 17 GBG. Vgl. Entsch. Slg. Nr. 15.322. — Über die — für die Anlegung von Mündelgeldern schwerlich geeigneten — „mündelsicheren" Baurechtshypotheken s. oben § 266 Abs. 9 und dagegen Steiner, Das Baurecht JWJSchr. 45, 166.

[18]) Vgl. van Tongel, Ist für die Genehmigung von Elozierungen der Schätzungswert oder der Ertragswert maßgebend? in der JWJSchr. 1886 S. 31 ff.

[19]) Basch, Pflegebefohlene als Eigentümer ländlicher Realitäten NotZ. 1913 Nr. 25.

[20]) G. v. 15. Sept. 1909 RGBl. Nr. 198.

[21]) MJE. v. 25. April 1914 JMVBl. 1914 S. 281.

[22]) Über die Devinkulierung: Mitt. im VBl. 1904 S. 147 f. — Ein-

Die Einlage in die gemeinschaftlichen (kumulativen) Waisenkassen[23]) in Nieder- und Oberösterreich, Salzburg, Böhmen, Mähren, Schlesien und Galizien unterliegt keiner Beschränkung. Es sind dies ausschließlich für Pflegebefohlene bestimmte Sparkassen[24]), deren Geschäfte unter Leitung der Bezirksgerichte von den Steuerämtern besorgt werden. Sie erhielten ihre gegenwärtige Organisation durch die Kaiserliche Verordnung vom 9. November 1858, RGBl. Nr. 205.[25]) Die Tätigkeit des Richters ist hier reine (bankmäßige) Verwaltungstätigkeit, sie bewegt sich nicht in den Formen des Verfahrens außer Streitsachen; deshalb kann sich eine Partei, der der Richter ein Darlehen aus der Waisenkasse verweigert, nicht etwa der Rechtsmittel jenes Verfahrens bedienen.[26]) Ein Teil des von den Waisenkassen erzielten Reingewinnes (Gebarungsüberschüsse) wird zufolge Gesetzes vom 3. Juni 1901, RGBl. Nr. 62, für arme Waisen, sowie für verwahrloste oder verlassene Kinder verwendet.[27]) — Mündelsicher sind Darlehen, für die der Wohnungsfürsorgefonds

führung von Zinsenbücheln zum Bezuge der Zinsen von Sparkasseeinlagen: JMV. v. 24. Febr. 1882 Z. 19.545 aus 1881 in den JBl. 1882 Nr. 16. — über die Postsparkasse vgl. das oben Note 20 bezogene Gesetz und schon Entsch. Slg. V Nr. 1963.

[23]) Kaserer, Handb. III S. 118 ff., Fuka, Studien über kumulative Waisenkassen in der NotZ. 1883 Nr. 25, 26, 28, 29; 1892 Nr. 26, 28—31, W. Zimmermann, Ein Vorschlag zur Reform des Waisenkassenwesens in den JBl. 1888 Nr. 43, 44, Ungenannter, über unsere kumulativen Waisenkassen in der GH. 1892 Nr. 30, Mayer, Zur Organisation der Waisenkassen ebda. 1893 Nr. 36, Talasiewicz, Zur Frage der Vormundschaftspflege in Galizien in der GZ. 1895 Nr. 35, Huber, über die kumulativen Waisenkassen in den JBl. 1895 Nr. 50—52, W. Mayer, Eintreibung von Waisenkassaforderungen in der GH. 1898 Nr. 12, Mischler, Art. Kumulative Waisenkassen im österr. StWB. 1. Aufl. (II S. 1692), Lederer ebda. 2. Aufl. (III S. 311), F. S., Einiges über unsere kumulativen Waisenkassen in der GZ. 1900 Nr. 15, J. P. Geller, Die gemeinschaftlichen Waisenkassen in Gellers ZBl. 1906 S. 625 ff., German, Die gerichtliche Verwaltung der gemeinschaftlichen Waisenkassen 1915 (böhmisch, darüber Basch in der GZ. 1915 Nr. 23).

[24]) Juristische Personen; anders noch Entsch. Slg. Nr. 14.664, die die in den kumulativen Waisenkassen angelegten Barschaften als gerichtliche Depositen behandelt und dem Kaduzitätsverfahren (oben I § 217 III) unterwirft, vgl. auch Derblich in der NotZ. 1896 Nr. 22. Dagegen jetzt Judikat Nr. 165 (Slg. VII Nr. 2584): „Die gesetzlichen Bestimmungen über die Einleitung des Kaduzitätsverfahrens finden auf die in den kumulativen Waisenkassen angelegten Vermögenschaften keine Anwendung." In den Gründen werden die Waisenkassen bezeichnet als „ein von den betreffenden Gerichten verwaltetes, mit juristischer Persönlichkeit ausgestattetes Zweckvermögen".

[25]) Dazu Instr. v. 24. Juni 1859 RGBl. Nr. 123, Ges. v. 18. März 1876 RGBl. Nr. 51, V. v. 28. Nov. 1883, betr. die Gewährung von Darlehen aus gemeinschaftlichen Waisenkassen und anderen derartigen Kassen (GZ. 1883 Nr. 104), Ges. v. 11. Nov. 1889 Nr. 179; vgl. auch JME. v. 12. April 1879 Z. 4757, abgeändert durch V. v. 25. Aug. 1889 VBl. Nr. 47, und V. v. 4. Okt. 1914 JMVBl. 1914 S. 536.

[26]) Entsch. Slg. XV Nr. 5886.

[27]) Ofner, Die Überschüsse der kumulativen Waisenkassen in der GH. 1897 Nr. 16, Gaß, Die gemeinschaftlichen Waisenkassen und deren Gebarungsüberschüsse in der NotZ. 1897 Nr. 36—38, Ungenannter ebda. 1901 Nr. 18 und 19, Reicher, Für-

bürgt.[28]) Zahlreiche Wertpapiere — vielleicht allzuviele[29]) — wurden durch besondere Gesetze für mündelsicher erklärt; so wurde gestattet der Ankauf der mit staatlicher Genehmigung und unter staatlicher Aufsicht ausgegebenen Pfandbriefe der Hypothekar-, Bodenkredit- oder anderer zum Betriebe von Hypothekardarlehensgeschäften begründeten Anstalten[30]), der von jenen inländischen Eisenbahnen ausgegebenen Prioritätsobligationen, die die Staatsgarantie für Verzinsung und Rückzahlung des Kapitals genießen[31]), vieler Landes- und Staatsschuldverschreibungen[32]), dann unter gewissen Voraussetzungen der fundierten Bank-[33]) und Lokalbahnschuldverschreibungen[34]) usw. Nicht jedes mündelsichere Papier eignet sich gleich gut zur Vermögensanlage; bei den meisten Papieren (insbesondere bei den Renten) besteht die Gefahr bedeutender Kursverluste, manche gewähren ein geringes oder gar kein Erträgnis (Lose).

Zu jeder Art der Fruchtbarmachung des Kapitals ist von Fall zu Fall die Zustimmung des vormundschaftlichen Gerichtes erforderlich (§§ 233, 235).

Ebenso ist vorzugehen, wenn ein Kapital des Mündels zurückgezahlt wird: Der Vormund hat den Antrag an das Gericht auf geeignete Anlegung zu stellen, dessen Ausführung nach der Bewilligung zu besorgen (§ 235) und die angeschafften Wertpapiere zu hinterlegen (§ 229).

Das Erfordernis der Mündelsicherheit gilt unbedingt für die Anlegung des vorhandenen Bargeldes (§ 230). Besteht jedoch das dem Mündel zugefallene Vermögen in *Forderungen* oder in *nicht mündelsicheren Papieren*, so ist die sofortige Verwertung und Neuanlegung nicht immer geboten. Bestehende Forderungen sollen nach § 236 „so viel möglich" sichergestellt oder zur Verfallzeit eingetrieben werden; ist die Forderung wirklich unsicher, so kann es sich sehr empfehlen, mit der Eintreibung zu warten, wenn inzwischen eine annehmbare Sicherheit, z. B. durch Bürgschaft, geboten wird. Manche nicht mündelsichere Papiere, z. B. gewisse Aktien, bieten große Sicherheit bei gutem Erträgnisse; solche darf der Vormund zwar nicht neu anschaffen, aber er kann sie mit Genehmigung des Gerichtes behalten, bis sich „eine vorteilhaftere Gelegenheit zu fruchtbringender Anlegung" ergibt (§ 202 VaSt.). Keines-

sorge S. 63 ff. und in der GZ. 1906 Nr. 8 und 9, Janisch in der NotZ. 1916 Nr. 31.

[28]) § 11 Ges. v. 22. Dez. 1910 Nr. 242.

[29]) Dr. J. H., Pupillarsichere Wertpapiere NotZ. 1912 Nr. 43.

[30]) Ges. v. 2. Juli 1868 RGBl. Nr. 93.

[31]) Ges. v. 14. März 1870 RGBl. Nr. 33.

[32]) Vgl. über die zahlreichen hier noch einschlagenden Bestimmungen die Daten bei § 194 der Manzschen Ausgabe des Pat. v. 9. Aug. 1854. S., Sind die neuen vierprozentigen ungarischen Grundentlastungsobligationen zur Anlegung von Pupillengeldern in Österreich geeignet? in den JBl. 1889 Nr. 9 und dazu Entsch. Slg. Nr. 15.148.

[33]) §§ 7, 8 Ges. v. 27. Dez. 1905 RGBl. Nr. 213, so der Schuldverschreibungen des Wiener Bankvereines laut Kdm. v. 18. Mai 1909 RGBl. Nr. 83 und der Wiener Baukreditbank laut Kdm. v. 17. März 1910 RGBl. Nr. 68.

[34]) Art. XVII Ges. v. 8. Aug. 1910 RGBl. Nr. 149.

wegs soll ein Papier bloß deshalb, weil es nicht mündelsicher ist, um jeden Preis veräußert werden.[35]) Eine besondere Begünstigung gewährt § 236 ABGB. den Eltern: ihnen soll „das Kapital des Minderjährigen, wenn es auch nicht gesetzmäßig versichert, der Minderjährige jedoch wahrscheinlicherweise keiner Gefahr eines Verlustes ausgesetzt ist, nicht aufgekündigt werden, wofern ihnen die Zurückbezahlung ohne Veräußerung ihres unbeweglichen Gutes oder Abtretung von ihrem Gewerbe schwer fallen würde". Damit ist aber keine Befreiung von der Verpflichtung der nach den Umständen möglichen Sicherstellung und der Verzinsung[36]), auch kein Recht zur Neuanlegung bei den Eltern ohne gesetzliche Sicherheit eingeräumt.

b) Die dem Mündel angefallenen *Fahrnisse* sind in der Regel öffentlich feilzubieten, soweit sie nicht zum Gebrauche des Minderjährigen, zum Andenken der Familie oder auf Anordnung des Vaters aufzubewahren sind und auch nicht auf andere Art vorteilhaft verwendet werden können: § 231, Satz 1. Eine andere Behandlung sieht § 231, Satz 2 und 3, zu Gunsten der Eltern und Miterben vor hinsichtlich des Hausgerätes und überhaupt rücksichtlich der bei der öffentlichen Versteigerung nicht an den Mann gebrachten Stücke.

c) Bei *Liegenschaften* soll der Vormund für die ordentliche Bewirtschaftung, Erhaltung und Nutzbarmachung sorgen. Ist die *Verpachtung* zweckdienlicher als der eigene Betrieb, so soll sie bei größeren Gütern und Wirtschaften in öffentlicher Versteigerung durchgeführt werden: § 188 VaSt. Die *Veräußerung* ist nach § 232 ABGB. nur im Notfalle, z. B. zur Abwendung der Exekution oder des Konkurses, und wenn es der offenbare Vorteil des Mündels verlangt, gestattet, aber auch dann nur mit Bewilligung des Vormundschaftsgerichtes; dieses muß, bevor es die Veräußerungsbewilligung erteilt oder verweigert, die entscheidende Weisung des vorgesetzten Gerichtshofes einholen.[37]) Vollzogen wird die Veräußerung regelmäßig in öffentlicher Versteigerung und nur aus wichtigen Gründen aus freier Hand, so insbesondere, wenn ein besonders hoher Preis geboten wird, der bei öffentlicher Versteigerung voraussichtlich nicht zu erreichen wäre. Ist der Mündel *Miteigentümer*, so bedarf die

[35]) Entsch. Slg. XVI Nr. 6698.

[36]) Dem Streben mancher Gerichte, dem großjährigen Miterben zu Gunsten der minderjährigen möglichst hohe Zinsen aufzuerlegen, tritt die Präsidialverordnung des Wiener Oberlandesgerichtes v. 8. Mai 1894 (JMVBl. 1894 S. 95 f.) entgegen. — Zufolge der JMV. v. 12. Dez. 1896 VBl. Nr. 42 ist es vielfach Gepflogenheit, bei Erbteilungen festzusetzen, daß der Übernehmer der Liegenschaften mit Rücksicht auf die von ihm eingegangene Verpflichtung zur Verpflegung und Erziehung der minderjährigen Miterben zu einer Zinsenzahlung überhaupt nicht oder erst von einem gewissen Zeitpunkte an verpflichtet sei. In derartigen Vereinbarungen erblickt die angeführte, schwer verständliche Verordnung einen Verstoß — gegen § 774 BGB.! Vgl. auch *Hofer*, Die Sicherstellung und Verzinsung von Erbteilsforderungen Pflegebefohlener in der NotZ. 1897 Nr. 6, 7.

[37]) § 109 JN. Vgl. M. L., Zur Auslegung des § 109 Abs. 2 JN. in der NotZ. 1900 Nr. 11.

Zivilteilung durch Veräußerung des Gutes, wenn sie auf wechselseitigem Übereinkommen beruht, gleichfalls der gerichtlichen Genehmigung; anders wenn sie gegen den Mündel im Prozeßwege durchgesetzt wird.[38])

§ 471.

b) Vertretung.

I. Der Vormund ist der gesetzliche Vertreter des Mündels (§§ 243, 244). Er kann für ihn Geschäfte entweder allein abschließen[1]) oder mit ihm bei der Abschließung zusammenwirken, indem er das vom Mündel geschlossene Geschäft im voraus, zugleich oder nach Umständen nachträglich genehmigt. Er kann den Mündel auch durch einen andern vertreten lassen (§ 243), dem er in dessen Namen eine Vollmacht erteilt. Keineswegs aber kann er sich der persönlichen Einflußnahme auf die Angelegenheiten des Mündels in der Weise entziehen, daß er alle möglichen Geschäfte im voraus genehmigt oder dazu einem Dritten Vollmacht gibt.[2]) Vor Gericht (§ 243) muß der Vormund den Mündel auch dann vertreten, wenn der Mündel befugt wäre, sich selbst zu vertreten, dies aber nicht tun will oder kann, insbesondere also in Prozessen über das freie Vermögen (unten II). In familienrechtlichen Angelegenheiten des Verfahrens außer Streitsachen kann der Mündel persönlich Anträge und Beschwerden anbringen[3]), der Vormund kann aber dagegen in dessen eigenem Interesse Stellung nehmen.[4])

II. Hinsichtlich des freien Vermögens gelten für Mündel die gleichen Regeln wie für Kinder unter väterlicher Gewalt (oben § 458, II, 2). Der mündige Minderjährige verfügt also frei über das, was er durch seinen Fleiß erwirbt, und über die ihm zum Gebrauche[5]) überlassenen Sachen (§ 246); einem zwanzigjährigen Minderjährigen kann das Vormundschaftsgericht den „reinen Überschuß seiner Einkünfte" zur eigenen freien Verwaltung überlassen (§ 247)[6]), d. h. „dasjenige, was nach der vom Vormunde zu besorgenden Sicherstellung des anständigen Unterhaltes und der Erziehung von den Einkünften erübrigt".[7])

Das Verfügungsrecht über das freie Vermögen umfaßt auch die Befugnis, sich innerhalb gewisser Grenzen[8]) im voraus zu verpflichten, sowie auch die Befugnis, einen Rechtsstreit über die aus einem solchen Geschäfte entstehenden Ansprüche ohne Mitwirkung des Vormundes zu führen.[9])

---

[38]) Vgl. Entsch. Slg. X Nr. 4032 (vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der Versteigerungsbedingnisse).

[1]) Vgl. über die Errichtung von Notariatsakten § 192 VaSt. und dazu Ungenannter in NotZ. 1890 Nr. 5, Fried ebda. 1891 Nr. 26, 39; dagegen Krasewski ebda. Nr. 36.

[2]) Kipp, Lehrbuch § 113 I. Vgl. oben § 458 Note 46.

[3]) Rintelen, Grundriß S. 19.

[4]) Ott, Rechtsfürsorgeverfahren S. 240.

[5]) S. oben § 458 II 2 b.

[6]) Vgl. § 728 ALR. II 18.

[7]) So Zeiller, Komm. zu § 247.

[8]) Oben § 458 bei Note 35.

[9]) § 2 ZPO., vgl. auch § 39 Z. 3 EO. (oben § 458 S. 205). — über Erlegung

Zu Dienstleistungen kann sich der Mündel selbständig verpflichten, jedoch unbeschadet des Rechtes des Vormundes, den Vertrag aus wichtigen Gründen vorzeitig zu lösen (§ 246). Daß das Kind „außer der Verpflegung der Eltern stehe", verlangt das Gesetz hier nicht (vgl. § 152).

Ferner kann der Minderjährige sich Verpflichtungen durch widerrechtliche Handlungen zuziehen, und zwar der Mündige unbedingt (§ 248, Abs. 2), der Unmündige unter bestimmten Voraussetzungen (§§ 1308 bis 1310). Die Haftung für den Schaden, den der Minderjährige dadurch anrichtet, daß er sich für großjährig ausgibt, trifft ihn jedoch erst, wenn er zur Zeit der Vorspiegelung das zwanzigste Jahr zurückgelegt hat (§ 248, oben § 398, II).

III. „Überhaupt kann der Vormund in allen Geschäften, welche nicht zu dem ordentlichen Wirtschaftsbetriebe gehören und welche von größerer Wichtigkeit sind, nichts ohne gerichtliche Einwilligung vornehmen" (§ 233).[10]) Darin liegt zunächst eine das innere Verhältnis (die Verwaltung) betreffende Einschränkung, die der gleichartigen für die Erziehung geltenden Regel (§ 216) entspricht. Vor allem aber ist diese Bestimmung wichtig für das Verhältnis nach außen (die Vertretung). Ein vom Vormunde ohne die erforderliche gerichtliche Genehmigung[11]) geschlossenes Geschäft ist „ganz und gar ungültig".[12]) Auch zur Anbringung von Klagen[13]) bedarf der Vormund der Genehmigung, wenn der Gegenstand nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetriebe gehört und wichtig ist[14]), also z. B. zur Vaterschaftsklage, aber nicht zu Mietzinsklagen u. dgl.[15]) Ist der Mündel Beklagter, so kann sich der Vormund ohne Genehmigung in den Streit einlassen; analog ist auch zu Klagen, die nur der Verteidigung gegen fremde Ansprüche dienen, z. B. zur Widerspruchsklage gegen eine Exekution, gerichtliche Genehmigung nicht zu fordern.[16])

Bei gewissen Geschäften verlangt das Gesetz die Genehmigung ohne

---

und Erhebung von Sparbeträgen in der Postsparkasse vgl. § 1 Art. 6 Ges. v. 19. Nov. 1887 RGBl. Nr. 133, dazu oben § 470 Note 22.

[10]) Er bedarf also keiner Bewilligung zur Bestellung der Grundstücke, Einbringung der Früchte, Vornahme von Ausbesserungen, Zahlung der Steuern, Anschaffung von Werkzeugen und Vorräten, An- und Verkauf von Waren im Betrieb eines Handelsgeschäftes u. dgl.

[11]) Oben § 313 II. Rosenbaum, Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung (Dissertation) 1915.

[12]) § 65 JosGB. V.

[13]) Vgl. § 4 ZPO.

[14]) v. Anders, Grundriß S. 122, D. Gelles, Zur Lehre von der pflegschaftsbehördlichen Klageermächtigung JBl. 1915 Nr. 26.

[15]) Die Redaktoren wollten allerdings auf die vormundschaftliche Genehmigung von Klagen ganz verzichten (Ofner, Prot. II S. 359, Pappenheim, Die ledige Mutter nach österreichischem Recht in den JBl. 1899 Nr. 15, Kohn in der GH. 1904 Nr. 47, 1905 Nr. 16, 1906 Nr. 25), zum Glücke ist ihre Absicht im Gesetze nicht zum Ausdrucke gelangt. Dies wäre insbesondere mit Rücksicht auf § 282 BGB. (Kuratoren) bedenklich gewesen. Anderseits darf die Genehmigung nicht mit Krasnopolski IV S. 327 unterschiedslos für jede Klage verlangt werden.

[16]) D. Gelles a. a. O.

Rücksicht auf Wichtigkeit oder — was auf dasselbe hinausläuft — es behandelt sie grundsätzlich als wichtig:[17])

a) Der Vormund kann eigenmächtig keine Erbschaft ausschlagen oder unbedingt antreten (§ 233). Die unbedingte Antretung wäre übrigens auch mit gerichtlicher Genehmigung nicht durchführbar, denn das Inventar muß, wenn der Erbe unter Vormundschaft steht, jedenfalls aufgenommen werden (§ 92, Z. 1 VaSt.) und dann treten eben die Wirkungen einer bedingten Erbserklärung ein (§ 807 ABGB.).

b) Der Vormund kann eigenmächtig weder unbewegliche (§ 232)[18]), noch zur Aufbewahrung bei Gericht oder bei ihm selbst bestimmte bewegliche Güter (§§ 229 bis 231) veräußern oder die Verpflichtung zu ihrer Veräußerung übernehmen.[19]) Dagegen kann er ohneweiters veräußern, was an beweglichen Sachen nach den Regeln des ordentlichen Wirtschaftsbetriebes veräußert zu werden pflegt, insbesondere also Früchte, Waren usf.

c) Der Genehmigung bedürfen auch Pacht- und Mietverträge, doch kann das Gericht dem Vormunde zu Vermietungen gegen die gewöhnliche Aufkündigung[20]) und zur Verpachtung einzelner Gutsbestandteile von geringerer Bedeutung und auf die landesüblichen Termine die Bewilligung im allgemeinen — ohne Vorlage des Bestandvertrages von Fall zu Fall — erteilen (§ 189 VaSt.).

d) Der Vormund kann ohne Genehmigung kein mit gesetzmäßiger Sicherheit anliegendes Kapital aufkündigen (§ 233), anders also, wenn eine Forderung gerade wegen der fehlenden Sicherheit gekündigt werden muß (§ 236). Er kann ferner für sich allein kein anliegendes Kapital, wenn es zurückbezahlt wird, in Empfang nehmen, bedarf vielmehr hiezu einer besonderen Legitimation; der Schuldner kann aber die Zahlung unmittelbar an das Gericht (das Depositenamt) leisten (§ 234). Das gilt nicht für die Zinsen der anliegenden Kapitalien, auch nicht für sonstige zum ordentlichen Wirtschaftsbetriebe gehörige Eingänge.

e) Vergleiche über rechtshängige Ansprüche bedürfen stets der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes. Daß der Vormund zum Antrage auf Beweisführung durch Vernehmung der Parteien keine gerichtliche Genehmigung braucht, versteht sich von selbst, wird aber doch in Art. XLI EinfG. zur ZPO. ausdrücklich gesagt. Auch zum Ausbleiben von der Verhandlung bedarf der Vormund keiner Ermächtigung[21]), wenn er auch dadurch, wie überhaupt durch schlechte Prozeßführung, nach Umständen haftbar werden kann.

---

[17]) § 65 JosGB. V: „Unter diese Geschäfte von Wichtigkeit gehören . . ." Vgl. Till, Österr. Privatr. V (Zoll GZ. 1907 Nr. 52).

[18]) Vgl. Entsch. Slg. X Nr. 4632 (Zivilteilung).

[19]) Z. B. sie verkaufen. § 1821 Z. 3 DVGGB.

[20]) Vgl. Entsch. Slg. XV Nr. 5897.

[21]) Jud. v. 22. Juni 1915 OG. Nr. 1656: „Auch gegen den Pflegebefohlenen, dessen gesetzlicher Vertreter bei der Verhandlung nicht erschienen ist, ist die Erlassung eines Versäumungsurteiles zulässig." Dazu Erl. v. 25. Mai 1915 VBl. Nr. 25. Prochaska, Versäumnisurteil gegen Pflegebefohlene NotZ. 1912 Nr. 50.

f) Ob ein geschäftliches Unternehmen (Fabrik, Handelsgeschäft, Gewerbe) angefangen, fortgesetzt oder aufgehoben werden soll, hat stets das Gericht zu entscheiden. Erbt also der Mündel ein Unternehmen, so muß der Vormund die gerichtliche Genehmigung einholen sowohl wenn er das Geschäft weiterführen, als auch wenn er es nicht weiterführen will.

§ 472.

c) Rechnungslegung.[1])

„In der Regel ist jeder Vormund und jeder Kurator verbunden, über die ihm anvertraute Verwaltung Rechnung zu legen" (§ 238). Von dieser Verpflichtung kann ihn der Schenker hinsichtlich des geschenkten[2]), der Erblasser hinsichtlich des freiwillig hinterlassenen Vermögens (also nicht hinsichtlich des Pflichtteiles) befreien. Das Vormundschaftsgericht kann ihn befreien, wenn das Einkommen die Auslagen für den Unterhalt und die Erziehung des Minderjährigen wahrscheinlich nicht übersteigt. Das Hauptvermögen (Kapital) muß auch der befreite Vormund ausweisen, doch muß dies nicht jährlich geschehen.[3]) Einen besonderen jährlichen Ausweis über die Einkünfte verlangt auch vom befreiten Vormunde § 32 KaisV. vom 15. September 1915, RGBl. Nr. 279, behufs Bemessung der Pauschalgebühr; auch hievon kann ihn das Vormundschaftsgericht befreien, wenn die Einkünfte jährlich 3000 K nicht übersteigen. Von der Schlußrechnung kann der großjährig gewordene Mündel den Vormund selbst befreien (§ 215 VaSt.).

Die jährlichen Rechnungen müssen nach § 239 ABGB. innerhalb zweier Monate nach Ablauf eines jeden Rechnungs- oder Vormundschaftsjahres (§ 261 ABGB.) mit allen erforderlichen Belegen dem Vormundschaftsgerichte vorgelegt werden. Das Rechnungsjahr endet mit dem letzten Tage des Monates, in dem die Vormundschaft ihren Anfang genommen hat, wenn das Gericht nicht einen andern Tag für den Abschluß bestimmt (§ 207 VaSt.). Das Gericht kann z. B. das Kalenderjahr zu Grunde legen, um alle von den verschiedenen Vormündern zu erstattenden Rechnungen an dieselbe Rechnungsperiode zu binden.[4]) In den Rechnungen müssen Einnahmen und Ausgaben, Zuwachs oder Abnahme des Kapitals genau bestimmt werden. Gehört ein Handels- oder Fabriksunternehmen zum Vermögen des Mündels, so genügt die Vorlage einer Bilanz.[5]) Die Bilanz muß von einem beeidigten Rechnungsverständigen beglaubigt sein (§ 206 VaSt.) und ist geheim zu halten.[6]) Legt der Vormund die Rechnung nicht rechtzeitig, so kann ihn das Gericht durch angemessene Zwangsmittel (§ 19 VaSt.) dazu verhalten (§ 239 ABGB.).

[1]) v. Anders, Grundriß § 83, Rintelen, Grundriß § 52, Krasnopolski IV § 66.

[2]) Entsch. Slg. Nr. 7077.

[3]) Ofner, Prot. II S. 191, HfD. v. 3. Febr. 1826 JGS. Nr. 2158.

[4]) „Zusammenlegung der Rechnungsperioden", Mitt. im VBl. 1903 S. 95.

[5]) § 239 BGB., vgl. § 1841 DBGB.

[6]) § 239 BGB., Eisinger in der GZ. 1913 Nr. 34.

Ist dem Vormunde ohne Bestellung eines besonderen Kurators die Verwaltung der in verschiedenen Ländern gelegenen Liegenschaften des Mündels von den zuständigen Gerichten überlassen worden, so erscheint er rücksichtlich der in einem andern Lande gelegenen Güter als vom dortigen Realgerichte bestellter Kurator (§ 225) und muß daher über diese Güter eine besondere Rechnung führen und dem Realgerichte vorlegen. Die Verwendung des Ertrages der Güter (d. h. des Überschusses) steht ihm aber selbstverständlich[7]) auch in dem Lande zu, wo sich das Vormundschaftsgericht befindet: § 240.[8]) Nur muß dieser Überschuß auch gegenüber dem vormundschaftlichen Gerichte verrechnet werden.

Die vorgelegten Rechnungen werden nach besonderen Vorschriften geprüft. Einfache Rechnungen prüft und erledigt der Richter soviel als möglich allein (§§ 203, 209 VaSt.), verwickeltere mit Hilfe von Rechnungs- und Sachverständigen (§§ 208 bis 214 VaSt.). Er fordert den Vormund auf, die vorgefundenen Mängel aufzuklären (§ 212 VaSt.) und erledigt schließlich die Rechnung mit einem Dekrete, in dem er ausspricht, inwieferne die Rechnung vom Gerichte für richtig erkannt worden sei, wieviel die Hauptsumme des reinen Vermögens, dann der in des Vormundes Verwahrung befindliche Kassarest oder dessen Forderung an den Mündel betrage (§ 214 VaSt.). Trotz Genehmigung der Rechnung können Verstöße nachträglich richtig gestellt werden (§ 242 ABGB.).

Alle Rechnungen, auch die Schlußrechnung, werden im Verfahren außer Streitsachen von Amts wegen geprüft und erledigt. Erst nach Erledigung der Schlußrechnung können Streitigkeiten über Vormundschaftsgeschäfte im Prozeßverfahren ausgetragen werden (§ 216 VaSt.).[9]) Vgl. über die Schlußrechnung auch unten § 475, III.

§ 473.

3. Mehrere Vormünder. Der Mitvormund im engeren Sinne.

I. Von Mitvormundschaft im weiteren Sinne redet man, wenn für denselben Mündel mehrere Vormünder ernannt worden sind.

Die Mitvormünder sind entweder geschäftsführende oder Ehrenvormünder (Gegenvormünder), je nachdem sie unmittelbar mit der Vormundschaftsführung oder nur mit der Beaufsichtigung und Unterstützung der anderen Vormünder durch ihren Rat betraut worden sind.

1. Ist die Geschäftsführung unter den mehreren Vormündern nicht mit gerichtlicher Zustimmung geteilt, dann steht es ihnen frei, das Mündelvermögen gemeinschaftlich zu verwalten oder die Verwaltung unter

[7]) Anders freilich Cod. Ther. I 6 no 104. §§ 225 und 240 BGB. entsprechen weder dem heutigen Staatsrechte, noch den Verkehrsverhältnissen unserer Zeit, werden aber in der Praxis noch immer beachtet.

[8]) § 240 a. E. gilt auch, wenn für das Gut ein besonderer Kurator bestellt ist.

[9]) Entsch. Slg. Nr. 9658, 14.610, 14.738, X Nr. 3953, Ott, Rechtsfürsorgeverfahren S. 100 Note 22; a. M. Krainz.

sich zu teilen (§ 210); so lange die Teilung aber nicht mit gerichtlicher Bewilligung geschehen ist, ist sie gegenüber dem Mündel und dem Gericht als nicht geschehen zu betrachten und es bedürfen verpflichtende Geschäfte des Mündels der Mitwirkung aller Vormünder (§ 1011). Die Haftung mehrerer Vormünder aus der Vermögensverwaltung ist immer eine solidarische[1]), und zwar haften nicht etwa bloß die Schuldtragenden zur gesamten Hand[2]), sondern neben ihnen auch die Schuldlosen, nur bleibt ihnen der Rückersatz gemäß § 1313 vorbehalten. Wenn also überhaupt mehrere Vormünder ernannt worden sind, was, abgesehen von dem besonders geregelten Falle des § 211 (unten II), selten vorkommt, so müssen sie verständigerweise sobald als möglich auf die gerichtliche Teilung ihres Wirkungskreises dringen.

2. Im Falle gerichtlich angeordneter oder nachträglich bestätigter Teilung kommt es darauf an, ob jeder einen andern Verwaltungszweig zu übernehmen hat, oder ob der eine geschäftsführender, der andere nur Ehrenvormund sein soll. Im ersten Falle ist jeder bezüglich seines Geschäftszweiges zur Verwaltung und Vertretung allein[3]) befugt (§ 1011) und seine Haftung beschränkt sich auch auf diesen Kreis (vgl. § 210).[4]) Im zweiten Falle ist Vertreter des Mündels und Vermögensverwalter nur der Geschäftsführende, seine Haftung ist die eines gewöhnlichen Vormundes und die Ehrenvormünder stehen nur ein für Beaufsichtigung und erteilten schlechten Rat.

Mag aber die Teilung mit gerichtlicher Bewilligung erfolgt sein oder nicht, immer muß das Gericht darauf achten, daß die Obsorge über die Person des Mündels nur in einer Hand sei, und ebenso auch die Hauptleitung der Geschäfte (§ 210 a. E.).[5])

II. Besonders geregelt ist die Rechtsstellung des Mitvormundes im engeren Sinne, den das Gericht nach § 211 ABGB. einer Vormünderin beigibt, wenn der eheliche Vater die Vormundschaft der Mutter letztwillig in dieser Weise beschränkt hat, oder wenn es die Vormünderin selbst verlangt, oder wenn es das Gericht aus besonderen Gründen nötig findet. Die Unterstützung der Vormünderin durch einen Mitvormund kann im Hinblicke auf die Schwierigkeit der Vermögensverwaltung am Platze sein. Das Gericht kann aber auch — besonders gegenüber der mit der Vormundschaft betrauten unehelichen Mutter — Ursache haben, sich im Hinblicke auf mögliche Interessengegensätze des Mitvormundes zur Überwachung zu bedienen.

Mitvormund im Sinne des § 211 kann nur ein Mann sein. Bei der Wahl des Mitvormundes ist vor allem auf den letzten Willen des Vaters, dann auf den Vorschlag der Vormünderin, endlich auf die Verwandten des Mündels Rücksicht zu nehmen (§ 211). Die Angelobung

[1]) Binder, Die Korrealobligationen S. 333 ff. Vgl. § 288 ALR. II 18.
[2]) So § 1833 DBGB.
[3]) Ohne der Mitwirkung der übrigen zu bedürfen.
[4]) § 290 ALR. II 18.
[5]) So die Auffassung Zeillers; manche scheinen den § 210 a. E. dahin zu verstehen, daß die Obsorge für die Person und die Hauptleitung der Ge-

beschränkt sich auf das Versprechen, das Beste des Mündels befördern zu wollen (§ 212).

Der Mitvormund ist regelmäßig nicht geschäftsführender, sondern Ehrenvormund (Gegenvormund). Seine Aufgaben sind die Beratung und Überwachung der Vormünderin, nötigenfalls die gerichtliche Anzeige von Gebrechen der Verwaltung, endlich die Beratung des Gerichtes durch sein Gutachten: §§ 212, 213.[6]) Hat er diese Pflichten erfüllt, so trifft ihn keine Haftung, alle Verantwortung obliegt der Vormünderin.[7]) Sie allein ist gesetzliche Vertreterin des Mündels.[8]) Ist aber dem Mitvormunde auch die (ganze oder ein Teil der) Vermögensverwaltung übertragen, dann hat er alle Pflichten eines Kurators (§ 214). Übernimmt er die Verwaltung ohne gerichtlichen Auftrag, dann gilt § 210.

§ 474.

4. Ansprüche des Vormundes.

1. Der Vormund hat wie ein Beauftragter (§ 1014) Anspruch auf den Ersatz der zweckmäßigen Aufwendungen selbst bei fehlgeschlagenem Erfolge, auf Vorschüsse zur Bestreitung der baren Auslagen und auf Ersatz des mit der Geschäftsbesorgung verbundenen Schadens.[1])

2. Einem emsigen Vormunde — aber nicht dem Generalvormunde — kann das Gericht eine Belohnung[2]) zuerkennen, und zwar

a) eine jährliche Belohnung aus den von ihm[3]) erzielten Einkünften (§ 266), aber

α) nicht mehr, als davon erspart worden ist; zunächst müssen also die Auslagen für die Verwaltung und für den Unterhalt gedeckt sein, das Kapital darf nicht angegriffen werden; ferner

β) nicht mehr als fünf vom Hundert der reinen Einkünfte, also der Einkünfte nach Abzug der Verwaltungskosten (aber ohne Abzug der Unterhaltskosten), endlich

γ) nicht mehr als viertausend Gulden, d. i. 8400 K.

---

schäfte voneinander nicht getrennt werden dürfen. Dafür JosGB. § 76 und Westgal. GB. I § 189 („die Person des Pflegebefohlenen, und Hauptführung der Geschäfte" ohne Wiederholung des Artikels).

[6]) Das Gericht darf auf den bloßen Antrag der Vormünderin das Geschäft nicht genehmigen. Das Rekursrecht des Mitvormundes ist anerkannt in Entsch. Slg. IV Nr. 1547, das Recht zum Revisionsrekurse spricht ihm (ohne triftigen Grund) Entsch. Slg. XI Nr. 4331 ab.

[7]) Vgl. Entsch. Slg. Nr. 10.222, X Nr. 3802, Entsch. v. 26. Mai 1915 GH. 1915 Nr. 37.

[8]) Entsch. Slg. Nr. 12.746, XIII Nr. 5185.

[1]) Zeiller, Komm. I S. 535. § 1835 DBGB.

[2]) Vgl. Sperl, Die Entlohnung des Vormundes und der Kuratoren nach österr. R. in der GZ. 1893 Nr. 3—5. Auch Mutter und Großmutter haben diesen Anspruch, nicht der ihnen beigegebene Mitvormund als solcher. Mehreren gemeinschaftlich verwaltenden Vormündern gebührt die Belohnung zu gleichen Teilen, getrennt Verwaltenden jedem von seinem besonderen Geschäftszweig.

[3]) Nicht erst von seinem Nachfolger: HfD. v. 9. Juli 1802 JGS. Nr. 568.

Wenn also z. B. die reinen Einkünfte 2000 K ausmachen, so gebühren dem Vormunde höchstens 100 K (β) und auch die nur, wenn für den Unterhalt mit den übrigen 1900 K das Auslangen gefunden wird (α).

b) Läßt sich dagegen wenig oder nichts ersparen, dann kann dem Vormund erst bei Beendigung der Vormundschaft, wofern er das Vermögen unvermindert erhalten oder dem Mündel eine anständige Versorgung verschafft hat, eine nach dem Ermessen des Gerichtes zu bestimmende Belohnung aus dem Mündelvermögen zugebilligt werden (§ 267). Daneben hat der Vormund keinen besonderen Anspruch auf Entlohnung wegen Mühewaltung und Zeitverlust.[4]) Auch kann ein zum Vormund bestellter Advokat für gerichtliche Eingaben und Verhandlungen, Abfassung von Urkunden u. dgl. nur unter der Voraussetzung ein Honorar in Anspruch nehmen, daß auch ein anderer Vormund sich für Rechnung des Mündels der Hilfe eines Advokaten hätte bedienen dürfen.[5])

Eine vom Erblasser ausgesetzte Belohnung ist unvermindert zu entrichten, wenn sie durch das freiwillig hinterlassene Vermögen gedeckt ist, also den Pflichtteil nicht verkürzt.[6])

Dritter Abschnitt.

Ende der Vormundschaft.

§ 475.

I. Die Vormundschaft erlischt vollständig (nicht bloß in Betreff des bestimmten Vormundes):

1. durch den Tod des Mündels (§ 249);[1])

2. durch die Begründung[2]) oder das Wiederaufleben[3]) der väterlichen Gewalt;

3. durch die natürliche Großjährigkeit des Mündels (§ 251). Doch kann die Vormundschaft wie die väterliche Gewalt — aber nicht nur auf Antrag, sondern auch von Amts wegen[4]) — wegen Leibes- oder Gemütsgebrechen des Mündels, wegen Verschwendung oder aus anderen Gründen auf unbestimmte Zeit verlängert werden.[5]) Die Verlängerung

[4]) Denn die Führung der Vormundschaft ist Bürgerpflicht und die Belohnung nach §§ 266, 267 umfaßt auch das Entgelt für Mühe und Zeitverlust. Übrigens ist es Pflicht des Gerichtes, dem Vormunde „jeden nicht unerläßlichen Weg und jeden vermeidbaren Zeitverlust" zu ersparen: V. v. 9. März 1906 VBl. Nr. 7. Dieselbe V. ermächtigt das Gericht, selbstlosen Vormündern bei der Enthebung unter Anerkennung der Verdienste den Dank der Vormundschaftsbehörde auszusprechen.

[5]) Entsch. Slg. IV Nr. 1332. Vgl. DBGB. § 1835 Abs. 2. v. Schey, OblVerh. § 85 Note 23.

[6]) Zeiller, Komm. I S. 537.

[1]) Oben § 313 bei Note 42.

[2]) Also durch Kindesannahme oder durch (gehörig festgestellte: § 1883 DBGB.) Legitimation. Entsch. Slg. IV Nr. 1591.

[3]) § 250 BGB.

[4]) Daher die Anzeigepflicht des Vormundschaftsrates: § 32 Z. 1 TeilNov. I.

[5]) Auch die einstweilige Vormundschaft über Ausländer kann verlängert werden: Entsch. Slg. V Nr. 1834.

muß vor Eintritt des gesetzlichen Großjährigkeitstermines ausgesprochen und auch noch eine angemessene Zeit vor diesem Termine öffentlich bekannt gemacht werden, damit Dritte nicht zu Schaden kommen. In diesem Falle erlischt die Vormundschaft erst, wenn sie das Gericht als beendet erklärt;

4. durch gerichtliche Großjährigkeitserklärung (Altersnachsicht). Vgl. oben § 459, III, 2, a. Der Minderjährige kann darum ansuchen, wenn er das 20. Lebensjahr zurückgelegt hat, das Gericht hat das Gutachten des Vormundes[6]) (allenfalls auch das der nächsten Verwandten) einzuholen und sich die Überzeugung zu verschaffen, daß die Großjährigkeitserklärung „dem Minderjährigen vorteilhaft und mit keiner Gefahr eines Mißbrauchs verbunden sei" (§ 252). Dem Minderjährigen ist sodann über die erlangte Großjährigkeit eine Amtsurkunde auszufertigen, von deren Zustellung an die Wirkung eintritt (vgl. § 266 VaSt.). Und zwar hat die Volljährigkeitserklärung ganz gleiche privatrechtliche[7]) Wirkungen, wie die wirklich erreichte Volljährigkeit (§ 252 a. E.), doch wird dadurch nichts geändert an Rechtsgeschäften, z. B. letztwilligen, die an die wirklich erreichte Volljährigkeit Rechte anknüpfen (vgl. auch § 700);[8])

5. durch die gerichtliche Bewilligung eines selbständigen Gewerbebetriebes (§ 252 JME. vom 19. März 1860, Z. 2712). Näheres oben § 459, III, 2, b;

6. durch die Verheiratung der Mündel. Sie kommt hinsichtlich ihrer Person unter die Gewalt des Mannes (§ 175), und die Vormundschaft wird dadurch zur bloßen Vermögenskuratel, die übrigens das Gericht ebenfalls dem Manne übertragen kann (§ 260). Vgl. oben § 459, III, 3;

7. durch die volle Entmündigung des Mündels (§ 3 EntmO.), sobald für ihn ein Kurator bestellt ist. Ist die Mutter Vormünderin, so wird sie nun in der Regel zur Kuratorin bestellt (§ 7 EntmO.).

II. Stirbt der Vormund oder wird er entlassen, so muß ein anderer bestellt werden (§ 249).

1. Der Vormund muß von Amts wegen entlassen werden,

a) wenn er die Vormundschaft pflichtwidrig verwaltet; selbst die Mutter muß entlassen werden, wenn sie — etwa durch allzu große Nachgiebigkeit — das Interesse des Mündels gefährdet;[9])

---

[6]) Auch wenn eine verheiratete Mündel großjährig erklärt werden soll, der Vormund also nur Vermögenskurator ist: Entsch. Slg. IX Nr. 3489.

[7]) Z. B. hinsichtlich der Vollendung der nach § 1494 gehemmten Verjährung: Beratungsprotokoll v. 4. Jan. 1810 (bei Stubecky), Ehrenzweig in der NotZ. 1901 Nr. 40. Vgl. auch „Parerga" ebda. 1882 Nr. 35. An der Wirksamkeit öffentlichrechtlicher Normen, welche z. B. das Wahlrecht oder das Amt des Richters von dem zurückgelegten 24. Jahr abhängig machen, wird nichts geändert.

[8]) Entsch. Slg. Nr. 13.191, Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 580 bei und in Note 29, Gieldanowski in der NotZ. 1916 Nr. 49.

[9]) Entsch. Slg. XIV Nr. 5424.

b) wenn er untauglich[10]) ist, gleichviel ob er dies schon von Anfang an war oder ob der Untauglichkeitsgrund erst nach der Bestellung eingetreten ist (§ 254). Ein Mitvormund muß aber nicht immer deswegen entlassen werden, weil er sich mit der Vormünderin verfeindet hat[11]) oder weil er eine Forderung gegen den Mündel eingeklagt hat;[12])

c) wegen Ablaufes der Zeit oder Eintrittes der Bedingung (§ 256);

d) wenn der Ehemann seine Zustimmung widerruft, muß die Vormünderin entlassen werden (§ 255).

Vorübergehende Verhinderung des Vormundes ist kein Entlassungsgrund;[13]) zur Besorgung von Geschäften, die der Vormund wegen eines rechtlichen (§ 272) oder tatsächlichen Hindernisses (z. B. wegen Abwesenheit oder Krankheit) nicht besorgen kann, ist ein Kurator zu bestellen (§ 270).[14])

2. Der Vormund kann von Amts wegen entlassen werden,

a) wenn das Vormundschaftsgericht die Bestellung eines näher Berufenen im Interesse des Minderjährigen gelegen erachtet. Das Gesetz spricht zwar nur von dem Falle, daß der Wechsel in der Vormundschaft von dem übergangenen Näheren (§ 259) oder von dem bestellten Entfernteren (§ 258) beantragt wird, es schließt aber die Befugnis nicht aus, den bei der Bestellung unterlaufenen Fehler (z. B. die Übergehung des vom Vater Berufenen) nachträglich von Amts wegen gutzumachen;[15])

b) wenn die Vormünderin heiratet (§ 255). Zwar hat der Mann kein Widerspruchsrecht, wenn die Frau die Vormundschaft schon vor der Heirat übernommen hat. Aber das Vormundschaftsgericht kann sie unter billiger Berücksichtigung ihrer häuslichen Verhältnisse entheben.[16]) Es ist hiezu auch befugt, wenn der Mann mit der Weiterführung der Vormundschaft einverstanden ist. Denn die Enthebung kann im Interesse des Mündels liegen.[17])

3. Die Entlassung erfolgt auf eigenen Antrag des Vormundes

a) wegen eines notwendigen oder freiwilligen Entschuldigungsgrundes; im ersten Falle (notwendige Entschuldigung) ist der Vormund verpflichtet, um seine Entlassung anzusuchen (§ 257), wird aber auch ohne sein Ansuchen (von Amts wegen, oben 1, b) entlassen, wenn das Vormundschaftsgericht in anderer Weise Kenntnis des Mangels er-

[10]) Oben § 466 Note 2.

[11]) Im Falle der Entsch. Slg. XVI Nr. 6298 wurde der Mitvormund aus diesem Grunde entlassen.

[12]) Entsch. Slg. Nr. 15.990. Hier wurde die Entlassung verweigert.

[13]) Dagegen Entsch. v. 21. Sept. 1915 NotZ. 1916 Nr. 9.

[14]) Nicht etwa zur Vertretung des Vormundes, sondern unmittelbar zur Vertretung des Kindes. Vgl. § 1909 DBGB.

[15]) Pfaff, Die potioris nominatio (Sonderabdruck aus NotZ. 1901 Nr. 47 bis 52) S. 49 f.

[16]) RGerKomm. zu § 1887 DBGB.

[17]) „Denn das Sprichwort sagt: Wann die Henne zum Hahn kommt, vergißt sie ihre Jungen" (Kreittmayr I 6 § 47). Ebenso DBGB. § 1887. — Vgl. Wöß, Zum § 56 GewGNov. v. 15. März 1883 Nr. 39 in der NotZ. 1890 Nr. 37.

langt. Im zweiten Falle (freiwillige Entschuldigung) ist der Vormund nicht verpflichtet und nur unter der Voraussetzung berechtigt, seine Enthebung zu verlangen, daß er zur Zeit der Bestellung den Entschuldigungsgrund nicht geltend machen konnte, z. B. weil er damals noch nicht sechzig Jahre alt war, noch nicht fünf Kinder hatte usw.).[18]) Richterliches Ermessen mag den Fall gleichstellen, daß der Entschuldigungsgrund erst nachträglich ausschlaggebende Bedeutung erlangt hat: wer mit sechzig Jahren eine Vormundschaft leicht übernehmen konnte, muß sich ihr deshalb nicht auch mit siebzig und mehr Jahren gewachsen fühlen, das öffentliche Amt, die Obsorge über die eigenen Kinder, die erste, mühsame Vormundschaft können unter veränderten Verhältnissen die Zeit des Vormundes in weit höherem Maße in Anspruch nehmen, als er seinerzeit voraussehen konnte usf.[19])

b) Behufs Bestellung eines näher Berufenen. „Einem Vormunde, dem man als vermeintlichen nächsten Verwandten des Minderjährigen die Vormundschaft aufgetragen hat, steht es frei, einen später entdeckten, nähern und tauglichen Verwandten an seine Stelle vorzuschlagen" (§ 258). Ebenso kann der nicht verwandte richterliche Vormund einen Verwandten[20]) und jeder Vormund den vom Vater zur Vormundschaft Berufenen[21]) — Tauglichkeit immer vorausgesetzt — vorschlagen. War ihm das Dasein des näher Berufenen zur Zeit der Bestellung bekannt, hat er ihn also nicht erst später „entdeckt", und hätte der näher Berufene gleich damals mit der Vormundschaft betraut werden können, so hat der Bestellte dieses Recht nicht.[22])

4. In gewissen Fällen wird der Vormund auf Antrag dritter Personen entlassen, die die Vormundschaft für sich beanspruchen. Schon Zeiller[23]) bemerkt, „daß das Gericht an solche Ansprüche nicht schlechterdings gebunden sei. Fordert das Wohl des Minderjährigen die Beibehaltung des bewährten Vormundes, so müssen die untergeordneten Rücksichten weichen." Das folgt freilich nicht aus dem Wortlaute des Gesetzes[24]), wohl aber aus dem Geiste und Zwecke des ganzen heutigen Vormundschaftsrechtes.[25])

a) „Die Mutter oder der Bruder können, wenn sie zur Zeit der bestellten Vormundschaft selbst noch minderjährig waren, nach erreichter Volljährigkeit[26]) auf die Vormundschaft Anspruch machen" (§ 259), vorausgesetzt, daß der Vormund nicht vom Vater ernannt war.[27]) Auch kann der Bruder nicht die Abtretung der Vormundschaft von der Mutter, der Großmutter oder der älteren Schwester verlangen.

[18]) Oben § 468 Note 9. Zeiller, Komm. I S. 522, v. Anders, FamR. S. 288, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 327 f.

[19]) Ofner, Prot. I S. 177 f., Entsch. Slg. XVI Nr. 6538.

[20]) Zeiller S. 523 u. a.

[21]) Pfaff S. 46.

[22]) A. M. Pfaff S. 45 f.

[23]) Komm. S. 525.

[24]) Pfaff S. 40, 47.

[25]) Entsch. Slg. XVI Nr. 6533.

[26]) Nicht auch bei Wegfall eines anderen Untauglichkeitsgrundes (Pfaff S. 41) — unbeschadet der selbständigen Befugnis des Gerichtes (oben 2 a).

[27]) Pfaff S. 39 f.

b) „Auch steht jedem Verwandten frei, wenn das Gericht einen Nichtverwandten zur Vormundschaft berufen hat, sich binnen Jahresfrist um die Übernehmung der Vormundschaft zu melden" (§ 259). Der gemäß § 211 auf Vorschlag der Vormünderin zum Mitvormunde und nach ihr gemäß § 215 zum Vormunde berufene Nichtverwandte behauptet jedoch selbstverständlich den Vorzug vor den Verwandten.[28]) Die Jahresfrist des § 259 beginnt bei jedem Wechsel der Vormundschaft aufs Neue. Der Verwandte, der gegen die Bestellung des Nichtverwandten A keine Einwendung erhoben hat, kann sich also melden, wenn das Gericht nach Jahren den A enthebt, um den Nichtverwandten B zu bestellen.[29]) Wurde jedoch ein Verwandter bestellt, so kann der nähere Verwandte die Abtretung der bereits angetretenen Vormundschaft nur dann fordern, wenn er früher sich zu melden verhindert war (§ 258). Ist der vom Vater berufene Vormund ohne Grund übergangen worden, so kann er jederzeit die Abtretung der Vormundschaft beanspruchen.[30])

III. Das Gericht hat darauf zu achten:

1. Daß der Wechsel der Vormundschaft und die damit verbundene Übergabe des Vermögens an den neuen Vormund womöglich[31]) am Ende des Rechnungsjahres[32]) stattfinde (§ 261).

2. Daß der Vormund längstens binnen zwei Monaten nach geendigter Vormundschaft dem Gerichte die Schlußrechnung übergebe (§ 262). Auch wenn der Mündel bereits großjährig ist, wird die Schlußrechnung nicht ihm, sondern dem Gerichte gelegt und vom Gerichte wie jede andere Rechnung geprüft, weil es dem eben erst großjährig Gewordenen peinlich sein kann, seinen bisherigen Vormund zur Rechnungslegung zu verhalten. Wohl aber kann der großjährig gewordene Mündel den Vormund von der gerichtlichen Erstattung der Schlußrechnung befreien (HfD. vom 1. Juli 1835, JGS. Nr. 48, Pat. vom 9. August 1854, § 215).[33]) Die vom Vormund gelegten Rechnungen samt Beilagen werden an den großjährig gewordenen gewesenen Mündel nach erledigter Schlußrechnung auf dessen Verlangen herausgegeben: § 215 des Patentes. Der Vormund hat, wenn das Gericht die Rechnung geprüft und in Ordnung gefunden hat, Anspruch auf Entlastung (Absolutorium, § 262 ABGB.). Sie schützt ihn gegen die nachträgliche Haftbarmachung für Nachlässigkeiten (z. B. hinsichtlich der Zeit und Art der Kapitalsanlagen), welche bei gehöriger Prüfung der Schlußrechnung oder der früheren Rechnungen hätten entdeckt und bemängelt werden können; aber sie deckt ihn nicht, wenn später Rechnungsverstöße (§ 242) oder arglistige Handlungen

[28]) Ofner, Prot. I S. 203, Pfaff S. 48.

[29]) Entsch. Slg. VII Nr. 2840, XI Nr. 4118.

[30]) Pfaff S. 39, 49, Stubenrauch 8. Aufl. 1 S. 328 Note 1. Die Frist des § 259 gilt für diesen Fall nicht. Pfaff S. 53, a. M. Stubenrauch a. a. O. S. 329.

[31]) Doch nimmt das Gericht dem Vormunde das Amt sofort ab, wenn die Sicherheit der Person oder des Vermögens des Mündels dies erfordert. § 261.

[32]) Oben § 472.

[33]) Entsch. Slg. XVI Nr. 6608.

(§ 262) oder solche Fahrlässigkeiten wahrgenommen werden, welche zur Zeit der Entlastung noch nicht hätten entdeckt werden können.

3. Daß der abtretende Vormund das in seinen Händen befindliche Mündelvermögen dem großjährig gewordenen Mündel oder dem neubestellten Vormund übergebe und dies durch den Empfangschein dem Gerichte nachweise. Grundlage der Übergabe sind das Inventar und die genehmigten Rechnungen (§ 263). Das bei Gericht erliegende Vermögen des Mündels ist demselben nach eingetretener Großjährigkeit gleichfalls auszufolgen.[34]) Besitzt der großjährig Gewordene Liegenschaften, so hat das Vormundschaftsgericht die Löschung der Anmerkung der Minderjährigkeit zu veranlassen.[35])

Zweite Abteilung: Pflegschaft.

§ 476.

1. Entmündigung.

I. Entmündigung ist die Aufhebung oder Beschränkung der Handlungsfähigkeit durch einen Beschluß des Gerichtes. Mit der Entmündigung befaßt sich die Entmündigungsordnung, d. i. die Kaiserliche Verordnung vom 28. Juni 1916, RGBl. Nr. 207.[1])

1. Die Entmündigungsordnung unterscheidet zwischen voller und beschränkter Entmündigung.

a) Die volle Entmündigung entzieht dem Entmündigten die Handlungsfähigkeit[1a]) ganz, so daß er einem noch nicht siebenjährigen Kinde gleichsteht (§ 3 EntmO.).

b) Die beschränkte Entmündigung stellt den Entmündigten einem mündigen Minderjährigen gleich (§ 4 EntmO.).[2]) Doch ist auch der

[34]) Näheres, namentlich für den Fall, daß der gewesene Mündel die Erfolglassung nicht begehrt, und in Betreff der Erfolglassung an aktive Militärpersonen vom Feldwebel abwärts: Pat. v. 9. Aug. 1854 §§ 217, 218, PlBeschl. des OGH. v. 6. Okt. 1891 (VBl. 1891 S. 179), Judikat Nr. 165 (oben § 470 Note 24), V. v. 12. Jan. 1909 VBl. Nr. 2 und v. 23. Dez. 1913 VBl. Nr. 43. Vgl. Stubenrauch 8. Aufl. I S. 330 Note 4, M., Beitrag zur Frage der Waisenabfertigung in der NotZ. 1894 Nr. 48, Rintelen, Grundriß § 53 II.

[35]) Erl. des OLGPräs. Lemberg im VBl. 1906 S. 158.

[1]) M. Sternberg, Entmündigungsordnung (1. Bd.: Kommentar, 2. Bd.: System) 1917, Derf. in der GH. 1916 Nr. 29, 37—40, NotZ. 1916 Nr. 36, Albert Ehrenzweig in der NotZ. 1908 Nr. 3—14, 1910 Nr. 2—4, 18—22, 24—27, 1912 Nr. 22—25, 1913 Nr. 10, 11, Levis im ZBl. 1909 S. 9, 97, 197, 275, Türkel GZ. 1910 Nr. 11 (dazu Klosse ebda. Nr. 31), Schauer DJZ. 1912 S. 998, O. Bumke, Gerichtliche Psychiatrie S. 67 ff. (gegen den Entw. der EntmO.), Till, Privatrechtliche Fragmente ZBl. Bd. 34 S. 865.

[1a]) Genauer: Die Fähigkeit zu Rechtsgeschäften unter Lebenden. Vgl. über die Testierfähigkeit unten § 493, über die Deliktsfähigkeit ebda. Note 5.

[2]) Die Bezeichnung „Entmündigung" entspricht also nicht dem österreichischen

wegen Geisteskrankheit beschränkt Entmündigte vollkommen handlungsunfähig, wenn sein wirklicher Geisteszustand die Handlungsfähigkeit vollkommen ausschließt, also wenn er, wie § 865 sagt, „den Gebrauch der Vernunft nicht hat". Hingegen ist der Entmündigte als solcher, auch wenn er im Vollbesitze seiner Geisteskräfte ist, vollkommen handlungsunfähig oder nur beschränkt handlungsfähig, je nachdem er voll oder beschränkt entmündigt ist.

Der Entmündigte erhält einen Vormund, der bei voller Entmündigung Kurator, bei beschränkter Beistand heißt.

2. Geistesstörung, Verschwendung, Trunksucht und Mißbrauch von Nervengiften rechtfertigen unter bestimmten Voraussetzungen die Entmündigung. Volle Entmündigung ist nur bei Geistesstörung, beschränkte Entmündigung ist in allen Fällen möglich. Als zwecklos muß bei Kindern jede, bei älteren Minderjährigen die beschränkte Entmündigung unterbleiben[3]), was aber nicht ausschließt, daß das Verfahren schon kurze Zeit vor Erreichung des Altersterminus eingeleitet werden kann.

Liegen die gesetzlichen Voraussetzungen vor, so kann das Gericht entmündigen. Aber nur Geistesgestörte werden von Amts wegen entmündigt (§ 25 EntmO.) und auch sie nur, wenn das einen praktischen Zweck hat:[4]) bei vermögenslosen Blödsinnigen, die sich in einer Irrenanstalt befinden, wird von der Entmündigung in der Regel abgesehen werden.

A. Die Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche[5]) setzt voraus

a) eine Geistesstörung. Das deutsche Recht spricht von Geisteskrankheit, wenn volle, von Geistesschwäche, wenn beschränkte Entmündigung geboten erscheint.[6]) Gewöhnlich versteht man unter Geistesschwäche die ungenügende Entwicklung der Geisteskräfte im Gegensatze zur krankhaften Störung. Da die Geistesschwäche in diesem Sinne einen so hohen Grad erreichen kann, daß sie die volle Entmündigung ebensogut rechtfertigt wie

Sprachgebrauche, der zwischen Mündigkeit und Volljährigkeit unterscheidet.

[3]) §§ 1, 2 EntmO. Vgl. auch A. R. in der GH. 1878 Nr. 40, Baltinester, Umfang des gesetzlichen Schutzes wahn- oder blödsinniger Minderjähriger JBl. 1885 Nr. 13.

[4]) Erläuterungen zur EntmO. im VBl. 1916 S. 247.

[5]) Vgl. die oben § 77 Note 3 angeführte Literatur, ferner Hofmann, Gerichtliche Medizin 9. Aufl. S. 1010 ff., v. Krafft-Ebing, Die zweifelhaften Geisteszustände vor dem Zivilrichter S. 16 ff., A. Hoche, Handbuch der gerichtlichen Psychiatrie 1901, Fux, Das österr. Entmündigungsrecht und seine Reform (1903), Ungenannter, Zur Praxis der Entmündigung wegen Irrsinns in den JBl. 1902 Nr. 26, Schröder, Die dringendste Reform im Irrenrechte in Gellers ZBl. 1906 S. 738 ff.; Forensische Psychiatrie I 1908 (darüber Hoegel in GZ. 1908 Nr. 18); O. Bumke, Gerichtliche Psychiatrie, und F. E. Schultze, Irrenrecht in Aschaffenburgs Handbuch der Psychiatrie, Allg. Teil V 1912.

[6]) Der Unterschied betrifft also die juristische Tragweite der Störung, E. Schultze in Hoches Handbuch S. 253 ff., O. Bumke a. a. O. S. 47; ähnlich v. Tuhr, Allg. Teil I S. 409 u. a.

irgend eine Geisteskrankheit, stellt unser Gesetz Geisteskrankheit und Geistesschwäche gleich. Bei beiden ist sowohl die volle als auch die beschränkte Entmündigung möglich.

b) Der Geistesgestörte wird nur dann entmündigt, wenn er seine Angelegenheiten nicht oder nicht gehörig besorgen kann.

α) Er kann voll entmündigt werden, wenn er überhaupt unfähig ist, seine Angelegenheiten selbst zu besorgen. Das ist nicht anzunehmen, solange er noch in der Lage ist, am Verkehrsleben teilzunehmen, also wenn er auch nur einen Teil seiner Angelegenheiten zu besorgen vermag, wenn er seine Angelegenheiten zwar nicht gehörig, aber doch nicht offenbar (in für Dritte sofort erkennbarer Weise) unvernünftig erledigt, wenn er zur Besorgung seiner Angelegenheiten zwar nicht immer, aber doch zeitweise im stande ist. Denn die volle Entmündigung ist eine recht bedenkliche Maßregel. Sie kann zu schweren Verwicklungen führen, wenn sich der Kranke nicht in einer Anstalt befindet und seine Geistesstörung nicht auffällt, vielleicht auch zeitweise oder gar dauernd behoben ist, während die volle Entmündigung noch fortbesteht. Der voll Entmündigte kann, auch wenn er arbeitsfähig ist, nichts in eigener Person erwerben, nicht das Geringste kann ihm zur freien Verfügung überlassen werden, nicht einmal durch die Genehmigung des Kurators können seine Erklärungen rechtliche Bedeutung erlangen.[6a]) Eine Maßregel von solcher Tragweite war dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche fremd. Die Kuratel als solche bewirkte immer nur eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit; nur wer wirklich des Vernunftgebrauches beraubt war, war vollkommen handlungsunfähig (§ 865). So ist es auch nach dem schweizerischen Rechte und nach dem ungarischen Entwurfe[6b]), während unsere Entmündigungsordnung leider dem Vorbilde des deutschen Rechtes folgt. Von der vollen Entmündigung sollte also nur bei sehr schwerer, auffallender, dauernder Störung Gebrauch gemacht werden.

β) Der Geisteskranke kann beschränkt entmündigt werden, wenn er volljährig und zwar nicht unfähig ist, seine Angelegenheiten wenigstens halbwegs (siehe oben) zu besorgen, aber doch zu ihrer gehörigen Besorgung eines Beistandes bedarf. Ob diese Voraussetzung zutrifft, hängt nicht bloß von Art und Grad der Geistesstörung, sondern auch von der Beschaffenheit der Angelegenheiten ab. Der Geisteskranke, der in bescheidenen Verhältnissen lebt, nur Angelegenheiten der einfachsten Art zu besorgen hat, von vertrauenswürdigen Angehörigen unterstützt wird, wird der Entmündigung vielleicht nicht bedürfen. Wer das Räderwerk eines weitverzweigten Geschäftsbetriebes leiten soll und dabei gewissenloser Ausbeutung durch seine nächste Umgebung ausgesetzt ist, wird bei gleichem Grade der Geistesstörung entmündigt werden müssen.[7])

Anders Ortmann, Kommentar zu § 6 DBGB.

[6a]) Vgl. gegen die volle Entmündigung auch Till a. a. O.

[6b]) Vgl. den Vortrag von Szászy-Schwarz JBl. 1917 Nr. 15.

[7]) Erläuterungen S. 249. E. Schultze a. a. O. S. 239, 259.

Unter den „Angelegenheiten", deren Besorgung durch die Entmündigung gesichert werden soll, sind keineswegs bloß Vermögensangelegenheiten zu verstehen. Eine Angelegenheit des Geisteskranken ist auch die Fürsorge für seine eigene Person: er soll sich in eine Heilanstalt begeben oder seinen Beruf ändern oder gewisse Beschäftigungen aufgeben, er soll sich beaufsichtigen lassen, wenn Anfälle zu besorgen sind, die ihm oder anderen gefährlich werden können usf. Fehlt ihm die dazu nötige Einsicht, dann kann das die Entmündigung rechtfertigen, auch wenn er sein Vermögen vortrefflich verwaltet.[8]) Es hat also wenig zu bedeuten, daß § 1 EntmO. nicht besonders hervorhebt, daß ein Geisteskranker ebenso wie ein Trinker (§ 2, Z. 2 EntmO.) entmündigt werden kann, wenn er die Sicherheit anderer gefährdet.

B. Die (beschränkte) Entmündigung wegen Verschwendung (§ 2, Z. 1 EntmO.) setzt voraus

a) Verschwendung.[9]) Da unser Gesetz nicht wie das schweizerische (Art. 370 ZGB.) der Verschwendung die Mißwirtschaft[10]) an die Seite stellt, haben wir keinen Grund, den Begriff der Verschwendung auf positive Handlungen zu beschränken.[11]) Auch wer die Früchte auf dem Felde verderben läßt, statt sie einzuheimsen, ist ein Verschwender.[12]) Nur muß das unwirtschaftliche Gebaren in einer Charakterschwäche begründet sein. Wer nach und nach einen großen Teil seines Vermögens auf Grund eigener, reifer Überlegung zur Unterstützung von armen Verwandten hergibt, ist kein Verschwender; für ihn gibt es eine Grenze, über die er nicht hinausgehen wird. Wohl aber ist ein Verschwender, wer aus bloßem Leichtsinne so handelt, oder weil er zu schwach ist, unbillige Ansprüche zurückzuweisen.

b) Nicht jeder Verschwender kann entmündigt werden. Die Verschwendung muß vielmehr den Verschwender selbst oder seine Familie der Gefahr des Notstandes preisgeben. Notstand ist nicht etwa schlimmer, sondern minder schlimm als Verarmung.[13]) Notstand liegt schon vor, wenn der Verschwender den standesmäßigen Unterhalt nicht mehr bestreiten kann.[14]) Zur „Familie"[15]) gehören die Personen, für die der

[8]) Vgl. die von E. Schultze S. 245 f. mitgeteilte Entscheidung. — Die Anhaltung in einer Irrenanstalt setzt allerdings Entmündigung nicht voraus. Die EntmO. hat dafür ein besonderes Verfahren vorgesehen, das aber die Anhaltung immer nur für die Dauer eines Jahres ermöglicht. § 23 EntmO. Levis, Die Anhaltung in einer Irrenanstalt nach dem österr. Entw. Grünhuts Zeitschr. 36, 137, Ungenannter, Das Verhältnis zwischen Entmündigungs- und Aufnahmeverfahren GZ. 1916 Nr. 45, Suchanek, Zur Praxis der EntmO. GZ. 1917 Nr. 20.

[9]) Literatur oben § 78 Note 1.

[10]) Hedemann, Fortschritte des Zivilrechtes S. 73.

[11]) So Kaufmann in Gmürs Komm. zu Art. 370 ZGB.

[12]) Ortmann, Komm. zu § 6 DBGB., Sternberg, EntmO. I S. 47. Entsch. des RG. v. 1914 Gruchots Beitr. 58, 881.

[13]) Art. 370 Schweiz. ZGB. spricht von der „Gefahr eines Notstandes oder der Verarmung".

[14]) Ortmann a. a. O., v. Tuhr, Allg. Teil S. 414.

[15]) Fur a. a. O. S. 15.

Verschwender kraft gesetzlicher oder freiwillig übernommener Verpflichtung sorgt, also z. B. auch Pflegekinder, aber freilich nicht Personen, denen im Falle der Entmündigung der Beistand die bisher bezogenen Unterstützungen entziehen müßte.

C. Die Entmündigung wegen Trunksucht[16]) ist eine Schöpfung der neueren Gesetzgebung. Sie ist in das deutsche bürgerliche Gesetzbuch gelegentlich der zweiten Lesung aufgenommen worden[17]) und von dort in das schweizerische Zivilgesetzbuch und in unsere Entmündigungsordnung übergegangen. Früher mußte man Trinker, die man entmündigen wollte, entweder als Verschwender[18]) oder als Geisteskranke[19]) erklären. Voraussetzung der Entmündigung ist jetzt

a) Trunksucht, d. h. der „gewohnheitsmäßige Mißbrauch von Alkohol" (§ 2 Z. 2 EntmO.). Also nur Gewohnheitstrinker können entmündigt werden. Aber nicht jeder, der viel zu trinken pflegt, ist trunksüchtig. Wesentlich ist, daß den Trinker eine krankhafte, unwiderstehliche Neigung — eine „Sucht" — zum Trinken antreibt.[20])

b) Der Trunksüchtige kann entmündigt werden

α) wie der Verschwender, wenn er sich oder seine Familie der Gefahr des Notstandes preisgibt, oder

β) wie der Geisteskranke, wenn er eines Beistandes zur gehörigen Besorgung seiner Angelegenheiten bedarf, oder endlich

γ) wenn er die Sicherheit anderer gefährdet — das wird hier, anders als beim Geisteskranken, ausdrücklich gesagt. Die Entmündigung soll der Trunksucht durch Einschränkung der persönlichen Freiheit des Trinkers entgegenwirken:[21]) der Beistand entzieht ihm die Mittel zur Anschaffung geistiger Getränke, die Entmündigung selbst raubt ihm den dazu nötigen Kredit, sie bietet die Möglichkeit, ihn unter Aufsicht zu stellen und auch gegen seinen Willen in einer Heilanstalt unterzubringen.

D. Die Entmündigung wegen Mißbrauches von Nervengiften ist eine Neuerung unserer Entmündigungsordnung (§ 2, Z. 2). Sie ist eine Erweiterung der Entmündigung wegen Trunksucht, ist doch der Alkohol selbst ein Nervengift. Gleichgestellt ist nun z. B. der in den höheren Gesellschaftsschichten verbreitete Mißbrauch der Morphiums[22]) und der bei uns[23]) seltenere Mißbrauch des Kokains.[24]) Das über die Entmündigung wegen Trunksucht Gesagte gilt auch hier. Auch hier wird eine

[16]) Literatur oben § 78 Note 2; E. Schultze in Hoches Handbuch S. 305 ff.

[17]) Entsprechend dem Beschlusse des 19. DJT. zu Stettin (1888).

[18]) Entsch. Slg. XIV Nr. 5359.

[19]) Entsch. Slg. XIII Nr. 4950.

[20]) E. Schultze a. a. O. S. 305; O. Bumke im Handb. der Neurologie III S. 1003 („Reizhunger"); vgl. auch P. Schroeder, Intoxikationspsychosen (1912) S. 187.

[21]) Vgl. H. Grohmann, Gasthausverbote NotZ. 1916 Nr. 24.

[22]) O. Bumke a. a. O. S. 1032, P. Schroeder a. a. O. S. 157.

[23]) Anders z. B. in Peru, der Heimat des Kokastrauches. Vor der Ankunft der Spanier war dort der Kokagenuß um seiner Schädlichkeit willen strenge verboten; die Eroberer gaben ihn frei. Brehm, Das Inka-Reich S. 89.

[24]) O. Bumke a. a. O. S. 1044, P. Schroeder S. 172.

„Sucht" verlangt. Auch hier ermöglicht die Entmündigung die Überwachung und die Unterbringung in einer Heilanstalt[25]), wozu sich der Leidende aus freien Stücken nicht leicht entschließt.

II. Das Entmündigungsverfahren ist ein außerstreitiges Verfahren.

1. Zu seiner Durchführung ist das Entmündigungsgericht berufen, d. i. das Bezirksgericht des ständigen Aufenthaltes des zu Entmündigenden (§ 12 EntmO.).[26]) Einen Ausländer, der sich im Inlande ständig aufhält, kann das inländische Gericht entmündigen, wenn die zuständige ausländische Behörde nicht rechtzeitig eingreift (§ 13 EntmO.).[27])

2. Wegen Geistesstörung kann das Gericht von Amts wegen entmündigen, sonst ist ein Antrag nötig (§ 25 EntmO.). Zur Antragstellung sind nahe Angehörige, in gewissen Fällen auch der Staatsanwalt[28]) und die Armenbehörde[29]) berufen (§ 26 EntmO.). Die Zurückziehung des Antrages hindert den Fortgang des Verfahrens nicht.[30])

3. Nach der Einleitung des Entmündigungsverfahrens oder nach der Aufnahme in eine Irrenanstalt oder eine ähnliche Pflegeanstalt kann das Gericht, das über die Entmündigung oder Anhaltung[31]) entscheidet, für den Schutzbedürftigen nötigenfalls einen vorläufigen Beistand bestellen (§ 8 EntmO.).[32]) Besitzt der Schutzbedürftige bücherliche Rechte, so wird diese Bestellung im Grundbuche angemerkt (§ 8 EntmO.).[33]) Der vorläufige Beistand hat, wenn das Gericht seinen Wirkungskreis nicht einschränkt, dieselben Befugnisse wie der endgültige Beistand (§ 9 EntmO.). Die Handlungen, die er in seinem Wirkungskreise vernimmt, bleiben gültig, auch wenn der Entmündigungsantrag abgelehnt wird, weil sich z. B. zeigt, daß der vermeintliche Geisteskranke vollkommen gesund ist.[34]) Die eigenen Handlungen des unter vorläufige Obsorge Gestellten gelten, soweit nicht der wirkliche Geisteszustand ihre Geltung (ohne Rücksicht auf Entmündigung) ausschließt. Wie nun, wenn die Willenserklärungen des Schutzbedürftigen und die des vorläufigen Beistandes einander wider-

---

25) O. Bumke S. 1042.

26) E. Hellmer in den JBl. 1916 Nr. 30, 52, GZ. 1916 Nr. 51, NotZ. 1917 Nr. 7; vgl. auch v. Schrutka GZ. 1908 Nr. 9, 10. Entmündigung eines sich im Auslande aufhaltenden Inländers: JMV. v. 15. Aug. 1916 Nr. 225.

27) Vgl. Art. 8 EinfG. zum DBGB. Levis, Das internationale Entmündigungsrecht des Deutschen Reiches 1906, Eisinger NotZ. 1916 Nr. 46 (betr. Kriegsgefangene). Art. VI des Haager Abkommens über die Entmündigung v. 17. Juli 1905.

28) JME. v. 14. Juli 1916 VBl. Nr. 25.

29) Vgl. § 60 g Ges. v. 13. Okt. 1893 LGBl. für NiedÖ. Nr. 53 (Bezirksarmenrat).

30) So schon für das ältere Recht Entsch. Slg. XIII Nr. 5120.

31) Oben Note 8.

32) Vgl. § 1906 DBGB. J. Schaeffer, Die vorläufige Vormundschaft 1916. Über das ältere österreichische Recht vgl. Erl. des Wiener OLG. v. 25. Jan. 1874 bei Stubenrauch 8. Aufl. I S. 340 Note 2, v. Némethy, Zwei Fragen aus dem Pflegschaftsrechte GZ. 1903 Nr. 27.

33) Vgl. für das ältere Recht Entsch. Slg. XII Nr. 4866.

34) § 115 DBGB. Entsch. v. 5. Jan. 1915 NotZ. 1915 Nr. 17.

sprechen? Dann entscheidet die Erklärung des Beistandes, auch wenn sie die spätere ist (§ 11 EntmO.), denn auf sie muß man sich im Verkehre verlassen können.[35])

4. Die Untersuchung durch Sachverständige[36]) ist eine notwendige Voraussetzung der Entmündigung wegen Geistesstörung oder Nervenvergiftung (§ 33 EntmO.), erspart aber dem Richter die Verpflichtung nicht, den zu Entmündigenden, wenn möglich, persönlich zu vernehmen (§ 32 EntmO.).[37]) Die Zuziehung von Irrenärzten wird sich oft auch bei Trunksüchtigen empfehlen, obwohl das Gesetz sie hier nicht verlangt. Der Arzt kann Trunksucht in Fällen feststellen, wo der Untersuchte den Eindruck der Nüchternheit macht. Auch die Unterscheidung zwischen der Trunksucht und tiefer liegenden Geistesstörungen kann zweifelhaft sein.

5. Das Gericht spricht die Entmündigung mittels Beschlusses aus (§ 35 EntmO.). Gegen den Beschluß sind Rechtsmittel (Rekurs, Widerspruch) zulässig; sie stehen auch dem Entmündigten offen.[38]) Der Beschluß tritt jedoch in der Regel (§ 67 EntmO.) schon mit Beginn des Tages in Kraft, an dem er dem Entmündigten oder seinem Vertreter (§ 65 EntmO.) zugestellt wird. Er wird sofort öffentlich bekannt gemacht[39]) und dem Pflegschaftsgerichte mitgeteilt (§ 67 EntmO.), das nunmehr den Kurator oder Beistand bestellt.[40])

Die Kosten des Verfahrens ersetzt der Entmündigte (§ 61 EntmO.) oder die zur Bestreitung seines Unterhaltes verpflichtete Person (§ 63 EntmO.), wenn aber die Entmündigung abgelehnt wird, in der Regel der Antragsteller (§ 60 EntmO.). Das ist eine Neuerung[41]), die geeignet ist, von der Stellung von Entmündigungsanträgen abzuschrecken.[42])

6. Das Entmündigungsgericht beschließt die Aufhebung der Entmündigung, wenn eine wesentliche Voraussetzung weggefallen ist (§ 50 EntmO.), also z. B. wenn der Geisteskranke geheilt ist oder wenn seine Krankheit ihn nicht mehr hindert, seine Angelegenheiten ohne Beistand dauernd gehörig zu besorgen.[43]) Das Gericht kann ferner an die Stelle der vollen Entmündigung die beschränkte Entmündigung treten lassen (Umwandlung der Entmündigung, § 50 EntmO.). Das Verfahren ist in beiden Fällen dem eigentlichen Entmündigungsverfahren ähnlich. Die Vernehmung durch den Richter und die Untersuchung durch Sach-

35) Erläuterungen S. 255, Sternberg I S. 90.

36) Ärzte, die über psychiatrische Bildung und Erfahrung verfügen (§ 18 EntmO.), nicht etwa Psychologen, wie Kant wollte. Zeiller, Vorbereitung IV S. 170 ff.

37) Vgl. Ofner, Prot. II S. 515, Zeiller, Komm. I S. 545.

38) §§ 38, 49 EntmO. Vgl. für das ältere Recht Entsch. v. 16. Febr. 1915 JBl. 1915 Nr. 21.

39) § 67 EntmO. JMV. v. 14. Juli 1916 VBl. Nr. 24.

40) Anmerkung im Grundbuche: §§ 20 a, 52 GBG.

41) Vgl. über das ältere Recht Entsch. Slg. IX Nr. 3381, X Nr. 3862.

42) Die Regierung erblickt darin einen „wirksamen und nicht unerwünschten Schutz gegen den Mißbrauch des Antragsrechtes". Erläuterungen S. 275. Sternberg I S. 199, Rojic, Die Kosten des Verfahrens nach der EntmO. GZ. 1917 Nr. 16.

43) Über die Besserung des Verschwenders sollte nach Westgal. GB. I § 263 eine zwei- bis dreijährige Er-

verständige ist in demselben Umfange geboten wie bei der Entmündigung (§ 52 EntmO.)[44]), ebenso die öffentliche Bekanntmachung des Beschlusses (§ 67 EntmO.).

§ 477.

2. Andere Fälle der Pflegschaft.

Mit der Bezeichnung „Kurator" verbindet sich kein klarer Begriff. Als Kuratoren bezeichnet das Gesetz die Vormünder der voll Entmündigten, ebenso die Pfleger, die manchen Personen ohne Rücksicht auf ihre Handlungsfähigkeit bestellt werden, wie z. B. den Abwesenden, dann die Ergänzungspfleger, die den Pflegebefohlenen gelegentlich aushilfsweise bestellt werden, ferner verschiedene Güterpfleger, wie z. B. den Nachlaßverwalter des § 690, dann allerlei vom Gerichte im Prozesse, in der Exekution[1]), im Verfahren außer Streitsachen[2]) bestellte Verwalter und Vertreter. Das Gesetz läßt, wenn die Pflegebefohlene heiratet, die väterliche Gewalt (§ 175) und die Vormundschaft (§ 260) in eine bloße Kuratel übergehen. Aber auch der Verteidiger der ehelichen Geburt, der weder Güterpfleger ist, noch irgend eine Person vertritt, heißt Kurator (§§ 158, 159). Unter diesen Kuratelen sind manche der Vormundschaft ähnlich und darum durchaus analog zu behandeln, bei anderen ergeben sich erhebliche Abweichungen (vgl. z. B. § 280, Satz 2), manche haben mit dem Vormundschaftsrechte überhaupt nichts zu schaffen.

Hervorzuheben sind folgende Pflegschaftsfälle:

1. Eine Ergänzungspflegschaft wird für Pflegebefohlene angeordnet zur Erledigung von Angelegenheiten, die ihr ordentlicher Vertreter (Vater, Vormund, Kurator oder Beistand) nicht besorgen kann[3]), desgleichen für juristische Personen in ähnlichen Lagen.

a) Nach § 271 muß das Gericht einen Kurator ernennen, wenn zwischen den Eltern und dem minderjährigen Kinde oder zwischen dem Vormunde und dem Mündel Geschäfte vorfallen.[4]) Dazu gehören Geschäfte nicht, die der beschränkt Handlungsunfähige in eigener Person schließen kann, wie z. B. die Annahme einer Schenkung.[5]) Sonst aber genügt es, daß der Vater oder Vormund an dem Geschäfte (oder dem Ergebnisse des Rechtsstreites) mittelbar beteiligt ist oder in so nahen Beziehungen zu einer beteiligten Person steht, daß seine Unbefangenheit

fahrung entscheiden. Die Redaktoren meinten, daß dieser Zeitraum nach Umständen zu lang oder zu kurz sein könne (Ofner, Prot. I S. 210). Vgl. auch Entsch. Slg. VIII Nr. 2949.

[44]) Vgl. für das ältere Recht Entsch. Slg. Nr. 14.660, XV Nr. 6079.

[1]) Tilsch, Einfluß S. 64 f.

[2]) So kann für den zu Entmündigenden nicht nur ein vorläufiger Beistand, sondern auch ein Prozeß- oder Exekutionskurator gemäß § 8 ZPO. (§ 8 EntmO.), ein Kurator für das Entmündigungsverfahren (§ 30 EntmO.) oder ein Zustellungskurator (§ 65 EntmO.) bestellt werden.

[3]) Vgl. § 1909 DBGB.

[4]) Vgl. z. B. Entsch. Slg. Nr. 12.147, VII Nr. 2686.

[5]) Entsch. Slg. Nr. 11.933, IV Nr. 1620. Reichel, Zum Schenkungsrecht in der Festschr. der Dozenten der Univ. Zürich 1914 S. 109 ff.

zweifelhaft erscheinen kann, so z. B. wenn der Mündel mit der Ehegattin des Vormundes einen Vertrag schließen soll.[6]) Auch Rechtsstreitigkeiten zwischen Eltern und minderjährigen Kindern gehören hieher[7]), desgleichen solche zwischen dem Vormunde (Kurator, Beistande) und dem Pflegebefohlenen, wenn es nicht angemessen erscheint, den Vormund deswegen zu entlassen.[8])

b) Nach § 272 darf der Vormund, wenn zwischen seinen Mündeln ein Rechtsstreit entsteht, keinen von ihnen vertreten, vielmehr muß das Gericht für jeden einen besonderen Kurator bestellen;[9]) unbedenklich ist der Paragraph auch auf minderjährige Kinder desselben Vaters und auf Pflegebefohlene desselben Beistandes oder Kurators anzuwenden. Die Bestellung muß erfolgen, sobald der Anlaß zum Rechtsstreite gegeben ist. Ist sie unterblieben, so ist das Recht des Pflegebefohlenen bis zum Eintritte der Eigenberechtigung der Verjährung und Ersitzung entrückt.[10]) Auf die Abschließung von Rechtsgeschäften (Verträgen, Teilungen u. dgl.) bezieht sich der Paragraph nicht, der Vater oder Vormund kann also hier alle Beteiligten vertreten.[11]) Das „Selbstkontrahieren" des gesetzlichen Vertreters (siehe oben I, S. 313) wird unbedenklich durch die bestehende obervormundschaftliche Überwachung. Übrigens muß es auch hier dem Gerichte anheimgegeben sein, in wichtigeren Fällen Vertretung durch Kuratoren zu verfügen.

c) Wer einem Pflegebefohlenen Vermögen freiwillig zuwendet, kann anordnen, daß dieses Vermögen nicht vom Vater oder sonstigen gesetzlichen Vertreter, sondern von einem besonderen Kurator verwaltet werde (§§ 197, 209).[12])

d) Hieher gehört auch der Kurator, der für einen ausländischen Minderjährigen gemäß § 51 zum Zwecke der Eheeinwilligung bestellt wird.[13])

e) Für einen Nachlaß wird ein Ergänzungspfleger bestellt, z. B. wenn der Erbe selbst den Nachlaß verwaltet und eine eigene Forderung des Erben gegen den Nachlaß festgestellt werden soll.[14]) „Stiftungen und andere öffentliche Anstalten" erhalten nach § 77 VaSt. Kuratoren, bis für ihre ordentliche Vertretung gesorgt ist.[15]) Für eine Gemeinde wird ein Kurator zur Besorgung einzelner Angelegenheiten bestellt, wenn der Gemeindeausschuß befangen ist.[16]) Sind die Organe einer Körperschaft,

[6]) Vgl. § 1795 DBGB.

[7]) Vgl. z. B. Entsch. Slg. X Nr. 3866 (Unterhaltsanspruch).

[8]) Oben § 475 Note 12.

[9]) Cod. Ther. I 6 n. 639: „— damit aller Anlaß einer Vorliebe und Parteilichkeit vermieden werde". Kipp, Lehrbuch § 116 Note 10.

[10]) § 1494. Entsch. Slg. XV Nr. 5831.

[11]) So, abweichend vom Martinischen Entwurfe, schon das Westgal. GB. Vgl. auch Stubenrauch 8. Aufl. I S. 336 Note 1.

[12]) Vgl. § 1909 Satz 2 DBGB. Entsch. Slg. VIII Nr. 3045.

[13]) Oben § 425 bei Note 19.

[14]) Entsch. Slg. Nr. 11.278.

[15]) Art. 393 Schweiz. ZGB.: „bei einer Körperschaft oder Stiftung, so lange die erforderlichen Organe mangeln und nicht auf andere Weise für die Verwaltung gesorgt ist".

[16]) § 101 böhm. GemO. Entsch. Slg. IX Nr. 3640.

z. B. einer Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft, weggefallen oder sonst behindert (z. B. in Kriegszeiten), so bestellt das Gericht zur einstweiligen Führung ihrer Geschäfte einen Kurator, dem es obliegt, sie sobald als möglich in den Stand zu setzen, ihre Tätigkeit durch ihre eigenen Organe wieder aufzunehmen.[17]) Ebenso wird ein Kurator bestellt, wenn eine Körperschaft, z. B. eine Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft[18]) oder eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung[19]) von den zu ihrer Vertretung berufenen Organen verklagt wird.

2. Für Ordenspersonen, die feierliche Gelübde[20]) abgelegt haben, wird nach § 182 VaSt. ein Kurator zur Verwaltung desjenigen Vermögens bestellt, worüber sie nicht rechtzeitig (vor Ablegung des Gelübdes) unter Lebenden verfügt heben.[21])

3. Der Kurator der Leibesfrucht hat dafür zu sorgen, daß die künftigen Rechte des Ungeborenen erhalten werden (§ 274). Ein solcher Kurator wird auch dann bestellt, wenn das Kind als geborenes (§ 22) unter väterlicher Gewalt stünde; der Vater ist also nicht gesetzlicher Vertreter der Leibesfrucht.[22]) Ist die Leibesfrucht unehelich, so ist zwar die vorläufige Vaterschaftsklage (§ 168) der Mutter vorbehalten, das schließt aber die Bestellung eines Kurators nicht aus, wenn sonstige Schritte nötig sind, um die Unterhaltsansprüche des Kindes gegen den Vater zu sichern.[23]) Unerzeugte sind nicht — auch nicht bedingt — rechtsfähig, sie können also nicht durch einen Kurator Rechtsgeschäfte abschließen. Deshalb kann das Gericht z. B. nicht einen Kurator zur Annahme des dem Unerzeugten zugedachten Geschenkes bestellen.[24]) Wohl aber können ihm im voraus Rechte zugewendet werden, wenn es dazu keiner Mitwirkung von seiner Seite bedarf, also durch Testament, Stiftung, Vertrag zu Gunsten Dritter. Der Hauptfall ist der des Testamentes. Deshalb bezeichnet es § 274 als die Aufgabe des Kurators, dafür zu sorgen, „daß die Nachkommenschaft bei einem ihr bestimmten Nachlasse nicht verkürzet werde". Nach § 77 VaSt. bestellt das Abhandlungsgericht einen Kurator von Amts wegen „für die durch Familienfideikommisse[25]) oder durch fideikommissarische Substitution[26]), sowie überhaupt für die durch letztwillige Anordnung unmittelbar[27]) zur Erbfolge berufene, noch nicht geborene[28]) Nachkommenschaft". Dieser Kurator kann aber nur das künftige Erbrecht der Unerzeugten sichern, nicht etwa in ihrem Namen eine Erbserklärung abgeben.

4. Die Taubstummheit[29]) kann auf einer Geistesstörung beruhen, jedenfalls aber hindert sie, wenn der Taubstumme nicht entsprechend

[17]) JME. v. 23. März 1916 VBl. Nr. 14.
[18]) Entsch. Slg. VII Nr. 2669.
[19]) § 42 GmbHG.
[20]) Entsch. Slg. Nr. 16.082.
[21]) Entsch. Slg. Nr. 14.443, oben § 74 Note 5. Haring, Kirchenrecht S. 801 Note 10.
[22]) Anders nach § 1912 DBGB.
[23]) Darüber oben § 461 Note 28.
[24]) Pelzer, Aus der Praxis des außerstreitigen Verfahrens NotZ. 1914 Nr. 13.
[25]) Oben § 196 bei Note 13 b.
[26]) Entsch. Slg. XIV Nr. 5491.
[27]) HfD. v. 29. Mai 1845 Nr. 888. J. M. in der GZ. 1911 Nr. 4.
[28]) Der Kurator vertritt auch die bereits erzeugten Nachkommen.
[29]) H. Hoffmann, Die Taub-

unterrichtet wird, die Entwicklung der geistigen Fähigkeiten. Der nicht unterrichtete Taubstumme ist deshalb als schwachsinnig anzusehen.[30]) Für ihn wird durch Verlängerung der väterlichen Gewalt oder der Vormundschaft gesorgt (§§ 173, 251: „Leibes- oder Gemütsgebrechen"). Ist das nicht geschehen, so kann ihm durch Entmündigung wegen Geistesschwäche geholfen werden. Hat aber erfolgreicher Unterricht seine geistigen Fähigkeiten hinlänglich entwickelt, dann ist die Entmündigung ausgeschlossen und es darf ihm wider seinen Willen kein Kurator bestellt werden (§ 275). Das Gesetz verlangt aber nicht mehr (wie das Josefinische Gesetzbuch V, § 95) eigenes Ansuchen des Gebrechlichen; genug, daß er nicht widerspricht, vielleicht nicht einmal widersprechen kann. Daher kann der Kurator auch dann bestellt werden, wenn eine Verständigung mit dem Taubstummen unmöglich ist;[31]) gerade in diesem Falle ist er ja unentbehrlich. Die Vorschrift, daß der Taubstumme, auch wenn er nicht unter Kuratel steht, vor Gericht nie ohne einen „Sachwalter"[32]) erscheinen solle (§ 275 a. E.), ist dem heutigen Prozeßrechte[33]) fremd. Die Bestellung eines Kurators nach § 275 bewirkt keine Beschränkung der Handlungsfähigkeit;[34]) sie wird daher nicht öffentlich bekannt gemacht. Dritten gegenüber nimmt der Kurator die Stellung eines Bevollmächtigten ein, obwohl er vom Gerichte nicht nur bestellt, sondern auch überwacht wird, ihm Rechnung legt usf. Die eigenen Willenserklärungen des Taubstummen sind gültig, wenn er die dazu nötige geistige Reife besitzt. Es ist zu beachten, daß das Gericht auch bei schwachsinnigen Taubstummen von der Entmündigung absehen kann, wenn die Bestellung eines Kurators nach § 275 dem praktischen Bedürfnisse genügt.[35]) — Obwohl das Gesetz im § 275 nur von Taubstummen spricht, ist die analoge Behandlung sonstiger gebrechlicher Personen nicht ausgeschlossen.[36])

stummen im französischen und im deutschen Rechte 1914, H. Schilde, Art. „Taubstumme und Taubstummenanstalten" im HWB. der Staatswissenschaften.

[30]) Aschaffenburg in Hoches Handb. S. 69. — v. Krafft-Ebing, Die zweifelhaften Geisteszustände S. 12 stellt den mit Erfolg Unterrichteten einem Schwachsinnigen, den nicht Unterrichteten einem Blödsinnigen gleich. So noch Kratter, Gerichtliche Medizin S. 553 ff.

[31]) § 1910 DBGB. Die Verständigung ist schon dann unmöglich, wenn der Taubstumme die Tragweite der Maßregel nicht zu erfassen vermag. E. Schultze in Hoches Handbuch S. 325.

[32]) D. h. einen Bevollmächtigten oder einen Kurator. Das ALR. verlangte einen „Beistand" (II 18 § 18).

[33]) Zivilprozeß, Strafprozeß, freiwillige Gerichtsbarkeit.

[34]) Das ist angesichts der EntmO. nicht zu bezweifeln; a. M. — für das ältere Recht — Krainz (dagegen v. Anders, Grundriß S. 137). Anders auch Art. 372 Schweiz. ZGB.

[35]) Vgl. Kipp, Lehrbuch § 128 bei Note 6. Die Einwilligung des Schwachsinnigen ist nicht nötig, oben Note 31.

[36]) Vgl. das unter der Überschrift: „Über die rechtlichen Folgen einer freiwilligen Verzichtleistung auf die Verwaltung des Vermögens" von Ofner mitgeteilte Gutachten der Hofkommission in Justizsachen v. 20. Mai 1824 (Ref. v. Gärtner) in der GH. 1886 Nr. 23, L. Adler, Gibt es eine freiwillige Kuratel? in Gellers ZBl. III S. 645 f., Entsch. Slg. Nr. 6992, Stobbe-Lehmann IV S. 624 ff.

5. Gemäß § 276 bestellt das Gericht Kuratoren für Abwesende und für die ihm zur Zeit noch unbekannten Teilnehmer an einem Geschäfte.[37])

a) Die Abwesenheit nötigt zur Bestellung eines Kurators vor allem dann, wenn der Aufenthaltsort des Abwesenden unbekannt ist. Ein Kurator kann aber, wenn die Sache dringend ist, auch dann bestellt werden, wenn der Aufenthaltsort bekannt ist; genug daran, daß der Abwesende die dringende Angelegenheit nicht rechtzeitig durch persönliches Erscheinen oder durch einen Vertreter oder brieflich, telegraphisch usf. ordnen kann.[38]) Nicht notwendig ist Abwesenheit vom Wohnorte oder vom gewöhnlichen Aufenthaltsorte. Wer nicht dort ist, wo seine Anwesenheit nottut, ist für die dort zu besorgende Angelegenheit ein Abwesender. Die Angelegenheit selbst kann ebensowohl eine gerichtliche wie eine außergerichtliche sein;[39]) sie kann in einer vereinzelten Handlung, aber auch in einer fortdauernden Geschäftsführung, insbesondere in der Verwaltung eines Vermögens bestehen.[40]) Nach § 276 ist Voraussetzung der Kuratorbestellung, daß der Abwesende keinen „ordentlichen Sachwalter", also keine Person zurückgelassen hat, die das Geschäft für ihn besorgen kann. Ist der Sachwalter nicht im stande oder nicht willens, die Interessen des Abwesenden gehörig zu wahren, dann kann ein Kurator zu dem Zwecke bestellt werden, Auftrag und Vollmacht zu widerrufen und die Geschäftsbesorgung selbst zu übernehmen.[41])

b) Auch für die dem Gerichte „unbekannten Teilnehmer an einem Geschäfte" kann ein Kurator bestellt werden.[42]) Sein Wirkungskreis ist allerdings beschränkter, denn nicht jedes Geschäft, das im Namen einer bestimmten abwesenden Person geschlossen werden kann, kann auch im Namen einer ungewissen Person durchgeführt werden. So kann der für bestimmte abwesende Erben bestellte Kurator (§ 77, Z. 2 VaSt.) die Erbschaft in ihrem Namen antreten; der für ungewisse Erben bestellte (§ 78 VaSt.) kann das nicht; er ist ein bloßer Güterpfleger (Verlassenschaftskurator), zu dessen Obliegenheiten allerdings auch die Ausforschung der Erben gehört (§ 129 VaSt.). Oft gibt der gerichtliche Erlag von Vermögenschaften Anlaß zur Bestellung eines Kurators für die unbekannten Berechtigten, so z. B. wenn der Inhaber einer kon-

[37]) Moser, Der Kurator nach § 276 BGB. in den JBl. 1884 Nr. 24.

[38]) Bestellung eines Kurators für Militärpersonen: § 7 KaisV. v. 29. Juli 1914 RGBl. Nr. 178. Dazu Mitt. im VBl. 1917 S. 183. H. Scharfmesser, Der Krieg und die Abwesenheitskuratel GH. 1915 Nr. 45.

[39]) Fink im Sprechsaal GH. 1912 Nr. 33. Das bestreiten ohne Grund Dworzack in der ZfRuSt. 1849 II S. 245, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 344, Krasnopolski IV S. 348.

[40]) Vgl. Art. 393 Schweiz. ZGB.: „Fehlt einem Vermögen die nötige Verwaltung, so hat die Vormundschaftsbehörde das Erforderliche anzuordnen usf." Anders Krainz: „Allerdings läuft derjenige, der verreist oder auswandert, ohne einen Verwalter seines zurückbleibenden Vermögens zu bestellen, Gefahr, Schädigungen zu erfahren (Besitzstörungen werden nicht zurückgewiesen, Zinsen verjähren u. dgl.); allein das ist kein Grund gerichtlicher Vorsorge."

[41]) § 1911 Satz 2 DBGB.

[42]) Vgl. § 1913 DBGB.

zessionierten Pfandleihanstalt gemäß Verordnung vom 1. Oktober 1892, RGBl. Nr. 176, nach dem Verkaufe der nicht eingelösten Pfänder die erzielten Überschüsse für die unbekannten Verpfänder hinterlegt.[43])

c) Für die Besitzer gewisser Arten von Wertpapieren kann ein gemeinsamer Kurator[44]) — ein „Treuhänder" — ernannt werden. Diese Papiere sind oben § 282 besprochen worden; es sind die auf Inhaber oder an Order lautenden Teilschuldverschreibungen[45]) mit Einschluß der Pfandbriefe[46]) und der fundierten Bank-[47]) und Lokalbahn-Schuldverschreibungen.[48]) Der Grund der Kuratel liegt nicht bloß darin, daß ein großer Teil der Papierbesitzer unbekannt oder abwesend ist. Denn der Kurator vertritt auch die bekannten und anwesenden Besitzer. Vielmehr sollen Angelegenheiten, die alle Besitzer gleichmäßig berühren und aus rechtlichen oder wirtschaftlichen Gründen nur einheitlich geordnet werden können, von einem gemeinsamen Vertreter im Namen aller erledigt werden.[49]) In solchen gemeinsamen Angelegenheiten kann der Einzelne sein Recht nicht selbständig geltend machen (§ 9 Ges. vom 24. April 1874, Nr. 49). Wenn z. B. der Aussteller erklärt, daß er die Papiere oder die dazu gehörigen Coupons nur mit einem Abzuge einlösen wolle[50]) oder wenn er den Verlosungsplan eigenmächtig ändert[51]), so kann ihn nur der aus diesem Anlasse zu bestellende Kurator im Namen aller belangen. Der Einzelne aber kann sein Recht geltend machen, wenn es ihm ohne Grund oder aus Gründen bestritten wird, die für die übrigen Papierbesitzer nicht in Betracht kommen[52]), z. B. weil sein Papier unecht oder amortisiert, sein Anspruch bereits getilgt oder verjährt sei. Im Konkurse kann nur der Kurator bevorrechtete Schuldverschreibungen (Pfandbriefe usf.) geltend machen.[53]) Doch macht die gemeinsame Vertretung den Einzelnen nicht etwa mundtot. Nach dem Gesetze vom 5. Dezember 1877, Nr. 111[54]),

---

[43]) V. v. 17. Jan. 1893 VBl. Nr. 5, Entsch. Slg. Nr. 14.467, 14.468, VIII Nr. 3111, X Nr. 3917. Zweckmäßig (Entsch. Slg. VIII Nr. 3222), aber nicht durchaus notwendig (Entsch. Slg. IX Nr. 3367) ist es, einen Gemeindebeamten zum Kurator zu bestellen.

[44]) Hoppen, Zum Ges. v. 24. April 1874 Nr. 49, GH. 1876 Nr. 97, 98, Reinitz, Der gesetzmäßige Schutz der Prioritätenbesitzer ebda. 1876 Nr. 102 bis 104, Pavliček, Die österreichischen Kuratorengesetze 1892, Rintelen, Grundriß § 57.

[45]) Ges. v. 24. April 1874 Nr. 49. Dazu Entsch. Slg. VII Nr. 2687: Das Gesetz gilt auch für die Teilschuldverschreibungen der zum Geschäftsbetriebe in Österreich zugelassenen ausländischen Aktiengesellschaften.

[46]) Ges. v. 24. April 1874 Nr. 48.

[47]) Ges. v. 27. Dez. 1905 Nr. 213.

[48]) Art. XVI Ges. v. 8. Aug. 1910 Nr. 149.

[49]) Pollak, Über die aktive Klagelegitimation der Besitzer fälliger Coupons von Teilschuldverschreibungen JBl. 1892 Nr. 46 (dazu Z. ebda. Nr. 47).

[50]) Vgl. z. B. Entsch. Slg. Nr. 7109.

[51]) Entsch. Slg. II Nr. 781.

[52]) Erläuternde Bemerkungen zum GesEntw. in Kaserers Mat. XVII S. 26.

[53]) Art. V EinfG. zur KO. Früher bestanden Zweifel: Langer in der GH. 1885 Nr. 4, Krasnopolski in der JWSchr. 1885 S. 1, O. Frankl ebda. S. 21.

[54]) Nagelstock in den JBl. 1883 Nr. 32. Vgl. auch das deutsche Gesetz über die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen vom 4. Dez. 1899.

werden die Papierbesitzer mittels Ediktes zu Versammlungen einberufen. Sie haben hier Gelegenheit, sich zu äußern, bevor das Pflegschaftsgericht die Rechtshandlungen des Kurators genehmigt. Ihre Beschlüsse sind zwar nicht bindend, sie können aber schwer ins Gewicht fallen.[55]) Zur Überwachung und Beratung des Kurators wählen sie Vertrauensmänner.[56]) Der Kurator legt die Äußerung der Vertrauensmänner dem Gerichte vor, wenn er die Genehmigung seiner Rechtshandlungen beantragt. Gegen die genehmigende oder abweisende Entscheidung können die Vertrauensmänner (§ 13 Ges. von 1877), gegen die Genehmigung außerdem auch die einzelnen Wertpapierbesitzer (§ 16 des Gesetzes) rekurrieren.[57]) Den Antrag auf Bestellung des gemeinsamen Kurators kann jeder Beteiligte und, wenn der Aussteller unter Staatsaufsicht steht, auch der Regierungskommissär stellen.[58]) —

In allen diesen Fällen — also für Abwesende, für unbekannte Teilnehmer, für Besitzer von Schuldverschreibungen — werden Kuratoren nicht nur dann bestellt, wenn sonst die Rechte der Vertretenen gefährdet wären, also in ihrem Interesse, sondern auch, wenn sonst die Rechte anderer „in ihrem Gange gehemmt würden", also in fremdem Interesse (§ 276 ABGB., § 3 Ges. von 1874, Nr. 48, § 1 Ges. von 1874, Nr. 49); doch hat, auch wenn das Interesse Dritter zur Bestellung Anlaß gibt, der Kurator selbstverständlich nur das Interesse des Pflegebefohlenen, nicht auch das des Dritten zu wahren. Nur die Bestellung, nicht die Art der Geschäftsführung dient dem Interesse des Dritten. Aber auch die Bestellung kann der Dritte nicht schon deswegen verlangen, weil er daran ein Interesse hat, vielmehr muß er in der Regel ein Recht auf die Rechtshandlung haben, zu der er der Mitwirkung des Kurators bedarf.[59])

---

[55]) Vgl. z. B. die Gründe der Entsch. Slg. XII Nr. 4757: „Nachdem eine überwältigende Majorität für die Genehmigung des Übereinkommens gestimmt hat, mußte das Gericht hieraus mit unzweifelhafter Sicherheit entnehmen, daß die Prioritäre, welche als zumeist erfahrene und geschäftskundige Personen ihre Vorteile wohl am besten selbst zu wahren wissen, die Genehmigung des Übereinkommens als in ihrem Interesse gelegen erachten."

[56]) Dabei sorgt für die Vertretung der Minderheit — in der Art des Art. 88 KO. — der neue Absatz, den Art. VII EinfG. zur KO. dem § 10 des Ges. v. 1877 angefügt hat.

[57]) Entsch. v. 12. Jan. 1915 OG. Nr. 1667: Den einzelnen Besitzern steht nur in den bestimmten, in den Kuratorengesetzen angeführten Fällen, nicht aber allgemein bei der gerichtlichen Kuratelsführung das Recht des Antrages und der Beschwerde zu. Ihre sonst erteilten Anregungen und Mitteilungen sind bei der gerichtlichen Entscheidung über die einer solchen bedürfenden Rechtshandlung des Kurators sachlich zu würdigen.

[58]) SpR. Nr. 155. Slg. Nr. 14.399: „Im Falle eines nach § 15 Abs. 3 Ges. v. 24. April 1874 RGBl. Nr. 49 eingebrachten Gesuches um gänzliche oder teilweise Löschung eines für die Besitzer von Teilschuldverschreibungen eingetragenen Pfandrechtes ist ein Kurator in Gemäßheit des § 4 vorletzter Absatz und des § 5 letzter Absatz des obzitierten Gesetzes behufs Verständigung von der Löschung auch von Amts wegen zu bestellen."

[59]) Z. B. Ausstellung einer Quittung oder Löschungserklärung durch den abwesenden Gläubiger (vgl. jedoch Entsch. Slg. Nr. 13.884), Enteignung bei Ungewißheit des Eigentümers (Slg. IV

Es genügt also nicht, daß der Dritte ein Geschäft abschließen will, auf dessen Zustandekommen er kein Recht hat, wie z. B. die Übertragung einer Hypothek von einem Gute auf ein anderes oder die Miete einer Wohnung im Hause des Abwesenden u. dgl.[60]) Doch verhält es sich bei den Schuldverschreibungen anders, da hier der Dritte mit den Einzelnen, auch wenn er sie ausfindig macht, das gemeinsame Geschäft (z. B. die Änderung des Verlosungsplanes) nicht abschließen kann.[61])

Der nach § 276 bestellte Kurator[62]) soll die ihm anvertrauten Angelegenheiten im allgemeinen wie die eines Minderjährigen besorgen. Er bedarf für wichtige Geschäfte der pflegschaftsbehördlichen Genehmigung. Das gilt auch für die gemäß §§ 116 bis 121 ZPO. bestellten Kuratoren abwesender Prozeßparteien; sie können den Rechtsstreit nur mit Genehmigung des Gerichtes durch Vergleich, Anerkenntnis oder Verzicht aus der Welt schaffen.[63]) Eine besondere Obliegenheit des Abwesenheitskurators ist es, wenn er den Aufenthaltsort des Abwesenden kennt oder zu ermitteln vermag, ihn von der Lage seiner Angelegenheiten zu unterrichten und seine Verfügungen zu beachten (§ 276, Schlußsatz).

Ein Abwesenheitskurator ist auch der Kurator des Verschollenen.[64])

Die Kuratel für Sträflinge (§ 279) ist für den Bereich der Zivilstrafgesetze infolge der Strafgesetznovelle vom 15. November 1867, Nr. 131, weggefallen.[65]) Über den Fall des Kriegsverrates siehe oben § 408 a, Note 9.

Nr. 1331), Forderungspfändung bei Abwesenheit des Drittschuldners (Slg. IV Nr. 1646), Aufkündigung oder Einklagung eines Kapitales gegen den abwesenden oder unbekannten Schuldner, gesetzlich (§ 1425) vorgeschriebene Verständigung des Gläubigers von der Hinterlegung des Schuldbetrages (z. B. zu Gunsten der unbekannten Inhaber von Schuldverschreibungen, Slg. X Nr. 3835), Teilung einer Sache, an welcher Abwesenden oder unbekannten Personen Anteile zustehen usw. (vgl. auch GZ. 1862 Nr. 7). — Soll gegen eine prozeßunfähige Partei, die eines gesetzlichen Vertreters entbehrt, eine Prozeßhandlung vorgenommen werden und ist Gefahr im Verzug, so hat das Prozeßgericht gemäß ZPO. § 8 einen Kurator zu bestellen; für die prozeßunfähige Partei kann in solchen Fällen ein Geschäftsführer ohne Auftrag (ZPO. § 6) einschreiten. — Die Bestellung eines Kurators zur Entgegennahme der Abandonerklärung lehnt die in GZ. 1915 Nr. 36 mitgeteilte Entsch. des LG. Triest ab, weil der Reeder diese Erklärung gegenüber jedem Beteiligten abgeben kann, sobald er sich meldet.

60) In solchen Fällen kann ein Kurator nur bestellt werden, wenn sonst die Rechte des Abwesenden gefährdet wären. Ein Dritter kann dazu immerhin die Anregung geben.

61) Vgl. auch § 14 Ges. v. 1874 Nr. 49: lastenfreie Abtrennung eines Teiles der für die Besitzer von Teilschuldverschreibungen bestellten Hypothek mit Zustimmung des gemeinsamen Kurators. Krainz meint: „Dies dürfte wohl eine vereinzelte Bestimmung sein."

62) H. Scharfmesser, Rechte und Pflichten des Abwesenheitskurators GH. 1916 Nr. 27.

63) Judikat Nr. 180 (Slg. X Nr. 3808).

64) § 277, § 6 Ges. v. 16. Febr. 1883 Nr. 20. Zur Geschichte der Verschollenheitspflegschaft: Stobbe-Lehmann § 338. Vgl. auch §§ 19 ff., 821 ff. ALR. II 18 und § 1911 DBGB.

65) Oben § 70 Note 9 a.

§ 478.

3. Anwendung der Bestimmungen über die Vormundschaft auf die Pflegschaft.

Auf die Pflegschaft (Beistandschaft, Kuratel) sind die für die Vormundschaft geltenden Regeln anzuwenden, soweit dies nicht bei den einzelnen, so mannigfaltigen Arten besondere Vorschriften oder Zweck und Eigenart der Pflegschaft ausschließen.

I. Die Zuständigkeit des Pflegschaftsgerichtes (§ 280) ist im allgemeinen ebenso geregelt wie die des Vormundschaftsgerichtes (§ 109 JN.). Die Bestellung und Überwachung des Pflegers ist also Sache des Bezirksgerichtes am Wohnsitze[1]) oder (in dringenden Fällen) am ständigen oder letzten Aufenthaltsorte des Pflegebefohlenen.[2]) Pfleger mit beschränktem Wirkungskreise[3]) werden oft von anderen Gerichten ernannt, insbesondere von demjenigen, das mit der zu besorgenden Angelegenheit befaßt ist oder sich befassen soll. So kann das Abhandlungsgericht Pfleger verschiedener Art (§ 77 VaSt.), z. B. Ergänzungspfleger, Abwesenheitspfleger, Pfleger der Nachkommenschaft, ernennen, die den Pflegebefohlenen bei der Abhandlung vertreten und vom Abhandlungsgerichte überwacht werden; für gewisse Rechtshandlungen ist jedoch die Genehmigung des ordentlichen Pflegschaftsgerichtes vorbehalten (§ 27 VaSt.). Ebenso kann das Prozeßgericht nach § 8 ZPO. für eine prozeßunfähige Partei in dringenden Fällen einen Kurator bestellen, der nötigenfalls die Bestellung des ordentlichen gesetzlichen Vertreters (z. B. eines Vormundes) veranlaßt. Den vorläufigen Beistand (oben § 476, II, 3) ernennt das zur Entmündigung oder zur Entscheidung über die Anhaltung in der Irrenanstalt berufene Gericht; wenn aber der Schutzbedürftige verklagt wird, so kann das Prozeßgericht, und wenn gegen ihn eine Exekution bewilligt wird, das bewilligende Gericht in dringenden Fällen einen besonderen Kurator bestellen (§ 8 EntmO.). In Ermanglung einer anderweitigen Vorschrift ist nach § 112 JN. das Bezirksgericht zuständig, bei dem diejenige Partei ihren allgemeinen Gerichtsstand hat, die um die Bestellung des Kurators ansucht.[4])

II. Für die Tauglichkeit des Pflegers gelten die Regeln der Vormundschaft (§ 281). Auch eine Frau kann also Kurator oder Beistand sein. Die Ehefrau bedarf auch hiezu der Zustimmung ihres Mannes. Die Bestellung eines männlichen Mitkurators ist nicht vorgesehen: „Trägt das Gericht Bedenken, der Frau ohne Mitwirkung eines Kontrollorgans die Vermögensverwaltung anzuvertrauen, so muß eben davon abgesehen werden,

[1]) Vgl. oben § 72 (abgeleiteter Wohnsitz).

[2]) § 109 a JN. V. v. 11. Aug. 1914 RGBl. Nr. 209.

[3]) § 280 Satz 2 ABGB.; § 112 JN.: „für einzelne Streitsachen oder Geschäfte" (so schon § 85 JN. v. 1852).

[4]) Nicht das Gericht, „in dessen Bezirke das Bedürfnis der Fürsorge hervortritt" (§§ 37—41 DFGG.). Schultze-Görlitz, Komm. zum FGG., § 41: Wenn schon die Interessenten unbekannt und ungewiß sind, wird es vielfach noch ungewisser sein, an welchem Orte gerade ein Bedürfnis vorliegt, für deren Angelegenheiten Fürsorge zu treffen.

die Frau zum Kurator zu bestellen."[5]) Die Entschuldigungsgründe sind dieselben wie bei der Vormundschaft (§ 281).[5a])

Nach § 281 sollen bei der Pflegschaft die nämlichen Vorzugsrechte[6]) wie bei der Vormundschaft stattfinden. Diese Bestimmung kann nur noch in seltenen Fällen praktische Bedeutung erlangen, denn

a) für den Kurator oder Beistand des Entmündigten ist sie durch § 7 EntmO. ausdrücklich aufgehoben worden.[7]) Das Gericht kann also einen Fremden mit Übergehung des letztwillig Berufenen und aller Verwandten bestellen. Nur ein Vorzugsrecht der Eltern wird anerkannt und auch dieses nur für den Fall, daß ihnen zur Zeit der Entmündigung die väterliche Gewalt oder die Vormundschaft zusteht und daß das Interesse des Entmündigten nicht die Bestellung eines andern Kurators erfordert.

b) Bei der Ergänzungspflegschaft verbietet sich die Berücksichtigung der nächsten Verwandten oft von selbst:[8]) besteht ein Interessengegensatz zwischen Vater und Kind, so wird die Mutter, der Bruder usf. oft unter dem Einflusse des Vaters stehen und darum wenig geeignet sein, die Interessen des Kindes zu wahren.

c) In vielen Fällen kann ihrer Natur nach die Verwandtschaft nicht maßgebend sein: so bei Bestellung eines Kurators für ungewisse Beteiligte, eines Verlassenschaftskurators u. dgl.

d) Soll ein Kurator zur Besorgung von Angelegenheiten ernannt werden, die Rechtskenntnisse erfordern, so wird regelmäßig ein Advokat gewählt. Die Gerichte sollen bei der Verteilung dieser Pflegschaften unter die Advokaten mit billiger Gleichmäßigkeit vorgehen.[9])

III. Die Rechte und Verbindlichkeiten der Pfleger sind im allgemeinen nach den für die Vormünder erteilten Vorschriften zu beurteilen (§ 282 ABGB., § 4 EntmO.). Doch sorgt der Pfleger für die Person des Pflegebefohlenen, wenn dieser volljährig ist, nur so weit, als dies der Zweck der Pflegschaft erfordert.[10]) Er kann z. B. den Geisteskranken, den Trinker, den Morphinisten gegen dessen Willen in einer Heilanstalt unterbringen.[11]) Für derartige wichtige Maßregeln bedarf er jedoch der gerichtlichen Genehmigung (§ 216 ABGB.) ebenso wie nach § 233 für wichtige Veränderungen in der Vermögensverwaltung (oben § 471). Rücksichtlich der Abwesenden, deren Rückkehr bald zu erwarten ist, soll das Gericht darauf Bedacht nehmen, daß sie nicht durch eine inzwischen vorgenommene Anlegung ihres Vermögens in der Leichtig-

[5]) ErlBem. zum NovEntw. S. 71.

[5a]) Eine Frau kann also die Kuratel über andere Personen als ihre Kinder oder Enkel ablehnen. Entsch. v. 25. März 1916 GZ. 1916 Nr. 42.

[6]) §§ 196—198, 259, 281 BGB., s. § 7 EntmO.

[7]) Über die Gründe vgl. Erläuterungen (BBl. 1916) S. 253. Vor allem wird darauf hingewiesen, daß der gesetzliche Anspruch auf die Kuratel oder Beistandschaft ein Motiv bilden könnte, die Entmündigung zu betreiben.

[8]) Vgl. § 1916 DBGB.

[9]) HfD. v. 18. Juli 1800 JGS. Nr. 503, HfD. v. 1. Febr. 1844 Nr. 782, dazu Entsch. Slg. Nr. 8895.

[10]) § 1901 DBGB.

[11]) Entführung aus der Anstalt wird nicht nach § 96 StG. bestraft, da die ausdehnende Auslegung des Ausdruckes „Vormund" hier (in einer

keit der Verfügung ohne Not behindert werden (§ 219 VaSt.). Das gilt nicht etwa allgemein für Pflegschaften, deren baldige Erlöschung in Aussicht steht: es kann sehr zweckmäßig sein, noch unmittelbar vor der Aufhebung einer Entmündigung wegen Geistesschwäche, Trunksucht oder Verschwendung die wirtschaftlichen Verhältnisse des Pflegebefohlenen in angemessener Weise zu ordnen. Ein beschränkt handlungsfähiger Pflegebefohlener kann wie ein Mündel freies Vermögen haben, insbesondere kann ihm der Beistand Geld oder andere Sachen zur freien Verfügung überlassen. Das Gericht kann aber dem Beistande sogar die Verfügung über das Vermögen vorbehalten, das der Pflegebefohlene durch eigenen Fleiß erwirkt (§ 4 EntmO.). Das kann „zur Erreichung des Zweckes der Entmündigung, namentlich bei Trunksüchtigen, notwendig sein".[12]) Wie ein Vormund, hat auch der Pfleger, der ein Vermögen verwaltet, die Verbindlichkeit zur Rechnungslegung und den Anspruch auf Belohnung. Ein zum Pfleger bestellter Advokat kann für die in seinem Berufe geleisteten Dienste die übliche Vergütung fordern[13]), wenn ein anderer Pfleger diese Dienste für Rechnung des Pflegebefohlenen durch einen Advokaten hätte besorgen lassen können[14]), vor allem aber dann, wenn das Gericht ihn um seines Berufes willen zum Pfleger bestellt hat. Wird im Prozesse[15]) oder im Exekutionsverfahren[16]) ein Kurator bestellt, so bezahlt die Partei, die durch ihre Prozeß- oder Exekutionshandlung zur Bestellung Anlaß gegeben hat, die Vergütung für die pflichtmäßigen[17]) Bemühungen, unbeschadet ihres Ersatzanspruches gegen den Pflegebefohlenen.[18]) Der Kurator kann aber auch in diesem Falle das ihm gebührende Advokatenhonorar unmittelbar vom Pflegebefohlenen verlangen.[19]) Die Kosten der Pflegschaft für die Besitzer von Teilschuldverschreibungen bestreitet der Aussteller; ihm steht der Rückgriff gegen jene Papierbesitzer zu, die die Kuratorbestellung ohne Grund veranlaßt haben.[20])

Strafbestimmung!) nicht zulässig ist: KassHE. Nr. 1309.

[12]) Erläuterungen im VBl. 1916 S. 252. Nach dem ME. v. 14. Juli 1916 VBl. Nr. 25 soll diese Maßregel bei der Entmündigung wegen Trunksucht oder Mißbrauches von Nervengiften in der Regel getroffen werden, um dem Entmündigten „die Mittel zu benehmen, sich Alkohol oder Nervengifte weiterhin nach Belieben zu verschaffen." Es ist abzuwarten, ob sich dieser Vorgang in der Praxis bewähren wird.

[13]) Vgl. z. B. Entsch. Slg. VI Nr. 2299, XVI Nr. 6227, Korr. im JBl. 1916 Nr. 27.

[14]) Vgl. oben § 474 bei Note 5.

[15]) Anders wenn anläßlich eines Prozesses das Abhandlungsgericht einen Nachlaßkurator (Entsch. Slg. XII Nr. 4793) oder das Pflegschaftsgericht einen Abwesenheitskurator (Entsch. Slg. XIII Nr. 5255) bestellt.

[16]) Entsch. Slg. XV Nr. 5862. Im Konkursverfahren: Rintelen, Handbuch S. 119 Note 2.

[17]) Nicht für Schritte, die offenbar nicht im Interesse des Pflegebefohlenen lagen: Entsch. Slg. IX Nr. 3633.

[18]) ZPO. § 10, vgl. auch § 118. Vgl. Entsch. Slg. II Nr. 509. Wieselthier, Die Ansprüche des Kurators nach § 10 ZPO. in den JBl. 1904 Nr. 16, dazu Ungenannter ebda. Nr. 18 und Dr. B. E. ebda. Nr. 25.

[19]) Entsch. Slg. Nr. XVI Nr. 6411 mit Berufung auf § 117 ZPO.

[20]) § 6 Ges. v. 24. April 1874 RGBl. Nr. 49. Die Bestimmung des

IV. Die Endigungsgründe der Pflegschaft (§ 283) sind verschieden. Die Irrenkuratel und die Beistandschaft enden mit der Aufhebung der Entmündigung. Der vorläufige Beistand wird enthoben, wenn der Pflegebefohlene seines Schutzes nicht mehr bedarf, jedenfalls aber endet sein Amt, wenn auf Grund der Entmündigung ein Kurator oder Beistand bestellt und wenn die Entmündigung rechtskräftig abgelehnt wird (§ 10 EntmO.).[21]) Die Ergänzungspflegschaft für Minderjährige oder Entmündigte endet spätestens, wenn sie die Eigenberechtigung erlangen. Die Pflegschaft für eine Leibesfrucht muß mit der Geburt enden, weil das Kind nun unter die väterliche Gewalt fällt oder einen Vormund erhält. Die Pflegschaft zur Besorgung einzelner Angelegenheiten endet mit deren Erledigung[22]), und zwar in klaren Fällen, z. B. bei Zustellungskuratelen vorübergehender Art von selbst, sonst — wo der Zeitpunkt der gänzlichen Erledigung des Geschäftes zweifelhaft sein kann, wie z. B. bei der Kuratel für die Besitzer von Teilschuldverschreibungen[23]) — mit der gerichtlichen Enthebung. Die Pflegschaft für Taubstumme und andere Gebrechliche muß aufgehoben werden, wenn sie es verlangen, vorausgesetzt, daß sie die dazu nötigen geistigen Fähigkeiten besitzen.[24]) Die Pflegschaft für einen Abwesenden wird aufgehoben, wenn er selbst die nötigen Verfügungen trifft (§ 276), ferner wenn sein Tod erwiesen ist und wenn er für tot erklärt wird.[25])

§ 479.

Vorwirtschaft.

Für die Vormundschaft und Pflegschaft des Bauernstandes waren besondere Vorschriften in Aussicht genommen[1]), auf die § 284 verweist. Soll ein Bauerngut den minderjährigen Erben erhalten bleiben, so bedarf es eines Wirtschafters, der — mag er nun zugleich Vormund sein oder nicht — seine eigenen Kräfte und die seiner Familie der Bearbeitung des Gutes vollständig widmet, also auch darauf angewiesen ist, aus dem Gute den Unterhalt nicht nur für die minderjährigen Waisen, sondern auch für sich und die Seinen zu gewinnen und überdies sich und seinem Ehegatten für die Zukunft (nach der Übergabe des Gutes an den Grunderben) eine Altersversorgung zu sichern. Seine Wirtschaft füllt als „Interimswirtschaft“[2]) den Zwischenraum aus, der die Wirt-

Ges. v. 9. Febr. 1850 § 29 über die Vormerkung von Stempelgebühren und der AO. § 18 über die Vergütung barer Auslagen durch den Staat findet auf diese Kuratoren keine Anwendung. Ges. v. 1874 § 18. — Bezüglich der Kosten des zur Einziehung einer Forderung bestellten Kurators vgl. EO. § 115.

[21]) Vgl. § 1908 DBGB.

[22]) § 283 BGB., vgl. § 1918 DBGB., Art. 439 Schweiz. ZGB.

[23]) Entsch. Slg. III Nr. 973.

[24]) Vgl. § 1920 DBGB.

[25]) Entsch. Slg. XII Nr. 4664.

[1]) Ofner, Prot. II S. 365.

[2]) v. Harrasowsky Bd. 4 S. 280 Note. Die Interimswirtschaft ist in Böhmen schon 1388 nachweisbar. Vgl. Ott, Rechtsfürsorgeverfahren S. 18. Sie besteht gegenwärtig noch in einigen deutschen Bundesstaaten, z. B. in den

schaft des zu früh verstorbenen Bauern von der seines Erben trennt. Diese alte, von der Gesetzgebung und von der Praxis hart mitgenommene Einrichtung steht noch heute in lebendiger Übung als Vorwirtschaft[3]), Vorhausung[4]), auch Grundzuhaltung.[5]) Zu Grunde liegen letztwillige Verfügungen[6]), Ehepakten oder besondere, zwischen Vorwirt und Vormundschaft geschlossene Verträge.[7]) Der Vorwirt — am häufigsten die Witwe des Bauern — erlangt ein dingliches Fruchtgenußrecht.[7a]) Es gebührt ihm daher der ganze Ertrag, insbesondere auch (§ 511) das forstmäßig geschlagene Holz[8]), wenn nichts anderes vereinbart worden ist.[9]) Dagegen ist er verpflichtet,

a) das Gut gemäß § 513 als ein guter Haushälter zu bewirtschaften, die Grundstücke dem übernommenen Viehstande entsprechend zu düngen, die nötigen Ausbesserungen sowie auch Ergänzungen des Gutsinventars zu besorgen,

b) alle Lasten zu tragen[10]),

c) den minderjährigen Grunderben sowie dessen Geschwister, deren Erbgelder gewöhnlich unverzinst bleiben, anständig zu erziehen und zu verpflegen,

---

beiden Mecklenburg. v. Buchka, Landesprivatrecht (1905) § 45 IX.

[3]) Besonders in Mähren. Auch „Wirtschafts-", „Bewirtschaftungsrecht", „unvertunliche Wirtschaftsführung" (Böhmen, Steiermark und anderwärts).

[4]) Kärnten, Steiermark. Vgl. Braun, Die Vorhausung in der NotZ. 1899 Nr. 4, 5; M. Reich, NotHandb. S. 365, 441, Derf. in der Festschr. 1911 II S. 376 ff., H. Grohmann, Die Vorhausung NotZ. 1916 Nr. 38, 39.

[5]) Schlesien.

[6]) Nach § 25 Ges. v. 12. Juni 1900 LGBl. Nr. 47 für Tirol ist es als eine (unter § 774 BGB. fallende) Beschränkung des Pflichtteils nicht anzusehen, wenn der Erblasser dem überlebenden Ehegatten die Vorwirtschaft oder, wie dies das Gesetz umschreibt, das „Recht einräumt, den Hof bis zur Großjährigkeit des Anerben zu verwalten und zu genießen, mit der Verpflichtung, während der Dauer dieses Genusses den Anerben und dessen minderjährige Miterben, letztere bis zur Fälligkeit des Erbteiles, oder wenn ein Miterbe vor diesem Zeitpunkte großjährig wird, bis zur erreichten Großjährigkeit zu erziehen und für den Notfall auf dem Hofe zu erhalten". Ähnlich § 14 Ges. v. 16. Sept. 1903 LGBl. Nr. 33 für Kärnten, § 13 Ges. v. 7. Aug. 1908 LGBl. Nr. 68 für Böhmen.

[7]) Sie halfen auch über den § 774 hinweg. Vgl. oben § 470 Note 36.

[7a]) Das bestreitet Grohmann a. a. O. Es sei unmöglich, von einem dinglichen Rechte des Vorhausers zu sprechen, seine Stellung gleiche vielmehr der des Ehemannes nach § 1239. Richtig ist, daß die Nutznießung des Vorwirtes von dem regelmäßigen Fruchtgenusse in mancher Beziehung abweicht, vgl. z. B. unten Note 10. Aber mit einem bloß persönlichen Rechte wäre ihm nicht gedient.

[8]) Vgl. Entsch. Slg. I Nr. 435.

[9]) Z. B. nach Reich, Festschr. S. 377: „Aus dem Walde darf Holz und Streu nur zum Hausgebrauche und womöglich nur aus Schnee- und Windbrüchen genommen werden."

[10]) Gewöhnlich auch die Zinsen der nicht einverleibten Kapitalien. Ein Recht, in schlechten Jahren das Gut mit Bewilligung des Vormundschaftsgerichtes zu belasten, kann ihm wohl nicht abgesprochen werden (vgl. auch Entsch. Slg. I Nr. 435). Dagegen sollte er aber auch das Mehrerträgnis besserer Jahre nach Tunlichkeit zur Abstoßung von Schulden verwenden. Dagegen freilich Entsch. Slg. Nr. 9269.

d) das Gut dem Grunderben zur festgesetzten Zeit — meistens bei Eintritt der Großjährigkeit — zu übergeben.

Eigentümer ist der bestimmte Grunderbe, z. B. der älteste, der jüngste Sohn. Ist der Grunderbe nicht bestimmt, so sind bis zur Übergabe alle Erben als Miteigentümer zu behandeln.[11]) Oft wird nämlich die Wahl des Grunderben der Witwe[12]) oder auch — nach Maßgabe der persönlichen Eignung — dem Gerichte[13]) überlassen, zuweilen mit dem Beisatze „Knaben voraus".[14])

Gegenüber den Gläubigern des Vorwirtes bietet den Kindern § 150 ABGB. Schutz.[15]) Verläßt der Vorwirt das Gut, so erlischt die Vorwirtschaft.[16]) Können dagegen die Kinder nicht in der Verpflegung des Vorwirtes belassen werden[17]), so gebührt ihnen ein angemessener Unterhaltsbeitrag in barem.

Dem Vorwirte gebührt oft nach Übergabe des Gutes an den Grunderben ein Ausgedinge[18]) gegen eine seinen Kräften entsprechende Arbeitsleistung, zuweilen auch eine Belohnung in barem.

Die Gefahr der Vorwirtschaft liegt darin, daß der Vorwirt, besonders der Stiefvater, der leibliche Kinder hat, die Waisen durch Raubbau schädigt. Steht ihm der Anspruch auf ein Ausgedinge nicht zu, so ist er genötigt, seine eigene Zukunft dadurch zu sichern, daß er aus dem Gute soviel als möglich herauspreßt. Vom agrarpolitischen Standpunkte ist daher die in dem größten Teile der Alpenländer herrschende Gepflogenheit heilsamer, die Vorwirtschaft dadurch zu vermeiden, daß der überlebende Ehegatte kraft des Aufgriffsrechtes den Hof an sich zieht, so daß sämtliche Kinder gleichmäßig mit Erbgeldern abgefunden werden. Der Witwer oder die Witwe räumt sodann dem zweiten Gatten wieder das Aufgriffsrecht ein und so kann das Bauerngut wiederholt von einem Ehegatten auf einen andern übergehen, bis es im Wege der Gutsübergabe oder der Erbfolge an das jüngere Geschlecht kommt. Es ist allerdings klar, daß bei dieser Ordnung ein Gut selten genug derselben Familie dauernd erhalten bleiben wird.

---

[11]) Doch kann keiner die Auseinandersetzung (Zivilteilung) verlangen: Entsch. Slg. II Nr. 610.

[12]) Entsch. Slg. Nr. 10.360, II Nr. 610 u. a. Steinbach GZ. 1877 Nr. 39.

[13]) Entsch. Slg. Nr. 15.557. M. Reich, NotHandb. S. 441.

[14]) M. Reich, Festschr. S. 377.

[15]) Oben § 458 Note 12. Entsch. Slg. Nr. 15.990, I Nr. 50.

[16]) Vgl. Entsch. Slg. Nr. 15.827.

[17]) Aus triftigen Gründen: Entsch. Slg. Nr. 11.674. Solche können nicht nur in der mangelnden Eignung des Vorwirtes für die Erziehung der Kinder, schlechter Behandlung oder dgl., sondern auch in der Notwendigkeit liegen, die Kinder behufs Vorbereitung für den gewählten Beruf vom Hofe zu entfernen. Vgl. § 25 Tiroler Ges. (oben Note 6).

[18]) Oft ist nach dem letzten Willen, Ehepakt usf. die Mutter Vorwirtin, während tatsächlich nach ihrer Wiederverehelichung der Stiefvater die Vorwirtschaft besorgt. Dann sollte ihm ein Ausgedinge zugesichert werden. Dies ist aber nicht immer möglich, s. oben § 388 Note 61.

Viertes Buch: Das Erbrecht.[1])

Erstes Hauptstück: Der Nachlaß.

§ 480.

1. Einleitung.

I. Wesen und Zweck des Erbrechtes. Die rechtlichen Machtverhältnisse einer Person, die wir ihre Vermögensrechte nennen und deren Gesamtheit das Vermögen dieser Person bildet, brechen mit dem Tode ihres Trägers nicht in ein Nichts zusammen; das Bedürfnis der hinterlassenen Familienglieder, die nicht selten Miterwerber des Vermögens waren, wie nicht minder der Wunsch des Verstorbenen selbst, das Vermögen nach seinem Tode denen zukommen zu lassen, die ihm bei Lebzeiten am nächsten standen, erzeugte allenthalben bei Ausbildung des Sondereigentumes auch den Rechtssatz von der beständigen Fortdauer der Vermögensverhältnisse und von deren Übergang auf gewisse vom Gesetze oder vom Erblasser selbst hiezu bestimmte Personen. Nicht weniger gebieterisch forderte den gleichen Rechtssatz die Rücksicht auf die Gläubiger des Verstorbenen, die, wenn sein Vermögen mit seinem Tode verschwände, nicht nur um ihren Schuldner, sondern auch um die Mittel ihrer Befriedigung kommen würden. Es mußten also, wie das Vermögen, so auch die darauf haftenden Verbindlichkeiten, zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger, das Leben ihres Trägers überdauern und auf denjenigen übergehen, an den das Vermögen gelangt.

Die Sozialisten verlangen die Abschaffung des Erbrechtes. Damit würde der Erwerbstrieb den Sporn und die Genußsucht den Zügel verlieren. Übrigens ist das Erbrecht die notwendige Frucht des Sondereigentums und kann nur zugleich mit diesem beseitigt werden.[2]) Wie das Erbrecht wirkt, das hängt von seiner Ausgestaltung im einzelnen

[1]) Unger, Das österr. Erbrecht 1864 2. Aufl. 1871 (6. Bd. des Systems), Pfaff und Hofmann, Komm. II, Erk. II, v. Anders, Grundriß des Erbrechtes 2. Aufl. 1910, Krasnopolski, Lehrbuch 5. Bd.: Österreichisches Erbrecht 1914. — Rechtsvergleichung: Roguin, Les successions 1912. Ungarisches Recht: Putz in der NotZ. 1904 Nr. 24 ff. Deutsches Recht: Strohal, Das deutsche Erbrecht 3. Aufl. 1903 f., Böhm, Das Erbrecht des BGB. 1900, Dernburg, B. R. Bd. 5 1905, Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch II 3: Kipp, Erbrecht 1911, Kretzschmar, Das Erbrecht des DBGB. 1910 2. Aufl. 1913. — Gebhard, Russisches Familien- und Erbrecht 1910.

[2]) Baron, Angriffe auf das Erbrecht 1877, Huard, De l'héritage in der Revue internationale de socio-

ab. Zwar die Erweiterung des staatlichen Heimfallrechtes, für die sich die neuere Gesetzgebung entschieden hat, ist keine Ausgestaltung, sondern eine Einschränkung des Erbrechtes. Sie regelt nicht den Übergang des Privatvermögens von Geschlecht zu Geschlecht, sondern entzieht es dem Erbgange, indem sie es in öffentliches Vermögen umwandelt. Der Erbgang selbst aber kann, je nach seiner Regelung, ebensowohl die ungleiche wie die gleichmäßige Verteilung des Vermögens fördern. Er kann die Anhäufung und die Zersplitterung begünstigen. Zersplitternd wirken die Gleichberechtigung der Verwandten ohne Rücksicht auf Alter und Geschlecht, das Eintrittsrecht, das Erbrecht des Ehegatten, das Pflichtteilsrecht; der Zusammenhaltung des Vermögens dienen die Fideikommisse, das Anerbenrecht, die Substitutionen (Nacherbfolge), die Testierfreiheit, das Anwachsungsrecht, der Erbverzicht.

II. Nachlaß. „Der Inbegriff der Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen, insofern sie nicht in bloß persönlichen Verhältnissen gegründet sind, heißt desselben Verlassenschaft oder Nachlaß" (§ 531). Die Verlassenschaft wird „in Beziehung auf den Erben Erbschaft genannt" (§ 532). Die Erbschaft eines Menschen ist, was er geerbt, seine Verlassenschaft, was er hinterlassen hat.

Nur ein Verstorbener wird beerbt: Sterben macht Erben, viventis non datur hereditas. Auch Ordenspersonen werden erst nach ihrem Tode beerbt. Die bäuerliche Gutsübergabe stellt sich zwar wirtschaftlich, aber nicht rechtlich als eine verfrühte Erbfolge dar. Der für tot Erklärte kann allerdings bei Lebzeiten beerbt werden, aber nur weil er für tot gehalten wird; stellt sich das Gegenteil heraus, dann ist die Verlassenschaftsabhandlung nichtig und der Besitzer muß die vermeintliche Erbschaft herausgeben (§ 278). „Das Erbrecht tritt erst nach dem Tode des Erblassers ein" (§ 536). Vorher kann es der künftige Erbe in keiner Weise geltend machen, auch nicht, wenn er (künftiger) Vertragserbe (§ 1252) oder Noterbe (§ 951) ist. Nur durch Verzicht (§ 551) kann er im voraus über sein Erbrecht verfügen.

Zum Nachlasse gehören nicht alle Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers, denn nur sein Vermögen bildet den Nachlaß. Vermögensrechte[3]) sind in der Regel vererblich, die Unvererblichkeit ist Ausnahme. Unvererblich sind z. B. die persönlichen Dienstbarkeiten (oben § 259, Z. 4), das Rückkaufs-, das Wiederkaufs- und das Vorkaufsrecht, unentgeltliche Leibrenten, der Anspruch auf Schmerzengeld (oben § 350) u. a.

Unvererbliche Verbindlichkeiten sind z. B. die Unterhaltspflicht gegenüber ehelichen Kindern oder Eltern, die Verpflichtung des Dienstnehmers (oben § 373 bei Note 112), bei Arbeiten besonderer Art auch die des

logie 1897 S. 89 ff., Rülf, Erbrecht als Erbübel 1893, Menger, Neue Staatslehre S. 154 ff., Ascher, Das Erbunrecht 1910, v. Blume, Umbau und Ausbau des deutschen Erbrechtes 1913.

[3]) Sowohl die einzelnen Rechte als auch — zumeist — die Rechtsverhältnisse, vgl. z. B. § 1116 a BGB. (Mietverhältnis), § 68 VersO. (Versicherungsverhältnis). v. Tuhr, Allg. Teil I S. 130. Prozeß: § 155 ZPO.,

Unternehmers (§ 1171). Daß der Erbe nicht für unerlaubte Handlungen des Erblassers bestraft werden kann, ist selbstverständlich. Das gilt aber nicht für Vertragsstrafen (§ 1337). Auch muß der Erbe eine über den Erblasser verhängte Geldstrafe entrichten, wenn das Straferkenntnis noch bei dessen Lebzeiten rechtskräftig geworden ist (§ 548 ABGB., MV. vom 3. April 1859, RGBl. Nr. 52).

Eine eigentümliche, schon oben § 389 (unter Bezugnahme auf den Entwurf der Versicherungsordnung) behandelte Begünstigung ist es, daß die Lebensversicherungssumme in der Regel nicht zum Nachlasse des Versicherungsnehmers gerechnet wird. Sie wird in die Verlassenschaftsabhandlung nicht einbezogen und entgeht deshalb den Noterben[4]) und den Verlassenschaftsgläubigern (§§ 132, 133 VO.).[5]) Der Begünstigte erwirbt sie, wie wenn der Anspruch darauf nicht zum Vermögen des Versicherungsnehmers gehört hätte. Es ist gleichviel, ob der Begünstigte im Versicherungsvertrage (widerruflich oder unwiderruflich) bestimmt worden ist oder ob ihm der Versicherungsnehmer das Recht aus dem Versicherungsvertrage durch ein besonderes Geschäft zugewendet hat, insbesondere durch Schenkung oder durch letztwillige Verfügung über die Polizze. Das Testament kann sich also auf ein Vermögen erstrecken, das im übrigen nicht als Nachlaß gilt. Nur der Fiskus kümmert sich nicht um diese Fiktion: Hat der Versicherungsanspruch bis zum Tode zum Vermögen des Versicherungsnehmers gehört, so bildet er gebührenrechtlich einen Teil des Nachlasses und unterliegt als solcher der gewöhnlichen Erbgebühr (§ 12 KaisV. vom 15. September 1915, RGBl. Nr. 278).[6])

Auch ein Unternehmen kann zum Nachlasse gehören.[7]) Schwierigkeiten ergeben sich bei den konzessionierten Gewerben. Hier ist zu unterscheiden zwischen dem (privatrechtlichen) Unternehmen und der (öffentlichrechtlichen) Konzession. Die Konzession erlischt, das Unternehmen kann fortbestehen. Der Erwerber des Unternehmens bedarf also einer neuen Konzession. Doch können gewisse Personen das Gewerbe auf Grund der alten Konzession eine Zeit lang fortführen (§ 56 GewO.):[8])

vgl. auch die Korr. JBl. 1911 Nr. 2 (Strafprozeß). Adelsdiplom: Entsch. Slg. XIV Nr. 5662 (§ 844).

[4]) Über die Pflichtteilserhöhung vgl. unten § 531 III.

[5]) Über das Anfechtungsrecht der Gläubiger oben § 389 bei Note 69, Alb. Ehrenzweig, Komm. S. 161, Bartsch, Komm. S. 223.

[6]) Vgl. über die Verschiedenheit der gebührenrechtlichen und der materiellrechtlichen Behandlung der Lebensversicherungssummen die Mitt. im VBl. 1916 S. 290.

[7]) Wenn es nicht höchstpersönlicher Art ist, wie z. B. eine Advokaturskanzlei: Entsch. Slg. IX Nr. 3613.

[8]) Goldberger in der JurZ. 1887 Nr. 18, Harpner in den JBl. 1889 Nr. 6, Ofner ebda. Nr. 10, Weishut in der GH. 1889 Nr. 20, 21, Ofner ebda. Nr. 25, Wöß, Zum § 56 der Gewerbegesetznovelle in der NotZ. 1890 Nr. 37, Heilinger, Die Gewerbsfortführung für Rechnung der Masse in der GH. 1896 Nr. 35, Ders., Gewerberecht I S. 311, III S. 20, Rehm, Die rechtliche Natur der Gewerbskonzession (1889) S. 46 ff., Stegemann, Die Vererbung eines Handelsgeschäftes (Leipzig 1903), Rauscher, Die Regierungsvorlage betr. die Abänderung der GewO. in der GZ. 1906 Nr. 11, V. Mayer in Grünhuts Zeitschr. 32

a) Die Witwe ist dazu für die Dauer des Witwenstandes berechtigt[9]), und zwar, wenn sie schuldlos ist, trotz Scheidung. Daß sie Erbin oder Vermächtnisnehmerin sei, ist nicht notwendig.[10]) Auch wenn sie die Aktiven von den Erben durch Kauf oder Schenkung erlangt hat, kann sie das Gewerbe auf Grund der alten Konzession betreiben. Sie kann das aber auch ohne Übernahme der Aktiven, wo dann freilich privatrechtlich ein neues Unternehmen vorliegt, das nur gewerberechtlich als Fortsetzung des alten gilt. Nur wenn die Witwe mit der alten Konzession auch das alte Unternehmen übernommen hat, haftet sie gemäß § 1409 ABGB. und § 187 TeilNov. III für die Geschäftsschulden des Erblassers.[11])

b) Dasselbe Recht haben die erbberechtigten Nachkommen[12]), solange sie minderjährig sind. „Erbberechtigt" sind die Nachkommen, die im Falle der gesetzlichen Erbfolge berufen sind, also gegenüber der Mutter und ihren Vorfahren auch uneheliche Kinder. Kommen danach (a und b) mehrere Personen für die Fortführung des Gewerbes in Betracht, so wählt der Erblasser (mit Vertrag oder letztwilliger Verfügung) den Geschäftsnachfolger.[13]) Hat er dies unterlassen, so steht das Gewerberecht allen gemeinschaftlich zu.

c) Während der Verlassenschaftsabhandlung und während des Konkurses kann das Gewerbe für Rechnung der Masse fortgeführt werden. Das Recht der Hinterbliebenen geht jedoch dem der Masse vor.[14])

Besondere Regeln gelten für den Übergang von Apotheken auf die Witwe oder die ehelichen Nachkommen: § 15 Ges. vom 18. Dezember 1906, RGBl. für 1907 Nr. 5.[15])

III. Erbrecht im subjektiven Sinne ist nach der gesetzlichen Erklärung (§ 532) das Recht, die ganze Verlassenschaft oder einen Bruchteil davon in Besitz zu nehmen, also das Recht aus der Berufung. Es geht „wie andere frei vererbliche Rechte" auf die Erben über (§ 537) und ist veräußerlich (§ 1278), aber nicht Gegenstand des Pfandrechtes (oben § 269, II). Es ist ein absolutes Recht (oben § 36), aber nach

S. 471 ff. (betr. Fortführung der Firma), v. Ohmeyer, Unternehmen als Rechtsobjekt S. 140 ff. (Entscheidungen), Pisko, Das Unternehmen S. 92 ff., v. Laun, Das Recht zum Gewerbebetrieb S. 128 ff., Dr. H. H., Die sog. Witwenkonzessionen JBl. 1908 Nr. 20, Weyr, über eine Modifikation des Erbrechtes durch die Gewerbenovelle GZ. 1909 Nr. 34, R. Bischoff VerwZ. 1909 Nr. 18, Kulisch, Gewerberecht 2. Aufl. (1912) S. 343 ff.

[9]) Altes Recht! So schon die Polizeiordnung von 1527. Dazu Finsterwalder, Practic. observ. II 36.

[10]) Kulisch a. a. O. S. 350.

[11]) Vgl. Entsch. Slg. X Nr. 3929, Pisko in Ehrenbergs Handb. II 226. Gegen die Haftung der Witwe: Entsch. Slg. II Nr. 459, X Nr. 3961, XIII Nr. 5106, XV Nr. 5828.

[12]) Die Eltern der im Kriege gefallenen Militärpersonen: § 10 KaiserlV. v. 7. Dez. 1915 RGBl. Nr. 364; nicht andere Verwandte: Entsch. v. 19. Okt. 1915 NotZ. 1916 Nr. 8.

[13]) Nicht zulässig wäre eine Nachberufung (zuerst die Witwe, dann ein Kind): Entsch. Slg. XIV Nr. 5354.

[14]) Dr. H. H. a. a. O. (unter Mitt. einer Entsch. des HM.). Dagegen Kulisch a. a. O. S. 363.

[15]) Entsch. Slg. Nr. 15.361, 15.973, II Nr. 459, XIII Nr. 5168.

der Ausdrucksweise der neueren Gesetzgebung kein dingliches Recht; das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch folgte in dieser Hinsicht einer älteren Auffassung (oben § 34). Das Erbrecht überhaupt nicht als subjektives Recht gelten zu lassen, besteht keine Nötigung.[16])

Der Erbe ist Gesamtnachfolger des Erblassers (oben § 59, III), auch wenn er nur zu einem Bruchteile des Nachlasses berufen ist. Denn auch dann ist er an allen vererblichen Rechten und Verbindlichkeiten des Erblassers — wenn auch nur nach Verhältnis seines Erbteiles — beteiligt. Anders der Vermächtnisnehmer. Ein Vermächtnis liegt vor, wenn jemandem kein Erbteil, sondern etwas anderes „zugedacht" (§ 535) wird. Die Aufzählung in § 535 ist belanglos. Das deutsche bürgerliche Gesetzbuch sagt (§ 1939): „Der Erblasser kann durch Testament einem andern, ohne ihn als Erben einzusetzen, einen Vermögensvorteil zuwenden (Vermächtnis)." Das unterscheidende Merkmal ist also negativ. Das Vermächtnis erzeugt ein Forderungsrecht (§ 684). Daß der Vermächtnisnehmer Einzelnachfolger des Erblassers werde, ist keineswegs wesentlich; man denke an das Vermächtnis von Handlungen oder von Sachen, die nicht dem Erblasser gehören, oder an das Vermächtnis der Schuldbefreiung.

§ 481.

2. Der ruhende Nachlaß.[1])

I. Wann erwirbt der Erbe die Erbschaft? Wann wird er Eigentümer der Nachlaßsachen, Gläubiger der Nachlaßschuldner, Schuldner der Nachlaßgläubiger? Es liegt nahe, zu sagen: im Augenblicke des Erbfalles, d. i. des Todes des Erblassers. Wie aber, wenn der Berufene nicht Erbe sein will, oder wenn die Person des Berufenen ungewiß oder streitig ist? Was hilft die Auskunft: der Nachlaß gehört dem Erben, solange wir nicht wissen, ob Peter oder Paul der wahre Erbe ist?

[16]) Krainz (ältere Auflagen I § 29) bestreitet dem subjektiven Erbrechte den „Charakter eines wahren Rechtes". Ihm war es „in Wirklichkeit die Gesamtheit der Bedingungen, die in einer Person vorhanden sein müssen, damit sie in vermögensrechtlicher Beziehung die Stelle eines Verstorbenen einnehme". „Durch das Erbrecht wird die Summe der vorhandenen Rechte nicht etwa noch um eines (um das Erbrecht) vermehrt, sondern nur der Untergang der bereits vorhandenen verhütet." Vgl. dagegen etwa Pfaff und Hofmann II S. 6 (über das „Eigentum am Vermögen"). Daß das Interesse für derartige Fragen noch nicht erloschen ist, zeigt z. B. die Abh. von Touaillon, Das Recht zum Erbschaftsantritte und das subjektive Erbrecht NotZ. 1915 Nr. 9—12.

[1]) Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 4 ff., Exk. II S. 1 ff., Steinlechner, Das schwebende Erbrecht und die Unmittelbarkeit der Erbfolge I 1893, II 1897 (dazu Pfaff GZ. 1898 Nr. 1 bis 3, v. Schrutka JurLitBl. 1897 Nr. 1, 1898 Nr. 1, H. Krüger Grünhuts Zeitschr. 26, 451, Sokolowski KritVJSchr. 36, 535, Ortmann ArchBürgR. 13, 133), v. Anders, Grundriß §§ 9, 46, Krasnopolski V §§ 5, 6, Pineles, Z. L. v. Erwerbe der Erbschaft und des Vermächtnisses Grünhuts Zeitschr. 13, 394 und 14, 101, G. Smeka, Aus der Lehre vom Wartrecht ebda. 36, 611 (römisch-rechtlich).

Deshalb hat sich in der Rechtsentwicklung auch der Gedanke geltend gemacht, daß eine bestimmte Person als Erbe den Nachlaß erst erlangt, wenn sie sich als Erbe erklärt, oder auch erst, wenn sie vom Gerichte als Erbe anerkannt ist.[2]) Die Gesetzgebungen gehen auseinander. Das römische Recht hat für den notwendigen Erben den Erwerb auf die Todeszeit gestellt, beim freiwilligen Erben aber auf den Augenblick der Antretung; bis dahin ruhte der Nachlaß. Nach deutschem und französischem Rechte fallen Anfall und Erwerb zusammen: „Der Tote erbt den Lebendigen" (le mort saisit le vif).[3]) Da gibt es also keine ruhende Erbschaft.

Über das österreichische Recht[4]) streiten die Schriftsteller. Drei Ansichten werden vertreten:

1. Eine romanisierende Richtung[5]) nimmt an, daß der Erbe den Nachlaß mit der Antretung erwerbe. Die einzige Stütze dieser Lehre ist § 547 (darüber unten). Sie ist ganz romanistisch und verkennt die Bedeutung der Erbserklärung im österreichischen Rechte. Unsere Erbserklärung ist ein unselbständiger Bestandteil der Verlassenschaftsabhandlung. Sie ist der (unwiderrufliche) Antrag auf Einantwortung. Führt sie nicht zur Einantwortung, dann ist sie bedeutungslos — ein abgewiesener Antrag. Sie begründet deshalb für sich allein keine Haftung und keinen Erwerb.

2. Eine germanisierende Richtung[6]) knüpft nach dem Vorbilde des deutschen Rechtes den Erwerb an den Erbfall. Danach kennt auch das österreichische Recht keine ruhende Erbschaft. Dafür spricht die Vererblichkeit und die Veräußerlichkeit des Rechtes des Berufenen. § 797, der die Einantwortung verlangt, wäre bloß auf den Besitz, nicht auf das Recht des Erben zu beziehen. Dieses Recht freilich müßte man sich, wenn es wirklich das auf den Erben übergegangene Recht des Erblassers sein soll, als ein einstweilen noch nicht ausübbares denken, da

[2]) Russisches Recht: R. Gebhard, Russisches Familien- und Erbrecht S. 112.

[3]) Ebenso Art. 560 Schweiz. ZGB., § 1843 Ung. Entw.

[4]) Pfaff und Hofmann, Komm. II 17 f., Steinlechner I S. 379 ff., Pineles a. a. O. 13, 398 und 14, 101.

[5]) Unger, Erbrecht § 7, Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 41 f., Strohal, Z. L. v. Eigentum an Immobilien S. 95 f., Graf Chorinsky, Das Notariat und die Verlassenschaftsabhandlung (1877) S. 164 f., Steinlechner I S. 433 ff., II S. 118 ff., v. Anders, Grundriß § 46 V, Touaillon in Gellers ZBl. 30, 100. Nach Steinlechner I S. 449 ist der Anfall „das durch einen Willen — mittelbar immer des Gesetzes, unmittelbar vielleicht des Erblassers — einseitig bewirkte, bis zum Tode des Erblassers widerrufliche, mit dem Tode desselben unwiderruflich gewordene rechtliche Gesetztsein des Erben", die Antretung der Erbschaft (I S. 419) ist die Rutihabition („wahre und eigentliche Genehmigung") der einseitigen Erbesberufung von Seiten des Berufenen. Diese Theorie (vgl. auch v. Anders Grundriß § 7) paßt doch wohl nicht ohne weiteres auf den Fall der gesetzlichen Erbfolge (Pfaff in der GZ. 1898 Nr. 2 Note 11) und des Erbvertrages (Pfaff ebda. Note 12 vgl. mit Steinlechner I S. 417 Note 12).

[6]) Wróblewski, Separatio bonorum S. 23 ff. (Sonderabdruck aus ZBl. 1905), Till, Der Entwurf S. 26 und bei Zoll GZ. 1907 Nr. 52.

ja die Verlassenschaft bis zur Einantwortung unter gerichtlicher Obsorge steht. Es wäre etwa analog dem Eigentume des Gemeinschuldners an den Sachen der Konkursmasse.

3. Die herrschende Lehre[7]) und Übung knüpft den Erbschaftserwerb an die Einantwortung. Nach österreichischem Rechte darf nämlich die Erbschaft nicht eigenmächtig in Besitz genommen werden (§ 797), sondern das Gericht nimmt sie vorläufig unter seine Obsorge (§§ 38, 43 bis 46 VaSt.); wohl hat es dem eigenberechtigten Erben, sobald er sich erklärt und seine Erbberechtigung nachgewiesen hat, die Verwaltung und Benutzung der Verlassenschaft zu überlassen; allein es unterzieht auch die vorgelegten Beweise erst einer näheren Prüfung, sorgt für die Vollziehung allfälliger erblasserischer Auflagen und für die Berichtigung der dem Staate zukommenden Erbgebühren und überläßt die Erbschaft in der Regel erst nach Vollendung dieser Amtshandlungen[8]) demjenigen, den es als Erben erkannt hat, durch eine besondere, dieses ausdrückende Erklärung — die sogenannte Nachlaßeinantwortung (§ 819). Diese bildet den eigentlichen Erbschaftserwerb. Denn nach der allgemeinen Bestimmung des § 425 ABGB. kann das Eigentum einer Sache von einer Person auf die andere nur durch Besitzübertragung („Übergabe") übertragen werden; eine Ausnahme bezüglich des Überganges durch Erbgang enthält das Gesetz nicht; wohl aber bestimmt es in den §§ 550, 797, 807, 818 und in der Aufschrift des 15. Hauptstückes[9]), daß die Nachlaßeinantwortung die juristische Bedeutung einer Besitzübertragung (Übergabe) habe.[10]) Da liegt wohl die Annahme nahe genug, daß erst damit in Gemäßheit des § 425 das Eigentum der Verlassenschaftsstücke und damit der Verlassenschaft überhaupt an den Erben übertragen werde, zumal die Einantwortung als Übergabe in den „rechtlichen", d. i. den zum Eigentumserwerb erforderlichen Besitz bezeichnet wird (§ 797 mit § 1466). Daß die Erbschaft bis zur Einantwortung als ein dem Erben fremdes Vermögen und der Erbe erst nach der Einantwortung als Inhaber der erblasserischen Rechte anzusehen ist, folgt auch aus dem Umstande, daß (§ 810 ABGB., § 145 Pat.) dem Erben vorher nur die Verwaltung und Benutzung der Verlassenschaft, keineswegs aber die beliebige Verfügung überlassen wird, daß er Veräußerungen und Verpfändungen von Nachlaßstücken nur mit Zustimmung des Gerichtes vornehmen kann, der gleichen Zustimmung zur Empfangnahme von Nachlaßgeldern bedarf, somit (vgl. auch § 690) nur als Kurator der Verlassenschaft zu betrachten ist, endlich auch daraus, daß seine eigenen Gläubiger auf die Verlassenschaft erst nach deren Ein-

[7]) Zeiller II S. 863 (vgl. schon Prot. I 277), Stubenrauch schon in der 1. Aufl. II S. 807, v. Randa, Besitz § 15 Note 4 (seit der 2. Aufl.), Eig. (2. Aufl.) § 16 S. 382 ff., Schuster, Verf. außer Streitsachen (4. Aufl. 1894) S. 260 ff. u. a. Es sei ausdrücklich hervorgehoben, daß Krainz diesen Standpunkt zu einer Zeit vertreten hat, wo die romanisierende Richtung überwog.

[8]) Sie heißen in ihrer Gesamtheit die Verlassenschaftsabhandlung. Unten § 536.

[9]) Vgl. auch § 145 VaSt.

[10]) Näheres unten § 511 (ideelle Gewere).

antwortung greifen können (§ 822). Eine Bestätigung des Gesagten enthält auch § 550, wonach die Erben für Verlassenschaftsschulden vor der Einantwortung mit dem Erbvermögen solidarisch einzustehen haben; wären sie durch die Erbserklärung bereits persönliche Schuldner geworden, so müßten sie dafür mit ihrem eigenen Vermögen aufkommen.

An diesen Anschauungen hält die österreichische Gesetzgebung schon seit langer Zeit fest. Beweis dessen das böhmische Landtafelpatent vom 22. April 1794, wo es im § 7 heißt: „Da nach der bestehenden Verfassung das Eigentum eines ererbten Gutes oder landtäflichen Kapitals nicht durch die Erbserklärung, sondern durch die Einantwortung erworben wird, so kann auch die Vormerkung eines dergleichen Besitzers nicht eher vorgenommen werden, bis nicht die Einantwortung bewilligt wird." Hieraus erklärt sich auch die Bestimmung des Hofdekretes vom 26. November 1839, JGS. Nr. 394, und des § 23 GBG. von 1871, wonach, wenn ein zu einer Verlassenschaft gehöriges unbewegliches Gut oder bücherliches Recht noch vor der Einantwortung mit gerichtlicher Zustimmung an einen Dritten veräußert wird, dem Erwerber die Eintragung seines Rechtes unmittelbar nach dem Erblasser zu bewilligen ist, während, wenn die Veräußerung nach der Einantwortung erfolgt, die vorläufige Eintragung des Erben zwar nicht erforderlich (§ 22 GBG.), aber doch zulässig ist; im ersten Falle ist eben der Erbe trotz der Erbserklärung nicht Eigentümer geworden, und es ist daher dessen vorläufige Eintragung als Eigentümer unstatthaft.[11])

Die Bestimmung des § 547[12]), auf die sich Unger beruft, um darzutun, daß auch nach österreichischem — wie regelmäßig nach gemeinem — Rechte die Erbserklärung den Erbschaftserwerb bilde, läßt sich mit der hier vertretenen Lehre nur vereinigen, wenn man mit Pineles[13]) annimmt, daß unter der „Annahme des Erben" die Besitznehmung zu verstehen sei. Denn unmöglich kann man in dem Paragraphen mit Krainz den Sinn finden, „daß die Erbschaft, welche bis dahin ohne Vertreter war, und bezüglich welcher daher fingiert werden mußte, daß sie von dem Verstorbenen besessen werde, durch die Tatsache der Annahme seitens des Erben einen Vertreter bekomme, welcher, wie jeder andere Vertreter, juristisch mit dem Vertretenen als eine Person angesehen wird".[14]) Randa[15]) bezeichnet den § 547 als „theoretisches Prinzip, dem hinterher durch das Gesetz selbst alle praktische Geltung benommen wurde".

[11]) Randa, Eig. § 16 S. 384, dagegen Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 493 Anm. 36, Steinlehner II S. 137 f. Note 1, Adler, Publizitätsprinzip S. 66 f., v. Anders S. 67.

[12]) Der Paragraph wollte ursprünglich (s. das Westgal. GB.) nur die Wirkung, nicht den Zeitpunkt der Rechtsnachfolge bestimmen. Erst Zeiller modelt ihn unvorsichtig nach dem Vorbilde des römischen Rechtes um, denkt aber dabei nur an die Vertretung des Nachlasses im Prozesse (§ 811), s. Ofner, Prot. I S. 324.

[13]) Grünhuts Zeitschr. 14, 138 f.

[14]) Auch Wróblewski S. 24 lehrt, daß § 547 nicht den Erwerb mit der Annahme verbinde. Das Positive dieses Paragraphen liege nur darin, daß der Erbe auch Dritten gegenüber als Erbe

II. Bis zur Einantwortung ruht die Erbschaft. Die Erbschaftssachen gehören nicht mehr dem Erblasser und noch nicht dem Erben. Man betont das scharf, wenn man den ruhenden Nachlaß als juristische Person bezeichnet (oben § 80, VII). Das ist aber vielen anstößig.[15a]) Sie meinen, nach dieser Auffassung wäre der Erbe gar nicht unmittelbarer Rechtsnachfolger des Erblassers, sondern der Erblasser würde von seinem Nachlasse und erst dieser vom Erben beerbt. Aber die juristische Person ist hier (wie übrigens auch sonst) ein bloßer Konstruktionsbehelf. Man könnte auch sagen, es liege eine herrenlose Vermögensmasse vor. Das Vermögen des Erblassers ist eben noch da, obwohl der Erblasser selbst nicht mehr da ist. Wie das Vermögen einer Handelsgesellschaft noch nach ihrer Auflösung als eine besondere Vermögensmasse fortbesteht, bis die Liquidation beendet ist, so besteht eben auch das Vermögen eines Verstorbenen fort, bis es einen neuen Herrn erhalten hat.[15b]) Die Frage, wem es bis dahin gehöre, ist, als eine theoretische betrachtet, eine müßige Spitzfindigkeit. Es liegt ja im Wesen eines Übergangszustandes zwischen zwei Zuständen A und B, daß er in der Zwischenzeit weder A noch B ist. Ist der Übergang einmal vollzogen, so kommt die Zwischenzeit in der Regel[16]) nicht mehr in Betracht; während der Zwischenzeit aber genügt theoretisch die Auskunft, daß wir uns eben in der Zwischenzeit befinden.

---

gelte, indem hiemit ausgesprochen sei, daß das im Erbschaftsstreite erflossene Urteil auch nach außen hin maßgebend sei.

[15]) Erwerb der Erbschaft S. 93 f. Dagegen Touaillon ZBl. 300 S. 104: Dem Grundsatze wird „eben nur (!) der praktische Wert, nicht die praktische Geltung genommen." Vgl. auch Steinlechner I S. 434 ff., II S. 118 ff.; der ruhende Nachlaß habe rechtlich schon mit der Erbserklärung sein Ende, aber faktisch, für die Behandlung des Nachlaßvermögens, bestehe er fort bis zur Einantwortung an den Erben (II S. 120).

[15a]) Nach Steinlechner (II S. 86 ff.) ist der ruhende Nachlaß keine juristische Person: Die rechtliche Lage des Nachlaßvermögens vor dem Antritte des Erben (ebda. S. 11 ff., vgl. Pfaff in der GZ. 1898 Nr. 3) ist ganz analog dem Zustande eines Vermögens, dessen Erwerb durch jemanden von der Ratihabition desselben abhängig ist, mit welcher die einseitige Zuwendung eines andern (und zwar rückwärts) wirksam wird. „Es handelt sich also um ein Pendenzverhältnis in Ansehung des Vermögenssubjektes" (S. 13), und zwar ist pendent nicht so sehr der Nachlaß selbst (schwebende Erbschaft), als das von der Genehmigung, Anerkennung des Berufenen (oben Note 5) abhängige Erbrecht desselben (schwebendes Erbrecht S. 16).

[15b]) Die Verlassenschaftsabhandlung war früher (im achtzehnten Jahrhunderte) wirklich eine Liquidation: erst der nach Berichtigung der Passiven erübrigende reine Nachlaß wurde dem Erben übergeben. Das englische Recht kennt gar keinen Erben in unserem Sinne: ein executor oder administrator besorgt die Liquidation und Verteilung des Nachlasses.

[16]) Nämlich wenn der ruhende Nalaß den Übergang nur vermittelt hat. Anders wenn er eine Sache erworben hat: da ist der Erbe freilich Rechtsnachfolger des ruhenden Nachlasses. Besitzerwerb für die Erbschaft: Unger § 7 Note 20, Pfaff und Hofmann II S. 36 f., Randa, Besitz § 12 Note 14, § 15 Note 5, Steinlechner I S. 122 ff. (dazu Pfaff in der GZ. 1898 Nr. 2 Note 2). — Über die Unzulässigkeit der letztwilligen Bedenkung eines ruhenden Nachlasses vgl. Pfaff

Praktisch ist es für die meisten Fragen ausreichend, festzustellen, daß der Erbe erst mit der Einantwortung das Eigentum erlangt und daß bis dahin der frühere Zustand nach Tunlichkeit aufrecht erhalten wird. Der Tod des Erblassers kann das nicht grundsätzlich hindern, wie denn überhaupt die Nichtänderung eines bestehenden Zustandes keiner besonderen Rechtfertigung oder Erklärung bedarf. In diesem Sinne sagt § 547, die ruhende Verlassenschaft werde „so betrachtet, als wenn sie noch von dem Verstorbenen besessen würde".[16a]) Die Selbständigkeit des Nachlasses zeigt sich z. B. in folgenden Fällen:

a) Ein Verlassenschaftsgrundstück wird veräußert. Dazu bedarf es der Genehmigung des Gerichtshofes (§ 109, Abs. 2 JN.) nach dem Judikate Nr. 85[17]) auch dann nicht, wenn der Erbe minderjährig ist.[18]) Es ist eben nicht sein Grundstück, das veräußert wird. Diese Genehmigung ist freilich auch dann nicht nötig, wenn der Erblasser minderjährig war: die Fiktion des § 547 ist nicht anwendbar, denn die Vormundschaft endet mit dem Tode des Mündels.[19])

b) Bei der Zwangsversteigerung eines Nachlaßstückes vor der Einantwortung kann der Erbe wie jeder Fremde mitbieten, er ist eben nicht der Verpflichtete.[20])

c) Auch bei der Aufrechnung müssen grundsätzlich Forderungen und Verbindlichkeiten des ruhenden Nachlasses von denen des Erben unterschieden werden[21]), jedoch darf die Sonderung nicht in unzweckmäßiger Weise überspannt werden.

α) Gewiß kann das Abhandlungsgericht den Erben unter gewissen Voraussetzungen (nach § 145, Abs. 2 VaSt. oder gegen besondere Deckung) zur Aufrechnung einer Nachlaßforderung gegen den Privatgläubiger ermächtigen.[22])

β) Der Erbe kann seine Privatforderung gegen einen Nachlaßgläubiger aufrechnen[23]), denn er ist zwar nicht verpflichtet, aber doch berechtigt, Nachlaßschulden aus seinem eigenen Vermögen zu berichtigen.

---

und Hofmann, Komm. II S. 36 f. A. M. Steinlechner I S. 198 f. Note 2, der selbst die Zuwendung eines Fruchtgenusses an die ruhende Erbschaft für statthaft hält (vgl. jedoch Pfaff a. a. O.).

[16a]) Das ist freilich nicht ganz wörtlich zu nehmen, vgl. z. B. unten Note 19. Smeka Grünhuts Zeitschr. 36, 640 ff.

[17]) Entsch. Slg. Nr. 5195.

[18]) v. Randa, Eig. § 16 Note 4, v. Anders, FamR. S. 274 Note 58, Steinlechner II S. 121 Note 1.

[19]) Auch im Strafrechte versagt die Fiktion: KasslE. Nr. 3037 zu § 176 II b StG.

[20]) Anders nach der Einantwortung. Vgl. Entsch. Slg. Nr. 7586, oben § 283 Note 40.

[21]) Hasenöhrl, ObIR. II S. 554, vgl. auch Steinlechner II S. 244 und Rintelen in der Festschr. f. Klein S. 127. Für den Fall der unbedingten Erbserklärung gilt nichts Besonderes. A. M. Hasenöhrl S. 555.

[22]) Das kann im Interesse des Nachlasses liegen, da die Forderung vielleicht in anderer Weise nicht sicher einbringlich ist.

[23]) Selbst wenn ein Dritter dessen Forderung vor der Erbserklärung gepfändet hat: Entsch. Slg. VIII Nr. 3243.

d) Im Prozesse des Nachlasses ist der Erbe nicht Hauptpartei, er kann aber als der „eigentlich Interessierte" intervenieren.[24])

e) Im Nachlaßkonkurse ist nicht der Erbe, sondern die Verlassenschaft selbst Gemeinschuldner (§ 100, Abs. 6 KO.).[25]) Ist auch der Erbe im Konkurse, so ist gleichwohl der Nachlaßkonkurs als abgesonderter Konkurs zu verhandeln (§ 98 KO.).

f) Das Personalsteuergesetz (§ 263) behandelt nicht eingeantwortete Nachlässe (ohne Rücksicht darauf, ob eine Erbserklärung vorliegt oder nicht) „gleich dem Erblasser".[26]) Wäre das Einkommen des Nachlasses ein Einkommen des Erben, so würde die Zusammenrechnung einen höheren Steuersatz ergeben. Dazu kommt es erst nach der Einantwortung.

III. Krainz nimmt zwar an, daß der Erbe die Erbschaft erst mit der Einantwortung erwerbe, aber er will den Erwerb auf den Zeitpunkt des Anfalles zurückbeziehen, so daß der Erbe, wenn ihm die Erbschaft eingeantwortet ist, schon vom Augenblicke des Anfalles an als Träger der erblasserischen Rechte und Verbindlichkeiten zu betrachten wäre.[27]) Von dieser Fiktion weiß das Gesetz nichts[28]), sie könnte nur Verwirrung stiften: die Veräußerung des Nachlaßgrundstückes (a) würde nach der Einantwortung an einen minderjährigen Erben ihre Gültigkeit verlieren, die Steuerbemessung (f) müßte nun umgestoßen werden usf. Daß das Gesetz die Erbfähigkeit nur im Augenblicke des Anfalles verlangt (§ 545), erklärt sich daraus, daß der Berufene schon mit dem Erbanfalle ein vererbliches und veräußerliches Recht auf die Erbschaft erlangt.[29])

Zweites Hauptstück: Der Erbgang.

I. Der Anfall und dessen Bedingungen.

§ 482.

A. Dasein zur Zeit des Anfalles.

I. Den Erbgang eröffnet[1]) der Erbfall[2]), d. i. der Tod des Erblassers. Regelmäßig ist dieser Zeitpunkt zugleich der Zeitpunkt des Erb-

[24]) Entsch. Slg. XVI Nr. 6592.

[25]) Bartsch, Komm. S. 13 f., Alb. Ehrenzweig, Komm. zur AnfO. S. 79. Anders die Meisten für das deutsche Recht, z. B. Fr. Hellmann, Lehrbuch § 63. Vgl. auch § 98 KO.

[26]) Vgl. auch dasselbe Gesetz § 229, Freund in den JBl. 1897 Nr. 22. Für das Gebührenrecht gilt diese Fiktion nicht, doch vgl. Touaillon, Zur Auslegung des Immobiliargebührengesetzes NotZ. 1908 Nr. 40.

[27]) Vgl. aber Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 33 f., 43. Für die Rückwirkung des Erwerbes in sehr eingehender Darstellung Steinlechner bes. §§ 5 ff., 28 ff., 48 ff. (vgl. dazu Pfaff GZ. 1898 Nr. 1—3). Dafür auch v. Anders § 46 (mit erheblichen Einschränkungen), dagegen Smeka a. a. O. S. 625 ff.

[28]) Ihre Aufnahme wurde vom innerösterreichischen Appellationsgerichte angeregt: Ofner, Prot. I S. 324.

[29]) Vgl. Pineles Bd. 14 S. 109.

[1]) Art. 537 Schweiz. ZGB.

[2]) § 1922 DBGB.

anfalles an alle Erben, auch die Ersatzerben und die in zweiter Linie berufenen gesetzlichen Erben. Wenn der Erstberufene wann immer ausschlägt, so wird die Erbfolge so geregelt, wie wenn er schon im Augenblicke des Todes ausgeschlagen hätte und der Anfall an den nächsten Erben gilt als in diesem Augenblicke erfolgt.[3]) Denn sonst könnte der Erstberufene, obwohl er selbst nicht Erbe werden will, die Erbfolgeordnung (durch Hinausschieben des Anfalles) beeinflussen.

Ist ein Erbe unter einer aufschiebenden Bedingung eingesetzt, so fällt ihm die Erbschaft im Zweifel[4]) erst beim Eintritte der Bedingung an (§ 703). Das gilt — nach dem eben Gesagten — nicht für den Ersatzerben, obwohl er unter der Bedingung berufen ist, daß der Erstberufene nicht Erbe wird, wohl aber gilt es trotz § 615 auch für den Nacherben, wenn der Substitutionsfall eine Bedingung (und nicht bloß ein Zeitpunkt wie z. B. der Tod des Vorerben) ist.

Zur Zeit des Anfalles muß der Erbe erbfähig sein (§ 545), vor allem also muß er zu dieser Zeit da sein. Wer zur Zeit des Anfalles nicht mehr (II) oder noch nicht (III) da ist, kann nicht Erbe werden.

II. Der Erbe muß daher den Erblasser, im Falle einer Todeserklärung den vermuteten Todestag und im Falle einer bedingten Berufung im Zweifel die Erfüllung der Bedingung überleben;[5]) stirbt er vor diesem Zeitpunkte, so ist sein und seiner Rechtsnachfolger Erbrecht vereitelt[6]) und die Erbschaft fällt dem Nächstberufenen an. Es nützt also seinen Erben nicht, wenn die Bedingung nach seinem Tode sich erfüllt.[7]) Hat er aber den Anfall überlebt, so geht sein Erbrecht „wie andere frei vererbliche Rechte" auf seine Erben über (§ 537). Diese Vererbung des Erbrechtes vor Einantwortung der Erbschaft ist die Transmission im weiteren Sinne. Die Erbschaft wird dem Nachlasse des Erben und mit diesem dem Erbeserben eingeantwortet.[8]) Im engeren Sinne spricht man von Transmission, wenn der Erbe vor der Erbserklärung gestorben ist. Dann ist es Sache des Erbeserben, die erste Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen. Das Besondere des Falles liegt darin, daß hier der Erblasser den Erbeserben ausschließen kann,

[3]) Vgl. § 1953 DBGB., Art. 785 Code civil. Strohal, Transmission pendente conditione (1879, darüber Krasnopolski KritVJSchr. 22, 181, Tewes Grünhuts Zeitschr. 7, 413) S. 66, Krasnopolski V S. 12. A. M. Unger § 5 Anm. 20, Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 29, 686, wohl auch v. Anders S. 44.

[4]) So Strohal S. 50: die Anwendung des § 703 ist ausgeschlossen, „wenn mit voller Exaktheit nachgewiesen werden kann, daß der Übergang der spes auf die Erben des bedingt Berufenen vom Erblasser gewollt ist". § 2074 DBGB.

[5]) Nach Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 526 genügt es, wenn er sie erlebt.

[6]) Vgl. Steinlechner II S. 330 ff. und § 1923 DBGB.

[7]) Zeiller II S. 671 f., Pfaff und Hofmann a. a. O. S. 18 f. und Note 10, S. 593 ff. Vgl. auch v. Harrasowsky, Entw. Hortens S. 198 Note 21 und § 2074 DBGB.

[8]) Wird die zweite Verlassenschaftsabhandlung früher beendet als die erste, so wird der erste Nachlaß unmittelbar dem Erbeserben eingeantwortet. Entsch. v. 14. Sept. 1915 NotZ. 1916 Nr. 14. Vgl. auch Touaillon, Transmission

er kann dies insbesondere dadurch tun, daß er einen andern als Ersatzerben beruft (§ 809). Wenn also A den B zum Erben eingesetzt und für den Fall, daß B nicht Erbe würde, den C zum Ersatzerben ernannt hat, und nun B vor der Erbserklärung gestorben ist, dann erbt C (die Transmission ist vereitelt), wenn aber B erst nach der Erbserklärung stirbt, dann geht sein Erbrecht auf den Transmissar über (die Substitution ist vereitelt). Auch wenn mehrere Erbeserben vorhanden sind, muß die erste Erbschaft entweder ganz angetreten oder ganz ausgeschlagen werden (§ 809), dies auch dann, wenn der Erbennachlaß vor der Erklärung eingeantwortet worden ist (oben Note 8). Dann kann zwar jeder einzelne Erbeserbe nach Maßgabe seines Anteiles[9]) antreten oder ausschlagen, aber der Anteil des Ausschlagenden wächst kraft Rechtsnotwendigkeit (§ 809) dem Antretenden zu.[10])

III. Dem bereits erzeugten Ungeborenen (der Leibesfrucht) fällt die Erbschaft gemäß § 22 wie einem Geborenen an; der Anfall gilt jedoch als nicht erfolgt, wenn das Kind sodann tot geboren wird. Die Erbserklärung kann daher erst nach der Geburt erfolgen. Bis dahin muß mit der Durchführung der Verlassenschaftsabhandlung gewartet werden. Ein zur Zeit des erblasserischen Todes noch Unerzeugter kommt bei der gesetzlichen Erbfolge nicht in Betracht. Die testamentarische Einsetzung eines Unerzeugten wird als Einsetzung unter der Bedingung der Geburt behandelt, so daß also der Anfall erst im Augenblicke der Geburt stattfindet, während bis dahin das Erbrecht wie bei sonstigen bedingten Einsetzungen anderen Personen zusteht (HfD. vom 29. Mai 1845, JGS. Nr. 888).[11]) In diesem Falle wird also mit der Verlassenschaftsabhandlung nicht gewartet.[12]) Zur Wahrung der Schranken des § 612 ist bestimmt, daß eine solche Einsetzung nur gilt, insofern der Erblasser für den Berufenen nach § 612 auch durch eine zu seinem Vorteile „in absteigender Linie errichtete fideikommissarische Substitution gültig hätte sorgen können" (HfD. vom 29. Mai 1845). Es sind also nicht die tatsächlich eintretenden, sondern jene Nacherbfälle zu zählen, die eingetreten wären, wenn der Erblasser den Vorfahren, nach dem er den Ungeborenen benennt, zum Vorerben, und die in der absteigenden Linie befindlichen Nachkommen zu Nacherben bestimmt hätte.[13])

und Verlassenschaftsabhandlung NotZ. 1917 Nr. 3—10.

[9]) Unger, Erbrecht § 36 Note 17.

[10]) Art. 940 Codice civile. Ebenso für das preußische Recht Gruchot, Preuß. Erbrecht I S. 106. Für das deutsche Recht (§ 1953 DBGB.) wird die Anwachsung von vielen bestritten, vgl. z. B. Kipp, Lehrbuch V § 54. Nach Art. 782 Code civil muß die Erbschaft, wenn sich die Erbeserben nicht einigen, von allen mit der Wohltat des Inventars angenommen werden. Die Widerstrebenden werden also gegen ihren Willen Erben! Das tadelt mit Recht Planiol III 1959.

[11]) Entstehungsgeschichte des Hofdekretes im Erl. v. 27. Dez. 1907 VBl. 1908 S. 3 und bei Stroß, Festschr. 1911 II S. 722. Unger § 20 bes. Anm. 10, Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 31, 241, Exk. II S. 149 ff.

[12]) J. M., Einiges aus der Praxis des § 274 ABGB. und des § 109 JN. GZ. 1911 Nr. 4. Entsch. v. 19. Okt. 1915 NotZ. 1916 Nr. 1. Anders Entsch. Slg. VIII Nr. 2963.

[13]) Auch die tatsächlichen Nacherbfälle

Analog ist die Einsetzung einer noch nicht bestehenden juristischen Person zu behandeln. Befindet sich eine solche bereits zur Zeit des Todes des Erblassers im Gründungszustande oder wird die Gründung eben durch den letzten Willen angeordnet[14]), so ist nach Analogie der Berufung einer Leibesfrucht vorzugehen. Andernfalls ist die Einsetzung wie die eines Unerzeugten, also als eine aufschiebend bedingte zu behandeln.

§ 483.

B. Erbfähigkeit.[1])

I. Erbfähigkeit heißt die Fähigkeit, eine Erbschaft zu erwerben. Sie ist eine besondere Richtung der Vermögensfähigkeit, und darum ist auch regelmäßig jeder erbfähig, der fähig ist, ein Vermögen zu erwerben (§ 538), insbesondere auch juristische Personen (§ 26). Da unerlaubte Körperschaften nicht als Rechtssubjekte anerkannt sind, so sollte die Frage nach ihrer Erbfähigkeit gar nicht aufgeworfen werden.[2]) Ebensowenig kann von der Erbfähigkeit einer Behörde die Rede sein. Ist nicht schon der Zweck der verfehlten Erbeinsetzung unerlaubt, so muß dem Willen des Erblassers durch entsprechende Auslegung des Testamentes Rechnung getragen werden.[3])

1. Wegen fehlender Erwerbsfähigkeit sind unfähig jene Ordenspersonen, die nach ihrer Ordensregel kein selbständiges Vermögen haben dürfen;[4]) die frühere, auf den sogenannten Amortisationsgesetzen[5]) beruhende Erwerb- und also auch Erbunfähigkeit der geistlichen Gemeinden

sind zu zählen, wenn der Erblasser mehrere Unerzeugte nacheinander berufen hat: Entsch. Slg. XVI Nr. 6721. Vgl. Pfaff und Hofmann S. 241, Exk. II S. 149 ff.

[14]) Einsetzung einer erst kraft des letzten Willens zu errichtenden Stiftung. Unger § 14 Note 8. DBGB. § 84. Oben § 82 bei Note 18.

[1]) Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 20 ff.

[2]) Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 22 Note 15.

[3]) Vgl. Steinlechner, Gutachten über die rechtliche Natur und Behandlung von Vermögenszuwendungen an die Universität oder an eine Fakultät. Graz 1906.

[4]) Entsch. Slg. Nr. 11.532. Nur auf Ordenspersonen ist zu beziehen § 538: „Hat jemand dem Recht etwas zu erwerben überhaupt entsagt . . . so ist er dadurch des Erbrechtes überhaupt . . . verlustig geworden"; vgl. auch § 539 und überhaupt Pfaff und Hofmann a. a. O. S. 22 f. und Note 16, 17, H. Singer, Die Behebung der für Ordenspersonen bestehenden Beschränkungen im commercium mortis causa 1880, bes. S. 39 ff., 64; dagegen lehrt Baernreither, über das Vermögensrecht der geistlichen Orden und ihrer Mitglieder (in der GZ. 1882 Nr. 1—11, auch im S.-A. Wien 1882 erschienen) Nr. 11 (im S.-A. S. 56): „Fällt der Ordensperson während der Zeit der Kuratel" (s. oben § 477) „eine Erbschaft an, . . . so hat der Kurator zu intervenieren und erwirbt durch Erbserklärung . . . wie für jede Person, welche ihre Angelegenheiten nicht selbst besorgen . . . kann." — Vgl. noch Seydel, über die Privatrechtsfähigkeit der Ordensgeistlichen in der GZ. 1894 Nr. 18, 19. Nicht hieher gehört der im § 538 erwähnte Verzicht auf eine bestimmte Erbschaft, indem er den Verzichtenden keineswegs erbunfähig macht: Unger § 5 Anm. 9, § 30.

[5]) Über die Amortisationsgesetze vgl. Pfaff und Hofmann S. 23, Exk. II

(§ 539) ist beseitigt durch Art. 29 und 35 des Konkordats von 1855 (trotz Gesetz vom 7. Mai 1874, RGBl. Nr. 50, Art. I); damit ist aber nicht auch der kanonistische Rechtssatz zur Geltung gelangt, daß der Orden anstatt des erbunfähigen Ordensmitgliedes erbe[6]), da über Erbrechtsfragen[7]) lediglich die Staatsgesetze entscheiden[8]), in diesen aber der erwähnte Rechtssatz nicht nur nicht anerkannt, sondern (im HfD. vom 23. März 1809, JGS. Nr. 887) geradezu abgelehnt ist. Der Orden ist eben in keiner Weise berufen.

2. Die Erbunfähigkeit der unbefugten Auswanderer (§ 544) ist längst beseitigt.[9]) Dagegen besteht noch immer die ihr nachgebildete[10]) Erbunfähigkeit der Fahnenflüchtigen (Deserteure).[11]) Die Fahnenflüchtigen — mit Ausnahme der Angehörigen der Landwehr und der bosnisch-herzegowinischen Truppen — sind erbunfähig vom Tage ihrer Entweichung bis zu ihrer Verhaftung oder Rückkehr (§ 208 MStG.). Es ist nicht vorausgesetzt, daß der Entwichene vom Militärgerichte verurteilt worden ist, im Gegenteile: die Erbunfähigkeit erlischt ja mit der Wiedereinbringung des Flüchtigen und vorher kann er nicht verurteilt werden. Der Abhandlungsrichter ist daher genötigt, selbst „die Frage zu lösen, ob tatsächlich die Deliktsmerkmale der vollführten Desertion gegeben erscheinen".[11a]) Jedenfalls ist für die Zwecke der Abhandlung Desertion dann anzunehmen, wenn bereits die Beschlagnahme des Vermögens gemäß § 208 MStG. verfügt worden ist. Denn die Erbunfähigkeit soll ja gerade die Einbeziehung des Nachlasses in die Sequestrationsmasse verhüten.

3. Kraft Vergeltungsrechtes sind erbunfähig die Angehörigen fremder Staaten, in denen Österreicher nicht erbfähig sind.[12])

S. 6 ff., Baernreither Nr. 6 ff. (S.-A. S. 30 ff.), Henner, Art. Amortisationsgesetze im StWB. 2. Aufl.

[6]) Pfaff und Hofmann a. a. O. bei und in Note 21, Exk. II S. 8.

[7]) Auch der Satz des kanonischen Rechtes, daß das Vermögen der Ordensperson dem Orden anzufallen habe, gilt in Österreich nicht. Unger § 88 Anm. 3.

[8]) Entsch. Slg. Nr. 2815.

[9]) Pfaff und Hofmann Nr. 3 und Exkurse II S. 30.

[10]) Pat. v. 15. Juni 1761 Cod. Austr. VI S. 141. Die Erbunfähigkeit stand im Zusammenhange mit der Vermögenseinziehung und dem Verluste des Bürgerrechtes.

[11]) Darüber besonders Wieselthier, Die Erbunfähigkeit des Deserteurs NotZ. 1906 Nr. 47—50 und 1907 Nr. 48, 49, ferner Pfaff und Hofmann, Komm. S. 23 Nr. 2, Exk. II S. 30, Preminger, Die zivilrechtliche Stellung des Deserteurs in der RichterZ. 1904 Nr. 3.

[11a]) So Entsch. v. 6. Juni 1916 JBl. 1917 Nr. 13.

[12]) In der Türkei können Österreicher zwar Grundbesitz erwerben (oben § 73 Note 8), sie sind aber gleichwohl nach der türkischen Praxis als Ausländer nicht fähig, ottomanische Staatsbürger zu beerben. Leske und Löwenfeld, Rechtsverfolgung II § 47. Vgl. gegen diese Praxis Pfaff und Hofmann II S. 24 Note 31. Unser auswärtiges Amt hat anfangs Mai 1874 im Finanzausschusse der österreichischen Delegation auf Befragen erklärt, daß die Erbunfähigkeit türkischer Untertanen sowohl hinsichtlich des beweglichen als des unbeweglichen Nachlasses von Österreichern noch in voller Kraft bestehe und die Stellung der Brüderschaft ottomanischer Untertanen (HfD. v. 11. Jan. 1834) noch immer eine ausnahmsweise sei. Die Erbunfähigkeit der Fremden in der Türkei beruhe auf einer Satzung des Koran, und die gleiche Erbunfähigkeit

4. Relativ erbunfähig sind die Erbunwürdigen, denen im Sinne des Erblassers, gegen den sie sich vergangen haben, das Erbrecht entzogen wird.[13]) Die Erbunwürdigkeit des österreichischen Rechtes ist sowohl von der Indignität des römischen Rechtes als auch von der Erbunwürdigkeit des deutschen Gesetzbuches verschieden. Denn der Erbunwürdige ist nach österreichischem Rechte erbunfähig.[14]) Die Erbschaft fällt ihm gar nicht an. Tritt der Erbunwürdigkeitsgrund erst nach dem Anfalle ein, so gilt hinterher der Anfall als nicht erfolgt, ohne daß es erst einer Anfechtungsklage bedürfte. Aber die Erbunwürdigkeit ist eine besonders gefärbte Erbunfähigkeit. Charakteristisch ist vor allem die Rücksicht auf den Willen des Erblassers. Dieser könnte allerdings den Unwürdigen durch eine letztwillige Verfügung ausschließen. Aber das Gesetz kann sich nicht damit begnügen, die Zulässigkeit einer solchen Verfügung — ungeachtet der sonst bestehenden Schranken der Verfügungsfreiheit: Pflichtteilsrecht (§ 770), Unwiderruflichkeit des Erbvertrages — anzuerkennen. Denn der Erblasser hat die verletzende Handlung vielleicht nicht erfahren oder er ist vom Tode ereilt worden, bevor er eine entsprechende Verfügung treffen konnte. Insbesondere aber muß gerade gegenüber solchen Vergehen Vorsorge getroffen werden, die ihrer Natur nach die strafende Verfügung des Erblassers unmöglich machen (Tötung, Einschränkung der Verfügungsfreiheit). Deshalb nimmt das Gesetz selbst dem Unwürdigen an Statt und im Sinne des Erblassers das Erbe. Aber eben diese Rücksicht auf den Willen des Erblassers kommt auch in dem Rechtssatze zum Ausdrucke, daß seine Verzeihung die Erbunwürdigkeit aufhebt.[15]) Wo diese Rücksichtnahme fehlt, sollte nicht von Erbunwürdigkeit gesprochen werden, also nicht — mit Pfaff und Hofmann[16]) — im Falle des § 121 (Wartezeit), aber auch nicht — mit Krainz[17]) — im Falle des § 543 (Ehebruch, Blutschande). Denn hier wahrt das Gesetz nicht das Interesse des Erblassers, vielmehr tritt es im öffentlichen Interesse seinem letzten Willen entgegen und die Verzeihung, soweit davon überhaupt noch die Rede sein könnte, wäre bedeutungslos. Eine andere Eigentümlichkeit der Erbunwürdigkeit liegt darin, daß sie gegen die Regel des § 545 auch nach dem Erbanfalle eintreten kann.[18])

der Türken sei nur eine Folge des § 33 BGB.

[13]) Pfaff und Hofmann, Exk. II S. 9 ff. (Die Erbunwürdigkeit im österr. ABGB.). Dagegen Hoppen, Die Erbunwürdigkeit im österr. ABGB. in der GH. 1878 Nr. 72—74. Vgl. auch Brandhuber v. Etschfeld, Delikt und Erbrecht 1896. L. A. Bindschedler, Die Erbunwürdigkeit, insbesondere nach schweizerischem Rechte (darüber Eck im JurLitBl. 1916 S. 112 ff.).

[14]) Ebenso nach schweizerischem Rechte.

[15]) Die Verzeihung muß der Unwürdige beweisen: Pfaff und Hofmann, Exk. S. 16, RGZ. 81, 414. Sie kann sich aus dem Verhalten des Erblassers erschließen lassen: Hanausek, Erbrecht des Ehegatten S. 42. Vgl. auch J. Pfaff über Freudenberg, Die Verzeihung (1903) in der JWSchr. 36, 201.

[16]) Exk. II S. 13 f.

[17]) Dagegen Unger § 14 und Pfaff und Hofmann II 27, die hier von mangelnder „testamenti factio passiva" sprechen.

[18]) Das ist mit Unrecht bestritten worden. Es ist jetzt gesetzlich anerkannt

a) Erbunwürdig ist, wer sich durch ein Verbrechen schwer gegen den Erblasser verfehlt hat. § 540 (neue Fassung) sagt kurzweg: „wer gegen den Erblasser ein Verbrechen begangen hat."[19]) Aber wann kann man von einem Verbrechen sagen, daß es „gegen den Erblasser" begangen worden ist? Bei der Beratung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches[20]) meinte die Kommission: wenn des Erblassers „Rechtssphäre durch das Delikt irgendwie berührt wurde". Meineid, auf Grund dessen ein anderer zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wurde, sei eine gegen dessen Freiheit gerichtete strafbare Handlung.[21]) Das wird in den meisten Fällen zutreffen. Wie aber, wenn der Täter diesen Erfolg nicht voraussehen konnte? Oder wenn es sich um eine nebensächliche Schädigung handelt, die mit der Qualifikation der Tat zum Verbrechen nichts zu schaffen hat? Erbunwürdigkeit setzt eine schwere Verfehlung gegen den Erblasser voraus. Es genügt nicht eine schwere Verfehlung gegen die öffentliche Ordnung oder gegen die Rechte eines Dritten, wenn die Rechtssphäre des Erblassers nur nebenher „irgendwie berührt" wird. Andrerseits muß der Erblasser nicht gerade in seinen Rechten verletzt sein; das Gesetz verlangt das nicht. Ein schwerer Eingriff in sein Gefühlsleben kann genügen. Die Tötung eines nahen Angehörigen ist daher ein (auch) gegen den Erblasser verübtes Verbrechen, selbst wenn er daraus keine Ersatzansprüche (§ 1327) abzuleiten vermag. Es wäre doch sonderbar, wenn erbunwürdig wäre, wer dem Erblasser ein Pferd stiehlt, aber nicht, wer ihm die Frau erschlägt. Nur ist zu beachten, daß der Täter nach § 540 immer nur bei Lebzeiten des Erblassers erbunwürdig werden kann.[22]) Wer sich erst nach seinem Tode an seiner Habe oder an seinen Angehörigen vergreift, verletzt weder seine Rechte noch sein Gefühlsleben.[23])

Ob die Tat ein Verbrechen ist, ist nach dem Strafgesetze zu beurteilen, aber diese Beurteilung steht dem Zivilrichter zu, außer wenn ihm der Strafrichter durch einen rechtskräftigen Schuldspruch zuvorgekommen ist (§ 268 ZPO.). Der Zivilrichter entscheidet insbesondere auch dann, wenn die Tat wegen Verjährung[24]) oder, weil der Täter

in § 14 Abs. 3 KaisV. v. 15. Sept. 1915 RGBl. Nr. 278 (betr. Erbgebühren).

19) Das alte Recht ging viel weiter, es nötigte zu einschränkender Auslegung. Vgl. besonders die einflußreiche Darlegung von Hanausek, Das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten S. 38 ff. Nach der im wesentlichen den Vorschlägen Hanauseks entsprechenden neuen Fassung wird sich zwar nicht die Erbunwürdigkeit, wohl aber die damit zusammenhängende Möglichkeit der Enterbung (§ 770) als zu eng abgesteckt erweisen und zu erweiternder Auslegung der §§ 540, 768 drängen.

20) Prot. der 2. Lesung, VI S. 320. Vgl. Planck, Komm. zu § 2333.

21) Vgl. hiezu auch KasshE. Nr. 2406 zu § 47 StPO.

22) Vor der Novelle umfaßte § 540 auch strafbare Handlungen, die nach dem Tode des Erblassers begangen werden: Leichenschändung, Beleidigung des Toten. Diese Handlungen sind aber keine Verbrechen und kommen daher nicht mehr in Betracht.

23) Das konnte — angesichts der alten Fassung des Paragraphen — bestritten werden. Jetzt mag der Hinweis auf die älteren Auflagen dieses Lehrbuches und die dort angeführte Literatur und Rechtsprechung genügen.

24) Entsch. Slg. Nr. 13.205, IX Nr. 3362. Pfaff und Hofmann, Exk.

gestorben ist, nicht strafgerichtlich verfolgt werden kann.[25]). Daraus allein, daß der Erblasser die Strafanzeige unterlassen, sich dem Strafverfahren nicht angeschlossen oder die letztwillige Bedenkung nicht widerrufen hat[26]), läßt sich noch nicht auf Verzeihung schließen.

b) Nach § 542 ist erbunwürdig, wer eine dem wahren Willen des Erblassers widersprechende Ordnung der Erbfolge herbeizuführen sucht[27]), indem er durch Zwang oder Betrug den Erblasser zu einer letztwilligen Erklärung veranlaßt, oder ihn widerrechtlich[27a]) an der Errichtung oder Abänderung des letzten Willens hindert; dem steht gleich die absichtliche Unterdrückung einer schon vorhandenen letzten Willenserklärung (§ 542) und gewiß auch die Unterschiebung eines falschen[28]) oder die Verfälschung eines echten letzten Willens.[29]) Solche Handlungen erzeugen die Erbunfähigkeit, auch wenn sie erst nach dem Tode des Erblassers unternommen wurden.[30]) Zugleich entsteht eine Schadenersatzpflicht gegenüber dem dadurch Beschädigten, d. h. gegenüber dem Erben oder Vermächtnisnehmer, dem dadurch ein erwarteter Nachlaßerwerb vereitelt wurde (§ 542).[31]) Der Versuch der Fälschung usf. genügt nicht; er kann aber als Verbrechen unter § 540 fallen.[32]) Wird die erzwungene (verfälschte) Verfügung entkräftet, z. B. durch Errichtung eines neuen Testamentes oder durch früheres Ableben des Bedachten, so besteht die Erbunwürdigkeit gleichwohl fort.[33]) Der Täter ist jedoch nicht erbunwürdig, wenn sein Ziel nicht die Vereitlung des wahren Willens des Erblassers ist, z. B. wenn er weiß oder glaubt, daß gerade das gefälschte Testament diesem Willen genau entspreche oder daß das unterdrückte ihm zuwiderlaufe. Jenes wird der Fall sein, wenn er Zeugenunterschriften fälscht, um eine echte, aber formwidrige Verfügung zur

II 16, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 747 Note 7, Krasnopolski V S. 19. Das konnte nach der alten Fassung bestritten werden. Hanausek S. 42.

[25]) Pfaff und Hofmann a. a. O.; dagegen Brandhuber S. 11.

[26]) Der Erblasser hat vielleicht gerade im Hinblicke auf § 540 sein Testament nicht geändert: Pfaff und Hofmann, Exk. S. 17.

[27]) Unger § 5 Anm. 19, Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 26, 27, Exk. II S. 22 ff.

[27a]) Entsch. v. 18. Mai 1916 JBl. 1917 Nr. 17.

[28]) Entsch. Slg. Nr. 15.149. Unger a. a. O., Winiwarter III S. 24, Krasnopolski S. 23, v. Anders S. 9; a. A. Schwab in Wagners Zeitschr. 1845 II Nr. 19.

[29]) Auch dies sind Unterdrückungsakte des wahren letzten Willens.

[30]) Entsch. Slg. XI Nr. 4407; anders Entsch. Slg. Nr. 15.149, Krasnopolski S. 23. Vgl. oben Note 18.

[31]) Diese Wirkung ist nur denkbar bei Verhinderung einer beabsichtigten letztwilligen Erklärung und nach Umständen (§ 722) bei Unterdrückung eines vorhandenen letzten Willens; bei erzwungener oder betrüglicher Verleitung zur Errichtung eines letzten Willens kann ja von dessen Gültigkeit nicht die Rede sein (§ 565).

[32]) Vgl. Pfaff und Hofmann, Komm. S. 26 f. „Weder gewinnsüchtige Absicht, noch Strafbarkeit wird im § 542 vorausgesetzt; da aber des Versuches nicht ausdrücklich gedacht ist, genügt dieser nur dann, wenn er strafbar ist, somit prinzipiell (§ 8 StGB.) dem begangenen Delikte gleichsteht." Dieses „Prinzip" gilt nicht für das Zivilrecht.

[33]) Pfaff und Hofmann, Exk. S. 24, v. Anders S. 9. Dagegen § 2339 DBGB.

Geltung zu bringen[34]), dieses, wenn er ein Testament unterdrückt, das er für falsch hält.[35]) Selbstverständlich trifft ihn in dieser Hinsicht die Beweislast.[36]) — Auch diese Erbunwürdigkeit kann der Erblasser nachsehen.[37])

5. Eigentümlich beschränkt ist die relative Erbfähigkeit von Personen, die miteinander Ehebruch oder Blutschande getrieben haben.[38])

a) Voraussetzungen. Die Beteiligten müssen „des Ehebruches oder der Blutschande gerichtlich geständig oder überwiesen sein". Gerichtlich: dabei ist nicht bloß und nicht einmal in erster Linie an das Strafverfahren zu denken, gehörte doch zur Zeit des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches die Verfolgung des Ehebruches überhaupt nicht zur Zuständigkeit der Gerichte.[39]) Vielmehr ist der Hauptfall, daß wegen einer solchen Handlung eine Ehe vernichtet, geschieden oder getrennt worden ist.[40]) Daneben kann z. B. auch die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft den Ehebruch oder die Blutschande an den Tag bringen. Jedenfalls aber muß die Überweisung noch zu Lebzeiten des Erblassers erfolgt sein.[41]) Das ist eine wichtige Einschränkung des harten Gesetzes.[42]) Das Beweisverfahren soll nicht erst zu einer Zeit durchgeführt werden, wo es die Ehre eines Toten angreift, der sich nicht verteidigen kann. Zum Beweisverfahren gehört auch die Beweiswürdigung. Auch das Ergebnis muß also noch bei Lebzeiten festgestellt worden sein. Des gerichtlichen Geständnisses gedenkt das Gesetz nur, weil es nach der schon damals angenommenen Auffassung nicht ein Beweis ist, sondern den Beweis überflüssig macht. Dennoch kommt auch das gerichtliche Geständnis nur in Betracht, wenn es zur Grundlage eines Erkenntnisses gemacht, also z. B. deswegen die Ehe des Geständigen geschieden worden ist.[43])

[34]) RGZ. 72, 207 und 81, 413. E. Fuchs, Juristischer Kulturkampf S. 175.

[35]) Entsch. Slg. XI Nr. 4407. Unterdrückung des Testamentes eines Testierunfähigen: Pfaff und Hofmann, Exkurse II S. 23 Note 53, Krasnopolski S. 23.

[36]) RGZ. 81, 413.

[37]) Es wäre nicht abzusehen, warum eine zu Gunsten solcher Personen später getroffene letztwillige Anordnung nicht gültig oder eine aus anderen Umständen erhellende Verzeihung nicht wirksam sein sollte. Unger S. 20, 24 Anm. 17, Stübenrauch 8. Aufl. I S. 749; a. A. Füger I S. 12.

[38]) Vgl. Nowak, Die Ausschließung vom Erbrechte aus der Erklärung eines letzten Willens nach § 543 ABGB. in der GZ. 1886 Nr. 22, 28, Richter, Die relative Erbunfähigkeit aus einem letzten Willen wegen Ehebruchs und Blutschande in der NotZ. 1891 Nr. 11.

[39]) Zuständig waren die politischen Behörden. Vgl. Entsch. Slg. Nr. 430.

[40]) Den Fall der Ehetrennung hebt die vorbildliche Bestimmung des § 35 AHR. I 12 hervor.

[41]) Entsch. Slg. Nr. 2523, 14.693, Pfaff und Hofmann, Komm. S. 28, Krasnopolski S. 25; dagegen Entsch. Peitler 2. Aufl. Nr. 322, Slg. Nr. 6829 und II Nr. 577, Fried in der NotZ. 1907 Nr. 46.

[42]) Lebt ein Verheirateter mit einer Frauensperson in wilder Ehe, so kann er für sie nicht durch Ehepakten sorgen, ein gesetzliches Erbrecht besitzt sie nicht und die letztwillige Fürsorge hindert § 543.

[43]) Vgl. Entsch. Slg. Nr. 430, Peitler 2. Aufl. Nr. 322, Aufsatz in der GZ. 1852 Nr. 68, Nowak a. a. O., Pfaff und Hofmann a. a. O. Note 10.

b) Wirkung. Ein Mitschuldiger kann von dem andern nicht letztwillig bedacht werden. Vom Erbvertrage ist im § 543 keine Rede, weil er als Ehepakt eine gültige Ehe voraussetzt. Ist aber eine solche trotz § 67 (z. B. mit Befreiung) zwischen den Ehebrechern zu stande gekommen, dann ist § 543 überhaupt nicht mehr anwendbar.[43a]) Das gesetzliche Erbrecht wird durch § 543 in keinem Falle — auch nicht in dem der Blutschande — berührt.

II. Da das österreichische Recht den Erbanfall als die wesentlichste Voraussetzung für den Erwerb der Erbschaft ansieht, so fordert es das Vorhandensein der Erbfähigkeit nur im Zeitpunkte des Anfalls, also in der Regel (oben § 482, I) im Augenblicke des Todes des Erblassers (§ 545), wobei freilich nicht an die Fälle der nachträglichen Erbunwürdigkeit gedacht ist. Die Lehre[44]), es müsse die Erbfähigkeit auch bis zum Erbschaftsantritt ununterbrochen fortdauern, läßt sich mit den klaren Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches nicht vereinigen; sie beruht auf einer romanisierenden Überschätzung der Erbserklärung. War der berufene Erbe zur Zeit des Anfalls nicht erbfähig, erlangte er aber die Erbfähigkeit später, so kann er die einem andern angefallene Erbschaft diesem nicht mehr entziehen, § 546.[45])

Dem Erbunfähigen fällt die Erbschaft nicht an oder sie gilt wenigstens (bei nachfolgender Erbunwürdigkeit, § 542) hinterher als nicht angefallen. Die Erbfolge wird so geregelt, wie wenn der Erbunfähige den Anfall nicht erlebt hätte. Das ist ausdrücklich gesagt für den Fahnenflüchtigen im § 208 MStG. und für den Erbunwürdigen im § 541 BGB.[46]) Die Nachkommen treten also bei der gesetzlichen Erbfolge und (wenn der erbunfähige Bedachte ein Kind des Erblassers ist) im Zweifel auch bei der testamentarischen (§ 779) an die Stelle des Unfähigen. Damit ist die alte Regel abgelehnt, daß Nachkommen nicht kraft Eintrittsrechtes an die Stelle eines noch lebenden Vorfahren treten können.[47])

Zur Transmission wird Erbfähigkeit des Transmittenten gegenüber dem ersten Erblasser und Erbfähigkeit des Transmissars gegenüber dem Transmittenten, nicht auch gegenüber dem ersten Erblasser,

[43a]) Vgl. V. v. 28. Febr. 1811 zu § 35 ALR. I 12.

[44]) Unger § 5 bes. Anm. 22, Kirchstetter S. 261, Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 30, Steinlechner, Schweb. Erbr. I S. 347 Note 2 und dazu Pfaff in der GZ. 1898 Nr. 2 Note 8, v. Anders S. 7; dagegen aber Till (GZ. 1907 Nr. 52), Krasnopolski S. 13.

[45]) Pfaff und Hofmann, Exk. S. 30, Komm. II S. 31. Falsch Entsch. Slg. Nr. 4094.

[46]) Trotz seiner Einreihung ist der Paragraph ganz ebenso anwendbar auf die Fälle des § 542, wie auf jene des § 540; Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 25 f. und Note 1, Exk. II S. 26—30, vgl. auch Pfaff, Die Klausel usw. S. 133 f. und Marginalrubriken S. 50 Note 128.

[47]) Vivi nulla repraesentatio. Art. 744 Code civil: „On ne représente pas les personnes vivantes." Man pflegte sich dafür auf § 732 (letzter Satz) zu berufen; anerkannt war die Regel jedenfalls in den nun geänderten Bestimmungen der §§ 541, 551, 780. Steinlechner, Zur Lehre vom erbrechtlichen Repräsentationsrecht nach den Entwürfen einer Zivilrechts-Novelle, ZBl. 30, 369.

gefordert.[48]) Denn er ist eben nur dessen Erbeserbe. Der Nacherbe dagegen muß nur gegenüber dem ersten Erblasser, nicht auch gegenüber dem Vorerben erbfähig sein.[49]) Denn er ist nicht dessen Erbe, auch wenn sein Tod den Nacherbfall bildet. Wie nun, wenn der Nacherbe den Vorerben ermordet, um die Erbschaft früher zu erlangen? Dann wird er nicht Erbe, aber nicht etwa wegen Erbunfähigkeit, sondern weil er für diesen Fall (den Fall einer unerlaubten Handlung) nicht zum Nacherben eingesetzt ist oder — wenn der Erblasser es wirklich so gemeint hätte — nicht gültig eingesetzt werden konnte (§ 698).

C. Berufung zur Erbfolge.

§ 484.

Berufungsgründe. Erbverzicht. Negatives Testament.

I. Um Erbe sein zu können, muß man auch berufen sein, d. h. zu den Personen gehören, denen vermöge bestimmter Tatsachen die Berechtigung zur Erbfolge zukommt. Diese Tatsachen heißen Berufungsgründe. Im römischen Rechte waren Berufungsgründe nur das Testament (daher: testamentarische Erbfolge) und in dessen Ermanglung die Verwandtschaft oder Ehe (Intestaterbfolge). Im deutschen Rechte entwickelte sich als dritter Berufungsgrund der Erbvertrag mit dem Erblasser, daher § 533 drei Berufungsgründe oder „Titel zum Erbrecht" kennt.[1])

Nach römischem Rechte[2]) war der hauptsächliche Berufungsgrund der durch Ernennung eines Erben im Testamente ausgesprochene Wille des Erblassers; dieser Erbe ging allen anderen Ansprechern (Verwandten) vor, auch wenn er nicht zum ganzen Nachlaß berufen war. Darum fiel ihm auch der Teil des Nachlasses zu, über den nicht verfügt war, oder der durch das Wegfallen eines testamentarisch berufenen Miterben frei geworden war. Hieraus entstand die Regel: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. Nach älterem deutschen Rechte dagegen war der nächste Blutsfreund der eigentliche Erbe; das Testament (Geschäft) legte ihm nur Vermächtnisse auf. Die Regel nemo pro parte ließ sich nicht durchsetzen. Auch das österreichische Recht lehnt sie ab, daher es in diesem vorkommen kann, daß ein Teil des Vermögens testamentarisch, ein anderer durch Erbvertrag und wieder ein anderer auf Grund des Gesetzes vererbt wird: § 534 ABGB.

Dem römischen Rechte ist die testamentarische Erbfolge das Nächstliegende und die Intestaterbfolge nur ein unerwünschter Notbehelf; im

[48]) Entsch. Slg. Nr. 14.730.

[49]) Vgl. Dernburg, BürgR. V § 11 Note 7.

[1]) „Das Gesetz" umfaßt in diesem Paragraphen die Berufung durch Verwandtschaft und Ehe, weil beide ohne die Notwendigkeit einer Willenserklärung ein Erbrecht geben; darum heißt die — unpassend (vgl. Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 677) — sog. Intestaterbfolge auch die gesetzliche.

[2]) Zum folgenden vgl. Hofmann, Krit. Studien S. 174 f., Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 674 ff.

deutschen Rechte dagegen ist der Blutsfreund als der wahre Erbe aufgefaßt, wiewohl er bis zu einer gewissen Grenze durch den Willen des Erblassers ausgeschlossen werden kann. Da die deutschrechtlichen Grundsätze in das österreichische Recht übergegangen sind, so ist es passender, der gesetzlichen Erbfolge im System den Vortritt vor der testamentarischen und der vertragsmäßigen einzuräumen.[3]) Damit ist nicht gesagt, daß die gesetzlichen Erben vor den im Testament eingesetzten den Vorrang haben. Vielmehr folgen die Berufungsgründe nach ihrer Stärke so, daß die Vertragserben[4]) den Testamentserben vorgehen und diese (unbeschadet des allfälligen Pflichtteilsanspruches) die gesetzlichen Erben ausschließen.

II. Der Erbverzicht[5]) ist ein Vertrag zwischen dem Erblasser und einem andern (dem Anwärter), in dem dieser auf sein künftiges Erbrecht, Pflichtteilsrecht oder Vermächtnis ganz oder teilweise verzichtet (§ 551).[6]) Er ist nach französischem (wie nach römischem) Rechte unzulässig; das österreichische gestattet ihn ebenso wie das deutsche und das schweizerische Recht.[7]) Daß der Erbverzicht ein Vertrag sei[8]), daß also die Annahme des Erblassers unerläßlich sei, ist durch die neue Fassung des § 551 jedem Zweifel entrückt. Daher ist auch wesentlich, daß der Abschluß bei Lebzeiten des Erblassers erfolgt; ein Verzicht nach seinem Tode (die Ausschlagung, unten § 510) hat andere Wirkungen. Ein Verzichtsvertrag, vorher geschlossen mit demjenigen, zu dessen Gunsten verzichtet werden soll, fällt unter § 879, Z. 3, ist also ungültig.

Eine Form[9]) schreibt die neue Fassung des § 551 vor: „Der Vertrag bedarf zu seiner Gültigkeit der Aufnahme eines Notariatsaktes oder der Beurkundung durch gerichtliches Protokoll." Die für Erbverträge vorgeschriebenen besonderen Vorsichten sind entbehrlich. Beim Notariatsakte müssen also keine Aktszeugen beigezogen werden. Jedes gerichtliche Protokoll genügt. Insbesondere kann auch ein im Prozesse oder im Verfahren außer Streitsachen aufgenommener Vergleich (z. B. über die

---

[3]) Auch das DBGB. stellt die gesetzliche Erbfolge voran.

[4]) Vorbehaltlich der Grenze des § 1253.

[5]) Vgl. Perthaler im Jurist IX S. 410 ff., Ungenannter ebda. XII S. 51 ff., Grünberg ebda. S. 353 ff., Michel im Mag. VII Nr. 15, Unger § 30, F. Hofmann, Wesen und Wirkung des Erbverzichtes und des Erbvertrages in Grünhuts Zeitschr. III S. 649—699, Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 54—57, Exk. II S. 31 bis 56, Meißels in Grünhuts Zeitschr. XIX S. 40 ff., Schiffner ebda. XXV S. 272; Verus, Ein Beitrag zur Lehre des § 551 in der GH. 1897 Nr. 48, v. Anders, Grundriß S. 51 ff., Krasnopolski V § 4, Rietsch in der NotZ. 1911 Nr. 12 und in der GZ. 1913 Nr. 8, Hanausek ebda. 1912 Nr. 3, Hendel ebda. Nr. 52, v. Ohmeyer, Verfügung über künftige Rechte S. 195 ff.

[6]) Unger, Syst. II S. 173 f., 185, Erbr. § 30 Anm. 6, Pfaff und Hofmann, Exk. S. 33—36, Touaillon in der NotZ. 1906 Nr. 42 ff.

[7]) Pfaff und Hofmann, Exk. II S. 31 f.

[8]) Vgl. Entsch. Slg. VII Nr. 2808. Der Vertrag ist ein besonderer erbrechtlicher Vertrag, nicht etwa ein Schuldvertrag, ein pactum de repudianda hereditate, wie die ältere Lehre annahm. Pfaff und Hofmann, Exk. II S. 36 ff.

[9]) Touaillon NotZ. 1908 Nr. 26.

Bestimmung des Heiratsgutes) einen Erbverzicht enthalten. Ist aber die öffentliche Form *nicht* beobachtet worden, dann ist der Erbverzicht ungültig. Ob auch die für den Verzicht gewährte Abfindung hinfällig wird, hängt von den Umständen des Falles ab (oben § 129, III).

Verzichten kann, wer „über sein Erbrecht gültig verfügen" (§ 551), d. h. wer eine Erbschaft ausschlagen kann. Für den minderjährigen Anwärter kann also der Vater oder Vormund mit Genehmigung des Gerichtes (§ 233) verzichten.[9a]) Ein Bevollmächtigter bedarf zum Verzichte ebenso wie zur Ausschlagung einer besonderen Vollmacht (§ 1008).[10]) Der Erblasser kann, auch wenn er nur beschränkt handlungsfähig ist, den Verzicht annehmen.[11]) Ist er handlungsunfähig, so kann sein gesetzlicher Vertreter für ihn den Vertrag schließen.[12])

Gegenstand des Erbverzichtes[13]) ist das gesetzliche Erbrecht mit Einschluß des Pflichtteilsrechtes oder bloß das Pflichtteilsrecht[13a]) oder, was freilich selten vorkommen wird, das testamentarische Erbrecht[14]) oder ein Vermächtnis.[15]) Möglich ist auch ein betagter[16]), ein bedingter[17]), ein auf einen Teil der Erbschaft beschränkter Verzicht. Geht der Vertrag dahin, daß eine Zuwendung auf den Erb- oder Pflichtteil *angerechnet* werden solle, so ist zu unterscheiden: Wird die Zuwendung von vornherein nur als ein Vorschuß auf den Erb- oder Pflichtteil gewährt, so kann sie der Anwärter nur in diesem Sinne annehmen (§ 791)[18]), ohne daß es hiezu eines förmlichen Erbverzichtes bedürfte. Wird aber die Anrechnung erst nach der Zuwendung vereinbart, dann war das Geleistete kein Vorschuß und der Empfänger, der sich die Anrechnung gefallen läßt, gibt einen Teil seines künftigen Erb- oder Pflichtteilsrechtes preis. Hier also muß die Form des Erbverzichtes beobachtet werden.[19]) Übrigens reicht selbstverständlich eine einseitige letztwillige Erklärung aus, wenn *nur* der gesetzliche Erbteil (nicht auch der Pflichtteil) in dieser Weise geschmälert werden soll.

Die *Wirkung* des Erbverzichts besteht keineswegs in der Begründung relativer Erbunfähigkeit des Verzichtenden, wie § 538 sagt[20]), sondern vielmehr in der Beseitigung der Wirksamkeit des bestehenden Berufungs-

[9a]) *Zeiller*, Komm. II S. 411. § 2347 DBGB.

[10]) *Pfaff* und *Hofmann* II S. 49.

[11]) *Pfaff* und *Hofmann* a. a. O.

[12]) Vgl. § 2347 DBGB.

[13]) *Pfaff* und *Hofmann* S. 43 f.

[13a]) *Unger* Anm. 7.

[14]) *Stubenrauch* 8. Aufl. II S. 755 Note 3: „Wie wenn z. B. der Erblasser nicht mehr in der Lage wäre, seinen letzten Willen gültig umzuändern, und nichtsdestoweniger dem eingesetzten Erben seinen Nachlaß entziehen wollte." Die Annahme des Erbverzichtes setzt Testierfähigkeit *nicht* voraus!

[15]) Entsch. Slg. Nr. 335. § 2352 DBGB.

[16]) *Fried*, Betagter Verzicht auf die Geltendmachung der Pflichtteilsforderung NotZ. 1907 Nr. 42.

[17]) *Pfaff* und *Hofmann*, Exk. II S. 44.

[18]) Vgl. §§ 2050, 2315 DBGB.

[19]) Entsch. RGZ. 71, 133.

[20]) Denn der Verzichtende erbt, wenn er später doch zum Erben eingesetzt wird. Vgl. oben § 483 Note 4. Der Erbverzicht setzt vielmehr Erbfähigkeit wesentlich voraus. Der Verzichtende tritt „aus dem Kreise der gesetzlichen Erben dergestalt heraus, daß ihm die

grundes (vgl. § 537 a. E.). Der Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht enthält auch den Verzicht auf das Noterbrecht (§ 763), dagegen der Verzicht auf den Pflichtteil nicht auch den auf das gesetzliche Erbrecht, nur wird dem Verzichtenden bei der gesetzlichen Erbfolge die etwa erhaltene Abfindung angerechnet.[21]) Bei ausdrücklicher Verzichtleistung zu Gunsten eines Dritten ist es Auslegungsfrage, ob dieser Beisatz Beweggrund oder Bedingung des Verzichtes ist;[22]) im zweiten Falle wird der Verzicht unwirksam, wenn der Dritte nicht Erbe oder Vermächtnisnehmer wird, im ersten tritt die gleiche Wirkung nur bei unentgeltlichem Verzichte ein (§ 901). Kraft des Erbverzichtes allein wird der Dritte nicht Erbe, wenn er nicht der nächstberufene gesetzliche Erbe ist; ein von ihm mit dem Verzichtenden getroffenes Übereinkommen, wodurch sich dieser nur zu künftigem Verzicht verpflichtet, fällt unter § 879, Z. 3.

Der Anwärter[23]) kann nicht nur für seine Person, sondern auch für seine Nachkommen verzichten. Wenn nichts anderes vereinbart ist, tritt nach § 551 die weitergehende Wirkung ein. Doch kann der Verzicht den Nachkommen nur das Eintrittsrecht entziehen. Sind sie unmittelbar (nicht als Kinder des Verzichtenden) berufen, so schadet ihnen der Erbverzicht nicht; er berührt also das testamentarische Erbrecht nicht, auch nicht das Gattenerbrecht, wenn etwa der Erblasser mit der Tochter des Verzichtenden vermählt ist. Das Recht des Anwärters, im Namen seiner Kinder zu verzichten, entspricht einem praktischen Bedürfnisse. In der Regel erhält der Verzichtende eine Abfindung. Dafür soll er aus dem Kreise der Erbberechtigten ausscheiden. Diese Vereinbarung hätte aber wenig Wert, wenn sie nicht auch die Kinder des Verzichtenden ausschlöße. Immerhin kann der Verzichtende den Verzicht auf seine Person beschränken. Dann erben die Kinder nicht nur, wenn er vor dem Erblasser stirbt, sondern auch wenn er ihn überlebt. Das war nach der alten Regel Vivi nulla repraesentatio ausgeschlossen. Aber diese Regel ist in den §§ 541 und 780 aufgegeben worden und deshalb darf man wohl annehmen, daß die neue Fassung des § 551 („wenn nichts anderes vereinbart worden ist") auch die Vereinbarung gestatte, daß der Verzichtende wie ein Erbunfähiger

Erbschaft nicht einmal zum Erwerb angeboten wird." Unger § 3 Anm. 9, § 30.

[21]) Unger § 30 Anm. 7, Pfaff und Hofmann, Exk. S. 48 (Nr. X).

[22]) DBGB. § 2350. — Unger Anm. 9, Kirchstetter S. 267, Pfaff und Hofmann, Exk. S. 46 f.

[23]) § 2349 DBGB.: „ein Abkömmling oder ein Seitenverwandter." — Daß der Verzicht eines Vorfahren des Erblassers auf die Nachkommen nicht wirke, läßt sich — trotz der allgemeinen Fassung des § 551 — auch für das österr. Recht behaupten. Ehrenzweig, Die österr. Erbfolgeordnung (S.-A. aus der NotZ. 1903 Nr. 2—5) S. 20: „Nimmt man § 551 wörtlich, so würde der Verzicht der Eltern sogar den Kindern des Erblassers das Intestaterbrecht nehmen, auch diese sind ja Nachkommen der Eltern des Erblassers." Aber auch sonst „wäre das Ergebnis unvernünftig genug. Der Verzicht der Eltern würde ausnahmsweise den Eltern schaden: nämlich wenn sie den Erblasser überleben; regelmäßig wäre er ein Geschäft zum Nachteile der Geschwister des Erblassers, für dessen Zulassung schlechterdings kein Grund erfindlich ist."

als nicht vorhanden betrachtet werden solle.[24]) Ein solcher Vertrag kann unliebsamer Erörterung von Enterbungsgründen vorbeugen. Es kann auch zweckmäßig sein, den doppelten Erbgang (vom Erblasser auf den Anwärter und von diesem auf seine Kinder) abzukürzen.

Zur Aufhebung des Erbverzichtes genügt ein formloser[25]) Vertrag zwischen dem Erblasser und dem Verzichtenden (oder dessen Nachkommen).[26]) Dadurch wird das künftige gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht wiederhergestellt. Letztwillig bedenken kann der Erblasser den Verzichtenden auch ohne die (zweiseitige) Aufhebung des Verzichtes.

Daß die Gläubiger des Verzichtenden den Erbverzicht nicht anfechten können, ist oben § 409, Note 8 bemerkt worden.[27]) Die Konkursordnung und die Anfechtungsordnung schließen freilich — aus guten Gründen — die Anfechtung des Verzichtes auf künftige Rechte nicht aus. Aber beim Erbverzichte handelt es sich um einen Vertrag des Erblassers über seinen eigenen Nachlaß. Dabei darf ihn die Rücksicht auf die Gläubiger seines vermutlichen Erben nicht beirren (§ 773!).

III. Ein negatives Testament[28]) ist ein Testament, das einen Anwärter ganz oder teilweise[29]) von der gesetzlichen Erbfolge ausschließt. Dabei ist vorausgesetzt, daß keine ausreichende positive Verfügung vorliegt. Dann fällt der Nachlaß den übrigen gesetzlichen Erben zu. Ob dabei die Nachkommen des Ausgeschlossenen jedenfalls oder nur wenn er vorverstorben ist oder auf keinen Fall zu berücksichtigen sind, ist eine Auslegungsfrage. Hat z. B. der Erblasser seine Schwester und eines ihrer Kinder ausgeschlossen, so ist klar, daß die anderen nicht ausgeschlossen sind, auch wenn die Schwester den Erblasser überlebt.[30]) Hat der Erblasser sein eigenes Kind ausgeschlossen (auf den Pflichtteil beschränkt), dann sind im Zweifel auch — immer unbeschadet des Pflichtteilsrechtes — die Kindeskinder ausgeschlossen, selbst wenn der Enterbte vor dem Erblasser gestorben ist (§ 779).[31]) Sind alle Verwandten ausgeschlossen, dann fällt der Nachlaß an den Fiskus.[32])

---

[24]) Auch in § 2349 DBGB. heißt es „sofern nicht ein anderes bestimmt ist". Danach kann unzweifelhaft bestimmt werden, der Verzichtende solle ausgeschlossen sein, „wie wenn er zur Zeit des Erbfalles nicht mehr lebte" (§ 2346) Ebenso verhält es sich nach schweizerischem Rechte: Art. 495 ZGB.

[25]) HHVer. zur Nov. S. 83. Touaillon NotZ. 1908 Nr. 26. Regel ist ja, daß formelle Geschäfte formlos aufgehoben werden können, wenn nicht auch für die Aufhebung eine Form vorgeschrieben ist. v. Tuhr, Allg. Teil II S. 508.

[26]) Entsch. Slg. XI Nr. 4272, anders Nr. 15.801.

[27]) Dagegen Alb. Ehrenzweig, Komm. S. 57, Bartsch, Komm. S. 222.

[28]) § 1938 DBGB. Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 538, 678, 698, Erk. II S. 39, Krasnopolski V S. 47. Französisches Recht: „Exclure, c'est disposer." Planiol III 2746. Für unzulässig hält das negative Testament K. F. Rietsch in der GZ. 1915 Nr. 26 (S. 321).

[29]) Meine Frau soll nur eine Rente (Entsch. Slg. II Nr. 580), mein Sohn nur den Pflichtteil erhalten (Entsch. Slg. XIII Nr. 4975, vgl. auch die verfehlte Entsch. Slg. XV Nr. 5738).

[30]) Entsch. Slg. Nr. 160.

[31]) Entsch. Slg. XIII Nr. 4975. Die deutsche Rechtsprechung entscheidet im

1. Die gesetzliche Erbfolge und das Heimfallsrecht.

Erster Abschnitt.

Die regelmäßige gesetzliche Erbfolge.

§ 485.

1. Die Verwandtenerbfolge im allgemeinen.

I. Die gesetzliche Erbfolge ist „Intestaterbfolge". Wer nicht auf Grund eines Testamentes beerbt wird, dessen Nachlaß fällt an die gesetzlichen Erben (§ 727). Abweichend vom römischen Rechte kann die gesetzliche Erbfolge sich auf einen Teil des Nachlasses beschränken (§ 728). Wenn (1) ein eingesetzter Erbe wegfällt und nicht (2) ein Ersatzerbe oder (3) ein Transmissar oder (4) ein anwachsungsberechtigter Miterbe seinen Erbteil erwirbt, so fällt er (5) an die gesetzlichen Erben. Sie gehen (6) den Vermächtnisnehmern (§ 726) und (7) dem Staatsschatze vor. Jeder einzelne Erbteil kann ein anderes Schicksal haben. — Mit Unrecht gedenkt § 727 auch der Personen, denen der Erblasser „kraft des Gesetzes einen Erbteil zu hinterlassen schuldig war". Das Pflichtteilsrecht, das diesen Personen zusteht, ist kein gesetzliches Erbrecht. Es ist überhaupt kein Erbrecht, sondern ein Forderungsrecht. Das unterliegt seit dem Hofdekrete vom 31. Januar 1844, JGS. Nr. 781, keinem Zweifel.

II. Zur regelmäßigen gesetzlichen Erfolge sind die Verwandten und der Ehegatte berufen. Über diesen Personenkreis geht die Erbfolge nach Geistlichen hinaus. Der Staatsschatz hat nach österreichischem Rechte kein gesetzliches Erbrecht. Sein Heimfallsrecht ist von besonderer Art. Im folgenden sind zunächst die Grundregeln der reinen Verwandtenerbfolge darzustellen, wie sie sich bei Abgang eines Ehegatten gestaltet.

III. Die Verwandten erben nach der sogenannten Parentelenordnung oder dem Linearsysteme. Diese Erbfolgeordnung, so sehr sie auch auf den ersten Blick von der Erbfolgeordnung des römischen Rechtes verschieden scheint, ist doch nur ihre naturrechtliche Fortentwicklung.[1]) Es ist festgehalten an der römischen Nachkommenerbfolge, festgehalten auch an dem Grundsatze, daß der nähere Vorfahr den entfernteren ausschließt, auf die Seitenverwandten aber — als Nachkommen der Vorfahren —

Zweifel zu Gunsten der Kinder des Ausgeschlossenen, auch wenn dieser ein Kind des Erblassers ist: Entsch. RGZ. 61, 14. Pfaff und Hofmann entscheiden im Zweifel gegen sie, auch wenn er ein Seitenverwandter ist: Komm. II S. 698.

[32]) Entsch. Slg. Nr. 9103.

[1]) Ehrenzweig, Die österr. Erbfolgeordnung, und schon Leonhard, Der Einfluß des österr. BGB. auf die neue deutsche Erbfolgeordnung in Grünhuts Zeitschr. Bd. 29 S. 243 ff. Anders Rosin ebda. Bd. 28 S. 341 ff. und Heymann, Die Grundzüge des gesetzlichen Verwandtenerbrechtes S. 40 ff.

sind die Grundsätze der Nachkommenerbfolge übertragen, so daß nun eine sehr einfache und durchsichtige Ordnung — eben die Parentelenordnung — das ganze Verwandtenerbrecht umspannt. Diese Ordnung taucht zuerst bei dem Naturrechtslehrer Darjes 1740 auf[2]), dem sich Martini 1782 anschließt.[3]) Horten hat sie in seinen Entwurf aufgenommen und gelegentlich der beiden Lesungen des betreffenden Abschnittes (1775 und 1785) eingehend begründet. Diesem Entwurfe ist das Erbfolgepatent vom 11. Mai 1786 entnommen; ihm schließt sich unser allgemeines bürgerliches Gesetzbuch an und von hier aus ist die Darjes-Hortensche Erbfolgeordnung, allerdings nicht ohne Änderung, in das deutsche und das schweizerische Gesetzbuch übergegangen.

Nicht die Nähe des Grades entscheidet, sondern die Nähe der Parentel, d. h. des Stammhauptes mit allen seinen Nachkommen. Stammhäupter sind hier nur der Erblasser und seine Vorfahren: die beiden Eltern, die vier Großeltern, die acht Urgroßeltern. Alle Parentelen, deren Häupter dem Erblasser gleich nahestehen (z. B. die vier Großeltern mit ihren Nachkommen) sind gleich berechtigt und bilden zusammen eine Linie (ABGB.) oder Ordnung (deutsches GB.). Die dem Erblasser nähere Linie schließt die entferntere unbedingt aus. Die erste Linie besteht aus seiner eigenen Nachkommenschaft, dann folgen die Parentelen seiner beiden Eltern als zweite Linie, dann die seiner Großeltern (dritte), hierauf jene seiner Urgroßeltern (vierte). Aus der vierten Linie sind aber seit der Novelle von 1914 nur die Urgroßeltern selbst, nicht auch ihr Nachkommen berufen (§ 741). Hier liegt also die Erbrechtsgrenze (§ 751).[4]) Sie ist ähnlich im schweizerischen Rechte gezogen, während das deutsche Recht zur Zeit keine Erbrechtsgrenze kennt.[5]) Praktisch kommen für uns nur die drei ersten Linien ernstlich in Betracht. Denn der Fall, daß den Erblasser als nächste Verwandte gerade Urgroßeltern überleben, nachdem die Eltern und Großeltern mit allen ihren Nachkommen verstorben sind, ist gewiß ein seltener Ausnahmsfall.

IV. Innerhalb der ersten Linie sind die Kinder, innerhalb der höheren Linien die Vorfahren des Erblassers die nächsten Erben. Alle anderen Verwandten, auch Geschwister, können nur kraft Eintrittsrechtes erben.

Das Eintrittsrecht (Vorstellungs-, Repräsentationsrecht) ist das Recht eines Kindeskindes oder eines Seitenverwandten der zweiten oder dritten Linie[5a]), an Stelle eines nicht erbenden Vorfahren dessen Teil zu erben. Der Eintretende ist also ein gesetzlicher Ersatzerbe. Eine ältere Lehre faßte den Eintritt als eine Vererbung der Anwartschaft auf. Danach könnte der Nachkomme nur als Erbe seines Vorfahren das Eintrittsrecht geltend machen. Aber diese Folgerung lehnt sogar das französische Recht

[2]) Institutiones § 643 ff.

[3]) Positiones § 791 ff.

[4]) Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 720 f., Ehrenzweig S. 23 ff.

[5]) Über die deutschen Reformbestrebungen vgl. Bamberger, Erbrechtsreform 1908, Derf., Für das Erbrecht des Reiches, Recht und Wirtschaft 1914 Nr. 1.

[5a]) Anders Hanausek NotZ. 1917 Nr. 25.

ab, das sonst an jener Auffassung festhält (Art. 744 Code civil). Eine andere Folgerung war, daß nur die Nachkommen eines Erbfähigen kraft Eintrittsrechtes erbberechtigt sein können. Sie ist im französischen Rechte anerkannt. Gegen sie hat sich aber schon die alte Fassung des § 541 ABGB. gewendet, obschon die Mehrheit der Redaktoren noch unter dem Einflusse der Lehre vom abgeleiteten Erbrechte des Eintretenden stand.[6]) Endlich folgerte man — da man in der Repräsentation eine Vererbung der Anwartschaft sah —, daß ein Lebender nicht repräsentiert werden könne[7]) und davon sind auch unsere Redaktoren nicht abgegangen. Aber die Novelle von 1916 hat auch diesen Satz fallen lassen (§§ 541, 780). Die alte Auffassung des Repräsentationsrechtes muß nun für das österreichische Recht aufgegeben werden. Das Eintrittsrecht setzt nur voraus, daß der vermittelnde Verwandte nicht Erbe wird; es ist gleichgültig, er es deshalb nicht wird, weil er verstorben oder weil er erbunfähig ist oder weil er für seine Person verzichtet[8]) oder ausgeschlagen hat. Der Eintretende übt nicht das Recht des Vorfahren, sondern ein eigenes Recht aus.[9]) Diese Erkenntnis — die ja doch auch nur eine Konstruktion ist — darf uns nicht hindern, Besonderheiten des durch das Eintrittsrecht vermittelten Erbrechtes anzuerkennen. Wir haben gesehen, daß der Vorberufene auf das Erbrecht im voraus auch für seine Nachkommenschaft verzichten kann, soweit ihr Erbrecht eben nur auf dem Eintrittsrechte beruht (oben § 484, II). Nach der Analogie des Erbverzichtes ist die Ausschlagung zu behandeln.[10]) Auch die Ausschlagung erfolgt oft gegen eine Abfindung; oft ist sie ein Gebot der Billigkeit; am häufigsten betrifft sie überschuldete oder geringfügige Erbteile. Sie vereinfacht die Auseinandersetzung. Das Gegenteil wäre der Fall, wenn an die Stelle des Ausschlagenden mehrere, vielleicht gar noch minderjährige Kinder träten. Diese Erwägung muß für uns, angesichts unserer amtswegigen Verlassenschaftsabhandlung, schwer ins Gewicht fallen. Die Kinder des Ausschlagenden rücken also nur dann nach, wenn er die Ausschlagung auf seine Person beschränkt hat, was im Zweifel (analog § 551) nicht anzunehmen ist; anders nur, wenn Vorfahren des Erblassers die Erbschaft ausschlagen.[11])

---

[6]) Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 26, 691 f., 695 ff., Exk. II S. 26 ff.: Die Protokolle stellen völlig außer Zweifel, daß alle Redaktoren der Theorie anhingen, daß die sog. Repräsentanten kein eigenes Erbrecht, sondern das von ihrem Parens überkommene ausüben. § 541 „wurde ausdrücklich als eine Abweichung von der Rechtskonsequenz bezeichnet, als eine humane Ausnahme, die übrigens nur sehr schwer und mit geringer Majorität durchgesetzt wurde". Vgl. auch v. Anders, Grundriß S. 45, Ehrenzweig S. 18 ff., Krasnopolski V S. 179.

[7]) Oben § 483 Note 47.

[8]) Oben § 484 II.

[9]) So schon Krainz, Dworzak in Österr. VJSchr. Bd. 16 S. 116 ff. Unger § 33 und Anm. 3, 4: „Das sog. Repräsentationsrecht bezieht sich nur auf die Erbportion, nicht auf die Erbberechtigung."

[10]) Vgl. Entsch. Peitler 2. Aufl. S. 278 ff., Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 697, Krasnopolski V S. 281. Ebenso entscheidet das französische Recht, anders das deutsche und das schweizerische GB. sowie der ungarische Entwurf.

[11]) Oben § 484 Note 23.

Nach abwärts ist das Eintrittsrecht unbeschränkt, d. h. es erstreckt sich auf die entferntesten Nachkommen, obwohl die Zahl der in Betracht kommenden Linien, also der Vorfahrenreihen, beschränkt ist. So kann der Großonkel nicht gesetzlicher Erbe des Großneffen werden, denn er kann die gemeinsamen Vorfahren, die Urgroßeltern des Erblassers, nicht repräsentieren (vierte Linie!). Aber der Großneffe kann gesetzlicher Erbe des Großonkels werden. An die Stelle des gemeinsamen Vorfahren, des Vaters des Erblassers (zweite Linie!), ist der Bruder, an dessen Stelle der Neffe und an dessen Stelle sodann der Großneffe getreten. Das gesetzliche Erbrecht ist also nicht immer gegenseitiges Erbrecht.[12]) Es kommt eben bei der Rechnung nach Linien anders als bei der Rechnung nach Graden immer auf den Ausgangspunkt der Zählung (den Erblasser) an.

Kraft Eintrittsrechtes kann derselbe Erbe an die Stelle mehrerer Vorfahren treten: so tritt der vollbürtige Bruder, wenn beide Eltern gestorben sind, an beider Stelle (§ 750).

Übrigens gilt das Eintrittsrecht nicht nur für das gesetzliche Erbrecht, sondern innerhalb der ersten Linie auch für das testamentarische (§ 779) und für das Pflichtteilsrecht.[13])

§ 486.

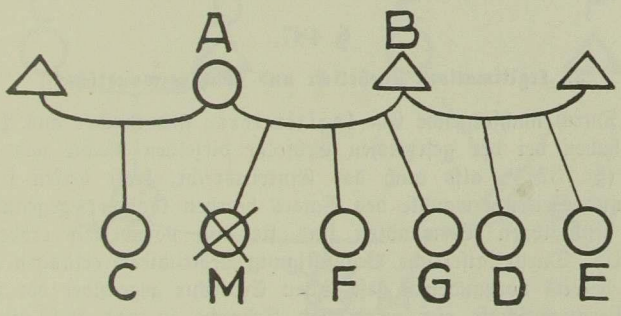
2. Die einzelnen Linien.

I. Zur gesetzlichen Erbfolge sind zunächst die Nachkommen des Erblassers berufen. Sie bilden die erste Linie. „Enkel von noch lebenden Kindern und Urenkel von noch lebenden Enkeln haben kein Recht zur Erbfolge" (§ 732). Ebenso sagt § 1924 BGB.: „Ein zur Zeit des Erbfalls lebender Abkömmling schließt die durch ihn mit dem Erblasser verwandten Abkömmlinge von der Erbfolge aus." Dabei ist vorausgesetzt, daß der Lebende Erbe wird (oben § 485, IV). Ist er vorverstorben oder erbunfähig, hat er bloß für seine Person verzichtet oder ausgeschlagen, dann treten seine Nachkommen an seine Stelle (§ 733). Kinder erben zu gleichen Teilen (§ 732), entferntere Nachkommen nach Stämmen, auch wenn sie nicht mit Kindern oder näheren Nachkommen (z. B. Urenkel mit Enkeln) zusammentreffen.

II. „Ist niemand vorhanden, der von dem Erblasser abstammt" (§ 735) oder — so müssen wir ergänzen — wird keiner der vorhandenen Nachkommen Erbe, so kommt die zweite Linie an die Reihe, also die Eltern und ihre Nachkommen (§ 735). Sind beide Eltern am Leben (und erbfähig), so erben sie den ganzen Nachlaß zu gleichen Teilen, die Geschwister gehen also leer aus. Ist ein Elternteil verstorben oder erbunfähig[1]), so fällt seine Hälfte seinen Nachkommen nach den für die

[12]) Tilsch in der GZ. 1905 Nr. 24.
[13]) Ehrenzweig S. 22 Note 54.
[1]) Ebenso wenn er verzichtet hat (oben § 484 Note 23) oder ausschlägt (oben § 485 bei Note 11).

erste Linie geltenden Vorschriften zu. Sind beide Eltern verstorben, so fällt die väterliche Hälfte den Nachkommen des Vaters, die mütterliche denen der Mutter zu. Vollbürtige Geschwister nehmen an beiden Hälften, halbbürtige nur an einer (der des gemeinsamen Elternteils) teil (§ 736).[2]) Beispiel: Ein Witwer A mit einem Kinde C hat eine Witwe B mit zwei Kindern D und E geheiratet und mit ihr drei Kinder, nämlich den Erblasser M, dann F und G erzeugt:



Sind beide Eltern am Leben, so erben sie je eine Hälfte. Ist nur der Vater A ($^1/_2$) am Leben, so erbt C nichts, die vier anderen Geschwister (voll- und halbbürtige!) treten gleichberechtigt an die Stelle der B ($^1/_2$), erhalten also je $^1/_8$. Ist nur die Mutter B ($^1/_2$) am Leben, so erhalten ebenso D und E nichts, C, F, G aber je $^1/_6$. Sind nun beide Eltern vorverstorben, so erhalten wieder C seinen väterlichen ($^1/_6$) und D und E ihren mütterlichen Anteil (je $^1/_8$), die vollbürtigen Geschwister F und G erhalten aber nun zwei Anteile, also je $^1/_6 + {}^1/_8 = {}^7/_{24}$.

Ist ein Elternteil ohne Nachkommen verstorben[3]), so fällt seine Hälfte dem andern (oder dessen Nachkommen) zu (§ 737);[4]) ebenso wenn er erbunfähig ist, verzichtet hat oder ausschlägt und keine Nachkommen einrücken.

III. Erbt kein Verwandter der ersten und zweiten Linie, so fällt die Erbschaft an die dritte Linie, die aus den vier Großeltern und ihren Nachkommen besteht. Sind alle Großeltern am Leben, so erben sie je ein Viertel (§ 738). An die Stelle verstorbener (oder aus anderen Gründen nicht erbender) Großeltern treten nach den bereits erörterten Grundsätzen ihre Nachkommen (§ 739). Fehlt ein Großelternteil und sind auch keine von ihm stammenden Verwandten da, so fällt sein Viertel an seinen Ehegatten oder dessen Nachkommen (§ 739). Ist auch dieser ohne

[2]) Pfaff und Hofmann S. 705 f., M. L., über den Umfang des gesetzlichen Erbrechtes von Stiefgeschwistern in der NotZ. 1899 Nr. 16 und 29.

[3]) Sonderbar drückt das § 737 aus: „eines der verstorbenen Eltern" ist tot, das andere lebt! Pfaff und Hofmann II S. 710.

[4]) Das erregt oft Anstoß. Rietsch, Der Schoßfall NotZ. 1914 Nr. 49, 50.

Nachkommen weggefallen, so gelangt die ganze Erbschaft an das andere Großelternpaar oder dessen Nachkommen (§ 740).

IV. In der vierten Linie erben nur die acht Urgroßeltern, ein nicht erbender Urgroßelternteil wird aber nicht von seinen Nachkommen ersetzt, vielmehr wächst sein Anteil dem nächstverbundenen Urgroßelternteil zu. Dies führt § 741 näher aus. Ist also nur ein Urgroßelternteil da, so erbt er den ganzen Nachlaß.

§ 487.

3. Legitimation, uneheliche und Wahlverwandtschaft.

I. Durch nachfolgende Ehe legitimierte und Kinder aus Putativehen[1]) haben bei der gesetzlichen Erbfolge dieselben Rechte wie eheliche Kinder (§ 752)[2]), also auch das Eintrittsrecht, kraft dessen sie Vorfahren und Seitenverwandte des Vaters beerben können; gegenüber der Mutter und ihren Verwandten sind sie von vornherein erbberechtigt (unten II). Durch kaiserliche Begünstigung Legitimierte erlangen dadurch zu dem bereits vorhandenen gesetzlichen Erbrechte gegenüber der mütterlichen Verwandtschaft ein gesetzliches Erbrecht in das frei vererbliche Vermögen[3]) des Vaters, wenn sie zu diesem Zwecke ehelich erklärt worden sind (§ 753), nicht aber ein Erbrecht gegenüber den Verwandten des Vaters. Sie haben also nach dieser Seite hin kein Eintrittsrecht und beerben ihre Geschwister nur kraft unehelicher Verwandtschaft als Repräsentanten der Mutter.[4]) In allen Fällen aber tritt, wenn das legitimierte Kind vorverstorben ist, seine Nachkommenschaft an seine Stelle. Es beerbt also zwar nicht der ehelich erklärte Sohn des vorverstorbenen ehelichen Sohnes, wohl aber der eheliche Sohn des vorverstorbenen ehelich erklärten Sohnes den Großvater.

Analog ist das Erbrecht nach dem Legitimierten geregelt (§ 756). Den ehelich Erklärten beerbt also — abgesehen von der mütterlichen Verwandtschaft — nur der Vater, nicht auch dessen Sohn (von einer andern Mutter) oder dessen Vater usf. Die Legitimation durch nachfolgende Ehe beruft auch die Verwandten des Vaters zur Erbfolge. Bei der Putativehe hat auch der Elternteil, der das Hindernis kannte, das gesetzliche Erbrecht in den Nachlaß des Kindes.[5])

II. Uneheliche Kinder[6]) erben den frei vererblichen Nachlaß ihrer Mutter und seit der Novelle von 1914 kraft Eintrittsrechtes auch den ihrer

---

[1]) Über die Kinder aus einer gültig gemachten Ehe s. oben § 452 I.

[2]) Die Beschränkungen, auf die das Gesetz hinweist, beziehen sich nicht auf die gesetzliche Erbfolge.

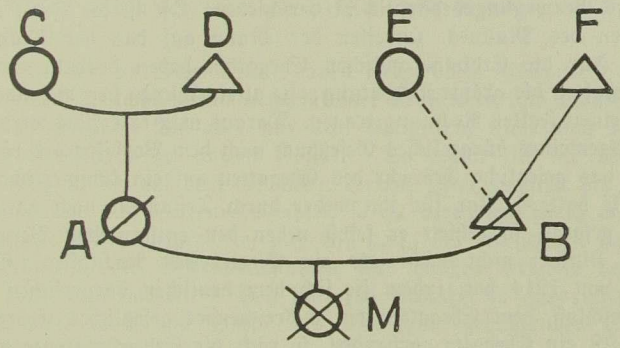
[3]) Nicht in Fideikommisse.

[4]) Oben § 452 Note 53. Anders Ott, Rechtsfürsorgeverfahren S. 258 Note 3.

[5]) Oben § 452 II. Unger § 31 Anm. 9. Anders nach kanonischem Recht (cap. 2, 8, 14, 15 X qui fil. sint leg. 4. 17) und nach deutschem Recht (BGB. § 1701).

[6]) Geschichtliches bei Grosser, Quaestiones et decisiones in der Festschr. 1911 I S. 156.

mütterlichen Verwandten. Gegenüber dem Vater und den väterlichen Verwandten haben sie kein Erbrecht (§ 754). Umgekehrt werden sie von der Mutter und den mütterlichen Verwandten, aber nicht vom Vater und den väterlichen Verwandten beerbt (§ 756). Die Erbberechtigten erben wie eheliche Verwandte, die nicht Erbberechtigten fallen wie Verstorbene (aber samt ihren Nachkommen) weg. Beispiel:



Die Mutter B des Erblassers M war ein uneheliches Kind. Wenn der Nachlaß an die dritte Linie fällt, so erben C und D je $^1/_4$, F $^1/_2$ (§ 738, Satz 2), nicht etwa C, D und F je $^1/_3$.[7])

III. Das Wahlkind und dessen eheliche oder — in weiblicher Linie — uneheliche Nachkommenschaft hat dem Wahlelternteil gegenüber das gleiche gesetzliche Erbrecht in das freivererbliche Vermögen wie ein eheliches Kind und behält das gesetzliche Erbrecht nach den leiblichen Eltern und Verwandten (§§ 755, 183). Dagegen hat das Wahlkind kein gesetzliches Erbrecht gegenüber dem Ehegatten des Annehmenden, der der Annahme nicht beigetreten ist, d. h. nicht mitangenommen hat;[8]) ebenso steht ihm kein Erbrecht gegenüber den Eltern und sonstigen Verwandten des Annehmenden zu. Für Wahlkinder gilt wie für ehelich erklärte die Regel: sie stellen ihre Eltern (d. h. den Annehmenden, den Legitimierenden) nicht vor, wohl aber werden sie von ihren ehelichen und, wenn sie weiblichen Geschlechtes sind, auch von ihren unehelichen Kindern vorgestellt. Trotz § 183, Schlußsatz, schließt das Wahlkind die Eltern und sonstigen Verwandten des Annehmenden von der gesetzlichen Erbfolge aus, es sei denn, daß dies im Annahmevertrage anders bestimmt worden wäre (§ 184).[9]) Den Wahleltern aber kommt kein gesetzliches Erbrecht nach dem Wahlkinde und seiner Nachkommenschaft, wohl aber kommt ein solches seinen leiblichen Verwandten zu (§ 756).

[7]) So für das deutsche Recht z. B. Dernburg V § 16.

[8]) Die bloße „Zustimmung" nach § 180 BGB. kommt nicht in Betracht. Oben § 453 Note 20, Krčmář im Právník 1915 (s. GZ. 1915 Nr. 30).

[9]) Vgl. Stubenrauch Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1847 I Nr. 4,

§ 488.

4. Erbrecht des Ehegatten.[1])

I. Es liegt nahe, den Ehegatten einem Kinde gleich zu behandeln. Aber die Verhältnisse sind sehr verschieden. Die Untrennbarkeit der katholischen Ehe und mancherlei andere Rücksichten bringen es mit sich, daß manche Ehe fortbesteht, obwohl die Gatten einander fremd geworden sind. Auch das Versorgungsbedürfnis ist verschieden. Oft ist die Frau auf das Vermögen des Mannes, zuweilen der Mann auf das der Frau angewiesen. Für die Erbfolge zwischen Ehegatten haben deshalb Testament und Ehepakten die größte Bedeutung; sie allein können den Besonderheiten des einzelnen Falles Rechnung tragen. Daraus mag es erklärt werden, daß unser allgemeines bürgerliches Gesetzbuch nach dem Vorbilde des römischen Rechtes das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten auf ein kümmerliches Maß beschränkt hatte.[2]) War für ihn weder durch Testament noch durch Erbvertrag gesorgt, so erhielt er selbst neben den entferntesten Verwandten (sechste Linie!) nicht mehr als ein Viertel des Nachlasses. Erst die Novelle von 1914 hat, indem sie sich dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuche anschloß, dem Ehegatten ein ausreichendes gesetzliches Erbrecht gewährt. Ist ein Ehegatte vorhanden, so rückt die Erbrechtsgrenze um eine Linie vor, es erben also aus der dritten Linie nur noch die Stammhäupter (die Großeltern). Die Erbteile der danach miterbenden Verwandten werden in der ersten Linie auf drei Viertel, in der zweiten und dritten auf die Hälfte herabgesetzt; alles übrige fällt nebst einem gesetzlichen Vorausvermächtnisse dem Ehegatten zu. Sind keine neben dem Gatten erbberechtigten Verwandten da, so erhält er den ganzen Nachlaß.

Danach gestaltet sich die gesetzliche Erbfolge folgendermaßen:

1. Neben Erben der ersten Linie erhält der Ehegatte ein Viertel, der Kinder mögen viel oder wenige sein. Er erbt also bald mehr, bald weniger als ein Kind. Mit dem Viertel muß er sich begnügen, auch wenn die Kinder nicht zugleich seine Kinder sind. Hat also z. B. die Ehegattin keine ehelichen Kinder, wohl aber ein uneheliches hinterlassen, so erbt dieses drei Viertel und der Mann ein Viertel. Der Ehegatte wird Erbe, nicht — wie nach dem älteren österreichischen und nach französischem Rechte[3]) — bloß Fruchtnießer eines Erbteiles. Das wird nicht immer

---

Schiffner Grünhuts Zeitschr. 25, 270.

[1]) Hanausek, Das gesetzliche Erbrecht und Pflichtteilsrecht des Ehegatten 1910, Derš., Das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten nach den Novellen zum ABGB. NotZ. 1917 Nr. 22 ff., Krčmář im Právník 1915 (GZ. 1915 Nr. 30).

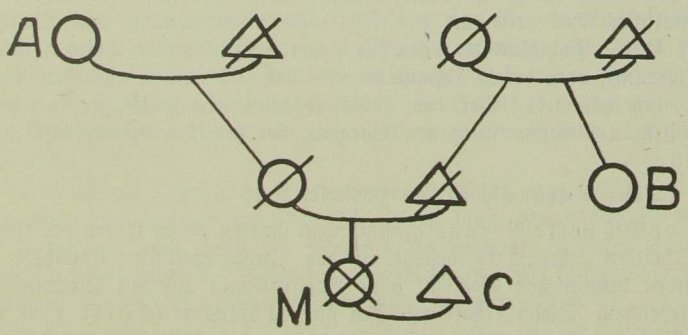
[2]) v. Larcher, Über die gesetzliche Erbfolge der Ehegatten in der GH. 1883 Nr. 39—43, Pfaff und Hofmann S. 741 ff., Schiffner, Gesetzliche Vermächtnisse S. 70 ff., Janisch in der NotZ. 1905 Nr. 4. Ungarisches Recht: Putz in der NotZ. 1907 Nr. 1. Geschichtliches bei Czyhlarz, Zur Geschichte des ehelichen Güterrechtes im böhmisch-mährischen Landrecht (1883), Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 736—740.

[3]) Art. 767 Code civil. Art. 753 Ital. GB.

als Fortschritt empfunden werden.[4]) Aber die Verfasser der Novelle standen vor der Wahl: größerer Anteil zu Fruchtgenuß oder kleinerer Anteil zu vollem Erbrechte[5]), und da schien die Entscheidung im zweiten Sinne auch im Interesse der Kinder zu liegen. Ein Erblasser, der den ganzen Nachlaß seinen Kindern sichern will, kann immerhin den Ehegatten auf ein Fruchtgenußrecht beschränken; das Pflichtteilsrecht des Ehegatten ist uns ja erspart geblieben.

2. Neben Erben der zweiten Linie erhält der Ehegatte die Hälfte des Nachlasses.

3. In der dritten Linie erben neben dem Ehegatten nur die Großeltern. Die Nachkommen weggefallener Großeltern sind ausgeschlossen. Diese Ausschließung soll aber nur dem Ehegatten, nicht auch den noch lebenden Großeltern zu statten kommen. So ergibt sich die Regel des § 757, Satz 2, die auf dem Gedanken beruht, „daß zunächst die Erbteile der Großeltern und Seitenverwandten so zu berechnen seien, wie wenn der Ehegatte nicht konkurrierte, und daß dann die Großeltern die Hälfte ihres Erbteiles, die Seitenverwandten ihre ganzen Erbteile dem Ehegatten abzutreten haben".[6]) Das läßt sich einfacher so ausdrücken: jeder Großelternteil erhält die Hälfte des ihm sonst gebührenden Erbteiles, alles andere fällt dem Ehegatten zu. Beispiel:



Der Erblasser (M) hat den väterlichen Großvater (A) und einen mütterlichen Onkel (B) hinterlassen. Wäre kein Ehegatte (C) da, so erhielte der Großvater die Hälfte. Da ein Ehegatte da ist, erhält er nur ein Viertel und dem Ehegatten bleiben drei Viertel. Es ist sonderbar, daß das Dasein eines Verwandten, der selbst nicht erbt, die Ver-

[4]) Vgl. Hanausek S. 6 und NotZ. Nr. 22.

[5]) HHBer. S. 100. Vgl. Art. 462 Schweiz. ZGB.: „Der überlebende Ehegatte erhält, wenn der Erblasser Nachkommen hinterläßt, nach seiner Wahl entweder die Hälfte der Erbschaft zu Nutznießung oder den Viertel zu Eigentum."

[6]) So Prot. 2. Lesung V S. 479 zu § 1931 DBGB.

teilung in solcher Weise beeinflußt. Wäre der Onkel vor dem Erblasser gestorben, so hätte der Großvater mehr, der Ehegatte weniger geerbt. Noch sonderbarer wäre, wenn auch Erbunwürdigkeit oder Erbverzicht des Onkels dem Ehegatten schaden müßten. Aus dem Gesagten ergibt sich, daß der Erbteil des Ehegatten neben Großeltern mindestens die Hälfte und höchstens sieben Achtel beträgt: die Hälfte, wenn alle Großeltern leben oder von den Verstorbenen keine Nachkommen vorhanden sind, sieben Achtel, wenn nur ein Großelternteil lebt und z. B. je ein väterlicher und ein mütterlicher vollbürtiger Onkel am Leben ist.

4. Sind Verwandte der beiden ersten Linien und Großeltern nicht vorhanden, so erbt der Gatte das Ganze (§ 757, Abs. 2). Der Ehegatte erhält also z. B. neben einem Neffen des Erblassers den halben, neben einem Onkel des Erblassers den ganzen Nachlaß.

II. Ist der Ehegatte Miterbe, so wird sein Anteil vermindert durch Anrechnung, vermehrt durch den Voraus:

1. Anzurechnen ist, was dem Ehegatten gemäß den Ehepakten oder einem Erbvertrage aus dem Vermögen des Erblassers zukommt. Das Heiratsgut wird also der Frau nicht angerechnet, weil es nicht aus dem Vermögen des Mannes herrührt, wohl aber die Widerlage oder der Witwengehalt. Bei der Gütergemeinschaft gibt es keine Einrechnung; hier gilt eben das halbe gemeinschaftliche Vermögen als Nachlaß. Beim Adoptalitätsrechte tritt an die Stelle der Einrechnung das Wahlrecht des § 1258. Auch Zuwendungen durch Vertrag zu Gunsten Dritter (Lebensversicherung) oder durch Testament oder Kodizill werden nach dem Gesetze nicht angerechnet.[7]) Aber der Erblasser kann jede beliebige Anrechnung letztwillig anordnen. Über den Vorgang bei der Anrechnung vgl. unten § 513.

2. Der Voraus[8]) ist von zweierlei Art:

a) Der volle Voraus gebührt dem Gatten neben Erben der zweiten oder dritten Linie. Er besteht in den „zum ehelichen Haushalte gehörenden beweglichen Sachen" ohne Beschränkung auf das Bedürfnis des Überlebenden. Dieser erhält also den ganzen Hausrat (§ 674), z. B. auch das Bett des Verstorbenen. Das mag ihm die Wiederverehelichung erleichtern. Die Abgrenzung kann zu Zweifeln Anlaß geben. Das allgemeine Landrecht (II, 1, §§ 628, 629) sprach von Möbeln und Hausrat und von Bett- und Tischzeug, „welches die Ehegatten im gewöhnlichen Gebrauche gehabt haben", der erste Entwurf des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches (§ 1971) kürzer vom „Haushaltsinventar, welches die Ehegatten im gewöhnlichen Gebrauche gehabt haben". Bei der zweiten Lesung begnügte man sich damit, daß die Sachen „zum ehelichen Haushalte

[7]) Ebenso nach Art. 756 Ital. GB., anders nach dem früheren österr. Rechte und nach Art. 767 Code civil. Vgl. Tadaro della Galia, I diritti del conjuge superstite II (1886) S. 301 ff.

[8]) Schiffner, Gesetzliche Vermächtnisse § 31.

gehören", wenn sie auch nicht regelmäßig benützt worden sind.[9]) Das gilt nun auch für das österreichische Recht. Auch das selten oder nie benützte Prunkgeschirr gehört zum Hausrat. Der Herrenhauskommission handelte es sich[10]) „nicht so sehr um materielle Erhöhung dessen, was dem Ehegatten aus dem Vermögen des Verstorbenen gebührt, als um sein, auch vom Gesetze zu würdigendes ideelles Interesse, soweit als möglich im Besitze derjenigen Gegenstände zu bleiben, mit denen ihn ein gewissermaßen persönliches Verhältnis aus der Zeit der ehelichen Gemeinschaft verbindet". Danach hätte man sich mit einem Aufgriffsrechte begnügen können. Aber das Gesetz will dem Ehegatten die Nötigung ersparen, sich entweder neuen Hausrat anzuschaffen oder den alten um den Schätzwert zu übernehmen. Bei kleinen Nachlässen, die oft nur oder doch überwiegend aus Hausrat bestehen, wäre der Gatte zu einer Herauszahlung an die Miterben gezwungen, die ihm schwer oder unmöglich sein könnte.[11]) — An Hochzeitsgeschenken mag, auch wenn sie nicht zum Hausrate gehören, ein ideelles Interesse bestehen. Aber unser Gesetz rechnet sie, vom deutschen Vorbilde abgehend, aus guten Gründen nicht zum Voraus. Daß das Zubehör unbeweglicher Sachen nicht dazu gehört, ergibt sich schon daraus, daß das Gesetz ausdrücklich von beweglichen Sachen spricht (§ 293).

b) Der nötige Voraus gebührt dem Ehegatten neben „Kindern", d. h. neben Verwandten der ersten Linie.[12]) Er besteht in dem für „seinen eigenen Bedarf nötigen" Hausrate. Also nur was für den eingeschränkten Haushalt eines Witwers oder einer Witwe erforderlich ist, gehört dazu. Auf die Möglichkeit der Wiederverehelichung wird keine Rücksicht genommen. Im übrigen entscheidet über den Bedarf die den wirtschaftlichen Verhältnissen entsprechende Lebensführung; danach kann auch Prunkgerät nötig sein.

Der einmal begründete gemeinsame Haushalt muß nicht bis zum Tode fortgesetzt worden sein.[13]) Die Frau kann den ehelichen Haushalt fortführen, auch wenn der Mann z. B. dauernd in einer Krankenanstalt untergebracht ist. Selbst die Scheidung (§ 759) schließt die Möglichkeit eines „ehelichen Haushaltes" nicht schlechthin aus.[14])

III. Das gesetzliche Erbrecht fällt samt dem Anspruche auf den Voraus mit der Trennung der Ehe weg. Im Falle der Scheidung gilt das Gleiche, wenn der überlebende Gatte schuldig war — gleichviel ob allein oder mitschuldig (§ 759, Abs. 1). Bei einverständlicher Scheidung bleibt das Erbrecht den Gatten gewahrt, wenn sie nicht darauf in der gehörigen Form verzichtet haben. Stirbt während des Prozesses über die Scheidung oder Trennung der Kläger, so können seine Erben den Prozeß fortführen (§ 759, Abs. 2).[15]) Der Prozeß dreht sich dann

[9]) Prot. V S. 480.
[10]) Ber. S. 103.
[11]) Motive zum DBGB. V S. 373.
[12]) A. M. Krčmář a. a. O.
[13]) RGerKomm. zu § 1932 DBGB.
[14]) A. M. Krčmář a. a. O.
[15]) Oben § 432 III S. 80.

nur noch um die Frage, ob der Erblasser berechtigt war, die Trennung oder Scheidung der Ehe auf Grund eines Verschuldens des Überlebenden zu verlangen.[16]) Wird dies festgestellt, so ist damit zugleich entschieden, daß ihm das gesetzliche Erbrecht nebst dem Voraus nicht gebührt. Die Erbschaft — so ist nunmehr anzunehmen — ist ihm nicht angefallen.

IV. Das Gesetz bezeichnet den Voraus ausdrücklich als Vorausvermächtnis. Es gilt also Vermächtnisrecht (§ 648). Der Gatte erlangt nur eine Forderung an den Nachlaß, die Miterben haften ihm beschränkt oder unbeschränkt wie einem andern Vermächtnisnehmer, er kann den Erbteil annehmen und das gesetzliche Vermächtnis ausschlagen oder umgekehrt, der Pflichtteil der Kinder oder Eltern wird ohne Rücksicht auf den Voraus berechnet (§ 786).[17])

Zweiter Abschnitt.

Bäuerliches und kirchliches Erbrecht.

§ 489.

1. Bäuerliches Erbrecht.

I. § 761 ABGB. spricht von Abweichungen von der im 13. Hauptstücke bestimmten gesetzlichen Erbfolge in Rücksicht auf Bauerngüter und auf die Verlassenschaft geistlicher Personen. Der Paragraph verweist auf die „politischen Gesetze". Doch besteht eine besondere Erbfolgeordnung nur für geistliche Verlassenschaften (unten § 490). Für Bauerngüter gilt die gewöhnliche Ordnung, nur sind nach einzelnen Landesgesetzen die Miterben nicht gleichberechtigt. Einem von ihnen steht ein eigentümliches Vorrecht, das sogenannte Anerbenrecht zu.

Nach den politischen Vorschriften, auf die § 761 verweist, sollten Bauerngüter immer nur an einen Erben[1]) gelangen, der die übrigen für ihre Anteile in Geld zu befriedigen hatte. Hatte nicht der Erblasser den Übernehmer bezeichnet und machte auch nicht der im Mitbesitze des Gutes befindliche überlebende Gatte von seinem Übernahmsrechte Gebrauch, so sollte Grunderbe sein der älteste Sohn, in dessen Ermanglung die älteste Tochter; die gleiche Bevorzugung von Alter und Geschlecht galt auch bei den weiteren Nachkommen in Ermanglung von Kindern ersten Grades. Fehlten Nachkommen, dann stand es bei den Erben, wem sie das Gut überlassen, oder ob sie es veräußern wollten (Pat. vom 29. Oktober 1790, JGS. Nr. 72).

Diese Bestimmungen wurden aufgehoben durch das Gesetz vom 27. Juni 1868, RGBl. Nr. 79, und zwar in jenen Ländern und Landes-

[16]) Nach deutschem Rechte (§ 1933) bedarf es zu dieser Feststellung eines besonderes Prozesses.

[17]) Aber § 783 (verhältnismäßige Beitragspflicht) gilt für den Voraus nicht. Vgl. über die Pflichtteilsberechnung unten § 530 I 1.

[1]) Vgl. v. Harrasowsky, Der Cod. Ther. IV S. 273 ff. Note 1.

teilen, in denen die Teilung von Bauerngütern gesetzlich nicht mehr beschränkt war[2]), mit Ablauf von drei Monaten vom Kundmachungstage dieses Gesetzes, in den anderen mit Ablauf von drei Monaten nach Aufhebung der gedachten Beschränkung durch ein Landesgesetz. Diese Landesgesetze erflossen 1868 (in Böhmen 1869); nur in Nordtirol blieb das alte Recht in Geltung.[3]) Die neuere Agrarpolitik glaubt durch Wiedereinführung des „Höferechtes" (Unteilbarkeit) und des „Anerbenrechtes" die Bauerngüter zugleich vor Zersplitterung und vor Überschuldung bewahren zu können. Sie hat das Reichsgesetz vom 1. April 1889, RGBl. Nr. 52, geschaffen, das nun wieder innerhalb gewisser Schranken der Landesgesetzgebung anheimstellt, durch besondere Vorschriften die Teilung landwirtschaftlicher Güter mittlerer Größe auszuschließen, und zugleich Erbteilungsvorschriften enthält, deren Einführung ebenfalls der Landesgesetzgebung überlassen bleibt.[4])

II. Landesgesetze über das bäuerliche Erbrecht sind in Tirol, in Kärnten und in Böhmen zu stande gekommen:

1. Das Landesgesetz vom 12. Juni 1900 Nr. 47 für Tirol ist an die Stelle des oben (Note 3) erwähnten Patentes von 1795 getreten.

[2]) Krain, Oberkärnten.

[3]) Und zwar das Pat. v. 9. Okt. 1795 JGS. Nr. 258, wieder kundgemacht mit HfD. v. 21. Febr. 1816 JGS. Nr. 1212. Vgl. v. Mages, Die Justizverwaltung in Tirol und Vorarlberg (1887) S. 183 ff., Schiff im StWB. 2. Aufl. I S. 94 f. und oben I § 91 Note 2.

[4]) Zur Entstehungsgeschichte dieses Gesetzes vgl. Nr. 70 der Beil. zu den stenogr. Prot. des Abgeordnetenhauses X Session (Regierungsvorlage des Gesetzentwurfes und Erläuternde Bemerkungen samt Beilagen S. 1—48; Anhang: I. Teil. Gutachten S. 1 bis 671; II. Teil. Statistische Tabellen samt Erklärungen S. 1—416); Baernreither, Das deutsche Höferecht in den JBl. 1882 Nr. 4, Derf., Stammgütersystem und Anerbenrecht in Deutschland, Wien 1882, v. Stein, Bauerngut und Hufenrecht, Stuttgart 1882, A. P., Zur Reform der bäuerlichen Erbfolge in der GH. 1882 Nr. 36, Navratil, Zur Bauernfrage ebda. 1882 Nr. 38 (vgl. ebda. 1890 Nr. 19), Korn, Zur Reform der Erbfolge in landwirtschaftliche Besitzungen in der ZfVerw. 1882 Nr. 18—22, Globočnik, Zur Frage der bäuerlichen Heimstätten in Krain ebda. 1884 Nr. 26, 27, v. Inama-Sternegg, Zur Reform des Agrarrechtes Grünhuts Zeitschr. 10 S. 384 ff., Peyrer v. Heimstätt, Denkschrift, betr. die Erbfolge in landwirtschaftliche Güter 1884, v. Madeyski, Zu der Agrarreform NotZ. 1884 Nr. 17, 18, Zuckerkandl, Das neue österreichische Anerbenrecht 1889, Marchet, Das österreichische Gesetz, betr. die Einführung bes. Erbteilungsvorschriften, Schmollers Jahrb. XIII 1889, Mayrhofer, Die Agrarreform und das Höferecht NotZ. 1889 Nr. 20—25, 27, Beurle, Zur Frage des Anerbenrechtes in der GH. 1890 Nr. 9, A. Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen (1890) S. 143 f., Schiffner, Die geplanten Höfebücher in Deutschtirol, Berlin 1892, Derf., Gesetzliche Vermächtnisse S. 165 ff., v. Grabmayr, Schuldnot und Agrarreform 1894, Roztočil, Das Anerbenrecht vor dem Kongresse für Sozialpolitik in der NotZ. 1894 Nr. 43, Brentano, über Anerbenrecht und Grundeigentum 1895, Gaß, Aus meiner Landpraxis in der NotZ. 1895 Nr. 44, Grünberg, Studien zur österr. Agrargeschichte, Sonderabdruck aus Schmollers Jahrb. XX und XXI, Schiff im StWB. 2. Aufl. I S. 100 ff., v. Anders, Grundriß § 55, Krasnopolski V S. 373 ff.

Es hält an dem alten Grundsatze der Unteilbarkeit auch für die Zukunft fest. In Tirol gilt also Höferecht, und zwar für die in der Höfeabteilung des Grundbuches (oben § 190, Note 9) verzeichneten „geschlossenen Höfe". Diese Höfe können auch unter Lebenden nur ausnahmsweise mit besonderer Bewilligung der Höfebehörde geteilt werden. Die Entwürfe für Salzburg und Steiermark[5]) wollen das Höferecht in diesen Kronländern einführen. In Galizien und in der Bukowina gibt es unteilbare Bauerngüter, die Rentengüter (oben § 91); für sie gelten aber keine besonderen erbrechtlichen Bestimmungen.

2. Das Landesgesetz vom 16. September 1903 Nr. 33 für Kärnten[6]) und das Landesgesetz vom 7. August 1903 für Böhmen[7]) begnügen sich damit, ohne im übrigen Teilungsbeschränkungen einzuführen, dafür zu sorgen, daß bei der gesetzlichen Erbfolge ein Miterbe den Hof übernimmt. Hier gilt also Anerbenrecht, aber nicht das eigentliche Höferecht. Gegenstand des Anerbenrechtes sind „landwirtschaftliche, mit einem Wohnhause versehene Besitzungen (Höfe) mittlerer Größe" (§ 1 RG.). Diese Höfe heißen in Kärnten Erbhöfe; auch die Ministerialverordnung für Böhmen nennt sie so. Ob ein Hof ein Erbhof ist, bestimmt das Gericht bei der Verlassenschaftsabhandlung von Fall zu Fall. Dabei ist das Katastralreinerträgnis und daneben auch das Flächenmaß zu beachten (Kärnten § 2, Böhmen § 1), so daß Güter unter 5 a jedenfalls ausscheiden, größere aber, wenn sie einen angemessenen Katastralreinertrag ausweisen (Kärnten 50 bis 1000 K, Böhmen 100 bis 1500 K), unter das Gesetz fallen.[8]) Dabei muß freilich immer noch die Hauptsache vorausgesetzt werden: daß das Gut nach der Art seiner Bewirtschaftung wirklich ein Bauerngut ist. Die Vollzugsverordnungen (§ 2) schließen die Anwendung des Anerbenrechtes aus, „wenn der Hofeigentümer und dessen Familie nach landläufiger Auffassung nicht dem Stande der Landwirte zuzuzählen sind".[9])

III. Der Eigentümer kann über den Hof unter Lebenden und von Todes wegen frei verfügen (§ 3 RG.), in Tirol freilich nur soweit ihm nicht das Teilungsverbot[10]) im Wege steht. Jedenfalls aber kann er den Hof bei Lebzeiten nach Gutdünken veräußern[11]), daher auch in der üblichen

[5]) Mosdorfer, Bauernstand und Staat S. 56.

[6]) Dazu MV. v. 14. Jan. 1904 VBl. Nr. 2, Schiff S. 103, Pitter in der NotZ. 1904 Nr. 46, 47.

[7]) Dazu MV. v. 28. Febr. 1909 VBl. Nr. 3, Feyerfeil NotZ. 1909 Nr. 12 bis 15, Cerman ebda. Nr. 42—51, Derſ., Die besondere Erbfolge in Rücksicht auf Bauerngüter 1908 (tschechisch).

[8]) Ein recht unzulänglicher Maßstab! In Tirol (§ 3 LG.) wird zur Neubildung eines geschlossenen Hofes verlangt, daß er mindestens den Unterhalt einer Familie von fünf Köpfen, aber nicht mehr als das Vierfache davon abwerfe. Ebenso § 2 steir. Entw.

[9]) Cerman NotZ. 1909 Nr. 45.

[10]) § 2 LG. f. Tirol. Das Teilungsverbot erstreckt sich mit gewissen Einschränkungen auf die nicht zu einem geschlossenen Hofe gehörenden walzenden Grundstücke: § 8 LG. f. Tirol. Anders § 19 steir. Entw.

[11]) § 9 steir. Entw. verbietet dem Besitzer eines geschlossenen Hofes oder „eines größeren landwirtschaftlichen

Weise einem Kinde übergeben; er kann ferner die Nachfolge durch Erbvertrag oder letzten Willen ordnen und ist dabei, abgesehen von Tirol, nur an die Schranke des Pflichtteilsrechtes gebunden. Er kann also in Kärnten oder Böhmen auch die Teilung des Grundbesitzes anordnen.[12])

IV. Die Erbteilungsvorschriften gelten vor allem für die gesetzliche Erbfolge, für die testamentarische oder vertragsmäßige aber dann, wenn „eine der im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche unter die gesetzlichen Erben aufgenommenen Personen als Übernehmer bestimmt" wird (§ 3 RG., § 26 Tirol, § 5 Kärnten, § 3 Böhmen). Wenn also z. B. der Erblasser seine Kinder zu Erben einsetzt und seine Frau als Übernehmerin bestimmt, hat die Frau — obwohl sie gar nicht miterbt — das Recht, den Hof gemäß § 6 RG. mit jenen Begünstigungen zu übernehmen, die das Gesetz dem Anerben einräumt.

V. In der Regel werden die Erben nicht Miteigentümer, der Hof wird auch nicht in Natur geteilt oder versteigert. Doch kommt es zur Teilung, soferne die Teilung überhaupt zulässig ist (also nicht in Tirol), wenn alle Beteiligten sich dahin einigen, denn keiner ist zur Übernahme verpflichtet.[13]) Auch kann die Erbteilung zwischen Geschwistern auf Antrag aufgeschoben werden; der Hof wird ihnen dann zunächst als gemeinsames Eigentum eingeantwortet und dem Anerben die nachträgliche Geltendmachung seines Rechtes vorbehalten (§ 16 für Tirol, § 5 für Böhmen, § 11 MV. für Kärnten).[14]) Bei der Erbteilung übernimmt der Anerbe den Hof für den lastenfreien Wert; bis zu dessen Höhe wird er Schuldner der Verlassenschaft (§ 6 RG.). Geteilt wird also statt des Hofes der Übernahmspreis. Das Bauerngut ist nicht etwa wie ein Fideikommiß Gegenstand einer besonderen Erbfolge. Es gehört zum frei vererblichen Vermögen. Den Verlassenschaftsgläubigern haften alle Erben gleichmäßig nach den allgemeinen Grundsätzen, also zur gesamten Hand (§ 820) oder geteilt (§ 821). Bei der Ausgleichung unter den Miterben kann aber allerdings, auch wenn ihre Erbteile formell gleich sind, den Anerben eine seiner Begünstigung entsprechende größere Beitragspflicht treffen.[15])

VI. Den Erben, der den Hof zu übernehmen berufen ist, bezeichnet das Reichsgericht mit einem unseren Bauern fremden Ausdrucke als „Anerben". Die Person des Übernehmers bestimmt der letzte Wille oder die Einigung der Miterben oder endlich das Landesgesetz. Nach allen Landesgesetzen[16]) entscheidet unter den Miterben (also innerhalb derselben Linie) die Gradesnähe. Danach müßte der Ehegatte, der ja

Grundkomplexes" die Erwerbung eines (zweiten) Hofes. Diese gegen das Bauernlegen gerichtete Bestimmung verdient besondere Beachtung.

[12]) Krasnopolski (Kafka) S. 380.

[13]) Die Anwendung des Gesetzes ist also nicht — wie die Vollzugsvorschriften (§ 5 f. Kärnten und Böhmen) meinen — vom Übereinkommen der Beteiligten „ganz unabhängig".

[14]) Cerman a. a. O. Nr. 44.

[15]) Cerman, Das Rechtsverhältnis der Erbschaftsgläubiger zu dem Anerbenhofe NotZ. 1911 Nr. 10, 11.

[16]) § 17 f. Tirol, § 7 f. Kärnten, § 6 f. Böhmen, vgl. § 27 steir. Entw.

als solcher überhaupt kein Verwandter ist, also die Gradesnähe nicht geltend machen kann, den Miterben immer nachstehen[17]), er könnte den Hof nur übernehmen, wenn die Miterben darauf verzichten oder unfähig sind. Doch kann ihm ein Aufgriffsrecht zustehen, wenn er Miteigentümer ist (unten XI), und das böhmische Landesgesetz (§ 6, Z. 3) beruft ihn auch sonst vor den Verwandten der zweiten Linie zur Übernahme, wenn die Ehe nicht geschieden war.[18]) Nach den Gesetzen für Tirol und Kärnten[19]) gilt unter den Verwandten der zweiten und dritten Linie das Fallrecht:[20]) die Verwandten des Elternteils, von dem der Hof herrührt, gehen den anderen Verwandten und dem Ehegatten vor. Vom Fallrechte abgesehen gibt unter gleich nahen Verwandten das männliche Geschlecht, bei gleichem Geschlechte das Alter und bei gleichem Alter das Los den Ausschlag. Somit schließt z. B. die Tochter den Enkel aus. Doch gehen in Tirol (§ 17) die Nachkommen vorverstorbener Söhne den Nachkommen vorverstorbener Töchter vor. Überall gehen leibliche Kinder Wahlkindern, eheliche Kinder unehelichen (nicht auch legitimierten) vor (§ 5 RG.). Der nach dieser Ordnung zunächst Berufene scheidet aus, wenn er unfähig ist. Die Unfähigkeitsgründe sind in den Landesgesetzen bestimmt. Unfähig ist z. B. der Entmündigte, der Verschwender[21]), auch wenn er nicht entmündigt ist, dann überhaupt wer wegen geistiger oder körperlicher Gebrechen das Gut nicht bewirtschaften kann[22]) usf. An die Stelle des Unfähigen (oder Verzichtenden) tritt der Nächstberufene, also z. B. an die Stelle des Ältesten der Zweitälteste.[23])

VII. Den Übernahmswert kann zunächst der Erblasser bestimmen, nur kann er nicht den Pflichtteil des Anerben (durch eine zu hohe) oder den des Miterben (durch eine zu niedrige Bewertung) schmälern (§ 11 RG.). In Ermanglung einer letztwilligen Verfügung entscheidet die Vereinbarung der Miterben. Sie unterliegt, wenn die Miterben eigenberechtigt sind, keiner gerichtlichen Überprüfung, obwohl die Erbteilung gemäß § 8 RG. der gerichtlichen Genehmigung bedarf. Die Erben können also den Übernahmswert beliebig hoch ansetzen, auch wenn dadurch der Übernehmer zu Grunde gerichtet werden muß[24]), aber auch beliebig niedrig, mögen auch die Erbgelder infolgedessen nicht einmal die Pflichtteile decken. Zwar soll der vereinbarte Übernahmswert nach § 13 RG. für die Pflichtteilsberechnung nicht gelten, wenn er den Steuerwert[25]) nicht erreicht.

---

[17]) Daran hat die Novelle von 1914 nichts geändert. V. Pitter, Die Neuerungen in unserem gesetzlichen Erbrechte und das Anerbenrecht NotZ. 1916 Nr. 11.

[18]) Diese Bedingung läßt der steir. Entw. (§ 27) fallen.

[19]) Ebenso, wenn kein Ehegatte da ist, nach dem steir. Entw.

[20]) Oben § 2 Note 45.

[21]) Nach dem steir. Entw. auch der Trunksüchtige.

[22]) Danach kann der Vater, der als Ausnehmer auf dem Gute lebt, im einzelnen Falle ausgeschlossen sein; ist er aber rüstig genug, um die Wirtschaft zu übernehmen, so kann er das Anerbrecht geltend machen.

[23]) Einen Fall dieser Art behandelt der Roman von Speckmann, Der Anerbe 1915.

[24]) Anders nach § 29 steir. Entw.

[25]) Das Siebzigfache der Grundsteuer — ein in der Regel viel zu niedriger

Aber der Eigenberechtigte kann vereinbaren, was er will, und der Vereinbarung des Pflegebefohlenen kann das Gericht die Genehmigung versagen, auch wenn der Steuerwert weit überschritten ist. Kommt eine Vereinbarung nicht zu stande — und das ist eben auch dann der Fall, wenn das Gericht die pflegschaftsbehördliche Genehmigung versagt —, dann setzt das Abhandlungsgericht auf Grund einer Schätzung den Übernahmspreis nach billigem Ermessen fest, so „daß der Übernehmer wohl bestehen kann" (§ 7 RG.). Der Übernehmer wird also, wie billig, begünstigt, aber der Vorteil ist nicht ziffermäßig nachweisbar: die Liegenschaft mag unterschätzt werden, aber die Anteile am Übernahmspreise müssen gleich sein. So will es das Gerechtigkeitsgefühl unserer Bauern. Keine Beschränkung des freien Ermessens liegt in der wunderlichen Forderung der Landesgesetze für Kärnten und Böhmen, daß der Richter den Übernahmswert „nach einem Vielfachen des Katastralreinertrages" festsetzen solle. Nach welchem Vielfachen? Genügt es, daß die Division ohne Rest aufgeht, oder was soll das sonst heißen?[26])

VIII. Wie, wenn der Anerbe sein Vorzugsrecht mißbraucht, um den Hof nach einem brüderlichen Anschlage zu erwerben und alsbald mit einem vielleicht sehr bedeutenden Nutzen an einen Fremden zu veräußern? Dagegen suchen die Landesgesetze nach dem Vorbilde des preußischen Gesetzes betreffend das Anerbenrecht bei Renten- und Ansiedlungsgütern vom 8. Juni 1896 Abhilfe zu schaffen.

1. Das Tiroler Gesetz (§ 24) und das böhmische (§ 11) bestimmen eine Frist von dort sechs, hier zehn Jahren vom Erbfalle oder von der erlangten Eigenberechtigung an. Verkauft der Anerbe in dieser Zeit mit Vorteil, so hat er für gemeinsame Rechnung verkauft: die Miterben können die Verteilung des erzielten Gewinnes (Nachtragserbteilung) verlangen.[27])

2. Das böhmische Gesetz (§ 11) gibt den Miterben außerdem ein Vorkaufsrecht für die Dauer von zehn Jahren[28]) nach dem Tode des Erblassers.[29]) Dieses Vorkaufsrecht — die alte Erblosung — wird im Grundbuche eingetragen (§ 15 MV. für Böhmen). Der steirische Entwurf (§ 40) gibt den Miterben nur das Vorkaufsrecht, denn der Anspruch auf die Teilung des Gewinnes könnte sie verleiten, gerade „darauf hinzuwirken, daß der Anerbe den Hof baldmöglichst versilbere, gerade das will aber das Gesetz vermeiden". Es will die Bevölkerung zur Seßhaftigkeit erziehen.[30])

Betrag. Seidl NotZ. 1910 Nr. 15, 32, Fernbach ebda. Nr. 45, Krasnopolski (Kafka) S. 400; anders rechnen Cerman NotZ. 1909 Nr. 49, 1910 Nr. 25, 32, 45, Feyerfeil ebda. Nr. 32, 42, 45.

[26]) Vgl. § 7 Abs. 4 RG. Krasnopolski (Kafka) S. 393. Eine wirkliche Schranke zieht dem freien Ermessen § 29 steir. Entw.

[27]) Vgl. § 26 preuß. Ges. (Frist: 20 Jahre).

[28]) § 27 preuß. Ges.: 20 Jahre.

[29]) Das gilt nach dem preuß. Ges. auch, wenn die Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung stattfindet — anders bei uns.

[30]) Ber. des steiermärkischen Landesausschusses (1914 Beil. Nr. 408) S. 40.

IX. Die Erbgelder werden auf dem Hofe pfandrechtlich sichergestellt. Der Anerbe muß sie nicht sofort auszahlen (§ 9 RG.). Er kann die Festsetzung einer Frist von drei Jahren verlangen; eine längere Frist müssen sich die Miterben nicht gefallen lassen. Veräußert er den Hof früher, so werden die Erbgelder sofort fällig.

X. Wertvoll sind die Beschränkungen des Pflichtteilsrechtes. Der Pflichtteil wird nach dem vereinbarten oder gerichtlich bestimmten Übernahmswerte berechnet (§ 12 RG.). Die gesetzliche Bestimmung, daß dabei nicht unter den Steuerwert[31]) hinabgegangen werden könne, bezieht sich nur auf den Fall der Vereinbarung[32]) und bedeutet auch da nur, daß das Gericht die Vereinbarung keinesfalls pflegschaftsbehördlich genehmigen soll, wenn die pflegebefohlenen Miterben als Abfindung nicht einmal den nach dem Steuerwerte berechneten Pflichtteil erhalten würden (siehe oben VII). Auch für die Auszahlung des Pflichtteiles gilt die für die Erbgelder überhaupt festgesetzte Frist (oben IX). Der minderjährige Anerbe muß sich — trotz § 774 ABGB. — eine letztwillige Verfügung gefallen lassen, die seinem Vater oder seiner Mutter bis zu seiner Großjährigkeit das Vorwirtschaftsrecht einräumt. Der Erblasser kann ferner die Fälligkeit der Erbgelder (einschließlich des Pflichtteils) bis zur Großjährigkeit der Miterben hinausschieben, wenn sie (statt der Zinsen) die Verpflegung auf dem Hofe erhalten (§ 13 RG.).

XI. Steht der Hof im Miteigentum, so gilt kein Anerbenrecht — außer wenn der Miteigentümer der Ehegatte ist (§ 14 RG.), was gerade der weitaus häufigste Fall ist. Als Miteigentümer hat der überlebende Ehegatte, wenn keine Kinder vorhanden sind, ein gesetzliches Aufgriffsrecht, für das die Begünstigungen des Anerbenrechtes gelten, auch wenn dieses Recht dem Gatten nach der sonst geltenden Ordnung (Fallrecht, oben VI) nicht zusteht. Sind Nachkommen vorhanden, so setzt die Übernahme durch den Ehegatten ein Übereinkommen voraus, das, wenn ein Erbe minderjährig ist, selbstverständlich der vormundschaftsbehördlichen Genehmigung bedarf. Die Landesgesetze (§ 15 für Kärnten, § 14 für Böhmen) verlangen diese Genehmigung ganz allgemein und binden sie an gewisse Voraussetzungen, ohne an den Fall zu denken, daß alle Beteiligten großjährig sind; in diesem Falle hat ein Vormundschaftsgericht selbstverständlich mit der Angelegenheit nichts zu schaffen.[33]) Das Aufgriffsrecht kann übrigens dem Ehegatten auch kraft letztwilliger Verfügung oder kraft der Ehepakten zustehen; auch dann gelten die gesetzlichen Begünstigungen, sofern nur überhaupt der Hof nach Anerbenrecht zu behandeln ist.[34])

[31]) Oben Note 25.
[32]) Das bestreiten Cerman und Feyerfeil (oben Note 25).
[33]) Cerman, Das Aufgriffsrecht des Ehegatten GZ. 1909 Nr. 23.
[34]) Cerman a. a. O.

§ 490.

2. Erbrecht der Kirche und der Versorgungsanstalten.

I. Eine besondere gesetzliche Erbfolge gilt für den Nachlaß geistlicher Personen.[1]) Die Kirche nimmt nach dem Tode des Geistlichen nicht nur die Pfründe zurück, sie beansprucht auch, was er aus den Einkünften erübrigt hat; die Verwandten sollen nur erhalten, was weltlicher Herkunft ist.[2]) In Innerösterreich vereinfachte man schon im Mittelalter die Auseinandersetzung — wahrscheinlich nach dem Muster der Erbfolge nach bäuerlichen Nutznießern[3]) — durch die Einführung der sogenannten divisio canonica, bei der die Verwandten nur ein Drittel des Nachlasses erhielten. Das wurde in einem Privilegium Friedrich III.[4]) für Innerösterreich anerkannt, in Böhmen eingeführt mit Landtagsbeschluß von 1552[5]) und mit den noch heute maßgebenden Vorschriften in der ganzen Monarchie unter Maria Theresia und Josef II.[6])

Der Nachlaß eines ohne letztwillige Anordnung verstorbenen katholischen Weltgeistlichen, der bleibend angestellt war, fällt zu einem Drittel der Kirche, bei der er zuletzt angestellt war, zu einem Drittel den Ortsarmen[7]) und zu einem Drittel seinen Verwandten, war er nicht bleibend angestellt, zu einem Drittel den Armen[8]), zu zwei Dritteln den Verwandten nach der gesetzlichen Erbfolge zu (HfD. vom 27. November 1807, JGS. Nr. 828).[9])

Die abweichende Behandlung der nicht bleibend angestellten Geistlichen (z. B. der Kooperatoren) wurde im Staatsrate[10]) folgendermaßen begründet: „Der Priester, welcher von der Kirche nie etwas bezogen hat, kann derselben auch nichts schuldig sein und wird daher mit allem Rechte von der Abgabe des verlangten Drittels an dieselbe losgezählt. Hingegen ist jeder Mensch und vorzüglich der Priester verpflichtet, nach

[1]) H. Singer, Historische Studien über die Erbfolge nach katholischen Weltgeistlichen Erlangen 1883, v. Mahlschedl, Art. Geistliche Verlassenschaften im StWB.

[2]) V. Wolf v. Glanvell, Die letztwilligen Verfügungen nach gemeinem kirchlichen Rechte 1900 S. 251 ff., Haring, Kath. Kirchenrecht § 204.

[3]) v. Luschin, Österr. Reichsgeschichte 2. Aufl. § 43 Note 22.

[4]) Singer S. 23.

[5]) Singer S. 45, Ott, Rechtsfürsorgeverfahren S. 20 f.

[6]) Bastgen, Die Verhandlungen zum österreichischen Intestaterbfolgegesetz und seine Ausdehnung auf Salzburg, ArchKathKR. 92, 625. über Ungarn vgl. Singer S. 68, Haring a. a. O., Putz in der NotZ. 1909 Nr. 16.

[7]) In Niederösterreich dem Bezirksarmenfonds, Ges. v. 13. Okt. 1893 LGBl. Nr. 53, sonst dem Armenfonds der Ortsgemeinde, wo der Verstorbene zuletzt bepfründet war: Entsch. Slg. Nr. 13.582, VIII Nr. 3200. Den Armenfonds vertritt die Finanzprokuratur: Entsch. Slg. III Nr. 1131.

[8]) Das Armendrittel fällt nicht den Armen des Ortes zu, wo der Erblasser gestorben ist (Wortlaut des HfD. v. 1807), sondern wo er zuletzt gewohnt hat (Entsch. Slg. Nr. 15.460).

[9]) Das Armendrittel kann mit Bewilligung der Landesstelle den armen Verwandten zugewiesen werden (HfD. v. 6. Febr. 1792, 23. Aug. 1799), doch, wenn nicht alle arm sind, nicht das ganze: HfD. v. 16. Sept. 1824 JGS. Nr. 2040.

[10]) Vortrag des Staatsrates Lorenz bei Bastgen a. a. O. S. 628.

dem Verhältnisse seines Vermögens, wo solches immer herkommen mag, die Armut zu unterstützen."

Bei Bischöfen und Domherren wird das Kirchendrittel zu Diözesanzwecken verwendet (HfD. vom 19. Juni 1835 für Galizien); bei der Feldgeistlichkeit gilt die gesetzliche Erbfolge nach dem bürgerlichen Gesetzbuche (Hofkrgr. Vdg. vom 20. Februar 1779 F. 132). Für die griechisch-unierte Geistlichkeit gelten diese besonderen Vorschriften nur, wenn der Erblasser unverehelicht war oder dem höheren Klerus angehört hat, sonst gilt für sie das bürgerliche Gesetzbuch (HfD. vom 27. Juni 1843, JGS. Nr. 712.[11]) Für die Beerbung von Ordensgeistlichen[12]) gilt in Ansehung des Vermögens, das sie vor dem Eintritt in den Orden hatten[13]), das allgemeine Erbrecht;[14]) das später erworbene Vermögen ist nicht ihr Eigentum, sondern eine Art peculium, es wird daher vom Kloster eingezogen.[15])

Stirbt ein Mitglied des Deutschen Ordens[16]) oder des Malteserordens[17]) ohne gültigen letzten Willen, so fällt dessen frei eigenes Vermögen dem Orden zu, nur muß den Noterben der ihnen allenfalls gebührende Pflichtteil verabfolgt werden. — Für die Geistlichen anderer Bekenntnisse gelten die allgemeinen erbrechtlichen Bestimmungen.

II. Die Damenstifter sind aus geistlichen Anstalten hervorgegangen[18]), sie sind aber heute von der Kirche unabhängige, weltliche Versorgungsanstalten.[19]) Einige — nicht alle — haben sich im Besitze erbrechtlicher Privilegien behauptet. Den adeligen Damenstiftern in Wien und in Graz gebührt als Pflichtteil der zehnte Teil des Nachlasses einer Stiftsdame. Die Grazer Satzung[20]) sagt (Art. XXIV): „Von dem Nachlasse der mit oder ohne Hinterlassung eines Testamentes verstorbenen Stiftsdame fällt dem Stifte der zehnte Teil zu."[21]) Die Satzung des Wiener Stiftes[22]) konstruiert das so: „Durch die Angelobung übernehmen die Kapitularinnen stillschweigend die Verpflichtung, dem Stifte ein ziffermäßig bestimmtes Legat in der Höhe mindestens des zehnten Teiles ihres Nachlasses zu hinterlassen." Diese Pflichtteilsrechte sind merkwürdig als Überrest der schon im Mittelalter anerkannten Erbrechte der

[11]) V. Hillbricht GH. 1867 Nr. 57, 58.

[12]) H. Singer, Die Behebung der für Ordenspersonen bestehenden Beschränkungen im commercium mort. c. 1880 S. 25 ff., 46 ff.

[13]) Die freie Verfügung darüber verlieren sie schon durch die Ablegung der Gelübde: § 182 Pat. v. 9. Aug. 1854.

[14]) Hatten sie darüber nicht vor Eintritt in den Orden verfügt, so fällt es den gewöhnlichen gesetzlichen Erben zu. Anders nach kanonischem Recht.

[15]) Entsch. Slg. Nr. 11.527.

[16]) § 13 Pat. v. 28. Juni 1840 JGS. Nr. 451.

[17]) Entsch. Slg. Nr. 14.525.

[18]) v. Scherer, Kirchenrecht § 149 I.

[19]) Haring, Kirchenrecht § 219, v. Mahl-Schedl, Adelsrecht im StWB. Die im folgenden benützten Satzungen wurden vom Institute für Rechtsanwendung (Prof. Sperl) zur Verfügung gestellt.

[20]) Neue Satzung, genehmigt mit KaisP. v. 22. März 1913.

[21]) Wenn das Stift die Begräbniskosten bestreitet, so fallen ihm außerdem die „Möbel und Gerätschaften" der Verstorbenen zu.

[22]) Neue Satzung, genehmigt mit KaisP. v. 19. März 1916.

Versorgungsanstalten (Spitäler, Armenhäuser, Waisenhäuser) an dem Nachlasse ihrer Pfleglinge.[23]) Das Eindringen des römischen Rechtes hat diese Rechte nicht beseitigt, ihnen vielleicht sogar eine Stütze geboten in dem von Justinian geregelten Erbrechte des Verpflegers eines verlassenen Geisteskranken.[24]) Ausdrücklich hat das deutsche bürgerliche Gesetzbuch jene landesgesetzlichen Vorschriften aufrecht erhalten, nach denen dem Staatsschatze oder einer andern juristischen Person „in Ansehung des Nachlasses einer verpflegten oder unterstützten Person ein Erbrecht, ein Pflichtteilsanspruch oder ein Recht auf bestimmte Sachen zusteht."[25]) Bei uns besteht, abgesehen von dem Rechte der Damenstifter, noch als ein dürftiger Nachhall des alten Rechtes der Krankenhäuser auf die eingebrachten Fahrnisse der verstorbenen Kranken[26]) das Recht des Lemberger Allgemeinen Krankenhauses auf die Fahrnisse, die nicht binnen drei Monaten nach dem Tode des Kranken vom Abhandlungsgerichte oder den Erben verlangt werden.[27]) Das damit gewöhnlich[28]) zusammengestellte Recht der Strafanstalten auf den Überverdienst der verstorbenen Sträflinge[29]) besteht (seit 1866) nicht mehr.[30]) Gegenwärtig wird das Guthaben eines solchen „nebst seinem sonstigen Nachlasse nach Abzug der Begräbniskosten dem zuständigen Gerichte zur Ausfolgung an die berechtigten Erben übermittelt."[31])

Dritter Abschnitt.

Das Heimfallsrecht des Staates (Kaduzität).[1])

§ 491.

I. Ist kein testamentarischer oder vertragsmäßiger und kein gesetzlicher Erbe vorhanden oder will der zur Erbschaft Berufene die Erbschaft nicht annehmen, sind ferner auch Vermächtnisnehmer entweder nicht vorhanden oder nicht geneigt, von dem außerordentlichen Erbrechte nach

[23]) Stobbe, Deutsches Privatrecht § 297 II.

[24]) Novelle 115 c. 3 § 12, J. Merkel, Die Justin. Enterbungsgründe S. 10, Stobbe a. a. O.

[25]) Art. 139 EinfG. zum DBGB. Dernburg, BürgR. V § 23, Ortmann, Bayr. LPrR. § 147, Kloß, Sächs. LPrR. § 151. — Ähnliches in Frankreich: Planiol, Droit civil n. 1925.

[26]) Instr. v. 2. Sept. 1731, Schiffner, Ges. Vermächtnisse S. 191. Vgl. über das heutige Recht unten § 514 Note 6.

[27]) HKzD. v. 21. April 1815. Pfaff und Hofmann II S. 798, Schiffner S. 191.

[28]) Z. B. in der Scheyschen Ausgabe des ABGB.

[29]) HKzD. v. 21. April 1815.

[30]) Vgl. Schiffner S. 192.

[31]) JME. v. 2. Nov. 1915 Z. 140. Amschl, Beiträge zur Anwendung des Strafverfahrens III S. 154.

[1]) Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 772 ff., Kaserer, Handb. der Justizverwaltung IV S. 253 ff., Meisel, Art. „Kaduzität" in StWB., Schiffner, Gesetzliche Vermächtnisse S. 196 ff., Derblich in der NotZ. 1896 Nr. 22, Hofer ebda. 1899 Nr. 9 bis 12, Landauer, Erbloser Nachlaß und Grenzen des Verwandtenerbrechtes in Grünhuts Zeitschr. 28, 161, Krasnopolski V § 43, v. Anders § 66.

§ 726 Gebrauch zu machen, so fällt die Verlassenschaft als erbloses Gut dem Staate heim. Andere Heimfallsrechte, wie z. B. das der Städte Wien und Prag, bestehen nicht mehr;[2]) deshalb wurde die frühere Fassung des § 760 in der Teilnovelle von 1914 geändert.

Die Verlassenschaft muß nicht notwendig zur Gänze erblos werden;[3]) sie wird es nur teilweise, wenn nur einer von mehreren zu bestimmten Teilen eingesetzten testamentarischen Erben (§ 562) die Erbschaft nicht annimmt, kein gesetzlicher Erbe da ist und weder ein Vermächtnisnehmer noch ein Miterbe von dem Rechte des § 726 Gebrauch macht.

II. Um die Erblosigkeit des Nachlasses festzustellen[4]), ist zur Vertretung und Ausforschung der unbekannten Erben vom Abhandlungsgerichte ein Kurator zu bestellen; die Erben sind durch ein auf ein ganzes Jahr gestelltes Edikt aufzufordern, sich zu melden, und zwar mit dem Beisatze, daß die Verlassenschaft sonst für erblos erklärt und vom Staate eingezogen werden würde (§ 128 VaSt.). Meldet sich binnen dieser Frist kein Erbe, so ist der Nachlaß ohne Durchführung einer Verlassenschaftsabhandlung vom Gericht als erblos dem Staatsschatze zu übergeben (§ 130 VaSt.). Dieser übernimmt den Nachlaß nicht in der Eigenschaft eines Erben[5]) — dem widerspräche schon der Begriff einer erbl o s e n Verlassenschaft: der Staatsschatz hat sich daher auch nicht als Erbe zu erklären, und es findet auch keine eigentliche Einantwortung an ihn statt. Die Rechte des Staates gehen nicht soweit wie die eines Erben. Ihm fällt weder das Urheberrecht (§ 15 UrhG.)[6]) noch das Patentrecht (§ 18 PatG.) des Verstorbenen zu; auch das Recht auf die dem Verstorbenen angefallene Erbschaft kann er nicht wie ein Erbeserbe (Transmissar) geltend machen.[7]) Gleichwohl besteht die Übernahme des Nachlasses nicht, wie ältere Schriftsteller meinten, bloß in einer

[2]) Entsch. Slg. Nr. 12.188, Tomaschek, Das Heimfallsrecht 1882, Čelakovský, Das Heimfallsrecht auf das freivererbliche Vermögen in Böhmen 1882, Pfaff und Hofmann, Komm. I S. 347 f. Note 242, II S. 779 ff., Landauer S. 206 ff.

[3]) Vgl. Beisser, Die partielle Kaduzität eines Nachlaßvermögens in den JBl. 1882 Nr. 10, dazu X ebda. Nr. 12, Pfaff und Hofmann S. 178 ff., Král in der GZ. 1901 Nr. 50.

[4]) Vgl. v. Boschan, Zum Verfahren in Kaduzitätsfällen in Gellers ZBl. V S. 331 ff.

[5]) Anders nach deutschem Rechte: §§ 1936, 1964 DBGB.

[6]) Vgl. Wolff in JheringsJ. 44, 331.

[7]) Entsch. Slg. I Nr. 80 (Judikat Nr. 138): „Bei Eintritt des Heimfallsrechtes des Staates in Ansehung des Nachlasses eines unehelichen Kindes steht dem Fiskus aus dem Titel der Kaduzität das Recht nicht zu, die diesem unehelichen Kinde bei dessen Lebzeiten noch angefallene, jedoch von demselben oder für dasselbe noch nicht angetretene Erbschaft nach seiner vorverstorbenen unehelichen Mutter anzunehmen oder auszuschlagen." Pfaff und Hofmann S. 794, Mayrhofer, Steht dem Kaduzitätsärar das Transmissionsrecht zu? in der NotZ. 1888 Nr. 31 und 32, Hofer ebda. 1899 Nr. 10, Krasnopolski V S. 207. Für das Transmissionsrecht des Fiskus: Meisel a. a. O. und v. Anders, Grundriß S. 97. Gegenwärtig wird das Transmissionsrecht von den Finanzbehörden nicht mehr beansprucht, vgl. FME. v. 22. April 1898 Z. 18.146 bei Meisel (2. Aufl.) S. 3.

dem Staate vorbehaltenen Zueignung herrenloser Sachen, sie ist vielmehr eine in vielen Beziehungen nach Analogie des Erbrechtes zu beurteilende Gesamtnachfolge.[8])

III. Der Staat kann die Einziehung des Nachlasses ablehnen;[9]) nimmt er ihn an, so übernimmt er auch die auf dem Nachlasse haftenden Schulden und Vermächtnisse, soweit als der Nachlaß reicht — eine Beschränkung, die sich auch aus dem Umstande ergibt, daß hier von Amts wegen ein Nachlaßinventar aufgenommen werden muß. Der Staat haftet also wie ein Vorbehaltserbe;[10]) wie ein solcher kann er die Einberufung der Gläubiger gemäß § 813 verlangen.[11]) Die Gläubiger sollen zwar noch vor Übergabe des Nachlasses an den Staatsschatz befriedigt werden, sie können jedoch ihre Rechte auch nachträglich[12]), und zwar selbst dann geltend machen, wenn sie sich ungeachtet der Einberufung nicht rechtzeitig gemeldet haben. Hat sich jedoch in diesem Falle der Staat des Nachlasses entäußert, indem er ihn z. B. Angehörigen des Erblassers im Gnadenwege überlassen hat („Gnadengaben"), so haftet er den betreffenden Gläubigern nicht.[13])

Dem Staatsschatze stehen zur Geltendmachung seines Heimfallsrechtes die gleichen Rechte zu wie einem Erbansprecher; demgemäß ist er auch berechtigt, wenn zwar ein Testament, aber ein ungültiges, vorliegt, dessen Gültigkeit zu bestreiten[14]), während dem für einen unbekannten Erben bestellten Kurator die gleiche Berechtigung nicht zusteht;[15]) ebenso hat der Staat die Erbschaftsklage, wenn die Erbschaft dem im Testamente Eingesetzten eingeantwortet wurde, und sich das Testament als ungültig darstellt. Die Klage verjährt in diesem Falle in drei Jahren (§ 1487); wäre aber die Erbschaft jemandem als vermeintlichem gesetzlichen Erben eingeantwortet worden, in vierzig Jahren (§ 1485).

IV. Findet sich nachträglich, nachdem die Verlassenschaft bereits vom Staate in Besitz genommen wurde, ein Erbe, so bleiben ihm seine Erb-

[8]) Pfaff und Hofmann S. 786, 791 ff., Landauer S. 162 ff.

[9]) Entsch. Slg. V Nr. 2038, X Nr. 3705 (a. M. Till vgl. GZ. 1907 Nr. 52). In diesem Falle ist der Nachlaß gewöhnlich überschuldet und wird zur Befriedigung der Gläubiger verwendet (Konkurs, Exekution, Einantwortung „jure crediti"). Ist dies nicht der Fall, so bleibt der Nachlaß in gerichtlicher Verwaltung, von einem freien Aneignungsrechte kann gar keine Rede sein. Die Liquidation wird durchgeführt, der reine Nachlaß im Depositenamte in Gestalt von Wertpapieren hinterlegt und schließlich kraft Behaltungsrechtes (oben § 217 III) vom Staatsschatze übernommen. Ganz anders nach deutschem Rechte (§ 1942 DBGB.).

[10]) Entsch. GH. 1859 Nr. 42, Entsch. Slg. Nr. 8687.

[11]) JME. v. 7. Juli 1851 Z. 7628.

[12]) Pfaff und Hofmann S. 791 Note 111.

[13]) Bezüglich der Haftung für Vermächtnisse vgl. Pfaff und Hofmann S. 791 Note 109, Steinlechner, Schweb. Erbr. I S. 27 Note, Landauer S. 214 f.

[14]) Entsch. Slg. I Nr. 386. Das Verfahren nach §§ 125—127 VaSt. setzt widersprechende Erbserklärungen voraus, ist daher in solchen Fällen nicht anwendbar; Entsch. Slg. Nr. 15.549, 15.942, IV Nr. 1499. über das Rekursrecht des Staates vgl. Entsch. Slg. XIV Nr. 5440, 5452, 5543.

[15]) § 129 VaSt.

ansprüche durch die ganze Verjährungszeit vorbehalten.[16]) Muß infolgedessen der Staat die Erbschaft wieder herausgeben, so kommen ihm sowohl in Rücksicht der Früchte als auch der freien Verfügung über das Erbschaftsvermögen alle Rechte eines redlichen Besitzers zu. Es verbleiben ihm also die bereits bezogenen Früchte (§ 330), und er ist für die erfolgte Veräußerung der Verlassenschaftsstücke nicht verantwortlich (§ 329), muß jedoch das in seiner Hand befindliche Entgelt, wie ein anderer redlicher Erbschaftsbesitzer, herausgeben; gegen den dritten redlichen Erwerber, der mittlerweile einzelne Erbschaftsstücke vom Staate an sich gebracht hat, steht dem Erben kein Klagerecht zu (§ 824). Die Verjährungszeit der Erbschaftsklage gegen den Staatsschatz ist die gewöhnliche; sie beginnt mit dem Anfallstage der Erbschaft (§§ 1478, 1479).

V. Ob auch das erbloſe Nachlaßvermögen eines Fremden vom österreichischen Staatsschatze eingezogen werden könne, hängt von der Zuständigkeit der Gerichte zur Verlassenschaftsabhandlung ab; mit anderen Worten: der Einziehung unterliegt das im Inlande liegende unbewegliche, nicht auch das bewegliche Vermögen des Fremden, § 300.[17])

2. Die testamentarische Erbfolge.[1])

Erster Abschnitt.

Allgemeines (Zweck, Begriff, höchstpersönliche Natur der letztwilligen Verfügung).

§ 492.

I. Die Testierfreiheit (unten § 527) liegt im Interesse der Angehörigen, deren besonderen Bedürfnissen sich die gesetzliche Erbfolge im einzelnen Falle nicht anzupassen vermag; sie liegt aber auch im Interesse des Testierenden selbst, da sie ihm die Möglichkeit bietet, Treue zu belohnen und Untreue zu strafen.

II. Unter letztwilligen Erklärungen[2]) versteht man einseitige und beliebig widerrufliche Verfügungen des Erblassers darüber, an wen sein Nachlaß gelangen soll (§ 552). Sie heißen so, weil aus der Tatsache, daß sie nicht widerrufen wurden, geschlossen wird, daß sie der Ausdruck dessen sind, was der Erblasser im letzten Augenblicke gewollt hat. Unter den Begriff der letztwilligen Erklärungen fällt der Erbvertrag nicht

[16]) HfD. v. 12. Okt. 1835 JGS. Nr. 90 und Pat. § 128. Entsch. Slg. Nr. 8561. Král, Zur Frage der Ausfolgung einer bereits inkamerierten kaduken Verlassenschaftsmasse an die gesetzlichen Erben GZ. 1901 Nr. 50.

[17]) Meisel S. 2. — Vgl. auch V. v. 15. Sept. 1904 RGBl. Nr. 103 für die Konsulargerichte. Anders grundsätzlich (Art. 28 EinfG. zum DBGB.) nach deutschem Rechte.

[1]) Zur Rechtsvergleichung: Lehr, Des successions testamentaires in der Revue de droit internationale 1906 S. 136 ff.

[2]) Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 61 f.

und zwar darum, weil er nicht widerruflich ist (§ 1254). Hat die letztwillige Erklärung die Ernennung eines Erben zum Gegenstande, enthält sie also eine Erbeinsetzung, so wird sie ein Testament, enthält sie nur andere Verfügungen über den Nachlaß, so wird sie ein Kodizill genannt (§ 553) — ein Unterschied übrigens, dem nach österreichischem Rechte bei weitem nicht jene Bedeutung zukommt wie nach römischem Rechte; er tritt nur in der Bestimmung des § 714 hervor.[3])

III. Es gehört zum Wesen einer letztwilligen Erklärung, daß sie der unmittelbare Ausdruck des erblasserischen, nicht des Willens eines Dritten sei. Darum lassen letztwillige Erklärungen keinerlei Vertretung (auch nicht gesetzliche Vertretung) zu.[4]) Eine Erklärung des Erblassers, die die Ernennung des Erben in den Willen eines Dritten stellte, wäre ohne Wirkung (§ 564).[5]) Darum ist auch die sogenannte pupillarische und quasipupillarische Substitution des römischen Rechtes, mit der der Hausvater seinem testierunfähigen (unmündigen oder geisteskranken) Kinde einen Erben ernennen konnte, dem österreichischen Rechte fremd geblieben; dieses gestattet, wie jedem andern Erblasser, so auch den Eltern nur rücksichtlich desjenigen Vermögens, das sie selbst solchen Kindern hinterlassen, die Ernennung eines Nacherben (§ 609) und auch dieses nur innerhalb der Grenzen des Noterbrechtes (§ 774).[6]) Aus dem gleichen Grunde wäre die erblasserische Anordnung auch dann nichtig, wenn einem Dritten die Auswahl unter mehreren genannten Personen überlassen, oder wenn jemand unter der Bedingung, daß ein Dritter dies wolle, zum Erben ernannt würde. Wohl aber wäre gültig die Erbeinsetzung unter der Bedingung einer ganz oder zum Teile von der Willkür eines Dritten abhängigen Handlung, z. B. die Erbeinsetzung unter der Bedingung der Verehelichung mit dem Dritten oder die Berufung eines Nacherben für den Fall, daß der Vorerbe über den Nachlaß nicht letztwillig verfügt. Ebenso müßte es als eine gültige Erbeinsetzung angesehen werden, wenn der Erblasser nicht bestimmte, sondern nach gewissen Eigenschaften bezeichnete Personen zu Erben beruft und die Beurteilung, welchen Personen diese Eigenschaften zukommen, Dritten überläßt. Der Erblasser hat z. B. dreißig verunglückte Gewerbetreibende zu Erben eingesetzt, die von der Stadthauptmannschaft als die würdigsten erkannt werden.[7]) Ebenso kann der Erblasser einen Erben unter einer

[3]) Dem deutschen Rechte ist diese Unterscheidung fremd. Jede letztwillige Verfügung gilt dort als Testament.

[4]) § 2064 DBGB.

[5]) L. 32 pr. D. 28. 5: Illa institutio: quos Titius voluerit, ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est; nam satis constanter veteres decreverunt, testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere. § 2065 DBGB. Vgl. Pfaff und Hofmann II S. 92 ff.

[6]) Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 235 f., Exk. II S. 143 ff., Entsch. Slg. Nr. 2473: Nur den den Pflichtteil übersteigenden Teil des Erbteils können die Eltern gültig mit einer fideikommissarischen Substitution belasten. Entsch. JB. Nr. 8 (Manzsche Slg. I S. 16 ff.): Das nämliche gilt auch dann, wenn das Kind blödsinnig ist.

[7]) Entsch. Slg. Nr. 1547 (1806). Krasnopolski § 17 Note 7.

Bedingung (z. B. des Wohlverhaltens) einsetzen und die Entscheidung über die Erfüllung einem Dritten überlassen. Bestimmt der Erblasser, sein ganzer Nachlaß solle einer von ihm genannten Person übergeben werden, damit sie ihn verteile, wie es ihr gutdünkt oder wie er es ihr insgeheim aufgetragen hat, dann gilt eine solche Verfügung im Zweifel[8]) als Erbeinsetzung dieser Person.

Zweiter Abschnitt.

Testierfähigkeit.[1])

§ 493.

Die zur Errichtung, Änderung oder Aufhebung eines letzten Willens erforderliche persönliche Fähigkeit heißt Testierfähigkeit. Sie fehlt gewissen Personen ganz, für andere bestehen Beschränkungen, die entweder die Form oder den Inhalt des Testamentes betreffen.

I. Ganz testierunfähig sind:

1. Der Unmündige (§ 569).

2. Der Geisteskranke oder Geistesschwache, auch wenn er nicht entmündigt ist, desgleichen der Sinnverwirrte, insbesondere der Trunkene (§ 566, vgl. § 565: „Zustand der vollen Besonnenheit"). Doch kommen nur geistige Gebrechen in Betracht, die im Augenblicke der Testamentserrichtung die nötige Einsicht und Überlegung ausschließen.[2]) Ob die volle Entmündigung auch ohne diese Voraussetzung die Testierfähigkeit ausschließe, darüber wird gestritten. Wie ist es z. B., wenn der voll Entmündigte bereits geheilt, die Entmündigung aber noch nicht aufgehoben ist? Nach dem Wortlaute des Gesetzes scheint gar kein Zweifel möglich: der voll Entmündigte, müßte man sagen, ist jedenfalls testierunfähig.[3]) Denn § 3 EntmO. stellt ihn hinsichtlich der Handlungsfähigkeit einem Kinde gleich. Dazu kommt noch, daß § 4 EntmO. eine besondere Form nur für das Testament des beschränkt Entmündigten vorschreibt. Merkwürdigerweise entspricht die Fassung des Gesetzes nicht der Absicht seiner Urheber.[4]) Sie wollten an dem bisherigen, bewährten

[8]) Vgl. Entsch. Slg. Nr. 6846, 15.918.

[1]) Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 100, 121, Erk. II S. 56.

[2]) Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 103: „Die unvollständige Aufzählung der Geisteskrankheiten in § 566 und der § 567 machen es dem Richter möglich, hier dem einzelnen Falle gerecht zu werden und ihn nicht einem theoretischen Schematismus zu opfern. Dabei wird er einerseits vor allem auf den Inhalt des Testamentes sehen, andrerseits sachverständigen Rat einholen."

[3]) So Wellspacher, Die Testierfähigkeit von Geisteskranken und die EntmO. NotZ. 1916 Nr. 47, auch Sternberg, EntmO. I S. 63. Für das deutsche Recht ist das — als eine selbstverständliche Folge der Geschäftsunfähigkeit (§ 104 Z. 3 DBGB.) — unbestritten.

[4]) ErlBem. zur RegV. AH. XVIII Beil. Nr. 687 S. 31 und darauf gestützt die Amtlichen Erläuterungen (VBl.

Rechte festhalten und glaubten, dies durch die bloße Nichtänderung der §§ 566 und 567 ABGB., insbesondere auch durch die Übergehung dieser Paragraphen in § 6 EntmO. zu erreichen.[5]) Die Auslegung muß wohl der eigenartigen Gesetzestechnik Rechnung tragen, und so wird es sich immerhin rechtfertigen lassen, wenn die Rechtsprechung auf die Absichten der Gesetzesverfasser eingeht. Die Wirkungen der vollen Entmündigung bedürfen dringend der möglichsten Einschränkung[6]), insbesondere sollte die tatsächlich vorhandene Testierfähigkeit nicht künstlich zunichte gemacht werden; denn ein Testament kann der Kurator nicht an Stelle des Entmündigten errichten oder widerrufen. Die Entmündigung würde also nur für die Form des Testamentes (unten II, 1) und mittelbar für die Beweislast hinsichtlich des Geisteszustandes in Betracht kommen. Die volle Entmündigung setzt nämlich voraus, daß der Erblasser „den Gebrauch der Vernunft verloren hat". Wer nun behauptet, daß ein solcher Erblasser zur Zeit der letzten Anordnung urteilsfähig gewesen sein, der muß dies beweisen.[7]) Nicht nötig ist der Beweis der Heilung. Es genügt der Beweis, daß das Testament in einem freien Zwischenraume errichtet worden ist oder daß die Geistestätigkeit durch die Krankheit nur in einer Richtung beeinträchtigt war, die für das Testament nicht in Betracht kam.[8])

3. Fahnenflüchtige (§ 208 MilStG.).

4. Ordenspersonen.[9]) Doch können Ordenspersonen nach § 573 in vier Fällen letztwillig verfügen: a) „wenn der Orden eine besondere Begünstigung, daß seine Glieder testieren können, erlangt hat". Eine solche Begünstigung gilt für den Deutschen Orden[10]) und für den

1916 S. 243 ff.): „Die Fähigkeit zur Errichtung von Testamenten . . . hängt nicht davon ab, ob der Testator entmündigt ist oder nicht, sondern ob er im Zeitpunkte der Testamentserrichtung bei voller Besonnenheit gewesen ist." So auch R. Hermann, EntmO. (1916) S. 4.

[5]) Auch für die Deliktsfähigkeit (oben § 66) soll es „nicht auf die Entmündigung, sondern auf den tatsächlichen Mangel der Geisteskräfte im Momente der Beschädigung" ankommen und auch das sollen wir aus der Nichterwähnung der §§ 1308 bis 1310 im § 6 EntmO. entnehmen. Ber. des Justizausschusses XXI. Session Beil. Nr. 1352 S. 39. Die Entmündigung wäre ja sonst ein Freibrief für unerlaubte Handlungen!

[6]) Oben § 476 S. 273.

[7]) § 567. Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 103 ff., J. Schwartz, Exk. über österr. R. GH. 1890 Nr. 42. Anders Entsch. Slg. II Nr. 712 (Anfechtung eines notariellen Testamentes). Der Beweis wird durch die vorgeschriebene Form erleichtert, vgl. Wellspacher a. a. O.

[8]) Entsch. Slg. X Nr. 4013: Die Erblasserin glaubte, daß sie von Dienstboten und Sozialdemokraten verfolgt werde. Vgl. auch Ortmann, Komm. zu § 104 DBGB.

[9]) Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 121 ff., Exk. II S. 56—58, H. Singer, Die Behebung der für Ordenspersonen bestehenden Beschränkungen im commerc. mort. causa (1880), Baernreither, über das Vermögensrecht der geistlichen Orden und ihrer Mitglieder (1882) bes. S. 51 ff.; Plachy, Die Testierfähigkeit der Ordenspersonen in der NotZ. 1892 Nr. 37—39, Seydel, über die Privatrechtsfähigkeit der Ordensgeistlichen in der GZ. 1894 Nr. 18, 19, Krasnopolski V S. 50 f.

[10]) Seine Mitglieder können mit besonderer oder allgemeiner Bewilligung des Hoch- und Deutschmeisters testieren:

Malteserorden[11]), jedoch mit Ausnahme des priesterlichen Ordenskonventes in Prag;[12]) b) „wenn die Ordensperson die Auflösung von den Gelübden erhalten hat". Eine vollständige Auflösung der Gelübde (durch päpstliche Dispensation) kommt „beinahe nie"[13]) vor; in der Säkularisation liegt eine Abschwächung, aber keine Aufhebung der Gelübde; c) „wenn sie durch Aufhebung ihres Ordens, Stiftes oder Klosters aus ihrem Stande getreten sind". Zur Zeit, da unser allgemeines bürgerliches Gesetzbuch entstanden ist, war dies ein besonders praktischer Fall; d) „wenn sie in einem solchen Verhältnisse angestellt sind, daß sie vermöge der politischen Verordnungen nicht mehr als Angehörige des Ordens, Stiftes oder Klosters angesehen werden, sondern vollständiges Eigentum erwerben können". Solche politische Verordnungen bestehen für die als Pfarrer, Kapläne usw. angestellten säkularisierten Mönche[14]), nicht aber für die an inkorporierten Pfarren angestellten Ordenspersonen.[15]) Staatsanstellungen, z. B. als Museumskustos, kommen nicht in Betracht.[16]) Redemptoristen gelten als Weltgeistliche und sind somit testierfähig.[17])

Die Testierunfähigkeit der zum Tode oder schweren Kerker verurteilten Verbrecher (§ 574) und der unbefugten Auswanderer (Pat. vom 24. März 1832) ist beseitigt durch Ges. vom 15. November 1867, Nr. 131, § 5 und StGG. vom 21. Dezember 1867, RGBl. Nr. 142, Art. 4.[18])

II. Beschränkt testierfähig sind:

1. Minderjährige unter 18 Jahren (§ 569)[19]) und wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche Entmündigte (§ 4 EntmO.). Das Gesetz spricht zwar nur von den beschränkt Entmündigten, nimmt man aber an, daß auch voll Entmündigte testieren können (oben I, 2), so muß die einschränkende Formvorschrift auch für diese gelten. Die in Rede stehenden Personen können nur mündlich vor Gericht[20]) oder vor einem Notar testieren (§ 569 ABGB., § 70 NotO.). Das Gericht (der Notar) hat sich in geeigneter Weise die Überzeugung zu verschaffen, ob die Erklärung frei und mit Überlegung geschieht, und seine Beobachtungen in

Pat. v. 28. Juni 1840 JGS. Nr. 451 § 12.

11) HfD. v. 11. Dez. 1795 JGS. Nr. 268.

12) HfD. v. 22. Jan. 1818 JGS. Nr. 1408.

13) Haring, Kath. Kirchenrecht § 216.

14) HfD. v. 21. April 1786 JGS. Nr. 542, v. 22. Dez. 1788 JGS. Nr. 939.

15) Oben § 74 Note 10.

16) Entsch. Slg. Nr. 12.021.

17) HfD. v. 9. Jan. 1843 JGS. Nr. 670.

18) Doch vgl. (bezüglich der Militärverbrecher) oben § 70 bei Note 9; Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 126 ff., Erk. II S. 58 ff., Schiffner, Lehrb. I § 55 Note 7, Dangelmaier, Militärprivatrecht (1882) S. 40 ff., Burckhard, Syst. II S. 37 Note 11, 12, Hoegel in der GZ. 1899 Nr. 18 (S. 141 Sp. 2).

19) Walther, Traktat II c. 9; Kees, Inst. II tit. 12, Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 111 ff., dazu Tilsch, Einfluß S. 173 und über die Errichtung eines Testamentes durch einen inländischen Minderjährigen vor einem ausländischen Gerichte auch M. in den JBl. 1886 Nr. 2.

20) Vor einem beliebigen Gerichte, nicht etwa nur vor dem Vormundschafts- oder Pflegschaftsgerichte!

das aufzunehmende Protokoll einzurücken;[21]) diese Bemerkungen sind bei der späteren Beurteilung der Gültigkeit des letzten Willens bedeutsam. Die Protokollierung des letzten Willens darf das Gericht nicht etwa, wie Zeiller[22]) meint, wegen offenbaren Mutwillens oder Leichtsinns oder irgend eines sonstigen Bedenkens verweigern; doch kann der Geisteszustand des Testierenden die Amtshandlung tatsächlich unmöglich machen.

2. Personen, die wegen Verschwendung[23]), wegen Trunksucht oder wegen Mißbrauches von Nervengiften entmündigt sind, können nach § 568 ABGB. und § 6 EntmO. nur über die Hälfte ihres Nachlasses letztwillig verfügen. Die andere Hälfte fällt unter allen Umständen ihren gesetzlichen Erben zu. Sie ist übrigens kein Pflichtteil, sondern hat vielmehr die rechtliche Natur des (sonst dem österreichischen Rechte fremden) Vorbehaltes. Doch tritt dieser Vorbehalt, wenn Noterben vorhanden sind, an die Stelle des Pflichtteils, so daß der Entmündigte ohne Rücksicht auf die Noterben über sein halbes Vermögen frei verfügen kann.[24]) Hat der Entmündigte keine gesetzlichen Erben, so kann er über den ganzen Nachlaß verfügen.[25]) Hat er über den ganzen Nachlaß verfügt, die Hälfte aber den gesetzlichen Erben zugedacht, so ist das Testament in vollem Umfange gültig[26]), doch ist zu beachten, daß der Entmündigte jedem einzelnen gesetzlichen Erben mindestens die Hälfte seines gesetzlichen Erbteiles belassen muß.[27]) Hat er zu Gunsten anderer (nicht der gesetzlichen Erben) über mehr als die Hälfte des Nachlasses verfügt und dabei auch Vermächtnisse angeordnet, so werden Erbteile und Vermächtnisse verhältnismäßig verkleinert (vgl. § 783). Diese Testierungsbeschränkung beginnt mit der Wirksamkeit der Entmündigung, also mit dem Anfange des Tages, an dem dem Testator der Entmündigungsbeschluß zugestellt wird (§ 67 EntmO.), nicht etwa schon mit dem Antrage auf Einleitung des Entmündigungsverfahrens.[28]) Ein bereits gültig errichtetes Testament kann der Entmündigte in vollem Umfange widerrufen (§ 718), dies auch dann, wenn infolgedessen gemäß § 723 ein früheres, den gesetzlichen Erben ungünstigeres Testament wieder auflebt.[29])

[21]) Doch macht die Verletzung dieser Vorschrift das Testament nicht ungültig. Dagegen freilich Entsch. Slg. Nr. 11.522.

[22]) Komm. II S. 442, s. aber Pfaff in Grünhuts Zeitschr. 2, 263.

[23]) Fischer-Colbrie NotZ. 1908 Nr. 46. Nach dem deutschen Rechte (§ 2229 DBGB.) kann der wegen Verschwendung oder Trunksucht Entmündigte gar nicht, nach schweizerischem und französischem Rechte kann er ohne Einschränkung testieren.

[24]) Pfaff und Hofmann II S. 108 f. Note der Hofkommission in Justizgesetzsachen v. 11. Okt. 1821, Pratobevera, Mat. 6, 315.

[25]) Winiwarter III S. 64, Unger § 9 Anm. 4, Krasnopolski V S. 53 Note 4; a. M. Till (GZ. 1907 Nr. 52).

[26]) Entsch. GH. 1865 Nr. 13.

[27]) ALR. I 12 § 28. Pfaff und Hofmann S. 110.

[28]) So (zum Schutze des Antragstellers, der häufig ein gesetzlicher Erbe ist) § 2229 DBGB., dagegen Unger, Erbrecht § 23 Anm. 1.

[29]) Unger § 24 Anm. 15, ebenso nach deutschem Rechte: RGKomm. zu § 2253 DBGB. Dagegen Pfaff und Hofmann 2, 111, Stubenrauch 8. Aufl. I, 902, Krasnopolski V, 54.

— Für Personen, die unter verlängerter väterlicher oder vormundschaftlicher Gewalt stehen, gilt § 568 nicht.[30])

III. Die Testierfähigkeit muß vorhanden sein zur Zeit der Errichtung des letzten Willens. Daß sie auch zur Zeit des Todes vorhanden sei, wird nicht gefordert, es schadet also späterhin eingetretene Testierunfähigkeit regelmäßig[31]) nicht (§ 575). Umgekehrt erlangt der im Zustande der Testierunfähigkeit errichtete (also nichtige) letzte Wille dadurch keine Gültigkeit, daß der Errichtende später testierfähig wird (§ 576).[32]) Eine nachträgliche Bestätigung eines ungültigen letzten Willens durch den Erblasser hat die Bedeutung einer neuen letztwilligen Erklärung, muß daher in Testamentsform geschehen. Wird in dem später errichteten letzten Willen nur auf das ungültige Testament hingewiesen, so gilt die Bestimmung des § 582.[33]) Die Anerkennung einer nichtigen letztwilligen Erklärung durch denjenigen, dem deren Gültigkeit schaden würde, vermag ihr zwar nicht rechtliche Geltung, wohl aber tatsächliche Wirksamkeit zu verschaffen: sie enthält einen Verzicht nicht auf das Erbrecht, wohl aber auf die Erbschaftsklage.

Dritter Abschnitt.

Willensmängel. Ungewollte Übergehung von Kindern.[1])

§ 494.

I. Die letztwillige Verfügung soll nach § 565 „mit Überlegung und Ernst" getroffen werden. Aber auch unüberlegte Verfügungen sind gültig. Notwendig ist nur die Testierabsicht.[2]) Wenn der Erblasser gesprächsweise oder brieflich mitteilt, nach seinem Tode werde sein ganzes Vermögen seinem Neffen zufallen, so kann dies sehr wohl als eine Andeutung aufgefaßt werden, daß der Erblasser ein Testament entsprechenden Inhaltes errichtet habe oder errichten wolle, nicht leicht wird man der Äußerung den Sinn beilegen können, daß der Erblasser eben hiemit das Testament errichten wolle. Dieser Wille (die Testierabsicht)

30) Entsch. Slg. Nr. 575, Unger § 9 Anm. 4, Politzer in der NotZ. 1884 Nr. 17, Fischer-Colbrie a. a. O. Note 18.

31) Ausnahmen: Letztwillige Erklärungen der deutschen Ordensritter, vor dem Eintritt in den Orden errichtet, behalten ihre Gültigkeit nur dann, wenn der Testator nachträglich die Genehmigung zu testieren erlangt hat (§ 12 Pat. v. 28. Juni 1840 Nr. 451); früher errichtete letztwillige Erklärungen der Deserteure verlieren durch die Desertion ihre Gültigkeit (§ 208 MStG.). Vgl. Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 130 f. und Exk. II S. 67.

32) Pfaff und Hofmann a. a. O.

33) D. h. der frühere letzte Wille gilt, wenn er die gesetzlichen äußeren Förmlichkeiten an sich trägt. Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 164 f. Unten § 497 III.

1) Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 94 ff., 113 ff., Pfersche, Irrtumslehre S. 74 ff.

2) Unger § 13, Pfaff und Hofmann S. 95 f., 148.

ist aber durchaus wesentlich.[3]) Bedient sich der Erblasser der Form der Bitte oder des Wunsches, so kann es zweifelhaft sein, ob er hiemit eine verbindliche Anordnung treffen wollte oder nicht.[4]) Es ist nicht zu übersehen, daß unsere Erblasser den altrömischen Befehlston gerne vermeiden.

II. Der Wille soll „frei von Zwang, Betrug und wesentlichem Irrtume erklärt werden" (§ 565). Die durch Zwang[5]) oder Betrug von wem immer erwirkte letztwillige Anordnung ist ungültig.

Irrtum liegt nicht schon dann vor, wenn die Erklärung ihrer äußeren Erscheinung nach dem wahren Willen nicht entspricht. Bedient sich der Erblasser einer ihm nicht geläufigen Sprache, so kann es leicht geschehen, daß er im Ausdrucke gröblich fehlgreift. Vom Standpunkte des Schulmeisters bedeutet dann jeder Mißgriff einen Irrtum des Erblassers, vom Standpunkte des Juristen muß gesagt werden: nur derjenige irrt, der dem Ausdrucke eine andere Bedeutung beilegt, als der Erblasser, mag er dabei immerhin den Schulmeister auf seiner Seite haben: „Zeigt sich, daß die bedachte Person oder die vermachte Sache nur unrichtig benannt oder beschrieben worden, so ist die Verfügung gültig" (§ 571).[6]) Die Praxis ist denn auch redlich bemüht, gegenüber dem mißlungenen Ausdrucke den wahren Willen des Erblassers zur Geltung zu bringen. Danach wurde z. B. gelegentlich die letztwillige Zuwendung an einen Verstorbenen als Bedenkung seiner Kinder aufgefaßt[7]), desgleichen die Einsetzung der „Noterben in aufsteigender Linie" als Einsetzung von (unehelichen) Seitenverwandten.[8])

„Ein wesentlicher Irrtum[9]) des Erblassers macht die Anordnung ungültig. Der Irrtum ist wesentlich, wenn der Erblasser die Person, welche er bedenken, oder den Gegenstand, welchen er vermachen wollte, verfehlt hat" (§ 570). Liegt also eine Verwechslung von Personen oder Sachen — nicht bloß eine falsche Bezeichnung vor — dann ist die Verfügung ungültig. Man nehme an, der Erblasser habe nicht seine Schwester Marie Müller, sondern seine Frau Anna Schultze als Erbin einsetzen

---

[3]) Deshalb ist ein Testamentsentwurf, auch wenn er unterschrieben ist, kein Testament. Die Aufschrift „Konzept" ist freilich nicht schlechthin maßgebend: Entsch. Slg. Nr. 13.887. Ebenso die französische Entsch. Revue trimestrielle 1908 S. 727 (Gültigkeit trotz der Aufschrift „Projet").

[4]) Entsch. Slg. III Nr. 1179, Krasnopolski V S. 84 Note 7. Der hinterlassene Brief eines Selbstmörders, worin Bitten an die Verwandten gerichtet werden, muß nicht ohneweiters als Testament behandelt werden. Entsch. Slg. III Nr. 1211. Auf „Wünsche" beziehen sich Entsch. Slg. XIV Nr. 5354, XVI Nr. 6273.

[5]) Zureden schadet nicht, wohl aber Prügel, lehrt Struben, Rechtliche Bedenken III 78.

[6]) Pfaff und Hofmann S. 114 f., Pfersche S. 86 ff. Bedenkt z. B. der Erblasser „die Kinders seines Bruders J. und P., und es zeigt sich, daß diese nicht Kinder seines Bruders, sondern der Gattin des letzteren aus einer früheren Ehe sind", so ist nicht, wie Wildner (Jurist XIX S. 200 f.) und Stubenrauch (II S. 316 Note *) annehmen, ein wesentlicher Irrtum, sondern eine falsche Bezeichnung vorhanden.

[7]) Entsch. Slg. Nr. 2632.

[8]) Entsch. Slg. VII Nr. 2868.

[9]) Pfaff und Hofmann S. 114 f., Pfersche S. 86 ff.

wollen, der Verfasser des Testamentes habe aber infolge eines Mißverständnisses oder in böser Absicht an die Stelle der Anna Schultze die Marie Müller gesetzt, das Testament sei sodann von dem Erblasser ungelesen unterschrieben und bekräftigt worden. Hier wird die Einsetzung der Marie Müller wegen wesentlichen Irrtums ungültig sein; es kann aber auch der wahre Wille des Erblassers nicht zur Geltung kommen, denn „Marie Müller" ist nicht — auch nicht subjektiv — eine unrichtige Benennung der Anna Schultze, sondern nichts anderes als die richtige Benennung der Marie Müller.[10])

Irrtum im Beweggrunde zieht Ungültigkeit der Verfügung nach sich, wenn sich erweisen läßt, „daß der Wille des Erblassers einzig und allein auf diesem irrigen Beweggrunde beruht habe" (§ 572). Wenn also der Erblasser nach Errichtung eines gültigen Testamentes ein zweites einzig und allein deswegen macht, weil er glaubt, daß die erste Verfügung (Einsetzung eines unehelichen Sohnes) gesetzwidrig und daher nichtig sei, so ist dieses zweite Testament ungültig.[11]) Wenn er aber, ohne die Nichtigkeit seiner Ehe zu kennen, seine vermeintliche Frau zur Erbin einsetzt, so ist diese Erbeinsetzung gültig, weil sich nicht erweisen läßt, daß der Erblasser diese Person nur darum eingesetzt habe, weil er sie für seine rechtmäßige Ehegattin hielt.[12]) Der bloße Nachweis, daß der vom Erblasser angegebene Beweggrund nicht zutrifft, schadet der Gültigkeit des letzten Willens nicht, der Erblasser kann ja absichtlich den wahren Grund verschleiert haben;[13]) andrerseits ist der wahre Beweggrund (immer vorausgesetzt, daß er zugleich der einzige Beweggrund ist), auch dann maßgebend, wenn er nicht angegeben ist.

Das Testament darf nicht für ungültig erklärt werden, wenn anzunehmen ist, daß seine Geltung immer noch dem Willen des Erblassers mehr entspricht als seine Vernichtung. Beispiel: Der Erblasser wollte sein uneheliches Kind zum Erben einsetzen. In der Meinung, daß dies nicht zulässig sei, setzte er die Mutter des Kindes zur Erbin ein. Wenn man das Testament um des Irrtums willen für ungültig erklärte, so würde der Nachlaß doch nicht dem Kinde, sondern den gesetzlichen Erben zufallen. Ihnen hat aber der Erblasser seine Geliebte vorgezogen.[14])

III. Wenn der Erblasser ein Kind oder genauer einen Noterben der absteigenden Linie übergangen, d. h. weder bedacht noch ausdrücklich enterbt hat, so entsteht die Frage, ob er das geflissentlich getan hat, um den Übergangenen auszuschließen, oder ob er unter dem Einflusse einer irrigen Voraussetzung stand. Im ersten Falle ist das übergangene Kind enterbt, kann also nur den Pflichtteil verlangen (§ 776) und auch den nicht, wenn sich ein Enterbungsgrund nachweisen läßt (§ 782). Anders

[10]) Dernburg, BürgR. V § 42 Note 12. Anders Danz, Auslegung 3. Aufl. S. 288.

[11]) Entsch. Slg. Nr. 2734, doch vgl. unten bei Note 14.

[12]) Entsch. Slg. Nr. 15.173.

[13]) Pfaff und Hofmann S. 118 ff., Pfersche S. 80 ff.

[14]) Entsch. Slg. Nr. 2734. Pfaff und Hofmann II S. 120 f., Leonhard, Der Irrtum 2. Aufl. I S. 262 f.

wenn der Erblasser das Kind nicht absichtlich übergangen hat. Dann wird der letzte Wille im Sinne des Erblassers berichtigt (§ 777) und nur wenn dafür kein Anhaltspunkt (die Behandlung anderer Kinder) vorliegt, wie in den Irrtumsfällen aber mit gewissen Einschränkungen vernichtet (§ 778). In dieser Weise wird vorgegangen

a) wenn dem Erblasser zur Zeit der Errichtung des letzten Willens[15]) das Dasein des Kindes nicht bekannt war: er hatte von der Geburt keine Kenntnis oder hielt es für verstorben;

b) wenn ihm zwar das Dasein, aber nicht die Abstammung bekannt war; er hielt es für das Kind eines andern;[16])

c) wenn das Kind erst nach der Errichtung des letzten Willens geboren oder legitimiert oder als Wahlkind[17]) angenommen worden ist. Hieher gehört auch der Fall, daß dem Erblasser zur Zeit der Testamentserrichtung die Schwangerschaft seiner Frau bekannt ist oder daß eine schwangere Frau in Kenntnis ihres Zustandes testiert. Denn auch in diesem Falle ist nicht das Dasein des Noterben bekannt, vielmehr ist der Noterbe noch nicht da.[18])

Immer erhält das übergangene Kind, wenn andere Kinder im letzten Willen mindestens mit dem Pflichtteil bedacht sind, so viel aus dem Nachlasse wie das am mindesten begünstigte Kind (§ 777), und zwar nicht als Noterbe, sondern als Miterbe oder (wenn nämlich der mindest Begünstigte nur ein Vermächtnis erhält) als Vermächtnisnehmer.[19]) Der „am mindesten begünstigte" Erbe ist der im Testamente am ungünstigsten behandelte. Mit weniger als dem Pflichtteile muß der übergangene keinesfalls vorlieb nehmen, mit dem Pflichtteile muß er sich jedoch begnügen, wenn der am mindesten bedachte Noterbe nur den Pflichtteil erhält.[20]) Beim Zusammentreffen mehrerer Nachkommen verschiedenen

[15]) Oder Erbvertrages, vgl. Ofner, Prot. II S. 399.

[16]) Unger § 87 Note 4, Stubenrauch 8. Aufl. II S. 947 Note 3.

[17]) Entsch. Slg. Nr. 1974. Vgl. auch Entsch. Slg. I Nr. 116. Art. 888 Codice civile.

[18]) Entsch. Slg. Nr. 6317, 11.245, 14.730.

[19]) Krasnopolski V S. 242, Schiffner, Gesetzliche Vermächtnisse S. 124 ff.; vgl. auch Zeiller, Komm. II S. 793, Stubenrauch, Komm. 8. Aufl. I S. 949 Note 2, v. Anders, Grundriß S. 138. A. M. Unger, Erbrecht § 87.

[20]) v. Anders, Grundriß S. 137. A. M. Unger § 87 Note 8 (ebenso Schiffner, Gesetzliche Vermächtnisse S. 124 Note 42, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 949 Note 1, Krasnopolski V S. 243, Entsch. Slg. Nr. 5389, vgl. auch Nr. 207): für „begünstigt" könne man das auf den Pflichtteil gesetzte Kind nicht ansehen, da dieses eben nur erhalte, was es ohnehin bekommen müsse. Die Unrichtigkeit dieser Auslegung ergibt sich aus ALR. II 2 § 44. Daß die Sachlage dort in wesentlichen Stücken eine andere ist, ist richtig; dies berechtigt uns jedoch nicht, der dem ALR. entlehnten Wendung ohne Not für das österr. R. einen besonderen Sinn beizulegen. Auch die Rücksicht auf den mutmaßlichen Willen des Erblassers bietet hiezu keine Veranlassung. Denn es ist nicht richtig, daß „die Beschränkung eines Kindes auf den Pflichtteil immer von ganz individuellen Umständen abhängt". Recht häufig kommt es vor, daß der Erblasser zu Gunsten seiner Gattin oder einer dritten Person (vgl. den Rechtsfall Slg. Nr. 207) alle (bekannten)

Grades kommt das Eintrittsrecht zur Geltung, so daß z. B. ein übergangener Sohn möglicherweise soviel erhält wie mehrere eingesetzte Enkel zusammengenommen[21]) und mehrere übergangene Enkel möglicherweise zusammen soviel wie ein eingesetzter Sohn.[22])

Sind andere im Testamente mindestens mit dem Pflichtteile bedachte Noterben der absteigenden Linie nicht vorhanden, so insbesondere wenn der Erblasser sein einziges Kind irrtümlich übergangen hat oder wenn er zur Zeit der Testamentserrichtung kinderlos war, dann wird der letzte Wille entkräftet[23]) und es tritt die gesetzliche Erbfolge ein. Nur die zu öffentlichen Anstalten, zur Belohnung geleisteter Dienste und zu frommen Absichten bestimmten Vermächtnisse[24]) bleiben gültig, soweit sie den vierten Teil der Verlassenschaft nicht übersteigen (§ 778).[25]) Daß der Erblasser nach Errichtung des letzten Willens von dem Dasein des übergangenen Noterben Kenntnis erlangt, ändert nichts an den gesetzlichen Wirkungen der Übergehung.[26]) Stirbt jedoch der Noterbe vor dem Erblasser, so bleibt das Testament gültig (§ 778, Schlußsatz).[27])

Enterbungsgründe schließen den übergangenen nicht aus[28]), wohl aber Erbunwürdigkeit. Ist für den künftigen Noterben im Testamente eine „Vorsehung getroffen worden" (§ 778)[29]), so ist er nicht übergangen, muß sich also, wenn die Zuwendung den Pflichtteil nicht erreicht, mit der Pflichtteilsergänzung (§ 775) begnügen: so (im Zweifel) wenn das Testament eine Verfügung zu Gunsten der „gesetzlichen Erben" — also auch zu Gunsten des Nachgeborenen — enthält.[30]) Vorfahren können bei (irrtümlicher oder absichtlicher) Übergehung nur den Pflichtteil fordern: § 781. „In allen Fällen, wo einem Noterben der gebührende Erb- oder Pflichtteil gar nicht oder nicht vollständig ausgemessen worden ist," müssen die ausdrücklich bedachten Personen[31]) zu seiner vollständigen Entrichtung beitragen: § 783. Hat z. B. der Erblasser seine Frau zu einem Viertel und seinen Sohn Peter zu drei Vierteln eingesetzt, dann

---

Kinder gleichmäßig auf den Pflichtteil beschränkt. In diesem Falle wird sich auch der irrtümlich übergangene mit dem Pflichtteile begnügen müssen, zumal ja in § 777 a. E. eine „Begünstigung" nicht vorausgesetzt ist.

21) Vgl. Unger § 87 Note 10.

22) Vgl. das Beispiel v. Haans in Ofners Prot. I S. 481.

23) Das Recht der übergangenen Noterben, die Erklärung des letzten Willens umzustoßen, verjährt gemäß § 1487 in drei Jahren. Es steht auch den Erben des Noterben zu: Entsch. Slg. Nr. 14.730, Unger § 87 Note 17.

24) Die Schule ist zur Zeit der Redaktoren nicht mehr pia causa, sondern „öffentliche Anstalt"; gerade deshalb sind im § 778 die öffentlichen Anstalten neben den zu frommen Absichten bestimmten Vermächtnissen genannt.

25) Bezüglich der Familienfideikommisse vgl. Pfaff und Hofmann zu § 628.

26) Unger § 87 Note 7, Stubenrauch, Komm. 8. Aufl. I S. 950 Note 4; anders ALR. II 2 § 450.

27) Ebenso Art. 889 Codice civile.

28) Unger § 83 Note 13, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 945, Krasnopolski V S. 230; a. M. Zeiller, Komm. zu § 782.

29) Ebenso Art. 888 Abs. 3 Codice civile.

30) Entsch. v. 7. April 1915 Gellers ZBl. 1916 S. 42 und GH. 1915 Nr. 48.

31) Die Erben und Vermächtnisnehmer gleichmäßig, nicht zunächst nur die Erben, unten § 528 III.

aber noch einen Sohn Paul bekommen, so gilt gemäß § 777 auch dieser als zu drei Vierteln eingesetzt. Die Erbteile werden nun gemäß § 783 verhältnismäßig herabgesetzt, so daß die Frau ein Siebentel und jedes Kind je drei Siebentel erhält.

Vierter Abschnitt.

Auslegung. Bestimmung der Erbteile. Anwachsungs- und Eintrittsrecht.

§ 495.

I. Die Erklärung des letzten Willens soll nach § 565 „bestimmt" sein. Das ist heutzutage[1]) eine nichtssagende Forderung.[2]) Die Frage ist ja nicht, ob der Erblasser etwas, sondern was er bestimmen muß. Die Antwort ergibt sich aus den einzelnen Anordnungen des Gesetzes: er kann die Ernennung des Erben nicht einem Dritten überlassen (§ 564), muß aber nicht die Erbteile bestimmen (§ 560) usf. Sicher falsch ist die Behauptung, daß die letzte Willenserklärung deutlich sein müsse. Das Gesetz verlangt das nicht. § 697, auf den sich Krainz beruft, wendet sich nicht gegen undeutliche, sondern gegen „ganz unverständliche" Bedingungen. Den Sinn einer undeutlichen Bestimmung muß eben die Auslegung klarstellen.[3]) Zweifeln hilft oft eine gesetzliche Auslegungsregel ab, insbesondere die Regel, daß unter verschiedenen Auslegungen diejenige vorzuziehen ist, bei der die Anordnung Erfolg haben kann, also erlaubt und möglich ist usf.[4])

Die Unwirksamkeit einer Anordnung zieht im Zweifel nicht auch die Unwirksamkeit der übrigen Anordnungen desselben Testamentes nach sich.[5]) Auch Lücken machen das Testament im Zweifel nicht ungültig. Es schadet also nicht, wenn sich der Erblasser vorbehalten hat, die Erbteile[6]) nachträglich zu bestimmen oder wenn er den Raum für die nachträgliche Bestimmung im schriftlichen Testamente freigelassen hat;[7]) anders nur, wenn bewiesen werden kann, daß der Erblasser die Verfügung nicht ohne die Ergänzung gelten lassen wollte (vgl. § 2086 DBGB.).

Das Testament ist nicht etwa bloß aus sich selbst auszulegen. Daß „von dem Erblasser angezeigte schriftliche Bemerkungen" zur Er-

[1]) Anders nach älterem römischem Rechte. Ulpian XXII 4: „Certum consilium debet esse testantis." Deshalb konnte — vor Justinian — eine persona incerta nicht zum Erben eingesetzt werden.

[2]) Man kann freilich Verschiedenes hineinlegen: Pfaff und Hofmann II S. 96.

[3]) Die Beteiligten können die Entscheidung des Streites über die Auslegung nicht dem Abhandlungsgerichte (im Verfahren außer Streitsachen) anheimstellen: Entsch. Slg. VIII Nr. 3061.

[4]) § 655 ABGB., vgl. § 2084 DBGB.

[5]) § 2085 DBGB.

[6]) Vgl. auch Entsch. Slg. Nr. 11.741.

[7]) A. M. Pfaff und Hofmann II S. 66.

läuterung des letzten Willens verwendet werden können, sagt § 582 ABGB. ausdrücklich. Aber dasselbe gilt für im Testamente nicht bezogene Schriftstücke; so kann z. B. der Testamentsentwurf[8]) oder ein älteres Testament oder ein Brief zur Erläuterung beitragen. Auch mündliche Äußerungen z. B. gegenüber dem Testamentsverfasser sind zu beachten.[9]) Beispiel: Der Erblasser hatte in seinem Testamente erklärt: „Das gesetzliche Erbrecht der von mir geschiedenen Gattin bleibt unberührt." Die Gattin erwirkte später die Trennung und heiratete einen andern. Nach der Zeugenaussage des Advokaten, der das Testament verfaßt hatte, hatte der Erblasser von dieser Möglichkeit gesprochen, er wollte der Frau auch für diesen Fall (trotz § 1266) den gesetzlichen Erbteil gewahrt wissen.[10]) Eine solche Äußerung könnte aber der Frau kein Erbrecht geben, wenn in das Testament überhaupt keine Bestimmung zu ihren Gunsten aufgenommen worden wäre. Denn die Auslegung muß im Testamente „irgend einen, wenn auch noch so geringen Anhalt finden" und darf „dem völlig unzweideutig ausgedrückten Willen nicht geradezu zuwiderlaufen".[11])

Maßgebend sind für die Auslegung die Verhältnisse zur Zeit der Errichtung des letzten Willens, so z. B. hinsichtlich der Währung, HfD. vom 13. November 1811, JGS. Nr. 962. „Wenn aber dieser Zeitpunkt nirgends aufgezeichnet ist und auch nicht in anderen Wegen glaubwürdig ausgewiesen werden kann, so tritt die Vermutung für den Sterbetag des Erblassers ein und sind also nach diesem die Vermächtnisse zu berechnen" (§ 4 HfD. von 1811). Bei Ausdrücken wie „gesetzliche Erben", „Pflichtteil" kann die Auslegung ergeben, daß der Erblasser das Gesetz zur Zeit der Testamentserrichtung im Auge gehabt und demgemäß bestimmte Personen oder einen bestimmten Bruchteil gemeint habe. Im Zweifel aber liegt darin einfach eine Verweisung auf das Gesetz als solches und dann entscheidet das Gesetz zur Zeit des Erbfalles, nicht als Wille des Erblassers, sondern eben als Gesetz.[11a])

II. Die Zweifel können die Erbteile betreffen.[12])

1. Mit der Bestimmung der Erbteile befassen sich die §§ 554 bis 559. Hat der Erblasser einen einzigen oder auch mehrere Erben ohne Bestimmung dessen berufen, was ihm oder ihnen zugedacht ist[13]), so erhält der einzige Erbe den ganzen Nachlaß und die mehreren Erben erhalten ihn zu gleichen Teilen (§§ 554, 555).[14]) Ist das, was der

[8]) Entsch. Slg. XIII Nr. 4969.

[9]) Pfaff und Hofmann II S. 165, Danz, Auslegung 3. Aufl. S. 282; dagegen Entsch. v. 28. Sept. 1915 NotZ. 1916 Nr. 29.

[10]) In diesem Sinne wurde die Verfügung ausgelegt: Entsch. Slg. XVI Nr. 6484.

[11]) So RGKomm. zu § 2084 DBGB.

[11a]) Entsch. RG. Bd. 59 S. 80. A. M. Gortany NotZ. 1915 Nr. 38, Wn., Die letztwillige Beschränkung auf den Pflichtteil und die Novelle GZ. 1915 Nr. 40.

[12]) Zum folgenden: Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 65—84, insbesondere „Zur Auslegung der §§ 555, 559 BGB." auch den Ungenannten in der NotZ. 1891 Nr. 40, dazu Moro ebda. Nr. 42 und Ofner ebda. Nr. 44.

[13]) Dies bedeutet das Wort „unbestimmt" im § 554: Pfaff und Hofmann S. 65.

[14]) § 2091 DBGB.

einzig Ernannte, oder was die mehreren Erben erhalten sollen, bestimmt bezeichnet, ohne jedoch so geartet zu sein, daß es den Nachlaß erschöpft, dann erhalten, abweichend vom römischen Rechte[15]), den Rest die gesetzlichen Erben (§§ 554, 556), und zwar im Zweifel auch dann, wenn sie zugleich testamentarische Erben sind.[16]) Wenn jedoch der Erblasser erkennen läßt, daß die mehreren Berufenen das Ganze erhalten sollen, ist anzunehmen, daß er sich in der Berechnung der einzelnen Teile oder in der Aufzählung der einzelnen Stücke geirrt habe, und dann wären die Erbteile im Verhältnis so zu erhöhen, daß sie das Ganze erschöpfen (§ 556).[17]) Sind von den mehreren berufenen Erben einige zu bestimmten, andere zu unbestimmten Teilen eingesetzt, so teilen diese den nach Abzug der bestimmten Teile verbleibenden Nachlaß zu gleichen Teilen (§ 557) — es sei denn, daß die bestimmten Teile schon für sich den Nachlaß ganz erschöpfen, wo dann wieder ein Irrtum in der Berechnung der Anteile angenommen und dieser vom Gesetze dahin berichtigt wird, daß dem unbestimmt eingesetzten Erben wenigstens so viel, als dem am mindesten Bedachten unter den bestimmt Eingesetzten, bei Gleichheit der bestimmten Teile aber ein gleicher Erbteil zugewiesen werde (§ 558.[18]) Auch in anderen Fällen, wo der Erblasser sich verrechnet hat, ist so zu teilen, wie es mit Berücksichtigung aller Umstände dem wahrscheinlichen Willen des Erblassers entspricht (§ 558).

Eine besondere Auslegungsregel greift ein, wenn der Erblasser Personen zu Erben berufen hat, von denen einige bei der gesetzlichen Erbfolge gegenüber anderen nur *nach Stämmen* erben würden; diese Stammerben werden, wenn ihre Erbteile nicht bestimmt worden sind, auch bei der testamentarischen Erbfolge als Erben nach Stämmen behandelt (§ 559). Dies setzt *nicht* voraus, daß *nur* Verwandte berufen sind.[19]) Doch ist die Regel nicht anwendbar, wenn Verwandte samt ihren Nachkommen eingesetzt sind oder wenn nicht alle Glieder eines Stammes berufen sind (z. B. der Bruder A und von den vier Kindern des Bruders B nur der C), oder wenn die Berufenen zwar miteinander, aber nicht mit dem Erblasser verwandt sind.[20]) Hat dagegen der Erblasser neben natürlichen Personen auch Körperschaften oder andere Personeninbegriffe zu Erben berufen, so werden diese immer nur für eine Person angesehen (§ 559, Schlußsatz).

2. Wieder andere und besondere Regeln gelten in dem Falle, da der Erblasser mehrere Erben berufen und für den Fall, daß einer oder

[15]) Nämlich von der Regel: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. Pfaff und Hofmann S. 66 f.

[16]) § 2088 DBGB. Kipp § 46, Krasnopolski V S. 90.

[17]) Pfaff und Hofmann S. 71 f. § 2089 DBGB.

[18]) Pfaff und Hofmann S. 75 f. § 2092 DBGB.: Beispiel: „A, B und C sollen meine Erben sein, und zwar A zu $^2/_3$, B zu $^1/_3$." Hier erhalten A $^1/_2$, B und C je $^1/_4$.

[19]) Ofner, Prot. I S. 334, Pfaff und Hofmann S. 81, Krasnopolski V S. 92; a. M. Krainz.

[20]) Die Auslegungsregel des § 559 weicht nicht nur einer gegenteiligen ausdrücklichen Erklärung, sie muß auch dann zurücktreten, „wenn ein solcher

einige von ihnen wegfallen, nicht bestimmt hat, was mit deren Erbteilen geschehen soll. Nach römischem Rechte wuchs in solchem Falle[21]) der erledigte Erbteil stets den übrigen Erben zu (Anwachsungsrecht); nach österreichischem Rechte aber[22]) tritt das Anwachsungsrecht nur ein, wenn es dem Willen des Erblassers entspricht.[23]) Im Zweifel ist nach dem Gesetze anzunehmen — was freilich gerade bei Erbeinsetzungen kaum zutreffen dürfte[24]) —, daß der Erblasser, indem er den Anteil des Bedachten genau bestimmt, sagen wolle, nicht nur, daß der Bedachte soviel, sondern auch, daß er auf keinen Fall mehr erhalten solle. Danach wächst also der einem Bedachten, der nicht erben konnte oder wollte, zugewendete Teil nicht einem solchen Erben zu, dessen Erbteil der Größe nach genau bestimmt ist (z. B. ein Drittel), wohl aber jenem testamentarisch Mitberufenen, dessen Erbteil gar nicht oder nur mit dem allgemeinen Ausdrucke, daß er den übrigen gleich sein solle, bestimmt worden ist (§ 560). Es hat also ganz verschiedene Wirkungen, wenn der Erblasser drei Erben „zu gleichen Teilen"[25]), und wenn er jeden der drei Erben „zu einem Drittel" beruft.[26]) Ist kein unbestimmt eingesetzter Erbe mehr da, so greift rücksichtlich des erledigten Erbteils die gesetzliche Erbfolge Platz (§ 562). Sind unter den übrigen Erben einige bestimmt, andere unbestimmt eingesetzt, so kommt das Anwachsungsrecht nur den unbestimmt Eingesetzten zu statten (§ 561). Sind endlich mehrere Miterben nur zu einem Teile der Erbschaft unbestimmt berufen (z. B. A und B sollen den dritten Teil des Nachlasses erhalten), dann kommt ihnen das Anwachsungsrecht nur innerhalb dieses Teiles zu (d. h. dem A kann nur das Sechstel des B anwachsen, nicht auch der Erbteil irgend eines andern Miterben).[27])

Die Anwachsung setzt voraus, daß der Berufene verzichtet hat, ausschlägt, vor dem Erblasser gestorben oder erbunfähig ist. Der Ersatzerbe und der Erbeserbe (§ 537) gehen dem Miterben vor, so wie dieser wieder mit seinem Anwachsungsrechte den gesetzlichen Erben, den Vermächtnisnehmer (§ 726) und den Staat ausschließt.

Der erledigte Erbteil wächst dem Miterben von selbst zu. Hat sich also der eine unbestimmt Eingesetzte als Erbe erklärt und schlägt dann erst der andere aus, so ist eine zweite Erbserklärung nicht erforderlich: die erste umfaßt von selbst auch den nun anwachsenden Erbteil. Daß Erbfähigkeit zur Zeit der Ausschlagung des Miterben nicht nötig ist, versteht sich von selbst.

„Wer den erledigten Erbteil erhält, übernimmt auch die damit ver-

---

Wille nicht in direkten Worten erklärt, aber deutlich erkennbar ist (vgl. § 683 a. E.)": Pfaff und Hofmann S. 81 f., Entsch. Slg. Nr. 13.285, 15.966, V Nr. 646.

21) Nach der in Note 15 angeführten Regel. F. Hofmann, Kritische Studien S. 55 ff.

22) Da nach diesem die Regel der Note 15 nicht gilt.

23) Pfaff und Hofmann II S. 85 f. (Vgl. überhaupt über das Anwachsungsrecht S. 84—92).

24) Hofmann, Krit. Studien S. 67.

25) Oder auch: „zu drei gleichen Teilen". Entsch. Slg. I Nr. 361.

26) Ebenso nach italienischem Rechte: Art. 881 Codice civile.

27) Pfaff und Hofmann S. 89 f.

knüpften Lasten, insofern sie nicht auf persönliche Handlungen des eingesetzten Erben eingeschränkt sind" (§ 563).[28]) Wie, wenn die Lasten den Vorteil übersteigen? Für diesen Fall trifft das Gesetz keine Vorsorge.[29]) Zeiller[30]) meint, das Anwachsungsrecht sei „ein Permissivrecht, worauf der Miterbe, vielleicht weil die Last den Vorteil zu überwiegen scheint, Verzicht tun kann". Die herrschende Lehre[31]) will sich mit diesem Ausschlagungsrechte nicht befreunden, weil der Erbe einen Erbteil nicht zum Teile antreten und zum Teile ausschlagen könne. Aber diese Regel ist nicht ausnahmslos (§ 808), und dann: steht es denn von vornherein fest, daß der vergrößerte Erbteil in jeder Hinsicht als ein Erbteil zu behandeln ist? Hat der Erblasser die Teile verschieden belastet, dann hat er sie unterschieden und wir dürfen sie wohl auch bei der Anwachsung unterscheiden. Da nun das Gesetz dem Miterben gegen die Nachteile der Anwachsung keinen besonderen Schutz bietet, dürfen wir mit Fug annehmen, daß es in dem (von Zeiller selbst vorgeschlagenen!) § 563 eben jenes Ausschlagungsrecht voraussetze, das die herrschende Meinung ablehnt.[32])

Anwachsungsrecht (nach Stämmen) gilt auch bei der gesetzlichen Erbfolge.[33]) Bei der besonderen Erbfolge nach katholischen Weltgeistlichen fällt jedoch das erledigte Verwandtendrittel dem Staate zu.[34]) Im übrigen findet auch hier Anwachsung statt.[35])

III. Wie hinsichtlich des Erbteiles, so können auch hinsichtlich der Person des Bedachten Zweifel entstehen.

1. Der Erblasser kann den Erben mittelbar — durch eine Eigenschaft oder ein Verhältnis — bezeichnen. Er setzt z. B. den Erzbischof von Zara zum Erben ein; gemeint ist diejenige Person, die zur Zeit des Erbfalles Erzbischof von Zara sein wird.[35a]) Die Einsetzung der „Kinder"[35b]), der „Verwandten"[36]), der „Dienstpersonen" (oder: der Wirtschafterin, der Köchin usf.)[37]) sind so auszulegen, wie die entsprechenden

[28]) Nicht auch — im Zweifel (§ 702) — Bedingungen.

[29]) Anders § 2095 DBGB. und — was sehr zu beachten ist — schon § 287 ALR. I 12.

[30]) Komm. zu § 563.

[31]) Pfaff und Hofmann S. 87, Krasnopolski V S. 93, auch v. Anders S. 83, der die Unabweislichkeit der Anwachsung wenigstens de lege ferenda mißbilligt.

[32]) Dafür auch Till (nach v. Zoll GZ. 1907 Nr. 52).

[33]) Entsch. Slg. Nr. 3780. Unger § 38 Anm. 6, Pfaff und Hofmann II S. 88 f. Dagegen Krainz mit Berufung auf MStG. § 208 (betreffend die Deserteure).

[34]) HfD. v. 18. Juli 1772, v. Mahl-Schedl im StWB. 2. Aufl. II S. 246, Pfaff und Hofmann II S. 89 Note 25 a.

[35]) Entsch. Slg. Nr. 7805.

[35a]) Entsch. Slg. Nr. 7498.

[35b]) Vgl. § 2068 DBGB.

[36]) Vgl. § 2067 DBGB. Krasnopolski V S. 89 Note 1. „Freundschaft": Entsch. v. 7. Okt. 1914 NotZ. 1915 Nr. 15. Kubinger, über Bedachtnahme auf die nächsten Verwandten als Erben in Ehepakten unter Voraussetzung der Gütergemeinschaft in der NotZ. 1883 Nr. 8; dazu Klug ebda. Nr. 10, Pfeffer ebda. Nr. 14, Breinreich Nr. 15, Entsch. Slg. Nr. 13.613.

[37]) § 2071 DBGB.

Vermächtnisse (§§ 681 bis 683, unten § 521). Zuweilen setzt der Erblasser diejenige Person ein, die ihn vor seinem Tode verpflegen wird;[38] das Krankenhaus ist damit schwerlich gemeint. Hat der Erblasser seine Seele zum Erben eingesetzt, so wird ein Drittel des Nachlasses auf Messen verwendet, das übrige fällt den Ortsarmen mit der Verpflichtung zu, für den Verstorbenen zu beten (HKzD. vom 17. September 1812, JGS. Nr. 1006).[39]

2. Ist die Bezeichnung des Erben mehrdeutig, d. h. paßt sie auf mehrere Personen, so wird die Einsetzung auf diejenige Person zu beziehen sein, die dem Erblasser am nächsten stand. So wurde die Einsetzung des „Johann" für gültig erklärt und angenommen, daß ein Mann dieses Namens gemeint sei, mit dem die Erblasserin in gemeinsamem Haushalte lebte.[40] Läßt sich die Frage, wer wirklich gemeint ist, nicht mit hinlänglicher Sicherheit entscheiden, dann bleibt nichts übrig, als das Zugedachte unter diejenigen Personen zu verteilen, die gemeint sein können. „Wenn man hiedurch dem Willen des Erblassers nicht völlig gerecht wird, und das ist in diesem Falle unmöglich, weil er nicht erkennbar ist, so kommt man ihm jedenfalls auf diese Weise näher, als wenn man, der bloßen Logik folgend, niemandem etwas gewährt."[41] Die herrschende Lehre[42] schreckt davor nicht zurück. Wenn also der Erblasser z. B. die Rettungsgesellschaft in X als Erbin einsetzt und nun keine der beiden in X bestehenden Rettungsgesellschaften nachweisen könnte, daß gerade sie gemeint wäre, so müßte der Nachlaß den gesetzlichen Erben zufallen, und dies — nach der „bloßen Logik" — selbst dann, wenn sich die beiden Gesellschaften (wie das in der Praxis zu geschehen pflegt) über ihre widerstreitenden Ansprüche vergleichen wollten.[43]

3. In der ersten Linie (Nachkommen des Erblassers) gilt auch bei

[38]) Entsch. Slg. Nr. 1529, VIII Nr. 3002, XIV Nr. 5714; Zuwendung: „à celui qui me soignera", Planiol, Droit civil III 3010.

[39]) Mauczka in der GZ. 1907 Nr. 10, Gál in der ZRG. 1908 S. 237.

[40]) Entsch. Slg. Nr. 7491, ALR. I 12 § 540. Ebenso schon Entsch. der Obersten Justizstelle v. 7. Okt. 1823 Z. 6363: Die „Resi" und die „Babi" sind die Verwandten, die diesen Vornamen führen.

[41]) Dernburg, B. R. V S. 125. ALR. I 12 § 542. DBGB. § 2073. v. Anders S. 23.

[42]) Unger § 13 Note 4, Pfaff und Hofmann II S. 116, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 778 Note 2.

[43]) Schwierigkeiten können auch bei Bedenkung eines Ungeborenen im Falle der Geburt von Zwillingen entstehen. Vgl. den vielerörterten Schulfall l. 13 D. de lib. et. post. 28, 2 (Pfaff und Hofmann II S. 75, Fuchs, Rechtsfälle S. 23 ff., Fragekasten in der GH. 1915 S. 41, 53, 81 u. a.). Der Erblasser hat verfügt, das Kind solle, wenn es ein Knabe sei, $^2/_3$, wenn ein Mädchen $^1/_3$ des Nachlasses, die Mutter im ersten Falle $^1/_3$, im zweiten $^2/_3$ erhalten. Es wird ein Knabe und ein Mädchen geboren. Die Entscheidung fällt nicht schwer, wenn man sich klar macht, daß die Mutter nicht etwa für die Geburt eines Knaben mit $^1/_3$ und für die eines Mädchens mit $^2/_3$ gewissermaßen belohnt werden, sondern einfach in jedem Falle den Rest erhalten sollte. Somit ist für sie unzweifelhaft der ungünstigere von beiden Fällen (Einsetzung auf $^1/_3$) eingetreten und danach die verhältnismäßige Herabsetzung der Erbteile (§ 558) vorzunehmen.

testamentarischen Zuwendungen das Eintrittsrecht: Hat der Erblasser ein Kind testamentarisch bedacht, und ist es vor ihm verstorben, ohne daß für diesen Fall bestimmt worden wäre, was mit dem erledigten Erbteil oder Vermächtnis zu geschehen habe, so wird, wenn dieses vorverstorbene Kind Abstämmlinge[44]) hinterlassen hat, angenommen, daß er den Erbteil oder das Vermächtnis ihnen habe zuwenden wollen (§ 779). Sie erlangen das Erbrecht nicht durch Transmission[45]), sondern kraft mutmaßlichen erblasserischen Willens, und sind daher als testamentarische Erben (stillschweigend berufene Ersatzerben) zu betrachten. Diese Bestimmung gilt insbesondere auch, wenn der Erblasser mehrere Kinder zu unbestimmten Teilen zu Erben berufen hat und eines von ihnen mit Hinterlassung von Abstämmlingen vor ihm stirbt; hier ist nicht § 560, sondern § 779 anzuwenden. Das Eintrittsrecht gilt übrigens nur in Fällen, in denen der Erblasser das Kind näheren Grades — wenn auch nur mit dem Pflichtteile[46]) — letztwillig bedacht hat[47]), oder es bedacht hätte, wenn er um sein Dasein gewußt hätte[48]), keineswegs aber, wenn sein Wille auf das Gegenteil gerichtet war, wie bei wissentlicher Übergehung oder ausdrücklicher Enterbung (§§ 780, 782), oder im Falle der Erbunwürdigkeit des näheren Nachkommen (§ 541).

Ist der Eingesetzte kein Nachkomme des Erblassers, so gilt § 779 nicht. An die Stelle des Vorverstorbenen treten also nicht schon kraft einer allgemeinen gesetzlichen Auslegungsregel dessen Abstämmlinge. Aber verständige Auslegung kann im einzelnen Falle ergeben, daß ihr Nachrücken dem Willen des Erblassers entspricht.[49])

Fünfter Abschnitt.

Die Testamentsformen.

§ 496.

1. Im allgemeinen.[1])

1. Den letzten Willen muß der Erblasser persönlich in der vorgeschriebenen Form erklären. Diese Erklärung darf nicht in der bloßen

[44]) Darunter sind jetzt auch die unehelichen Kinder der (ehelichen oder unehelichen) Tochter zu verstehen, aber nicht auch Wahlkinder. Vgl. Totz in der NotZ. 1903 Nr. 29.

[45]) Allerdings knüpft die Bestimmung geschichtlich an die sog. transmissio Theodosiana an. Gruchot, Preuß. Erbrecht III S. 244.

[46]) Entsch. Slg. XIII Nr. 4975.

[47]) Vgl. Ofner, Prot. II S. 552: Bei der Superrevision wurde folgende Bestimmung vorgeschlagen: „Stirbt ein in einem Testamente bedachtes Kind vor dem Erblasser und hinterläßt Abstämmlinge, so gebührt ihnen auch ohne neuerliche Anordnung der für den Verstorbenen bemessene Anteil." „Da aber die vorgeschlagene Stelle schon in den Worten des § 774 (?) enthalten ist, so wurde beschlossen, selbe nicht beizusetzen." Es soll wohl heißen: § 777 (= BGB. § 779). Vgl. auch ALR. II 2 § 443, DBGB. § 2069, Art. 890 Codice civile und JB. Nr. 44 Slg. Nr. 2075.

[48]) Also auch bei irrtümlicher Übergehung (§§ 777, 778), a. M. Unger, Erbrecht § 87 Note 5.

[49]) Dernburg V § 42, Kipp, Lehrbuch II 3 § 19, Danz, Auslegung S. 286.

[1]) v. Lakenbacher, Materialien zur

Bejahung eines ihm gemachten Vorschlages bestehen (§ 565).[2] Die eingebende Frage: „Setzst du den A zum Erben ein?" schadet also nicht, wenn die Antwort lautet: „Ja, ich setze den A zum Erben ein." Das bloße „Ja"[3] würde nicht genügen, denn man kann nicht wissen, ob der Erblasser — vielleicht ein Sterbender, dem in dieser Weise ein letzter Wille abgewonnen werden soll — die Frage genau verstanden habe. Wohl aber genügt die einfache Bejahung zur vorgeschriebenen Bekräftigung eines fremdhändigen Testamentes (§ 579).

2. Nach ihrer Form sind die Testamente einzuteilen (§ 577)[4] in private (begünstigte und nicht begünstigte) und öffentliche. Die privaten sind rein schriftlich (eigenhändig) oder zugleich schriftlich (fremdhändig) und mündlich oder rein mündlich; öffentliche Testamente sind das gerichtliche, das notarielle und das Konsulartestament.

3. Ein Privattestament ist ungültig (§ 601), wenn eine Formvorschrift verletzt worden ist, deren Beobachtung das Gesetz nicht ausdrücklich der bloßen Vorsicht überlassen hat (siehe die Schlußsätze der §§ 578, 580 und 585).[5] Beim gerichtlichen Testamente hebt das Gesetz nicht hervor, was wesentlich und was nur Ordnungsvorschrift ist.

Auch ein formwidriges Testament kann durch die Anerkennung[6] der Beteiligten (der gesetzlichen Erben) oder durch Verjährung (§ 1487) dauernde Geltung erlangen.

Daß Formvorschriften wie andere Gesetze nach dem Zwecke[7] und nicht bloß nach dem Buchstaben auszulegen sind, ist bekannt (oben § 120).

2. Private letztwillige Erklärungen.

a) Nicht begünstigte Erklärungen.

§ 497.

α) Das eigenhändige und das fremdhändige Testament.

I. Das eigenhändige (holographe) Testament.[1] Eine Novelle Valentinians III. von 446 hat das zeugenlose eigenhändige Testament anerkannt.[2] Es hat sich im französischen und im österreichischen Gewohnheitsrechte behauptet, obwohl es dem justinianischen Rechte fremd

Reform des bürg. R. GH. 1905 Nr. 47, 48, v. Krasnopolski V § 9, v. Ant[illegible]

[2] Reform des bürg. R. GH. 1905 Nr. 47, II S. 48, v. Krasnopolski V § 9, v.

[3] Vgl. auch Entsch. Slg. XII Nr. 4748.

[4] Pfaff und Hofmann II S. 138 bis 140.

[5] Pfaff und Hofmann II S. 207.

[6] Entsch. Slg. VI Nr. 2226. Krasnopolski V S. 49, v. Anders S. 35.

[7] Danz, Können Testamente mit Formfehlern aufrecht erhalten werden? DJZ. 1909 Nr. 5, Derſ., Die Auslegung 3. Aufl. S. 296.

Formfehlern aufrecht erhalten werden? DJZ. 1909 Nr. 5, Derſ., Die Auslegung 3. Aufl. S. 296.

Die Mängel des holographen Testamentes in der NotZ. 1901 Nr. 1, 2, W. Brock, Das eigenhändige Testament 1900, Danz, Alte und neue Art der Rechtsprechung Recht 1913 Nr. 11 (dazu Alb. Ehrenzweig GZ. 1913 Nr. 51).

[2] „Aus Courtoisie gegen zwei tugendhafte Damen." Brock S. 5.

ist, ist in den Code civil und in das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch und von da aus auch in das deutsche bürgerliche Gesetzbuch übergegangen und erfreut sich nun auch im Deutschen Reiche großer Beliebtheit.[3])

„Wer schriftlich und ohne Zeugen testieren will, der muß das Testament oder Kodizill eigenhändig schreiben und eigenhändig mit seinem Namen unterfertigen" (§ 578). Vom alten österreichischen Gewohnheitsrechte und vom französischen Rechte weicht das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch darin ab, daß es nicht fordert, daß das Testament bei sonstiger Nichtigkeit vollständig mit eigener Hand geschrieben sein müsse. Die Kompilationskommission ließ dieses Erfordernis auf Antrag Hortens fallen, gemäß der Regel utile per inutile non vitiari, „da es genüge, wenn der von fremder Hand gemachte Zusatz unberücksichtigt bleibe".[4]) Ist also das Testament teils von der Hand des Erblassers, teils von fremder Hand geschrieben, so gelten die vom Erblasser eigenhändig geschriebenen Bestimmungen, sofern sie für sich allein einen Sinn geben[5]), die von fremder Hand geschriebenen aber nur dann, wenn hinsichtlich ihrer den Erfordernissen des fremhändigen Testamentes genügt ist; ein Testament kann also zum Teil als eigenhändiges, zum Teil als fremdhändiges gültig sein (§ 594). Vom französischen und vom deutschen Rechte weicht das unsere darin ab, daß es die Beisetzung des Tages, des Jahres und des Ortes, wo der letzte Wille errichtet wird, zwar empfiehlt (§ 578, zweiter Satz), die Gültigkeit des Testamentes aber nicht von der Richtigkeit des Datums[5a]) oder auch nur von dem Vorhandensein irgend einer (wenn auch unrichtigen) Datierung abhängig macht. Ein mit Schreibmaschine geschriebenes Testament ist kein eigenhändiges Testament, auch wenn der Erblasser die Maschine mit eigener Hand bedient hat[6]), sowie ja auch der eigenhändige Stampiglienabdruck nicht die Unterschrift ersetzen kann.[7]) In diesen Fällen wäre dem Zwecke der Formvorschrift (Erschwerung von Fälschungen) nicht oder nicht hinlänglich gedient. Ohne Grund aber ist bezweifelt worden, daß das (mit der Feder unterzeichnete) Maschinentestament als fremdhändiges gelten kann, wenn es den dafür bestehenden Vorschriften entspricht.[8])

Die Unterschrift[9]) muß am Ende der Urkunde stehen.[10]) Sie muß daher im Falle der Beifügung eines Nachtrages selbst dann wiederholt

[3]) Kipp, Lehrbuch § 13.

[4]) Harrasowsky, Entw. Hortens. S. 183 Note 20.

[5]) So Krainz, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 783 Note 5, im wesentlichen auch Unger § 10 Note 6; dagegen Pfaff und Hofmann, Komm. S. 144, Krasnopolski V S. 57. Die Frage ist auch für das deutsche Recht streitig. Den strengeren Standpunkt vertritt z. B. Zimmer im ArchBürgR. Bd. 24 S. 21 f. und (auch für das österr. R.) Brock S. 75.

[5a]) Mit einem unrichtigen Datum begnügt sich § 1583 ung. Entw.

[6]) Entsch. v. 24. Febr. 1914 NotZ. 1914 Nr. 48. A. M. Groß, Fälschung bei Maschinenschriften ArchKrimAnth. 61, 259.

[7]) Pfaff und Hofmann II S. 147.

[8]) Entsch. Slg. XV Nr. 5891, auch mitgeteilt im VBl. 1912 S. 227.

[9]) Pfaff und Hofmann, Exk. II S. 75 ff.

[10]) Vgl. Entsch. Slg. Nr. 15.952,

werden, wenn die vorausgehende Erklärung eine Beziehung auf den Nachtrag enthält; der nicht unterschriebene Nachtrag ist ungültig. Dagegen werden nachträgliche Einschaltungen in den unterschriebenen Text (zwischen den Zeilen, am Rande) durch die Unterschrift gedeckt. Die Unterschrift muß ferner den Namen des Erblassers enthalten; das fordert § 578 ausdrücklich. „Euer Franz" ist daher eine hinlängliche Unterschrift;[11]) „euer Sohn" würde nicht genügen.[12])

Im übrigen ist die äußere Form gleichgültig. Das Testament kann stenographiert sein[12a]), es kann mit Bleistift geschrieben sein, es kann in einem Krakauer Kalender oder auf der Rückseite einer Polizze oder auf einer Schiefertafel stehen usf. Nur legt die Vernachlässigung der Form, wenn sie nicht durch eine Notlage gerechtfertigt ist, den Verdacht nahe, daß das Schriftstück ein bloßer Entwurf sei. Aber dagegen spricht die Unterzeichnung. Und selbst die Aufschrift „Entwurf" schließt die Annahme nicht aus, daß der Erblasser zwar die Herstellung einer Reinschrift beabsichtigte, aber doch schon dem Entwurfe (nach Art der Punktation) eine vorläufige Geltung durch seine Unterschrift sichern wollte.[13])

II. Fremdhändiges (allographes) Testament.[14]) Hat der Erblasser den letzten Willen von einer andern Person[15]) niederschreiben lassen, so muß er sich einer umständlicheren — teils schriftlichen, teils mündlichen — Form bedienen (§ 579). Erforderlich sind:

1. Beiziehung von drei fähigen Zeugen (§ 579). Die Zeugen müssen nicht besonders — in irgend einer Form — „ersucht" sein, aber sie müssen mit Willen des Erblassers und absichtlich dem Geschäfte beiwohnen. Niemand kann ohne den Willen des Erblassers und niemand ohne seinen eigenen Willen Testamentszeuge sein, mag er auch zufällig

Entsch. v. 19. Dez. 1916 GH. 1917 Nr. 20.

11) Entsch. Slg. III Nr. 1211. Henschel, Testament auf einer Ansichtskarte JurZ. 1916 Sp. 985, Schwentner, Das Testament im Feldbrief GH. 1917 Nr. 17, 18 (teilt eine Entsch. des OGH. v. 9. Jan. 1917 mit).

12) So ganz unzweifelhaft ist das nicht: Die einschränkende Auslegung der Formvorschrift läßt sich verteidigen. Sollen überhaupt Testamente gelten, die sich in Briefform an bestimmte Personen wenden, so liegt es nahe, auch jene besondere Art der Unterzeichnung gelten zu lassen, deren sich der Schreiber in derlei Briefen „gewöhnlich bedient". Dafür sprechen sich vom Standpunkte des deutschen Rechtes vereinzelte Schriftsteller und Entscheidungen aus (vgl. dagegen Kipp § 13 Note 16). Unseren Redaktoren lag der Kultus der leeren Form ferne. Sie wollten — auch im § 578 — nur Erleichterungen schaffen. Während noch das Westg. GB. die Unterzeichnung mit dem „Vor- und Geschlechtsnamen" verlangte, wollten sie sich mit jener Fertigung begnügen, „deren sich der Erblasser gewöhnlich bedient". Ofner, Prot I S. 347.

12a) Entsch. des OLG. Stuttgart, Recht 1907 Nr. 53.

13) Oben § 494 Note 3.

14) „Zur Geschichte des allographen Testamentes": Pfaff und Hofmann, Exk. II S. 88—100.

15) Testamentsschreiber kann jedermann sein. Die HfD. v. 4. Sept. 1771 und 20. März 1785, welche das Niederschreibenlassen durch Geistliche mit Nichtigkeit bedrohen, sind aufgehoben. Entsch. Slg. III Nr. 1073, Unger § 10 Anm. 2, Pfaff und Hofmann II S. 152 f.

oder in irgend einer andern Absicht, z. B. aus bloßer Neugierde zuhören.[16]) Die Zeugen müssen fähig sein.

A. Absolut (d. h. bei allen letztwilligen Anordnungen) unfähig zur Zeugenschaft sind (§ 591):

a) Personen unter achtzehn Jahren;

b) Sinnlose, d. h. Personen, die „vermöge ihrer Geistesbeschaffenheit Begebenheiten der Außenwelt nicht richtig wahrzunehmen, in der Erinnerung zu behalten und zu reproduzieren vermögen, wenn sie auch völligem Blödsinn nicht verfallen sind".[17]) Ob der Zeuge entmündigt ist oder nicht, ist gleichgültig;[18])

c) Blinde, Taube und Stumme.

B. Relativ (bei gewissen letztwilligen Anordnungen) unfähig sind:

a) Diejenigen, die die „Sprache des Erblassers" nicht verstehen (§ 591). Gemeint ist nicht die Muttersprache des Erblassers, auch nicht die Sprache, in der das Testament abgefaßt ist[19]), sondern die Sprache, in der der Erblasser das Testament bekräftigt.[20]) Ein Dolmetsch kann beim Privattestamente dem Mangel nicht abhelfen.

b) Ferner sind wegen Befangenheit[21]) relativ unfähig (§ 594):

α) der Bedachte (Erbe oder Vermächtnisnehmer), nicht auch sein gesetzlicher Vertreter: der Vormund, Beistand oder Kurator kann für den Mündel oder Pflegebefohlenen zeugen[22]), nicht aber

β) sein Gatte, mag auch die Ehe geschieden oder nichtig[23]) sein, auch nicht

γ) seine Eltern oder Kinder mit Einschluß der unehelichen und der bloß wahlverwandten. Daß das Gesetz hier gemäß § 42 auch Großeltern und Enkel im Auge hat, scheint unzweifelhaft, wenn man bedenkt, daß die Ausschließung sich auf erheblich ferner stehende Angehörige (Schwäger) erstreckt. Die Rechtsprechung zieht gleichwohl die engere Auslegung vor.[24]) Unfähig sind ferner

δ) des Bedachten Geschwister, nicht auch entferntere Verwandte. Der Onkel kann also für seine Nicht zeugen. Dann

ε) die mit dem Bedachten „in eben dem Grade verschwägerten Personen", also Schwieger- und Stiefeltern, Schwieger- und Stiefkinder und

[16]) Unger § 10 Anm. 13, Pfaff und Hofmann II S. 154, Exk. II S. 89 ff., 109. Entsch. Slg. Nr. 4583, 13.978, VI Nr. 2482.

[17]) Gründe der Entsch. Slg. VII Nr. 2581.

[18]) Erläuterungen zur EntmO. VBl. 1916 S. 252. A. M. Wellspacher NotZ. 1916 Nr. 47. Die Gefahr, daß ein wegen Geisteskrankheit Entmündigter irrtümlich als Zeuge beigezogen wird, liegt nicht so ferne, wie Wellspacher annimmt. Als Zeuge dient oft der nächste Beste. Seine Verhältnisse sind dem Testator nicht bekannt. Auch mit der Möglichkeit eines Rechtsirrtums wäre zu rechnen.

[19]) Anders, wenn der Erblasser nicht lesen kann (§ 580). Auch beim mündlichen Testamente muß der Zeuge den Inhalt des Testamentes verstehen.

[20]) Pfaff und Hofmann II S. 190.

[21]) Vgl. § 596 (Unbefangenheit).

[22]) Entsch. Slg. XV Nr. 5883.

[23]) Pfaff und Hofmann, Exk. I S. 15.

[24]) Entsch. Slg. Nr. 13.120. Ebenso Krasnopolski V S. 72.

Schwäger auch nach Auflösung der die Schwägerschaft begründenden Ehe[25]), endlich

ζ) die „besoldeten Hausgenossen" des Bedachten, d. h. seine Bediensteten[26]) unter der Voraussetzung, daß sie seinen Haushalt[27]) teilen. Die Tatsache allein, daß sie — z. B. als Hausbesorger[28]) — in seinem Hause wohnen, reicht nicht aus, sie vom Zeugnisse auszuschließen.

Die Angehörigen oder besoldeten Hausgenossen des Erblassers sind zeugnisfähig;[29]) auch daß die Zeugen miteinander in einem solchen Verhältnisse stehen, z. B. Geschwister sind, schadet nicht.

Der Befangene ist nur hinsichtlich der einzelnen Verfügung unfähig. Also nur die Zuwendung, die dem Zeugen selbst oder seinem Angehörigen oder seinem Dienst- und Unterstandgeber gemacht worden ist, ist ungültig.[30]) Sie gilt aber, wenn sie „von dem Erblasser eigenhändig geschrieben oder durch drei von den gedachten Personen (d. h. von den befangenen) verschiedene Zeugen bestätigt" ist.[31]) JudB. Nr. 55: In diesem, wie in dem Falle des § 595 ist es nicht notwendig, daß die Testamentszeugen die betreffende Willenserklärung dem Inhalte nach bestätigen, diesen also kennen; es genügt, wenn der eigenhändig gefertigte Aufsatz nach § 579 bekräftigt wird. Wie, wenn der Erblasser vor vier Zeugen testiert und alle vier zu Erben einsetzt? Dann wird jede einzelne Erbeinsetzung von drei vom Befangenen verschiedenen Zeugen bestätigt. Nach dem Wortlaute des Paragraphen wäre die Erbeinsetzung gültig und dafür entschieden sich auch die neueren Ausleger.[32]) Wer Formvorschriften nicht als sinnlose Regeln behandelt, sondern nach ihrem Zwecke auslegt, muß zu einem andern Ergebnisse gelangen.

Die relative Unfähigkeit der Nichtchristen wurde 1860, die absolute der Frauen, der Ordenspersonen und gewisser Verbrecher 1914 aufgehoben.

Alle im Gesetze nicht als unfähig erklärten Personen sind fähige Testamentszeugen.[33]) Auch der Schreiber des letzten Willens kann Zeuge sein (§ 581). Ist er zugleich im Testamente bedacht, so ist selbstverständlich eine Zuwendung ungültig, die ihm oder solchen Personen zugedacht ist, deren naher Angehöriger oder besoldeter Hausgenosse[34]) er ist, wenn nicht gemäß § 594 ein vierter Zeuge beigezogen worden ist. Nur dies Selbstverständliche[35]) will § 595 in Erinnerung bringen.[36])

---

[25]) Entsch. Slg. XVI Nr. 6635 oben § 422 Note 16.

[26]) Vgl. Entsch. Slg. V Nr. 2028 (Taglöhner).

[27]) Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 194.

[28]) Entsch. Slg. XI Nr. 4157. Vgl. auch Entsch. Slg. Nr. 4453.

[29]) Entsch. Slg. X Nr. 3937, anders § 2234 DBGB.

[30]) Ebenso § 2235 DBGB.

[31]) Vgl. z. B. Entsch. Slg. XVI Nr. 6471 (Testament vor fünf Zeugen).

[32]) Z. B. — gegen Winiwarter — Pfaff und Hofmann, Exk. II S. 128: „Das ist nicht gut, aber es ist so."

[33]) Vgl. GH. 1901 Nr. 34: Der Arzt als Testamentszeuge.

[34]) Die besoldeten Hausgenossen sind allerdings im § 595 übersehen.

[35]) Zeiller II S. 483: „Die hier erteilte, zunächst schon aus der vorhergehenden (§ 594) fließende Vorschrift."

[36]) Vgl. Ofner, Prot. I S. 359 Note 1, Unger § 10 Note 19, Krasnopolski V S. 73. Dagegen nehmen

Daß die Zeugen den Erblasser von Person kennen müssen, ist gesetzlich nicht vorgeschrieben, wohl aber müssen sie, wie beim mündlichen Testamente (§ 585) zu bestätigen fähig sein, daß in der Person des Erblassers kein Betrug[37]) oder Irrtum unterlaufen sei.[38]) Das können sie, wenn sie den unbekannten Erblasser genau genug betrachtet haben, um ihn in einer vorgewiesenen Photographie wieder zu erkennen; sie können es nicht, wenn sie den ihnen persönlich bekannten (angeblichen) Testator beim Testierakte selbst etwa wegen Dunkelheit oder wegen eines verdeckenden Vorhanges nicht gesehen haben.

2. Der Erblasser muß das von wem immer geschriebene (fremdhändige) Testament eigenhändig unterzeichnen. Das Gesetz sagt zwar nicht wie beim eigenhändigen Testamente (§ 578), daß er „mit seinem Namen" unterzeichnen muß; aber soweit das dort wesentlich ist, ist es auch hier zu fordern.[39]) Ein Handzeichen genügt nur, wenn der Erblasser nicht schreiben kann, doch ist es gleichgültig, ob er dies wegen Unkunde[40]) oder wegen eines Gebrechens[41]) nicht kann. Unterschreiben kann der Erblasser wann immer — sowohl vor dem Erscheinen als auch nach dem Abtreten der Zeugen.[42]) Aber das Handzeichen muß er vor allen drei Zeugen beisetzen (§ 580). Bloß Sache der Vorsicht ist die Beifügung des Namens des Erblassers zu seinem Handzeichen durch einen der Zeugen (§ 580) oder die gerichtliche oder notarielle Beglaubigung (§ 294 ZPO.) des Handzeichens.[43]) Unterfertigungen mit hebräischen Buchstaben

---

Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 197 f., Exk. II S. 122 ff. an, der Schlußsatz des § 595 sei von einer besonderen Bestätigung der einzelnen fraglichen Bestimmung zu verstehen. Ebenso Stubenrauch 8. Aufl. I S. 799 Note 4, v. Anders S. 17. Aber § 595 sagt ja, die Anordnung müsse auf die im vorhergehenden Paragraphen erwähnte Art außer Zweifel gesetzt sein. Genügt dort (§ 594) die allgemeine Bekräftigung (oben nach Note 31), so müssen wir auch hier mit ihr vorlieb nehmen.

[37]) In der Art des Schicchi, der „als falscher Buoso sich ins Bett gelegt und so für ihn ein Testament errichtet". Dante, Hölle 30, 44.

[38]) Zur Entsch. Slg. Nr. 1604 vgl. Pfaff und Hofmann S. 155 Note 13.

[39]) Im Falle der Entsch. Slg. Nr. 6337 wollte der erste Richter die Worte „Mein letzter Wille" allen Ernstes als Unterschrift gelten lassen.

[40]) Entsch. Slg. Nr. 6337.

[41]) Entsch. Slg. Nr. 14.303.

[42]) Entsch. Slg. Nr. 16.087 verlangt, daß er vor der Bekräftigung des Testamentes unterschreibe, aber Entsch. Slg. IX Nr. 3331 läßt das Testament gelten, obwohl es der Erblasser erst am folgenden Tage unterzeichnet hat. Nach Unger § 10 Note 3, Pfaff und Hofmann II S. 157, Krasnopolski V S. 58, v. Anders S. 15 sollen die Zeugen erst nach dem Erblasser unterschreiben.

[43]) F. Mayer: Ist nach § 294 ZPO. die gerichtliche oder notarielle Beglaubigung des Handzeichens auf der letzten Willensanordnung des Illiteraten nunmehr obligatorisch? in der GZ. 1897 Nr. 23, Tilsch, Einfluß S. 176; a. M. v. Schuster-Bonnott, Österr. Zivilprozeßrecht § 51 Note 6, Baß in der NotZ. 1899 Nr. 3 (vgl. auch Denf. ebda. Nr. 13). Der Zweifel entspringt aus der Vermengung der Form- und Beweisfrage; das hierüber mit Bezug auf einen anderen nicht minder „wunderlichen" (nunmehr gegenstandslosen) Streit von Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 148 f. Bemerkte paßt beinahe Wort für Wort auf unsere Frage. Schon jene arge Verwirrung (Pfaff und Hofmann, Exk. II S. 98), die

gelten nur als Handzeichen (HfD. vom 19. Februar 1846, JGS. Nr. 938), und Urkunden in hebräischer Sprache oder Schrift, also auch Testamentsurkunden, sind nichtig (HkzD. vom 22. Oktober 1814, JGS. Nr. 1106).[44])

3. Der Erblasser muß „vor drei fähigen Zeugen, wovon wenigstens zwei zugleich gegenwärtig sein müssen[45]) ausdrücklich erklären, daß der Aufsatz seinen letzten Willen enthalte" (§ 579). Aus dem Zwecke der Vorschrift folgt zunächst, daß das Testament zur Hand sein muß. Es genügt nicht die Erklärung, daß das im Nebenzimmer liegende Schriftstück das Testament sei[46]) oder daß jene Urkunde, die der Zeuge in Abwesenheit des Erblassers unterschrieben hat, das Testament enthalte.[47]) Die Erklärung selbst muß nicht mündlich, aber sie muß „ausdrücklich" abgegeben werden. So will es die Novelle von 1916. Aber das soll nun keine neue Formvorschrift, sondern nur die richtige Auslegung des alten § 579 sein, deshalb schreibt § 58 TN. III der neuen Fassung rückwirkende Kraft[47a]) zu. Nach dem Herrenhausberichte[48]) soll das Wort „ausdrücklich" den Zweifel erledigen, „ob nicht gemäß § 579 ABGB. die Bestätigung . . . auch stillschweigend oder durch Zeichen geschehen könne". Aber daß man seinen Willen auch durch Zeichen ausdrücklich erklären könne, ist angesichts des § 863 gar nicht zweifelhaft, nur müssen es „allgemein angenommene Zeichen" sein, wie z. B. das Kopfnicken oder Kopfschütteln.[49]) Die Grenze zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Erklärungen ist unsicher, weil es auf den Grad der Deutlichkeit ankommt.[50]) Das bloße Kopfnicken muß nicht genügen[51]), aber es kann genügen.[52]) Die Unterzeichnung des letzten Willens kann schwerlich als

zur Erlassung des Pat. v. 31. Juli 1795 JGS. Nr. 244 für Tirol führte, entsprang gerade aus dem Zweifel, „ob die Gültigkeit einer letzten Willenserklärung nach den Beweisvorschriften der aGO. oder nach den zivilrechtlichen Normen, welche die bei Errichtung einer letzten Willenserklärung zu beobachtende Förmlichkeit festsetzen, zu beurteilen sei" (Harrasowsky, Der Cod. Ther. V S. 123 Note 7). An die Stelle des Patentes, das diesem Zweifel ein Ende machen sollte, ist das bürgerliche Gesetzbuch getreten.

[44]) Lasch, Haben die Staatsgrundgesetze die beschränkenden Bestimmungen über den Gebrauch der hebräischen Sprache und Schriftzeichen außer Kraft gesetzt? in den Prager Mitt. 1876 S. 158 f. Nach Pollak, Zivilprozeßrecht S. 583 Note 16 sollen sie durch Art. I EinfG. z. ZPO. aufgehoben sein.

[45]) Bei Schreibensunfähigen müssen wegen des Handzeichens (§ 580) und bei Lesensunfähigen wegen des Vorlesens (§ 581) alle drei Zeugen zugleich gegenwärtig sein.

[46]) Entsch. Slg. XI Nr. 4475.

[47]) Entsch. Slg. II Nr. 607, vgl. auch XIII Nr. 5242.

[47a]) Spöck, Eingesendet NotZ. 1917 Nr. 12.

[48]) S. 84.

[49]) Beispiele Zeillers, Komm. zu § 863.

[50]) v. Tuhr, Allg. T. II S. 417. Vgl. auch oben § 118 Note 1.

[51]) Entsch. Slg. XI Nr. 4475: Kopfnicken auf die Mitteilung, der Zeuge sei da, um den letzten Willen zu unterschreiben.

[52]) Entsch. Slg. Nr. 562, 982. Gewiß kann die Bestätigung in der bloßen Bejahung einer entsprechenden Frage bestehen, trotz § 565 (oben § 496, 1). Entsch. Slg. Nr. 306, 428, 478. Krasnopolski V S. 59, dagegen Pfaff und Hofmann II S. 155. Auch zur Eheschließung, die gewiß eine ausdrückliche Erklärung erfordert, genügt das einfache Jawort.

ausdrückliche Erklärung gelten, wenn das Testament den Zeugen geheimgehalten wird.[53]) Gerade weil die Zeugen den Inhalt des Aufsatzes zu wissen nicht nötig haben (§ 579, Schlußsatz), legt das Gesetz Gewicht darauf, daß ihnen der Erblasser wenigstens im allgemeinen mitteile, daß der Aufsatz seinen letzten Willen enthalte. Aber wenn der Erblasser ihn den Zeugen zur Einsichtnahme vorlegt oder vorlesen läßt, ist nicht zu erwarten, daß er ihnen noch besonders mitteilt, was sie ohnehin sehen oder hören: daß der Aufsatz sein Testament enthalte. Nur die Richtigkeit (die Übereinstimmung mit dem Willen des Erblassers) bedarf noch der Bekräftigung. Diese erfolgt durch ein „allgemein angenommenes Zeichen", wenn der Erblasser den Aufsatz, dessen Inhalt bereits bekannt ist, vor den Zeugen unterschreibt.[54]) Daran darf sich die Rechtsprechung nicht durch das Wort „ausdrücklich"[55]) irre machen lassen. Sonst müßten viele Testamente, die mit aller Umsicht und Sorgfalt errichtet worden sind — mit mehr und wertvolleren Förmlichkeiten, als das Gesetz verlangt — umgestoßen werden. — Der Beweis der ausdrücklichen Bekräftigung kann in beliebiger Weise, nicht bloß (wie beim mündlichen Testamente, § 586) durch die Aussagen der Zeugen hergestellt werden.[56])

4. Alle drei Zeugen müssen das Testament „entweder inwendig oder von außen, immer aber auf der Urkunde selbst und nicht etwa auf einem Umschlag, mit einem auf ihre Eigenschaft als Zeugen hinweisenden Zusatz unterschreiben" (§ 579). Die Zeugen müssen also fähig sein, ihren Namen zu schreiben: nur dem Erblasser, nicht ihnen gestattet das Gesetz, nötigenfalls ein Handzeichen zu machen.[57]) Sie müssen nicht in Gegenwart des Erblassers[58]), aber noch bei dessen Lebzeiten unterschreiben.[59]) Die alte Fassung des Paragraphen verlangte, daß die Zeugen als Zeugen des letzten Willens unterschreiben. Die Bedeutung der Unterschriften muß also klar sein. Nun kann darüber nicht leicht ein Zweifel entstehen, wenn die Unterschriften wirkliche Unterschriften sind, d. h. unmittelbar unter dem Testamente stehen. Anders wenn die Zeugen, was selten vorkommt, „von außen" unterschreiben. Dann ist ein Zusatz am Platze, der die Beziehung zwischen dem Testamente und den Unterschriften herstellt.[60]) Die Novelle von 1916 verlangt jedoch bei den Unterschriften der Zeugen in allen Fällen „einen auf ihre Eigenschaft als Zeugen hinweisenden Zusatz".[61]) Diese rückwirkende Formvorschrift[62]) ist wohl im

[53]) Entsch. Slg. Nr. 93, vgl. auch I Nr. 330.

[54]) Entsch. Slg. Nr. 1327, 4778, 15.163. Krasnopolski S. 59. Dagegen Pfaff und Hofmann II S. 157.

[55]) Vgl. darüber auch oben § 118 Note 1.

[56]) Entsch. Slg. XII Nr. 4787.

[57]) Entsch. Slg. Nr. 1261, 13.119, 14.303. Unger § 10 Anm. 5.

[58]) A. M. Pfaff und Hofmann S. 157.

[59]) Sonst liegt im Augenblicke des Todes ein nichtiger letzter Wille vor, womit entschieden ist, daß die Ordnung der Erbfolge sich nicht nach diesem zu richten hat. Daran kann das spätere Eingreifen der Zeugen nichts mehr ändern. Unger § 10 Anm. 5.

[60]) Ehrenzweig JBl. 1908 Nr. 5.

[61]) So schon Entsch. Slg. Nr. 15.687, die jedoch das verunglückte schriftliche Testament als mündliches aufrecht hielt.

[62]) § 58 TeilNov. III.

Sinne der bisherigen Rechtsprechung einschränkend auszulegen. Danach ist nicht zu verlangen, daß jeder Zeuge seiner Unterschrift eigenhändig den Zusatz „als Zeuge" beifüge. Vielmehr werden wir auch in Zukunft das Testament gelten lassen, wenn die Zeugen unter den vom Testamentsschreiber vorher gemachten Zusatz „als Zeugen" ihre Namen gesetzt haben.[63])

5. Besonderes gilt für die fremdhändigen Testamente von Erblassern die (wegen Unkunde oder Blindheit) nicht lesen können — nicht auch für Erblasser, die das Testament nicht gelesen haben, obwohl sie lesen können.[64]) Dem lesensunfähigen Erblasser muß ein Zeuge das Testament in Gegenwart der beiden anderen vorlesen und diese müssen den Inhalt eingesehen haben (§ 581). Sie müssen also mitlesen oder wenigstens die Vorlesung beaufsichtigen und sich überzeugen, daß das Vorgelesene mit dem vorher oder gleich nachher eingesehenen Aufsatze übereinstimme. Es genügt nicht, daß sie den vorgelesenen Aufsatz erst nach dem Tode des Erblassers bei ihrer gerichtlichen Vernehmung einsehen.[65]) Doch begnügt sich die Praxis in unverdächtigen Fällen damit, daß die Zeugen Gelegenheit hatten, den Aufsatz einzusehen, so daß der Vorleser nicht wagen konnte, etwas anderes vorzulesen als darin stand.[66]) Der Aufsatz darf hier nicht in einer dem Erblasser unverständlichen Sprache verfaßt sein.[67]) Wird das Testament nicht von einem Zeugen, sondern von einem Dritten vorgelesen, so ist es ungültig. Der Schreiber darf es selbst dann nicht vorlesen, wenn er Zeuge ist. So will es die Novelle von 1916.[68])

III. Letztwillige Erklärungen, denen die gesetzlichen Erfordernisse fehlen, sind ungültig (§ 601), auch wenn sie bloß Ergänzungen anderer formmäßiger Erklärungen und darin als solche bezogen sind. Die Bezugnahme ändert nichts daran, daß auch der bezogene Aufsatz, der als Teil des letzten Willens gelten soll, mit allen Förmlichkeiten einer letztwilligen Erklärung versehen sein muß (§ 582: sogenanntes „mystisches" Testament).[69]) Das bezieht sich aber nur auf die äußere Form. Daher kann der Erblasser immerhin einem im Zustande der Testierunfähigkeit errichteten letzten Willen durch nachträgliche formgerechte Bekräftigung Geltung verschaffen. Über die Verwertung formloser Erklärungen für die Auslegung vgl. oben § 495, I.

Werden zwei letztwillige Erklärungen gefunden, von denen sich keine auf die andere bezieht, so gelten die Bestimmungen der §§ 713 bis 715.

63) Entsch. v. 16. Juni 1914 JBl. 1914 Nr. 31.

64) Entsch. Slg. Nr. 549.

65) Entsch. Slg. Nr. 1888.

66) Entsch. Slg. Nr. 3277, 13.133, II Nr. 712. Gegen die Praxis: Pfaff und Hofmann S. 161 Note 40, Hofer in der NotZ. 1897 Nr. 39.

67) Pfaff und Hofmann S. 162, vgl. auch Entsch. Slg. Nr. 13.494.

68) Gegen diese Formvorschrift, an der manches Testament scheitern wird, Ehrenzweig a. a. O. Für öffentliche Testamente gilt sie nicht: Hubna in der NotZ. 1917 Nr. 12, vgl. Kosenina und W. ebda. Nr. 10, O. Fidler und V. L. ebda. Nr. 14.

69) Pfaff und Hofmann II S. 164 f. Entwurf des ALR. II 2, 9 §§ 34, 35. Vgl. auch Entsch. Slg. Nr. 7498, III Nr. 1236. Hellmann in der LZ. 1914, 256.

Bei einem Testamente auf losen Blättern kann der Verdacht der Unterschiebung eines Blattes entstehen, auch können sich Zweifel über die Reihenfolge und daher auch darüber ergeben, ob eine einzelne Verfügung durch die Unterschrift gedeckt ist. Es empfiehlt sich daher, die Blätter zu heften oder jedes für sich zu unterschreiben oder alle in einem verschlossenen Umschlage zu verwahren. Aber die Gültigkeit des Testamentes hängt von derartigen Vorsichten nicht ab.[70])

§ 498.

β) Das mündliche Testament.[1])

Jeder Erblasser[2]) kann mündlich testieren (§ 584). Dazu ist erforderlich:

I. Die Beiziehung[3]) von drei fähigen Zeugen, die die Nämlichkeit des Erblassers bestätigen können.[3a])

II. Die ernstliche, d. h. in Testierabsicht (oben § 494, I) erfolgte mündliche[4]) Erklärung des letzten Willens in gleichzeitiger Gegenwart aller drei Zeugen (§ 585). Eine schriftliche Testamentsurkunde, die er in Gegenwart der Zeugen als seinen letzten Willen erklärt hat, kann, wenn eines der Erfordernisse der Schriftform fehlt (wie z. B. die Unterschrift des Testators), auch nicht als mündliches Testament aufrecht erhalten werden, selbst wenn der Erblasser die Urkunde den Zeugen hat vorlesen lassen. Wenn er aber nicht nur die Richtigkeit der Urkunde im allgemeinen bestätigt, sondern auch den Inhalt mündlich bekannt gegeben hat (z. B. er selbst hat das Testament vorgelesen oder er hat es vor den Zeugen diktiert), dann steht der Aufrechthaltung seiner Anordnungen als eines mündlichen Testamentes der Umstand nicht entgegen, daß er ein schriftliches beabsichtigt hat.[5]) Denn es ist nicht ohneweiters anzunehmen, daß der Erblasser sein Testament nur als schriftliches, sonst aber lieber gar nicht gelten lassen wollte. Wer ein ordentliches schriftliches Testament zu errichten beabsichtigt, will doch — für

[70]) A. M. mit Berufung auf § 582 Krainz. Gegen die Vermengung von Form- und Beweisvorschriften vgl. Pfaff und Hoffmann II S. 149 f. Dazu Harrasowsky, Entw. Martinis S. 123 Note 7.

[1]) Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 169; Geschichtliches: Erk. II S. 109. Bedenken gegen die Zulassung dieser Testamentsform: Komm. S. 174, vgl. auch den Ungenannten in der GH. 1876 Nr. 84 und die Mot. zum DBGB. V S. 257 f.

[2]) Über die Testamente der Blinden, Tauben, Stummen usf. vgl. Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 175 f.

[3]) Oben § 497 bei Note 16.

[3a]) Oben § 497 bei Note 38.

[4]) Entscheidung vom 19. Juni 1901 FinProkMitt. III Nr. 9. Doch können sich Stumme der Zeichensprache bedienen: Entsch. Slg. Nr. 14.415, Unger § 10 Note 10; dagegen Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 172 f. Vgl. v. Harrasowsky, Cod. Ther. II S. 168 Note 4.

[5]) Vgl. Entsch. Slg. Nr. 1627, 2322, 3147, 4823, 6287, 7079, 13.119, 15.687, 15.708, 16.087, III Nr. 1010, VI Nr. 2371, XVI Nr. 6471 und schon Entsch. der Obersten Justizstelle v. 14. Okt. 1823 Z. 6984. Anders Swoboda, Erörterung praktischer Rechtsfragen S. 68 f., Unger Anm. 12,

den Fall, daß es als solches nicht gelten könne —, daß sein letzter Wille als begünstigtes Testament, als mündliches Testament, als Kodizill, als Schenkung auf den Todesfall „oder wie es sonst immer den Rechten nach am besten geschehen kann", gelten und kräftig sein solle. Das braucht er gar nicht erst zu sagen.[6]) Der Codex Theresianus bestimmte denn auch ausdrücklich, „daß der in einer Gattung mangelhafte letzte Wille nichtsdestoweniger noch in einer andern Gattung bestehen könne, deren wesentliche Förmlichkeiten dabei beobachtet worden"[7]), ohne daß es hiezu eines besonderen Vorbehaltes des Erblassers bedürfte. Das für die gegnerische Meinung angeführte Hofdekret vom 14. Februar 1846, JGS. Nr. 933[8]), wollte nur sagen, daß über den Rechtsbestand eines Testamentes, sei es als eines schriftlichen oder als eines mündlichen, in einem und demselben Prozeß entschieden werden müsse.

III. Mit der Erklärung des Erblassers ist die Form noch nicht erfüllt. Auch die Zeugen wirken beim Zustandekommen des Testamentes mit. Ihnen ist der mündliche letzte Wille als ein noch unfertiges Geschäft anvertraut. Sie sollen ihn der Nachwelt überliefern. Nur sie sind dazu berufen und sie müssen überdies, was sie als letzten Willen überliefern, auf Verlangen eidlich bekräftigen. Auch das ist ein Teil der gesetzlichen Form. Die Zeugen haben also eine unbedingte und eine bedingte Formvorschrift zu erfüllen.

1. Unbedingt müssen sie den letzten Willen aufzeichnen oder aufzeichnen lassen. Das kann auf zweierlei Art geschehen:

a) Es kann bei Lebzeiten des Erblassers *außergerichtlich* geschehen, indem alle drei Zeugen den letzten Willen gemeinsam zu Papier bringen oder durch jemanden nach ihren Angaben zu Papier bringen lassen und in jedem Falle eigenhändig unterzeichnen. Ein solcher Aufsatz (das *schriftlich bezeugte mündliche Testament*) wird vom Abhandlungsgerichte nach dem Tode des Erblassers wie ein schriftliches Testament kundgemacht und der Abhandlung zu Grunde gelegt. Er stellt bis auf weiteres — nämlich wenn niemand die Beeidigung verlangt — den maßgebenden letzten Willen dar (§ 65 VaSt.).

Pfaff und *Hofmann*, Komm. II S. 139, 171 f. und dazu Erk. II S. 68 ff. Entsch. *Peitler* 2. Aufl. Nr. 413, Slg. Nr. 1600, 4583, VII Nr. 2581.

[6]) Clausula ceterata („dafern aber usw."), *Dernburg*, Pand. III § 95 Note 7; Cod. Ther. II 11 no. 143; v. *Kallina* in den JWl. 1905 S. 170 Sp. 2. Auf diesem Gedanken beruht auch § 35 ABGB.

[7]) II 11 no. 139—144. *Harrasowsky*, Cod. Ther. Bd. 2 S. 176 Note 8: „Hiebei hatte man insbesondere diejenigen Fälle im Auge, in denen die Beobachtung der für die schriftliche Willenserklärung vorgeschriebenen Förmlichkeiten durch den Tod des Erblassers verhindert worden ist. Azzoni bemerkte hierüber: Neque enim æquum est, ut fati velocitas evertat, quod deliberate et rite jam ordinatum est."

[8]) Wonach „in einem Urteile, wodurch die Ungültigkeit eines schriftlichen Testaments ausgesprochen wird, der Vorbehalt nicht gemacht werden dürfe, dasselbe Testament durch einen anderen Prozeß als ein mündliches geltend zu machen". Vgl. die Entstehungsgeschichte dieses Hofdekretes bei *Pfaff* und *Hofmann*, Erk. II S. 69 ff.

b) Liegt beim Tode des Erblassers ein solcher Aufsatz nicht vor, so lädt das Gericht[9]) sämtliche Zeugen vor, vernimmt sie ohne Eid über den Inhalt des letzten Willens, errichtet über ihre Aussagen ein Protokoll und macht dieses Protokoll wie ein schriftliches Testament kund.[10]) Die übereinstimmenden Aussagen (das protokollierte mündliche Testament) gelten bis auf weiteres als letzter Wille (§ 65 VaSt.).

2. Bedingt erforderlich ist die Beeidigung. Jeder, dem daran gelegen ist, kann nämlich die eidliche Vernehmung[11]) der Zeugen verlangen — sowohl wer die Geltung als auch wer die Nichtgeltung will, also ebensowohl der im Testamente Bedachte als der gesetzliche Erbe. Wie die unbeeidete wird auch die beeidete Vernehmung vom Abhandlungsgerichte im Verfahren außer Streitsachen durchgeführt (§ 66 VaSt.). Aber ihr Ergebnis ist nicht nur für die Abhandlung maßgebend. Es ersetzt auch die prozessuale Beweissicherung für alle am Nachlasse beteiligten Personen (§ 67 VaSt.).[12]) Denn das Gesetz will den Zeugen soweit als möglich die Nötigung ersparen, in jedem einzelnen Prozesse, den z. B. die verschiedenen Vermächtnisnehmer anstrengen, immer wieder schwören zu müssen. „Es bleibt aber jedem Teile unbenommen, die Gültigkeit des abgelegten Zeugnisses oder der Anordnung durch den Beweis obwaltender, bei der Vernehmung der Zeugen nicht vorgekommener Mängel oder entgegenstehender Umstände im rechtlichen Verfahren zu bestreiten" (§ 67 VaSt.). Zu diesem Zwecke können die Zeugen allerdings im Prozesse neuerlich unter Eid einvernommen werden.

Die eidlichen Aussagen aller drei Zeugen müssen übereinstimmen. Kann ein Zeuge nicht vernommen werden, z. B. weil er (vor oder nach dem Erblasser) gestorben ist oder kann er nicht beeidet werden, z. B. weil er (vor oder nach dem Testamente) wegen falschen Zeugnisses verurteilt worden ist, so genügt die übereinstimmende Aussage der beiden anderen Zeugen. Mit der übereinstimmenden eidlichen Aussage ist die Form erfüllt. Der Richter kann gleichwohl im Prozesse beliebige Beweise zulassen und z. B. auf Grund der Aussagen von zufällig gegenwärtig gewesenen Ohrenzeugen annehmen, daß die unter Eid bekundete Verfügung in Wahrheit nicht oder nicht so angeordnet worden ist.[13]) Dann ist das Bekundete hinfällig — ein falsches Testament. Der Richter kann aber nicht auch umgekehrt auf Grund sonstiger Beweise[14]) etwas als letzten Willen gelten

[9]) Das Abhandlungsgericht, nicht etwa der als Gerichtskommissär verwendete Notar: Entsch. Slg. Nr. 10.298. Dagegen R. in der NotZ. 1888 Nr. 27, Baltinester, ebda. Nr. 30, M. Reich, NotHandb. S. 378.

[10]) Die Zeugen eines schriftlichen Testaments werden in der Abhandlung nicht einvernommen (Entsch. Slg. XIII Nr. 4983), außer wenn es als ein mündliches (oben II) aufrecht erhalten werden soll (Entsch. Slg. XII Nr. 4605).

[11]) L. 31 C. de testam. 6, 23; Mevius, Jus Lubec. II 1 Art. 2.

[12]) Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 174 bei Note 20, Referentenentwurf betr. Gesetze über die freiwillige Gerichtsbarkeit (1867) S. 127 f.

[13]) § 67 VaSt. Entsch. Slg. Nr. 2884, 13.661 (ausführlicher in der Manzschen Slg. 6. Bd. S. 187 ff.), VIII Nr. 3240, XII Nr. 4787.

[14]) Z. B. Parteienvernehmung: Entsch. Slg. XII Nr. 4783.

lassen, was die Testamentszeugen nicht ausgesagt oder (wenn es verlangt worden ist) nicht beeidet haben. Eine solche Verfügung ist, selbst wenn sie zugestanden ist, also gar keines Beweises bedarf, wegen Formmangels ungültig. Nach dem älteren Rechte lag allerdings in dem Erfordernisse der übereinstimmenden eidlichen Aussage der Testamentszeugen nur eine Beweisregel[15]) und deshalb wurde darüber gestritten, ob die Zivilprozeßordnung nicht die ganze Vorschrift aus der Welt geschafft habe. Diesem Zweifel trat zuerst Tilsch[16]) mit der Lehre entgegen, es handle sich hier nicht um eine Beweisregel, sondern um eine Formvorschrift. Seine Lehre hat Beifall gefunden[17]) und ist in der Teilnovelle von 1914 gesetzlich anerkannt worden.[18]) Erst jetzt steht also fest, daß der gesetzliche Erbe, wenn zwei Testamentszeugen gestorben sind, das Testament durch den Antrag auf eidliche Vernehmung umstoßen kann, auch wenn er ausdrücklich zugibt, daß die unbeeidete Aussage durchaus richtig und einwandfrei ist. Dagegen kann sich der Bedachte dadurch schützen, daß er rechtzeitig die Beeidigung verlangt. Außerdem hilft die Verjährung. Drei Jahre nach der Kundmachung der unbeeideten Aussagen ist das Testament gemäß § 1487 der Umstoßung entrückt. Wird dann erst die Beeidigung verlangt, so tritt die Folge des § 586 (Ungültigkeit nach dem dort bezogenen § 601) nicht ein. Die kundgemachte unbeeidete Aussage der Testamentszeugen bleibt fortan — unbeschadet der Möglichkeit des frei zu würdigenden Gegenbeweises — als förmliches Testament in Kraft. Wollte man das nicht annehmen, so könnte schließlich einmal jedes mündliche Testament dadurch umgestoßen werden, daß die Beteiligten nach dem Ableben zweier Zeugen die eidliche Vernehmung begehren.

§ 499.

b) Begünstigte Testamente.[1])

I. Die „begünstigten" oder privilegierten Testamente, bei denen das Gesetz geringere Förmlichkeiten fordert, kommen vor:

1. An Orten, wo die Pest oder eine „ähnliche" ansteckende Seuche herrscht (§ 597). Unter Seuchen werden überhaupt Epidemien verstanden, aber nur die schwersten, Schrecken erregenden und den Verkehr lähmenden können der Pest „ähnlich" genannt werden, so nach der Praxis die

[15]) Liebermann, Beweisregel oder Formvorschrift? in der GH. 1906 Nr. 52. Doch betrachtet schon § 59 NO. v. 1850 die eidliche Bestätigung als eine Bedingung der Gültigkeit des letzten Willens.

[16]) Einfluß der Zivilprozeßgesetze S. 177 ff.

[17]) Wehli in Stubenrauchs Komm. 8. Aufl. I S. 793 Note 3, Ott, Rechtsfürsorgeverfahren S. 198 ff. Entsch. Slg. IX Nr. 3606.

[18]) Daß das nicht gerade notwendig war, darüber vgl. Wellspacher GZ. 1909 Nr. 46.

[1]) Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 200—206 und über die Militärtestamente auch Erk. II S. 131—133, Schmid, Heeresrecht S. 138 f.

Cholera[2]), aber nicht die Blattern[3]), die Lungenschwindsucht[4]), der Typhus[5]) oder der Rotlauf.[6]) Der „Ort" ist das ganze gefährdete Gebiet.[7]) Es ist nicht erforderlich, aber genügend[8]), daß die Krankheit im Hause des Erblasser ausgebrochen oder gar er selbst von ihr ergriffen worden ist. Doch darf um einiger eingeschleppter Fälle willen, wenn sich die Krankheit nicht weiter verbreitet hat, nicht die ganze Stadt als verseucht angesehen werden.[9]) Befindet sich der Erblasser in einer Isolieranstalt und ist er hier selbst erkrankt, so kann er als „Kontumazist" ganz formlos testieren. Er darf aber die Angestellten der Isolieranstalt nicht bedenken, und zwar formlos selbst dann nicht, wenn sie mit ihm verwandt sind.[10])

2. Bei Schiffahrten (§ 597), und zwar bei Seefahrten, nicht auch bei Fahrten auf Binnengewässern.[11])

3. Bei letztwilligen Anordnungen von Militärpersonen (Militärtestamente, § 600).[12]) Begünstigt sind die aktiv dienenden oder in der Versorgung eines Invalidenhauses stehenden Personen des Soldatenstandes unbedingt, Militärpersonen, die nicht zum Soldatenstande gehören, nur wenn sie während des Feldzuges[13]) bei der Armee oder auch im Frieden zur See auf einem Kriegsschiff in dienstlicher Verwendung stehen.

II. Der Inhalt der Begünstigung besteht darin, daß ein Alter von vierzehn Jahren zur Zeugenschaft ausreicht (§ 597) und daß nur zwei Zeugen erforderlich sind (§ 598).[14]) Unter Umständen wird auch die gleichzeitige Gegenwart der Zeugen nachgesehen: so beim Seuchentestamente, wenn die Gefahr einer Ansteckung droht[15]), und beim Militärtestamente während des Feldzuges und (in Kriegs- und Friedenszeiten) auf in Dienst gestellten Schiffen.

Die begünstigten Anordnungen verlieren ihre Wirksamkeit nach § 599 und dem Dienstreglement sechs Monate nach Beendigung der Schiff-

[2]) Entsch. Slg. Nr. 367.
[3]) Entsch. Slg. Nr. 9718.
[4]) Entsch. Slg. X Nr. 3657.
[5]) Entsch. Slg. XIII Nr. 4979.
[6]) Vgl. die Mitt. a. d. Praxis in der NotZ. 1914 Nr. 46.
[7]) Die „territoriale Zirkumskription", die als verseucht behandelt wird: Kap. II Tit. II Internat. Sanitäts-Übereinkommen v. 19. März 1897 RGBl. Nr. 13 für 1901.
[8]) Pfaff und Hofmann II S. 203.
[9]) Vgl. die oben Note 7 bezogene Stelle des internationalen Übereinkommens.
[10]) PaßpolO. v. 30. Juni 1837 § 71; GenSanNorm. v. 2. Jan. 1770. Unrichtig Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 205 (oben).
[11]) Pfaff und Hofmann S. 202, Krasnopolski V S. 75; a. M. Krainz. Vgl. § 198 f. ALR. I 12 § 198 f.
[12]) Das geltende Recht ist enthalten in Beil. 3 zu der mit AE. v. 20. Juni 1886 genehmigten 2. Aufl. des I. Teils des Dienstreglements für das k. k. Heer v. J. 1873. Vgl. Entsch. Slg. VI Nr. 2482. Weyl, Zur Umgestaltung der Militär- und Marinetestamente, Gruchots Beitr. 1915 S. 422.
[13]) Vgl. HKV. v. 1. Juni 1831.
[14]) Beim mündlichen Militärtestamente wird verlangt, daß sie „den Erblasser von Person kannten".
[15]) Mit Unrecht meint Entsch. Slg. Nr. 367, daß hier nur an eine Ansteckung durch den Erblasser gedacht sei.

fahrt[16]), nach dem Erlöschen der Epidemie (bezeichnet durch eine öffentliche Kundmachung, daß gewisse Vorkehrungen nun aufhören), nach dem Austritt aus der aktiven Militärdienstleistung, Kundmachung des Friedens oder Versetzung des Militärtestators für seine Person in friedliche Verhältnisse. Wird die Militärperson strafweise entlassen, so erlischt die Gültigkeit des Testamentes sofort nach Kundmachung der Entlassung.[17]) Tritt vor Ablauf der sechs Monate der zur Errichtung solcher Testamente berechtigende Zustand von neuem ein, so wird die Frist unterbrochen und ist neu zu berechnen.

§ 500.

3. Öffentliche Testamente.[1])

I. Man versteht unter einer öffentlichen letztwilligen Anordnung eine solche, die vor einem Richter oder Notar errichtet oder ihm übergeben und dadurch in eine öffentliche Urkunde umgewandelt worden ist. Hiedurch wird die Vermutung der Echtheit begründet (§ 310 ZPO.). Das Gericht muß aus zwei eidlich verpflichteten Gerichtspersonen bestehen, deren einer in dem Orte, wo die Erklärung aufgenommen wird, das Richteramt zusteht. Diese Gerichtsperson muß also nicht etwa notwendig der Gerichtsvorstand sein. Die andere Gerichtsperson ist gewöhnlich ein Protokollführer;[2]) sie kann durch zwei Testamentszeugen ersetzt werden[3]), § 589. Der amtierende Notar muß einen zweiten (den assistierenden) Notar oder zwei Zeugen beiziehen. Die Gerichtspersonen (§ 596) und Notare (§ 70 NO.) müssen die Eigenschaften fähiger Testamentszeugen besitzen.[4]) Ist der Erblasser ein tauber oder stummer Schriftunkundiger, so muß der Notar außerdem eine oder zwei Vertrauenspersonen[5]) beiziehen, die die Zeichensprache des Erblassers verstehen (§§ 60, 61 NO.).

---

[16]) Wann man sagen könne, sie sei beendigt, darüber s. Pfaff und Hofmann S. 204.

[17]) Über das in Ungarn geltende (abweichende) Recht der Militärtestamente: Stubenrauch 8. Aufl. I S. 803 Note 4.

[1]) Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 176—188, Exk. II S. 113—121; ferner über notarielle Testamente: Ungenannter, Zur Interpretation der Notariatsgesetze in der NotZ. 1875 Nr. 10, Richter, Kann ein in Form eines Notariatsaktes, welcher ungültig ist, aufgenommenes Testament als schriftliches Testament aufrecht erhalten werden? in den Prager Mitt. 1881 S. 178 ff., Baltinester, Die Funktion des zweiten Notars nach der österr. NO. in der NotZ. 1885 Nr. 45, Ders., Die Namensbeisetzung für schreibunkundige Zeugen nach der NO. ebda. 1890 Nr. 32, Felzmann, über notarielle mündliche und schriftliche letztwillige Anordnungen ebda. 1891 Nr. 28 bis 31, Fried, Ein Beitrag zum § 67 NO. ebda. 1891 Nr. 43, V. L., Die Frage der Testamentsform nach dem Entwurfe einer neuer NO. ebda. 1912 Nr. 12, M. Reich, NotHandb. S. 512.

[2]) Auch ein Kanzleigehilfe ist eine Gerichtsperson: Entsch. Slg. Nr. 15.479.

[3]) Pfaff und Hofmann S. 179.

[4]) Pfaff und Hofmann S. 198 bis 200. Wäre z. B. in dem dem Gericht verschlossen überreichten Testamente die Schwester oder Schwägerin einer der beiden Gerichtspersonen bedacht, so wäre das Testament in Beziehung auf sie nichtig (§ 594).

[5]) Entsch. Slg. VII Nr. 2577.

Die gerichtlichen und notariellen Testamente können mündlich oder schriftlich errichtet werden. § 587 ABGB., § 70 NO.

Öffentliche Testamente sind auch die von den Staatsangehörigen im Auslande vor ihrem Konsul errichteten. Die Staatsverträge, betreffend die Entgegennahme von Testamenten durch die Konsularbehörden, vgl. in der Manzschen Ausgabe bei § 577.

II. Die schriftlichen öffentlichen Testamente setzen voraus, daß der Erblasser eine fertige schriftliche Willenserklärung zum Gericht oder Notar mitbringt, um ihr den etwa noch fehlenden Charakter eines gültigen Testamentes und zugleich den einer öffentlichen Urkunde zu verschaffen. Dazu ist erforderlich:

1. Die persönliche Übergabe des Aufsatzes an das Gericht (§ 587) oder den Notar (§ 70 NO.). Unzulässig ist die Überreichung durch einen Machthaber, denn diese Handlung ist ein Teil des Testierens selbst, das Stellvertretung nicht zuläßt. Das Gericht (Bezirksgericht: § 121 JN.) muß nicht notwendig das persönliche Gericht des Erblassers sein, aber der übernehmenden Gerichtsperson muß die Gerichtsbarkeit an diesem Orte zustehen (§ 589). In Notfällen, z. B. wenn der Erblasser wegen Erkrankung nicht selbst erscheinen kann, darf der Akt auch in der Behausung des Testators vorgenommen werden (§ 590), nur muß diese im Gerichtsbezirke des aufnehmenden Gerichtes gelegen sein (§ 589). Wesentlich ist bei der Überreichung die Erklärung, daß der Aufsatz den letzten Willen des Überreichenden enthalte (§ 579); nicht wesentlich die Vorlesung des Aufsatzes (§ 581), selbst bei einem lesensunkundigen Testator.[6])

2. Die eigenhändige Unterfertigung des (von wem immer geschriebenen) Aufsatzes durch den Testator entweder bei Gericht (oder vor dem Notar) oder schon vorher (§ 587), oder die eigenhändige Beifügung des Handzeichens durch den schreibensunfähigen Erblasser (§ 580 ABGB., §§ 68, 73 NO.).[7]) Auf die Notwendigkeit dieser Förmlichkeit muß das Gericht (der Notar) ihn aufmerksam machen (§ 587 ABGB., § 70 NO.).

3. Die Aufnahme eines Protokolles über die Überreichung und die Unterfertigung (oder die Bestätigung der schon beigesetzten Unterschrift). § 587 ABGB., §§ 70, 73 NO. Das Datum des Protokolles gilt als Datum der letztwilligen Erklärung.[8])

4. Die Unterfertigung des Protokolles durch die im § 589 bezeichneten Personen[9]) oder durch zwei Notare oder einen Notar und zwei Zeugen (§ 70 NO.).

---

[6]) Gegen die letzte (den lesensunkundigen Testator betreffende) Behauptung: Pfaff und Hofmann S. 177 bei Note 7.

[7]) Das Handzeichen muß bei Gericht beigesetzt werden; bei notariellen Testamenten ist seine Beisetzung, wenn auch nur unter besonderen Voraussetzungen, nicht unerläßlich. Pfaff und Hofmann S. 177 bei Note 6, S. 186 Abs. 1.

[8]) Die Datierung ist nicht wesentlich für die Gültigkeit des Testamentes; Pfaff und Hofmann S. 181.

[9]) Pfaff und Hofmann S. 182.

Die Versiegelung des Aufsatzes durch das Gericht oder den Notar[10]), die Bemerkung auf dem Umschlag, wer der Testator sei, die Hinterlegung des Aufsatzes[11]) und die Ausfolgung eines Empfangsscheines an den Testator (§ 587 ABGB., §§ 70, 73 NO.) sind Amtshandlungen, von deren Vornahme die Gültigkeit der Anordnung nicht abhängt (§ 601).[12])

Das dem Richter oder Notar überreichte Testament kann vom Testator persönlich oder durch einen mit besonderer, beglaubigter Vollmacht versehenen Machthaber, nicht auch vom gesetzlichen Vertreter des Testators[13]) zurückverlangt werden (§ 74 NO.); ob es dann noch als Testament gilt, hängt davon ab, ob es die Förmlichkeiten eines gültigen Privattestamentes hat.

III. Mündliche öffentliche Testamente werden protokolliert.[14]) Die Erfordernisse sind:

1. Persönliche Erklärung des letzten Willens in Gegenwart der oben (I) bezeichneten Amtspersonen und Zeugen (§ 589 ABGB., § 70 NO.), die im Notfall auch hier in der Wohnung des Erblassers erscheinen können (§ 590).

2. Aufnahme der Erklärung in ein Protokoll, das wie ein schriftliches Testament versiegelt hinterlegt wird (§ 588 ABGB., §§ 70, 73, 68 NO.). Auch diesem Protokolle soll das Datum beigesetzt werden (§ 590).

3. Unterzeichnung des Protokolles wie bei einem schriftlichen öffentlichen Testamente.

Auch die mündlichen öffentlichen Testamente können beliebig widerrufen werden. Dagegen ist Ausfolgung des Protokolles an die Partei unzulässig (§ 49 NO.).

Von den notariellen Testamenten „mit der Kraft gerichtlicher letztwilliger Anordnungen" sind die Testamente in der Form des Notariatsaktes zu unterscheiden.[15]) Bei diesen entfällt die Aufnahme eines Protokolles.[16]) Personen unter achtzehn Jahren können nicht in der Form des Notariatsaktes (wohl aber in der des notariellen Protokolles) testieren.

Die öffentlichen Testamente sind in Österreich nicht beliebt. Die Notare selbst ziehen oft die Errichtung von Privattestamenten vor. Die Gültigkeit notarieller Testamente hängt von besonderen, zum Teile unbequemen Formvorschriften ab; so können z. B. die Kanzleibediensteten des Notars bei einem privaten, nicht aber bei einem notariellen Testamente Zeugen sein (§ 56 NO.). Der Testator kann das private,

[10]) Auch wenn der Aufsatz versiegelt überbracht wurde.

[11]) Und zwar feuersichere Aufbewahrung des Aufsatzes samt dem Protokolle in verschlossenen Kasten: GeschO. § 285.

[12]) Vgl. Pfaff und Hofmann S. 180 f.

[13]) Entsch. Slg. VI Nr. 2450.

[14]) „Diese Aufschreibung benimmt dem Testamente nicht die Natur eines mündlichen, was sich namentlich in der Entbehrlichkeit der Unterschrift des Testators zeigt": Pfaff und Hofmann S. 178, 180.

[15]) Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 186 f., Ext. II S. 116 ff.

[16]) Entsch. Slg. Nr. 7694.

nicht aber das öffentliche Testament in eigene Verwahrung nehmen, er kann nur jenes, nicht aber dieses spurlos (durch Vernichtung) aus der Welt schaffen.[17])

§ 501.

4. Gemeinschaftliche Testamente.[1])

I. Voraussetzungen. Die letztwilligen Erklärungen mehrerer Personen können bei sonstiger Ungültigkeit[2]) nicht in einen gemeinsamen Aufsatz vereinigt werden (§ 583). Diese Regel gilt im französischen Rechte ausnahmslos.[3]) Das österreichische Recht[4]) gestattet jedoch wie früher das preußische und nun das deutsche, Ehegatten die Errichtung gemeinschaftlicher Testamente. Das entspricht einem alten Gewohnheitsrechte.[5]) Insbesondere dort, wo Gütergemeinschaft üblich war, pflegten die Gatten in den Ehepakten über das gemeinsame Vermögen gemeinsam auf den Todesfall zu verfügen.[6]) Diese Verfügungen wurden als gemeinschaftliche Testamente oder als Erbverträge behandelt, je nachdem man sie für widerruflich hielt oder nicht. Da das geltende Recht Erbverträge nur für drei Vierteile des Nachlasses gelten läßt, bilden wechselseitige Testamente eine regelmäßige Ergänzung der Erbverträge. Obwohl nun die wechselseitigen Testamente neben den Erbverträgen in die Ehepakten aufgenommen zu werden pflegen und deshalb auch vom allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche im Hauptstücke von den Ehepakten behandelt werden, sind sie keine Verträge und daher auch keine Ehepakten.[7]) Freilich ist es nicht immer leicht, zu entscheiden, ob eine in den Ehepakten vorkommende Verfügung ein Erbvertrag oder ein gemeinschaftliches Testament sein soll; im Zweifel ist sie als gemeinschaftliches Testament anzusehen.[8])

Brautleute können wechselseitige Testamente für den Fall der Eheschließung errichten.[9])

[17]) V. L. a. a. O.

[1]) Vgl. Unger § 21, Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 165—169, Exk. II S. 100—108, Fischer, Zur Lehre von den gemeinschaftlichen Testamenten der Eheleute im ArchBürgR. 6, 54, E. Goldmann, Das gemeinschaftliche Testament unter besonderer Besücksichtigung des sog. Berliner Testamentes Gruchots Beitr. 48, 64, G. Kiß, Zur jur. Konstruktion der korrespektiven Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament ArchBürgR. 25, 175, Kanoldt, Pflichtteilsanspruch im Falle des § 2269 BGB. ebda. 40, 262, Reichel, Zur Lehre vom gemeinschaftlichen Testamente 1915.

[2]) Entsch. Slg. VI Nr. 2371, betr. ein von Schwestern errichtetes gemeinschaftliches Testament.

[3]) Art. 968 Code civil.

[4]) Schon Cod. Ther. II 11 n. 181.

[5]) Vgl. über die wechselseitigen Testamente der Ehegatten in Österreich und Steiermark Beckmann, Idea juris (1688) S. 481.

[6]) G. Kiß a. a. O. S. 181, Kanoldt a. a. O. S. 269.

[7]) Die Meinung, daß wechselseitige Testamente Ehepakte seien, und ihre Gültigkeit daher durch Aufnahme eines Notariatsaktes bedingt sei, ist widerlegt durch Nowak GZ. 1874 Nr. 47, 48, und die daselbst zit. Justizministerialverordnung. So auch SpR. Nr. 99, Slg. Nr. 7049.

[8]) Pfaff und Hofmann S. 168, Dr. K. G. in der NotZ. 1882 Nr. 40.

[9]) Vgl. HfD. v. 25. Juni 1817 betr.

Setzen die Ehegatten (oder Brautleute) einander gegenseitig zu Erben ein, bestimmen sie also, daß der Überlebende den Vorverstorbenen beerben solle, so bezeichnet man das Testament als wechselseitiges Testament. Aber Ehegatten können gemeinschaftlich auch so testieren, daß nur ein Gatte den andern, dieser aber eine dritte Person einsetzt[10]), oder auch so, daß sie nur dritte Personen zur Erbfolge berufen. Auch gemeinschaftliche Kodizille (Verfügungen ohne Erbeinsetzung) sind möglich.[11])

II. Form. Das gemeinschaftliche Testament kann in öffentlicher oder in privater Form errichtet werden. Am häufigsten erscheint es (mit den Ehepakten verbunden) in der Form des Notariatsaktes. Das private Testament müssen beide Ehegatten in Gegenwart der Zeugen als ihren letzten Willen bestätigen; die Zeugen müssen einmal unterschreiben. Wollen die Gatten ohne Zeugen testieren, so muß jeder seine Anordnung eigenhändig schreiben und beide müssen die gemeinsame Urkunde gemeinsam unterschreiben.[12]) Es genügt nicht — wie nach deutschem Rechte (§ 2267 DBGB.) —, daß ein Gatte das Testament schreibt und der andere die Erklärung beifügt, daß es auch als sein Testament gelten solle. Um so weniger genügt die bloße Beisetzung der (zweiten) Unterschrift. Der Oberste Gerichtshof will ein solches Testament nicht einmal als ein Testament desjenigen Gatten gelten lassen, der es eigenhändig geschrieben (und unterschrieben) hat.[13])

III. Widerruf. Jeder Ehegatte kann das gemeinschaftliche Testament widerrufen (§ 1248). Dann gilt es für seinen Nachlaß nicht. Es bleibt aber als Testament des andern Ehegatten in Kraft, wenn es nicht wechselbezüglich (korrespektiv) ist, d. h. wenn nicht die Geltung der einen Verfügung von der der andern abhängt. Das Gesetz sagt: es kann „aus der Widerrufung des einen Teiles auf die Widerrufung des andern Teiles nicht geschlossen werden". Das gemeinschaftliche Testament ist also im Zweifel — auch wenn es ein wechselseitiges ist — nicht wechselbezüglich.[14]) Aber die Wechselbezüglichkeit kann ausdrücklich angeordnet werden. Ist das nicht geschehen, so kann der Überlebende, auch wenn er die Erbschaft des Verstorbenen auf Grund des wechselseitigen Testamentes angenommen hat, die zu Gunsten eines Dritten (unten IV) über seinen eigenen Nachlaß getroffene Verfügung widerrufen und dennoch

die Erbverträge. v. Semaka in der NotZ. 1894 Nr. 29.

[10]) Das kommt hie und da vor, vgl. die Beispiele aus der Praxis bei v. Semaka a. a. O.

[11]) All das bestreitet Fried NotZ. 1893 Nr. 47. Er behauptet unter Berufung auf das Wörtchen „auch" im § 1248, daß die Ehegatten einander gegenseitig zu Erben einsetzen müssen. Dagegen Pfaff und Hofmann S. 167, v. Semaka a. a. O. (mit dem Hinweise auf § 1250) und Ofner NotZ. 1894 Nr. 38 (mit Berufung auf die Redaktionsgeschichte).

[12]) Pfaff und Hofmann S. 167. Dieser Vorgang ist wohl auch nach deutschem Rechte nicht ausgeschlossen: Kipp, Lehrbuch V § 25. Dagegen aber Entsch. v. 18. Nov. 1909 RG. 72, 204 und für das schweizerische Recht H. Henrici ZSchweizR. 55 S. 175.

[13]) Entsch. Slg. IX Nr. 3417. Vgl. dagegen Pfaff und Hofmann II S. 166.

[14]) Anders nach § 2270 DBGB.

die Erbschaft behalten. Ist das Testament wechselbezüglich, so kann er es zwar gleichfalls jederzeit widerrufen, er macht aber dadurch zugleich seine eigene Einsetzung hinfällig, so daß er nun den bereits übernommenen Nachlaß — nicht auch die vor dem Widerrufe abgetrennten Früchte[15]) — herausgeben muß.

Wie der Widerruf, so ergreift auch die Ungültigkeit der einen Verfügung die andere nur im Falle der Wechselbezüglichkeit.

IV. Gemeinsame Verfügungen zu Gunsten Dritter. Dritte können im gemeinschaftlichen Testamente als Erben eingesetzt oder mit Vermächtnissen bedacht sein. Dabei ergeben sich leicht Zweifel.

1. Oft bestimmt das gemeinschaftliche (wechselseitige) Testament, daß den Vorverstorbenen (A) der überlebende Gatte (B) und diesen ein Dritter (C) beerben solle. Dabei ist das beiderseitige Vermögen wohl als eine einheitliche Masse gedacht, die zunächst dem B verbleiben und nach dessen Tode dem C zufallen soll.[16]) Indessen müssen die beiden Nachlässe getrennt abgehandelt werden. Es sind nun zwei Auffassungen möglich:

a) C ist von jedem der beiden Erblasser nur als Ersatzerbe berufen. Er beerbt also in der Regel nur den Überlebenden als dessen testamentarischer Erbe. Seine Berufung durch den Vorverstorbenen ist gegenstandslos, sobald der Überlebende Erbe geworden ist (§ 615).[17]) Widerruft der Überlebende seine (nicht wechselbezügliche) Verfügung, so geht C leer aus.[18])

b) Im Zweifel ist jedoch anzunehmen, daß C zugleich von jedem Gatten zum Nacherben berufen ist. Diese Auffassung kommt der regelmäßigen Absicht der Erblasser, die ja auf eine möglichst weitgehende Bindung gerichtet ist, am nächsten. Danach übernimmt zunächst B den Nachlaß des A als Vorerbe, und nach seinem Tode fällt dieser Nachlaß an den C als Nacherben.[19]) Außerdem erhält C den Nachlaß des B als Ersatzerbe, wenn B nicht widerruft.

2. Haben die Ehegatten A und B dem C gemeinschaftlich ein Vermächtnis ausgesetzt, so ist es eine Auslegungsfrage, ob

a) C das ganze Vermächtnis als ein Vermächtnis des zuerst Verstorbenen erhalten solle, auch wenn der Überlebende, der die Erbschaft angetreten hat, seine Verfügung widerruft[20]), oder ob

[15]) § 708. A. M. Krainz.

[16]) Bas, Erbteilung erst nach dem Tode beider Gatten NotZ. 1907 Nr. 9. Vgl. auch G. Kiß a. a. O.

[17]) Anders freilich, wenn ein wechselbezügliches Testament vom Überlebenden widerrufen wird. Daß damit auch die Einsetzung des C durch den A hinfällig wird, ist im Zweifel nicht anzunehmen.

[18]) Entsch. Slg. Nr. 4324. Ähnlich ist das Verhältnis in § 2269 DBGB. aufgefaßt, das Ergebnis ist aber wegen § 2271 (Unwiderruflichkeit) ein ganz anderes.

[19]) Entsch. Slg. Nr. 4701, 4977, II Nr. 479. So hat es auch die preußische Rechtsprechung stets gehalten: Goldmann a. a. O. S. 78.

[20]) So Entsch. Slg. Nr. 11.869.

b) das Vermächtnis als von jedem Gatten zur Hälfte angeordnet anzusehen ist, so daß C, wenn der Überlebende widerruft, sich mit dem halben Vermächtnisse begnügen muß.[21])

Im Zweifel ist zu Gunsten der stärkeren Wirkung (a) zu entscheiden.

Sechster Abschnitt.

Bedingung. Befristung. Auflage.[1])

§ 502.

I. Die letztwillige Erklärung kann, wie andere Willenserklärungen, durch Bedingungen, Befristungen und Auflagen „eingeschränkt" werden (§ 695). Die in diesem Paragraphen außerdem erwähnte Einschränkung durch „eine erklärte Absicht", d. i. den Zweck, zu dem der Erblasser das Zugedachte bestimmt hat, ist wirkliche Beschränkung nur, wenn sie dem Bedachten zur Pflicht gemacht ist — dann geht sie aber auch schon in eine Auflage über (§ 711).[2])

Damit der Bedachte das ihm unter einer möglichen und erlaubten aufschiebenden Bedingung zugedachte Recht erlange, muß die Bedingung erfüllt werden, auch wenn die Erfüllung vom Willen eines Dritten[3]) oder vom Zufall abhängt (§ 699). Nach österreichischem Rechte gibt es also keine Fiktion der Erfüllung zu Gunsten des erfüllungsbereiten Bedachten, wenn die Erfüllung durch verweigerte Mitwirkung eines andern oder sonstige äußere Umstände verhindert wird.[4]) Wohl aber ist auch für das österreichische Recht anzunehmen, daß die Fiktion der Erfüllung dann eintritt, wenn derjenige die Erfüllung hindert, der aus der Nichterfüllung Vorteil zieht.[5]) War die Bedingung bei Lebzeiten des Erblassers schon erfüllt, so muß sie gleichwohl nach dessen Tod nochmals erfüllt werden, wenn sie in einer Handlung des Bedachten besteht, die er wiederholen kann (§ 701).[6])

Eine unmögliche oder unerlaubte aufschiebende Bedingung macht die Zuwendung nichtig, auch wenn die Unmöglichkeit erst nach Errichtung des letzten Willens eingetreten und dem Erblasser bekannt geworden ist

[21]) Entsch. Slg. VIII Nr. 3228.

[1]) Oben I §§ 108—115, Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 535—624.

[2]) Pfaff und Hofmann S. 540, vgl. auch Entsch. Slg. III Nr. 1179.

[3]) In der Regel ist zulässig die „Willkürbedingung" (z. B. wenn A heiratet), unzulässig die „Wollensbedingung" (wenn A will). Näheres bei Pfaff und Hofmann II S. 574 Note 6 und bei Raape, Die testamentarische Willkürbedingung in der Festschr. für Zitelmann 1913. Oben § 492.

[4]) Pfaff und Hofmann S. 574 ff.

[5]) Oben § 109 und nun SpR. Nr. 234 v. 3. März 1914 (OG. Nr. 1548).

[6]) Für das gemeine Recht streitig, so § 502 ALR. I, 12. Beispiel Zeillers: Vermächtnis an einen Dichter unter der Bedingung, daß er „ein Lustspiel für unser Theater verfaßt". — „Glücklicherweise gibt § 701 nur eine Auslegungsregel, es ist alles quæstio voluntatis und somit in das verständige Ermessen des Gerichtes gestellt." Pfaff und Hofmann S. 590.

(§ 698);[7]) eine unmögliche oder unerlaubte auflösende Bedingung wird als nicht beigesetzt angesehen. Das ist belanglos bei der auflösenden unmöglichen Bedingung, weil sie ohnehin nicht erfüllt werden kann, es ist von Bedeutung bei der unerlaubten Bedingung (oben § 111). Beispiel: Der Erbe, der mit seiner Schwester in Feindschaft lebt, soll, wenn er ihr verzeiht, nach dem Willen des Erblassers die Erbschaft verlieren.[8]) Diese Verfügung verstößt, wenn kein triftiger Grund der Herstellung des Familienfriedens im Wege steht, gegen die guten Sitten, ist also unerlaubt (§ 26); die auflösende unerlaubte Bedingung wird nun gemäß § 698 als nicht beigesetzt angesehen, der Erbe kann also seiner Schwester verzeihen, ohne deswegen die Erbschaft einzubüßen.

Unerlaubt, also ohne Wirkung ist insbesondere die Bedingung der Nichtverehelichung (§ 700)[9]) — aber mit weitreichenden Ausnahmen:

a) Einem Minderjährigen kann die Bedingung auferlegt werden, nicht vor seiner Großjährigkeit zu heiraten. Die Absicht ist, ihn von einer leichtsinnigen Eheschließung abzuhalten.

b) Eine verwitwete Person, die Kinder hat, muß die Bedingung erfüllen. Es genügt ein Kind, auch ein ungeborenes, aber es muß ein eheleibliches, nicht ein Wahlkind oder ein uneheliches Kind sein.[10]) Die Absicht ist, die Kinder gegen die Nachteile der zweiten Ehe zu schützen. Sterben die Kinder, so fällt nach dem Judikat Nr. 52[11]) das Verbot der Wiederverehelichung weg.

c) Ein Hofdekret vom 23. Mai 1844, JGS. Nr. 807[12]), bestimmt, daß der Erblasser für die (ledige oder verwitwete) Erbin[13]) bis zur Verheiratung durch Zuwendung des Genusses der Erbschaft oder eines Erbteiles oder eines Vermächtnisses sorgen kann. Die Absicht ist hier nicht, die Erbin von der Eheschließung abzuhalten, sondern sie bis dahin zu versorgen. Diese Absicht ist wesentlich, sie ist aber, wenn die Zuwendung in einem Fruchtgenusse oder einer Rente besteht und nicht etwa die Rückstellung des bereits vor der Eheschließung Bezogenen angeordnet wird, zu vermuten.[14]) Als Beispiel mag der Fall Staffoni (1836)

[7]) Das preußische Recht (§ 505 f. ALR. I 12) sah hier die Bedingung als erlassen an, das französische (Art. 900 Code civil) streicht jede unmögliche oder unerlaubte Bedingung.

[8]) Entsch. Slg. Nr. 1425.

[9]) Edlmann, Über die einer Erklärung des letzten Willens beigesetzte Bedingung der Nichtverehelichung 1822, Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 580, Hanausek, Das gesetzliche Erbrecht S. 65.

[10]) Pfaff und Hofmann II S. 585, Hanausek S. 67 Note 91.

[11]) Slg. Nr. 1618. Vgl. Hanausek a. a. O.: „Es kann sich also ereignen, daß ein Vater, eine Mutter auf den Tod des kranken Kindes warten, um sich wieder verehelichen zu können."

[12]) Likawetz-Oberhauser in der ZfRuSt. 1845 I 157, Stroß, Mat. zu zwei Hofdekreten in der Festschr. 1811 II S. 713. Vgl. auch Art. 850 Codice civile.

[13]) Nur an Frauenspersonen ist gedacht: Pfaff und Hofmann S. 586, Stroß S. 718 Note 4. Vgl. den Rechtsfall Peitler 2. Aufl. Nr. 423.

[14]) Die ursprüngliche Fassung des Hofdekretes vermutete diese Absicht nur bei der Zuwendung an die Gattin, die endgültige Fassung hat jedoch die Unter-

dienen. Der Erblasser hatte seiner Frau den Fruchtgenuß seines Vermögens auf die Dauer des Witwenstandes hinterlassen. Die Witwe heiratete, bezog aber den Fruchtgenuß weiter. Alle Instanzen entschieden nach § 700 zu ihren Gunsten. Dennoch hat gerade dieser Fall den Anstoß zum Hofdekret von 1844 gegeben. Grenzfälle können Schwierigkeiten machen. Im Zweifel wird die Beschränkung eines Fruchtgenusses oder einer Rente auf die Dauer des Witwenstandes oder des ledigen Standes zulässig sein, dann aber nicht, wenn feststeht, daß die Absicht des Erblassers nur darauf gerichtet war, von der Verehelichung abzuhalten.[15]) Hingegen ist bei Zuwendung eines Kapitales die Bedingung der Nichtverehelichung in der Regel zu streichen, wenn nicht klar ist, daß der Erblasser damit doch nur die Versorgung bis zur Verehelichung beabsichtigt hat.[16])

Unzulässig ist auch die Bedingung, niemand andern als eine bestimmte Person zu heiraten.[17]) Sie ist nicht zu verwechseln mit der zulässigen Bedingung, eine bestimmte Person zu heiraten.[18]) Nur die erste, nicht die zweite könnte den Erben bestimmen, ledig zu bleiben. Zulässig ist auch die Bedingung, eine bestimmte Person nicht zu heiraten (§ 700, Schlußsatz). Ob die Bedingung, eine Person bestimmten Standes oder Bekenntnisses nicht zu heiraten, zulässig sei, muß nach den Umständen des einzelnen Falles beurteilt werden.[19]) Die freiwillige Unterwerfung des Bedachten unter die gesetzwidrige Bedingung der Nichtverehelichung soll nach einer recht bedenklichen Praxis[20]) geeignet sein, sie gültig zu machen.

Ein Anfangstermin[20a]) schiebt den Genuß der Erbschaft (des Vermächtnisses) auf (§ 705), ein Endtermin zerstört ihn; ein bedingter Termin[21]) wird ganz wie eine Bedingung behandelt (§ 704); ein unmöglicher Termin[22]) gleich einer unmöglichen Bedingung, es sei denn, daß sich der Erblasser offenbar nur im Ausdrucke vergriffen hat, wo die wahrscheinliche Willensmeinung (§ 706, zweiter Satz) entscheidet.

---

scheidung zwischen der Gattin und anderen Personen fallen lassen. Stroß S. 719.

15) Pfaff und Hofmann II S. 586. Nach der französischen Praxis ist die condition de viduité zulässig, wenn nicht motifs répréhensibles oder but de vexation vorliegen.

16) Pfaff und Hofmann II S. 586 Note 28.

17) Vgl. Entsch. Slg. VI Nr. 2466.

18) Den Unterschied scheint Hanausek S. 66 Note 89 zu übersehen.

19) Pfaff und Hofmann S. 582 f. halten diese Bedingung für schlechtweg zulässig. Dagegen Hanausek Note 89.

20) Entsch. Slg. V Nr. 1777. „Damit würde der vom Gesetzgeber reprobierte Zwang durch eine Hintertüre wieder eingeführt." Pfaff und Hofmann S. 583, Hanausek S. 68.

20a) Pfaff und Hofmann S. 600 ff. Insbesondere über betagte Erbeinsetzung Steinlechner, Das schwebende Erbrecht (1893) S. 311 ff. und dazu Pfaff in der GZ. 1898 Nr. 2.

21) Von dem nämlich nicht gewiß ist, daß er kommen werde — im Gegensatz zum reinen: § 705.

22) Z. B. gestellt auf das Erleben des 200. Geburtstages. Dagegen ist es kein unmöglicher Termin, wenn die Nichten (im Alter von 13—18 Jahren) auf die Erbschaft 50 Jahre warten sollen: AE. v. 11. Nov. 1826 PGS. 54 S. 128.

Die aufschiebende Bedingung (und der ungewisse Anfangstermin) schiebt den Anfall des Zugedachten bis zu ihrer Erfüllung auf; daher muß der Bedachte die Erfüllung erleben[23]) und zu ihrer Zeit erbfähig sein (§ 703). Der gewisse Anfangstermin aber schiebt nicht den Anfall, sondern nur den Genuß des letztwillig Zugedachten hinaus, daher geht das befristete Recht auf die Erben über (§ 705). Die aufschiebende Bedingung wie der Anfangstermin schieben ferner auch den Genuß der Erbschaft (oder des Vermächtnisses) bis zur Erfüllung (Eintreten des Termins) hinaus.[24]) Der einstweilige Genuß der Erbschaft kommt den gesetzlichen Erben[25]), der des Vermächtnisses dem damit beschwerten Erben zu. Diese Personen sind mittlerweile zeitliche Eigentümer mit Fruchtbezugsrecht und stehen zu dem bedingt oder betagt Berufenen genau im Verhältnisse eines Vorerben zum Nacherben (§ 707). Erlebt der bedingt Berufene die Erfüllung der Bedingung nicht, so bleibt der gesetzliche Erbe oder der mit dem bedingten Vermächtnisse beschwerte Erbe im bisherigen Besitze und Genusse; erlebt der unter einem reinen Anfangstermin Berufene diesen nicht, dann gehen beim Eintritt des Termins Besitz und Genuß auf seine Erben über (§§ 703, 705).

Im Falle eines Endtermins, einer auflösenden Bedingung oder einer verneinenden Bedingung[26]) tritt der Berufene sofort in den Besitz und Genuß des ihm Zugewendeten, verliert ihn aber mit dem Eintritt der Bedingung oder des Termins, und die Erbschaft gelangt ungeschmälert an den gesetzlichen Erben[27]), das Vermächtnis an den Beschwerten; der gewesene Erbe oder Vermächtnisnehmer behält nur die bis zum Eintreten des Zeitpunktes oder der Bedingung abgereiften Früchte, muß aber in der Zwischenzeit für die ungeschmälerte Erhaltung des in seinem Genusse befindlichen Nachlasses oder Nachlaßteiles Sorge tragen, hat also gegenüber demjenigen, dem der Hauptstamm später zufallen kann, die Rechte und Verbindlichkeiten eines Vorerben (§ 708).

Die gesetzlichen Erben, an die der Nachlaß beim Eintritte der Bedingung oder des ungewissen Endtermins zu gelangen hat, sind jene, die zur Zeit des Eintretens der Bedingung (des Termins) die nächsten gesetzlichen Erben des Erblassers wären[28]) — im Falle eines gewissen Endtermins aber jene, die zur Zeit des Todes des Erblassers die

[23]) Oben I § 110 Note 5. — „Das Wort überlebe im § 703 a potiori genommen und nicht zu urgieren; es genügt, wenn der Honorierte die Erfüllung der Bedingung erlebt." Pfaff und Hofmann S. 596.

[24]) Zum folgenden Pfaff und Hofmann S. 604 ff.

[25]) Ist aber der gesetzliche Erbe selbst unter einer aufschiebenden Bedingung eingesetzt, dann gelangt die Erbschaft inzwischen regelmäßig an den nächstfolgenden gesetzlichen Erben, weil solche Einsetzung zugleich Ausschließung vom Erbrecht für den Fall der Vereitlung der Bedingung ist. Unger § 30 Anm. 4.

[26]) Oben § 109.

[27]) Lutwak, Zum Wesen des Nacherbrechtes Gellers ZBl. 1907 S. 1007 will die auflösende Bedingung der Erbeinsetzung einfach streichen, wenn der Erblasser keine Nacherben ernannt hat.

[28]) Vgl. DBGB. § 2104.

nächsten sind; stirbt in diesem Falle der gesetzliche Erbe vor Eintritt des Endtermins, so sind seine Erben[29]) als Nacherben zu betrachten. — Wird die auflösende Bedingung (der ungewisse Endtermin) vereitelt, so bleibt der Bedachte endgültig im Besitze des Nachlasses; die Beschränkungen der Zwischenzeit fallen weg.

Ist einer von mehreren Erben (§ 560) bedingt oder betagt eingesetzt, dann treten die anwachsungsberechtigten Miterben an die Stelle der in den §§ 707, 708 genannten gesetzlichen Erben.[30])

Ein besonderer Fall der bedingten Berufung ist die Einsetzung einer zur Zeit des Erbfalles noch nicht erzeugten Person (oben § 482, III), ein ähnlicher die Einsetzung eines Erben, dessen Persönlichkeit durch ein nach dem Erbfalle eintretendes Ereignis bestimmt werden soll, z. B. die Einsetzung des künftigen Ehemannes der X.[31])

II. Wesen und Wirkung der Auflage sind oben §§ 114 und 115 erörtert worden. Dort wurde ausgeführt, daß die Auflage sich vom Vermächtnisse dadurch unterscheidet, daß dem Beschwerten kein auf die Leistung Berechtigter gegenüber steht. Das schließt aber nicht aus, daß gewisse Personen berechtigt sind, auf Erfüllung zu klagen. Sie verlangen freilich die Leistung nicht für sich, ihr Klagerecht ist analog dem des Versprechensempfängers beim Vertrage zu Gunsten Dritter (§ 881). Klageberechtigt ist, wer berufen ist, das Interesse des Erblassers an der Erfüllung des letzten Willens wahrzunehmen oder für jenen Zweck einzutreten, dem die Auflage dienen soll. So kann der Testamentsvollstrecker den Erben, ein Miterbe den andern und jeder Erbe den beschwerten Vermächtnisnehmer belangen; die Gemeinde oder die Kirche kann auf Erfüllung derjenigen Auflagen dringen, die den von ihnen wahrzunehmenden Interessen dienen.[32]) Vor allem aber sorgt das Abhandlungsgericht für die Vollziehung der Auflagen[33]) und antwortet den Nachlaß erst ein, wenn sie gesichert ist (§ 817 ABGB., § 157 VaSt.). Freilich kann dem Gerichte die Befugnis nicht abgesprochen werden, die Überwachung abzulehnen. Andernfalls könnte das wohlbegründete Erfordernis der staatlichen Genehmigung von Stiftungen leicht genug umgangen werden.[34]) Dem Erblasser kann doch wohl das unbedingte Recht nicht zugestanden werden, eine oft recht ausgiebige staatliche Tätigkeit — nicht selten auf unabsehbare Zeiten (z. B. durch gewisse Graberhaltungsanordnungen) — für Zwecke in Anspruch zu nehmen, die niemanden angehen. Die Überwachung der lebenslänglichen Verpflegung eines Hundes mag allenfalls einem Testamentsvollstrecker aufgebürdet

[29]) Auch die testamentarischen.

[30]) Pfaff und Hofmann II S. 608 ff.

[31]) § 2105 DBGB.

[32]) Vgl. § 2194 DBGB. Gegen das Klagerecht die Gründe der Entsch. v. 28. Nov. 1905 in Gellers ZBl. 1907 S. 65. Till (GZ. 1907 S. 412) will nur eine Klage auf die Bereicherung zulassen.

[33]) Randa, Erwerb der Erbschaft S. 73 Note, Pfaff und Hofmann II S. 617.

[34]) Vgl. Entsch. Slg. Nr. 3240.

werden, von Amts wegen sollte sich das Gericht derartigen Aufgaben nicht unterziehen.

In anderer Weise sichert das Gesetz die Erfüllung von Auflagen dadurch, daß es die Auflage oder vielmehr deren Nichterfüllung als auflösende Bedingung behandelt (§ 709). Das kann aber nur als eine Auslegungsregel für zweifelhafte Fälle gelten. Wo feststeht, daß die Verwirkung über die Absicht des Erblassers hinausginge, ihr vielleicht geradezu zuwiderliefe[35]), behält der Bedachte die Zuwendung. Andrerseits ist der Auftrag im Zweifel als erlassen anzusehen, wenn der Bedachte ihn ohne eigene Schuld nicht einmal annähernd erfüllen kann. Aber auch das gilt nur, wenn „aus dem Willen des Erblassers nicht das Gegenteil erhellt" (§ 710, Satz 2).[36]) Soweit also die Zuwendung offenbar nur den Zweck hat, dem Beschwerten die Erfüllung der Auflage zu ermöglichen (die Kosten zu decken), wird sie auch bei unverschuldeter Unmöglichkeit in der Regel wegfallen.

Der Erblasser kann anordnen, daß der Beschwerte, der die Auflage nicht erfüllt, ein Strafvermächtnis entrichten soll.[37]) Ist die Auflage unerlaubt, so ist auch das Strafvermächtnis ungültig (§ 712).

Zu den Auflagen gehören die Verbote.[38]) Für gewisse Verbote gelten jedoch besondere Regeln:

1. Das Bestreitungsverbot fällt nicht unter § 709. Doch kann der Erblasser dem Bedachten „unter angedrohter Entziehung eines Vorteiles" verbieten, den letzten Willen zu bestreiten (§ 720). Das ist die sogenannte kassatorische oder privatorische Klausel. Sie gilt nie (auch dann nicht, wenn der Erblasser ausdrücklich das Gegenteil sagt) für den Fall, „daß nur die Echtheit oder der Sinn der Erklärung angefochten wird." Das ist selbstverständlich.[39]) Denn da wendet sich die Bestreitung nicht gegen den wirklichen Willen des Erblasser. Wäre diese Ausnahme nicht, „so könnte sich ein Fälscher sein Geschäft durch Einschaltung einer Klausel sehr erleichtern".[40]) Wohl aber gilt die Klausel z. B. auch für die Anfechtung wegen eines Formmangels.[41]) Hat die Bestreitung Erfolg, so kann freilich der Bedachte sein allfälliges gesetzliches Erbrecht geltend machen. Unerlaubt und daher unwirksam ist die Klausel, wenn sie einem rechtswidrigen Zwecke dient, z. B. der Bedenkung eines Erbunfähigen.[42])

2. Das letztwillige Veräußerungs- und Belastungsverbot (§ 364 c) bindet wie das vertragsmäßige nur den ersten Erwerber und

[35]) Vgl. z. B. Entsch. Slg. V Nr. 2070.

[36]) Pfaff und Hofmann S. 619 ff. Vgl. auch Hilse, Testamentarische Anordnung der Feuerbestattung im ArchBürgR. Bd. 26 S. 361 ff.

[37]) Pfaff und Hofmann II S. 622.

[38]) Oben § 201 Note 15.

[39]) Es gilt deshalb auch (ohne besondere gesetzliche Anordnung) für das deutsche Recht (RGKomm. zu § 2074). Auch auf Strafvermächtnisse ist die Ausnahme zu beziehen.

[40]) Pfaff und Hofmann II S. 650.

[41]) Entsch. Slg. Nr. 1347.

[42]) Pfaff und Hofmann S. 652; a. M. Krainz.

wirkt[43]) gegen Dritte (dinglich) nur, wenn es gewissen nahen Angehörigen auferlegt und ins Grundbuch eingetragen worden ist. Sonst legt es dem Bedachten nur eine höchstpersönliche Verpflichtung auf, die verbotene Veräußerung oder Belastung ist also gültig. Daraus folgt, daß auf derartige Verbote § 709 nicht anzuwenden ist. Eine ausdrückliche Verfügung des Erblassers, daß die Zuwendung im Falle der Veräußerung oder Belastung verwirkt sein solle (oben § 201), wäre — als unzulässige Umgehung des Gesetzes — um so weniger zu beachten, als ja gegenwärtig das Gesetz selbst dem Verbote dort, wo das geboten erscheinen mag, dingliche Wirksamkeit sichert. Kann das Veräußerungs- oder Belastungsverbot nicht genau erfüllt werden, so gilt § 710; ist das Verbot im Grundbuche eingetragen, so ist im Notfalle die Löschung beim Abhandlungsgerichte zu erwirken.

3. Das Testierverbot (§ 610) wird nicht als Auflage, sondern als stillschweigende Nacherbeinsetzung behandelt: der Erbe, dem der Erblasser die letztwillige Verfügung verboten hat, erhält die Erbschaft als Vorerbe und nach seinem Tode fällt eben diese Erbschaft (nicht auch sein sonstiger Nachlaß) seinen gesetzlichen Erben (nicht etwa denen des Erblassers) als Nacherben zu. Das bloße Veräußerungs- und Belastungsverbot hat diese Bedeutung nicht (§ 610, Schlußsatz).[44])

Siebenter Abschnitt.

Ersatz- und Nacherbschaft (Substitution).

§ 503.

a) Ersatzerbschaft (gemeine Substitution).[1])

I. Wird ein Erbe zum Nachlasse nur auf den Fall berufen, daß eine andere, zunächst berufene Person zur Erbschaft nicht gelangt (gemeine Substitution), so heißt er — nach dem heute maßgebenden Sprachgebrauche des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches — Ersatzerbe; unser Gesetzbuch verwendet den nur auf den fideikommissarischen Substituten passenden Ausdruck „Nacherbe“[2]) unterschiedslos für beide Arten der Substitution. Das kann zu Mißverständnissen Anlaß geben und wird darum besser vermieden. Die Bezeichnung „gemeine Substitution“ ist nur geschichtlich zu erklären, sie erinnert daran, daß jeder Erblasser (§ 604) eine solche Anordnung treffen kann. Den Gegensatz bildete ursprünglich die Pupillarsubstitution (§ 609), nicht die fideikommissarische, die man ja mit gleichem Rechte als gemeine Substitution bezeichnen könnte.

II. Der Erblasser kann eine ganze Reihe von Ersatzerben berufen (§ 604). Das Erbrecht fällt dem in der Reihe zunächst Berufenen an,

[43]) Während der Besitzdauer des ersten Erwerbers.

[44]) Entsch. Slg. Nr. 3630.

[1]) Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 210 ff.

[2]) Pfaff und Hofmann S. 213.

vorausgesetzt, daß er lebt und erbfähig ist (§ 604, Schlußsatz); von einem Anfalle an die Nachberufenen kann nur beim Wegfalle der Vorberufenen die Rede sein; gleichgültig aber ist (selbstverständlich) für die Nachberufenen, in welcher Reihenfolge die Vorberufenen weggefallen sind.

III. Eine gemeine Substitution kann nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend errichtet werden; sie ist insbesondere stillschweigend in jeder fideikommissarischen Substitution begriffen (§ 608, Schlußsatz)[3]), d. h. „die Einsetzung als Nacherbe enthält im Zweifel auch die Einsetzung als Ersatzerbe" (deutsches Gesetzbuch, § 2102). Ebenso gelten die Abstämmlinge eines letztwillig bedachten Kindes des Erblassers als diesem Kinde für den Fall substituiert, daß es vor dem Erblasser sterben sollte (§ 779), oben § 495, III, 3.

IV. Die Substitution kann lauten auf den Fall, daß der Vorberufene nicht Erbe sein kann, und auf den, daß er es nicht sein will, oder auch nur auf einen dieser beiden Fälle. Der eine Fall schließt den andern nicht ohne weiters in sich, und lautet sie nur auf einen, während der andere wirklich eintritt[4]), so gelangt die Erbschaft im Zweifel nicht an den Ersatzerben, sondern an die gesetzlichen Erben (§ 605).[5]) Ebenso ist, wenn in der Substitution von mehreren Unmöglichkeitsgründen des Erbewerdens nur einer[6]) genannt ist, die Substitutionsanordnung nicht auch auf die übrigen zu beziehen.

V. Wenn der Vorberufene ausschlägt, entsteht die Frage, ob die Erbschaft dem Ersatzerben erst im Augenblicke der Ausschlagung anfällt oder als schon beim Tode des Erblassers angefallen anzusehen ist. Muß also der Ersatzerbe die Ausschlagung erleben und zu dieser Zeit erbfähig sein oder genügt es, daß er zur Zeit des Todes des Erblassers am Leben und erbfähig war? Rücken seine Erben, wenn er vor der Ausschlagung gestorben ist, (als Transmissare) nach oder ist nun die Ersatzberufung vereitelt? Darüber wird noch immer gestritten. Von römischrechtlichen Vorstellungen ausgehend sprach sich die herrschende Meinung[7]) früher entschieden dafür aus, den Anfall an den Ersatzerben erst im Augenblicke der Ausschlagung eintreten zu lassen. Diese Meinung ist von Krainz und anderen[8]) mit Recht bekämpft worden. Das Ersatz-

[3]) Ebda. S. 234 f., Exk. II S. 133 ff. Andere Fälle im Komm. II S. 216 f. Da ist auch untersucht, inwiefern der nur in der Bedingung Genannte als eingesetzt anzusehen ist.

[4]) Z. B. sie lautet nur auf den Fall des Nichterbenwollens des Vorberufenen, dieser aber stirbt vor dem Erblasser.

[5]) Allerdings hat diese Auslegungsregel mehr Zweifel hervorgerufen, als abgeschnitten. Jedenfalls enthält § 605 „nur eine Auslegungsregel, die der Richter — was nicht genug zu betonen ist — nur dort anzuwenden hat, wo ihm die Absicht des Erblassers zweifelhaft ist". Pfaff und Hofmann II S. 219. Vgl. DBGB. § 2097.

[6]) Z. B. nur der Vortod oder nur die Erbunfähigkeit des Vorberufenen. Dagegen Pfaff und Hofmann S. 220 f. S. auch die vorige Note.

[7]) Zeiller zu § 604, Pfaff und Hofmann S. 223, Steinlechner, Schweb. Erbr. I S. 338 ff. und (besonders gegen Krainz) II S. 136, Krasnopolski V S. 99.

[8]) Nippel IV S. 172, Till (GZ. 1907 S. 412), v. Anders S. 30.

erbrecht entsteht nicht mit der Ausschlagung, sondern es erlischt mit der Antretung des Vorberufenen (§ 615). Das preußische Recht, dem sich diese Bestimmung des § 615 anschließt[9]), erklärt ausdrücklich, daß der Ersatzerbe nur den Tod des Erblassers erleben müsse.[10]) Das französische Gesetzbuch nimmt an, der Ausschlagende sei niemals Erbe gewesen[11]) und das deutsche erklärt: „Wird die Erbschaft ausgeschlagen, so gilt der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt."[12]) Wäre das anders, so hätte es der Vorberufene in der Hand, die Ordnung der Erbfolge zu verändern; er könnte durch Verzögerung der Ausschlagung das Recht des Ersatzerben vereiteln, obwohl ihn doch — wenn er selbst nicht Erbe sein will — die ganze Erbschaft nichts angeht. Mit Recht lehrt daher Krainz (und ebenso schon Nippel), wenn der Vorberufene ausschlage, sei er nicht erst im Augenblicke der Ausschlagung, sondern gleich von Anbeginn an als nichtwollend anzusehen. Ganz ebenso ist es ja auch bei der gesetzlichen Erbfolge (oben § 482, I). Wenn der nächste gesetzliche Erbe ausschlägt, gilt die Erbschaft als im Augenblicke des Todes dem (damals) zweitnächsten angefallen, und wenn alle testamentarischen Erben ausschlagen, fällt die Erbschaft an diejenigen, die zur Zeit des Todes des Erblassers die gesetzlichen Erben waren.

VI. Der Ersatzerbe geht im Zweifel nicht nur dem Anwachsungsberechtigten[13]), sondern auch dem Transmissar vor (§ 809.[14]) Krainz will das nicht gelten lassen.[15]) Darüber freilich herrscht kein Streit, daß der Transmissar ausgeschlossen ist, wenn der Erblasser einen Nacherben berufen hat; da aber der Nacherbe zugleich Ersatzerbe ist (§ 608, Schlußsatz), so bleibt es zunächst dahingestellt, ob er den Transmissar in dieser oder jener Eigenschaft ausschließe. Wie aber, wenn der Erblasser den A zum Ersatzerben und den B (nur) zum Nacherben ernannt hat? Eine Lücke, in die der Erbeserbe einrücken könnte, darf auch für diesen Fall nicht zugegeben werden. Es kann nur gefragt werden, ob die dem Erben bereits angefallene, aber nicht angetretene Erbschaft dem Ersatzerben oder dem Nacherben zufalle. Darüber entscheidet selbstverständlich in erster Linie der ausdrückliche oder mutmaßliche Wille des Erblassers, auf den allein ja die Ausschließung des Erbeserben zurückzuführen ist. Im Zweifel aber entscheidet die gesetzliche Abgrenzung zwischen Ersatz- und Nacherbfolge. Die Ersatzerbschaft erlischt nach § 615 erst mit der Antretung durch den eingesetzten Erben, andrerseits setzt

[9]) § 463 ALR. I 12.

[10]) In dem unmittelbar vorhergehenden Paragraphen.

[11]) Art. 785 Code civil.

[12]) § 1953 DBGB.

[13]) § 2099 DBGB.

[14]) Unger §§ 19, 36 Anm. 18, Pfaff und Hofmann S. 221 f., Steinlechner II S. 136, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 742 Note 4, Krasnopolski V S. 99 und (zweifelnd) v. Anders S. 30 f.

[15]) Die Redaktionsgeschichte läßt sich allerdings für die Ansicht von Krainz verwerten, daß unter dem Nacherben im § 809 nur der fideikommissarische Substitut zu verstehen sei. Vgl. Cod. Ther. II 21 no. 63 („vertrauliche Erbsnachberufung"). Wie Krainz auch Touaillon NotZ. 1908 Nr. 27 und 1909 Nr. 17—20.

die Nacherbschaft nach § 608 eine bereits angetretene Erbschaft voraus. Also nicht der Nacherbe als solcher — wie Krainz meint —, sondern der Ersatzerbe ist es, der gemäß § 809 den Transmissar ausschließt.

VII. Der Erblasser kann auch die Miterben gegenseitig substituieren. Hat er in solchem Falle nicht bestimmt, zu welchen Anteilen der erledigte Teil den übrigen zufallen soll, so wird angenommen, daß sie in jenem Verhältnis substituiert sind, in dem sie ursprünglich zur Erbschaft berufen sind[16]) — es sei denn, daß außer ihnen noch ein Dritter zum Nacherben bestimmt wäre, wo dann die mehreren Ersatzerben den erledigten Erbteil zu gleichen Teilen erhalten (§ 607). Wäre aber in diesem Falle der Ersatzerbteil des Dritten genau bestimmt, so träte rücksichtlich der substituierten Miterben wieder die Verhältnisteilung ein. Die gegenseitige Substituierung von anwachsungsberechtigten Miterben ohne nähere Bestimmung der Ersatzerbteile hat nur insofern Bedeutung, als sie die Transmission ausschließt.[17])

VIII. Der Ersatzerbe übernimmt, wie der Anwachsungserbe (§ 563), die dem Vorberufenen aufgelegten Lasten, insbesondere die Vermächtnisse und Auflagen, es sei denn, daß sie höchstpersönlicher Natur sind, oder der Erblasser es anders bestimmt hat (§ 606). Die den Vorberufenen betreffenden Bedingungen sind hingegen ohne ausdrückliche erblasserische Erklärung auf den Nacherben nicht auszudehnen (§ 702).[18])

IX. Wird die Bedingung, unter der der Ersatzerbe zur Erbschaft berufen ist, vereitelt, so sagt man: die Substitution erlösche. Dieser Fall ist vorhanden, sobald es sicher ist, daß der Vorberufene Erbe wird, also erst zur Zeit seiner Erbserklärung[19]), daher diese auch im Gesetzbuche als Erlöschungsgrund — und zwar als einzig genannter — der gemeinen Substitution aufgeführt wird (§ 615). Selbstverständlich ist dabei eine gültige Erbantretung, nicht jene eines Erbunfähigen vorausgesetzt.

§ 504.

b) Nacherbschaft (fideikommissarische Substitution).[1])

I. Der Erblasser kann mehrere Erben hintereinander berufen, so daß einer nach dem andern (nicht wie bei der Ersatzerbschaft statt des andern) Erbe wird (§ 608). Dies ist die Nacherbeinsetzung oder

[16]) § 2098 DBGB.

[17]) Vgl. Pfaff und Hofmann S. 227, Steinlechner II S. 135 f. Note.

[18]) Vgl. überhaupt Pfaff und Hofmann II S. 225 f., 591 f. Enthält eine Anordnung zugleich eine Last und eine Bedingung, so ist sie als Bedingung zu behandeln: ebda. S. 226.

[19]) Es genügt nicht, daß er den Erblasser überlebt hat. „Es ist also mit dem Anfangssatz des § 615 gesagt, was später (§ 809) nochmals in anderer Wendung eingeschärft wird, daß der Substitut den Transmissaren des Instituten vorgeht." Pfaff und Hofmann S. 261.

[1]) Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 228, Exk. II S. 133, Lutwak, Zum Wesen des Nacherbrechtes Gellers ZBl. 1907 S. 893, 989, Krasnopolski V § 20, v. Anders § 58.

fideikommissarische Substitution.[2]) Wer zuerst Erbe wird, heißt Vorerbe, wer ihm folgen soll, Nacherbe, das Ereignis oder der Zeitpunkt, mit dem das Vorerbrecht erlischt und der Nacherbe einrückt, heißt Nacherbfall. Auch die Bezeichnungen „Fiduziar", „Fideikommissar", „Substitutionsfall" sind noch in Übung.

Der Nacherbfall ist ein bestimmter Zeitpunkt, z. B. zehn Jahre nach dem Tode des Erblassers[3]), oder ein Ereignis, das jedenfalls eintreten muß, wie z. B. der Tod des Vorerben[4]), oder ein ungewisses Ereignis, wie z. B. die Verehelichung des Vorerben oder des Nacherben oder auch der Fall, daß der Vorerbe ohne Hinterlassung von Kindern oder ohne Testament stirbt u. dgl. Die Nacherbeinsetzung ist aber auch dann eine bedingte Einsetzung, wenn der Nacherbe den Eintritt des (im übrigen gewissen) Substitutionsfalles, z. B. den Ablauf der zehn Jahre, den Tod des Vorerben erleben muß, um die Erbschaft zu erlangen. Das ist im Zweifel nicht anzunehmen; näheres unten VII.

II. Es ist nicht nötig, daß der Erblasser sowohl den Vorerben als auch den Nacherben ernennt. Es genügt, daß er einen Erben unter einer Bedingung oder einer Befristung beruft. Die aufschiebende Bedingung oder der Anfangstermin bewirkt, daß der Erbe Nacherbe (§ 707), die auflösende Bedingung oder der Endtermin, daß er Vorerbe wird (§ 708), es wäre denn, daß die Bedingung oder der Zeitpunkt schon bei Lebzeiten des Erblassers eingetreten ist.[5]) Ebenso liegt in der Berufung einer zur Todeszeit noch nicht erzeugten Person die Einsetzung eines Nacherben (oben § 482, III). Eine stillschweigende fideikommissarische Substitution liegt nach § 610 im Testierverbote, nicht auch im Veräußerungsverbote (oben § 502).[6])

III. Die Befugnis, Nacherbschaften anzuordnen, bedarf der Beschränkung. Bestände keine, so könnte durch letztwillige Anordnungen eine dauernde Bindung ganzer Vermögensmassen bewirkt werden, ähnlich jener, die bei Familienfideikommissen vorkommt, dort aber nur ausnahmsweise durch besonderes Gesetz von Fall zu Fall gestattet wird.[7]) Deshalb beschränkt § 612 die Zahl der Nacherbfälle. Nur wenn die Nach-

[2]) Auch bei Vermächtnissen (§ 652) und bei Schenkungen kommen fideikommissarische Substitutionen vor. Vgl. z. B. Entsch. Slg. VI Nr. 2227 und oben § 132 Note 30.

[3]) Entsch. Slg. XIII Nr. 4956, dazu oben § 142 bei Note 24.

[4]) Dies ist der gewöhnlichste Nacherbfall. Er ist im Zweifel anzunehmen, wenn die Verfügung z. B. einfach lautet: „Ich substituiere dem A fideikommissarisch den B" (ohne Angabe des Falles). § 2106 DBGB.

[5]) Praktisch wird es in der Regel auf das gleiche hinauskommen, wenn der Nacherbfall noch während der Verlassenschaftsabhandlung eintritt, denn dann kann der Vorerbe die Einantwortung nicht erlangen, also die Erbschaft nicht erwerben. A ist unter der Bedingung eingesetzt, daß er irgend welche Anordnungen befolgt: er tut dies sofort.

[6]) Über andere Fälle Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 237.

[7]) Vgl. Pfaff und Hofmann, Komm. S. 239 ff., Exk. II S. 149 ff., Strohal, Streifzüge in JheringsJ.

erben „Zeitgenossen des Erblassers", d. h. zur Zeit der Testamentserrichtung bereits geboren[8]) sind, kann der Erblasser beliebig viele Personen hintereinander berufen (§ 611); denn in diesem Falle wirkt die Anordnung, die Zahl der Nacherbfälle mag noch so groß sein, doch nicht über die längste Dauer eines Menschenlebens hinaus. Selbstverständlich muß bei vererblichen Nacherbrechten auch der Erbe des vorverstorbenen Nacherben ein Zeitgenosse des Erblassers sein; wenn nicht, so nützt es nichts, daß der Vorverstorbene dies war. Zu Gunsten von Nichtzeitgenossen sind für den beweglichen Nachlaß nur zwei Nacherbfälle[9]), für den unbeweglichen sogar nur einer zulässig;[10]) nur die wirklich zum Besitze des Nachlasses gelangenden Nacherben (d. h. eben die Erbfälle, nicht die Einsetzungen) werden gezählt (§ 612).

IV. Dem Vorerben fällt die Erbschaft sofort beim Tode des Erblassers an. Er ist wirklicher Erbe[11]), also „Eigentümer"[12]) und nicht bloß Fruchtnießer des Nachlasses. Da der Nachlaß bei Eintritt des Nacherbfalles in der Regel (Ausnahme unten XI) ungeschmälert auf den Nacherben übergehen soll, ist das Nachlaßeigentum des Vorerben beschränkt.[13]) Er darf die Nachlaßsachen nur mit Schonung der Substanz (§ 509) genießen. Deshalb schreibt ihm das Gesetz (§ 613) „das eingeschränkte Eigentum mit den Rechten und Verbindlichkeiten eines Fruchtnießers" zu.

a) Der Vorerbe ist also nicht etwa nur Fruchtnießer. Wer wäre sonst „Eigentümer" des Nachlasses, d. h. Eigentümer der dazu gehörigen körperlichen Sachen, Gläubiger der Erbschaftsforderungen usf.? Der Nacherbe kann es vor dem Nacherbfalle nicht sein, da sein Recht bis dahin aufschiebend bedingt oder zum mindesten betagt ist; auch muß ja der Nacherbe noch gar nicht erzeugt sein. Eigentümer ist vielmehr bis zum Nacherbfalle der Vorerbe selbst. Er wird denn auch im Grundbuche als Eigentümer einverleibt. Bei dieser Einverleibung soll nach dem Judikate vom 16. März 1915, Nr. 214[14]), das Substitutionsband „an-

Bd. 30 S. 168 ff. Das französische Recht gestattet keine Nacherbeinsetzung, das deutsche beschränkt ihre Wirkung regelmäßig auf die Dauer von dreißig Jahren (GB. § 2109). Nach der englischen „rule against perpetuity" kann das Eigentum über die Lebensdauer von Zeitgenossen hinaus nur noch auf 21 Jahre gebunden werden. Über das ältere österreichische Recht vgl. die kaiserliche Declaratoria von 1697 in Weingartens Codex Nr. 542, dazu v. Harrasowsky, Cod. Ther. Bd. 2 S. 232 Note 4 und Bd. 5 S. 128 Note 2.

[8]) Doch gilt auch hier der Grundsatz des § 22 BGB.: Unger § 20 Anm. 13, Pfaff und Hofmann II S. 239.

[9]) So Ordonnanz von Orleans 1561, Ordonnanz über die Substitutionen 1747, § 55 ALR. I 12.

[10]) Vgl. z. B. Entsch. Slg. XVI Nr. 6721.

[11]) A. M. Wróblewski, Separatio bonorum S. 27. Gegen ihn Lutwak S. 907.

[12]) Oben I S. 553. Entsch. Slg. Nr. 11.102. Vgl. § 10 Abs. 2 GebG.

[13]) Als ein bloß zeitliches Eigentum: oben § 195, Pfaff und Hofmann S. 242.

[14]) OG. Nr. 1631.

gemerkt" werden. Es wäre richtiger, das Substitutionsband einzuverleiben.[15]) Eine solche Einverleibung wäre immer noch als eine bloß negative[16]) von der Einverleibung des Eigentumsrechtes des Nacherben (unten VI) zu unterscheiden. Äußerlich tritt übrigens der Unterschied zwischen der Form der Einverleibung und der Form der Anmerkung nicht hervor, wenn „das Eigentum für den A mit der Beschränkung durch die fideikommissarische Substitution zu Gunsten des B einverleibt" wird.[17])

b) Das eingeschränkte Eigentumsrecht hat nun allerdings in gewisser Beziehung für den Vorerben zugleich die Bedeutung eines bloßen Fruchtgenußrechtes. Der Vorerbe besitzt ja zweierlei Vermögen: das freivererbliche und die Substitutionsmasse. Zwischen diesen beiden Vermögen entstehen ähnliche Beziehungen, wie sie sich sonst zwischen einem Fruchtnießer und einem Eigentümer ergeben. Der volle Ertrag der Substitutionsmasse fällt in das freivererbliche Vermögen, die Grundeigentümerhälfte des Schatzes wächst dagegen der Substitutionsmasse zu. Da aber der Vorerbe nicht nur — in gewisser Hinsicht — Nutznießer, sondern auch Eigentümer dieser Masse ist, muß er den Schatz nicht sofort herausgeben (§ 511, Schlußsatz), sondern genießt ihn als einen Zuwachs der Masse.[18]) Dasselbe gilt vom Treffer[19]) und von der Enteignungsentschädigung.[20]) Verträge des Vorerben über die künftigen Nutzungen, z. B. Abstockungsverträge, binden den Nacherben nicht[21]), doch müssen Miet- und Pachtverträge vom Nacherben im Sinne des § 1120 gehörig aufgekündigt werden.[22]) Aufwendungen, die einem Fruchtnießer obliegen, bestreitet der Vorerbe aus seinem frei vererblichen Vermögen. Aufwendungen, die nach dem Gesetze den Eigentümer treffen, bestreitet er gleichfalls, aber für Rechnung der Substitutionsmasse. Die mit der Einantwortung an den Vorerben verbundenen Erbgebühren[23]) und Abhandlungskosten[24]) treffen sein frei vererbliches Vermögen.

[15]) Die Beschränkung durch das Substitutionsband ist eben ein wesentlicher Teil der Einverleibung des Eigentumsrechtes des Vorerben. Das über die Unzweckmäßigkeit der „Anmerkung" oben § 287 Note 16 und 17 (vgl. jetzt § 45 Nov. III) Bemerkte gilt auch hier.

[16]) Einverleibung der Beschränkung des gegenwärtigen Rechtes des A, nicht Einverleibung des künftigen Rechtes des B. Vgl. den Erl. des OLGPräs. in Innsbruck VBl. 1904 S. 167, auch Reich, NotHandb. S. 71. über andere Arten der Eintragung s. bei Pfaff und Hofmann S. 249 Note 38, S. 244 Note 9. Dazu Stepancič in der GZ. 1906 Nr. 27.

[17]) So lautet die Eintragung nach dem bezogenen Innsbrucker Erlasse, den der OGH. in den Gründen des Judikates billigt.

[18]) Zeiller II S. 511; Krainz will die Schatzhälfte dem Vorerben dauernd überlassen.

[19]) Entsch. Slg. III Nr. 918, Pfaff und Hofmann S. 247 f.

[20]) Entsch. Slg. III Nr. 904.

[21]) Entsch. Slg. I Nr. 11.

[22]) Vgl. DVGVB. § 2135.

[23]) § 10 Abs. 2 GebG.: „Der Erwerb des unter der Beschränkung einer fideikommissarischen Substitution eingesetzten Erben oder Vermächtnisnehmers ist hinsichtlich der Gebührenpflicht dem Erwerbe des uneingeschränkten Eigentumes gleichzuhalten."

[24]) Kosten der Inventur: § 111 VaSt. Kosten des Substitutionskurators Entsch.

c) Der Vorerbe kann das Substitutionsgut veräußern und belasten, und zwar

α) jedenfalls unter Aufrechthaltung des Substitutionsbandes.[25]) Das ist bestritten worden, weil der Vorerbe nur die Rechte eines Fruchtnießers habe[26]), aber dieser Grund spricht gerade für die Richtigkeit der Behauptung, denn auch das Fruchtgenußrecht kann veräußert und belastet werden (oben § 248, 3, c). Nur darf die Sicherheit des Nacherben dadurch nicht beeinträchtigt werden.[27]) Die Veräußerung und Belastung des Vorerbrechtes ist übrigens mehr als eine bloße Abtretung oder Belastung der Früchte.[28]) Denn sie erfaßt, wenn das Substitutionsband erlischt, auch die Substanz. Soll das Pfandrecht eine bloße Ertragshypothek sein, so muß das ausdrücklich gesagt und eingetragen werden (§ 85 GBG., oben § 278, 8).

β) Mit Zustimmung des Nacherben verfügt der Vorerbe frei über das Substitutionsgut, denn Vorerbe und Nacherbe haben zusammen die Befugnisse, „wie sie einem Alleinerben zustehen würden".[29]) Sie können also einverständlich das Substitutionsband aufheben oder auf eine andere Sache (den Erlös) übertragen. Sind pflegebefohlene, ungewisse oder unerzeugte Nacherben beteiligt, so ist hiezu die gerichtliche Genehmigung nötig, die nur erteilt wird, wenn die Veräußerung oder Belastung den Interessen dieser Anwärter nicht widerstreitet.[30]) Die Zustimmung der Abhandlungsbehörde ist nach allgemeinen Grundsätzen erforderlich, wenn das Substitutionsgut ohne Rücksicht auf das Substitutionsband schon vor der Einantwortung veräußert oder belastet werden soll.[31]) Den Gläubigern des Erblassers[32]) und denjenigen, denen ältere oder privilegierte dingliche Rechte[33]) zustehen, steht das Substitutionsband nicht im Wege.[34])

V. Damit Verschlimmerungen des Stammvermögens hintangehalten werden, steht dem Nacherben gegen den Vorerben schon vor Eintritt des Nacherbfalles das dazu erforderliche Überwachungs- und Klagerecht zu. Außerdem hat das Abhandlungsgericht als Substitutionsbehörde für die

Slg. VIII Nr. 3122, XII Nr. 4722. Anders Entsch. Slg. XIII Nr. 4957.

[25]) Cod. Ther. II 13 no. 155, Bežek in der NotZ. 1892 Nr. 33, 34, Eisinger ebda. 1908 Nr. 13 Note 21, Lutwak S. 1015. Entsch. Peitler 2. Aufl. Nr. 745, Entsch. Slg. Nr. 3370, 3929, 9239, II Nr. 789, IV Nr. 1256, 1459, VIII Nr. 3079.

[26]) Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 244 (wo auch geschichtliche und praktische Gründe geltend gemacht werden), G. P., über Streitfragen und über eine Streitfrage NotZ. 1877 Nr. 13, 14, Krasnopolski V S. 112. Entsch. Slg. Nr. 2571, 3075, 3158, 3784, 4217, 13.842.

[27]) Vgl. § 2113 DBGB.

[28]) A. M. v. Randa, Eigentum S. 201 Note 10 a.

[29]) Gründe des Judikats Nr. 209 v. 24. März 1914 OG. Nr. 1552. Zwangsversteigerung auf Grund eines gegen beide erwirkten Exekutionstitels: Entsch. v. 7. Nov. 1916 JBl. 1917 Nr. 5.

[30]) Entsch. Slg. X Nr. 3934.

[31]) Judikat Nr. 209 (oben Note 29). Vgl. Entsch. Slg. XIII Nr. 5266.

[32]) Entsch. Slg. II Nr. 622.

[33]) Pfandrecht der Hauszinssteuer: Entsch. Slg. X Nr. 3879.

[34]) Vgl. § 2115 DBGB.

Sicherung der Substitution zu sorgen; diesem Zwecke dienen folgende Maßregeln:

a) Die Errichtung des Inventars über das Substitutionsvermögen (Pat. vom 9. August 1854, § 92, Z. 3) auf Kosten des Vorerben (ebenda § 111);

b) die Bestellung eines Substitutionskurators für noch nicht geborene Nacherben (ebenda § 77, Z. 3) gleichfalls auf Kosten des Vorerben;[35])

c) gehören zur Substitutionsmasse unbewegliche Güter, so muß das Substitutionsband im Grundbuche eingetragen werden.[36]) Bewegliches Vermögen bleibt in gerichtlicher Verwahrung; soll es dem Vorerben ausgefolgt werden, so muß er dessen Wert mündelmäßig sicherstellen.[37]) Die Sicherstellung entfällt nach § 158 des Patentes von 1854,

α) wenn sie im letzten Willen erlassen wurde. Dies gilt auch dann, wenn der Nacherbe minderjährig ist. Es war ein arger Mißgriff, wenn in der Praxis das Gegenteil behauptet worden ist.[38]) Der Erblasser muß dem Minderjährigen, sofern dieser nicht pflichtteilsberechtigt ist, gar nichts hinterlassen, er kann ihm also auch eine ganz unsichere Anwartschaft (z. B. ein sogenanntes Fideikommiß auf den Überrest) zuwenden;[39])

β) wenn der Nacherbe auf die Sicherstellung verzichtet.[40])

VI. Das Recht des Nacherben unterliegt bis zum Nacherbfalle erheblichen, zum Teil zwecklosen[41]) Beschränkungen.

1. Ist das Nacherbrecht aufschiebend bedingt, so fällt es dem Nacherben erst beim Eintritte der Bedingung an. Wenn also der Nacherbfall ein ungewisses Ereignis ist oder ein gewisses, das aber vom Nacherben erlebt werden muß, dann kann zunächst — beim Tode des Erblassers — nur von einem Voranfalle des Nacherbrechtes die Rede sein. Der Nacherbe kann sein Recht schon nach dem Voranfalle ausschlagen. Das ist nicht zu bezweifeln, denn er kann ja schon bei Lebzeiten des Erblassers darauf verzichten (§ 551). Er kann es aber vor dem Nacherbfalle nicht veräußern. Die Praxis nimmt eben die Bestimmung des § 1278 („wenigstens angefallen") wörtlich, trotzdem sich dafür kein sachlicher Grund anführen läßt. Immerhin kann der Nacherbe nach dem Tode des Erblassers (§ 879, Z. 3) wenigstens obligatorische Verträge über den Substitutionsnachlaß schließen, also die Verpflichtung übernehmen, ihn seinerzeit abzutreten. Er kann ferner den Vorerben beaufsichtigen,

35) Oben Note 24.

36) Darüber oben bei Note 15.

37) Vgl. Grünwald, Zur Frage der fideikommissarischen Substitutionen in der NotZ. 1878 Nr. 52 und gegen ihn Mendl, Zur Frage der Sicherstellung der fideikommissarischen Substitutionen ebda. 1878 Nr. 3, Hofer, Die fideikommissarische Substitution ebda. 1895 Nr. 45, 46, Fr. U., Zur Frage der Auslegung des § 158 KaisP. v. 1854 betr. die Sicherstellung von beweglichen Substitutionsgütern ebda. 1897 Nr. 45.

38) In Entsch. Slg. Nr. 16.077.

39) Schwierigkeiten ergeben sich zuweilen, wenn der Vorerbe zugleich Substitution und Pflichtteil sicherstellen muß. Vgl. Entsch. Slg. Nr. 15.978 und (unrichtig) II Nr. 601.

40) Entsch. Slg. Nr. 16.032.

41) Vgl. die Gründe der Entsch. Slg. XV Nr. 6014.

auf Sicherstellung bringen (oben V) oder die Sicherstellung erlassen und Verfügungen gestatten, zu denen der Vorerbe sonst nicht befugt wäre (oben IV bei Note 29). Im Grundbuche wird nur das Substitutionsband (als Eigentumsbeschränkung), nicht das künftige Eigentum des Nacherben eingetragen. Dieses Recht kann daher auch nicht mit Pfandrechten belastet werden.[42])

2. Ist das Nacherbrecht *nicht* — auch nicht durch das Erleben des Nacherbfalles — *bedingt*, so vollzieht sich sein *Anfall* zugleich mit dem des Vorerbrechtes. Das angefallene, unbedingte Nacherbrecht gewährt eine festere Anwartschaft als das nicht angefallene, bedingte. Es geht auf die Erben des Nacherben über (unten VII). Nach dem Judikate Nr. 214[43]) konnte das nur betagte (nicht bedingte) Eigentumsrecht des Nacherben an den einzelnen Nachlaßgütern im Grundbuche einverleibt und sodann mit Pfandrechten belastet werden. Das ist jetzt angesichts der §§ 10, Abs. 2, und 27 GebV. und des neuen § 822 ABGB. nicht mehr für zulässig zu halten. Die Verfügungen des Nacherben über sein bücherliches Recht und die darauf erwirkten Eintragungen Dritter würden der Einantwortung in einer Weise vorgreifen, die gegen den Wortlaut und gegen den Zweck des § 822 verstieße. Es wäre auch nicht angemessen, dem Nacherben zu gestatten, daß er — ohne sich als Erbe zu erklären — sein anwartschaftliches Eigentum an einzelnen Nachlaßgütern veräußere oder belaste und dann, nach Eintritt des Nacherbfalles, die dritten Personen eingeräumten Rechte durch Ausschlagung der Erbschaft vereitle.[44]) Wohl aber könnte das Abhandlungsgericht im Falle eines unbedingten Nacherbrechtes die Substitutionsabhandlung, wenn es der Nacherbe verlangt, also wenn er sich im voraus als Erbe erklärt[45]), schon vor dem Nacherbfalle, wenn möglich schon gelegentlich der ersten Verlassenschaftsabhandlung durchführen und den Substitutionsnachlaß dem *Nacherben* im voraus mit der entsprechenden Befristung einantworten. Eine solche Einantwortung liegt aber nicht schon darin, daß das Abhandlungsgericht bei der Einantwortung an den *Vorerben* den Nacherben „mit Bestimmtheit bezeichnet" (§ 174, Z. 3 VaSt.). Ist dem Nacherben der Substitutionsnachlaß im voraus eingeantwortet worden, dann kann sein betagtes Eigentum nach Berichtigung der Gebühren auf die Nachlaßliegenschaften einverleibt und sodann auch bücherlich belastet werden. Bis dahin aber bietet der Anfall dem Nacherben nur die Möglichkeit, sein Nacherbrecht im ganzen (oder nach Bruchteilen) gemäß § 1278 mit der Wirkung zu veräußern, daß der Erwerber an seine Stelle tritt, also sich als Erbe erklären (§ 1282) und die Einantwortung verlangen kann.

[42]) Judikat Nr. 214 v. 16. März 1915 OG. Nr. 1631.

[43]) S. die vorige Note.

[44]) Vgl. die Entsch. des deutschen RG. 80, 377.

[45]) Er ist dazu nicht verpflichtet: Entsch. Slg. XIV Nr. 5491. Die vorgreifende Erbserklärung (vor Eintritt des Nacherbfalles) halten für unzulässig Entsch. Slg. Nr. 8344, 15.657. Vgl. *Przibram*, Fordert die fideikommissarische Substitution allenthalben eine Erbserklärung? in den Prager Mitt. 1875 S. 148 ff., *Hofer* in der

Schlägt der Vorerbe die Erbschaft aus, so fällt sie in der Regel sofort an den Nacherben, weil der Nacherbe im Zweifel zugleich als Ersatzerbe gilt (§ 608, Schlußsatz).[46]) Als solcher erlangt er die Einantwortung, auch wenn der Vorerbe keine Erklärung abgibt (§ 120 VaSt.). Erklärt sich der Vorerbe als Erbe, stirbt aber dann noch vor Eintritt des Nacherbfalles, so kann unter Umständen das sofortige Einrücken des Nacherben, also die Verfrühung des Nacherbfalles, dem Willen des Erblassers entsprechen; im Zweifel wird hier das Recht des Vorerben auf seine Erben übergehen; so jedenfalls, wenn der Nacherbe noch gar nicht vorhanden ist.[47])

VII. Ob das Nacherbrecht, wenn der Nacherbe vor dem Nacherbfalle stirbt, auf seine Erben übergehe, hängt zunächst vom Willen des Erblassers ab.[48]) Dieser Wille kann unzweideutig ausgesprochen sein oder durch Auslegung des Testamentes mit Rücksicht auf den Zweck der Anordnung ermittelt werden. Im Zweifel gilt die Regel, daß das aufschiebend bedingte Nacherbrecht nicht auf die Erben übergeht (§ 703), wohl aber das unbedingte (§ 615, Abs. 2).[49]) Ein Nacherbfall, der irgend einmal eintreten muß, wie z. B. der Tod des Vorerben, ist im Zweifel nicht als eine Bedingung, sondern als eine bloße Zeitbestimmung anzusehen (§ 705).

1. Ist also der Nacherbfall ein ungewisses Ereignis, so ist im Zweifel anzunehmen, daß ihn der Nacherbe erleben muß. Stirbt er vorher, so ist die Substitution vereitelt.

2. Ist der Nacherbfall der Tod des Vorerben oder ein anderes gewisses Ereignis, so geht im Zweifel das Recht des Nacherben auf seine Erben über (§ 615, Abs. 2).[50])

3. Wenn das Nacherbrecht von einer verneinenden Bedingung abhängt, z. B. daß der Vorerbe keine Nachkommen hinterläßt[51]), dann ist das Nacherbrecht als auflösend bedingt zu behandeln (oben § 109), es fällt also dem Nacherben sofort an und erlischt (§ 615), wenn die verneinende Bedingung sich erfüllt. Bis dahin ist es vererblich. Doch kann die Auslegung des Testamentes das Gegenteil ergeben.[52])

NotZ. 1895 Nr. 45, v. Schuster, Komm. zum Gesetz über das Verfahren außer Streitsachen 4. Aufl. S. 272, Steinlechner, Schweb. Erbrecht I S. 310, II S. 120 f., v. Anders S. 85, Pfaff und Hofmann S. 248, 250, Krasnopolski S. 108.

[46]) Ebenso § 2102 DBGB.

[47]) Mantey, Zur Nacherbfolge noch nicht Erzeugter Gruchots Beitr. 53, 794.

[48]) Pfaff und Hofmann S. 233.

[49]) Ebenso § 2108 DBGB.

[50]) Das war früher (vor der Novelle von 1916) sehr streitig. Für die Vererblichkeit waren Mühlfeld, Unger, Strohal, Steinlechner, v. Anders, Stubenrauch (vgl. auch Cod. Ther. II 13 no. 122 f., 175 ff., ALR. I 12 § 467), dagegen Krainz, Pfaff und Hofmann, Krasnopolski, Till, Lutwak.

[51]) Ob der Erblasser die Bedingung ausdrücklich festgesetzt hat oder ob sie sich kraft der gesetzlichen Auslegungsregel (§ 617) ergibt, kann keinen Unterschied machen. A. M. für das deutsche Recht z. B. Planck, Komm. zu § 2107 (2f), Kipp, Lehrbuch § 90 V 3. Dagegen wie oben RGKomm. zu § 2107 DBGB.

[52]) Vgl. z. B. den Rechtsfall Slg. Nr. 8003.

VIII. Tritt der Nacherbfall ein, so erlangt der Nacherbe nicht etwa nur ein Forderungsrecht gegen den Vorerben;[53]) er ist nicht ein bloßer Gläubiger des Vorerben, sondern er ist Erbe und zwar, auch wenn der Tod des Vorerben den Nacherbfall bildet, Erbe des Testators, nicht etwa des Vorerben.[54]) Er muß sich also als Erbe des Testators erklären und die Einantwortung erwirken. Das kann, wenn ihm das Nacherbrecht bereits angefallen ist, gleich nach dem Tode des Testators im voraus geschehen (oben VI, 2). Dann geht beim Eintritte des Nacherbfalles das Eigentum an den einzelnen Nachlaßsachen nach den für zeitliche Rechte geltenden Grundsätzen (oben § 195) von selbst auf den Nacherben über. Sonst aber wird nun die ursprüngliche mit der Einantwortung an den Vorerben[55]) nur vorläufig abgeschlossene Abhandlung wieder aufgenommen[56]), der Vorerbe gibt nunmehr seine Erbserklärung ab[57]) und erlangt die volle Herrschaft über die Substitutionsmasse durch die Einantwortung. Ist der Nacherbfall der Tod des Vorerben, so laufen also zwei Verlassenschaftsabhandlungen nebeneinander und die verschiedenen Erbschaftsmassen (der Nachlaß des ersten Testators und der des Vorerben) müssen „ganz abgesondert" werden (§ 26 VaSt.). Zum „freivererblichen Vermögen" des Vorerben gehören auch die seit dem ersten Erbfalle bis zum Eintritte des Nacherbfalles abgesonderten Früchte; die stehenden Früchte sind gegen Ersatz der auf ihre Erzielung verwendeten Kosten, die Verbesserungen gegen Ersatz des Aufwandes herauszugeben, insofern der Vorerbe hinsichtlich dieser nicht das Recht der Zurücknahme ausübt (§§ 519, 517). Die Grundlage der beiderseitigen Ansprüche bildet das über das Substitutionsvermögen errichtete Inventar (§ 518).

IX. Die fideikommissarische Substitution erlischt (§ 615), d. h. der Nachlaß wird vom Substitutionsbande frei,

1. „wenn keiner von den berufenen Nacherben mehr übrig ist", d. h. wenn der Nachlaß in die Hand des letzten nach dem Gesetze (§ 612) noch wirksam berufenen[58]) Nacherben gelangt ist[59]),

2. „wenn der Fall, für den sie errichtet worden, aufhört", also wenn die auflösende Bedingung des Nacherbrechtes eingetreten oder die aufschiebende vereitelt ist. Wenn z. B. der Nacherbe für den Fall eingesetzt ist, daß der Vorerbe im unverehelichten Stande stirbt, erlischt

[53]) Daran darf § 608 BGB. („überlasse") nicht irre machen. Pfaff und Hofmann S. 248, 250.

[54]) Dagegen behauptet Lutwak (S. 989), der Nacherbe sei Erbe des Vorerben, der fideikommissarischen Substitution liege die Idee der Pupillarsubstitution zu Grunde, nämlich „die Idee des Vertretungstestamentes". Der Erblasser ernenne dem Erben einen Erben.

[55]) § 174 Z. 3 VaSt.

[56]) Beim ursprünglichen Abhandlungsgerichte: Entsch. Slg. XIV Nr. 5520.

[57]) Entsch. Slg. Nr. 12.553.

[58]) Westgal. GB. II 12 § 411: Die fideikommissarische Substitution wird aufgehoben, „wenn keiner von den gesetzmäßig nachberufenen Erben mehr übrig ist".

[59]) Vgl. Hortens Entw. II 11 § 9, Steinlechner S. 326, dagegen Krasnopolski S. 103, 113.

das Nacherbrecht bei der Verehelichung des Vorerben sofort, es müßte denn sich erweisen lassen (§ 614), daß der Erblasser mit dem „unverehelichten Stande" auch den Witwenstand gemeint habe.[60]) In zwei Fällen erlischt das Nacherbrecht kraft des mutmaßlichen, aber nicht ausgesprochenen Willens des Testators nach dem Gesetze:

a) Wenn ein geisteskranker oder geistesschwacher Vorerbe geheilt wird (§ 616). Vorausgesetzt ist:

α) daß der Vorerbe zur Zeit der letztwilligen Berufung eines Nacherben „sinnlos", d. h. geisteskrank oder geistesschwach war, so daß anzunehmen ist, daß der Erblasser die Nacherbeinsetzung um seines Geisteszustandes willen verfügt hat. Es ist nicht wesentlich, daß der Vorerbe zur Zeit der Verfügung bereits aus diesem Grunde entmündigt war[61]), aber § 616 ist als eine bloße Auslegungsregel nicht anzuwenden, wenn erhellt, daß der Testator den Nacherben nicht wegen der Geisteskrankheit berufen hat, insbesondere also, wenn ihm die Geisteskrankheit des Vorerben gar nicht bekannt war.

β) Die dem „Sinnlosen" auferlegte Substitution erlischt kraft unserer Auslegungsregel in zwei Fällen:

αα) Wenn der früher „Sinnlose" ein gültiges Testament (§ 567) hinterläßt, was voraussetzt, daß sich seine Krankheit entsprechend gebessert hat, ohne daß es darauf ankäme, ob er entmündigt war oder nicht;

ββ) ohne Testamentserrichtung, wenn er entmündigt war und die Entmündigung vollständig aufgehoben worden ist („wenn ihm das Gericht wegen erlangten Verstandgebrauches die freie Verwaltung des Vermögens eingeräumt hat"). Wird er neuerlich geisteskrank, so lebt die Nacherbeinsetzung nicht wieder auf, auch wenn er kein Testament errichtet hat und aufs neue entmündigt wird. Das ist zweckmäßig. Entschiede das Gesetz anders, so müßte trotz der Heilung mit dem Wiederaufleben der Substitution gerechnet und dem Geheilten die Verfügung über die Substitutionsmasse vorenthalten werden.

b) Ebenso verliert die fideikommissarische Anordnung ihre Kraft, wenn der Erblasser seinem eigenen Kinde zur Zeit, da es noch kinderlos war, einen Nacherben ernannt hat, und dieses Kind sodann erbfähige Nachkommen hinterläßt (§ 617); es wird eben auch hier angenommen, der Nacherbe sei nur unter der Voraussetzung[62]) ernannt worden, daß das Kind ohne Nachkommen bleiben werde. Übrigens muß das Kind Nachkommen nicht nur erhalten, sondern auch hinterlassen haben, daher die aus der fideikommissarischen Substitution hervorgehende Beschränkung auch nach der Geburt eines Kindeskindes unter allen Umständen bis zum Tode des Kindes verbleibt. Hinterläßt aber das Kind Nachkommen, so kann es innerhalb der Schranken des Pflichtteilsrechtes letztwillig frei verfügen, denn der Nachlaß muß durchaus nicht notwendig[63]) diesen

[60]) Das war im Falle der Entsch. Slg. Nr. 13.947 streitig.

[61]) Entsch. Slg. Nr. 16.021.

[62]) Pfaff, Die Klausel: Rebus sic stantibus S. 134. DBGB. § 2107.

[63]) Wie dies behauptet wird von Winiwarter III S. 131.

Nachkommen hinterlassen werden. — Unter den „erbfähigen Nachkommen“[64]), die das Kind hinterlassen haben muß, sind übrigens nur die ehelichen, die legitimierten und die von einer Tochter geborenen unehelichen Kinder, nicht auch Wahlkinder zu verstehen, der Vorerbe selbst aber kann im Verhältnis zum Erblasser (ohne Rücksicht auf dessen Geschlecht) ein uneheliches oder ein Wahlkind sein. Die von einigen[65]) vertretene Behauptung, die fideikommissarische Substitution erlösche auch, wenn die Nachkommen des Vorerben zwar nicht ihn selbst, wohl aber einen andern Substitutionsfall[66]) überleben, entbehrt jeden Grundes. — Übrigens ist auch die Bestimmung des § 617 eine bloße Auslegungsregel, und sie findet daher keine Anwendung, wenn erwiesen wird, daß der Erblasser seinem Kinde für alle Fälle einen Nacherben geben wollte.[67])

X. Für Fälle, wo eine Substitution zweifelhaft ausgedrückt ist, gibt das Gesetz die allgemeine Auslegungsregel, daß jene Auslegung den Vorzug verdiene, durch die das freie Verfügungsrecht des Erben weniger eingeschränkt erscheint (§ 614).[68]) Danach ist im Zweifel die gemeine Substitution eher anzunehmen als die fideikommissarische[69]), und es ist eine fideikommissarische Substitution für den Fall, daß der Erbe kinderlos stirbt, nicht zugleich für den entgegengesetzten Fall als Substitution der Kinder aufzufassen;[70]) die Substitution der Gattin ist im Zweifel nicht auch auf die zweite Gattin auszudehnen.[71]) Die Substitution für den Fall der Kinderlosigkeit entfällt, wenn der Vorerbe Kinder hinterlassen hat, mögen sie auch erbunfähig sein.

XI. Eine Nacherbschaft auf den Überrest[72]) liegt vor, wenn der Erblasser den Nacherben nur auf dasjenige eingesetzt hat, was von der Erbschaft bei dem Eintritte der Nacherbfolge übrig sein wird, oder

---

[64]) ALR. I 12 § 538.

[65]) Ellinger zu § 617, Stubenrauch II S. 396.

[66]) Z. B. das Großjährigwerden eines Ziehkindes.

[67]) Vgl. überhaupt Unger § 20 Anm. 4, Pfaff und Hofmann S. 262 ff.

[68]) Unger Anm. 5, Pfaff und Hofmann S. 254 ff.

[69]) Entsch. Slg. XIII Nr. 4969, Korr. in den JWl. 1909 Nr. 13.

[70]) Entsch. Slg. Nr. 3630.

[71]) Pfaff und Hofmann II S. 257 Note 15.

[72]) Entsch. Slg. Nr. 13.445, III Nr. 1160. Pfaff und Hofmann S. 252—254, 257 f. „Aus der Redaktionsgeschichte erhellt, daß man das fideicommissum ejus quod supererit nicht etwa für unpraktisch ansah oder gar abschaffen wollte, sondern keine gesetzlichen Vorschriften diesfalls für erforderlich hielt“ (S. 253). „Es ist an sich ganz richtig, daß die Rechtsverhältnisse beim fideicommissum ejus quod supererit so einfach sind und aus der naheliegenden Absicht des Testators so von selbst sich ergeben, daß sie gesetzlicher Vorschriften nicht bedürfen. Dennoch ist zu bedauern, daß im Gesetzbuch dieses so gewöhnlichen Rechtsgebildes keine Erwähnung geschah. Es gibt infolgedessen . . . Juristen, welche gar nicht wissen, daß es etwas Derartiges, wie das oben beschriebene Rechtsverhältnis gibt“ (ebda. Note 58, die dafür Belege anführt, die noch aus späterer Zeit leicht vermehrt werden könnten). Vgl. noch G. Mr., Zur Lehre des § 608 BGB. in der NotZ. 1888 Nr. 45, dazu Ofner ebda. Nr. 46, Frankl ebda. Nr. 49, Ofner, Zum fideicommissum ejus quod supererit in der GH. 1891 Nr. 16, Hofer in der NotZ. 1895 Nr. 45.

dem Vorerben ausdrücklich das Recht eingeräumt hat, über die Erbschaft unter Lebenden frei zu verfügen.[73]) Der Vorerbe ist von der Inventar- und Sicherstellungspflicht befreit. Er kann Erbschaftssachen nach Gutdünken nicht nur verkaufen, sondern auch verschenken[74]), nicht aber darüber auf den Todesfall verfügen. Der Nacherbe bekommt, was bei Eintritt der Nacherbfolge übrig ist, möglicherweise also nichts. Der Erblasser gönnt hier alles mehr dem Vorerben als dem Nacherben, aber diesem wieder mehr als den Erben des Vorerben.

Achter Abschnitt.

Aufhebung letztwilliger Anordnungen.

§ 505.

Letztwillige Anordnungen sind begriffsmäßig widerruflich;[1]) ein Verzicht auf die Widerruflichkeit ist nichtig.[2]) Der Widerruf, der den letzten Willen entkräftet, kann mit der Errichtung eines neuen letzten Willens (ausdrücklich oder stillschweigend) verbunden sein, er kann aber auch selbständig als ein ausdrücklicher, stillschweigender oder vermuteter vorkommen (§ 717, Randschriften zu §§ 719, 721, 724). Sowohl der ausdrückliche Widerruf — durch eine besondere in Testamentsform errichtete Aufhebungserklärung — als auch der nur bei schriftlichen Testamenten mögliche selbständige stillschweigende Widerruf — durch Vertilgung der Urkunde — müssen den inneren Erfordernissen der letztwilligen Erklärungen genügen. Der Widerruf kann daher „nur in einem solchen Zustande gültig geschehen, worin man einen letzten Willen zu erklären fähig ist" (§ 718). Nur der wegen Verschwendung oder Trunksucht oder Nervengiftmißbrauches Entmündigte hat trotz beschränkter Testierfähigkeit (§ 568 ABGB., § 4 EntmO.) die unbeschränkte Fähigkeit, auch ein vor der der Entmündigung errichtetes, voll wirksames Testament zu widerrufen (§ 718 ABGB., § 6 EntmO.).[3]) Die Irrtumsregeln der §§ 570 bis 572 gelten wie für die Errichtung so auch für den Widerruf des Testamentes. Wer also ein Testament einzig und allein deshalb vernichtet, weil er glaubt, ein zweites Testament gültig errichtet zu haben, dessen erstes Testament gilt gemäß § 572 als nicht widerrufen, wenn das zweite sich als ungültig darstellt.[4])

[73]) DBGB. § 2137.

[74]) Ist das Substitutionsband eingetragen, so wird allerdings der Grundbuchsrichter die Beschränkung nicht ohneweiters löschen, wenn nicht auch die Befreiung, d. h. das freie Veräußerungsrecht des Vorerben eingetragen worden ist. Vgl. § 52 DGBO. Der bloße Hinweis auf die Grundbuchsurkunde genügt nicht: Entsch. des OLG. Prag NotZ. 1907 Nr. 24.

[1]) Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 625.

[2]) § 716. Anders, wenn alle Voraussetzungen des Erbvertrages erfüllt sind.

[3]) § 2253 DBGB.

[4]) Pfaff und Hofmann S. 645, 658 Note 27. Vgl. Stubenrauch 8. Aufl. II S. 904 Note 4 (Fall Brahms).

I. Ein ausdrücklicher Widerruf liegt vor, wenn der Erblasser mündlich oder schriftlich, und zwar in der Form einer letztwilligen Anordnung erklärt, daß sein letzter Wille aufgehoben sein solle (§ 717). Dabei kann ein schriftlicher letzter Wille auch mündlich, ein gerichtlicher außergerichtlich usw. widerrufen werden (§ 719). Notarieller Widerruf ist zulässig in Form eines Notariatsaktes, wie in der eines notariellen Protokolles; er muß in beiden Fällen auf der ursprünglichen (notariellen) Testamentsurkunde angemerkt werden (§ 75 NO.).[5]) Geschieht der Widerruf in begünstigter Form (oben § 498), so verliert er doch seine Kraft nicht durch den Ablauf von sechs Monaten.[6])

II. Stillschweigend erfolgt der Widerruf durch gewisse Handlungen des Erblassers, aus denen auf seinen Widerrufswillen mit Bestimmtheit geschlossen werden kann. Solche Handlungen sind das Ausstreichen des Inhaltes[7]), Ausstreichen oder Durchschneiden der Unterschrift (§ 721), Vertilgung der ganzen Urkunde (§ 717), Ausstreichen der Zeugenunterschriften (im fremdhändigen Testamente). Das Zerreißen ist bedeutungslos, wenn der Erblasser selbst die Stücke wieder zusammengeklebt hat; aber daß er das getan habe, muß beweisen, wer sich auf ein solches Testament beruft.[8]) Die Vertilgung kann im Auftrage des Erblassers[9]) von einem Dritten, etwa dem Verwahrer des Testamentes, vorgenommen werden; der Auftrag für sich allein entkräftet das Testament nicht.[10]) Die Vertilgung nur einer von mehreren gleichlautenden Urkunden läßt (im Zweifel) noch nicht auf Widerruf schließen (§ 721).[11]) Selbstverständlich kann auch davon nicht die Rede sein, daß ein letzter Wille als widerrufen anzusehen wäre bei zufälliger Verletzung oder zufälligem Verluste der Urkunde. Um aber die Wirksamkeit einer solchen nur zufällig zerstörten oder abhanden gekommenen Urkunde aufrecht zu erhalten, muß der Testamentserbe oder Vermächtnisnehmer[12]) sowohl ihren Inhalt als auch den Zufall erweisen. Wer sich auf Grund eines verlorenen[13]) oder zerrissenen Testamentes als Erbe erklärt, muß — gegen

[5]) Vgl. Pfaff und Hofmann S. 647.

[6]) Voet, Komm. zu Pand. 28, 3 no. 5, Unger § 24 Anm. 10, Pfaff und Hofmann S. 646, Krasnopolski (S. 154) hält das für selbstverständlich. Aber die Frage wird für das preußische Recht (ALR. I 12 § 590) und für das heutige deutsche Recht anders entschieden.

[7]) Werden nur einzelne Stellen gestrichen, so gelten auch nur sie als widerrufen. Entsch. Slg. Nr. 10.302, 12.643. „Die in der Praxis wiederholt hervorgetretene ungeheuerliche Behauptung, daß das Durchstreichen einer Anordnung zu ihrer Tilgung nicht genüge, erklärt sich nur aus stummer Opposition gegen die in § 722 normierte Verteilung der Beweislast . . ." Pfaff und Hofmann S. 655 f.

[8]) Entsch. Slg. Nr. 5589, 6405.

[9]) Auch nachträgliche Genehmigung ist nicht gerade undenkbar: Pfaff und Hofmann S. 656. A. M. Dernburg, B. R. V § 40, RGKomm. zu § 2255 u. a. Sogar die zufällige Vernichtung kann der Erblasser genehmigen: P. Klein, Studien zur Rechtsgeschäftslehre ArchBürgR. 40, 196.

[10]) Entsch. Slg. IX Nr. 3637.

[11]) § 568 ALR. I 12.

[12]) Entsch. Slg. Nr. 11.545.

[13]) Entsch. Slg. Nr. 10.729.

die Regel des § 126 VaSt. — die Rolle des Klägers gegenüber dem gesetzlichen Erben übernehmen.[14]) Den Beweis des Inhaltes kann er jetzt[15]) ebenso wie (seit jeher) den des Zufalles durch alle prozeßordnungsmäßigen Beweismittel, also nicht etwa bloß durch die eidliche Aussage der Testamentszeugen, erbringen. Ist der Inhalt aus der verletzten Urkunde zu entnehmen, dann bedarf er überhaupt keines Beweises.[16]) Die Zahl der unterschlagenen Testamente ist wahrscheinlich sehr groß; das Übel wird verschärft, wenn an den Beweis nach der einen oder andern Richtung hin besonders strenge Anforderungen gestellt werden.

Ein stillschweigender Widerruf liegt auch in der Zurücknahme einer dem Gericht oder Notar nach § 587 überreichten letztwilligen Erklärung, der die Erfordernisse eines Privattestamentes fehlen; hat sie diese, so entzieht ihr die Zurücknahme nur den Charakter einer öffentlichen Urkunde.[17]) Die Zurückstellung erfolgt nur auf persönliches Verlangen oder auf Grund beglaubigter besonderer Vollmacht;[18]) bei notariellen Testamenten muß über die Zurückstellung ein Notariatsakt aufgenommen werden (§ 74 NO.). Ein mündliches notarielles oder gerichtliches Testament darf nicht zurückgefordert[19]), kann aber allerdings widerrufen werden (§ 49 NO.).

III. Der Testator kann seinen letzten Willen auch dadurch aufheben, daß er ein neues gültiges Testament errichtet (§ 713). Das neue Testament muß gültig sein. Ist es also wegen eines Formmangels oder wegen Mangels der Testierfähigkeit oder wegen Zwanges oder Irrtums ungültig, so bleibt das frühere Testament bestehen; so z. B. wenn der Erblasser das spätere Testament nur deshalb errichtet hat, weil er in der irrigen Meinung war, der im früheren Testamente eingesetzte Erbe sei gestorben (§ 572).[20]) Ist aber das spätere Testament gültig, so ändert es nichts an der Aufhebung des früheren, wenn die in dem späteren eingesetzten Erben die Erbschaft nicht erlangen, weil sie vorverstorben oder erbunfähig sind[21]) oder ausschlagen.

Das neue Testament hebt übrigens das alte nur im Zweifel auf.

---

[14]) Entsch. Slg. Nr. 3227. Gegen Entsch. Slg. Nr. 7569 vgl. Pfaff und Hofmann S. 659 Note 31.

[15]) Seit der Novelle von 1916, nach einer anderen Meinung schon seit der Prozeßreform.

[16]) Trotz des Wortes „und" im § 722. Dworzak, Österr. VJSchr. XVI S. 108—116. „Auch mit dem Beweise des Zufalls darf man es nicht wörtlich nehmen", auch diesfalls können die Umstände leicht so liegen, daß er entbehrlich wird: Pfaff und Hofmann S. 658. Vgl. Entsch. Slg. Nr. 11.545.

[17]) M. a. W.: „Die Zurücknahme hebt das Testament nicht auf, wenn es als Privattestament bestehen kann". Pfaff und Hofmann S. 647. Vgl. Erben, Gilt die Zurücknahme des schriftlichen gerichtlichen Testamentes aus der gerichtlichen Verwahrung als Widerruf desselben? in den Prager Mitt. 1871 Nr. 7.

[18]) Oben § 500 Note 13.

[19]) Ausfolgung des Protokolles über das Testament ist unzulässig (Pfaff und Hofmann S. 184 Note 44, S. 647 vor Note 10) und — wenn gleichwohl erfolgt — ohne Wirkung: Entsch. Slg. Nr. 15.295.

[20]) § 577 ALR. I 12.

[21]) Art. 1037 Code civil. A. M. Unger § 22 und Krainz.

§ 713 gibt eben lediglich eine Auslegungsregel. Wenn also der Erblasser „deutlich zu erkennen gibt" (§ 713), daß das frühere Testament ganz oder zum Teile bestehen solle, hat es dabei sein Bewenden, so z. B. wenn das neue Testament mit den Worten beginnt: „Im Nachhange zu meinem Testamente vom . . .", oder wenn es sich inhaltlich als Ergänzung darstellt, z. B. wenn der Erblasser im ersten Testament über vier Fünftel und im zweiten über ein Fünftel verfügt hat.[22]) Im Zweifel aber ist anzunehmen, daß der Erblasser, der ein neues Testament (nicht bloß ein Kodizill) errichtet, hiemit das ältere seinem ganzen Inhalte nach aufheben will, also auch hinsichtlich solcher Bestimmungen (z. B. Vermächtnisse), die dem neuen Testamente nicht widersprechen.[23]) Ausdrücklich entscheidet das Gesetz, daß das auch dann gilt, „wenn in dem späteren Testamente der Erbe nur zu einem Teile der Erbschaft berufen wird. Der übrigbleibende Teil fällt nicht den in dem früheren Testamente eingesetzten, sondern den gesetzlichen Erben zu". Verständige Auslegung wird hier oft das Gegenteil ergeben; dann gilt die gesetzliche Regel eben nicht.[24])

Durch ein späteres Kodizill wird ein früheres Testament oder Kodizill nur soweit abgeändert, als es sich mit dem späteren Kodizill nicht vereinigen läßt (§ 714). Keine Regel gibt das Gesetz für den Fall, daß der Erblasser zuerst ein Kodizill und dann ein Testament errichtet. Im Zweifel wird es darauf ankommen, ob dem Kodizill ein Testament vorausgegangen ist oder nicht. Im ersten Falle (testamentarisches Kodizill) wird es um so eher das Schicksal des älteren Testamentes teilen, je enger es — als ein bloßer Nachtrag — damit inhaltlich zusammenhängt;[25]) im zweiten Falle (Intestatkodizill) liegt es nahe, das Kodizill, „da der Erblasser in diesem nicht über seine ganze Verlassenschaft verfügt und vielmehr sich vorzubehalten scheint, über sein übriges Vermögen noch mittels eines Testamentes zu verfügen"[26]), ungeachtet des jüngeren Testamentes gelten zu lassen.[27])

Werden mehrere Testamente oder Kodizille vorgefunden und weiß man nicht, welches das ältere ist[28]), so gelten sie, insoweit sie sich vereinigen lassen, alle; die in den verschiedenen Testamenten eingesetzten Erben werden zu verhältnismäßigen Teilen Miterben (§ 715)[29]) und

[22]) Pfaff und Hofmann II S. 629 f.

[23]) Ebenso Art. 511 Schweiz. ZGB., anders (minder passend) Art. 1036 Code civil, § 2258 DBGB.

[24]) Vgl. Unger S. 112 Anm. 13, Dworzak a. a. O. S. 99 f., Pfaff und Hofmann S. 626 ff.

[25]) So Pfaff und Hofmann S. 633; vgl. auch Slg. Nr. 11.292.

[26]) Zeiller II S. 690.

[27]) Pfaff und Hofmann S. 632 f. Dafür außer Zeiller auch Nippel IV S. 424, Ellinger zu §§ 713, 714, Füger II S. 297 f., W. Tr. in der GZ. 1873 Nr. 1, 2 mit Berufung auf zwei Entscheidungen, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 899 Note 2, Krasnopolski S. 153, Entsch. Slg. Nr. 10.889, XI Nr. 4180; a. M. Unger § 61 Anm. 7, Winiwarter III S. 257, Stubenrauch II S. 553 und Krainz. Gewiß kann die Auslegung im einzelnen Falle das Gegenteil ergeben: Entsch. Slg. Nr. 11.292.

[28]) Dies trifft meist zu, wenn sie nicht datiert sind.

[29]) Entsch. v. 15. Febr. 1916 OG.

die darin genannten Vermächtnisnehmer erhalten im Zweifel volle Befriedigung (§ 690). Ist derselben Person hier X und dort Y vermacht, so hat sie die Wahl.

Die Regel, daß das spätere Testament das frühere aufhebt, gilt auch dann, wenn das frühere eine „derogatorische Klausel" (§ 716), d. h. den Beisatz enthält, daß jede spätere Anordnung überhaupt oder wenn sie nicht mit einem bestimmten Merkmale bezeichnet ist (z. B. nicht mit einer bestimmten Formel beginnt), null und nichtig sein solle. Diese Klausel wurde nicht selten von Winkelschreibern eingefügt, die kein Interesse daran hatten, den Testator darüber zu belehren, wie er ohne ihre Hilfe ein neues Testament abzufassen habe. So scheiterte nur allzu leicht das spätere Testament an einer Klippe, deren Dasein der Testator vielleicht gar nicht geahnt hatte. Erst die Novelle von 1916 erklärt, daß die Klausel als nicht beigesetzt anzusehen ist.[30])

Die Wiederaufhebung des späteren Testamentes stellt das frühere in der Regel nicht wieder her. Anders nur, wenn der Erblasser zwei schriftliche Testamente nacheinander errichtet und dann das zweite vernichtet oder sonstwie stillschweigend (§ 721) widerrufen, das erste aber unversehrt gelassen hat (§ 723). Daß eine mündliche letzte Anordnung durch Vernichtung der späteren schriftlichen nicht wieder auflebe, sagt § 723 ausdrücklich. Auf den Fall, daß der Erblasser, der zwei schriftliche Testamente errichtet hat, beide unversehrt läßt und sich damit begnügt, das zweite ausdrücklich zu widerrufen (§ 717), läßt sich § 723, Satz 1, nicht analog anwenden.[31]) Daß das erste Testament nicht dadurch wieder auflebt, daß der Erblasser das zweite durch ein drittes ersetzt (§ 713), versteht sich von selbst. Das unversehrte erste Testament kann also nur durch den stillschweigenden Widerruf des zweiten wiederhergestellt werden, in dieser Weise aber in vollem Umfange auch durch den entmündigten Verschwender oder Trinker (§ 718).[32])

IV. Bei Vermächtnissen soll nach § 724 in drei Fällen der Widerruf vermutet werden. Allein dies sind durchwegs Fälle, in denen die Leistung in ihrer ursprünglichen Gestalt unmöglich geworden ist, so daß es eines förmlichen Widerrufes gar nicht bedarf. Die Frage ist vielmehr, ob das Vermächtnis nicht durch eine Umwandlung aufrecht zu erhalten ist.[33]) Im Rechtsstreite hat nicht etwa der Erbe den „Widerruf", sondern der Vermächtnisnehmer die Voraussetzungen der Umwandlung zu beweisen, wenn einmal feststeht, daß das Vermächtnis in seiner

Nr. 1752. Über die Mängel des § 715 („eines der verfehltesten Paragraphen im Gesetzbuch"): Pfaff und Hofmann S. 636 f.

30) In Frankreich ist sie schon 1735 abgeschafft worden.

31) Pfaff und Hofmann II S. 661, Krasnopolski S. 156. A. M. Krainz und Till (vgl. Zoll GZ. 1907 Nr. 52).

32) Vgl. RGKomm. zu § 2253 DBGB. Dagegen Pfaff und Hofmann II S 111, Krasnopolski S. 54.

33) Vgl. über die juristische Konstruktion Pfaff und Hofmann II S. 663 (gegen Unger § 67 Anm. 6, § 72 Anm. 2).

ursprünglichen Gestalt schon bei Lebzeiten des Erblassers gegenstandslos geworden ist.[34]) Die hieher gehörigen Fälle sind folgende:

1. Die vermachte Forderung besteht zur Zeit des Erbfalles nicht mehr. Dann ist das Vermächtnis ohne Wirkung, wenn der Erblasser selbst die vermachte Forderung eingetrieben und erhoben (§ 724)[35]) oder wenn er sie dem Schuldner erlassen hat. Dagegen gebührt dem Vermächtnisnehmer an Stelle der Forderung das Geleistete, wenn der Schuldner aus eigenem Antriebe gezahlt hat (§ 725) und um so mehr, wenn die Schuld unabhängig vom Willen beider etwa bei einer Meistbotverteilung berichtigt worden ist.[36]) Sind vermachte Wertpapiere konvertiert worden, so gebühren dem Vermächtnisnehmer im Sinne des § 725 die an die Stelle der alten getretenen neuen Papiere.[37])

2. Wenn der Erblasser selbst die vermachte Sache an wen immer (an den Vermächtnisnehmer oder an einen Dritten) veräußert und nicht wieder zurückerhalten hat, ist das Vermächtnis erloschen (§ 724). Das gilt auch für vermachte Forderungen, die der Erblasser abgetreten hat.[38]) Hat er die Sache zurückerhalten, so bleibt das Vermächtnis bestehen.[39]) Ist die Veräußerung auf gerichtliche (§ 725) oder überhaupt auf behördliche Anordnung erfolgt, so verwandelt sich das Vermächtnis in einen Anspruch auf den Erlös. Reine Gattungsvermächtnisse (insbesondere Geldsummenvermächtnisse) erlöschen nicht durch Veräußerung einer entsprechenden Summe. Nur wenn der Erblasser dem Vermächtnisnehmer selbst die vermachte Summe als solche noch bei Lebzeiten auszahlt, „damit er nicht auf seinen Tod warten müsse“[40]), ist das Vermächtnis — durch Umwandlung in eine Schenkung[41]) — aufgehoben.

3. Das Vermächtnis erlischt, wenn der Erblasser die Sache auf eine solche Art in eine andere verwandelt hat, daß sie ihre vorige Gestalt und ihren vorigen Namen verliert (§ 724); also nicht nur wenn er aus Brettern einen Tisch, sondern auch wenn er aus einem Tische Brennholz macht. Ist aber die Umgestaltung ohne Einwilligung des Erblassers erfolgt, so gebührt die Sache in ihrer neuen Gestalt (§ 725).

Ist die vermachte Sache gänzlich untergegangen, so ist das Vermächtnis unwirksam, nicht weil es widerrufen, sondern weil es gegenstandslos ist. Der Vermächtnisnehmer hat also nicht etwa Anspruch auf den Wert der vernichteten Sache. Auch für die Annahme, daß an Stelle der untergegangenen Sache, z. B. eines Schiffes, die Versicherungssumme gebühre, bietet das Gesetz keine Stütze.[42]) Wohl aber mag im einzelnen Falle die Testamentsauslegung zu diesem Ergebnisse führen.[43])

[34]) Also z. B. wenn die vermachte bestimmte Sache sich im Nachlasse nicht vorfindet. Entsch. Slg. X Nr. 3909.

[35]) Anders nach § 2173 DBGB., vgl. auch §§ 410—413 ALR. I 12.

[36]) Vgl. Entsch. Slg. Nr. 11.292.

[37]) Harpner in den JBl. 1894 Nr. 20.

[38]) Entsch. Slg. Nr. 5277.

[39]) Dagegen Art. 1038 Code civil, vgl. auch Art. 484 Schweiz. ZGB.

[40]) Entsch. Slg. Nr. 15.641.

[41]) Ehrenzweig in der Festschr. 1911 II S. 683.

[42]) Ebenso nach französischem Rechte (Planiol III 2801), anders nach deutschem Rechte (§ 2169 DBGB.).

[43]) Entsch. Slg. X Nr. 3909. Ganz

V. Ein Testament wird nachträglich ungültig in folgenden Fällen:

1. Durch die Desertion verliert jeder früher errichtete letzte Wille des Deserteurs seine Kraft; er erlangt sie jedoch wieder durch dessen Stellung oder Einlieferung (§ 208 MilStG.).

2. Frühere letztwillige Anordnungen derjenigen, die in den Deutschen Orden treten, verlieren ihre Kraft, wenn nicht der Erblasser die Testierbefugnis vom Hoch- und Deutschmeister[44]) erhalten hat (Pat. vom 28. Juni 1840, § 12.[45])

3. Begünstigte letztwillige Anordnungen verlieren ihre Kraft sechs Monate nach dem Aufhören des die Begünstigung erzeugenden Zustandes (§ 599). Vgl. oben § 499.

4. Erhält ein kinderloser Erblasser erst nach der Errichtung des letzten Willens einen Noterben, für den keine Vorsehung getroffen ist, so wird der letzte Wille gemäß § 778 entkräftet, erlangt jedoch wieder seine Kraft, wenn der Noterbe vor dem Erblasser stirbt, oben § 494, III.

Ein wegen Formmangels umgestoßenes Testament ist von Anfang an ungültig (§ 601), auch wenn es sich um ein Formerfordernis handelt, das erst nach dem Tode des Erblassers zu erfüllen ist (§ 586).

Nicht von nachträglicher Ungültigkeit des Testamentes, sondern von Unwirksamkeit[46]) der einzelnen Anordnung (Erbeinsetzung, Vermächtnis) spricht man, wenn der Bedachte das Zugewendete nicht erwerben will oder kann, also wenn er ausschlägt, wenn er erbunfähig oder vor dem Erblasser gestorben ist und wenn die vermachte Leistung unmöglich geworden ist. Über den zuletzt erwähnten Fall siehe oben IV.

Neunter Abschnitt.

Testamentsvollstrecker.

§ 506.

I. Der Erblasser kann einen Testamentsvollstrecker ernennen (§ 816).[1]) Dazu genügt eine formlose Erklärung.[2]) Der Ernannte ist nicht verpflichtet, das Amt anzunehmen. Das Gesetz bezeichnet den Testamentsvollstrecker als „Machthaber" des Erblassers.[3]) Er ist aber

verfehlt ist die Begründung der Entsch. Slg. VII Nr. 2575.

44) Dem Ordensoberhaupt selbst wird die Testierbefugnis vom Ordenskapitel erteilt.

45) Zu diesen beiden Fällen vgl. oben § 493 Note 31.

46) Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 673 f.

1) Rintelen, Grundriß § 34, J. L., Die Stellung der Testamentsvollzieher GH. 1883 Nr. 66.

2) Unger, Erbrecht § 27 Note 6, Krasnopolski V S. 319 Note 4; dagegen Kuh GZ. 1864 Nr. 5, 7.

3) c. 19 X de test. 3, 26 („mandatum"); § 557 ALR. I 12 („Bevoll-

nicht etwa Vertreter, sondern Beauftragter des Erblassers und auch das nur in weiterem Sinne. Denn sein Auftrag ist besonderer Art — kein Vertrag unter Lebenden, sondern ein einseitiges Rechtsgeschäft von Todes wegen.[4])

Als Vertrauensmann des Erblassers ist der Testamentsvollstrecker berufen, entweder „die Anordnungen des Erblassers selbst zu vollziehen[5]); oder den saumseligen Erben zur Vollziehung derselben zu betreiben" (§ 816).[6]) Mit Rücksicht auf die gerichtliche Abhandlungspflege, in deren Bereich auch die Überwachung der Testamentserfüllung fällt, hat das Amt des Testamentsvollstreckers bei uns sehr geringe Bedeutung.[7]) Das Gericht muß ihn nach § 80 VaSt. von seiner Ernennung verständigen und nach § 95 VaSt. zur Inventur laden. Nach § 164 VaSt. erstattet der Testamentsvollstrecker gemeinsam mit den Erben den Testamentsausweis[8]) (nicht auch den Pflichtteilsausweis). Sein Auftrag ist weder widerruflich[9]), noch aufkündbar. Er erlischt erst mit der Vollziehung der ihm anvertrauten Geschäfte oder mit seinem Tode.

II. Die Verwaltung des Nachlasses steht dem Testamentsvollstrecker als solchem[10]) nach dem Gesetze nicht zu. Aber der Erblasser kann einen Nachlaßverwalter ernennen und er kann daher auch dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses oder einzelner Nachlaßstücke übertragen.[11]) Dies ist aber nichts anderes als die letztwillige Anordnung einer Kuratel (§§ 149, 197). Es ist daher immer noch die gerichtliche Bestellung zum Kurator erforderlich (vgl. § 80 VaSt.).[12]) Eine solche Kuratel muß sich durchaus nicht auf die Dauer der Abhandlung beschränken. Sie hat gerade während der Abhandlung geringere Bedeutung, weil sie die Befugnisse des Abhandlungsgerichtes nicht schmälern kann. Jedenfalls aber muß sich der Erbe, soweit sein Pflichtteilsrecht nicht berührt wird, die Ausschließung von der ihm sonst gemäß § 810 ABGB. gebührenden Verwaltung gefallen lassen.[13])

mächtigter"); Planiol, Droit civil n. 2812 („mandataire").

[4]) Unger § 27 Anm. 7, v. Schey, ÖblVerh. S. 458 Note 4, 577 Note 63, 632 Note 16, 698 f.

[5]) Vgl. hinsichtlich der Vermächtnisse Entsch. Slg. VIII Nr. 3048. Die Vermächtnisnehmer können den Testamentsvollstrecker nicht verklagen: Randa, Erwerb der Erbschaft S. 78 Note *; anders Unger a. a. O. und Krainz.

[6]) Vgl. schon Cod. Ther. II 17 n. 62, Entw. Hortens II 18 § 26.

[7]) So schon vor dem ABGB.: Unger, Verl. Abh. S. 84 f. Anders nach dem DBGB. (§§ 2203—2207) und nach dem österr. Referentenentwurfe von 1867 (§ 4).

[8]) Entsch. Slg. XV Nr. 5912.

[9]) Unger, Erbrecht a. a. O., Randa S. 79.

[10]) Entsch. Slg. XI Nr. 4395.

[11]) Entsch. Slg. Nr. 879, 1156, 5295, 15.108; Entsch. Slg. XVI Nr. 6421 läßt die Frage offen, ob dem Erben eine solche Verwaltung aufgedrängt werden könne.

[12]) Entsch. Slg. Nr. 9871.

[13]) Freilich hat der Erbe ein Recht auf die Verwaltung (Rintelen S. 72, Entsch. Slg. Nr. 2076), aber den Erblasser kann dieses Recht nicht binden. Ihm gegenüber hat der Erbe, vom Pflichtteilsrechte abgesehen, gar kein Recht. Er muß nehmen, was und wie es ihm gegeben wird.

III. Der Testamentsvollstrecker ist, selbst wenn er zugleich Nachlaßverwalter ist, nicht berufen, den Erben als Partei im Abhandlungsverfahren zu vertreten. Dazu bedürfte er einer Vollmacht des Erben. Nur in den Fällen, wo das Gericht überhaupt berechtigt ist, für Erben (z. B. wegen ihrer Abwesenheit) Kuratoren zu ernennen, kann es dem Testamentsvollstrecker eine Erbenkuratel übertragen (§ 80 VaSt.).

Eine sonderbare Erfindung der mit der Abfassung von Testamenten betrauten Rechtsfreunde ist der letztwillig berufene Abhandlungspfleger.[14]) Die Abhandlungspflege ist Sache des Gerichtes. Gedacht ist aber an die in der Abhandlung dem Erben zufallende Parteientätigkeit: die Verfassung und Überreichung der Erbserklärung, das eidesstättige Vermögensbekenntnis, die Nachlaßnachweisung usf. All das will der Abhandlungspfleger — selbstverständlich nicht unentgeltlich — für den Erben besorgen. Aber dazu bedarf er einer Vollmacht des Erben. Nun kann freilich der Erblasser dem Erben auftragen, er solle dem Rechtsfreunde die zur „Abhandlungspflege" nötige Vollmacht erteilen.[15]) Aber ein solcher Auftrag sollte als unerlaubt behandelt werden. Es verstößt gegen die öffentliche Ordnung, wenn einer eigenberechtigten Partei verboten wird, in irgend einem gerichtlichen Verfahren persönlich oder durch selbstgewählte Vertreter zu verhandeln.[16]) Die Gerichte verwehren es denn auch dem Erben nicht, neben dem Abhandlungspfleger noch einen besonderen Vertreter zu bestellen.[17]) Was aber dann der Abhandlungspfleger noch soll, ist nicht klar.[18])

[14]) Gegen ihn wenden sich nun auch Rintelen, Grundriß a. a. O. und besonders Lenhoff, Der Abhandlungspfleger JBl. 1913 Nr. 28. Im Gesetze erscheint der Abhandlungspfleger nur einmal, und zwar als — Parteienvertreter vor dem Börsenschiedsgerichte (Art. XX EinfG. zur ZPO.).

[15]) Vgl. z. B. den Fall der Entsch. Slg. XVI Nr. 6563.

[16]) Vgl. ferner Entsch. v. 23. Nov. 1915 NotZ. 1916 Nr. 4 (JBl. 1916 Nr. 9): „Die Einsetzung eines Abhandlungspflegers findet auch ihre Grenze an dem öffentlichen Interesse, wonach die Verlassenschaft möglichst rasch und anstandslos mit Vermeidung unnötiger Kosten ihrem Ende zugeführt werde."

[17]) Entsch. Slg. XVI Nr. 6563.

[18]) Ältere Entscheidungen ließen ihn bei allen zur Durchführung der Abhandlung nötigen Schritten mittun: Entsch. Slg. Nr. 2965, 3050, 5617, 6204, 15.458, neuere entziehen ihm Handlungen, die „unmittelbar in die Rechtssphäre oder den Pflichtenkreis des Erben fallen": Entsch. Slg. XII Nr. 4838, XVI Nr. 6607. Was bleibt dann noch übrig? Nach der Entsch. v. 23. Nov. 1915 (oben Note 16) soll der Abhandlungspfleger überall dort „mitwirken und gehört werden, wo es auf die Intentionen des Erblassers ankommt". Das gilt aber für den Testamentsvollstrecker auch dann, wenn er nicht zugleich Abhandlungspfleger ist. Nach Entsch. v. 23. Mai 1916 JBl. 1916 Nr. 35 muß der Erbe dem Abhandlungspfleger alle Ausweise zur Mitfertigung oder Erstattung abweichender Äußerungen vorlegen. Auch das ist nur verständlich, wenn der „Abhandlungspfleger" Testamentsvollstrecker ist.

Zehnter Abschnitt.

Außerordentliches Erbrecht der Vermächtnisnehmer und der Miterben.

§ 507.

I. Voraussetzung. Anknüpfend an einen schon für das gemeine Recht auf Grund der Nov. 1 verteidigten Rechtssatz[1]) beruft § 726 die Vermächtnisnehmer zur Erbschaft, wenn (nach Wegfall der Testamentserben) die gesetzlichen Erben entsagen. Das Gleiche gilt auch dann, wenn keine oder nur unfähige gesetzliche Erben vorhanden sind. Da nämlich der Grund des § 726 der ist, daß der Erblasser die Erbschaft eher den Vermächtnisnehmern als dem Staate gönnt, die Randschrift des Paragraphen nur von Entsagung, sein Text aber auch vom Nichterbenkönnen spricht, und die ältere Lehre das Nichterbenkönnen häufig als notwendige Entsagung bezeichnete[2]), so ist anzunehmen, daß auch in diesen Fällen die Erbschaft den Vermächtnisnehmern zufällt.[3]) Ebenso verhält es sich wohl auch, wenn kein Testament, sondern nur ein Intestatkodizill besteht.[4]) Wo aber jemand seine Verwandten (gesetzlichen Erben) von der Erbfolge ausdrücklich ausgeschlossen und nur Vermächtnisse angeordnet hat, da wird § 726 a. E. nur anzuwenden sein, wenn sich die Absicht erkennen läßt, das Vermögen durch Vermächtnisse zu erschöpfen; sonst ist wohl anzunehmen, daß der Erblasser das Heimfallsrecht eintreten lassen wollte, wenn nicht gar Gründe für die Annahme vorliegen, er sei nicht bei Sinnen gewesen.[5])

Dasselbe außerordentliche Erbrecht, das § 726 den Vermächtnisnehmern einräumt, steht kraft zwingender Analogie den Miterben zu, die auf bestimmte Teile eingesetzt sind und daher des Anwachsungsrechtes entbehren. Ihnen gehen hinsichtlich des erledigten Erbteiles die gesetzlichen Erben vor, aber nicht auch der Staat. Denn sie stehen den Vermächtnisnehmern mindestens gleich.[6]) Daß sie auf bestimmte Erbteile beschränkt sind, kommt hier nicht mehr in Betracht; auch die Vermächtnisnehmer sind ja vom Erblasser auf bestimmte, oft sehr geringfügige Zuwendungen beschränkt. Vom Anwachsungsrechte unterscheidet sich das außer-

[1]) Vgl. Cocceji, Jus civile controversum II 28, 3 qu. 14, Höpfner, Komm. II 17 § 522, Dernburg, Pand. § 93 Note 7, Pfaff und Hofmann II S. 670, Steinlechner, Schweb. Erbrecht II S. 27 Note 2.

[2]) Zeiller zu § 726 Abs. 1.

[3]) Entsch. Slg. XVI Nr. 6331; ebenso Zeiller, Scheidlein, Unger, Pfaff und Hofmann (S. 670 ff.).

[4]) A. M. Krainz, vgl. jedoch Pfaff und Hofmann S. 672: Wir müssen diese Analogie anwenden, „sobald wir bedenken, wie gleichgültig es ist, ob die Vermächtnisse in einem Testamente oder testamentarischen Kodizille, ob in einem positiven oder negativen Testamente, ob in diesem oder in einem Intestatkodizille stehen".

[5]) Pfaff und Hofmann S. 673.

[6]) Pfaff und Hofmann, die (S. 673) als erste die analoge Anwendung des § 726 auf die Miterben verteidigt haben, geben ihnen sogar den Vorzug vor den Vermächtnisnehmern.

ordentliche Erbrecht der Miterben vor allem durch den schlechteren Rang: jenes kommt vor, dieses erst nach dem gesetzlichen Erbrechte zur Geltung.

II. Wirkung. Nach § 726 werden die Vermächtnisnehmer „verhältnismäßig als Erben betrachtet", d. h. sie werden so betrachtet, als wären sie im Testamente nach Verhältnis des Wertes der Vermächtnisse zu Erben eingesetzt worden.[7]) Es tritt also nicht etwa eine Art Anwachsung von Rechts wegen ein, sondern die Erbschaft gilt als den Vermächtnisnehmern kraft des Testamentes angefallen und es steht nun bei ihnen, ob sie die Erbschaft antreten oder mit Vorbehalt der Vermächtnisse ausschlagen wollen.[8]) Das war früher streitig[9]), ist aber durch § 121, Abs. 2 KaisP. vom 9. August 1854[10]) jedem Zweifel entrückt. Für die Miterben ergibt sich hieraus ein zweiter Unterschied vom Falle des Anwachsungsrechtes.

3. Der Erbvertrag.

§ 508.

I. Rechtliche Natur des Erbvertrages.[1]) Der Erbvertrag, neben Gesetz und Testament der dritte mögliche Berufungsgrund zur Erbfolge[2]), ist ein vom Erblasser mit dem Erben geschlossener Vertrag, worin er ihn unwiderruflich zu seiner Erbschaft beruft.

1. Ein solcher Vertrag ist nach österreichischem Rechte nur zwischen Ehegatten zulässig (§§ 602, 1249).[3]) Er ist ein Ehepakt[4]), setzt

[7]) Martini, Entw. II 14 § 30.

[8]) In diesem Falle hat der Staat oder, wenn auch dieser die Erbschaft nicht will, der Verlassenschaftskurator die Vermächtnisse nach Zulänglichkeit des reinen Nachlasses zu entrichten. Vgl. Unger § 25 Anm. 4, Pfaff und Hofmann S. 673 Note 23; a. M. Krainz (Ausschlagung mit Vorbehalt der Vermächtnisse sei unzulässig).

[9]) Dagegen insbes. Zeiller, Komm. II S. 709.

[10]) Das Gesetz schreibt ausdrücklich vor, daß die Vermächtnisnehmer im Falle des § 726 eine mit den Erfordernissen der §§ 799 und 800 BGB. versehene Erbserklärung einzubringen haben.

[1]) F. Hofmann, Wesen und Wirkung des Erbverzichtes und des Erbvertrages Grünhuts Zeitschr. 3, 649, Fried in NotZ. 1893 Nr. 47, v. Semaka ebda. 1894 Nr. 29, Schiffner, Erbverträge im Zusammenhange mit Adoptionsverträgen in Grünhuts Zeitschr. 25, S. 267 f., Ders., Erbverträge zu Gunsten Dritter nach dem BGB. für das Deutsche Reich in Iherings Jahrb. 40 S. 88 ff., Ders., Der Erbvertrag nach dem BGB. für das Deutsche Reich 1899, Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte S. 591 ff., Neubecker, Der Ehe- und Erbvertrag 1914, H. Henrici, Ehevertrag und Erbvertrag ZSchweizR. 55 S. 1, 131, 249 (österr. R.: S. 184 bis 198).

[2]) §§ 533, 799 BGB., § 126 VaSt.

[3]) Nach Schiffner in Grünhuts Zeitschr. 25, 267 soll ein Erbvertrag auch zwischen Wahleltern und Wahlkind möglich sein: „Dies ergibt § 184, obgleich man bei seiner Redigierung das Erbrecht absichtlich nicht in Verhandlung gezogen hatte" (S. 271 f.).

[4]) Darin liegt ein Vorzug des österreichischen Rechtes. Vgl. Neubecker a. a. O. S. 37: „Im ganzen ist festzustellen, daß das österreichische Recht Anerkennung verdient, indem es die Einheit des Ehepaktes festhält und den Vertrag, in dem die Vermögens-

also die Gültigkeit der Ehe voraus, so daß er, wie jeder andere Ehepakt, mit ihrer Nichtigerklärung zerfällt (§ 1265). Doch hindert dieser Rechtssatz nicht die Abschließung unter Brautleuten, nur bleibt in diesem Falle die Wirksamkeit des Vertrages aufgeschoben bis zur Schließung der Ehe.[5])

2. Ältere Schriftsteller sahen im Erbvertrage einen obligatorischen Vertrag über den künftigen Nachlaß — eine Lehre, der auch die Verfasser des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches bei der Definition des § 1249 gehuldigt zu haben scheinen. Danach würde dem Annehmenden nach dem Tode des Versprechenden wegen Mangels eines Erben kein Verpflichteter gegenüberstehen, und selbst wenn er den Nachlaß eigenmächtig an sich zöge, sein Eintreten in sämtliche Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers unerklärt bleiben. Auch würde aus dieser Lehre nicht nur die Entbehrlichkeit der Erbschaftsantretung durch den Bedachten, sondern sogar die Übertragbarkeit des Erbrechtes auf den Erbeserben in dem Falle folgen, wenn der Eingesetzte noch vor dem Erblasser stirbt, was doch dem österreichischen Rechte entschieden widerspricht.

Eine andere, von Hartmann[6]) aufgestellte Lehre sieht in dem Erbvertrage eine gewöhnliche testamentarische Erbeinsetzung, verbunden mit dem vertragsmäßigen Verzicht auf das Widerrufsrecht. Sie stellt demnach die Behandlung des Erbvertrages unter jene des Testamentes; sie will nicht von Vertrags-, sondern nur von Testamentserben gesprochen wissen und neben Gesetz und Testament nicht auch den Erbvertrag als besonderen Berufungsgrund aufführen.[7]) Dazu stimmt § 1250 sowie die Behandlung der in Erbverträgen vorkommenden Verfügungen zu Gunsten Dritter; dagegen sprechen §§ 1251 und 1253 („obschon" usw.).

Das Richtige ist, als Wesen des Erbvertrages mit der herrschenden Meinung die zweiseitig festgestellte Beerbung eines oder beider vertragschließenden Teile anzusehen. Danach ist der Erbvertrag ein selbständiger, nicht auf das letzte Wollen des Erblassers, sondern auf die einmal erfolgte Willenseinigung sich stützender Berufungsgrund, der, wie das Testament, eine Gesamtnachfolge zu bewirken vermag.

3. Im Erbvertrage setzt entweder nur ein Ehegatte den andern, oder es setzen sich beide gegenseitig zu Erben ein; allerdings können darin auch Verfügungen zu Gunsten dritter Personen vorkommen, allein rücksichtlich dieser ist der Erbvertrag nur als eine beliebig widerrufliche Anordnung anzusehen.[8]) Als widerrufliche Anordnungen (wechsel-

verhältnisse der Gatten generell geregelt werden, als solchen grundsätzlich einheitlich gestaltet."

[5]) HfD. v. 25. Juni 1817 JGS. Nr. 1340. Über das deutsche Recht vgl. Neubecker S. 136 ff.

[6]) Zur Lehre von den Erbverträgen und von den gemeinschaftlichen Testamenten 1860. Wie Hartmann auch Unger § 26, Kirchstetter zu § 1249, Hellwig a. a. O. S. 598. Vgl. über diese Lehre Hofmann a. a. O., auch Ogonowski in der GZ. 1875 Nr. 87 Note * und Henrici S. 131.

[7]) Unger § 26 Anm. 5; vgl. Anm. 6, 11, 19, 20.

[8]) Entsch. Slg. Nr. 1838, 3651. Vgl. § 2299 DBGB. Schiffner, Vermächtnisvertrag S. 80 f. Note 5, Fernbach NotZ. 1907 Nr. 43, 1908 Nr. 36, 1909

seitige Testamente) können auch Einkindschaften zur Geltung kommen[9]), obwohl ihnen § 1259 rechtliche Wirkung abspricht.[10]) Es sind dies Verträge zwischen Ehegatten, wonach die vorehelichen[11]) Kinder des einen oder andern Teiles erbrechtlich so behandelt werden sollen, als ob sie eheliche Kinder beider Beteiligter wären; sie sollen also erbrechtlich den in der (neuen) Ehe geborenen Kindern gleichstehen. Ebenso sind stets als widerrufliche Anordnungen (Vermächtnisse) zu behandeln Zuwendungen an den andern Ehegatten, die nicht in einer Erbeinsetzung (§ 602) oder in der Berufung zum Fruchtgenusse des Nachlasses oder eines Bruchteiles davon bestehen[12]), die also über den Rahmen eines Erb- oder Adnitalitätsvertrages hinausgehen. Ein dem Erbvertrage analoger „Vermächtnisvertrag" ist — abgesehen vom Adnitalitätsvertrage[13]) — dem österreichischen Rechte unbekannt.[14])

II. Erfordernisse. Außer dem bereits erwähnten Erfordernis des Bestandes einer gültigen Ehe müssen Erbverträge sowohl den Erfordernissen letztwilliger Anordnungen, als auch jenen der Verträge Genüge leisten. Daher ist auf Seite des Einsetzenden Testierfähigkeit, auf Seite des Eingesetzten Erbfähigkeit erforderlich, nur muß diese nicht im Augenblicke der Vertragsschließung, sondern vielmehr in dem des Anfalles vorhanden sein (§ 545). Der Einsetzende muß überdies vollkommen handlungsfähig sein, oder es muß das obervormundschaftliche Gericht die Erbeinsetzung genehmigt haben. Sonst ist sie höchstens insofern gültig, als sie als testamentarische aufrecht zu stehen vermag. Annehmen kann der Eingesetzte auch ohne Genehmigung des Gerichtes (§ 1250). Immer

Nr. 47, Kronegg ebda. Nr. 46, V. Schwarz ebda. 1907 Nr. 48.

[9]) Entsch. Slg. Nr. 12.522, vgl. Stubenrauch 8. Aufl. II S. 565, Reich, NotHandb. S. 334.

[10]) Ebenso JosGB. IV § 33, dagegen Martinis Entw. I 4 § 44 (vgl. dazu die Mitt. Pfaffs in den JBl. 1890 Nr. 36 Note 52).

[11]) Kinder aus einer früheren Ehe (§ 1259) und uneheliche Kinder. Entsch. Slg. Nr. 3035, 12.522. Dagegen Konsultation in der NotZ. 1901 Nr. 27.

[12]) Entsch. Slg. V Nr. 1715 (Zuwendung eines Aufgriffsrechtes), VI Nr. 2481 (Zuwendung von Wertpapieren).

[13]) Arndts in Haimerls VJSchr. 7, 288 (Zivil. Schriften II S. 204), v. Randa in Grünhuts Zeitschr. II S. 473, Eig. 2. Aufl. S. 502 Note 23, v. Anders, FamR. § 31, Krasnopolski in Grünhuts Zeitschr. 15, 70 und Lehrbuch V § 32. Oben § 445.

[14]) Dagegen hat Schiffner Vermächtnisbegriff (1873) unter Zustimmung von Krasnopolski in den Prager Mitt. 1873 S. 131 gelehrt, der Vermächtnisvertrag sei in demselben objektiven und subjektiven Umfang, wie der Erbvertrag, d. h. unter Ehegatten und Brautleuten und bis zu drei Vierteilen des Nachlasses zulässig (vgl. dagegen den revidierten Entwurf § 725, Ofner, Prot. II S. 561). Diese Ansicht fallen lassend, findet Schiffner, Der Vermächtnisvertrag nach österr. R. 1891, den Vermächtnisvertrag anerkannt nicht nur im Adnitalitätsvertrag (S. 26 ff.) und unter Umständen in der Widerlage, dem Witwengehalt (S. 36) und im Singularfideikommißvertrag auf den Todesfall (S. 38 ff.), sondern auch im umfassendsten Maße in den §§ 603 und 956 BGB. (S. 44 ff.), nicht aber in den „Erbverträgen" über Lose, von denen das Ges. v. 28. März 1889 Nr. 32 handelt. Vgl. auch Schiffner, Ges. Vermächtnisse S. 152 ff.

aber muß die Einsetzung von dem Einsetzenden persönlich[15]) geschehen; eine Vertretung durch den Vater oder Vormund, die bei anderen Verträgen zulässig ist, ist hier unbedingt ausgeschlossen (§ 564). Die Form betreffend verlangt das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch jene eines schriftlichen Testamentes (§ 1249).[16]) Nach dem Gesetze vom 25. Juli 1871, RGBl. Nr. 76, § 1, lit. a, ist jedoch zur Gültigkeit der Ehepakte, also auch des Erbvertrages (§ 1217) die Aufnahme eines Notariatsaktes erforderlich.[17]) Dieser muß bei Erbverträgen ebenso wie bei letztwilligen Anordnungen vor zwei Notaren oder vor einem Notar und zwei Aktzeugen errichtet werden (§ 56 NO.). An der Notwendigkeit gerichtlicher Genehmigung bei pflegebefohlenen Ehegatten wird durch diese Bestimmungen nichts geändert (§ 1 Ges. vom 25. Juli 1871, Nr. 76).

Um als Erbvertrag zu gelten, muß ferner die Willenserklärung in einer Weise abgefaßt sein, daß daraus die Unwiderruflichkeit der Erbeinsetzung mit Zuverlässigkeit entnommen werden kann. Im Zweifel wäre nur ein (ein- oder wechselseitiges) Testament anzunehmen.[18])

Über die Möglichkeit und Zulässigkeit des Inhaltes gelten auch hier die Grundsätze von Testamenten; insbesondere ist jede den Pflichtteilsanspruch der Noterben verletzende Anordnung ungültig (§ 1254) und entbehrt eine im Erbvertrage geschehene Verzichtleistung auf die Rechtswohltat des Inventars aller rechtlichen Wirkung (§ 803). Eine besondere Beschränkung hinsichtlich der Zulässigkeit des Inhaltes ist aber hier die, daß der Erbvertrag — trotz der Definitionen in den §§ 602, 1249 — nicht auf den ganzen Nachlaß lauten kann; „ein reiner Vierteil, worauf weder der jemandem gebührende Pflichtteil, noch eine andere Schuld haften darf, bleibt kraft Gesetzes zur freien letzten Anordnung immer vorbehalten" (§ 1253).[19]) Unter diesem Viertel ist nicht etwa[20]) immer, mögen Noterben vorhanden sein oder nicht, ein Viertel des reinen, das ist des nach Abzug der Schulden und Erbschaftslasten (z. B. §§ 549, 818) ohne Rücksicht auf den Pflichtteil sich ergebenden Nachlasses zu verstehen. Das Gesetz gebietet ja (§ 1253) eine gleichmäßige Behandlung des Pflichtteiles und der Nachlaßschulden; der Pflichtteilsanspruch muß also ebenso wie die Nachlaßschulden allen Miterben zur Last fallen; mit anderen

[15]) Vgl. § 2274 DBGB.

[16]) Die begünstigten Testamentsformen sind hier ausgeschlossen. Unger Anm. 10. Ausdrücklich bestätigt rücksichtlich der Militärpersonen durch HfkrgsrV. v. 8. März 1818.

[17]) Erbverträge können im Geltungsbereiche des Ges. v. 25. Juli 1871 (oben § 314 Note 4) nur vor dem Notar, nicht auch vor Gericht errichtet werden: Entsch. Slg. Nr. 10.591, 11.112.

[18]) Entsch. Slg. Nr. 311, 2627, 12.580. Wichtig wegen § 1253. Vgl. Kg., Zur Lehre der §§ 1248, 1249 und 1253 BGB. in der NotZ. 1882 Nr. 40, Kl., Etwas über Vertragsklauseln ebda. 1885 Nr. 31, Platte, Einige Worte über bäuerliche Ehepakte ebda. 1889 Nr. 12; dazu J. B. ebda. 1889 Nr. 14, Platte Nr. 17 P. Nr. 18.

[19]) H. Henrici a. a. O. S. 193: „Eine sehr wohltätige Einschränkung, die auch für moderne Gesetze beachtenswert wäre."

[20]) Mit Ellinger zu § 1253 und Nippel in dessen in seinem Komm. VII S. 649 Note 1 angeführten Abh.; vgl. Entsch. Slg. Nr. 3200, 3686.

Worten: es muß vom reinen Nachlaß auch noch der in Frage kommende Pflichtteil in Abzug gebracht werden und das der freien Verwendung vorbehaltene Viertel ist ein Viertel des hienach noch verbleibenden Aktivrestes. Sind nun pflichtteilsberechtigte Abkömmlinge vorhanden, so macht dieses „Viertel" gegenüber dem nach Abzug der Pflichtteile (3/8) verbleibenden wirklichen reinen Nachlasse (5/8) allerdings nur 5/32, also nicht einmal ein Sechstel aus, allein das Gesetz hat ja nur ein Viertel des nach Ausscheidung der Passiven und des Pflichtteils verbleibenden Nachlasses im Auge, und somit kann sich der Erbvertrag beim Vorhandensein pflichtteilsberechtigter Kinder wirksam auf 15/32 des reinen Nachlasses erstrecken — auf mehr selbst dann nicht, wenn das vorbehaltene Viertel (was sehr oft der Fall ist) auf Grund eines Testamentes oder auf Grund des Gesetzes den Pflichtteilsberechtigten zufällt.[21]) Die gleiche Berechnungsweise gilt auch in dem Falle, daß pflichtteilsberechtigte Vorfahren vorhanden sind; da deren Pflichtteil jedoch ein geringerer ist, so wird der Bruchteil, auf den sich der Erbvertrag erstrecken kann, größer, nur kann er doch nicht volle drei Viertel des Nachlasses erreichen — dies ist vielmehr nur möglich, wenn es an Pflichtteilsberechtigten gänzlich fehlt. Ein entmündigter Verschwender oder Trinker kann, nach der richtigen Meinung, da die Hälfte des Nachlasses jedenfalls seinen gesetzlichen Erben zu verbleiben hat, diese Hälfte aber zugleich die Pflichtteile deckt, immer über drei Achtel des reinen Nachlasses einen Erbvertrag eingehen;[22]) doch bedarf er hiezu, wie jeder andere pflegebefohlene Gatte, der gerichtlichen Genehmigung. Die Behauptung[23]) daß er mit dieser Genehmigung auch über drei Viertel seines Nachlasses vertragsmäßig verfügen könne, ist unrichtig; die obervormundschaftliche Genehmigung kann nur das aus der Vertragsunfähigkeit, nicht aber das aus der Testamentsunfähigkeit hervorgehende Hindernis beheben und vermag nicht das den gesetzlichen Erben zukommende Recht zu schmälern. Übrigens bildet die angeführte Berechnung nur den Maßstab für den dem Vertragserben und dem Erben des „reinen Viertels" zukommenden Erbteil; den Nachlaßgläubigern und den Noterben kann ihre Berechtigung, sich aus der Nachlaßmasse zu befriedigen und ihre Ansprüche nach Maßgabe der §§ 801, 802 gegen beide Erben geltend zu machen, nicht benommen werden.

Die vertragsmäßige Erbeinsetzung des Gatten auf den ganzen Nachlaß ist hinsichtlich des vorbehaltenen Viertels ungültig. Dieses fällt also, wenn der Erblasser darüber nicht verfügt hat, gemäß § 1253 „doch

[21]) Das vorbehaltene Viertel ist nämlich weder im Falle der gesetzlichen Erbfolge (Entsch. Slg. Nr. 3200), noch im Falle der testamentarischen Erbfolge (gegen die Regel des § 787) in den Pflichtteil einzurechnen, es sei denn, daß die Einrechnung vom Erblasser letztwillig angeordnet wurde.

[22]) Zeiller VI S. 634, Scheidlein, Misz. III § 117, Ellinger zu § 1250, Unger § 26 Anm. 17.

[23]) Von Graßl Zeitschr. f. österr. RG. 1829 I Nr. 15, Winiwarter VI S. 470 f., Nippel VII S. 639 f., Stubenrauch III S. 450, Füger, Erbr. I S. 127 f.; s. auch Peitler 2. Aufl. Nr. 1007. Wieder anders Kirchstetter (3. Aufl.) S. 605.

nicht dem Vertragserben, obschon die ganze Verlassenschaft versprochen worden wäre[24]), sondern den gesetzlichen Erben zu".[25]) Der Vertragserbe erlangt jedoch auch dieses Viertel als Erbe,

a) wenn er dazu ausdrücklich als Testamentserbe berufen worden ist, oder

b) wenn der Erblasser das Viertel durch Vermächtnisse erschöpft hat.[26]) In diesem Falle — ebenso wenn im Vertrage nur eine (dem reinen Viertel gleichkommende oder dasselbe übersteigende) bestimmte Geldsumme der freien Verfügung vorbehalten blieb — kann jedoch der Erblasser jederzeit anstatt durch Vermächtnis über den entsprechenden Bruchteil des Nachlasses durch eine Erbeinsetzung verfügen.[27]) Ein dem Vertragserben zugewendetes Vermächtnis ist im Zweifel nicht als Vorausvermächtnis, sondern nur als — selbstverständlich widerrufliche[28]) — Belastung des reinen Viertels anzusehen.[29])

Der von einem Ehegatten dem andern vertragsmäßig eingeräumte lebenslängliche Fruchtgenuß des Nachlasses kann sich zwar auch auf den ganzen Nachlaß beziehen (§§ 1255, 1258); wird aber der Ehegatte zum Erben eingesetzt und ihm ein Dritter fideikommissarisch substituiert, so gilt der Vertrag, obwohl der Vorerbe auch hier im wesentlichen nur die Rechte und Verbindlichkeiten eines Fruchtnießers hat (§ 613), für ihn bezüglich des vorbehaltenen Viertels nicht; dieses Viertel fällt vielmehr sofort an den Nacherben (§ 608).

III. Willensbeschränkungen. Auch der vertragsmäßigen Erbeinsetzung können Bedingungen, Befristungen und Auflagen beigesetzt, gemeine und fideikommissarische Substitutionen angefügt werden; daß die Substitutionen nur als testamentarische Bestimmungen gelten, versteht sich von selbst und wurde bereits erwähnt. Die Bedingungen sind jedoch nicht nach den Regeln der letztwilligen, sondern nach denen der vertragsmäßigen Bedingungen zu behandeln (§ 1251). Unverständliche Bedingungen und auflösende unmögliche oder unerlaubte Bedingungen, die bei einem letzten Willen als nicht beigesetzt gelten (§§ 697, 698), machen daher den Erbvertrag ungültig (§ 898), und bei Willkürbedingungen, die im Falle einer Auflegung durch letzten Willen nach dem Tode nochmals erfüllt werden müssen, wenn sie schon bei Lebzeiten erfüllt worden sind (§ 701),

[24]) Entsch. Slg. Nr. 1208. Schiffner, Ges. Vermächtnisse S. 148 Note 10, Stubenrauch 8. Aufl. II S. 559 Note 1. Angemessener wäre es, die unzulässige vertragsmäßige Einsetzung als eine testamentarische aufrecht zu halten.

[25]) Nach Schiffner a. a. O. S. 146 ff. ist der gesetzlich vorbehaltene Teil kein wahrer Erbteil, sondern ein Teil des reinen Erbschaftsbetrages, auf dessen Herausgabe diejenigen Personen ein Forderungsrecht haben, die gegebenen Falles gesetzliche Erben des Erblassers wären. Es würde also nicht gesetzliche Erbfolge, sondern gesetzliche Berufung zu einem Vermächtnisse eintreten.

[26]) Vgl. den von Fernbach in der NotZ. 1907 Nr. 43 erörterten Rechtsfall.

[27]) Entsch. Slg. V Nr. 1730. A. M. Weißberger in der NotZ. 1911 Nr. 23.

[28]) Entsch. Slg. I Nr. 248.

[29]) Entsch. Slg. VI Nr. 2481.

genügt hier die Erfüllung nach dem Abschluß des Erbvertrages (§ 899).[30]) Die Bestimmung des § 900, wonach die unter einer aufschiebenden Bedingung zugesagten Rechte auch auf die Erben übergehen, gilt jedoch für den Erbvertrag offenbar nicht (§§ 536, 1252).

IV. Wirkung. Die Errichtung eines Erbvertrages hat bei Lebzeiten des Einsetzenden keine andere Wirkung als die, daß er gehindert ist, durch ein späteres Geschäft auf den Todesfall den künftigen Erbanspruch des Vertragserben zu schmälern. Trotz des Erbvertrages kann er aber mit seinem Vermögen nach Belieben schalten, es veräußern oder verschulden, es umwandeln oder verzehren, ohne daß der Vertragserbe ein Einspruchsrecht dagegen hätte; denn ihm gebührt als Erbschaft nicht ein Bestimmtes, sondern nur dasjenige, was nach dem Tode des Erblassers übrig bleibt (in den oben bezeichneten Grenzen) und auch dies nur, wenn er den Erblasser überlebt. Auch die Eintragung des Erbvertrages in die öffentlichen Bücher könnte daran nichts ändern, namentlich könnte sie nicht die Unveräußerlichkeit des Gutes bewirken, in dessen Einlage die Eintragung erfolgt sein mag (§ 1252). Die Streitfrage, was die Wirkung der im Gesetzbuche erwähnten Eintragung eines Erbvertrages sei, ist ganz müßig; sie ist nämlich dahin zu beantworten, daß eine solche Einverleibung gar nicht zulässig ist; die Erwähnung dieser Einverleibung im Gesetzbuche erklärt sich einerseits aus der damaligen Gewohnheit, Ehepakten in die sogenannten Ehepaktenprotokolle, Testamente und Erbverträge in Landtafeln und Stadtbücher einzutragen, andrerseits daraus, daß § 1256 den verwandten Fall der Einverleibung des Advitalitätsrechtes behandelt. Der Vertragserbe kann keine Sicherstellung für sein künftiges Erbrecht verlangen (§ 1252), sondern höchstens der Verschwendung durch Erwirkung der Entmündigung entgegentreten (§ 1241). Selbst solche Geschäfte unter Lebenden, die nur den Zweck haben, den Vertragserben zu schädigen, sind nicht unerlaubt, weil das künftige Recht des Vertragserben, solange der Erblasser am Leben ist, grundsätzlich nicht in Betracht kommt. Als gültig behandelt die Rechtsprechung sogar eine vertragsmäßige Schenkung auf den Todesfall (§ 956).[31]) Dem Beschenkten, der das Geschenk vom Vertragserben verlangt, oder dem Miterben, der es bei der Erbteilung als Abzugsposten geltend macht, statt es ganz auf seinen Anteil zu übernehmen, könnte also der Vertragserbe höchstens die Einrede des Rechtsmißbrauches (der Arglist: oben § 157, III) entgegensetzen.[32])

[30]) Unger Anm. 14.

[31]) Stubenrauch 8. Aufl. II S. 557 Note 2. Daß eine (wenn auch unwiderrufliche) Schenkung auf den Todesfall sich nur auf den der letztwilligen Verfügung vorbehaltenen Teil des Nachlasses beziehen könne, lehrt Krainz. Daran ist festzuhalten. Unten § 525 bei Note 33.

[32]) Daß die Ausübung eines Rechtes gegen die guten Sitten verstoßen könne, ergibt § 1295 Abs. 2. Eine Rechtsausübung, die gegen die guten Sitten verstößt, ist unerlaubt (§ 26). Der Bericht der Herrenhauskommission (S. 259 f.) will das freilich nicht gelten lassen.

Ältere letztwillige Anordnungen werden, selbst wenn der Erbvertrag auf den ganzen Nachlaß lautet, im Zweifel nicht ganz entkräftet; sie gelten vielmehr für das vorbehaltene Viertel, solange der Erblasser darüber keine andere Verfügung trifft.[33])

Nach dem Tode des Erblassers hat, wenn ihn der Vertragserbe überlebt, der Erbvertrag die Bedeutung eines Berufungsgrundes. Dem Vertragserben steht es also frei, die Erbschaft anzutreten oder auszuschlagen. Sind im Erbvertrage dem Vertragserben Vermächtnisse auferlegt worden[34]), so ist er, wenn er die Erbschaft antritt, verpflichtet, diese Vermächtnisse zu entrichten, obwohl sie nicht als vertragsmäßige, sondern als einseitige (letztwillige) Verfügungen anzusehen sind. Wenn er ausschlägt, entfällt diese Verbindlichkeit für ihn; der Vermächtnisnehmer kann nicht etwa mit Berufung auf § 881 Zahlung verlangen.[35]) Auf das Recht, die Erbschaft auszuschlagen, kann der Vertragserbe im Vertrage nicht verzichten. Auch ein Vorausverzicht auf die Rechtswohltat des Inventars ist ungültig (§ 803).

V. Erlöschung. Der Erblasser kann den Erbvertrag nicht einseitig widerrufen (§ 1254). Ein Widerruf kann sich nur auf die mit dem Erbvertrage verbundenen letztwilligen Verfügungen beziehen.[36]) Der Erbvertrag kann jedoch „nach Vorschrift der Gesetze entkräftet werden" (§ 1254):

1. Dadurch, daß der eingesetzte Gatte in der Form eines Notariatsaktes oder eines gerichtlichen Protokolles auf sein Erbrecht verzichtet (§ 551).[37])

2. Durch Ungültigerklärung sowie durch Trennung der Ehe, hier jedoch mit der Beschränkung, daß zu Gunsten des schuldlosen Ehegatten der Erbvertrag in Geltung bleibt (§§ 1265, 1266). Im Falle einer Scheidung von Tisch und Bett kann, wenn kein Teil, oder wenn beide Teile an der Scheidung Schuld tragen, jeder Eheteil, sonst nur der schuldlose Gatte die Aufhebung der Ehepakten, also auch des Erbvertrages, durch richterlichen Ausspruch verlangen (§ 1264).

[33]) Entsch. Slg. Nr. 11.646. Vgl. § 2289 DBGB. Ebenso hinsichtlich der Vermächtnisse Schiffner, Ges. Vermächtnisse S. 149 Note 13; a. M. Krainz und Krasnopolski S. 165.

[34]) Entsch. Slg. VI Nr. 2481 hält das für unzulässig. „So wenig nämlich der Erblasser die vertragsmäßige Erbeinsetzung ausdrücklich widerrufen darf, ebensowenig darf er diese durch mit dem Erbvertrage gleichzeitige oder ihm nachfolgende letztwillige Verfügungen indirekt vereiteln oder schmälern." Das ist nicht richtig. Der Erblasser kann sich im Vertrage gewisse Verfügungen vorbehalten und es bedarf nicht erst eines besonderen Vorbehaltes, wenn er diese Verfügungen mit dem Vertrage selbst verbindet. Insoweit muß sich der Vertragserbe die Schmälerung seiner Erbschaft gefallen lassen.

[35]) Das österreichische Recht kennt keine Erbverträge zu Gunsten Dritter. Entsch. Slg. Nr. 3451, vgl. Peitler 2. Aufl. Nr. 1513.

[36]) In dieser Hinsicht hat der Widerruf volle Wirkung. A. M. Fernbach, Kollision eines Erbvertrages mit einem Testamente NotZ. 1908 Nr. 36.

[37]) Entsch. Slg. Nr. 14.750, vgl. auch V Nr. 2102 (gerichtlicher Vergleich). Nach E. Knauer in NotZ. 1911 Nr. 24 soll stets ein Notariatsakt notwendig sein.

3. Das Recht des Vertragserben wird gemäß §§ 777, 778 eingeschränkt oder aufgehoben, wenn dem Erblasser nach Errichtung des Erbvertrages ein Noterbe geboren worden ist, der ihn überlebt.[38]) Im § 778 ist eben unter dem „letzten Willen" der Erbvertrag mit zu verstehen[39]), obgleich er kein letzter Wille ist oder sein muß. Vgl. § 1254 a. E.: „Den Noterben bleiben ihre Rechte, wie gegen eine andere letzte Anordnung vorbehalten." Doch kann die ohne Zustimmung des eingesetzten Ehegatten erst nach Abschluß des Erbvertrages geschehene Annahme an Kindes Statt den Rechten des Vertragserben nicht nachteilig sein.[40])

Der Erbvertrag kann ferner durch den Vortod des Vertragserben (§ 1252), durch dessen Erbunfähigkeit oder Ausschlagung und endlich durch die vorzeitige Wiederverehelichung der Witwe (§ 121) seine Wirksamkeit verlieren. Die Bestimmung des § 208 MilStG., betreffend die Entkräftung früherer letztwilliger Anordnungen durch Desertion, bezieht sich offenbar auf den Erbvertrag nicht.[41])

II. Erwerb der Erbschaft.

§ 509.

A. Die Erbserklärung.[1])

I. Verlassenschaftsabhandlung und Erbserklärung. Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (§ 797) verbietet dem Erben, die Erbschaft eigenmächtig in Besitz zu nehmen. Vielmehr ist es zunächst Sache des Abhandlungsgerichtes, die Verlassenschaft in seine Obsorge zu nehmen, die geltend gemachten Erbansprüche zu prüfen und nach Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen den „rechtlichen Besitz" des Nachlasses demjenigen Ansprecher mittels der Einantwortung zu überlassen, den es als den Berechtigten hiemit anerkennt. Die Reihe der vom Gerichte in Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit unternommenen Schritte, die diesem Zwecke dienen, macht in ihrer Gesamtheit die Verlassenschaftsabhandlung (unten § 534) aus. Dieses Verfahren ist im KaisPat. vom 9. August 1854, RGBl. Nr. 208 (VaSt.), geregelt,

[38]) Vgl. ALR. II 1 § 444, Westgal. GB. II § 524 (dazu Ofner, Prot. I S. 440 f.), § 2285 DBGB., Unger § 26 Anm. 18, Neubecker S. 134; a. M. Krainz.

[39]) Ofner, Prot. II S. 399.

[40]) Entsch. Slg. Nr. 2627, Neubecker S. 130 (preuß. Recht. ebda. Note 3).

[41]) So schon Krainz „ohne jede Begründung". Das rügt Krasnopolski S. 166 Note 4. Aber daß der Ausdruck „letztwillige Anordnung" im engeren, technischen Sinne den Erbvertrag nicht umfasse, erklärt Krasnopolski S. 44 selbst. Ausdehnende Auslegung ist bei § 778, nicht aber hier am Platze. Warum soll der schuldlose Ehegatte durch die Desertion ein vertragsmäßiges Recht verlieren, das ihm nicht einmal die Trennung der Ehe ohne eigene Schuld rauben kann?

[1]) Steinlechner, Das schwebende Erbrecht S. 408 ff., Touaillon, Von der Erbserklärung zum Erbschaftsstreite ZBl. Bd. 26 S. 361, 783, 971, Bd. 28 S. 97, 369, Bd. 29 S. 193, 273, Reich, NotHandb. S. 380, Rintelen, Grundriß § 29, Krasnopolski V § 51, v. Anders, Grundriß § 45.

das oft kurzweg Abhandlungspatent genannt wird, obgleich es daneben auch andere Gegenstände (z. B. Vormundschaft und Kuratel, Annahme an Kindes Statt usw.) regelt. Die Erklärung des zur Erbfolge wirklich oder angeblich Berufenen, daß er seinen Anspruch in der Verlassenschaftsabhandlung geltend machen, also die Einantwortung erlangen wolle, heißt Erbserklärung (Antretung, Annahme). Findet keine Abhandlung statt oder ist die Abhandlung bereits beendet, so ist auch für eine Erbserklärung kein Raum.[2])

Die Abhandlung unterbleibt, wenn der Verstorbene keine Aktiven hinterlassen hat; sie wird in diesem Falle „armutshalber abgetan" (§ 72 VaSt.); sie unterbleibt ferner bei Überschuldung des Nachlasses, wenn Konkurs eröffnet (§. 74 VaSt.) oder der — unbedeutende — Nachlaß in kurzem Wege zur Befriedigung der Gläubiger verwendet wird (§§ 52, 73 VaSt.). Wenn also z. B. ungeachtet der Konkurseröffnung dem Gerichte eine Erbserklärung überreicht wird, muß sie zurückgewiesen werden.[3]) Nach Abschluß der Abhandlung ist eine Erbserklärung ebensowenig zuzulassen.[4]) Wird nach der Einantwortung an den gesetzlichen Erben oder nach der Übergabe des vermeintlich erblosen Nachlasses an den Staatsschatz[5]) eine letzte Willenserklärung gefunden, so wird sie zwar vom Abhandlungsgerichte kundgemacht[6]), eine neuerliche Abhandlung findet aber nicht statt, vielmehr haben die Testamentserben ihre Rechte gegen den Erbschaftsbesitzer im Wege des Prozesses geltend zu machen (§ 180 VaSt.). Dasselbe gilt im umgekehrten Falle, wenn nämlich der Nachlaß dem vermeintlichen Testamentserben eingeantwortet worden ist und erst nach der Einantwortung die Ungültigkeit des Testamentes vom gesetzlichen Erben dargetan wird.[6a]) Da die Einantwortung sich immer auf den ganzen (bereits bekannten oder noch unbekannten) Nachlaß bezieht[7]), so bietet auch die nachträgliche Auffindung eines vor der Einantwortung unbekannt gewesenen Nachlaßvermögens[8]) keinen Anlaß zu neuerlicher Erbserklärung und Einantwortung (§ 179 VaSt.) — anders selbstverständlich, wenn der Nachlaß als vermeintlich überschuldet den

[2]) Römisch, nicht österreichisch ist die außergerichtliche „Antretung" der Erbschaft, von der z. B. Unger § 36 spricht (vgl. auch v. Anders S. 55). Touaillon Bd. 26 S. 370 will im Erbschaftsstreite eine Erbserklärung vor dem Prozeßgerichte zulassen. Auch das ist dem österreichischen Rechte fremd. Es kennt die Erbserklärung nur als einen Bestandteil der Verlassenschaftsabhandlung. Unten § 511 Note 8.

[3]) Entsch. Slg. III Nr. 1154, Touaillon Bd. 26 S. 793. A. M. Rintelen, Handbuch S. 102.

[4]) A. M. Krasnopolski S. 335. Vgl. auch oben Note 2.

[5]) Entsch. Slg. I Nr. 85.

[6]) Vgl. Entsch. Slg. V Nr. 2019. Nachträgliche Abhörung der Zeugen eines mündlichen Testaments: Entsch. Slg. Nr. 7515. Nicht aber nachträgliche Nachforschungen nach einem angeblichen Testamente: Entsch. Slg. XI Nr. 4228.

[6a]) Entsch. Slg. I Nr. 200. Vgl. auch III Nr. 1071.

[7]) Entsch. Slg. XV Nr. 6215.

[8]) Seewald, Was ist unter nachträglich aufgefundenem Verlassenschaftsvermögen (§ 179 VaSt.) zu verstehen? in der NotZ. 1894 Nr. 22; Eisinger ebda. 1915 Nr. 20, 21 (betr. Pflichtteile). Nachträgliche Richtigstellung des Wertes der bekannten Aktiven: Entsch.

Gläubigern überlassen worden war[9]), oder wenn die Einantwortung nichtig ist[10]), weil z. B. die mangelnde Handlungsfähigkeit eines ausschlagenden Miterben nicht beachtet[11]) oder die Einantwortung erschlichen worden ist.[12])

II. Arten der Erbserklärung. Ob der Erbe nach der Einantwortung den Verlassenschaftsgläubigern und den Vermächtnisnehmern nur nach Zulänglichkeit des übernommenen Nachlasses oder unbeschränkt, ob ferner mehrere Erben nach Verhältnis ihrer Erbteile oder zur ungeteilten Hand haften, das hängt nach österreichischem Rechte davon ab, ob im Laufe der Verlassenschaftsabhandlung (also vor der Einantwortung) ein Inventar errichtet worden ist oder nicht. Jeder Erbe kann bei der Erbserklärung — nicht auch später[13]) — die Errichtung des Inventars verlangen. Das Gesetz (§ 800) fordert, daß er mit der Erbserklärung auch die Erklärung verbinde, ob er die Errichtung eines Inventars wolle oder nicht. Im ersten Falle heißt die Erbserklärung bedingte Erbserklärung (Erbserklärung mit Vorbehalt der Rechtswohltat des Inventars), im zweiten unbedingte Erbserklärung (Erbserklärung ohne Vorbehalt der Rechtswohltat des Inventars). Doch ist auch die bedingte trotz ihres Namens ein unbedingtes Rechtsgeschäft; die Beifügung einer wirklichen Bedingung (oder einer Zeitbestimmung) zur Erbserklärung ist nicht einmal zulässig.[14])

III. Der Berufungsgrund. Nach § 799 soll der Erbe, der die Einantwortung der Verlassenschaft erlangen will, „den Rechtstitel, ob sie ihm aus einer letzten Anordnung, aus einem gültigen Erbvertrage oder aus dem Gesetze zufalle, dem Gerichte ausweisen". Nach § 122 VaSt. kann jedoch der Beweis des Erbrechtstitels auch nach der Erbserklärung erbracht werden, die Erbserklärung selbst hat also den Berufungsgrund (Testament, Erbvertrag, Gesetz) nur anzugeben.[15]) Die Wahl unter mehreren zusammentreffenden Berufungsgründen ist durch § 808 ABGB. eingeschränkt: „Wird jemand zum Erben eingesetzt, dem auch ohne letzte Willenserklärung das Erbrecht ganz oder zum Teil gebührt hätte; so ist er nicht befugt, sich auf die gesetzliche Erbfolge zu berufen und dadurch die Erklärung des letzten Willens zu vereiteln. Er muß die Erbschaft entweder aus dem letzten Willen antreten oder ihr ganz[16]) entsagen."[17]) Durch die Ausschlagung könnte der Testaments-

Slg. V Nr. 2056, 2124, VI Nr. 2333 (anders V Nr. 1719).

[9]) Langstein, Ist eine nach erfolgter Jure crediti-Einantwortung des Nachlasses eingebrachte Erbserklärung zu Gericht anzunehmen? in der GZ. 1899 Nr. 25.

[10]) Eisenbach, Kann, wenn nach rechtskräftig beendigter Verlassenschaftsabhandlung der Intestaterbrechtstitel eines der Erben sich durch nachträglich hervorgekommene Umstände als hinfällig erweist, das Abhandlungsgericht die Einantwortungsurkunde annullieren oder das Verfahren zur Richtigstellung derselben einleiten? in der Prager JWSchr. 1890 S. 172 f.

[11]) Entsch. Slg. V Nr. 2032.

[12]) Entsch. Slg. V Nr. 1749.

[13]) Damit er nicht in der Zwischenzeit durch Verschleppung von Nachlaßsachen Gelegenheit finde, die Vollständigkeit des Inventars in Frage zu stellen.

[14]) Unger § 36. Oben I § 111 II.

[15]) Auch das hält für überflüssig Touaillon S. 784 und in der NotZ. 1917 Nr. 9.

[16]) Man beachte auch im ersten Satze die Worte „ganz oder zum Teile".

[17]) Ebenso § 401 ALR. I 9, anders

erbe freilich die Bedingungen[18]) und die Vermächtnisse und Auflagen (§ 726) auf keinen Fall vereiteln. Dennoch ist § 808 nicht geradezu unpraktisch. Man setze, der Erblasser habe den Nachlaß unter seine Kinder ungleich verteilt, die Kinder aber wollen zu gleichen Teilen Erben sein; oder: er habe von seinen beiden zur gesetzlichen Erbfolge berufenen Brüdern nur den einen eingesetzt, diesem aber ist der Vorzug nicht erwünscht. Hier stellt § 808 den Bevorzugten vor die Wahl: alles oder nichts.[19]) Selbstverständlich steht es jedoch dem Testamentserben frei, wenn er die Gültigkeit des Testamentes bestreitet, sich auf Grund des Gesetzes als Erbe zu erklären.[20]) Vom Vertragserben ist im § 808 keine Rede: ist er durch Vertrag zu drei Vierteln und dann durch Testament zum ganzen Nachlasse berufen worden, so kann er nicht nur die testamentarische Erbschaft ganz oder zu drei Vierteln ausschlagen, um diese drei Viertel als Vertragserbe anzunehmen[21]), sondern er kann auch die Vertragserbschaft ausschlagen und die ganze Erbschaft aus dem Testamente antreten, denn das Testament ist eben (hinsichtlich der drei Viertel) ungültig, wenn er die Vertragserbschaft annimmt, gültig, wenn er sie ausschlägt.[22]) Regelmäßig aber schließt § 808 die Möglichkeit aus, den testamentarischen Erbteil auf Grund des Testamentes selbst zum Teile anzutreten und zum Teile auszuschlagen.[23]) Hievon macht das Gesetz (§ 808) freilich sofort gerade für den praktisch wichtigsten Fall eine Ausnahme:[24]) „Personen aber, denen ein Pflichtteil gebührt, können die Erbschaft mit Vorbehalt ihres Pflichtteiles ausschlagen." Das heißt nicht: sie können die Erbschaft ganz ausschlagen und dafür den Pflichtteil in barem Gelde verlangen. Denn § 774, Satz 1 gestattet dem Erblasser, den Pflicht-

(mit Recht) § 1948 DBGB. Eine einschränkende Auslegung unseres § 808 versucht K. F. Rietsch GZ. 1915 Nr. 26.

[18]) Oben § 502 Note 25.

[19]) Das wird nicht immer der Absicht des Erblassers entsprechen. Deshalb will Rietsch in der NotZ. 1914 Nr. 36 bis 38 die Regel des § 808 hier nicht anwenden. Auch die Gründe des Judikats Nr. 226 bemerken (mit Berufung auf den von Rietsch erörterten Fall), „daß die Geltung der ersten zwei Sätze des § 808 keine unbedingte zu sein scheint". Praktische Bedeutung könnten diese Sätze dann nur noch in dem fernliegenden Falle erlangen, daß der Erblasser bestimmte Anordnungen gerade für den testamentarischen Erben als solchen getroffen hat: Unger, Erbr. § 37 Note 6.

[20]) Entsch. Slg. Nr. 4505. Die verfehlte Entsch. v. 29. Dez. 1914 ZBl. 33, 413 will eine solche Erbserklärung erst zulassen, nachdem das Testament im ordentlichen Rechtswege für ungültig erkannt worden ist.

[21]) Vgl. § 405 ALR. I 9.

[22]) Vgl. den Rechtsfalle IX Nr. 3337.

[23]) Vgl. Pfaff und Hofmann II S. 87, § 1950 DBGB.; a. M. Till (GZ. 1907 Nr. 52). Erbserklärung nur zum beweglichen oder nur zum unbeweglichen Nachlasse ist ausgeschlossen: Entsch. Slg. IV Nr. 1481. Anders nur, wo sich die Berufung von vornherein auf das bewegliche oder auf das unbewegliche Vermögen beschränkt: §§ 612 und 300.

[24]) Im Gegensatze zum Hortenschen Entwurfe II 17 § 12: „Niemand kann eine Erbschaft zum Teile annehmen und zum Teile ausschlagen, sondern die ganze Erbschaft muß entweder angetreten oder ausgeschlagen werden, wenn daher Noterben sich der Erbschaft, zu welcher sie berufen sind, entschlagen, so verlieren sie auch den Pflichtteil."

teil in Gestalt eines Erbteiles zu hinterlassen. Sondern es heißt: die pflichtteilsberechtigten Testamentserben können den ihren Pflichtteil darstellenden (also gemäß § 774, Satz 3 lastenfreien) Teil des testamentarischen Erbteiles als Erben annehmen, zugleich aber den Rest des Erbteiles (der ihnen vielleicht durch Auflagen verleidet ist) ausschlagen.[25])

IV. Handlungsfähigkeit und Vertretung. Da mit der Einantwortung auch Verbindlichkeiten übernommen werden, bedarf es zur Gültigkeit der Erbserklärung der vollen Handlungsfähigkeit. Wer über sein Vermögen frei verfügen kann, kann auch die ihm angefallene Erbschaft nach Gutdünken unbedingt oder bedingt antreten oder auch ausschlagen. Wem dagegen die Eigenberechtigung fehlt, der bedarf hiezu des gesetzlichen Vertreters.[26]) Dieser ist zur bedingten Erbserklärung im Namen des Pflegebefohlenen ohneweiters, zur unbedingten aber sowie zur Ausschlagung nur mit besonderer Genehmigung der Vormundschafts- oder Pflegschaftsbehörde berechtigt (§§ 805, 233).[27]) Doch ist die unbedingte Erbserklärung eines Pflegebefohlenen als solche vollkommen zwecklos, da gemäß § 92 VaSt. trotzdem ein Inventar errichtet werden muß und somit alle Wirkungen einer bedingten Erbserklärung eintreten (§ 807). Erben[28]), deren Aufenthalt dem Gerichte unbekannt ist, werden durch Edikt aufgefordert, sich binnen Jahresfrist zu melden; nach Ablauf der Frist[29]) wird die Erbschaft in ihrem Namen von einem Kurator angetreten, die Abhandlung gepflogen und der auf sie entfallende reine Nachlaß bis zum Beweise des Todes (oder bis zur Todeserklärung) bei Gericht aufbewahrt (§ 131 VaSt.). Das Inventar wird auch in diesem Falle gemäß § 92 VaSt. von Amts wegen errichtet. Im Konkurse kann der Masseverwalter nach § 4 KO. an Stelle des Gemeinschuldners

[25]) Entsch. Slg. Nr. 15.378. So nun auch Krasnopolski S. 281 Note 10 und v. Anders S. 56. Gäbe man dem eingesetzten Erben das (sehr überflüssige) Recht, den ganzen Pflichtteil in barem Gelde zu verlangen, so geriete § 808 in Widerstreit mit § 774, vgl. v. Neumann-Ettenreich, Eine Antinomie im BGB. NotZ. 1902 Nr. 17—19, G. Bruck ebda. 1912 Nr. 47 und 50, dazu Ofner, Gogg, Weißberger und Gortany ebda. Nr. 49, Gogg ebda. 1913 Nr. 52; v. Wöß, Die Entstehung des Pflichtteilsanspruches in der Festschr. 1811 S. 687 will deshalb den § 774 „schonungslos streichen" (S. 709), ebenso wohl auch E. Weiß im ZBl. 33, 385. Den Beifall der Praxis hat diese rechtsgeschichtlich gut begründete aber doch wohl allzu kühne Lehre nicht gefunden, vgl. Judikat Nr. 226 (OG. Nr. 1649). Die Gründe des Judikates sind freilich unklar. Sie behaupten, daß sich die Erbserklärung des Testamentserben nur auf das „nach Abzug des Pflichtteiles verbleibende Nachlaßvermögen" beziehe. Danach verstände es sich freilich von selbst, daß die Ausschlagung den Pflichtteilsanspruch nicht berührt.

[26]) Die Armen als gesetzliche Erben des katholischen Geistlichen (Entsch. Slg. III Nr. 1131), ferner Kirchen (Entsch. Slg. Nr. 15.900) und Stiftungen (Entsch. Slg. III Nr. 1164, V Nr. 2145) werden von der Finanzprokuratur vertreten.

[27]) Vgl. Kl., Etwas über Formalismus im Recht, als Beitrag z. L. des § 805 BGB. in der NotZ. 1885 Nr. 40.

[28]) Nicht auch der bloß Pflichtteilsberechtigte: Entsch. Slg. XII Nr. 4775. Vgl. auch Wn. in der NotZ. 1916 Nr. 48.

[29]) Entsch. Slg. Nr. 16.002, III Nr. 965, XI Nr. 4092.

Erbschaften mit dem Vorbehalte der Rechtswohltat des Inventars antreten[30]), so daß sie (mit der Einantwortung) in die Konkursmasse fallen. Erbschaften, die der Massenverwalter nicht antritt, kann der Gemeinschuldner persönlich antreten; sie gehören dann zu seinem konkursfreien Vermögen.[31]) — Der Bevollmächtigte bedarf zur unbedingten Erbserklärung und zur Ausschlagung einer besonderen, auf das einzelne Geschäft lautenden Vollmacht (§ 1008).[32])

V. Frist. Die Frist, in der die Erbserklärung erfolgen soll, bestimmt das Abhandlungsgericht (§§ 115, 116 VaSt.). Verlängerung der Frist („Bedenkzeit") kann aus erheblichen Gründen gewährt werden, jedoch nicht über die Dauer eines Jahres hinaus (§ 118 VaSt.). Die einem der Miterben bewilligte (längere) Bedenkzeit kommt auch den übrigen zu statten (§ 119 VaSt.). Die gesetzlichen Vertreter der minderjährigen und pflegebefohlenen Erben müssen sich über die Annahme oder Ausschlagung ausdrücklich erklären. Eigenberechtigte Erben können schweigen oder die Erklärung geradezu verweigern (§ 120 VaSt.). Welche Folgen treten ein, wenn der eigenberechtigte Erbe die Erbserklärung unterläßt?

a) Die herrschende Lehre[33]) nimmt an, nach Ablauf der Erklärungsfrist könne der Säumige eine Erbserklärung nicht mehr einbringen. Er sei nun von der Teilnahme an der Abhandlung ausgeschlossen, der Nachlaß werde den Mit- oder Nachberufenen eingeantwortet. Gegen diese könne sodann der Säumige sein Erbrecht mit der Erbschaftsklage (§ 823) innerhalb der Verjährungsfrist geltend machen. Für diese Ansicht spricht der Wortlaut des § 120 VaSt.

b) Die Praxis nimmt Anstoß an dem unzweckmäßigen Ergebnisse dieser Lehre. Denn danach muß der Schlechterberechtigte von Amts wegen veranlaßt werden, Mühe und Kosten aufzuwenden zur Erlangung einer Einantwortung, deren Vorteile ihm sodann der Besserberechtigte, sobald es ihm gefällig ist, entziehen kann. Die Praxis nimmt daher die verspätete Erbserklärung noch bis zur Einantwortung an[34]), betrachtet aber andrerseits die absichtliche Unterlassung der Erbserklärung trotz persönlicher Aufforderung[35]) als Ausschlagung[36]) und dies selbst dann, wenn der

[30]) So schon HfD. v. 8. Mai 1835 JGS. Nr. 19. A. Skedl, Grundlagen des KR. S. 155 Note 272, Steinlechner, Schweb. Erbrecht I S. 387.

[31]) Rintelen, Handb. des Konkursrechtes S. 202 f., Bartsch-Pollak, Komm. zu § 4 KO.

[32]) Vgl. hiezu oben § 125 bei und in Note 4 c.

[33]) Krainz, Unger § 36 Note 16, Verlassenschaftsabhandlung S. 121 ff., v. Randa, Erwerb der Erbschaft S. 21, Menzel, Anfechtungsrecht S. 73 f., Krasnopolski in Grünhuts Zeitschr. Bd. 15 S. 111 f., und Lehrbuch V S. 263 f., v. Anders S. 64, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 976, Touaillon ZBl. 26, 372.

[34]) Entsch. Slg. Nr. 8129, 16.095, 15 388, Entsch. v. 27. Jan. 1914 GH. 1915 Nr. 23, Entsch. v. 16. Febr. 1915 NotZ. 1915 Nr. 38, vgl. auch IX Nr. 3322. Dagegen Touaillon S. 372.

[35]) Anders also bei der Ediktalladung der „unbekannten Erben". Abh. Pat. § 128 a. E.

[36]) Entsch. Slg. Nr. 7376. So auch

Berufene die Erbserklärung mit dem ausdrücklichen Vorbehalte des Erbschaftsanspruches verweigert.[37]) Für diese Ansicht sprechen nicht nur ihre offenbare Zweckmäßigkeit und, wenn man darauf Wert legt, rechtsgeschichtliche Erwägungen[38]), sie hat auch im geltenden Rechte eine Stütze von entscheidender Bedeutung: die Bestimmung des § 36 KO. (§ 7 AnfO.), die nur einen Sinn hat, wenn man annimmt, daß durch Unterlassung der Antretung das Erbrecht verloren gehe.[39])

VI. Annahme der Erbserklärung.[40]) Das Gericht muß jede in der vorgeschriebenen Form ausgestellte Erbserklärung annehmen (§ 122 VaSt.).[41]) Denn der vermeintliche Erbe kann seinen Anspruch während der Abhandlung nur durch die Erbserklärung geltend machen; klagen kann er erst, wenn ihn das Abhandlungsgericht auf den Rechtsweg verwiesen hat. Das Abhandlungsgericht kann die Annahme der Erbserklärung wegen eines formellen Mangels z. B. deshalb verweigern, weil die eigenhändige Unterschrift fehlt[42]), nicht aber wegen eines materiellen, also weil der Antretende nicht der wahre Erbe sei.[43]) Auf den Rechtsweg wird der Antretende in der Regel erst verwiesen, wenn widersprechende Erbserklärungen vorliegen (§ 125 VaSt.). Wenn aber feststeht, daß der Antretende nicht erbberechtigt ist, daß ihm also die Einantwortung auf keinen Fall erteilt werden kann, dann kann ihn das Gericht gewiß auch ohne diese Voraussetzung von der Abhandlung aus-

Hanke in der NotZ. 1890 Nr. 52, 1891 Nr. 6; dagegen Baltinester ebda. 1891 Nr. 1.

37) Entsch. Slg. Nr. 1403.

38) Die „Bedenkzeit" (§ 118 VaSt.) ist seit jeher eine Ausschlußfrist des materiellen Rechtes (Unger, VerlAbh. S. 122). Nach § 612 Westgal. GB. mußte sich der Erbe „bei Verlust seines Erbrechtes" rechtzeitig erklären. Die Verfasser des ABGB. wollten diese Folge vermeiden und lieber eine Erklärung des Erben erzwingen (Ofner, Prot. II S. 553: „Sollte die Erbsantretung nicht folgen, so brauche man nur einen Kurator zu bestellen, der sie betreibt."). Das bewährte sich nicht. Das HfD. v. 8. März 1848 Nr. 1125, betr. das VaSt. in Czernowitz bringt im wesentlichen die heutige Ordnung, „damit die Berichtigung der Verlassenschaft nicht nach dem Belieben der Erben verzögert und die bürgerlichen Rechte in Betreff der Verlassenschaft nicht zu lange in Ungewißheit gelassen werden" (§ 31). Deshalb ist die Verlassenschaft „bloß mit jenen, die sich erklärt haben, zu verhandeln und ihnen einzuantworten" (§ 32).

39) Oben § 409 Note 10. Unterlassungen, durch die der Gemeinschuldner ein Recht verliert, sind anfechtbar. Daß das Gesetz die Unterlassung der Antretung einer Erbschaft ausdrücklich hervorhebt, hat nach Bartsch-Pollak, Komm. I S. 288 seinen Grund nur darin, daß man vielleicht darüber streiten könnte, ob die Anwartschaft, die durch diese Unterlassung verloren geht, ein wirkliches „Recht" ist (darüber oben § 480 Note 16). Vgl. auch Alb. Ehrenzweig, Komm. zu § 36 KO. Anm. 33.

40) Touaillon ZBl. 26 S. 789.

41) Den übrigen erklärten Erben spricht Entsch. Slg. XIV Nr. 5376 die Befugnis ab, gegen die Annahme zu rekurrieren. Dagegen mit Recht Touaillon S. 793.

42) Einen Fall dieser Art betrifft Entsch. Slg. XVI Nr. 6606.

43) So nimmt z. B. Entsch. Slg. XI Nr. 4092 die Erbserklärung eines Seitenverwandten an, obwohl Kinder vorhanden sind, Entsch. Slg. XV Nr. 5731 nimmt die Erbserklärung eines Vermächtnisnehmers und Entsch. Slg. XV Nr. 6063 die eines Erben an,

schließen, d. h. eben: auf den Rechtsweg verweisen. Das geschieht nicht selten in der Weise, daß das Gericht einfach — aber gegen das Gesetz — die Annahme der Erbserklärung verweigert.[44]) Richtiger wäre es wohl, die Erklärung, wenn sie formell in Ordnung ist, anzunehmen und zugleich (oder später) auszusprechen, daß sie bei der Abhandlung nicht berücksichtigt werde.[45]) Das Gericht greift damit der Entscheidung über den Erbrechtsausweis vor, indem es diesen im voraus als unmöglich erklärt. Der Erbe ist infolgedessen (ohne Hemmung der Abhandlung) auf den Rechtsweg verwiesen.

VII. Änderung der Erbserklärung. Die angenommene[46]) Erbserklärung ist unwiderruflich (§ 806), d. h. die angetretene Erbschaft kann nicht mehr ausgeschlagen werden. Der erklärte Erbe muß sich also die Einantwortung gefallen lassen und ihre Vorbedingungen erfüllen.[47]) Wird aber der Nachlaß nicht ihm, sondern einem Dritten (besser Berechtigten) eingeantwortet, so bedarf es gar keines Widerrufes. Die Erbserklärung ist nunmehr gegenstandslos, sie verpflichtet zu nichts.[48]) Anfechtung der Erbserklärung wegen Irrtums ist, den Fall des Betruges ausgenommen, unzulässig.[49]) Ausgeschlossen ist auch die Umwandlung der unbedingten Erbserklärung in eine bedingte (§ 806), d. h. das nachträgliche Gesuch um Errichtung des Inventars. Wird aber ein Inventar gleichwohl (von Amts wegen oder auf Verlangen eines hiezu berechtigten Dritten) errichtet, so kommt auch dem unbedingt erklärten Erben die Wohltat des Inventars zu statten (§ 807). Die bedingte Erbserklärung kann bis zur wirklichen Errichtung des Inventars in eine unbedingte verwandelt werden, d. h. der Antrag auf Errichtung des Inventars kann zurückgezogen werden. Die Änderung des in der Erbserklärung angegebenen Berufungsgrundes ist statthaft, wenn er sich als ungültig herausstellt. Der Testamentserbe kann also, wenn das Testament umgestoßen wird, seine Erbserklärung auf das ihm zustehende gesetzliche Erbrecht[50]), der gesetzliche Erbe, wenn nachträglich ein Testament

der auf sein Erbrecht verzichtet hat (ebenso Touaillon S. 792). Vgl. auch Entsch. v. 1. Febr. 1916 NotZ. 1917 Nr. 18.

[44]) Vgl. z. B. Entsch. Slg. VII Nr. 2582 (Erbserklärung eines Vermächtnisnehmers), XIII Nr. 5247 (Erbserklärung nach der Ausschlagung der Erbschaft, vgl. dagegen Touaillon S. 792), XV Nr. 5938 (Erbserklärung eines entfernteren Verwandten beim Vorhandensein näherer). Gegen diese Praxis Touaillon a. a. O., Rintelen S. 62; unklar Krasnopolski S. 267.

[45]) Vgl. v. Anders S. 56, Pelzer NotZ. 1914 Nr. 22, Touaillon, Entscheidung des Verlassenschaftsrichters über die Gültigkeit einer letztwilligen Anordnung ebda. Nr. 26.

[46]) Entsch. Slg. XVI Nr. 6287. Damit steht ebda. Nr. 6552 (betr. Ausschlagung) nicht im Einklange.

[47]) Entsch. v. 7. Dez. 1915 GH. 1916 Nr. 22.

[48]) Anders Entsch. Slg. VIII Nr. 3172. Erlangt ein Dritter, nicht erweislich besser Berechtigter, die Einantwortung auf Grund eines Übereinkommens (vgl. z. B. Entsch. Slg. Nr. 12.031), so gilt § 1282. Anders Entsch. Slg. Nr. 4351.

[49]) Pfersche, Irrtumslehre S. 101 f. Vgl. auch oben Note 12.

[50]) Entsch. Slg. Nr. 3504, 9249. Touaillon S. 786. Vgl. auch oben Note 20. Wird ein schriftliches Testa-

gefunden wird, die abgegebene Erbserklärung auf das Testament stützen, worin er eingesetzt ist.[51]) Auch kann sich der Erbe zugleich auf beide Berufungsgründe stützen, also zunächst auf das Testament und für den Fall, daß es nicht als gültig anerkannt würde, auf das Gesetz.[52])

VIII. Vertretung und Verwaltung des Nachlasses.[53]) Der Nachlaß steht bis zur Einantwortung unter der Aufsicht des Abhandlungsgerichtes. Bei Rechtsgeschäften und Rechtsstreitigkeiten wird er vom Verlassenschaftskurator oder vom erklärten Erben vertreten. Manche nehmen an, daß die Vertretungsbefugnis des Erben sofort mit der Erbserklärung beginne. Diese Ansicht geht auf das Hofdekret vom 19. Januar 1790, JGS. Nr. 1094, zurück, wonach die Erbschaftsgläubiger behufs Geltendmachung ihrer Ansprüche die Bestellung eines Vertreters für die Verlassenschaftsmasse verlangen können: „sobald aber die Erbserklärung vorliegt, hat sich der Kläger wider die erklärten Erben selbst zu wenden." Daran scheint auch § 811 ABGB. festzuhalten: „Die Gläubiger[54]) sind nicht schuldig, eine Erbserklärung abzuwarten. Sie können ihre Ansprüche wider die Masse anbringen und begehren, daß zur Vertretung derselben ein Kurator bestellt werde, gegen welchen sie ihre Forderungen ausführen können."[55]) Auch § 34 EO. verlangt für die Fortführung der Exekution nach dem Tode des Verpflichteten nur, daß „eine Erbserklärung angebracht oder ein Nachlaßkurator ernannt ist". Es muß sofort auffallen, daß danach jedermann — auch ein Nichtberufener — durch Überreichung einer Erbserklärung die Vertretung des Nachlasses an sich ziehen könnte. Mit Recht wird daher zunächst verlangt, daß die Erbserklärung nicht bloß überreicht, sondern auch vom Gerichte angenommen sei.[56]) Aber damit ist wenig gewonnen. Denn nach § 122 VaSt. ist jede in der vorgeschriebenen Form ausgestellte Erbserklärung vom Gerichte anzunehmen.[57]) Man muß also wohl sagen, daß die angeführten Bestimmungen nur die Erbserklärung des nachweisbar Berufenen, nicht die des ersten Besten im Auge haben. Nur weil sie sich den Erbrechtsausweis als mit der Erbserklärung verbunden denken[58]), haben sie das Vertretungsrecht unmittelbar an die Erbserklärung geknüpft.

Nach § 810 ABGB. soll dem Erben die Besorgung und Benutzung der Verlassenschaft überlassen werden, wenn er „bei Antretung der Erb-

ment als mündliches aufrecht gehalten (oben § 498), so bleibt auch die Erbserklärung aufrecht: Entsch. Slg. III Nr. 1010.

[51]) Entsch. Slg. Nr. 2883.

[52]) Entsch. Slg. Nr. 11.263, Touaillon S. 787.

[53]) Rintelen, Grundriß §§ 32, 33, Derf., Die Prozeßvertretung des Nachlasses in der Festschr. f. Klein S. 119 ff., Reich, NotHandb. S. 424, Reichel, Prozesse des vorläufigen Erben 1911.

[54]) Dasselbe gilt für dinglich Berechtigte (Vindikanten): Ein Rechtsfall, in der GH. 1901 Nr. 35.

[55]) Vgl. ra., Die Hofdekrete redivivi in der GH. 1899 Nr. 36, Tilsch S. 185 ff.

[56]) § 387 GeschO. Entsch. Slg. Nr. 6083, V Nr. 1767.

[57]) Die Zurückweisung einer offenbar unberechtigten Erbserklärung ist ein seltener Ausnahmsfall. Darüber oben bei Note 44.

[58]) Vgl. die Fassung der §§ 799 und 810 BGB. und Zeiller II S. 834.

schaft" sein Erbrecht hinreichend ausweist. Des Falles der nachträglichen Erbringung des Erbrechtsausweises ist hier gar nicht gedacht. Andrerseits bestimmt § 145 VaSt., ohne das Erfordernis der Erbserklärung zu erwähnen: „Dem Erben oder dessen gesetzmäßigem Vertreter, dessen Erbrecht hinreichend ausgewiesen ist (§ 810 ABGB.) hat das Gericht die Besorgung und Verwaltung der Verlassenschaft zu überlassen."[59]) Durch die Erbserklärung in Verbindung mit dem als hinlänglich erkannten Erbrechtsausweise[60]) erlangt also der Erbe die Stellung eines Nachlaßkurators.[61]) Ausdrücklich gibt ihm § 145 — wie dem Nachlaßkurator — das Recht, mit gerichtlicher Genehmigung Nachlaßsachen zu veräußern oder Forderungen einzuziehen. Die Genehmigung setzt voraus, daß die Veräußerung, Belastung usw. notwendig ist.[62]) Eine nicht genehmigte Veräußerung ist ungültig.[63]) Mehreren Miterben gebührt die Verwaltung gemeinschaftlich[64]) — analog § 210 ABGB. (solidarische Haftung), vgl. auch § 70 KO. (Befugnis jedes Einzelnen, die Konkurseröffnung zu beantragen).

Unhaltbar ist die Lehre[65]), das „Besorgungsrecht" der §§ 810 ABGB. und § 145 VaSt. sei nur ein „Verwaltungsrecht nach innen", die Vertretung nach außen stehe dem erklärten Erben ohneweiters zu, auch wenn ihm die Besorgung und Verwaltung nicht überlassen sei. Eine solche Unterscheidung wäre durchaus unzweckmäßig; sie erscheint auch gegenüber den Bestimmungen des § 145, Abs. 1 VaSt. unhaltbar. Der erklärte Erbe vertritt also bei Rechtsgeschäften[66]), im Prozesse[67]), im

[59]) Weitergehende Voraussetzungen, aber auch ganz andere Wirkungen hat die im zweiten Absatze des § 145 geregelte Überlassung des rechtlichen Besitzes von Nachlaßfahrnissen. Vgl. Entsch. Slg. III Nr. 918. Unten § 511 III.

[60]) Ob das Erbrecht hinreichend ausgewiesen sei, darüber entscheidet stets das Abhandlungsgericht (nicht das Prozeßgericht, das Konkursgericht usf.). Erklärt das Abhandlungsgericht das Erbrecht für ausgewiesen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß es hiemit dem Erben die Besorgung und Verwaltung überlassen habe. Die ausdrückliche Überlassung wird in der Praxis „nur ausnahmsweise in Anspruch genommen". Reich, NotHandb. S. 426.

[61]) Er vertritt den Nachlaß, nicht sich selbst. Entsch. Slg. VI Nr. 2544. Anders Harpner, über die rechtliche Natur von Ansprüchen an ein auf Rechnung einer Verlassenschaft geführtes Geschäft in den JBl. 1889 Nr. 6; dagegen Ofner ebda. Nr. 10. — Verwaltung durch den Fruchtnießer des Nachlasses: Entsch. Slg. Nr. 464, 1211, I Nr. 248.

[62]) Vgl. Entsch. Slg. III Nr. 989, V Nr. 1843.

[63]) Entsch. Slg. XIV Nr. 5564.

[64]) Vgl. Entsch. Slg. Nr. 15.787 und Entsch. GH. 1866 Nr. 22 (fehlt in den Sammlungen).

[65]) Von Krainz. Dagegen besonders Rintelen in der Festschr. S. 123.

[66]) Entsch. Slg. Nr. 15.682: Der Erbe kann eine Wohnung im Nachlaßhause dem Mieter nicht kündigen, so lange ihm nicht die Besorgung und Verwaltung des Nachlasses überlassen worden ist.

[67]) Touaillon in Gellers ZBl. 30, 202. Entsch. Slg. Nr. 13.533: Der Erbe, dessen Erbrecht ausgewiesen ist, kann den Nachlaßschuldner auf Zahlung an die Verlassenschaft klagen. Alle zur Vertretung befugten Miterben müssen gemeinsam klagen und verklagt werden: Entsch. Slg. XVI Nr. 6536, Rintelen in der Festschr. S. 125. Sie bilden eine einheitliche Streitpartei:

Konkurse und in der Exekution die Verlassenschaft nur dann, wenn sein Erbrecht (die Berufung) nachgewiesen ist. Vorher kann ihm das Abhandlungsgericht die Vertretung anvertrauen, es kann aber auch eine andere Person zum Verlassenschaftskurator[68]) (§§ 78, 128, 129 VaSt.) bestellen. Einen einstweiligen Vertreter kann für den einzelnen Rechtsstreit (oder die Exekution) sowohl das Abhandlungsgericht[69]) als auch das Prozeßgericht[70]) ernennen (§ 811 ABGB., § 155 ZPO., § 34 EO.).

Nach der Erbserklärung des berufenen[71]) Erben ist, wenn es der Erbe nicht selbst verlangt (§ 690 ABGB., § 79 VaSt.), die Bestellung eines Verlassenschaftskurators oder eines einstweiligen Vertreters in der Regel ausgeschlossen.[72]) War vor der Erbserklärung (oder Erbringung des Erbrechtsausweises) ein Nachlaßkurator oder Vertreter aufgestellt worden, so muß er nunmehr auf Verlangen des Erben enthoben werden; von selbst (ohne Enthebung) erlischt sein Amt nicht.[73]) Werden widersprechende Erbserklärungen eingebracht, so kann keiner der erklärten Erben den Nachlaß verwalten und vertreten[74]), wohl aber kann in die Prozesse, die der Nachlaßkurator führt, jeder von ihnen als Nebenintervenient eintreten.[75]) Hat das Gericht einem Erben schon vor dem Einlangen der widersprechenden Erbserklärung die Verwaltung überlassen, so behält er sie (also auch die Vertretung), wenn sie ihm nicht durch einstweilige Verfügung entzogen wird.[76])

IX. Haftung. Aus dem Inhalt des § 550 (vgl. § 807) ergeben sich drei hier hervorzuhebende Sätze:

1. daß die Erben — auch die unbedingt erklärten — bis zur Einantwortung nicht Personalschuldner sind, sondern daß die Nachlaßschulden nur auf der Nachlaßmasse haften;[77])

Entsch. Slg. XIV Nr. 5495. Klage eines Miterben gegen die anderen: Entsch. v. 29. April 1914 NotZ. 1915 Nr. 5.

[68]) Pfaff und Hofmann II S. 32 bis 44.

[69]) Schwalb, Wer hat den Kurator nach § 811 BGB. zu ernennen? in der GZ. 1900 Nr. 45.

[70]) Vgl. z. B. Entsch. Slg. Nr. 15.945, I Nr. 404, III Nr. 1186, VII Nr. 2712, X Nr. 4049.

[71]) Die Erbserklärung des gesetzlichen Erben kommt bis zum Ablaufe der dem Testamentserben erteilten Bedenkzeit nicht in Betracht: Entsch. Slg. Nr. 15.599.

[72]) Entsch. Slg. Nr. 461, 14.546, 15.019, X Nr. 4049.

[73]) Bei der Beratung der §§ 155 und 156 ZPO. wurde im Permanenzausschusse des Abgeordnetenhauses „die Frage aufgeworfen, wie in Zukunft die Vertretungsbefugnis des für den Nachlaß bestellten Kurators zu beurteilen sei, wenn Erbserklärungen eingebracht werden. Die überwiegende Mehrheit des Ausschusses war der Meinung, daß durch das Einbringen von Erbserklärungen die Vertretungsbefugnis eines solchen Kurators nicht berührt wird" (Mat. I S. 773 f.). Vgl. hiezu Neumann, Komm. zu § 155 ff., Stubenrauch, Komm. 8. Aufl. I S. 993 Note 1. A. M. Krasnopolski S. 40 Note 3.

[74]) Entsch. Slg. Nr. 7969.

[75]) Entsch. Slg. XVI Nr. 6592.

[76]) Rintelen S. 126.

[77]) Entsch. Slg. Nr. 13.577, XV Nr. 5756, XVI Nr. 6302, Unger § 40 und bes. Anm. 17, Krasnopolski S. 42, v. Anders S. 62. Wesentlich anders Pfaff und Hofmann II S. 53.

2. daß der Erbe mittlerweile nur Kurator der Verlassenschaft (§ 690), nur Verwalter eines fremden Vermögens ist (§ 810) — woraus eben von selbst folgt, daß er nicht persönlich, sondern nur mit der Nachlaßmasse haftet;

3. teilen die Miterben die Erbschaft vor der Einantwortung unter sich, so geht sie dadurch nicht in ihr Vermögen über; die Nachlaßgläubiger können daher ihre Befriedigung aus allen Bestandteilen des Nachlasses begehren, und es besteht somit solidarische Haftung für die Nachlaßschulden, wenn auch nur mit der Nachlaßmasse.

§ 510.

B. Die Ausschlagung.[1])

I. Die Ausschlagung ist, im Gegensatze zur Erbserklärung, die Erklärung des Berufenen, daß er die Erbschaft nicht annehme. Dem Erben, der über sein Vermögen frei verfügen kann[2]), steht es auch frei, die Erbschaft auszuschlagen, der gesetzliche Vertreter eines Pflegebefohlenen bedarf dazu besonderer Bewilligung der Vormundschaftsbehörde (§§ 805, 233), der Bevollmächtigte eines Eigenberechtigten einer auf den besonderen Fall lautenden Vollmacht (§ 1008). Die Ausschlagung kann sich auch bloß auf einen von mehreren angefallenen Erbteilen oder bloß auf das Ersatzerbrecht nach einem Miterben (§ 607), aber, vom Falle des Pflichtteilsvorbehaltes abgesehen, nicht auf einen Teil der ganzen dem Berufenen angefallenen Erbschaft oder einen Teil seines Erbteiles beziehen (§ 808) und ist bei bedingter Erbeinsetzung auch vor Erfüllung der Bedingung zulässig. Vor dem Erbfalle ist nur der Erbverzicht möglich: er erfolgt durch Vertrag mit dem Erblasser (§ 551). Nach der Einantwortung kann der wahre Erbe gegenüber dem Erbschaftsbesitzer auf seinen Anspruch verzichten. Die eigentliche Ausschlagung aber erfolgt während der Abhandlung durch eine gegenüber dem Abhandlungsgerichte abgegebene Erklärung. Daß die absichtliche Unterlassung der Erbserklärung die gleiche Wirkung hat, ist oben § 509, V ausgeführt worden.

II. Die Ausschlagung ist wie die Erbserklärung (§ 806) unwiderruflich. Das ist im Gesetze nicht geradezu gesagt; es ist auch nicht selbstverständlich.[3]) Aber es ist fester Gerichtsgebrauch[4]) und wird gewöhnlich damit begründet, daß durch die Ausschlagung dritten Personen Rechte erwachsen, die nicht durch Widerruf wieder aufgehoben werden können. § 809 zeigt, daß das Gesetz selbst voraussetzt, daß der Erbe zwischen Antretung und Ausschlagung nur einmal wählen kann. Auch spricht das Bedürfnis dafür, den unbehinderten Fortgang der Abhandlung zu ermöglichen.

über die Aufrechnung vgl. oben § 481 bei Note 21 ff.

[1]) Krasnopolski § 53, v. Anders § 45.

[2]) Entsch. Slg. V Nr. 2032.

[3]) Nach Art. 790 Code civil kann der Erbe die Ausschlagung widerrufen, so lange kein anderer Erbe die Erbschaft angetreten hat. Ebenso nach Art. 590 Codice civile.

[4]) Entsch. Slg. Nr. 350, 7868, 12.924, 14.731, XVI Nr. 6552.

Immerhin liegt in der Unwiderruflichkeit einer unüberlegten, vielleicht auf Grund unrichtiger Auskünfte erklärten Ausschlagung eine Härte. Es besteht aber kein Grund, die Ausschlagung für unwiderruflich zu halten, bevor sie noch das Gericht zur Kenntnis genommen hat.[5]) Eine bedingte Ausschlagung muß das Gericht nicht zur Kenntnis nehmen. Auf keinen Fall aber kann es die Bedingung als nicht beigesetzt behandeln. Eine Ausschlagung zu Gunsten eines Dritten ist, wenn dieser nicht der Nächstberufene ist, in der Regel nicht als Ausschlagung, sondern als Erbrechtsveräußerung (§ 1278) aufzufassen.

Wie die Erbserklärung, kann auch die Ausschlagung wegen Irrtumes nur im Falle des Betruges angefochten werden.[6])

III. Die Wirkung der Ausschlagung besteht darin, daß der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt gilt. Es ist nun anzunehmen, daß die Erbschaft nicht ihm, sondern dem Nachberufenen — dem Miterben[7]), dem Ersatzerben[8]), dem gesetzlichen Erben[9]) — angefallen ist. Die eigenen Kinder des Ausschlagenden sind jedoch von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen, außer wenn er ausdrücklich bloß für seine Person ausgeschlagen hat.[10])

Es liegt nahe, daß ein verschuldeter Erbe die Erbschaft zum Nachteile seiner Gläubiger ausschlägt. Gerät er dann in Konkurs, so kann der Masseverwalter die Ausschlagung anfechten und die Erbschaft für die Masse antreten.[11]) Außerhalb des Konkurses können die anfechtenden Gläubiger zwar nicht die Antretung erwirken, das schließt aber nicht aus, daß sie vom Erwerber der Erbschaft Befriedigung oder Ersatz verlangen (§ 13 AnfO.).[12])

§ 511.

C. Die Einantwortung.

I. Voraussetzungen der Einantwortung. Das Gericht beschließt die Einantwortung des Nachlasses, wenn ihre gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, ohne daß es hiezu noch eines besonderen Antrages des erklärten Erben bedürfte, denn die Erbserklärung ist ja nichts anderes als

[5]) Vgl. oben § 509 Note 46 und Entsch. Slg. Nr. 12.924.

[6]) Oben § 509 bei Note 12. Vgl. einerseits (Irrtum) Entsch. Slg. Nr. 14.731: Die unbedingte Ausschlagung in der irrigen Meinung, daß ein bestimmter Dritter dadurch Erbe werde, ist unanfechtbar; andrerseits (Betrug) Entsch. Slg. V Nr. 1749: eine Ausschlagung, die der Nachberufene durch Verschweigung des Aktivstandes veranlaßt hat, steht der nachträglichen Erbserklärung nicht im Wege.

[7]) Oben § 495 II 2.

[8]) Oben § 503 V.

[9]) Oben § 482 I.

[10]) Oben § 485 IV.

[11]) Oben § 509 IV.

[12]) Ehrenzweig, Komm. zur AnfO. S. 331 Note 36. Älteres Recht: Krasnopolski Grünhuts Zeitschr. 15, 110. Französisches Recht: Art. 788 Code civil. Nach deutschem Rechte ist die Ausschlagung unanfechtbar. Über Art. 578 Schweiz. ZGB. vgl. J. Trott ZSchweizR. 54, 404.

ein (unwiderrufliches) Begehren der Einantwortung.[1]) Jene Voraussetzungen (§ 819 ABGB., § 149 VaSt.) sind im allgemeinen:

1. daß das Erbrecht gehörig nachgewiesen ist;

2. daß der letzte Wille befolgt oder seine Befolgung soweit gesichert ist, als dies das Gesetz verlangt (§ 157 VaSt.); dazu genügt hinsichtlich der für eigenberechtigte Personen bestimmten Vermächtnisse ihre Benachrichtigung (§ 161 VaSt.);

3. daß die Erbgebühren und die sonstigen von der Verlassenschaft zu entrichtenden Abgaben bezahlt oder sichergestellt sind. Nur bei kleineren Nachlässen[2]) wird davon abgesehen, doch müssen auch hier die zur Gebührenbemessung erforderlichen Behelfe noch vor der Einantwortung beschafft werden (§ 26 GebG.); es muß also z. B. der Aktivstand bereits durch ein Inventar oder ein eidesstättiges Vermögensbekenntnis festgestellt sein.

II. Wirkung der Einantwortung.[3]) 1. Mit der Einantwortung erlangt der erklärte Erbe den „rechtlichen Besitz" der Erbschaft (§ 797), er wird zum „Erbschaftsbesitzer".[4]) Die Einantwortung verschafft ihm zunächst die ideelle Gewere des älteren deutschen Rechtes. Dadurch wird er — auch wenn er nicht der wahre Erbe ist — Besitzer der in seiner Inhabung befindlichen Nachlaßsachen;[4a]) Sachen, die das Gericht verwahrt, folgt es ihm nunmehr in der Regel aus; im Grundbuche wird er auf Ansuchen oder — wenn er das Ansuchen unterläßt — von Amts wegen als Eigentümer eingetragen[5]), so daß er auch den bücherlichen Besitz erlangt.[6]) Das Eigentum selbst geht an Sachen aller Art, auch

[1]) Entsch. Slg. XIII Nr. 4887, Entsch. v. 5. Jan. 1915 NotZ. 1915 Nr. 14.

[2]) Wenn der reine Nachlaß 5000 K und zugleich der ganze Aktivstand 50.000 K nicht übersteigt.

[3]) Touaillon, Von der Erbserklärung zum Erbschaftsstreite ZBl. 30, 100 und 201. — über die Zustellung: R. T. in der GZ. 1900 Nr. 44. über die Rechtskraft der Einantwortung (§ 18 VaSt.): Entsch. Slg. Nr. 4396, X Nr. 3720, oben § 509 Note 12, E. Ott, Rechtsfürsorgeverfahren S. 262 Note 10, Rintelen, Grundriß § 18. — Verhältnis zur Erbteilung: Ofner NotZ. 1909 Nr. 40, 41.

[4]) Die Einantwortung ist also nicht bloß „eine Verfügung deklarativer Natur" (Ott, Rechtsfürsorgeverfahren S. 262), sie enthält aber auch keinen Leistungsbefehl (R. Pollak, ZPR. S. 28), ist vielmehr eine rechtsgestaltende Verfügung. Es ist daher allerdings richtig (Ott S. 270), daß auf Grund der Einantwortungsurkunde die Zwangsvollstreckung (Besitzeinweisung) gegen einen Miterben nicht erwirkt werden kann. Entsch. Slg. Nr. 9996, 13.530; anders Slg. Nr. 3829, 9825.

[4a]) Gestohlene Sachen gehen freilich nicht „wie durch Zauberkraft" aus dem Besitze des Diebes in den des Erben über. Touaillon a. a. O. S. 107.

[5]) Oben § 228, dazu nun § 27 GebG. und JMV. v. 16. Jan. 1916 VBl. Nr. 4. Arnstein, Die Beeinflussung des Grundbuchsrechtes durch § 27 der Erbgebührennovelle. JBl. 1916 Nr. 42.

[6]) Für Dritte, die an dem Grundstücke bücherliche Rechte erlangen wollen, gilt zunächst der Erblasser als bücherlicher Vormann (Entsch. Slg. Nr. 9792), und zwar so lange, bis der Erbe als Eigentümer eingetragen wird. (Entsch. Slg. Nr. 8842, 15.464, E. Adler, Publizitätsprinzip S. 62 ff.). Vgl. auch

an Grundstücken[7]), mit der Einantwortung auf den Erbschaftsbesitzer über, aber nur unter der doppelten Voraussetzung, daß der Erblasser wirklich Eigentümer war und daß der Erbschaftsbesitzer, dem der Nachlaß eingeantwortet worden ist, der wahre Erbe ist.

2. Der „Besitz", den die Einantwortung verschafft, gilt als „rechtlicher" Besitz, die Gewere als rechte Gewere. Zwar kann der wahre Erbe (der wirklich Berufene) den Rechtserwerb des Erbschaftsbesitzers so lange anfechten, bis sein eigener Anspruch durch Entsagung (etwa gegen eine Abfindung) oder Verjährung erloschen ist; aber der Erbschaftsbesitzer hat im Prozesse nicht nur die an sich günstigere Beklagtenrolle, er ist auch von der Beweislast hinsichtlich seines Berufungsgrundes frei. Denn er kann für sich anführen, daß er seinen Erbrechtsnachweis ordnungsgemäß schon vor der Einantwortung erbracht habe. Behauptet also der klagende gesetzliche Erbe, daß das Testament, auf Grund dessen die Einantwortung erfolgt ist, unecht sei, so hat er nicht nur die Grundlage seines gesetzlichen Erbrechtes (die Verwandtschaft), sondern überdies die Nichtbegründung des testamentarischen Erbrechtes (also die Unechtheit des Testamentes) zu beweisen. Durch das Urteil oder durch die freiwillige Anerkennung des Erbschaftsbesitzers erlangt der Erbrechtsansprecher — der ja auch nicht immer der wahre Erbe sein muß — zunächst nur die rechtliche Stellung eines Erbschaftskäufers, d. h. er gilt nun als Rechtsnachfolger des Erbschaftsbesitzers: den Erbschaftsgläubigern haften beide (§ 1282, unten § 535, VIII). Von einer neuerlichen Erbserklärung kann keine Rede sein, da die Verlassenschaftsabhandlung ein für allemal beendet worden ist;[8]) vielmehr gilt die Erbserklärung des Erbschaftsbesitzers auch für den Erbschaftskläger, der mit seinem Anspruche durchdringt (§ 1282, Satz 2).

3. Der durch die Einantwortung erlangte Erbschaftsbesitz hat auch die der Gewere zukommende „Funktion eines allgemeinen sachenrechtlichen Legitimationsmittels, das nicht bloß der Behauptung und Geltendmachung des in ihr erscheinenden materiellen Rechtes dient, sondern auch für jedermann eine vom materiellen Rechte unabhängige formelle Rechtslage herstellt, der man im Verkehre trauen kann".[9]) Deshalb ist nach § 824, Schlußsatz, ein Dritter redlicher Besitzer für die nach der

Eisinger in der NotZ. 1908 Nr. 42, 43.

[7]) Oben § 220 II 4. Bezüglich der (vermeintlichen) Nachlaßforderungen vgl. Entsch. Slg. Nr. 15.409.

[8]) Anders Unger. In der Erbschaftsklage liege die Antretung (§ 36 Anm. 12), der Kläger könne „unbedenklich" die Errichtung eines Inventars verlangen (§ 42 Anm. 4 — also wohl auch die Einberufung der Verlassenschaftsgläubiger?). Ebenso v. Randa, Erwerb der Erbschaft S. 30 Note, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 1014, Touaillon ZBl. 26, 370. Noch weiter geht Schiestl in der ZfRuSt. I S. 118. Krainz begnügt sich damit, hervorzuheben, daß die in der Klage liegende Erbserklärung nicht unwiderruflich sei, da man ja ohne Zweifel die Klage nach Belieben wieder fallen lassen könne. Unsere Gesetzgebung weiß von dieser eigenartigen Erbserklärung nichts.

[9]) Gierke, Deutsches Privatrecht II S. 190.

Einantwortung vom Erbschaftsbesitzer erworbenen Erbstücke niemandem verantwortlich. Darüber unten § 535, VI.

III. Teil-Einantwortung (§ 145, Abs. 2 VaSt.). Das Gericht kann dem Erben bewegliche Nachlaßsachen (auch Forderungen) schon vor Beendigung der Abhandlung zur freien Verfügung überlassen (also: einantworten), wenn sein ausschließliches Erbrecht feststeht, also nicht zu besorgen ist, daß noch vor Abschluß der Abhandlung näher- oder gleichberechtigte Erben zum Vorschein kommen, und wenn überdies der restliche (noch zurückbehaltene) Nachlaß zur vorschriftsmäßigen[10]) Deckung der Gebühren und der testamentarischen Verbindlichkeiten ausreicht. Die überlassenen Sachen vereinigen sich nunmehr mit dem eigenen Vermögen des Erben und können fortan von seinen Gläubigern gepfändet werden (§ 822). Übrigens kann der Erbe auch wie jeder Dritte Verlassenschaftssachen[11]) durch einen von der Abhandlungsbehörde genehmigten Vertrag, z. B. dadurch erlangen, daß er sie dem ruhenden Nachlasse abkauft.

Drittes Hauptstück: Rechtliche Stellung des Erben.

Erster Abschnitt.

Miterbenverhältnis.

§ 512.

I. Erbengemeinschaft und Erbteilung.

I. Die Erbengemeinschaft steht bis zur Teilung unter den Grundsätzen des 16. Hauptstückes.[1]) Doch gilt dem Gesetze vor der Einantwortung als gemeinschaftlich (§ 828) nicht der Nachlaß, sondern das Erbrecht (§ 550, Satz 1).[2]) Den Nachlaß können die Miterben nur wie ein fremdes Gut gemeinsam[3]) verwalten. Das eigene Miterbrecht kann jeder Teilnehmer veräußern (§§ 829, 1278), aber nicht verpfänden (HfD. vom 3. Juni 1846, JGS. Nr. 968).[4])

II. Mit der Einantwortung erlangen die Erben das Miteigentum der körperlichen Nachlaßsachen nach Verhältnis ihrer Erbteile. Die teilbaren Nachlaßforderungen zerfallen von selbst in entsprechende Teilforderungen.[5]) Für die Verbindlichkeiten mit Einschluß der Vermächtnisse[6]) haften die Erben

a) wenn ein Inventar errichtet worden ist, nach Verhältnis ihrer Erbteile (§ 821), so daß die teilbaren Verbindlichkeiten von

[10]) § 26 Abs. 2 GebG.

[11]) Das Handelsunternehmen des Erblassers: Entsch. Slg. XI Nr. 4187.

[1]) Oben § 417 Note 2.

[2]) Eine andere Konstruktion versucht v. Schuster-Bonnott, Festschr. 1911 II S. 960, vgl. oben § 193 Note 2.

[3]) Oben § 509 Note 67.

[4]) Entsch. Slg. V Nr. 1740, XII Nr. 4635.

[5]) Entsch. Slg. Nr. 15.825, XII Nr. 4798.

[6]) Besonderes gilt für die Gebühren: § 23 GebG., vgl. Plachy in

selbst (§ 888) in so viele einzelne Verbindlichkeiten zerfallen, als Erben vorhanden sind, während für die unteilbaren § 890 gilt;

b) wenn kein Inventar errichtet worden ist, haften die Erben alle für einen und einer für alle. Unter sich aber sind sie nach Verhältnis ihrer Erbteile beizutragen schuldig (§ 820), es sei denn, daß der Erblasser die Entrichtung dieser Verbindlichkeiten nur einem oder einigen der Miterben aufgelegt hätte, was jedoch, die Vermächtnisverbindlichkeiten ausgenommen (§ 649), die Gläubiger nicht bindet.

Es ist sonderbar, daß ein Miterbe, auch wenn kein Zweifel darüber besteht, daß die Passiven gedeckt sind, also jedenfalls voll gezahlt werden müssen, sich doch bedingt als Erbe erklären muß, wenn er die (unbeschränkte, aber) geteilte Haftung herbeiführen will: der Bruchteil steht ja ohnedies fest. Was soll da das Inventar?

III. Jeder Miterbe kann vor oder nach der Einantwortung (§ 170 VaSt.) die Erbteilung verlangen.[7]) Doch tritt die schon vor der Einantwortung vereinbarte Teilung erst im Augenblicke der Einantwortung in Kraft. In der Regel wartet das Gericht mit der Einantwortung nicht bis zur Erbteilung (§ 165 VaSt.), auch nicht, wenn die Miterben es verlangen.[8]) Sind Pflegebefohlene beteiligt[9]), so bedarf die Teilung der gerichtlichen Genehmigung (§ 166 VaSt.). Eigenberechtigte Erben können, wenn sie wollen, dem Gerichte eine fertige Teilungsurkunde zur Bestätigung, d. h. zur Beglaubigung, vorlegen oder die Anordnung einer Tagsatzung verlangen, um sich unter der Leitung des Richters über die Teilung zu einigen (§ 171 VaSt.).[10]) Auch die vor Gericht (im Verfahren außer Streitsachen) vereinbarte Teilung bleibt ein privates Rechtsgeschäft. Sie kann daher wie eine außergerichtliche Teilung angefochten werden (oben § 417, V)[11]) und ist im Zweifel nicht als Exekutionstitel (gerichtlicher Vergleich) zu behandeln.[12])

IV. Oft übernimmt ein Erbe oder ein Dritter gegen eine Abfindung den ganzen Nachlaß oder einzelne Nachlaßbestandteile, z. B. eine Liegenschaft oder einen Geschäftsanteil.

1. Eine solche Übernahme beruht entweder auf freier Vereinbarung

---

der NotZ. 1903 Nr. 17, Chaszczyński in den JBl. 1907 Nr. 42 (zum früheren Rechte).

[7]) v. Anders, Grundriß § 54, Krasnopolski V § 57, Rintelen, Grundriß § 40, Reich, NotHandb. S. 435 ff., Szepesy, Erbteilungsausweise NotZ. 1912 Nr. 19, Gaß, über Erbteilungsausweise ebda. Nr. 42, Hilfenrad, Die Erbteilung de lege ferenda GZ. 1913 Nr. 34, dazu Korr. in den JBl. 1913 Nr. 39.

[8]) Entsch. Slg. XIII Nr. 4887.

[9]) Wenn auch nur als Rechtsnachfolger eines Erben: Entsch. Slg. IX Nr. 3532.

[10]) Sie können dies nur gemeinsam beantragen. Entsch. Slg. Nr. 10.796. In Galizien und in der Bukowina, wo durch außergerichtliche Teilungen die Grundbücher in Unordnung gebracht worden sind, hat § 38 Ges. v. 11. Dez. 1906 RGBl. Nr. 246 es den Gerichten zur Pflicht gemacht, eine Tagsatzung zur Vornahme der Erbteilung anzuordnen, wenn auch nur ein Beteiligter es verlangt. Das gilt jedoch nur für Verlassenschaften, zu denen Liegenschaften gehören.

[11]) Z. B. wegen Handlungsunfähigkeit: Entsch. Slg. XII Nr. 4490.

[12]) Entsch. Slg. XIII Nr. 5094.

oder der Übernehmer hat ein Recht darauf, das bei uns als Aufgriffsrecht[13]) oder auch (hinsichtlich einzelner Güter) als Besitznachfolgerecht bezeichnet wird. Ein solches Recht kann beruhen

a) auf einer letztwilligen Verfügung, die als eine bloße Teilungsanordnung die Miterben untereinander verpflichtet[14]) oder als ein Vermächtnis einem Dritten den Anspruch einräumt, Verlassenschaftssachen entgeltlich zu erwerben;[15])

b) besonders häufig wird in den Erbverträgen zwischen Ehegatten, die in allgemeiner Gütergemeinschaft leben, dem Überlebenden das Aufgriffsrecht hinsichtlich des gemeinschaftlichen Vermögens vorbehalten;[16])

c) in einigen Kronländern übernimmt bei der bäuerlichen Erbfolge ein Miterbe das Bauerngut kraft Anerbenrechtes (oben § 489).

2. Das Verhältnis der Übernahme zur Erbteilung ist verschieden:

a) Der Übernehmer des ganzen Nachlasses bestimmt die weichenden Erben durch eine Abfindung, die Erbschaft auszuschlagen und erwirbt infolgedessen ihre Teile kraft Anwachsungsrechtes oder weil er (z. B. als Ersatzerbe) der Nächstberufene ist. Hier wird der Übernehmer Alleinerbe und von einer Erbteilung ist keine Rede.

b) Der Übernehmer hat keinen Erbrechtstitel, er veranlaßt daher die Erben, nicht auszuschlagen, sondern ihm ihr Erbrecht abzutreten. Die Erbschaft wird dem Übernehmer unmittelbar eingeantwortet, doch haften die weichenden Erben gemäß § 1282 den Gläubigern und Vermächtnisnehmern neben dem Erwerber und müssen deshalb in der Einantwortungsurkunde als dessen Vormänner genannt werden.[17])

c) Werden nur bestimmte Güter übernommen, so ist wieder zu unterscheiden:

α) Einem Miterben werden bei der Erbteilung bestimmte Sachen als Alleineigentum zugewiesen; die anderen Erben haben gegen ihn den Anspruch auf entsprechende Ausgleichung.

[13]) Entsch. Slg. Nr. 12.318, JMV. v. 17. April 1894 VBl. Nr. 15 und v. 12. Jan. 1916 VBl. Nr. 3.

[14]) § 2048 DBGB. Die Miterben können sich durch allseitiges Einverständnis der Verpflichtung entziehen. RGKomm. zu § 2048. Pflegebefohlene bedürfen zu einem solchen Übereinkommen der Genehmigung ihres Pflegschaftsgerichtes (nicht bloß des Abhandlungsgerichtes): § 27 VaSt.

[15]) Entsch. Slg. Nr. 3375. Vgl. auch oben § 365 Note 16 (Vorkaufsrecht).

[16]) Vgl. § 1502 DBGB., v. Némethy, Das Aufgriffsrecht GH. 1895 Nr. 31 und 32. Über die Konstruktion und Geltung wird gestritten, vgl. Gogg NotZ. 1913 Nr. 20 und 26 (es sei nur als Vermächtnis zulässig), Baß ebda. Nr. 21 (Vorvertrag), Beer ebda. Nr. 22 (Vermächtnisvertrag), Weißberger ebda. und Nr. 24 (Vertrag besonderer Art), Schmidt ebda. Nr. 23 (Vorkaufsrecht), Gortany ebda. und Nr. 25 (Schenkung auf den Todesfall), Heinrich ebda. (zulässige Klausel des Gütergemeinschaftsvertrages), Lanz ebda. (nur als Schenkung bestimmter Sachen auf den Todesfall), Ofner ebda. Nr. 27 (Schenkung auf den Todesfall). Vgl. auch H. Henrici Zeitschr. SchweizR. 55 S. 5 und 330.

[17]) Mit Recht wendet sich Ofner, Zur Lehre von der Einantwortung NotZ. 1909 Nr. 40, 41, gegen eine oberstgerichtliche Entsch. v. 9. Febr. 1909, die den Nachlaß nicht dem Übernehmer, sondern den Überträgern einantwortet.

β) Ein Miterbe oder ein Dritter[18]) erwirbt kraft Aufgriffsrechtes oder kraft Anerbenrechtes oder kraft einer vom Abhandlungsgerichte genehmigten Veräußerung Erbschaftssachen unmittelbar aus dem Nachlasse, also vor der Erbteilung. Dann wird er hinsichtlich des Entgeltes Schuldner des Nachlasses[19]) und das Entgelt fällt an Stelle der übernommenen Sache in die Teilungsmasse.

V. Die einzelnen Aktiven sind Gegenstand der Natural- oder Zivilteilung nach den oben § 417, III dargestellten Grundsätzen. Doch muß sich die wirkliche Teilung nicht auf alle Erbschaftssachen erstrecken. Sie kann selbst bei Pflegebefohlenen ganz unterbleiben (§ 168 VaSt.). Die für sie vorgeschriebene „Erbteilung" beschränkt sich dann auf die Herstellung einer Übersicht über die ihnen an den verschiedenen Erbschaftssachen zustehenden Anteile. Gesetzlich vorgeschrieben ist die Übernahme oder Zivilteilung, wenn nicht weiter teilbare Anteile (Vierzigstel) eines Naphthagewinnungsrechtes mehreren Erben angefallen sind;[20]) sie müssen noch vor der Einantwortung entweder von einem Miterben übernommen oder veräußert werden.[21]) Dasselbe gilt wohl auch für den analogen Fall, daß ein Sechzehntel eines Bergwerkes (oben § 51) mehreren Erben zufällt.[22])

Die Passiven werden entweder vor der Teilung der Aktiven berichtigt oder sie bestehen als solidarische oder geteilte Verbindlichkeiten aller Miterben auch nach der Erbteilung fort. Ein Miterbe kann jedoch bei der Teilung die Zahlung einer Verlassenschaftsschuld (§ 1404) oder mit Einwilligung des Gläubigers die Schuld selbst (§ 1405) übernehmen.

II. Anrechnungspflicht.[1])

§ 513.

I. Unter der Anrechnungspflicht versteht man die einem Miterben in gewissen Fällen obliegende Verbindlichkeit, sich Vermögenszuwendungen, die ihm aus einem andern Titel als jenem des Erbrechts aus dem Vermögen des Erblassers zukamen, in seinen Erbteil einrechnen zu lassen.[2]) Sie kann vorkommen sowohl bei der gesetzlichen als auch bei der testamentarischen und der vertragsmäßigen Erbfolge.

II. Bei der vertragsmäßigen Erbfolge und bei der testamentarischen Erbfolge (insbesondere der Kinder) greift sie nur Platz, wenn

18) Vgl. z. B. § 231 Satz 2 ABGB.

19) Vgl. § 6 Ges. v. 1. April 1889 RGBl. Nr. 52 (Anerbenrecht).

20) § 14 Ges. v. 9. Jan. 1907 RGBl. Nr. 7.

21) JMV. v. 24. April 1907 VBl. Nr. 16.

22) Vgl. JMV. v. 9. März 1891 VBl. Nr. 7.

1) Stuiber, Die Anrechnung der Vorausempfänge 1912, Unger §§ 45 bis 47, Schiffner, Gesetzliche Vermächtnisse S. 132 ff., v. Anders § 56, Wróblewski, Zur Anrechnungslehre (Sonderabdruck aus Gellers ZBl. 1905 S. 961 ff.), Krasnopolski §§ 41 und 56.

2) Die Anrechnungspflicht unseres BGB. steht der Ausgleichungspflicht des DBGB. näher als der römischen Kollationspflicht. Wese-

und insoweit sie vom Erblasser ausdrücklich[3]) verfügt wurde (§ 790).[4]) Allerdings soll nach dem Wortlaute des § 671 das von den Eltern den Töchtern vermachte Heiratsgut, wenn es nicht ausdrücklich als ein Vorausvermächtnis erklärt wurde, in ihren letztwilligen Erbteil eingerechnet werden. Allein diese Bestimmung steht in entschiedenem Widerstreite mit der eben angeführten Regel des § 790. Gedankenlose Wortauslegung kann sich freilich damit abfinden, daß § 790 die Regel und § 671 die Ausnahme enthält. Ihrer Absicht nach sind aber die beiden Bestimmungen miteinander schlechthin unvereinbar. Beide wollen im Sinne des Erblassers die Kinder gleich behandeln, schaffen aber — bei äußerlicher Vereinigung — die ärgerlichste Ungleichheit. Man nehme an, ein Vater habe der einen Tochter anläßlich ihrer Verehelichung 20.000 K gegeben, der andern noch ledigen 20.000 K als Heiratsgut vermacht. Kommt es zur gesetzlichen Erbfolge, so ist alles in Ordnung, die Kinder sind gleichgestellt, der einen Tochter wird gemäß § 790 das bereits empfangene, der andern gemäß § 671 (der auch vom gesetzlichen Erbteile spricht) das vermachte Heiratsgut eingerechnet. Kommt es dagegen zur testamentarischen Erbfolge, so ist die Absicht nicht nur des Erblassers, sondern auch beider Gesetzesstellen (jede für sich betrachtet) vereitelt; das empfangene Heiratsgut wird nicht eingerechnet (§ 790), wohl aber das vermachte, das doch gerade die Ausgleichung herbeiführen sollte. Die Lösung dieses Rätsels liegt darin, daß § 671 die Anrechnung der Vorausempfänge auch bei der letztwilligen Erbfolge voraussetzt.[5]) Erst nach der letzten Lesung wurde der erste Satz des § 790 in das Gesetz eingefügt und dabei übersehen, die Worte „oder letztwilligen" im § 671 zu streichen. Für den Ausleger sind sie also — im Hinblicke auf die offenbare Antinomie — nicht vorhanden.[6])

Im Zweifel ist anzunehmen, daß einem Kinde die Anrechnung nur zu Gunsten der anderen Kinder auferlegt worden ist.[6a])

III. Bei der gesetzlichen Erbfolge sind zur Anrechnung verpflichtet nur die Kinder (§ 790) und der Ehegatte (§ 757).[7]) Berechtigt die Anrechnung zu fordern, ist gegenüber den Kindern nur ein Kind, gegenüber dem Ehegatten jeder Miterbe. Die Meinung, daß von den Kindern

---

mann, Die rechtliche Natur der Kollation 1906 (Dissertation).

[3]) Schon bei der Zuwendung (formlos: Entsch. Slg. IX Nr. 3639) oder im Testamente. Schiffner S. 135 („ausdrücklich" d. h. wirklich). Anrechnungspflicht des Ersatzerben, DBGB. § 2051, v. Anders S. 80; a. M. Unger § 45 Note 11.

[4]) So schon die Erbrechtsordnung Karls VI. v. 1720 (Cod. Austr. III S. 986), freilich mit Ausnahme des Heiratsgutes und der Widerlage. Ofner, Prot. I S. 449.

[5]) Vgl. den Mehrheitsbeschluß bei Ofner, Prot. I S. 451. Unklar ist Ofner, Prot. II S. 545 (vermutlich war die Mehrheit nur mit der Begründung Pratobeveras einverstanden, ließ sich aber hinsichtlich der „Textierung" durch den erwähnten früheren Mehrheitsbeschluß bestimmen).

[6]) So nun auch v. Anders S. 79 und Stuiber S. 15 Note 42.

[6a]) Unger § 45 Note 3 und 5, Krasnopolski § 56 Note 6; dagegen Entsch. v. 19. Okt. 1915 OG. Nr. 1748.

[7]) Nach deutschem Rechte nur die Kinder, nach französischem (italie-

auch der Gatte die Anrechnung fordern könne[8]), läßt sich nicht wohl verteidigen. Die Anrechnung dient bei den Kindern der Gleichstellung („Ausgleichung"), beim Ehegatten beruht sie auf dem Gedanken, daß sein gesetzliches Erbrecht bloß ergänzend den güterrechtlichen Ansprüchen zur Seite tritt; jener Zweck kommt nur für die miterbenden Geschwister und ihre Repräsentanten, dieser für alle Miterben in Betracht. Das Hinzukommen eines Kindes mindert ja nur die Erbteile der anderen Kinder, nicht den des Gatten. Auch wäre es nicht folgerichtig, dem Ehegatten den Anrechnungsanspruch gegenüber einem vom Erblasser ausgestatteten Seitenverwandten zu versagen und gerade nur gegenüber den miterbenden Kindern zu gewähren.

1. Den Kindern werden folgende Zuwendungen (§§ 788, 790) angerechnet:

a) was der Erblasser aus seinem Vermögen[9]) bei Lebzeiten seiner Tochter oder Enkelin zum Heiratsgute[10]), nicht auch was er ihr zur Aussteuer[11]) gegeben hat,

b) was der Erblasser seinem Sohne oder Enkel (mit Rücksicht auf dessen Verehelichung) zur Ausstattung gegeben hat,

c) was der Erblasser dem Abkömmlinge[12]) unmittelbar zum Antritte eines Amtes oder was immer für eines Gewerbes gegeben hat, also nicht auch was nur mittelbar diesem Zwecke dient (Kosten der Ausbildung für den gewählten Beruf),

d) was der Erblasser zur Bezahlung der Schulden eines großjährigen Kindes verwendet hat.[13]) „Schulden", erklärt Zeiller[14]), „welche von minderjährigen Kindern ohne Genehmhaltung des Vaters gemacht werden, sind ungültig (§§ 152 und 244); die Bezahlung derselben gründet also kein Recht zur Anrechnung". Allein der Paragraph schließt auch bei den gültigen Schulden der Minderjährigen die Anrechnung der Zahlung aus, so z. B. bei Verpflichtungen aus unerlaubten Handlungen[15])

nischem, schweizerischem) alle Miterben, auch die Seitenverwandten.

[8]) So Zeiller, Komm. II S. 815 f. und unsere früheren Auflagen. Dagegen Unger § 45 Note 5, Pfaff und Hofmann S. 753, v. Anders S. 79, Krasnopolski V S. 304, Wróblewski S. 2 Note 11, Stuiber S. 33.

[9]) Im Zweifel gilt für alle im § 788 genannten Zuwendungen die Regel des § 1224, oben § 438 V.

[10]) In dem oben § 435 III 1 erörterten Sinne. Entsch. Slg. II Nr. 729.

[11]) Oben § 456 Note 5. Vgl. Ofner, Prot. II S. 553 zu § 788 (Wort „Ausstattung"): „Um unter Ausstattung nicht die einer Tochter bei Gelegenheit ihrer Vermählung angeschaffte Leibes- und Hauswäsche, Einrichtung usw. zu verstehen, was gleichfalls Ausstattung heißt, und unter diesem Paragraph aber nicht verstanden ist, so wurde gesagt: oder einem Sohne zur Ausstattung."

[12]) Das Gesetz spricht angesichts der damaligen Erwerbsverhältnisse der Frauen nur vom Sohne oder Enkel, hat aber dabei nur die Abgrenzung gegen die Aussteuer (vorige Note) im Auge.

[13]) Unrichtig Entsch. Slg. Nr. 6740: es komme darauf an, ob das Kind sich verpflichtet habe, das Bezahlte zu ersetzen. Vgl. § 395 ALR. II 2, Ofner, Prot. I S. 486.

[14]) Komm. II S. 811.

[15]) Der Vater ersetzt die unterschlagene Summe: Entsch. Slg. Nr. 6740.

oder aus der unehelichen Vaterschaft.[16]) Doch kann sich der zahlende Elternteil die Rechte des Gläubigers abtreten lassen (§ 1422). Diese Rechte bilden sodann ein Aktivum des Nachlasses, dessen Übernahme der Schuldner bei der Erbteilung nicht wohl ablehnen kann.[17])

Dem Enkel, der kraft Eintrittsrichtes an Stelle eines vorverstorbenen Kindes erbt, wird nicht nur angerechnet, was er selbst — wenn auch noch bei Lebzeiten des vorverstorbenen Kindes[18]) — zu den gedachten Zwecken empfangen hat, sondern auch was das Kind vorausempfangen hat, und zwar selbst dann, wenn er nicht Erbe dieses Kindes ist (§ 790).

Andere als die im § 788 genannten Zuwendungen, insbesondere Schenkungen und Vermächtnisse — mit Ausnahme des Vermächtnisses des Heiratsgutes (§ 671) — werden in den gesetzlichen Erbteil nicht eingerechnet, wenn nicht der Erblasser die Einrechnung schon bei der Zuwendung[19]) ausdrücklich oder stillschweigend ausbedungen (§ 791)[20]) oder wann immer letztwillig verfügt hat.[21]) Stillschweigend ausbedungen ist die Anrechnung z. B., wenn anläßlich der bäuerlichen Gutsübergabe den weichenden Geschwistern „Erbgelder" zugewendet werden.[22]) Andrerseits kann der Erblasser für den Fall der gesetzlichen Erbfolge die Anrechnung der im § 788 aufgezählten Zuwendungen[23]) in beliebiger Form[24]) erlassen, und zwar ohne Rücksicht auf das Pflichtteilsrecht der übrigen Kinder.[25]) „Wenn aber die nötige Erziehung und Versorgung der übrigen Kinder weder aus ihrem eigenen noch aus dem Vermögen der Eltern bestritten werden könnte, so muß das Kind dasjenige, was es zu den im § 788 erwähnten Zwecken im voraus empfangen hat, sich in dem Maße anrechnen lassen, als es zur Erziehung und Versorgung für die Geschwister notewndig ist" (§ 792).[26]) Versorgte Noterben müssen sich also bei der gesetzlichen Erbfolge den Anrechnungserlaß gefallen lassen. Sie werden ja auch, wenn sie aus dem Nachlasse den gesetzlichen Erbteil empfangen[27]), in ihren Pflichtteilsrechten nicht verkürzt. Beispiel: Der

[16]) Entsch. Slg. Nr. 15.913.

[17]) Vgl. Dernburg, Preuß. Privatrecht III § 201.

[18]) Unger § 45 Note 9, Krasnopolski S. 304 Note 6, Stuiber S. 14; anders § 363 ALR. II 2, § 2053 DBGB., v. Anders S. 79.

[19]) Darüber Näheres oben § 484 bei Note 18.

[20]) Wróblewski S. 8, Stuiber S. 8.

[21]) Stuiber S. 12 f.

[22]) Das verkennt Entsch. Slg. XII Nr. 4675. Richtig Stuiber S. 10 f.

[23]) Dasselbe gilt von der im § 757 angeordneten Einrechnung; auch da handelt es sich nicht um zwingendes Recht. Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 751.

[24]) Unger § 45 Note 7, Schiffner S. 136, Stuiber S. 15; vgl. Entsch. Slg. XVI Nr. 6499 („ausdrücklich").

[25]) Ofner, Prot. II S. 553, Unger a. a. O., v. Anders S. 80, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 967 Note 1, Krasnopolski S. 303; anders Krainz, Zoll, Sind Schenkungen bei Berechnung des Pflichtteiles in Anschlag zu bringen oder nicht (Sonderabdruck aus der GZ. 1905) S. 61, Stuiber S. 5, 15, Pelzer in der NotZ. 1914 Nr. 28.

[26]) § 313 ALR. II 2.

[27]) Die Entsch. Slg. XVI Nr. 6593 betrifft einen Fall, wo der Noterbe durch Testament auf ein Vermächtnis beschränkt war. Da ist allerdings der Pflichtteil ohne Rücksicht auf den Anrechnungserlaß gemäß § 788 zu berechnen.

Nachlaß beträgt 10.000 K, gesetzliche Erben sind die beiden Kinder Peter und Paul. Dem Paul ist die Anrechnung eines Vorempfanges von 10.000 K (oder mehr, § 793) erlassen worden. Die Kinder teilen gleich, jedes erhält als gesetzlichen Erbteil 5000 K. Peters Pflichtteil beträgt, wenn der Vorempfang trotz des Erlasses angerechnet wird, nicht etwa 10.000 K (so groß wäre bei Anrechnung des Vorempfanges der gesetzliche Erbteil), sondern nur die Hälfte davon und soviel erhält er ja aus dem Nachlasse. Aber es ist möglich, daß sich der Vorausempfang zugleich als Schenkung darstellt.[28]) Dann kann der nach § 785 berechnete Pflichtteil den Betrag des gesetzlichen Erbteiles übersteigen (vgl. § 951). Peter erhält auch in diesem Falle nur 5000 K als gesetzlichen Erbteil, kann aber von Paul die Pflichtteilsergänzung verlangen.

2. Dem Ehegatten wird angerechnet, was ihm gemäß den Ehepakten aus dem Vermögen des Erblassers zukommt (§ 757), also die Widerlage, der Witwengehalt[29]), die noch unberichtigte Morgengabe[30]), auch das etwa dem Manne auf den Überlebensfall zugewendete Heiratsgut. Die in der Gütergemeinschaft möglicherweise liegende Zuwendung bleibt unberücksichtigt.[31]) Auch was der Ehegatte kraft Erbvertrages erlangt, soll ihm nach § 757 angerechnet werden, während letztwillige Zuwendungen seit der Novelle von 1914 nicht in Betracht kommen. Indessen ist die „Anrechnung" des Vertragserbrechtes von besonderer Art. Denn der Vertragserbe wird eben nur gesetzlicher Erbe, wenn und soweit der Vertragserbteil den gesetzlichen Erbteil, wie er sich ohne Rücksicht auf den Vertrag ergeben würde, nicht erreicht. Beispiel: Ein kinderloser Erblasser hat vertragsmäßig seine Gattin zu einem Drittel als Erbin eingesetzt. Ohne den Vertrag erhielte sie neben Geschwistern des Erblassers als gesetzliche Erbin die Hälfte. Da sie zu einem Drittel Vertragserbin ist, beträgt ihr gesetzlicher Erbteil nur ein Sechstel. Ist sie, wie üblich, durch den Vertrag zu drei Vierteln berufen, so nimmt sie an der gesetzlichen Erbfolge, deren Gegenstand das vierte Viertel bildet, überhaupt nicht teil. Sie wird also nicht etwa gesetzliche Erbin mit der Pflicht, sich bei der Erbteilung das kraft Vertrages Geerbte anrechnen zu lassen. Hinsichtlich des Adnitalitätsrechtes gibt § 1258[32]) dem Ehegatten die

[28]) Vgl. z. B. oben § 438 I 2 b.

[29]) Ausgedinge (oben § 387 Note 5): Entsch. Slg. Nr. 7044.

[30]) A. M. Pfaff und Hofmann S. 752, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 925 Note 2, Krasnopolski V S. 193.

[31]) Unger, Pfaff und Hofmann, Stubenrauch, Krasnopolski a. a. O.; a. M. Krainz und Kafka, Gütergemeinschaft S. 253, E. Weißberger NotZ. 1915 Nr. 38. Bei der Gütergemeinschaft unter Lebenden ist die Anrechnung gewiß ausgeschlossen (§ 757: „zukommt"). Die Gütergemeinschaft auf den Todesfall soll aber den Ehegatten so stellen, als ob das Vermögen gemeinschaftlich gewesen wäre. Trifft der Ehegatte mit Seitenverwandten zusammen, so ist es gewiß unpassend, ihn zu ihren Vorteile auf die Hälfte des gemeinsamen Vermögens zu beschränken. Aber auch neben Kindern ist diese Beschränkung schwerlich am Platze. Nach deutschem Rechte schließt der überlebende Ehegatte, so lange er lebt, die Kinder sogar ganz aus (fortgesetzte Gütergemeinschaft).

[32]) Vgl. HfD. v. 25. Juli 1806 JGS. Nr. 775.

Wahl: „Ein Ehegatte, welcher auf die Fruchtnießung der ganzen Verlassenschaft des andern Ehegatten oder eines Teiles derselben Anspruch macht, hat kein Recht, den ihm im Falle der gesetzlichen Erbfolge von dem Gesetze ausgemessenen Anteil zu fordern (§§ 757 bis 759)."

IV. Hinsichtlich der Art der Anrechnung gilt folgendes:

1. Die Anrechnung besteht in einer Hinzu- und Abrechnung.[33]) Die bei Lebzeiten gemachten (wenn auch noch nicht vollzogenen) Zuwendungen, z. B. ein gegebenes oder rechtsgültig versprochenes (wenn auch noch nicht ausgezahltes) Heiratsgut werden als eine durchlaufende Post zunächst zum Nachlasse hinzugerechnet, so daß sich alle Erbteile entsprechend vergrößern. Sodann wird die ganze Post dem Anrechnungspflichtigen von seinem (vergrößerten) Erbteile wieder abgerechnet.[34]) Hat z. B. der Erblasser 100.000 K einem Sohne und einer Tochter hinterlassen und soll der Tochter ein Heiratsgut von 40.000 K angerechnet werden, so wird zunächst der Nachlaß rechnungsmäßig um diesen Betrag, also auf 140.000 K erhöht, hievon die eine Hälfte, also 70.000 K, dem Sohne ohne Abzug ausbezahlt, während der Tochter von der andern Hälfte die voraus empfangenen 40.000 K abgezogen werden, so daß sie sich mit 30.000 K begnügen muß. Ebenso ist vorzugehen, wenn die Anrechnungspost eine unter Lebenden begründete Forderung ist, nur ist zu beachten, daß diese als Passivum den reinen Nachlaß zunächst verkleinert. Hier entsteht daher leicht der Schein, als käme es nicht zu einer Vergrößerung des Nachlasses.[35]) Beträgt z. B. der reine Nachlaß — nach Abzug der sämtlichen Forderungen, darunter auch der 25.000 K betragenden Widerlagsforderung von den Aktiven — wie im vorigen Falle 100.000 K und soll nun der Witwe die Widerlage in das nach § 757 gebührende Viertel eingerechnet werden, so dürfen diese 25.000 K nicht einfach vom Viertel des reinen Nachlasses (25.000 K) abgerechnet werden. Danach hätte die Witwe nichts zu erhalten, wäre also schlimmer daran, als wenn sie keine Widerlage zu fordern hätte.[36]) Vielmehr muß wie im vorigen Falle vorgegangen werden, die Witwe erhält also als Erbin von dem auf 125.000 K

[33]) In einer bloßen Abrechnung nur, wenn letztwillige Zuwendungen (vgl. z. B. § 671) angerechnet werden sollen. Diese befinden sich ohnehin im Nachlasse, müssen also nicht erst hinzugerechnet werden. Über die Anrechnung des Vertragserbteiles s. oben III.

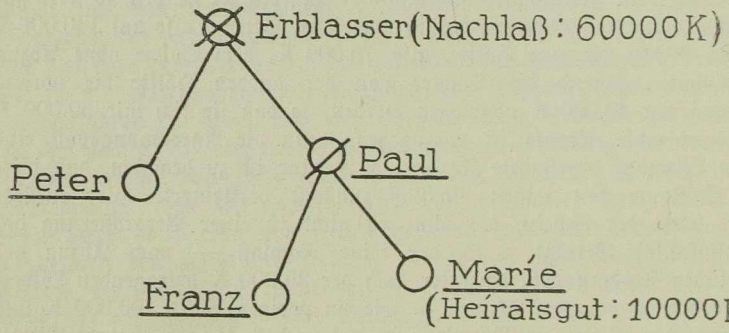
[34]) § 2055 DBGB., Unger § 47, Schiffner S. 140, v. Anders S. 81; dagegen „ein Landnotar", über die Anrechnung der Vorempfänge bei Verlassenschaftsabhandlungen in der NotZ. 1880 Nr. 6, Wróblewski a. a. O. — Die Vorausempfänge gelten also bei der Erbteilung rechnungsmäßig als vorhandene und dem anrechnungspflichtigen Miterben bereits vorschußweise übergebene Nachlaßbestandteile — außer wenn sie übermäßig sind (im Sinne des § 793). Den Gläubigern gegenüber sind sie niemals Nachlaßbestandteile, daher ins Inventar nicht einzubeziehen.

[35]) Vgl. Unger § 35 Note 14 und bes. Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 752: „Die Einrechnung des § 758 ist keine Kollation, es wird nichts zum Nachlasse hinzugefügt." Einverstanden Schiffner S. 78, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 925, v. Anders S. 49. Unrichtig auch E. Weißberger in der NotZ. 1915 Nr. 38.

[36]) Denn dann würde ja der reine Nachlaß 125.000 K betragen.

rechnungsmäßig erhöhten Nachlasse ein Viertel (31.250 K), wovon die 25.000 K abzuziehen sind, also einen Rest von 6250 K, außerdem selbstverständlich (als Gläubigerin) die Widerlage.[37])

Nur für einfachere Fälle der Anrechnung zwischen gleichberechtigten Abkömmlingen paßt die Regel des § 793: „Die Anrechnung des Empfangenen zum Erbteile geschieht dadurch, daß jedes Kind den nämlichen Betrag noch vor der Teilung erhält."[38]) Die Regel paßt nicht für die Anrechnung auf den Gattenerbteil, außer wenn der Gatte gerade mit drei Kindern[38a]) oder mit einem zur Hälfte mitberufenen Verwandten zusammentrifft. Will man beim Vorhandensein von Enkeln nach § 793 vorgehen, so darf man nicht übersehen, daß nicht nur die nächstverbundenen Enkel, sondern auch die ganzen Stämme einander gleichgestellt werden müssen. Beispiel:



Zunächst wird Franz der Marie durch Zuweisung von 10.000 K gleichgestellt, sodann Peter dem Paulschen Stamme durch Zuwendung von 20.000 K. Vom Reste des wirklichen Nachlasses (also von 30.000 K) erhalten Peter die Hälfte, Franz und Marie je ein Viertel. Derselbe § 793 bestimmt ferner: „Ist die Verlassenschaft dazu nicht hinreichend, so kann zwar das früher begünstigte Kind keinen Erbteil ansprechen, aber auch zu keiner Erstattung angehalten werden." Diese Regel gilt für alle Vorausempfänge, die übermäßig, d. h. so groß sind, daß das zum Nachlasse Hinzugerechnete vom rechnungsmäßigen Erbteile des Anrechnungspflichtigen — weil es ihn übersteigt — nicht wieder abgezogen werden kann. Der übermäßig Begünstigte kann sich als Erbe erklären[39]) und die Einantwortung erlangen; er wird dadurch den Gläubigern haftbar, erhält aber bei der Erbteilung nichts. Beträgt in unserem Beispiele der Vorempfang der Marie 20.000 K oder irgend eine größere Summe, so erhält Marie bei der Erbteilung nichts, Franz 20.000 K und Peter

[37]) So nun Entsch. Slg. XIV Nr. 5713. Stuiber S. 16.

[38]) Vgl. Unger § 47 Note 1, Wróblewski a. a. O., Stuiber S. 34.

[38a]) Ender in Haimerls Mag. Bd. 11 S. 382 f.

[39]) Entsch. Slg. Nr. 107.

40.000 K. Schlägt Marie aus, so ist das Ergebnis das gleiche. Franz wird dann zwar kraft Anwachsungsrechtes wie Peter Erbe zur Hälfte, er übernimmt aber gemäß § 563 die mit dem anwachsenden Erbteile verbundene Last der Anrechnung von 20.000 K.[40])

2. Schwierigkeiten macht die Einrechnung einer Rente[41]) in ein Kapital, z. B. die Einrechnung des Witwengehaltes in den gesetzlichen Erbteil der Witwe. Als Verlassenschaftsgläubigerin kann die Witwe die Rente jedenfalls fordern, auch wenn sie ihren Erbteil übersteigt; anrechenbar ist die Rente nur soweit, als sie aus dem Erbteile entrichtet werden kann (analog § 793, Satz 2). Deshalb wird bei der Erbteilung zunächst der Witwe selbst die Last des Witwengehaltes in Anrechnung auf ihren Erbteil zu überweisen sein (analog § 226 EO.). Die Witwe hat sodann rechnungsmäßig die Rente an sich selbst so lange aus den Zinsen ihres Erbteiles und aus diesem selbst zu entrichten, bis er vollständig aufgezehrt ist; dann aber kann sie die Fortentrichtung des Witwengehaltes von den Miterben nach Verhältnis ihrer Anteile fordern.[42])

3. Besteht der Vorempfang in barem Gelde, so wird die empfangene Summe ohne Zinsen[43]) angerechnet. Bei anderen Gegenständen kommt es auf den Wert an. Aber auf welchen Wert? Nach deutschem Rechte (auch nach dem ungarischen Entwurfe) entscheidet der Wert zur Zeit der Zuwendung, nach schweizerischem der Wert zur Zeit des Erbanfalles, nach französischem bei unbeweglichen Sachen der Wert zur Zeit des Erbanfalles und bei beweglichen Sachen der Wert zur Zeit der Zuwendung, nach österreichischem Rechte (§ 794) gerade umgekehrt bei unbeweglichen Sachen der Wert zur Zeit des Empfanges und bei beweglichen der Wert zur Zeit des Erbanfalles. Da der heutigen Auffassung die Vorempfänge Vorschüsse auf den Erbteil sind, die der Empfänger behalten und nicht etwa wirklich „konferieren" (einwerfen) soll, wäre es angemessen, immer nur den Wert zur Zeit des Empfanges zu berücksichtigen. Unsere Redaktoren haben, dem Beispiele des preußischen Landrechtes folgend, anders entschieden. Sie wollten, von römischrechtlichen Erinnerungen geleitet, den Empfänger begünstigen. Ihm soll

[40]) Ein größerer Betrag darf nicht angerechnet werden (§ 793). Vgl. §§ 2056, 2095 DBGB.

[41]) Über die Einrechnung eines Fruchtgenusses vgl. Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 752.

[42]) Nach Krainz hat die Witwe ein Wahlrecht: sie kann, statt zunächst den Erbteil zu verlangen, zunächst den Witwengehalt fordern; den Erbteil selbst erhalten, soweit er durch den Witwengehalt nicht erschöpft ist, nach ihrem Tode ihre Erben. Andere Schriftsteller entscheiden anders. Bald wird auch hier der § 793 unbedingt angewendet (Damianitsch im Jurist VI S. 440, Ender im Mag. XI S. 382 f.), bald die Schätzung der Rente nach Art der Kapitalisierung einer Leibrente vorgeschlagen (Nippel V S. 46, Pann GZ. 1859 Nr. 59, 60), bald eine der im Text angegebenen mehr oder weniger nahekommende Einrechnungsart gebilligt (Winiwarter III S. 316, Ellinger zu § 758). Vgl. auch Unger § 35 Note 14, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 925 Note 1, Krasnopolski V § 41.

[43]) § 307 ALR. II 2, Zeiller zu § 794 Nr. 1, Unger § 46 Note 6, Krasnopolski V § 41, v. Anders § 56.

nach Zeiller[44]) „der mittlerweilige Gebrauch, folglich auch die ordentliche Abnützung und Verschlimmerung, wodurch der Wert bis zum Zeitpunkte des Erbanfalles verändert wurde, nicht angerechnet werden". Suarez, der maßgebende Verfasser des Landrechtes, meinte, „daß offenbar keine billige Gleichheit vorhanden sei, wenn man den ausgestatteten Kindern die vor zehn Jahren erhaltenen Möbel nach dem damaligen Wert anrechnen und also den unausgestatteten Kindern, die im väterlichen Hause gelebt und das väterliche Mobiliar mitgebraucht haben, soviel geben wollte, daß sie sich diese Sachen neu anschaffen können".[45]) Aber die voraus empfangenen Sachen können ja auch an Wert gewonnen haben: das Kalb ist zur Kuh geworden. Da werden wohl die Auslagen berücksichtigt werden müssen, denen die Werterhöhung zu danken ist.[46]) Wie, wenn die Sachen veräußert, verbraucht oder zufällig untergegangen sind? Nach dem preußischen Landrechte[47]) sollten die ohne eigenes grobes Versehen des ausgestatteten Kindes verlorenen Sachen nicht angerechnet werden; dem folgte der ursprüngliche Vorschlag Zeillers.[48]) Aber die Kommission entschied anders[49]) und so bemerkt denn auch Zeiller in seinem Kommentar: „Der zufällige Untergang des ganzen oder eines Teiles des empfangenen Gegenstandes trifft den Empfänger als Eigentümer." Das ist gewiß zu billigen. Aber wie soll der nicht oder nur noch zum Teile vorhandene Gegenstand bewertet werden? Nach Krainz soll hier ausnahmsweise der Wert zur Zeit des Empfanges entscheiden. Das ist nicht folgerichtig.[50]) Nach dem Gesetze soll der Wert durchaus, also auch wenn die Sache nicht mehr vorhanden ist, nach dem Zeitpunkte des Erbanfalles bestimmt werden. Das leitet auf einen einfachen Gedanken, der den Redaktoren freilich ferne lag, aber durch (einschränkende) Auslegung des Wortlautes des § 794 zu gewinnen ist: es entscheidet der Zustand zur Zeit des Empfanges (§ 794: „das Empfangene") und der Wert zur Zeit des Erbanfalles;[51]) mit anderen Worten: es ist der Wert anzurechnen, den die Sache in ihrem damaligen Zustande heute (zur Zeit des Erbanfalles) hätte. Damit werden umständliche Verrechnungen wegen Verbesserungen und Verschlechterungen und zugleich Nachforschungen über die Marktverhältnisse einer früheren Zeit erspart. Hat also der Miterbe ein sechsmonatiges Kalb erhalten, das jetzt eine zehn-

[44]) Komm. II S. 823.

[45]) Bornemann, Preuß. Zivilrecht VI S. 178.

[46]) Unger § 47 Note 7, v. Anders S. 30 f., Stuiber S. 31. Art. 630 Schweiz. GB.: „Verwendungen und Schäden, sowie bezogene Früchte sind unter den Erben nach den Besitzesregeln in Anschlag zu bringen."

[47]) § 347 II 2.

[48]) Ofner, Prot. II S. 535 Note 2. Ebenso die herrschende Lehre: Unger § 47 Note 7, Stubenrauch II S. 969 Note 3, v. Anders S. 81, Krasnopolski S. 223, Stuiber S. 32.

[49]) Ofner, Prot. II S. 535 bei § 785 (Antrag Pratobeveras).

[50]) Deshalb will Stuiber (S. 32), wo er überhaupt die Anrechnung nicht mehr vorhandener Sachen zuläßt, „dem Zeitpunkte des Erbanfalles möglichst nahe kommen", indem er den letzten Wert der Sache entscheiden läßt.

[51]) So für die Anrechnung von Schenkungen Art. 922 Code civil: „d'après leur état à l'époque des

jährige Kuh ist, so ist einfach der Wert anzurechnen, den ein sechsmonatiges Kalb heute hätte. Bei Wertpapieren entscheidet der Kurs zur Zeit des Erbanfalles[52]), ohne daß erst zu untersuchen wäre, ob und zu welchem Preise der Empfänger sie verkauft hat.

4. Jeder Miterbe ist auf Verlangen der anderen verpflichtet, die anzurechnenden Vorempfänge anzugeben und den Offenbarungseid zu leisten.[53])

V. Die Wirkung der Anrechnung beschränkt sich auf das innere Verhältnis zwischen den Miterben. Sie vergrößert den Nachlaß nicht, sie ändert auch die rohen Erbteile nicht;[54]) wohl aber ändert sie die Anteile der Erben am reinen Nachlasse. Ist der Nachlaß überschuldet, so ist die Anrechnung unmöglich. In diesem Falle müssen die Aktiven, soweit ihnen unberichtigte Passiven gegenüberstehen, nach Verhältnis der rohen Erbteile verteilt werden. Nach diesem Verhältnisse haften die Erben, wenn ihnen die Wohltat des Inventars zu statten kommt. Erst der Überschuß über die Passiven wird dank der Anrechnung anders verteilt. Die Verteilung dieses Überschusses berührt aber die Haftung gegenüber den Gläubigern nicht; dieses Überschusses bedürfen sie ja nicht.

Zweiter Abschnitt.

Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten.

§ 514.

I. Allgemeines.[1])

I. Bis zur Einantwortung haftet für die Nachlaßverbindlichkeiten nur der Nachlaß. Nachlaßverbindlichkeiten sind:

1. Die Schulden des Erblassers,
2. die Pflichtteile,
3. die Vermächtnisse und Auflagen,
4. die Begräbniskosten.[2]) § 549 rechnet zu den auf einer Erbschaft haftenden Lasten, also zu den Nachlaßverbindlichkeiten, „auch die Kosten für das dem Gebrauche des Ortes[3]), dem Stande[4]) und dem

donations et leur valeur au temps du décès du donateur."

[52]) Prockner Jurist IV 16, Stubenrauch 8. Aufl. II S. 969 Note 2, Unger § 47 Note 6; dagegen v. Anders S. 80.

[53]) Oben § 300 bei Note 10. Vgl. § 2059 DBGB.

[54]) Für das deutsche Recht sehr streitig, vgl. darüber die angeführte Dissertation von Wesemann S. 37 ff.

[1]) Deutsches Recht: S. Riesenfeld, Die Erbenhaftung nach dem BGB. I. Grundsätze der Haftung 1916.

[2]) Pfaff und Hofmann II S. 48 ff., Ungenannter, „Aus der Praxis" NotZ. 1883 Nr. 17.

[3]) Nach dem Brauche können zu den Beerdigungskosten auch die Kosten eines Totenmahles, eines überrestes des Totenopfers der heidnischen Vorzeit, gehören: FME. v. 30. Sept. 1893 Nr. 40.164 im JMVBl. 1893 S. 149, Entsch. Slg. I Nr. 15 (dagegen XV Nr. 5966).

[4]) Enterdigung: Entsch. des OGH. v.

Vermögen des Verstorbenen angemessene Begräbnis".[5]) Das betrifft nicht den Anspruch des Bestattungsunternehmers. Dieser Anspruch stützt sich auf den Werkvertrag[6]), richtet sich gegen den, der das Begräbnis im eigenen Namen bestellt hat, und deckt die vertragsmäßige Leistung (z. B. ein Begräbnis erster Klasse), auch wenn sie über das nach Stand und Vermögen Angemessene weit hinausgeht. Erst für den Ersatzanspruch des Bestellers gilt § 549.[7]) Der Nachlaß haftet für die Beerdigungskosten in erster Reihe, erst nach ihm haften die Unterhaltspflichtigen[8]), in einzelnen Kronländern auch die Armenfonds[9]) und bei Seeleuten die Reeder. Nur die Haftung des Tötenden (§ 1327) wird durch die des Nachlasses nicht ausgeschlossen.

5. Die Bestreitung gewisser Unterhaltsansprüche, die freilich zum Teile nur als eine Fortsetzung der schon bei Lebzeiten begründeten Unterhaltsansprüche erscheinen. So gebühren aus dem Nachlasse:

a) dem ausgeschlossenen Noterben der notwendige Unterhalt (§ 795)[10]),

b) dem unehelichen Kinde der Unterhalt in dem angemessenen oder — unter bestimmten Voraussetzungen — in dem bisher empfangenen Maße (§ 171)[11]),

c) dier Witwe noch eine Zeit lang die gewohnte Verpflegung (§ 1243)[12]),

d) dem Witwer oder der Witwe bis zur Wiederverehelichung der mangelnde anständige Unterhalt (§ 796).[13])

6. Die Erbgebühren nach der Kaiserlichen Verordnung vom 15. September 1915, RGBl. Nr. 278[14]) mit Einschluß der Immobiliargebühren. An die Stelle der Fondsgebühren (§ 694) ist ein Zuschlag zu den Erbgebühren getreten: KaisV. vom 30. Dezember 1915, RGBl. für 1916 Nr. 1, dazu MV. vom 27. Januar 1916, RGBl. Nr. 23.

7. Die Abhandlungskosten[15]), z. B. die Pauschalgebühr für die Abhandlung (§ 31 KaisV. vom 15. September 1915, RGBl. Nr. 279),

---

30. Juni 1901 Mitt. f. d. FinProkDienst. III Nr. 91.

[5]) Dazu gehört die Errichtung, nicht auch die Erhaltung eines passenden Grabdenkmals. RGKomm. zu § 1968 DBGB.

[6]) Ebenso kann sich, wer das Geld für das Begräbnis vorgestreckt hat, nur auf den Darlehensvertrag berufen; anders Entsch. Slg. XI Nr. 4276.

[7]) Vgl. z. B. die Mitt. a. d. Praxis in der NotZ. 1907 Nr. 50. Die wirklichen Begräbniskosten waren 2800 K, davon wurden als Nachlaßverbindlichkeit anerkannt nur 800 K.

[8]) Der Vater: Entsch. Slg. XI Nr. 4461. Das „Sterbequartal" der Beamtenwitwe ist nicht zur Deckung der Begräbniskosten bestimmt: Entsch. Slg. XI Nr. 4124, XIII Nr. 5122, Entsch. v. 16. März 1915 JBl. 1915 Nr. 32.

[9]) Z. B. § 15 n.-ö. ArmenG. v. 13. Okt. 1893 LGBl. Nr. 53 (neue Fassung, s. VBl. 1908 S. 218): Mit der Armenpflege im Armenhause ist im Todesfalle „die einfachste rituelle Bestattung" verbunden.

[10]) Unten § 529 II.

[11]) Oben § 461 IV.

[12]) Oben § 442 I.

[13]) Oben § 442 II.

[14]) Vgl. über die Zahlungs- und Haftungspflicht § 23 dieser Vdg.

[15]) Vgl. Trsek, Die Konkurrenz der Abhandlungskosten mit den Nachlaß-

die Gebühren für die Todfallsaufnahme, das Inventar[16]) u. dgl. Kosten, die nur wegen eines einzelnen Miterben aufgelaufen sind, sind in der Regel von ihm allein zu tragen (vgl. § 132 VaSt., Schlußsatz).

II. Miterben haften für die Nachlaßverbindlichkeiten vor der Einantwortung „alle für einen und einer für alle" (§ 550), aber nur mit dem Nachlasse, auch wenn sie sich unbedingt als Erben erklärt haben.[17]) Nach der Einantwortung haften sie auch mit dem eigenen Vermögen[18]), aber als Gesamtschuldner nur, wenn kein Inventar errichtet worden ist (§§ 820, 821). Vgl. oben § 509, IX, § 512, II.

Eine Wirkung des Schuldenüberganges ist es, daß die eigenen Forderungen des Erben gegen den Erblasser durch Vereinigung erlöschen. Doch werden diese Forderungen als Passiven behandelt bei der Erbteilung und bei der Ermittlung des Nachlaßstandes zur Geltendmachung der Rechtswohltat des Inventars (§§ 1445, 802, oben § 351, II).

III. Über einen verschuldeten Nachlaß (§ 69 KO.) wird der Konkurs nicht von Amts wegen, sondern nur auf Antrag eines Gläubigers oder eines solchen Erben (§ 70 KO.) eröffnet, dessen Erbrecht nachgewiesen ist. Der Erbe ist zur Antragstellung nicht verpflichtet[19]) und ohne die Wohltat des Inventars auch nicht berechtigt.[20]) Denn der Erbe, dem diese Rechtswohltat nicht zusteht, darf sich der Einantwortung und der damit verbundenen Haftung nicht entziehen. Aber den Gläubigern nimmt die unbedingte Erbserklärung nicht das Recht, die Konkurseröffnung zu verlangen; nur verzichten sie damit auf die persönliche Haftung des Erben (analog § 812).

IV. Ist der überschuldete Nachlaß unbedeutend, so gestattet das Gesetz die Einantwortung nach Gläubigerrecht (jure creditі)[21]) entweder so, daß das Gericht die Aktiven den Gläubigern selbst an Zahlungsstatt überläßt (§ 73 VaSt.) oder so, daß sie ein Dritter gegen Berichtigung der Schulden und Auslagen übernimmt (§ 52 VaSt.).

1. Die Voraussetzungen sind:

a) Der Nachlaß muß „zu unbedeutend sein, um darüber weitere gerichtliche Verhandlungen einzuleiten" (§§ 52, 73 VaSt.). Wann das

---

passiven in der NotZ. 1903 Nr. 24 bis 26, Rintelen, Grundriß § 12.

[16]) Unten § 515 Note 6.

[17]) Entsch. Slg. XVI Nr. 6302.

[18]) Unten § 515.

[19]) Unger § 42 Anm. 17, Zródłowski GZ. 1869 Nr. 59, Bartsch und Pollak, Komm. zu § 70 KO.; anders v. Randa, Erwerb der Erbschaft S. 118 ff., Rintelen, Grundriß S. 56.

[20]) Unger § 40 Anm. 14, Wróblewski, Separatio bonorum S. 37 f., Denkschrift zur KO. S. 63 („bei bedingt angetretenen Nachlässen"). Anders nun Beisser GZ. 1915 Nr. 16.

[21]) JMV. v. 12. Jan. 1916 VBl. Nr. 3 (betr. die Gebühren), ferner v. 3. März 1896 VBl. Nr. 8 (betr. die Verwendung der Effekten von in den Wiener k. k. Krankenanstalten verstorbenen Personen zur Berichtigung der Leichen- und Verpflegskosten), dazu Erl. des OLGPräs. Wien im VBl. 1915 S. 113, der n.-ö. Statthalterei ebda. S. 348, JMV. v. 19. Juli 1907 VBl. Nr. 21 (Ausdehnung auf Prag). — Unger, Verl. Abh. S. 98, 147 f.,

der Fall ist, beurteilt das Gericht nach freiem Ermessen; es kommt nicht bloß auf die Höhe der Aktiven, sondern auch auf die voraussichtliche Weitwendigkeit der Abhandlung (Zahl der Erben, zu erwartende Ausschlagungen u. dgl.) an.[22]) Jedenfalls ist diese Voraussetzung erfüllt, wenn die Konkurseröffnung nur wegen der Geringfügigkeit der Aktiven unterbleiben muß (§ 73 KO.).[23]) Ist dies der Fall, so können auch Liegenschaften nach Gläubigerrecht eingeantwortet werden.[24])

b) Der Nachlaß muß überschuldet sein.

c) Notwendig ist das Einverständnis der Beteiligten, vor allem also der Gläubiger, die sich gemeldet haben oder sonstwie bekannt geworden sind[25]) und in dieser Weise befriedigt werden sollen[26]), nicht notwendig die Zustimmung derjenigen, die leer ausgehen müssen, weil die Aktiven nicht einmal zur Deckung der ihnen im Range vorausgehenden Forderungen (z. B. für Begräbniskosten) ausreichen.[27])

d) Das Vorliegen einer bedingten Erbserklärung[28]) oder Erblosigkeit (Heimfälligkeit)[29]) steht der Einantwortung ebensowenig entgegen wie (bei beträchtlicherem Nachlasse) der Konkurseröffnung.

2. Dieses Verfahren vertritt bei unbedeutenden Nachlässen das Konkursverfahren. Die Passiven sind daher soweit als tunlich zu ermitteln und nach der Vorrechtsordnung zu berücksichtigen. Der den Nachlaß gegen Berichtigung der Passiven übernehmende Gläubiger oder Dritte haftet nur für die übernommenen, nicht auch für nachträglich hervorkommende Passiven, hat aber auch nur auf die ihm zugewiesenen, nicht auch auf nachträglich aufgefundene Aktiven Anspruch.[30]) Im übrigen dauert der Zustand der ruhenden Erbschaft fort.[31])

Langstein in der GZ. 1893 Nr. 25 (oben § 509 Note 9), Reich NotHandb. S. 421 f., Bloch, Die Jure crediti-Einantwortung GZ. 1912 Nr. 46, Rintelen, Grundriß § 26.

[22]) Entsch. Slg. XIII Nr. 4944.

[23]) Vgl. z. B. den Fall der Entsch. v. 15. April 1914 OG. Nr. 1636.

[24]) Vgl. z. B. Entsch. Slg. Nr. 16.111. Für die Umschreibung gilt § 178 VaSt. (oben § 228 II), nicht § 177; unrichtig Entsch. Slg. Nr. 8761.

[25]) Entsch. Slg. Nr. 5642.

[26]) Entsch. Slg. IV Nr. 1515, Entsch. v. 15. April 1914 OG. Nr. 1636.

[27]) Entsch. Slg. Nr. 5331, XI Nr. 4087.

[28]) Entsch. v. 21. März 1916 GH. 1916 Nr. 33. Vgl. auch Entsch. Slg. Nr. 14.164: Der bedingt Erklärte kann selbst den Nachlaß nach Gläubigerrecht übernehmen; er haftet dann nicht als Erbe, sondern wie ein dritter Übernehmer. Nicht zu billigen sind Entsch. Slg. XII Nr. 4816, die die übernahme auch bei unbedingter Erbserklärung gestattet, und Entsch. Slg. XII Nr. 5045, die sie auch bei bedingter versagt. Gebührenrechtlich macht es allerdings einen Unterschied, ob eine Erbserklärung vorliegt oder nicht und ob der Nachlaß dem Erben oder einem Dritten überlassen wird, s. V. v. 1916 (oben § 512 Note 6).

[29]) Entsch. Slg. Nr. 12.804.

[30]) Entsch. Slg. Nr. 1734, 14.164; vgl. auch Krall, Slg. wechselrechtlicher Entsch. Nr. 107.

[31]) Klage gegen die ruhende Erbschaft: Entsch. Slg. Nr. 15.528. Wiederaufnahme der Verlassenschaftsabhandlung: Rintelen a. a. O. S. 56.

§ 515.

II. Inventar und Gläubigereinberufung.

I. Inventar.[1]) Nach der Einantwortung[2]) haftet der Erbe nicht bloß mit der Erbschaft, sondern mit seinem ganzen Vermögen[3]) entweder unbeschränkt, d. h. für den vollen Betrag der Erbschaftsschulden und Vermächtnisse[4]) oder beschränkt, d. h. mit dem Rechte, wegen Unzulänglichkeit der Erbschaftsaktiven einen Abzug zu machen. Die beschränkte Haftung tritt ein, wenn ein Inventar errichtet worden ist; sie ist eine mildere oder eine strengere, je nachdem der Erbe den Vorschriften über die Gläubigereinberufung entsprochen hat oder nicht. Beides — Inventar und Gläubigereinberufung[5]) — sind gerichtliche Akte, welche zur Verlassenschaftsabhandlung gehören; sie können nach der Einantwortung nicht mehr vorkommen.

Die Kosten des Inventars treffen die Verlassenschaft[6]), also alle Erben. Dafür kommt aber auch der Vorteil (die beschränkte Haftung) allen zu statten. Wenn also einige Erben sich unbedingt, andere bedingt erklärt haben, so muß — wegen der bedingten Erbserklärungen — der Nachlaß inventiert werden; der Zweck der unbedingten Erbserklärung (Vermeidung des Inventars) ist vereitelt, dafür wird nun auch dem unbedingten Erben das Inventarrecht zu Teil. Aber selbst wenn alle Erben sich unbedingt erklärt haben und gleichwohl aus welchem Anlasse immer ein Inventar errichtet wird, gilt für alle Erben das Inventarrecht. Dies ist der Sinn des § 807[7]), der freilich durch die ungeschickte Einschiebung des Zwischensatzes „so-

[1]) F. Hofmann, Z. L. v. beneficium inventarii und von der separatio bonorum in Grünhuts Zeitschr. 8 S. 555 ff., Unger § 42, v. Randa, Erwerb der Erbschaft S. 104 ff., Referentenentwurf v. 1867 S. 106, Steinlechner II S. 122 ff., v. Anders § 52, Hofer, Die Haftung des Vorbehaltserben in der NotZ. 1900 Nr. 34—36, M. Reich, NotHandb. S. 388 ff., Rintelen, Grundriß § 31, Krasnopolski V § 54.

[2]) Entsch. Slg. Nr. 13.577, VI Nr. 2253.

[3]) Entsch. Slg. Nr. 907, 2064, 7412, 8736, 8930, 9298.

[4]) Vgl. bezüglich der Sicherstellungspflicht Entsch. Slg. III Nr. 1090. — Für die Prozeßkosten haftet der unterliegende Erbe immer (trotz Inventarrechtes) unbeschränkt: Entsch. Slg. Nr. 14.362, Gruchot, Preuß. Erbrecht I S. 186.

[5]) Entsch. Slg. Nr. 8395.

[6]) Bei Fideikommissen und Nacherbschaften (§ 111 Abs. 2 VaSt.) sowie — analog (Entsch. Slg. Nr. 15.615, XI Nr. 4132) — bei Pfründen treffen die Kosten den Nachfolger, mindern also das gebundene Vermögen nicht. Sonst aber gehen sie zunächst auf Rechnung des Nachlasses. Reicht er nicht aus, so müssen die Erben ohne Rücksicht auf die Rechtswohltat des Inventars (Entsch. Slg. VIII Nr. 2951) nach Verhältnis ihrer Erbteile (Entsch. Slg. XVI Nr. 6479) dafür aufkommen. Auch kann derjenige, der die Inventarerrichtung veranlaßt, verhalten werden, die Kosten vorzuschießen (Entsch. Slg. XV Nr. 5988), so insbesondere der bedingt erklärte Erbe, dessen bestrittenes Erbrecht erst im Rechtswege dargetan werden muß (Entsch. Slg. Nr. 14.252, vgl. schon § 191 HfD. v. 27. Nov. 1801 JGS. Nr. 543).

[7]) Cod. Ther. II 21 n. 132, Ofner, Prot. II S. 400, Gruchot, Preuß. Erbrecht I S. 150 Note 2, 151 Note 1, Dernburg, Preuß. PrivR. III § 221,

lange ihm die Erbschaft noch nicht übergeben worden", arg entstellt worden ist. Diese Einschiebung beruht auf einer Anregung Pratobeveras.[8]) Er verlangte die Beschränkung des § 807 bis zum Zeitpunkte der Einantwortung, „weil sonst Unfug und Trug gespielt werden könnten. Es hat z. B. jemand unbedingt die Erbschaft angetreten und eingeantwortet erhalten; nach längerer Zeit kommt ein Noterbe hervor und verlangt ein Inventarium; wie könnte sich nun jener Erbschaftsbesitzer besonders in Hinsicht der Gläubiger auf die Wohltat des Inventariums berufen?" Der Zwischensatz ist also nicht — nach der Grammatik — auf die Dauer der Rechtswohltat[9]), sondern — nach der Absicht des Gesetzes — auf die Zeit der Errichtung des Inventars zu beziehen. § 807 soll eben nicht gelten, „wenn demjenigen, der sich unbedingt zum Erben erklärt hatte, die Erbschaft bereits gerichtlich wäre übergeben worden, und nun ein anderer als Erbe aufträte (§ 823), der sich mit der Rechtswohltat des Inventariums zum Erben erklärte.[10]) In einem solchen Falle müßte jener, der durch seine unbedingte Erbserklärung und erwirkte Vermengung der Verlassenschaft mit seinem Vermögen eine genaue Erhebung der Verlassenschaft vereitelt hat, noch immer mit seinem eigenen Vermögen haften" (Zeiller).

II. Anlaß und Aufgabe des Inventars. Das Inventar wird in den Fällen der §§ 802 (bedingte Erbserklärung), 804 (Antrag eines Pflichtteilsberechtigten) und 812 (Absonderung der Verlassenschaft) errichtet; ferner nach § 92 VaSt.:

1. wenn der Erbe (einer der Erben)[11]) oder sein Aufenthaltsort unbekannt ist, sowie wenn der Erbe unter Vormundschaft oder Kuratel steht oder auch nur zum Behufe der Verlassenschaftsabhandlung für ihn ein Kurator bestellt wird;

2. wenn ein Erbteil den Armen, einer Stiftung[11a]), Gemeinde, Kirche, öffentlichen Anstalt oder dem Staate zufällt;

3. im Falle der Nacherbfolge;

4. bei Erledigung eines Fideikommisses oder Lehens.

Das Inventar muß nach § 97 AbhP. ein genaues und vollständiges Verzeichnis alles beweglichen und unbeweglichen Vermögens[12]), in dessen

Art. 958 Codice civile, § 2063 DBGB., Entsch. der 2. Instanz in Slg. Nr. 13.152, Zeiller, Komm. II S. 845, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 987. — Anders Krainz, Unger § 43 Note 7, v. Anders S. 69 f., 73, Krasnopolski S. 285 f.

[8]) Ofner, Prot. II S. 554.

[9]) Die Rechtswohltat kann nicht mit dem Zeitpunkte der Einantwortung aufhören, da sie ja erst mit diesem Zeitpunkte beginnt. Denn vorher gilt für alle Erben § 550.

[10]) Der Fall kann nur bei der Teil-Einantwortung (oben § 511 III) praktisch werden.

[11]) Oder ein Pflichtteilsberechtigter: Entsch. Slg. XII Nr. 4764, Rintelen S. 65.

[11a]) Entsch. v. 2. Aug. 1916 JBl. 1916 Nr. 51.

[12]) Über die Bewertung von Unternehmungen (§ 106 VaSt.) vgl. Entsch. Slg. XIV Nr. 5485, Entsch. v. 22. Juni 1915 NotZ. 1915 Nr. 42, M. Reich S. 403; anders Entsch. v. 21. Sept. 1915 NotZ. 1916 Nr. 9 (JBl. 1916 Nr. 2).

Besitz sich der Erblasser zur Zeit seines Todes befunden hat, enthalten und den damaligen Wert und Betrag klar anzeigen. Danach sind zu inventieren alle Sachen, die damals unstreitig dem Erblasser gehört haben, mögen sie sich auch in den Händen einer dritten Person, z. B. eines Machthabers oder Verwahrers befinden (§ 104, Abs. 3 VaSt.)[13]), und jedenfalls, auch wenn das Eigentum bestritten wird, die Fahrnisse, die sich zur Todeszeit im Besitze des Erblassers befunden haben (§ 104 VaSt.)[14]) sowie die Liegenschaften, die ihm im Grundbuche zugeschrieben waren (§ 323 ABGB.).[15]) Wertpapiere werden einstweilen mit dem Nennwerte angeführt (§ 99 VaSt.), andere Fahrnisse werden gerichtlich geschätzt (§ 101 VaSt.). Bei Liegenschaften kann die Schätzung — durch zwei Sachverständige (§ 103 VaSt.)[16]) — unter Umständen durch eine andere Art der Bewertung (z. B. nach der Steuer) ersetzt werden (§ 102 VaSt.).

III. Berechnung des Abzuges. Die Meinung, daß der Erbe kraft Inventarrechtes auch nach der Einantwortung nur mit den Nachlaßaktiven hafte, in der Literatur gelegentlich geäußert[17]), darf heute als aufgegeben angesehen werden.[18]) Mit der Einantwortung erlangt der Erbe die freie Verfügung über die Nachlaßaktiven, er kann sie ohne jede Rücksicht auf die Erbschaftsgläubiger veräußern, der Nachlaß vereinigt sich mit seinem sonstigen Vermögen, die Nachlaßaktiven haften nun auch den Erbengläubigern; es ist daher ganz ausgeschlossen, die Verlassenschaftsgläubiger auf die Zwangsvollstreckung in die (ehemaligen) Nachlaßaktiven zu beschränken. Das Richtige ist vielmehr, daß der Erbe bei Unzulänglichkeit des Nachlasses zwar mit seinem ganzen Vermögen aber nur für einen Teil der geltend gemachten Forderung haftet. Die Nachlaßaktiven müssen also bewertet werden, um feststellen zu können, ob und wieweit sie die Passiven decken. Dabei ergibt sich zunächst die Frage, welcher Zeitpunkt für diese Bewertung entscheidet. Ist es der Zeitpunkt des Erbanfalles oder der der Einantwortung oder der der Geltendmachung der Forderung? Der zuerst genannte Zeitpunkt — regelmäßig der Todestag des Erblassers — kommt auf keinen Fall in Betracht[19]), obwohl gerade dieser Zeitpunkt für das Inventar maßgebend ist, denn bis zur Einantwortung haftet den Gläubigern der Nachlaß selbst als eine veränderliche Größe, die Haftung des Erbenvermögens beginnt erst mit der Einantwortung und kann — wenn der Zweck des Inventarrechtes erreicht werden soll — nur von dem Betrage des einge-

[13]) Entsch. Slg. XI Nr. 4241 (Sparkassebuch), XIII Nr. 5155 (Wertpapier).
[14]) Vgl. Entsch. Slg. XVI Nr. 6685.
[15]) Entsch. Slg. XV Nr. 6016.
[16]) Entsch. Slg. XVI Nr. 6473.
[17]) Unger § 42 Anm. 8 (gegen seine eigenen älteren Ausführungen in Verl. Abh. S. 161—165).
[18]) v. Randa S. 107 ff., Stubenrauch I S. 981 f., Wróblewski, Separatio bonorum und Sicherstellung der Erbengläubiger (Sonderabdruck aus dem ZBl. Bd. 23), Hofer a. a. O., Till GZ. 1907 Nr. 52, Krasnopolski V S. 292, jetzt auch v. Anders S. 70. Deshalb kann auch der Vorbehaltserbe nach der Einantwortung nicht mehr die Konkurseröffnung über den Nachlaß beantragen, vgl. schon HfD. v. 27. März 1846 JGS. Nr. 948.
[19]) A. M. Wróblewski a. a. O.

antworteten Vermögens abhängen. Es entscheidet also zunächst der Wert des Nachlasses zur Zeit der Einantwortung.[20]) Allerdings aber trifft denjenigen die Beweislast, der eine nachträgliche Veränderung[21]) gegenüber dem Inventar[22]) behauptet; der Erbe muß die Verminderung, der Gläubiger die Vermehrung des Nachlasses beweisen. Den Passivstand nachzuweisen, ist immer Sache des Erben.[23])

Wie aber, wenn nach der Einantwortung der Wert des übernommenen Nachlasses (die Bereicherung des Erben) eine Veränderung erfährt? Würde er nur mit dem Nachlasse haften, so wäre er vor Schaden geschützt, soll er aber ein für allemal für den Wert zur Zeit der Einantwortung haften, auch nachdem er diesen Wert in gutem Glauben verzehrt oder gar durch Zufall eingebüßt hat, so kann er zu Schaden kommen.[24]) Es fragt sich also, ob sich die Haftung des Erben nach dem einmal (zur Zeit der Einantwortung) vorhanden gewesenen oder nach dem jeweils vorhandenen Werte (vgl. §§ 952, 1437 ABGB.), d. h. nach der jeweiligen Bereicherung bestimmt. Gegenüber den Vermächtnisnehmern entscheidet jedenfalls die Höhe des reinen Nachlasses zur Zeit der Einantwortung (§ 692). Gegenüber den Gläubigern kommt alles darauf an, ob der Erbe die Vorschriften über die Gläubigereinberufung beobachtet hat oder nicht.[25])

IV. Die Gläubigereinberufung (der Rechnungsruf).[26]) Auf Antrag des Verlassenschaftskurators oder des Erben — also nicht von Amts wegen — werden die Gläubiger[27]) vom Abhandlungsgerichte mittels Ediktes aufgefordert, binnen einer vom Gerichte bestimmten Frist ihre Forderungen anzumelden und darzutun (§ 813). Den Säumigen werden im Edikte die Rechtsfolgen des § 814 angedroht (§ 133 VaSt.), woraus sich ergibt, daß die Erlassung des Ediktes vorhergehende oder gleichzeitig eingeleitete Errichtung des Inventars voraussetzt. Die nächste Wirkung der Einberufung ist der Zahlungsaufschub: Dem Erben oder Verlassenschaftskurator steht es frei, „bis nach verstrichener Frist mit der Befriedigung der Gläubiger inne zu halten" (§ 813). Das kann nur

[20]) Entsch. Slg. Nr. 2310. So auch Krasnopolski V S. 291.

[21]) Oder einen anderen Wert: Entsch. Slg. X Nr. 3760.

[22]) Hauptinventar: Entsch. Slg. Nr. 8930.

[23]) Entsch. Slg. Nr. 1114, 1115, 1998. Anders im Mandatsverfahren: Entsch. Slg. Nr. 11.919.

[24]) „Daß ihm in einem anderen Falle das lucrum verblieben wäre, ist ihm für das damnum in diesem Falle wenig Trost." Steinlechner II S. 126.

[25]) Entsch. Slg. XI Nr. 4237.

[26]) Geschichtliches bei v. Luschin ZRG. 12, 46; dazu Bischoff, Steiermärkisches Landrecht S. 185 ff., Stobbe § 217 Note 55, Feldner, Die Einberufung der Gläubiger GZ. 1891 Nr. 17 ff., Fischer-Colbrie, Bemerkungen über die Erbenhaftung NotZ. 1908 Nr. 3, 4, Rintelen, Grundriß § 35, v. Anders S. 71 f., Krasnopolski V § 55 b. Deutsches Recht: Th. Kipp, über die aufschiebenden Einreden des Erben Festschr. für Brunner (1914) S. 311.

[27]) Nicht auch die Vermächtnisnehmer; diese müssen vom Erben verständigt werden, nicht umgekehrt. Vgl. § 1972 DBGB.

heißen: vor Ablauf der Frist können die Gläubiger Befriedigung nicht erzwingen. Es wäre doch gar zu unverständig, anzunehmen, daß der Gesetzgeber gerade nur freiwillige Zahlungen hintanhalten, also die ungeduldigen Gläubiger in allen Fällen zu Prozeß und Exekution habe drängen wollen. Dennoch ist das die Meinung des Obersten Gerichtshofes, der mit Judikat vom 9. Juli 1872, Nr. 20, den folgenden Grundsatz aufgestellt hat: „Das im § 813 ABGB. dem Erben und Verlassenschaftskurator eingeräumte Recht, bis nach Verstreichung der im Einberufungsedikte bestimmten Frist mit der Befriedigung der Verlassenschaftsgläubiger inne zu halten, hindert die letzteren nicht, ihre Forderung im Prozeßwege geltend zu machen und mittels des Vollstreckungsverfahrens sich die Befriedigung zu verschaffen." Daran hält der Oberste Gerichtshof noch in neuerer Zeit unter Berufung auf die Materialien fest.[28]) Die Materialien sind aber an dieser Auslegung unschuldig. § 813 a. E. gibt in seiner früheren, ausführlicheren Fassung[29]) dem Erben oder Verlassenschaftskurator das Recht, „mit wirklicher Hintanzahlung auch schon bekannter Gläubiger, denen jedoch übrigens an Verfolgung ihrer Rechte nichts benommen ist, bis nach verstrichener Ediktalfrist zurückzuhalten". Die Gläubiger können also nicht nur ihre etwa bestrittenen Forderungen einklagen, sie können auch schon vor Ablauf der Frist Exekution zur Sicherstellung führen, nur Befriedigung können sie nicht erlangen.[30]) Gegenüber weitergehenden Exekutionsmaßregeln muß der Erbe, wenn er sich gegen die Nachteile des § 815 schützen will, Aufschiebung (§ 42, Z. 6 EO.) erwirken.[31]) Die Aufschiebung ist also ausgeschlossen gegenüber der Exekution zur Sicherstellung[32]), ebenso aber auch gegenüber der Geltendmachung von dinglichen Rechten, insbesondere Pfandrechten (vgl. § 814 ABGB.), die schon vor dem Ableben des Erblassers — freiwillig oder im Exekutionswege — erworben worden sind.[33]) Die Verjährung einer Nachlaßforderung wird weder durch die Gläubigereinberufung

[28]) Entsch. Slg. IV Nr. 1576. Beachtenswert ist in diesem Rechtsfalle die Entscheidung der zweiten Instanz. Vgl. auch H. in GZ. 1872 Nr. 5.

[29]) Ofner, Prot. II S. 291.

[30]) In früherer Zeit hat auch der OGH. das Gesetz so (also ganz im Sinne der Verfasser) ausgelegt. Vgl. die treffliche Entsch. Slg. Nr. 2798. Ebenso verhält es sich nach deutschem Rechte; vgl. BGB. § 2015 und ZPO. § 782. Krainz bemerkt: „Das Richtige wird sein, daß zwar geklagt werden kann, die Urteilsfrist aber nicht vor jener des § 813 ablaufen darf."

[31]) Ofner, Die Gläubigerkonvokation und die Exekutionsordnung in der GH. 1897 Nr. 46, Tilsch, Einfluß S. 188 f., Rintelen S. 76.

[32]) Entsch. Slg. IV Nr. 1396, 1438, v. Anders S. 71. Anders Rintelen S. 76, den Zweck der Gläubigereinberufung verkennend. Ihre Aufgabe ist keineswegs als eine Art „Vorkonkurs" „rangbegründende Akte der einzelnen Gläubiger zu verhindern", sondern lediglich, dem Erben die verhältnismäßige Befriedigung der Gläubiger aus dem Nachlasse zu ermöglichen, um sich gegen jede persönliche Haftung zu schützen. Daran hindert ihn nun die erst während des Einberufungsverfahrens erwirkte Sicherstellung einer Nachlaßforderung durchaus nicht. Denn sie deckt immer nur den Anspruch auf verhältnismäßige Befriedigung.

[33]) Entsch. v. 23. Jan. 1900 Sperl Nr. 1011, Rintelen a. a. O., vgl. auch § 1971 DBGB.

noch durch die Anmeldung[34]) unterbrochen; die Einberufung schützt aber auch den Erben nicht vor den Folgen des Verzuges.[35])

V. Haftung im Falle der Einberufung. Der Verlassenschaftskurator oder der Erbe hat die rechtzeitig angemeldeten Forderungen „nach der gesetzlichen Ordnung" (§ 815), d. h. nach der ihnen im Konkurse zukommenden Rangordnung, bei gleichem Range nach Verhältnis der einzelnen Beträge aus den Verlassenschaftsaktiven (oder nach der Einantwortung: nach Maßgabe des Wertes der Aktiven) zu bezahlen. Ein Gläubiger, der die rechtzeitige Anmeldung versäumt hat, kann nicht Einsetzung in den vorigen Stand (§ 17 VaSt.) verlangen.[36]) Die Verspätung schadet ihm aber nicht, wenn er sich noch vor dem tatsächlichen Beginn der Zahlungen gemeldet hat.[37]) Eine Forderung, auf deren Geltendmachung der Erbe gefaßt sein muß, hat er auch ohne Anmeldung zu berücksichtigen, um so mehr also eine Forderung, die bereits eingeklagt ist[38]) oder zu deren Bezahlung er sich ausdrücklich verpflichtet hat.[39]) Ist die Forderung dem Erben zweifelhaft, und liegt kein Grund vor, anzunehmen, daß sie der Gläubiger geltend machen wolle (z. B. Mahnung), dann kann er es auf die Anmeldung ankommen lassen.[40])

Hat der Erbe alle angemeldeten und sonst bekannten Gläubiger voll befriedigt und ist sodann noch etwas von den Aktiven übrig geblieben, so hat er aus diesem Reste (oder nach der Einantwortung: nach Maßgabe des noch vorhandenen Wertes) Gläubiger zu befriedigen, die sich erst nachträglich melden. Unter diesen — den „ausgeschlossenen" — Gläubigern entscheidet das Zuvorkommen. Ist der Nachlaß erschöpft[41]), so gehen sie leer aus; dingliche Rechte bleiben unberührt (§ 814 a. E.). Es ist Sache des Erben, die Einrede der beschränkten Haftung zu erheben[42]) und die Erschöpfung oder die Unzulänglichkeit des Nachlasses zu beweisen. Vor der Einantwortung ist es dem Exekutionsverfahren vorbehalten, jene Nachlaßaktiven auszuscheiden, die zur Befriedigung der rechtzeitig angemeldeten Gläubiger erforderlich sind. Nach der Einantwortung ist es zweckmäßig, schon im Prozesse festzustellen, ob und was der Erbe dem Gläubiger zu zahlen hat.[43]) Jedenfalls

[34]) Oben § 155 Note 55.

[35]) Entsch. RGZ. 79 S. 201. RGKomm. zu § 2014 DBGB. (bestritten).

[36]) Entsch. Slg. Nr. 1472.

[37]) Entsch. Slg. Nr. 10.941, 12.648, 13.465.

[38]) Entsch. Slg. Nr. 3404, 5642, 8978.

[39]) Entsch. Slg. III Nr. 920.

[40]) Entsch. Slg. Nr. 15.309. Vgl. den Ungenannten, Zum § 814 BGB. in den JBl. 1883 Nr. 17.

[41]) Das Gesetz (§ 814) spricht nur von Erschöpfung durch die Bezahlung der angemeldeten Forderungen, weil es den Fall im Auge hat, daß der Nachlaß schon vor der Einantwortung zur Befriedigung der Gläubiger verwendet worden ist; daß Änderungen des Aktivstandes vor der Einantwortung auf Rechnung der Gläubiger gehen, ist selbstverständlich. Dasselbe muß aber, soll der Erbe nicht zu Schaden kommen, auch nach der Einantwortung gelten. Vgl. DBGB. § 1973.

[42]) Entsch. Slg. Nr. 15.835 will die Beschränkung auch ohne Einrede berücksichtigen.

[43]) Entsch. Slg. X Nr. 3760: „Es erscheint nicht gerechtfertigt, den Beklagten in Ungewißheit darüber zu be-

kann der Erbe die Haftungsbeschränkung im Exekutionsverfahren nur geltend machen, wenn ihm dies im Urteile vorbehalten worden ist[44]) oder wenn der Gläubiger einen Exekutionstitel geltend macht, den er gegen den Erblasser erwirkt hat.[45]) Hat der Erbe, wenn auch in gutem Glauben, einzelne von den angemeldeten oder bekannten Gläubigern vorzeitig und zwar in größerem Umfange befriedigt, als nach dem Ergebnisse des Verfahrens am Platze gewesen wäre, so haftet er den benachteiligten Gläubigern für den dadurch herbeigeführten Ausfall (§ 815).[46])

VI. Haftung im Falle der unterlassenen Einberufung. Der Erbe, der die Einberufung unterläßt, verliert die Rechtswohltat des Inventars nicht. Aber er haftet gemäß § 815 allen Gläubigern „in dem Maße, als sie die Zahlung erhalten haben würden, wenn die Verlassenschaft nach der gesetzlichen Ordnung zur Befriedigung der Gläubiger verwendet worden wäre". Hätte also der Nachlaß im Augenblicke der Einantwortung[47]) ausgereicht, um jedem Gläubiger 40% zu bezahlen, während der Erbe tatsächlich — weil er den Passivstand unterschätzte — an die ihm bekannten Gläubiger 60% bezahlt hat, so haftet er dem nachträglich hervorgekommenen Gläubiger, obwohl er in gutem Glauben den ganzen Nachlaß verteilt hat, doch noch für 40%[48]) der Forderung; er erleidet also einen Schaden, seine Haftung geht über die bloße Bereicherungshaftung hinaus.

§ 516.

III. Absonderung der Verlassenschaft.[1])

I. Mit der Einantwortung vollzieht sich die Vereinigung des Nachlasses mit dem Vermögen des Erben. Fortan können auch die Erbengläubiger neben den Verlassenschaftsgläubigern — die ja nunmehr auch nur Erbengläubiger sind — sich aus den ererbten Aktiven befriedigen.

lassen, durch welche Leistung er eine Exekution vermeiden könne, und ihn zu zwingen, erst eine Exekution in sein Vermögen abzuwarten, und dann erst mittels Klage im Sinne des § 35 EO. gegen den übermäßigen Anspruch des Klägers seine Einwendungen zu erheben." Ebenso Entsch. Slg. XII Nr. 4827.

[44]) Vgl. z. B. Entsch. Slg. Nr. 15.835, 16.008, X Nr. 3673, XI Nr. 4237. § 780 DZPO.

[45]) Krasnopolski V S. 291 Note 3.

[46]) Vor der Einantwortung kann dem Erben diese Haftung ebenso wie dem Verlassenschaftskurator nur unter dem Gesichtspunkte der schuldhaften Vermögensschädigung auferlegt werden. Im Falle gerichtlichen Auftrages kann Syndikatshaftung eintreten.

[47]) Dieser Zeitpunkt ist maßgebend (oben Note 20), denn vorher haftet der Erbe nicht persönlich; auch ist erst im Augenblicke der Einantwortung die Einberufung wirklich versäumt (oben Note 5). Der Gläubiger ist gerade dadurch geschädigt, daß die Einantwortung ohne sein Wissen erfolgt ist; es ist ihm dadurch die Möglichkeit abgeschnitten worden, die Absonderung der Verlassenschaft (§ 812) zu fordern.

[48]) Ermittlung des Bruchteiles im Exekutionsverfahren (oben Note 44): Entsch. Slg. XI Nr. 4237.

[1]) F. Hofmann, Z. L. v. beneficium inventarii und von der separatio bonorum in Grünhuts Zeitschr. 8

Reicht also der Nachlaß zur Befriedigung der Verlassenschaftsgläubiger aus, während der Erbe überschuldet ist, so haben die Nachlaßgläubiger ein Interesse daran, die Vereinigung des Nachlasses mit dem Erbenvermögen bis zu ihrer Befriedigung oder Sicherstellung zu hindern.[2]) Abgesehen davon ist auch schon vor der Einantwortung die rechtliche Sonderung des Nachlasses nicht immer auch eine tatsächliche. Von Anfang an (schon vor der Erbserklärung) können Verlassenschaftssachen, die sich bereits in den Händen des mutmaßlich berufenen Erben befinden, ohne Versiegelung in dessen Verwahrung belassen werden (§ 43 VaSt.), der Erbe kann ferner nach § 145 VaSt. die Verwaltung des Nachlasses erlangen, vielleicht auch — mangels genügender Beaufsichtigung — eigenmächtig an sich ziehen. Es kann dann schwer werden, wenn ein Erbengläubiger Exekution führt, nachzuweisen, was wirklich zum Nachlasse gehört. Gegen solche Gefahren schützt die Absonderung der Verlassenschaft vom Vermögen des Erben.

II. Berechtigt, die Absonderung zu verlangen, sind nach § 812 vor allem

a) die Erbschaftsgläubiger, d. h. die Gläubiger der Verstorbenen.[3]) Ihre Forderungen müssen bescheinigt werden.[4]) Daß sie bestritten sind, schadet nicht.[5]) Auch eine bedingte oder betagte Forderung genügt.[6]) Uneheliche Kinder[7]) und der Ehegatte gehören als Unterhaltsberechtigte (§§ 171, 796) zu den Erbschaftsgläubigern.

b) Die Vermächtnisnehmer[7a]), nicht auch Miterben als solche[8]), wohl aber als Vorausvermächtnisnehmer wie z. B. der Ehegatte nach § 758.[9])

c) Die Pflichtteilsberechtigten.

III. Nachweis oder Bescheinigung einer Gefahr ist nicht nötig[10]), es genügt die subjektive „Besorgnis" (§ 812). Nach älterem Rechte hatte ja der Abhandlungsrichter in allen Fällen von Amts wegen dafür zu sorgen, daß die Nachlaßgläubiger usw. schon vor der Einantwortung

S. 555 ff., Unger § 41, v. Randa S. 90 ff., Steinlechner II S. 127 ff., v. Anders § 51, Wróblewski, Separatio bonorum und Sicherstellung der Erbengläubiger Sonderabdruck aus Gellers ZBl. 1905 S. 258 ff., 360 ff., 463 ff., Krasnopolski V § 55, Rintelen, Grundriß § 35 II. — Zu Art. 594 Schweiz. ZGB. vgl. J. Trott in ZSchweizR. 54, 365.

[2]) Das gilt ganz besonders dann, wenn der Erbe sich bereits im Konkurse befindet. Die Entsch. Slg. Nr. 12.315, die in diesem Falle die Absonderung versagte, war ein arger Mißgriff. Doch ist Krasnopolski S. 294 Note 2 mit ihr ganz einverstanden.

[3]) Nicht etwa die Erbengläubiger!

[4]) Entsch. Slg. VII Nr. 2870 u. a. Till GZ. 1907 S. 413.

[5]) Entsch. Slg. III Nr. 1123. Die Tatsache der Einklagung ist aber noch keine Bescheinigung: Entsch. Slg. Nr. 15.782, VII Nr. 2870 (anders Nr. 15.677).

[6]) Entsch. v. 9. März 1915 NotZ. 1915 Nr. 41.

[7]) Entsch. Slg. XIII Nr. 5269.

[7a]) Entsch. v. 1. Febr. 1916 NotZ. 1916 Nr. 43.

[8]) Entsch. Slg. Nr. 6097.

[9]) v. Anders a. a. O.

[10]) Entsch. Slg. III Nr. 1123, IV Nr. 1249, XI Nr. 4315, XV Nr. 5753; dagegen Entsch. Slg. XV Nr. 5790,

befriedigt oder sichergestellt werden[11]), während eine ähnliche Fürsorge jetzt gemäß dem Grundsatze des § 811 nur auf Antrag, und zwar nur zu Gunsten des Antragstellers eintritt. Die Nachlaßgläubiger, Vermächtnisnehmer und Pflichtteilsberechtigten haben eben „ein Recht, unmittelbar aus der Verlassenschaft des Verstorbenen bezahlt zu werden. Man kann ihnen also gegen ihren Willen keinen andern Schuldner, dessen persönlicher und reeller Kredit weit schwächer sein kann, aufdringen".[12]) Andrerseits kann der Nachlaßbeteiligte, der Absonderung verlangt hat, sich nicht mehr an den Erben halten; ihm haftet nach der Einantwortung auch der unbedingt erklärte Erbe nicht mit seinem eigenen Vermögen (§ 812). Ein sichergestellter Gläubiger kann die Absonderung nicht begehren, vielmehr kann die Absonderung stets durch Sicherstellung des Antragstellers abgewendet werden.[13]) Darin aber, daß der Nachlaß aus Liegenschaften[14]) oder Hypotheken[15]) besteht, liegt noch keine Sicherstellung.[16])

IV. Der Antrag muß vor der Einantwortung gestellt werden;[17]) später kann die Absonderung nicht einmal hinsichtlich eines erst nach der Einantwortung hervorgekommenen Vermögens verlangt werden.[18]) Wird die Absonderung bewilligt, so wird der Nachlaß inventiert (§ 92 VaSt.) und, selbst wenn dem Erben die Verwaltung bereits überlassen war, in gerichtliche Verwahrung genommen (Versiegelung: § 44 VaSt.) oder von einem Kurator (Separationskurator) verwaltet.[19])

V. Der Einantwortung steht die Absonderung nicht im Wege[20]), weil sie nur relativ (für und gegen die Separatisten) wirkt. Doch dauert auch nach der Einantwortung die gesonderte Verwaltung des Nachlasses bis zur Sicherstellung oder Befriedigung der Separatisten fort. Die Einantwortung verschafft also dem Erben nur ein beschränktes Eigentum an den Nachlaßsachen. Nur mit der ausdrücklichen Beschränkung durch das Absonderungsrecht kann er als Eigentümer im Grundbuche eingetragen werden. Dagegen wird er sofort mit seinem ganzen Vermögen allen Gläubigern haftbar, die die Absonderung nicht verlangt haben; freilich reicht diese Haftung, dank der Wohltat des Inventars (§ 807) nicht weiter als der Betrag, um den die Aktiven die Forderungen der Separatisten übersteigen.

Entsch. v. 17. Nov. 1914 NotZ. 1915 Nr. 1 und v. 1. Febr. 1916 ebda. 1916 Nr. 43.

[11]) Z. B. Instr. v. 30. Dez. 1760 §§ 20, 21. Unger, Verl. Abh. S. 85 ff.

[12]) Zeiller II S. 852 f.

[13]) Entsch. Slg. I Nr. 61, XIII Nr. 5064.

[14]) Entsch. v. 9. März 1915 NotZ. 1915 Nr. 41.

[15]) Entsch. Slg. III Nr. 1123.

[16]) Rintelen S. 74.

[17]) Ofner, Prot. II S. 290, Entsch. Slg. I Nr. 320.

[18]) Unger § 41 Note 4. Dagegen Entsch. Slg. III Nr. 1021 und z. T. auch Touaillon im ZBl. 26, 368 und 30, 214.

[19]) Über seine Befugnisse vgl. Entsch. Slg. Nr. 3023, 7512.

[20]) Entsch. Slg. Nr. 1531, 10.736, 10.992, IV Nr. 1378 (a. M. Rintelen S. 74). Die Einantwortung darf aber nicht vor der wirklichen Durchführung der Absonderungsmaßregeln erfolgen: Entsch. Slg. Nr. 14.036. Stubenrauch 8. Aufl. I S. 995 Note 2, Wróblewski S. 33 Note 111, v. Anders a. a. O., Krasnopolski V S. 296.

Die Meinung, daß die Erbschaft, wenn nach Befriedigung des Erbschaftsgläubigers nichts mehr übrig bliebe, ihr natürliches Ende hätte und für eine Einantwortung kein Substrat vorhanden wäre[21]), ist nicht richtig. Denn nach den Vorschriften über das Verfahren außer Streitsachen ist es nicht zulässig, die Abhandlung in dieser Weise abzuschließen. Vielmehr muß der Erbe sich die formelle Einantwortung (die schon mit Rücksicht auf § 179 VaSt. nicht ohne Bedeutung ist) gefallen lassen und zu diesem Zwecke die Erfüllung des Testamentes, Berichtigung allfälliger Gebühren usw. dem Gerichte nachweisen. Nur im Falle des Konkurses entfällt die Einantwortung.

VI. Verlassenschaften von Personen, die mit dem Staatsschatze in Verrechnung gestanden sind, dürfen nur mit dessen Zustimmung eingeantwortet werden (§ 156 VaSt., vgl. § 818 ABGB.). Der Staatsschatz bedarf also zur Sicherung seines Anspruches nicht erst der Absonderung nach § 812 ABGB.

Der inländische Nachlaß eines Ausländers wird der zuständigen ausländischen Behörde erst nach Befriedigung oder Sicherstellung der rechtzeitig angemeldeten inländischen Forderungen überlassen (§ 138 VaSt.). Zur Absonderung des Nachlasses im Sinne des § 812 ABGB. ist jedoch das inländische Gericht nicht berufen.[22])

Dritter Abschnitt.

Vermächtnis und Schenkung auf den Todesfall.

I. Das Vermächtnis.[1])

§ 517.

A. Rechtliche Natur. Gegenstand. Beteiligte Personen.[2])

I. Ein Vermächtnis (Legat) ist eine letztwillige Zuwendung an einen andern, die nicht in einer Erbeinsetzung besteht.[3]) Also:

1. eine letztwillige Zuwendung. Ansprüche an den Nachlaß, die sich nicht auf eine letztwillige Verfügung gründen, wie z. B. das Witwenrecht des § 1243 (oben § 442) werden nicht nach Vermächtnisrecht be-

[21]) So Steinlechner II S. 129, zustimmend Rintelen a. a. O.

[22]) Entsch. Slg. X Nr. 3785.

[1]) Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 386—535, Exk. II S. 316—332 (Das Wesen des Vermächtnisses).

[2]) Schiffner, Der Vermächtnisbegriff 1873, Pfaff und Hofmann, Komm. S. 386—394, Exk. a. a. O.; daselbst S. 330—332 insbesondere über Schiffners Aufstellungen, der dem Gesetzbuch hauptsächlich zum Vorwurf macht, daß es den Unterschied zwischen Erbschaft und Vermächtnis in die Quantität des zugewendeten Gegenstandes verlegt habe — ein Vorwurf, den § 535 BGB. als unbegründet erscheinen läßt.

[3]) „Vermächtnis ist eine letztwillige Honorierung, die keine Berufung zur Universalsukzession enthält" (Pfaff und Hofmann, vgl. § 1939 DBGB.).

urteilt.[4]) Eine Ausnahme, und zwar ein gesetzliches Vermächtnis bildet der Voraus des Ehegatten; das Gesetz selbst (§ 758) bezeichnet ihn als Vorausvermächtnis. Ein vertragsmäßiges Vermächtnis ist das Advitalitätsrecht (oben § 445).

2. Eine Zuwendung. Nicht notwendig ist, daß die Zuwendung einen Vermögenswert hat. Auch muß sie nicht in einer unentgeltlichen Leistung bestehen: Gegenstand des Vermächtnisses kann auch ein Aufgriffsrecht sein, d. h. das Recht, den Nachlaß oder einen Teil des Nachlasses um einen bestimmten Preis oder um den Schätzwert zu erwerben.[5])

3. An einen andern. Fehlt es an einem Berechtigten, so liegt eine Auflage, aber kein Vermächtnis vor (oben § 114).

4. Keine Erbeinsetzung. Der Erbe ist Gesamtnachfolger des Erblassers. Der Vermächtnisnehmer ist das nie. Er ist aber auch nicht immer Einzelnachfolger des Erblassers.[6]) Sein Recht ist zunächst ein Forderungsrecht. Nicht immer sind ihm Nachlaßsachen vermacht, aber auch wenn das der Fall ist, erwirbt er das Eigentum doch erst durch die Übergabe oder Einverleibung (§ 684), als unmittelbarer Nachfolger des Erblassers also nur, wenn ihm das zugedachte Nachlaßstück schon vor der Einantwortung übergeben wird. Denn sonst geht es im Augenblicke der Einantwortung mit dem übrigen Nachlasse zunächst in das Eigentum des Erben über. Den Gläubigern haftet nur der Erbe. Der Vermächtnisnehmer ist selbst ein Gläubiger. Er steht den Gläubigern des Erblassers nach, aber er haftet ihnen nicht.

Diese scharfe Unterscheidung zwischen Erbeinsetzung und Vermächtnis, die den Juristen so geläufig ist, ist noch immer einem großen Teile der Bevölkerung fremd. Es ist daher oft zweifelhaft, ob eine letztwillige Zuwendung als Vermächtnis oder als Erbeinsetzung zu konstruieren ist.[7]) In solchen Fällen wird es darauf ankommen, ob der Erblasser dem Bedachten die unmittelbare Verfügung über den Nachlaß und die Berichtigung der Passiven übertragen oder ihm nur einen Anspruch gegen andere (durch den letzten Willen oder durch das Gesetz berufene) Personen zuwenden wollte. Im Zweifel müssen „Vermutungsgründe" (§ 683) entscheiden, insbesondere die Vermutung, daß der Erblasser das den Umständen Angemessene gewollt habe. Beispiele:

a) „Ich vermache mein Vermögen dem Peter, der Erbe des Hauses X soll jedoch Paul werden." Hier wird Peter Erbe und Paul wird Vermächtnisnehmer. Die vom Erblasser gebrauchten, aber offenbar nicht

[4]) Sie sollten daher nicht als gesetzliche Vermächtnisse bezeichnet werden. Dagegen Schiffner, Die gesetzlichen Vermächtnisse 1895, vgl. auch Dens., Pflichtteil, Erbenausgleichung und die sonstigen gesetzlichen Vermächtnisse nach dem DBGB. 1897, v. Anders S. 4.

[5]) Oben § 512 bei Note 15. Das übersieht B. Schwarz, Letztwilliges Veräußerungsverbot oder fideikommissarische Substitution NotZ. 1908 Nr. 37.

[6]) Pfaff und Hofmann, Komm. S. 391. Oben § 480 III.

[7]) Unger I S. 395 Note 53, Erbrecht § 8 Anm. 6, Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 390, Exk. II S. 317, Dernburg V § 47.

im juristischen Sinne aufgefaßten Ausdrücke entscheiden nicht.[8]) Anders z. B. wenn es heißt: „Paul soll mein Erbe sein, er soll aber nur das Haus X erhalten, alles übrige soll unter die Armen verteilt werden." Hier wird Paul wirklich Erbe, ein Vermächtnis liegt überhaupt nicht vor, vielmehr ist Paul mit einer Auflage belastet.[9])

b) „Peter soll meinen ganzen Nachlaß übernehmen und dem Paul ein Drittel des reinen Nachlasses auszahlen." Man nimmt im Zweifel an, daß hier Peter Alleinerbe, Paul Vermächtnisnehmer ist.[10]) Es kann freilich leicht anders gemeint sein (Teilung mit Aufgriffsrecht).

c) „Peter soll mein bewegliches, Paul mein unbewegliches Vermögen erhalten." Beide sind Erben, weil ihnen der Erblasser sein ganzes Vermögen unter Ausschließung anderer Rechtsnachfolger zugewendet hat. Die Erbteile sind nach dem Wertverhältnisse zu berechnen.[11]) Das gleiche gilt auch dann, wenn der Erblasser sagt: „Mein ganzes Vermögen besteht aus 30.000 K, davon soll Peter 10.000, Paul 20.000 K bekommen;" sollte sich in diesem Falle auch noch anderweitiges Vermögen vorfinden, so ist es zwischen Peter und Paul nach dem Verhältnisse von 1 zu 2 zu verteilen. Ganz ebenso, wenn der Erblasser dem Peter sein Haus, dem Paul sein Geld und dem Johann seinen Hausrat hinterlassen und hiemit die Hauptbestandteile seines Vermögens (nach dem Stande zur Zeit der Testamentserrichtung) verteilt hat.[12]) Wenn also ein Ausgedinger, der außer Kleinigkeiten (Leibeskleidung u. dgl.), die kaum die Leichenkosten decken, nur ein Sparkassebuch besitzt, verfügt: „Mein Sparkassebuch soll Peter erhalten", so hat er den Peter zum Erben einsetzen wollen, denn sein Nachlaß bestand eben — nach seiner Auffassung — nur in dem Sparkassebuche.[13])

d) Hat der Erblasser, der dem Peter sein Sparkassebuch „vermacht" hat, sein sonstiges Vermögen erst nach der Errichtung des letzten Willens eingebüßt, so bleibt Peter Vermächtnisnehmer. Das ist vielleicht nicht zweckmäßig[14]), aber der Umstand allein, daß das Zugedachte (zur Zeit des Todes) „den größten Teil der Verlassenschaft ausmacht", kommt

[8]) § 2087 DBGB., §§ 1611, 1614 Ung. Entw.

[9]) Anders entscheidet den Fall Slg. Nr. 1529, wohl auch Pfaff und Hofmann a. a. O. Note 26.

[10]) § 1611 Ung. Entw. Unger § 54 Note 4, Pfaff und Hofmann II S. 392 Note 35.

[11]) § 1612 Ung. Entw. Unger § 8 Anm. 6, Zeiller zu § 556, Winiwarter zu § 556, Stubenrauch § 535 Nr. 3 Anm. 1, Dernburg, PR. V § 47 Anm. (zu § 2087 DBGB.). Vgl. dagegen Schiffner GZ. 1873 Nr. 83, 84, der in dieser Anordnung ein Vermächtnis finden will; denn wohl sei über das Aktivvermögen, nicht aber auch über die Passiva verfügt; nicht darauf komme es an, ob „in den ganzen Nachlaß" oder ob nur in einzelne Verhältnisse, sondern darauf, ob in den Nachlaß als in ein Ganzes, in den Nachlaß als eine Gesamtheit oder ob in die einzelnen Verhältnisse als einzelne zukzediert werden soll. Gegen Schiffner: Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 14 Note 4; vgl. auch Steinlechner II S. 27 Note 2.

[12]) Krainz (§ 480 der früheren Auflagen) nimmt hier bloß Vermächtnisse an.

[13]) Vgl. Entsch. Slg. X Nr. 3738 und Dernburg a. a. O.

[14]) Vgl. § 1613 Ung. Entw.

nach der ausdrücklichen Anordnung des § 535 nicht in Betracht. Peter wird erst Erbe, wenn sich kein anderer als Erbe erklären will (§ 726).

e) „Peter soll mein Erbe sein, Paul soll den Fruchtgenuß des Nachlasses erhalten." Paul ist Vermächtnisnehmer (§ 535: „ein Recht"). Es ist freilich möglich, daß ihn der Erblasser nicht zum Fruchtnießer, sondern zum Vorerben machen wollte.[14a])

f) „Die mir nach meinem Bruder angefallene Erbschaft hinterlasse ich dem Peter." Stirbt der Erblasser vor der Einantwortung, so ist Peter zunächst Vermächtnisnehmer (vermacht ist das Erbrecht), wird aber als solcher Erbe des ersten Erblassers.

II. Gegenstand eines Vermächtnisses kann alles sein, was Gegenstand einer Forderung sein kann, also „Sachen, Rechte[15]), Arbeiten[16]) und andere Handlungen, die einen Wert[17]) haben". Das Vermächtnis einer dem Verkehre entzogenen Sache, z. B. eines Amtes, ist ungültig, dem Vermächtnisnehmer gebührt hiefür kein Ersatz. Fehlt ihm aber nur die persönliche Erwerbsfähigkeit, wird z. B. einer zum Erwerbe inländischer Liegenschaften unfähigen ausländischen juristischen Person[18]) eine solche vermacht, so ist der ordentliche Wert zu vergüten (§ 654).[19])

III. Beteiligte Personen sind der Beschwerte (Schuldner) und der Bedachte (Gläubiger). 1. Beschwert sind in der Regel die Erben; dem Bedachten haften sie, je nachdem ihnen das Inventarrecht zu statten kommt oder nicht, zur ungeteilten Hand oder nach Verhältnis der Erbteile. Untereinander haben sie aber stets nach Verhältnis der Erbteile beizutragen (§ 820). Wer also das ganze Vermächtnis allein entrichtet hat, hat immer ein Rückgriffsrecht gegen die Miterben. Dies gilt selbst dann, wenn die einem Miterben allein gehörige Sache Gegenstand des Vermächtnisses ist (§ 649).[20]) Der Erblasser kann aber auch einen der Miterben allein mit einem Vermächtnisse belasten, so daß dem Bedachten nur dieser Miterbe haftet und auch das Rückgriffsrecht ausgeschlossen ist. Er kann ferner einen Vermächtnisnehmer mit einem Untervermächtnisse (Sublegat) beschweren. Der beschwerte Vermächtnisnehmer kann seine Haftung nicht wie der Erbe durch das Inventarrecht beschränken.

[14a]) Kohler, Enzyklopädie II S. 171 Note 5.

[15]) Nach § 16 UrhG. kann Gegenstand eines Vermächtnisses nicht das Urheberrecht selbst, sondern nur dessen Ausübung sein. Gegen diese doktrinäre Bestimmung wendet sich mit Recht Mitteis in der Wiener Festschr. für Unger S. 112 ff. Vgl. auch Rabel, Die Übertragbarkeit des Urheberrechtes usw. in Grünhuts Zeitschr. 27, S. 71 ff., insbesondere S. 76 ff., 128 f. und Schmidl, Urheberrecht S. 138 f.

[16]) Z. B. Entsch. Slg. XII Nr. 4504: Die Erben sollen die Grundstücke für die Fruchtnießerin „kostenfrei und ordnungsmäßig düngen und bestellen und ebenso kostenfrei die Fechsung für sie alljährlich einbringen".

[17]) Oben § 296 Note 3.

[18]) Oben § 73 Note 8.

[19]) Diese Bestimmung ist nicht auszudehnen auf Fälle, wo dem Vermächtnisnehmer wegen anderweitiger rechtlicher oder tatsächlicher Hindernisse der Erwerb des vermachten Gegenstandes unmöglich ist. Pfaff und Hofmann S. 409.

[20]) Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 397.

Er muß vielmehr unter allen Umständen, wenn er das Vermächtnis annimmt, das Untervermächtnis entrichten, mag es auch den Wert des Hauptvermächtnisses überschreiten.[21]) Er wird es daher vorziehen, das überlastete Hauptvermächtnis auszuschlagen. Dann muß der mit dem Hauptvermächtnisse Beschwerte, der nur von dieser Last befreit ist, also regelmäßig der Erbe, das Untervermächtnis entrichten. Das Gesetz (§ 650)[22]) gewährt ihm aber eine Ersetzungsbefugnis (oben § 297): er kann dem Untervermächtnisnehmer statt des Untervermächtnisses das Hauptvermächtnis überlassen. Wie, wenn der Hauptvermächtnisnehmer vor dem Erblasser gestorben ist? Dann gilt das gleiche. Es kommt nicht darauf an, aus welchem Grunde der Hauptvermächtnisnehmer das ihm Zugedachte nicht erwirbt.[23])

2. Bedachter kann nicht nur ein Dritter, sondern auch ein Miterbe sein: Vorausvermächtnis.[24]) In dieser Beziehung ist der bedachte Erbe nur als Vermächtnisnehmer zu betrachten (§ 648). Das Gesetz[25]) lehnt also den römischen Grundsatz ab, daß der Erbe den auf ihn selbst (als Beschwerten) entfallenden Teil des Vorausvermächtnisses als Erbe, nicht als Vermächtnisnehmer erhalte. Sind drei Erben zu gleichen Teilen eingesetzt und einer von ihnen soll als Vorausvermächtnis eine Uhr erhalten, so bekommt er die ganze Uhr aus dem Nachlasse als Vermächtnis[26]), nicht bloß zwei Drittel (von den Miterben) als Vermächtnis, und das dritte (nach römischem Rechte ungültig vermachte) Drittel als Teil seiner Erbschaft. Das wird praktisch, z. B. in den Fällen der §§ 608, 690, 1279. Soll das Vermächtnis dem Miterben nach dem Willen des Erblassers[27]) auf den Erbteil angerechnet werden, so ist es ein Hineinvermächtnis.[28]) Dann gilt das Gegenteil von § 648, der Erbe erwirbt diese Zuwendung als Erbe und nicht als Vermächtnisnehmer. Das Hineinvermächtnis ist also kein Vermächtnis, sondern eine Teilungsanordnung.[29])

§ 518.

B. Erwerb der Vermächtnisforderung.[1])

I. Das Gesetz unterscheidet zwischen dem Anfallstage (§ 684), d. h. dem Tage, an dem die Vermächtnisforderung erworben und dem Zahlungstage (§ 685), d. h. dem Tage, an dem sie fällig wird.

[21]) Anders DBGB. § 2187.

[22]) Nach dem Vorbilde von ALR. I 12 § 367. Dieselbe Befugnis muß dem Hauptvermächtnisnehmer zugestanden werden, wenn er erst nach der Annahme von dem Untervermächtnisse Kenntnis erlangt. Vgl. über diesen Fall Unger § 55 Anm. 5 a. E., Pfaff und Hofmann S. 400.

[23]) Unger § 63 Note 2, Pfaff und und Hofmann, Komm. S. 400 Note 9.

[24]) Pfaff und Hofmann II S. 394 ff., Trsek, Prälegat und Kollation in der NotZ. 1904 Nr. 7—9.

[25]) Ebenso § 2150 DBGB.

[26]) Das Vorausvermächtnis ist als ein „aus der ganzen ungeteilten Erbschaft vorweg zu nehmendes Voraus" zu denken. Unger, Erbrecht § 55 Anm. 11.

[27]) Über § 671 vgl. oben § 513 II.

[28]) Unger § 55 Note 11.

[29]) Oben § 512 Note 14. Dernburg V § 84 I.

[1]) Über Brückner, Vermächtnis-

Der Anfall vollzieht sich regelmäßig mit dem Tode des Erblassers, bei aufschiebend bedingten Vermächtnissen im Zweifel[2]) mit der Erfüllung der Bedingung (§ 684). Zur Zeit des Anfalles muß der Bedachte leben und erbfähig sein. Ist er zu dieser Zeit noch nicht am Leben, so gilt das Hofdekret vom 29. Mai 1845, JGS. Nr. 888 (oben § 482, III). Bis zu seiner Geburt kommt der einstweilige Besitz und Genuß des Vermächtnisses „denjenigen zu, welche darauf Anspruch haben, im Falle die Anordnung wegen unterbliebener Geburt des Berufenen nicht vollzogen werden kann", also den bereits geborenen Mitbedachten[3]) oder dem Beschwerten.

Mit dem Anfalle ist das Vermächtnis erworben, es kann nun veräußert und vererbt werden. Das Vermächtnis wird ferner mit dem Anfalle *ganz* erworben, auch wenn es ein *Rentenvermächtnis* ist. Das Gegenteil behauptet, nach dem Vorgange des römischen Rechtes, die herrschende Lehre.[4]) Sie zersplittert das Rentenvermächtnis in so viele einzelne Vermächtnisse, als sich Leistungstermine ergeben. § 687 bietet dieser Lehre keine Stütze; er spricht nur den auch sonst für zeitlich begrenzte Renten geltenden[5]) Grundsatz der Unteilbarkeit der *einzelnen Rente* aus: „Wird jemandem ein in wiederkehrenden Fristen, als: alle Jahre, Monate u. dgl. zu leistender Betrag vermacht; so erhält der Legatar ein Recht auf den ganzen Betrag dieser Frist, wenn er auch nur den Anfang der Frist erlebt hat. Doch kann der Betrag erst mit Ablauf der Frist gefordert werden. Die erste Frist fängt mit dem Sterbetage des Erblassers zu laufen an."[6]) *Gegen* die von der herrschenden Lehre angenommene Zersplitterung spricht § 1480, der nicht nur den einzelnen Rentenanspruch, sondern auch „das Recht selbst" der Verjährung unterwirft.[7])

II. Die Vermächtnisforderung wird dem Bedachten ohne, aber nicht gegen seinen Willen erworben.[8]) Der Bedachte kann daher das Ver-

erwerb 1901 vgl. J. *Pfaff* in der JW.Schr. Bd. 34 S. 133 f.

[2]) Oben § 482 Note 4. *Ebbecke*, Berufung als Vermächtnisnehmer Recht 1914 Sp. 277.

[3]) Vgl. den Rechtsfall Entsch. Slg. Nr. 15.159 und *Pfaff* und *Hofmann* S. 241 Note 19.

[4]) *Krainz* (vgl. oben § 295 Note 45), *Unger* § 74, *Pfaff* und *Hofmann* II S. 509, *Stubenrauch* 8. Aufl. I S. 877, *Krasnopolski* V § 26 u. a. Dagegen *Stupecky* in der GZ. 1905 Nr. 30 mit Berufung auf *Till* VI S. 302 A. 2.

[5]) § 1418. Oben §§ 300, 386 bei Note 2 und 3.

[6]) Der Erblasser ist am 1. März 1910, der mit einer jährlichen Leibrente von 1000 K Bedachte am 15. Sept. 1915 gestorben; den Erben des Bedachten gebührt am 1. März 1916 die (letzte) Jahresrente von 1000 K, weil der Bedachte den Anfang dieses Jahres erlebt hat. Diese Rente gebührt ihnen *ganz*, nicht nur mit dem auf die Zeit vom 1. März bis 15. Sept. entfallenden Bruchteile.

[7]) Vom Standpunkt der herrschenden Lehre läßt sich § 1480 „wohl nicht rechtfertigen" (*Unger* § 74 Note 3).

[8]) Die Annahmeerklärung ist zulässig und wirksam (sie schließt nachträgliche Ausschlagung aus), aber sie ist nicht notwendig zum Erwerbe des Vermächtnisses: v. *Randa*, Erwerb der Erbschaft S. 37 Note, *Strohal*, Transmission pend. cond. S. 1 ff., *Pfaff* und *Hofmann* S. 488. Deshalb ist § 13 Z. 1 AnfG. v. 1884 geändert

mächtnis ausschlagen; er kann es aber auch ausdrücklich annehmen (§ 689). Zur Erklärung kann er nicht gezwungen werden.[9]) Die einmal abgegebene Erklärung — Ausschlagung oder Annahme — ist unwiderruflich.[10])

Im Falle der Ausschlagung gilt das Vermächtnis als nicht erworben.

III. Das nicht erworbene Vermächtnis kann an einen Ersatzvermächtnisnehmer (Nachberufenen, § 689), das erworbene nach dem ersten Erwerber an einen Nachvermächtnisnehmer fallen. Dabei sind die für den Ersatz- oder Nacherben gegebenen Vorschriften anzuwenden (§ 652).

Sind mit demselben Vermächtnisse mehrere Personen (Mitbedachte, Kollegatare) entweder ungeteilt oder ausdrücklich zu gleichen Teilen bedacht, so fällt der von einer nicht erworbene Teil[11]), wenn kein Nachberufener vorhanden ist, kraft Anwachsungsrechtes an die Mitbedachten § 689). Dies gilt nicht nur, wenn bestimmte Sachen, sondern auch wenn Summen mehreren ungeteilt oder „zu gleichen Teilen" vermacht sind.[12]) Ist weder ein Nachberufener noch ein Mitbedachter vorhanden, so bleibt das Vermächtnis in der Nachlaßmasse, kommt also allen Erben zu statten (§ 689);[13]) war jedoch bloß ein einzelner Erbe oder Vermächtnisnehmer damit belastet, so behält er es mit der darauf haftenden Last (§ 650).[14])

C. Inhalt des Vermächtnisses.

§ 519.

1. Allgemeine Regeln.

I. Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch hat die falzidische Quart beseitigt.[1]) An ihre Stelle ist eine Belohnung des Erben getreten. Wird nämlich die ganze Erbschaft durch Vermächtnisse erschöpft, bleibt

worden: Alb. Ehrenzweig, Komm. zur AnfO. S. 329. Krainz verlangte eine Annahmeerklärung. Vgl. auch Wendler, über die Erklärung des Vermächtnisnehmers in Betreff der Legatsannahme in der GH. 1877 Nr. 102, 105.

[9]) Auch nicht vom Untervermächtnisnehmer. Entsch. Slg. Nr. 269.

[10]) A. M. hinsichtlich der Annahme (selbst für den Fall der Beschwerung mit einem Untervermächtnisse) Krainz. Vgl. dagegen Pfaff und Hofmann S. 488.

[11]) Daß Anwachsung auch dann eintrete, wenn das mehreren vermachte Fruchtgenußrecht von allen bereits erworben ist und dann erst einer der Bedachten stirbt (Entsch. Slg. Nr. 4681), steht nicht im bürgerlichen Gesetzbuch, sondern in den Pandekten, denen Unger § 72 Note 5 (vgl. auch Stubenrauch 8. Aufl. I S. 880 Note 2) folgt. Dagegen Pfaff und Hofmann S. 519 f.; v. Schey, Obl. Verh. S. 50 Note 32. Wohl aber wird man sich — auch ohne gesetzlichen Anhaltspunkt — hiefür auf den mutmaßlichen Willen des Erblassers berufen dürfen: Pfaff und Hofmann a. a. O.

[12]) Entsch. Slg. Nr. 1283.

[13]) Pfaff und Hofmann S. 514 ff.

[14]) Ebda. S. 399 f.

[1]) Sie war in den Alpenländern rezipiert. Vgl. Brunner, Zur RG. der röm. und germ. Urkunde S. 247 Note 7, Harrasowsky, Cod. Ther. II S. 330 Note 5.

also nach vollständiger oder anteilweiser Befriedigung der Vermächtnisnehmer für den Erben nichts übrig und kommt ihm das Inventarrecht zu statten, dann soll ihm nicht zugemutet werden, auf die Liquidation des Nachlasses Mühe und Kosten vergeblich aufzuwenden. Er kann daher entweder die Verwaltung und Verteilung des Nachlasses einem Kurator überlassen oder, wenn er die Befriedigung der Vermächtnisnehmer selbst besorgen will, ebenso wie der Kurator aus dem Nachlasse nicht nur Ersatz seiner zum Besten der Masse gemachten Auslagen, sondern auch eine seinen Bemühungen angemessene Belohnung verlangen (§ 690).[2])

II. Bildet den Gegenstand des Vermächtnisses ein „einzelnes Verlassenschaftsstück" oder genauer eine bestimmte, wenn auch nicht zum Nachlasse gehörige Sache[3]), so trifft die Gefahr den Vermächtnisnehmer selbst nach dem Zahlungstage, wenn der Erbe nicht in schuldhaftem Verzuge ist. Die fortlaufenden Lasten hat er vom gesetzlichen Zahlungstage an zu tragen. Ebenso beginnt der Anspruch auf die Nutzungen grundsätzlich, auch wenn der Erbe nicht in schuldhaftem Verzuge ist, mit dem gesetzlichen Zahlungstage, also bei dem Vermächtnisse einzelner (wirklicher) Verlassenschaftsstücke[4]) mit dem Todestage (§ 686). Das schließt nicht aus, daß die abgesonderten Früchte dem Erben wie einem redlichen Besitzer zufallen, wenn die Vermächtnisanordnung erst nach der Einantwortung zum Vorschein kommt.

Dem mit einer Geldsumme Bedachten gebühren Verzugszinsen vom Zahlungstage an, d. h. (§ 685) regelmäßig erst nach Ablauf eines

[2]) Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 523 f.

[3]) § 1447. Dagegen Pfaff und Hofmann S. 504 mit S. 497—499: Der Gedanke, aus dem § 686 (und zum Teil auch § 685) hervorging, war der, die Beseitigung des Vindikationslegats in deren dem Vermächtnisnehmer nachteiligen Folgen praktisch tunlichst zu mildern. In diesem Sinne wurde bestimmt, es seien sogleich (nicht erst nach Jahresfrist) zu entrichten jene Vermächtnisse, bei denen nach gemeinem Recht die stärkere Wirkung (die direkte Verschaffung des Eigentums, des dinglichen Rechtes, der Forderung, der Schuld- oder Servitutenbefreiung) eintrat; in gleichem Sinne soll das Nachlaßstück, wenn auch dessen Eigentum dem Bedachten nicht direkt (ohne Übergabe) erworben wird, in Bezug auf Vor- und Nachteile, Nutzen und Lasten, Gedeih und Verderb, sogleich nach dem Tode des Erblassers als dem Bedachten gehörig behandelt werden. Dieser Grundgedanke finde allerdings nicht nur Anwendung auf „einzelne", d. h. speziell bestimmte Nachlaßsachen, sondern auch auf speziell bestimmte im Nachlaß befindliche Rechte (Forderungen), auf die Einräumung von Dienstbarkeiten und Pfandrechten an solchen Nachlaßsachen und auf den Verzicht auf solche Rechte zu Gunsten des Bedachten, aber er leide keine Anwendung auf speziell bestimmte Sachen, die dem Beschwerten gehören. Auch Steinlechner II S. 186 ff. bezieht die Regel des § 686 nur auf Nachlaßsachen und findet ihren Grund in jener Rückziehung des Eigentumserwerbes (unten § 523), derzufolge der mit einzelnen Nachlaßsachen Bedachte wie der Erbe (oben § 481 III) als unmittelbarer Rechtsnachfolger des Erblassers erscheinen soll.

[4]) Beim Forderungsvermächtnisse gilt jedoch die Eigentümlichkeit, daß die Forderung samt den rückständigen Zinsen, ohne Rücksicht auf die Zeit, seit welcher sie rückständig sind, dem Vermächtnisnehmer gebührt (§ 664). Vgl. Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 503.

Jahres, bei den begünstigten Vermächtnissen aber vom Todestage an. In der Rechtsprechung besteht darüber kein Zweifel.[5]) Hervorragende Rechtslehrer sind anderer Meinung.[6]) Aber die Vermächtnisse haben ja einen durch Gesetz (§ 685) bestimmten „Zahlungstag" (§ 1334). Im Patente vom 12. April 1737, Cod. Austr. IV, S. 920, worauf § 685 beruht[7]), war denn auch die Verzinsungspflicht ausdrücklich an diesen Zahlungstag geknüpft, ebenso im Codex Theresianus[8]), und so legt auch das Hofkanzleidekret vom 27. Juni 1822, das als Beilage zum Hofdekrete vom 12. Juli 1822 in der Justizgesetzsammlung (Nr. 1880) erscheint, den § 685 aus. Auch Zeiller[9]) weiß es nicht anders. Soll der Erbe wirklich eine Mahnung des Vermächtnisnehmers abwarten dürfen — er, dessen Pflicht es ist, dem Bedachten von dem Vermächtnisse Kenntnis zu geben (§ 817)? Wie groß wäre die Versuchung, diese Benachrichtigung hinauszuschieben, wenn dadurch auch die Verzinsungspflicht hinausgeschoben werden könnte!

III. Kommt den Erben die Rechtswohltat des Inventars zu statten[10]), so muß sich der Vermächtnisnehmer einen Abzug gefallen lassen, wenn die Verlassenschaft zur Bezahlung der Schulden[11]) und der anderen pflichtmäßigen Auslagen[12]) und zur Befriedigung aller übrigen Vermächtnisnehmer nicht ausreicht (§ 692). Die Forderungen der Verlassenschaftsgläubiger und der Noterben gehen denen der Vermächtnisnehmer unter allen Umständen vor (§§ 783 bis 786); wenn das nach ihrer Bezahlung Erübrigende zur Berichtigung der Vermächtnisse nicht ausreicht und der Erbe das Inventarrecht hat (§ 802), so wird das Vermächtnis des Unterhaltes[13]), und zwar vom Erbanfalle an, vor allen anderen entrichtet (§ 691), die übrigen Vermächtnisnehmer werden verhältnismäßig befriedigt (§ 692). Schwierigkeiten können sich hier ergeben, wenn ein Leibrenten- oder Fruchtgenußvermächtnis mit Kapitalvermächtnissen zusammentrifft. In diesem Falle ist die Rente ohne Rücksicht auf die Lebensdauer zu kapitalisieren, durch

[5]) Vgl. die in der Manzschen Ausgabe bei § 685 angeführten Entscheidungen, besonders Entsch. Slg. XV Nr. 5977 und SpR. Nr. 28 (Slg. Nr. 4748): „Die Mora des Vermächtnisschuldners beginnt am gesetzlichen Zahlungstage (§ 685 BGB.) ohne Aufforderung des Gläubigers zur Zahlung."

[6]) Unger § 64 Note 5, Pfaff und Hofmann II S. 505 ff., Stubenrauch 8. Aufl. I S. 874 Note 2, Wróblewski, Zur Anrechnungslehre S. 4 Note 15, Krasnopolski § 27, v. Anders § 77.

[7]) Das Patent selbst folgt altösterreichischem Landesbrauch. Entsch. v. 1554 und 1622 bei Suttinger, Consuetudines S. 439, ObÖsterrLandtafel 4, 38 bei Finsterwalder, Obs. pract. 4, 38, Dekr. v. 24. Sept. 1734 Cod. Austr. IV S. 867.

[8]) III, 17, n. 36.

[9]) Komm. II S. 638.

[10]) § 163 VaSt. Rietsch, Die Haftung des Erben für die Vermächtnisse NotZ. 1914 Nr. 7.

[11]) Auch der familienrechtlichen Schulden: §§ 171, 795, 796, 1243. Pfaff und Hofmann S. 527.

[12]) Begräbniskosten, Abhandlungskosten, Gebühren.

[13]) Damit sind alle in den §§ 672 und 673, nicht nur das dort zuerst erwähnte gemeint. Ebenso steht es um jene Vermächtnisse, bezüglich deren der Erblasser angeordnet hat, daß sie vor den anderen bezahlt werden sollen. Pfaff und Hofmann S. 525.

zinstragende Anlegung der darauf entfallenden Kapitalsquote (Bedeckungskapital) sicherzustellen (§ 161 VaSt.) und durch Anweisung des Zinsenbezuges zu berichtigen.[14]) Nur wenn dem Vermächtnisse ein Vorzugsrecht kraft des § 691 oder vermöge besonderer Anordnung des Erblassers zusteht, sind die Leistungen aus dem Bedeckungskapitale zu ergänzen (vgl. § 226 EO.). Ein Überrest des alten falzidischen Ausweises ist die im § 163 VaSt. vom Erben verlangte „Berechnung des reinen Verlassenschaftsvermögens und des verhältnismäßigen Abzuges an jedem Legate". Einer solchen Berechnung bedarf das Gericht nur hinsichtlich jener Vermächtnisse, für deren Sicherstellung es von Amts wegen zu sorgen hat (§§ 159, 160 VaSt.) und nur um danach die Sicherstellung zu bestimmen.[15]) In allen Fällen bleibt die Entscheidung über den wirklichen Betrag des Abzuges, wenn sich die Beteiligten darüber nicht einigen, dem ordentlichen Rechtswege vorbehalten.[16])

Die Frage[17]), ob die Vermächtnisnehmer, wo der Schätzwert der Verlassenschaft nicht hinreicht, ihre Ansprüche zu befriedigen, das Recht haben, die Feilbietung der Verlassenschaft zu verlangen, ist verneinend zu beantworten; hier handelt es sich nämlich nicht um Einbringung der Vermächtnisforderung, sondern nur um deren Bestimmung, und in dieser Beziehung ist der Schätzwert nach allen Seiten maßgebend.[18])

Der Erbe, der die Rechtswohltat des Inventars genießt, ist, solange die begründete Besorgnis der Unzulänglichkeit der Erbschaft obwaltet, die Vermächtnisse nur gegen Sicherstellung des etwa zurück-

[14]) Vgl. Cod. Ther. II 16 § 436. Winiwarter III S. 227, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 883 Note 5, Krasnopolski S. 146 Note 2. Krainz nimmt an, daß vor allem der Erbe aus dem ihm bleibenden Reste der Masse die jährliche Rente, und zwar insoweit die Zinsen der ihm bleibenden Masse nicht ausreichen, aus dem Kapitale, bis dieses erschöpft ist, vollständig zu entrichten hat; erst hierauf sind die Bedachten verhältnismäßig die erst jetzt sich mindernde Jahresrente zu entrichten schuldig, und zwar an den Erben (§ 693). Selbstverständlich kann diese Methode nur dann zu richtigen Ergebnissen führen, wenn auch die vom Rentenlegatar bereits unverkürzt empfangenen Renten nachträglich rechnungsmäßig in derselben Weise herabgesetzt werden, so daß die mit Rücksicht auf die Unzulänglichkeit des Nachlasses erst nach dessen Erschöpfung herabgesetzte Rente eine weitere Verminderung durch Abzug des den Rentenlegatar selbst treffenden Beitrages erfährt. Eine andere Ansicht zieht die Vorschrift des ALR. I 12 § 348 (vgl. Pfaff und Hofmann, Komm. S. 528 Note 5) heran, derzufolge Vermächtnisse „nach dem Alter und der wahrscheinlichen Lebensdauer der Legatarii mit Rücksicht auf die bei der nächsten inländischen Witwenverpflegungs-, Leibrenten- oder Tontinenanstalt angenommene Grundsätze" zu kapitalisieren sind. So Zeiller II S. 649 Note *, ähnlich Unger § 66 Anm. 7, dagegen mit Recht Winiwarter und Stubenrauch a. a. O. Vgl. überhaupt Pfaff und Hofmann S. 528 f.

[15]) Gogg, Die Stellung des Legatars im Abhandlungsverfahren NotZ. 1914 Nr. 9.

[16]) Entsch. v. 14. Dez. 1915 GH. 1916 Nr. 14.

[17]) Vgl. Menzel Jurist VIII S. 143, Würth ebda. III S. 453, Wildner ebda. IV S. 182, Stubenrauch II S. 517—521, Krasnopolski S. 146.

[18]) Dagegen Pfaff und Hofmann S. 529 f.

zuerstattenden Mehrbetrages abzuführen schuldig (§ 692, Satz 2). Hat er diese Vorsicht verabsäumt und ergibt sich erst nach der Auszahlung eines Vermächtnisses[19]), daß der Vermächtnisnehmer mehr erhalten habe, als ihm nach dem Stande des Nachlasses gebührt, so „wird der Abzug nach dem Werte, den das Vermächtnis zur Zeit des Empfanges hatte, und den daraus gezogenen Nutzungen bestimmt" (§ 693). Der Vermächtnisnehmer kann sich jedoch der Zahlung des so berechneten Beitrages entziehen. Das Gesetz gibt ihm nämlich eine zweifache Ersetzungsbefugnis:

a) er kann, statt den Beitrag zu zahlen, das Vermächtnis samt den Nutzungen in Natur zurückstellen; in Rücksicht der Verbesserungen und Verschlimmerungen wird er als ein unredlicher Besitzer behandelt; oder

b) er kann das Vermächtnis behalten und statt des Beitrages den „oben erwähnten Wert" entrichten. Das scheint sinnlos, weil der Beitrag immer nur ein Bruchteil dieses Wertes ist.[20]) Der Vermächtnisnehmer hat z. B. ein Bild im Schätzwerte von 1000 K erhalten. Es ergibt sich, daß die Vermächtnisse auf die Hälfte herabgesetzt werden müssen. Der Vermächtnisnehmer hat also zwischen drei Möglichkeiten zu wählen: Zahlung von 500 K oder Rückgabe des Bildes oder — Zahlung von 1000 K! Man muß also wohl nach Analogie der §§ 949, 952, 953 zu „Wert" ergänzen: „soweit ihn der Vermächtnisnehmer noch besitzt".[21]) Hat also z. B. der Vermächtnisnehmer das Bild um 300 K verkauft, so mag er sich von dem Beitrage durch Herausgabe des „gelösten Wertes" befreien.[22])

Hat der Erbe die Vorsicht des § 692 bei der Auszahlung des Vermächtnisses beobachtet, so kann der Vermächtnisnehmer die Hereinbringung des Beitrages aus der Sicherstellung nicht durch die Ersetzungsbefugnis abwenden.[23])

Den Rückforderungsanspruch des Erben können die Nachlaßgläubiger (und die Pflichtteilsberechtigten) pfänden. Der Anspruch dient auch ihrem Interesse, er sichert ihnen den Vorrang vor den Vermächtnisnehmern. Der Erbe kann deshalb zwar für seine Person auf die Rückforderung verzichten, gegenüber den Gläubigern ist jedoch der Verzicht ungültig, ohne daß es dazu erst einer Anfechtung bedürfte. Sie können den Rückforderungsanspruch[24]), auch wenn ihn der Erbe selbst nicht geltend machen könnte, pfänden und sich überweisen lassen, insbesondere auch, wenn der

---

[19]) Anders also, wenn der Erbe in Kenntnis der Überschuldung zuviel gezahlt hat. Entsch. Slg. XV Nr. 5750. Art. 565 Schweiz. ZGB.

[20]) Unger § 66 Note 12, Pfaff und Hofmann S. 532 f.

[21]) Ehrenzweig, Der Wert als Gegenstand der Bereicherung GZ. 1892 Nr. 4, 5.

[22]) Ehrenzweig a. a. O. Note 56.

[23]) Teilnahme der Vermächtnisnehmer an Prozessen über das Bestehen einer Nachlaßforderung: Entsch. Slg. III Nr. 1007; über das Nichtbestehen einer Nachlaßschuld: Entsch. Slg. I Nr. 426.

[24]) Vgl. oben § 413 Note 12.

Erbe die Mehrzahlung in Kenntnis der Überschuldung geleistet hat[25]) und selbst wenn dem Erben die Wohltat des Inventars nicht zusteht.[26])

IV. Es gibt Fälle, in welchen dem Vermächtnisnehmer anstatt des vermachten Gegenstandes ein Ersatzgegenstand gebührt. Hieher gehören:

1. die oben § 505, IV angeführten Fälle des § 725: Schuldgegenstand statt der Forderung, Erlös, verwandelte Sache;

2. der Fall, daß sowohl der beschwerte Vermächtnisnehmer als auch derjenige, dem sodann das beschwerte Vermächtnis zufällt, es ausschlägt; hier erhält der Untervermächtnisnehmer statt des Untervermächtnisses das beschwerte Vermächtnis selbst (§ 650);

3. der Fall, daß der Vermächtnisnehmer die vermachte Sache nach der Errichtung des Vermächtnisses entgeltlich an sich gebracht hat; er erhält nur den ordentlichen Wert bezahlt (§ 661);

4. der Fall, daß der Erblasser den Ankauf einer fremden Sache für den Vermächtnisnehmer anordnet, der Eigentümer sie aber um den Schätzungswert nicht veräußern will; auch hier erhält der Vermächtnisnehmer den Schätzungspreis (§ 662); ebenso auch

5. wenn der Vermächtnisnehmer für seine Person unfähig ist, die ihm vermachte Sache zu besitzen (§ 654; oben § 517, II).

§ 520.

2. Besondere Fälle.

Für bestimmte Arten der Vermächtnisse hat das Gesetz besondere, zum Teile in wertlosen Auslegungsregeln bestehende Vorschriften aufgestellt. Diese Regeln können „durch entgegengesetzte stärkere Vermutungsgründe aufgehoben werden" (§ 683, Satz 2, vgl. § 655). Die Hauptfälle sind:

1. Das Gattungsvermächtnis (§§ 656 bis 659).[1]) Verwandt und analog zu behandeln ist das Wahlvermächtnis.[2]) Die Wahl hat im Zweifel der Erbe als der Beschwerte.[3]) „Er muß aber ein Stück wählen, wovon der Legatar Gebrauch machen kann" — also nicht immer das

[25]) Dagegen Entsch. Slg. XV Nr. 5750.

[26]) In diesem Falle ist die Zahlung gewiß keine „unentgeltliche Verfügung" (Alb. Ehrenzweig, Komm. zur AnfO. S. 77 Note 84), dennoch muß den Gläubigern geholfen werden. Vgl. l. 22 § 5 Cod. de jure delib. 6, 30: cum satis absurdum sit, creditoribus quidem jus suum persequentibus legitimum auxilium denegari, legatariis vero, qui pro lucro certant, suas partes leges accommodare. Cod. Ther. II 21 n. 129. Gruchot, Preuß. Erbrecht I S. 192. Art. 809 Code civil. § 222 DKO., § 3a DAnfG. — A. M. Krainz unter Berufung auf die (eine ganz andere Frage betreffende) Entsch. Slg. Nr. 1253.

[1]) Fischer-Colbrie, Über das Vermächtnis von Gattungssachen Grünhuts Zeitschr. 41, 167.

[2]) Oben § 297 bei Note 14.

[3]) Darin kann ein großer Vorteil für ihn liegen, so z. B. wenn er unter verschiedenartigen Papieren von gleichem Nennwerte (z. B. dreiprozentigen und sechsprozentigen) zu wählen hat. Entsch. Slg. V Nr. 1812.

schlechteste. „Wird dem Legatar überlassen, eine von den mehreren Sachen zu nehmen oder zu wählen, so kann er auch die beste wählen" (§ 656). Stirbt der wahlberechtigte Vermächtnisnehmer vor der Wahl, so geht das Wahlrecht nicht wie sonst bei Wahlschulden auf seine Erben über, sondern das Gericht wählt mit Rücksicht auf Stand und Bedürfnis des Verstorbenen (nicht seiner Erben), § 659, Satz 3. „Der Erblasser kann die Auswahl, welche Sache aus mehreren der Legatar haben soll, auch einem Dritten überlassen. Schlägt sie dieser aus oder ist er vor der getroffenen Auswahl gestorben, so bestimmt die Gerichtsbehörde das Legat mit Rücksicht auf den Stand und das Bedürfnis des Legatars" (§ 659, Satz 1 und 2). Steht das Wahlrecht mehreren Bedachten oder Beschwerten zu, so entscheidet, wenn sie sich nicht einigen können, der Richter (analog § 841). Steht es mehreren Dritten zu, so entscheidet zunächst Stimmenmehrheit (analog § 1057) und nur, wenn kein Mehrheitsbeschluß zu stande kommt, der Richter.[4])

Zu wählen ist zunächst unter den im Nachlasse vorhandenen Sachen der bestimmten Gattung; reichen sie nicht aus, so muß der Erbe das Fehlende anschaffen (§ 658). Hat aber der Erblasser „eine oder mehrere Sachen ausdrücklich nur aus seinem Eigentum vermacht", so muß sich der Vermächtnisnehmer mit dem Vorhandenen begnügen, geht also ganz leer aus, wenn der Erblasser derlei Sachen überhaupt nicht hinterlassen hat (§ 657). Beispiel: „Dem Peter vermache ich ein Staatslos" es, ist keines im Nachlasse vorhanden. Der Erbe muß nun ein Staatslos anschaffen (§ 658). Hieße es: „Dem Peter vermache ich eines meiner Staatslose", es wäre aber keines da, so erhielte Peter nichts (§ 657).

Das Vermächtnis einer Geldsumme muß immer entrichtet werden, „ohne Rücksicht, ob bares Geld in der Verlassenschaft vorhanden sei oder nicht" (§ 658, Satz 2). Zweifel können entstehen, wenn der Erblasser den Fonds bezeichnet hat, aus dem das Geld entnommen werden soll, und die bezeichnete Quelle (z. B. die Einlage eines bestimmten Sparkassebuches) nicht ausreicht.[5]) Die gemeinrechtlichen Schriftsteller unterschieden hier, ob der Fonds taxationis oder demonstrationis causa angewiesen sei[6]), d. h. ob der Erblasser die Verpflichtung des Erben begrenzen oder ihm bloß eine Anweisung (oder gar nur eine unverbindliche Belehrung) für die Beschaffung der jedenfalls erforderlichen Geldmittel geben wollte. So sehr nun hier alles auf die Umstände des Falles, insbesondere auf den sonstigen Inhalt des letzten Willens ankommt, kann doch wohl im Notfalle § 658, Satz 2 auch zur Lösung dieses Zweifels herangezogen und danach in Ermanglung stärkerer Vermutungsgründe zu Gunsten des Vermächtnisnehmers entschieden werden.[7])

[4]) Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 420.

[5]) Dernburg, Preuß. Privatr. III § 150, BürgR. V § 83, Pfaff und Hofmann II S. 418 f.

[6]) Gruchot, Preuß. Erbrecht II S. 44 Note 2.

[7]) Entsch. Riehl II S. 709, auch — jedoch die Aufstellung einer durchgreifenden Regel mit Recht ab-

Die Wiederholung des Vermächtnisses einer Gattungssache[8]) bewirkt im Zweifel, daß der Bedachte den nämlichen Betrag mehrfach erhält (§ 660, Satz 2); um so mehr müssen verschiedene Summen, die demselben Vermächtnisnehmer zugedacht worden sind, alle bezahlt werden.

2. Das Vermächtnis einer bestimmten Sache ist wirkungslos, wenn sie weder dem Bedachten noch dem Beschwerten[9]) gehört (§ 662, Satz 1); dies auch dann, wenn sie zur Zeit der Anordnung Eigentum des Erblassers war. Es bedarf dann nicht erst des Nachweises, daß der Erblasser die Sache veräußert hat (§ 724), vielmehr müßte der Vermächtnisnehmer, der gemäß § 725 einen Ersatzgegenstand verlangt, die besonderen Voraussetzungen dieses Anspruches erweisen.[10]) Auch darauf kommt nichts an, ob der Erblasser, der eine fremde Sache vermacht hat, über das Eigentumsverhältnis geirrt hat oder nicht.[11]) Soweit aber die Rechte des Erblassers oder des Beschwerten an der vermachten Sache reichen, gebühren sie nun dem Bedachten (§ 662, Satz 2): also etwa Miteigentum oder ein Forderungsrecht auf Lieferung der Sache. Gültig ist auch die ausdrückliche Anordnung, daß eine bestimmte fremde Sache für den Vermächtnisnehmer gekauft werden solle (§ 662, Satz 4): Verschaffungsvermächtnis. Doch muß auch in diesem Falle der Erbe die Sache dem Bedachten nicht um jeden Preis beschaffen oder etwa, wenn sie nicht zu haben ist, das Interesse (den außerordentlichen Wert) vergüten. Sie würde den Erben teuer zu stehen kommen, „wenn der Besitzer weiß, daß der Erbe sie dem Legatar auch um den außerordentlichen Wert verschaffen müsse. Zu geschweigen, daß man dadurch auch ein ungerechtes Einverständnis zwischen dem Legatar und dem Besitzer der Sache zum Nachteile des Erben begünstige".[12]) Deshalb hat der Erbe nach § 662, Satz 3 dem Bedachten, wenn der Eigentümer die Sache um den Schätzungspreis nicht veräußern will, nur diesen Wert zu entrichten.[13]) Abgesehen von dem Falle des Verschaffungsvermächtnisses hat der Erbe dem Bedachten zwar, wenn der Erblasser im redlichen Besitze der fremden Sache war, den Besitz zu überlassen, haftet jedoch nicht für den Fall der Entwehrung. Der Bedachte kann möglicherweise das

lehnend — Pfaff und Hofmann a. a. O.

[8]) Klug, Z. L. der §§ 1248 und 660 JurZ. 1890 Nr. 33, Fischer-Colbrie a. a. O. S. 175.

[9]) Vgl. z. B. Entsch. Slg. IV Nr. 1469. Die Sache des Beschwerten ist selbst dann gültig vermacht, wenn sie der Erblasser irrig für sein eigen gehalten hat. Auch dann bleibt das Vermächtnis gültig, wenn die Sache nur einem von mehreren mit dem Vermächtnis Beschwerten gehört: Pfaff und Hofmann S. 397 f., 435.

[10]) Entsch. Slg. X Nr. 3909, oben § 505 Note 34.

[11]) Wenn freilich aus den Worten des Vermächtnisses erhellt, daß der Testator das fremde Eigentum kannte und die Sache gleichwohl dem Legatar zuwenden wollte, dann ist es so gut, als hätte er ihren Ankauf angeordnet. Vgl. Pfaff und Hofmann S. 426 bis 429, 435 f., Pfaff in den JBl. 1884 Nr. 16 S. 183.

[12]) Ofner, Prot. I S. 397.

[13]) Sollte einem Vermächtnisnehmer dieselbe Sache von zwei Erblassern vermacht sein, so könnte er allerdings ihren Wert zweimal in Anspruch nehmen. Pfaff und Hofmann S. 434.

Eigentum durch Ersitzung erwerben. War die vermachte Sache zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses bereits Eigentum des Bedachten, so ist das Vermächtnis wirkungslos. Man denke an den Fall, daß der Erblasser unbegründete Eigentumsansprüche in dieser Form aufgibt. Das Vermächtnis bleibt auch dann wirkungslos, wenn sich der Bedachte nachher des Eigentums entäußert hat.[14]) War die vermachte Sache zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses noch nicht Eigentum des Bedachten, hat er aber sodann das Eigentum erworben, so wird ihm der ordentliche Wert bezahlt. „Wenn er es aber von dem Erblasser selbst, und zwar unentgeltlich erhalten hat, ist das Vermächtnis für aufgehoben zu halten" (§ 661). Dabei ist übersehen, daß § 724 den Widerruf vermutet, wenn der Erblasser die Sache — entgeltlich oder unentgeltlich — veräußert und nicht wieder zurückerhalten hat. § 724 verdient, weil er dem mutmaßlichen Willen des Erblassers entspricht[15]), den Vorzug. Die Wiederholung des Vermächtnisses einer bestimmten Sache hat nicht die Wirkung, daß es wiederholt geleistet werden müßte: § 660, Satz 1.[16])

3. Das Vermächtnis einer Forderung. Man stellt dahin folgende Fälle:[17])

a) Das eigentliche Forderungsvermächtnis, d. h. das Vermächtnis einer Forderung, die dem Erblasser gegen einen Dritten zusteht. Es hat die Wirkung, daß der Erbe die Forderung samt den rückständigen Zinsen dem Bedachten zu überlassen hat: § 664[18]), und zwar unter Ausschließung der Haftung[19]) für die Richtigkeit und Einbringlichkeit: § 1397. Das Vermächtnis aller „ausstehenden Forderungen" wird dahin ausgelegt, daß es nicht umfaßt die Hypothekarforderungen, die Forderungen aus Wertpapieren und die dinglichen Ansprüche mit Einschluß der persönlichen Rückforderungsansprüche aus dem Verwahrungsvertrage, dem Bestandvertrage u. dgl.[20])

b) Das Befreiungsvermächtnis, d. h. das Vermächtnis einer Forderung[21]), die dem Erblasser[22]) gegen den Vermächtnisnehmer selbst

---

[14]) Pfaff und Hofmann S. 430, Krasnopolski S. 128; a. M. Unger § 67 Note 14.

[15]) Dies geben Pfaff und Hofmann II S. 432 zu, obwohl sie zu Gunsten des § 661 entscheiden.

[16]) Anders, wenn jemandem erst eine bestimmte Sache und dann ein Stück derselben Gattung vermacht wurde, z. B. das Pferd A und dann ein Reitpferd im allgemeinen; hier werden im Zweifel beide Vermächtnisse entrichtet werden müssen. Pfaff und Hofmann S. 425.

[17]) Über das Ungenaue in dieser Zusammenstellung vgl. ebda. S. 438.

[18]) Die Beschränkung des § 686 trifft die Zinsen nicht; vgl. oben § 519 Note 4. Die Forderung geht erst durch die vom Beschwerten vorgenommene Abtretung auf den Bedachten über: Pfaff und Hofmann S. 442.

[19]) Sie ist ausgeschlossen „teils weil die Zession eine unentgeltliche, noch mehr aber, weil sie eine unfreiwillige ist". Pfaff und Hofmann S. 443 f.

[20]) Ebda. S. 445 ff.

[21]) Daß in diesem Vermächtnis dem Schuldner eine Forderung vermacht werde, ist wirtschaftlich richtig, juristisch falsch. Pfaff und Hofmann S. 440 f. überhaupt: H. Krüger, Die liberatio legata in geschichtlicher Entwicklung in Grünhuts Zeitschr. 21 S. 289 ff.

[22]) Es kann sich auch um eine Forderung des Beschwerten handeln,

zusteht. Es hat den Sinn, dem Bedachten die Schuld und alle noch nicht berichtigten Zinsen nachzulassen, und verpflichtet daher den Erben zur Rückstellung des Schuldscheines; besteht kein Schuldschein, so muß der Erbe eine schriftliche Bestätigung ausfertigen, daß Schuld und Zinsen aufgehoben seien: § 663. Dieses Vermächtnis bezieht sich aber nicht auf die später entstandenen, beschränkt sich vielmehr im Zweifel[23]) auf die zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses vorhanden gewesenen Schulden: § 666, Satz 1. „Wird durch ein Vermächtnis das Pfandrecht oder die Bürgschaft erlassen, so folgt daraus nicht, daß auch die Schuld[24]) erlassen worden sei. Werden die Zahlungsfristen verlängert, so müssen doch die Zinsen fort bezahlt werden" (§ 666, Satz 2, 3). Auch erstreckt sich die Befreiung im Zweifel nicht auf die von diesem Vermächtnisse zu entrichtende Gebühr.[25])

c) Das Schuldvermächtnis, d. h. gewissermaßen das Vermächtnis einer Forderung[26]), die dem Bedachten gegen den Erblasser zusteht. Dieses Vermächtnis ist nur insofern von Wirkung, als dadurch dem Gläubiger entgegenstehende Einwendungen beseitigt und ein entfernterer Zahlungstermin durch die für Vermächtnisse im allgemeinen bestimmte Zahlungsfrist (§ 685) näher gerückt wird (§ 665).[27]) Als Vermächtnis kann eine solche Anerkennung des Erblassers den gefährdeten Nachlaßgläubigern nicht zum Nachteile gereichen (§ 665, Schlußsatz). „Wenn der Erblasser einer Person eine Summe schuldig ist und ihr eine gleiche Summe vermacht, so wird nicht vermutet, daß er die Schuld mit dem Vermächtnisse habe tilgen wollen. Der Erbe bezahlt in diesem Falle die Summe doppelt; einmal als Schuld und dann als Vermächtnis" (§ 667).[28]) Um so weniger ist ein Schuldvermächtnis anzunehmen, wenn der Erblasser seinem Gläubiger ohne Hinweis auf die Schuld eine geringere oder eine größere Summe oder eine nicht geschuldete Sache vermacht hat.[29]) Das Vermachte wird also dem Gläubiger nicht auf seine Schuld angerechnet. Deshalb ist auch bei Vermächtnissen an Dienstpersonen im

wie denn auch in dem an ihn gerichteten Befehl des Erblassers, den Schuldner von einer Schuld zu befreien, ein solches Vermächtnis gelegen ist. Pfaff und Hofmann S. 441, 442.

23) Anders z. B. wenn der Erblasser sagt: „Alle sich vorfindenden Schuldforderungen erkläre ich für erloschen." Hier ist wohl an die Zeit des Ablebens gedacht: Entsch. Slg. Nr. 1317.

24) Die persönliche Haftung, die Hauptschuld.

25) Auch für dieses Vermächtnis gilt vielmehr § 73 Z. 2 GebG. Entsch. Slg. VIII Nr. 3220.

26) Das Schuldvermächtnis ist genau genommen nie das Vermächtnis einer Forderung, sondern immer das des als geschuldet bezeichneten Gegenstandes: Pfaff und Hofmann S. 438 f., 447. — Vgl. auch Seewald-Rzeznik, Ein interessanter Erbrechtsfall in der NotZ. 1883 Nr. 4, 5.

27) Über die Bedeutung der Stelle: „ohne Rücksicht auf die . . . Fristen. . ." (§ 665) vgl. Pfaff und Hofmann S. 448 f. — Entsch. Slg. Nr. 4322: sei die Schuld vom Erblasser nur der Ziffer nach ausgedrückt und der Schuldgrund nicht angegeben, so brauche dieser vom Bedachten nicht erwiesen zu werden.

28) ALR. I 12 §§ 439, 440. Dazu Gruchot, Preuß. Erbrecht II S. 67.

29) Stubenrauch 8. Aufl. I S. 862 Note 1. Das Gesetz entscheidet nur den Fall der Summengleichheit, weil nur

Zweifel nicht anzunehmen, daß der Erblasser hiemit den rückständigen Lohn habe tilgen wollen.[30]) Stärkere Vermutungsgründe können eine andere Entscheidung rechtfertigen.[31]) So wenn ein Schuldner, der einen besonderen Grund hat, die Schuld geheimzuhalten, aber doch darauf achten muß, daß der Gläubiger das Seinige erhält, ihm gerade den Betrag hinterläßt, den er ihm schuldet[32]), oder wenn dem Bediensteten die letztwillige Zuwendung eines angemessenen Lohnes in Aussicht gestellt[33]) und sodann tatsächlich ein wenn auch karger Betrag vermacht worden ist.[34])

4. Das Vermächtnis des Heiratsgutes. Die Frau kann dem Manne die Befreiung von der Zurückstellung des Heiratsgutes, der Mann kann der Frau das geschuldete Heiratsgut vermachen; das sind Schulbeispiele für das Befreiungs- und das Schuldvermächtnis (§ 669). Etwas anderes ist es, wenn ein Dritter (nicht der Gatte) einer Frauensperson ein „Heiratsgut" vermacht, also eine Ausstattung (Dotierung, oben § 435). Das Maß eines solchen Vermächtnisses wird, wenn der Erblasser keine genauere Anordnung getroffen hat, nach § 670 bestimmt. Über § 671 vgl. oben § 513, II.

5. Das Vermächtnis des Lebensunterhalts. Bei seiner Errichtung kann sich der Erblasser verschiedener Ausdrücke bedient haben. Vermacht er den Unterhalt, so versteht man darunter Nahrung, Kleidung, Wohnung und die übrigen Bedürfnisse auf lebenslang, sowie den etwa nötigen Unterricht; das gleiche, beschränkt auf die Dauer der Minderjährigkeit, ist in dem Vermächtnisse der Erziehung begriffen; hat der Erblasser bloß die Kost vermacht, so wird darunter nur die Nahrung, aber auf lebenslang verstanden (§ 672). „Unterhalt und Erziehung unterscheiden sich bei gleichem Inhalte durch die Dauer, Unterhalt und Kost bei gleicher Dauer durch den Inhalt."[35]) Der Richter darf annehmen, daß der Erblasser das nicht weiß! Ist der „Unterhalt" einem kleinen Kinde vermacht, so dauert er nur bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit[36]), es wäre denn nach dem Stande der Beteiligten glaublich, daß der Erblasser dem Bedachten nicht zumuten wollte, sich jemals selbst zu erhalten (Apanage); der einem Bediensteten vermachte Unterhalt (Ruhegehalt) wird hingegen ohne Rücksicht auf Selbsterhaltungsfähigkeit lebenslänglich dauern. Auslegungsregeln wie die des § 672 (und der folgenden Paragraphen) sind

über diesen im gemeinrechtlichen Schrifttum gestritten wurde. Kreittmayr, Anmerkungen III S. 544.

[30]) Art. 1023 Code civil, vgl. Art. 845 ital., Art. 873 span., Art. 1820 portug. GB.

[31]) Vgl. Hortens Entw. II 12 § 29: „wenn die Schuld bloß aus Freigebigkeit und gutem Willen herrühret oder wenn es eine dem Erblasser von unseren Gesetzen auferlegte Schuldigkeit ist". Kreittmayr a. a. O.

[32]) Vgl. Entsch. Slg. Nr. 493, wo das Beichtgeheimnis den Erblasser zur Verschleierung des Sachverhaltes veranlaßte. Dazu Pfaff und Hofmann II S. 454.

[33]) Oben § 373 Note 16.

[34]) Das unzulängliche Vermächtnis ist also in den Lohn einzurechnen. Entsch. Slg. Nr. 16.125. Stubenrauch a. a. O.

[35]) Pfaff und Hofmann S. 464. Über das Vermächtnis der Dienstbelassung ebda. S. 465 f., v. Wildner, „Das Legat der Dienstbelassung" Jurist Bd. 14 S. 413 ff. Entsch. Slg. Nr. 6558.

[36]) Entsch. Slg. Nr. 5883.

nicht geeignet, Streitfragen zu entscheiden; vielmehr rufen sie solche künstlich hervor, wo sonst gar kein Anlaß zu einem Streite gegeben wäre. Das Maß des Unterhaltes usw. richtet sich in Ermanglung besonderer Bestimmung nach der etwa bisher vom Erblasser bereits gewährten Aushilfe, sonst nach dem eigenen Stande des Vermächtnisnehmers oder jenem, wozu er durch die genossene Verpflegung vorbereitet worden ist (§ 673).[37]) Wird zum Unterhalte eine bestimmte Rente ausgesetzt, so gelten die Regeln des Rentenvermächtnisses (§ 687), aber die einzelnen Leistungen sind, wenn der Erblasser nichts anderes verfügt hat, monatlich im voraus zu entrichten.[38])

6. Das Vermächtnis der Mobilien, des Hausrates (der Einrichtung). Vermacht der Erblasser seine Mobilien (Möbel), so versteht man darunter die zum anständigen Gebrauche der Wohnung[39]), vermacht er den Hausrat oder die Einrichtung, zugleich die zur Führung der Haushaltung erforderlichen Gerätschaften, nicht auch die Werkzeuge zum Betriebe eines Gewerbes, es sei denn darauf mit einem bestimmten Ausdruck hingewiesen: § 674. Die Ausdrücke „Mobilien" und „Möbel" hält § 674 für gleichbedeutend!

7. Das Vermächtnis eines Behältnisses.[40]) Ist es ohne näheren Beisatz vermacht, so ist zu unterscheiden: Kann es als eine juristisch selbständige[41]) Sache angesehen werden, so gebührt dem Bedachten nur das Behältnis (§ 676), sonst nur der beim Tode des Erblassers darin vorgefundene Inhalt[42]), wofern das Behältnis seiner Natur nach zu dessen Aufbewahrung bestimmt ist oder vom Erblasser gewöhnlich dazu verwendet wurde (§ 675). Behältnis und Inhalt gebühren dem Vermächtnisnehmer, wenn sie ausdrücklich beide vermacht wurden oder jenes ein Zubehör von diesem bildet. Diesem Falle ist gleichgehalten der Fall des Vermächtnisses von Flüssigkeiten, wo die zu ihrer Verführung[43]) bestimmten Gefäße mitverstanden sind: § 677, Schlußsatz. Das Vermächtnis eines Schrankes u. dgl. mit allen darin befindlichen Sachen wird dahin verstanden, daß auch Gold und Silber, Schmuck und bares Geld, sogar die dem Erblasser vom Vermächtnisnehmer ausgestellten Schuldscheine darin begriffen sind, obwohl dies Gegenstände sind, die man sonst bestimmter zu bezeichnen pflegt. Andere darin vorfindliche Schuldscheine[44]) und Urkunden werden unter dem mitvermachten Inhalte

[37]) Auch die Höhe des Nachlasses ist in Betracht zu ziehen. Hémard in der Revue trim. 1910 S. 458.

[38]) Pfaff und Hofmann S. 526. A. M. Saxl, Eine alte Quelle des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches in Grünhuts Zeitschr. 24, 448.

[39]) Dazu Pfaff und Hofmann S. 467 f.

[40]) Cod. Ther. II 16 n. 334—337.

[41]) Die Worte „beweglich oder doch" im § 676 sind zu streichen; sie sind bei schleuderhafter Beseitigung von Beispielen stehen geblieben. Oder soll der mit der mittleren Schreibtischlade Bedachte wirklich die leere Lade bekommen, bloß weil sie beweglich ist?

[42]) Das Behältnis selbst ist in diesem Falle gar nicht mitvermacht. Pfaff und Hofmann S. 470.

[43]) Nicht: zur dauernden Aufbewahrung.

[44]) Auch Wertpapiere sind gemeint. Pfaff und Hofmann S. 473 Note 23.

nur verstanden, wenn sonst nichts in dem Behältnisse vorgefunden wurde: § 677. Bei alledem ist nur bemerkenswert, daß das Gesetz derartige Verfügungen überhaupt gelten läßt und damit dem Erblasser die Möglichkeit eröffnet, ganz formlos — durch das bloße Herausnehmen oder Hineinlegen — den Inhalt seines letzten Willens zu ändern. Die einzelnen Auslegungsregeln werden oft genug den „stärkeren Vermutungsgründen" weichen. Eine Sache, die sich zur Zeit des Todes zufällig im Behältnisse nicht befindet, etwa weil sie der Erblasser eben benützt hat, wird trotz § 675 als mitvermacht gelten.[45]) Findet man Wertpapiere in einem Umschlage und auf diesem die eigenhändige letztwillige Verfügung: „Dies vermache ich dem Peter . . .", so sind trotz § 676 die Wertpapiere und nicht der „für sich bestehende" Umschlag vermacht und die Wertpapiere sind trotz § 677, Satz 2 auch dann vermacht, wenn sich außer ihnen in dem Umschlage ein Bild, eine Münze, ein Buch oder dgl. befindet.

8. Ganz wertlos sind die Bestimmungen über das Vermächtnis von Juwelen, Schmuck, Putz, Kleidung, Wäsche, Gold, Silber, Equipage, Barschaft[46]), §§ 678 bis 680. Es kann dahingestellt bleiben, ob das Gesetz Halbedelsteine zu den Juwelen oder zum Schmucke, ein Spitzenkleid zum Putze oder zur Kleidung rechnet u. dgl. Für alle Fälle ist festzuhalten, daß von der gesetzlichen Auslegung aus überwiegenden Gründen (§ 683), also nicht nur dann abgewichen werden kann, wenn der Erblasser mit gewissen Ausdrücken einen ihm eigenen besonderen Sinn zu verbinden gewohnt war[47]), oder wenn das Vermächtnis sonst ohne Wirkung wäre (§ 655), sondern auch dann, wenn der allgemeine Sprachgebrauch dem vom Gesetzgeber abgefaßten Lexikon widerstrebt, das übrigens nur für deutsche Testamente in Betracht kommen könnte.

§ 521.

D. Person des Vermächtnisnehmers.

Auch die Bezeichnung des Vermächtnisnehmers kann zu Zweifeln Anlaß geben.

1. Gebraucht der Erblasser den Ausdruck „Kinder", so ist zu unterscheiden (§ 681):

a) Sind die eigenen Kinder bedacht, so umfaßt der Ausdruck auch die an Stelle vorverstorbener Kinder tretenden Nachkömmlinge.[1]) Diese Auslegungsregel ist nicht zu verwechseln mit der weitergehenden Bestimmung des § 779[2]), kraft welcher auch das einem bestimmten, namentlich bezeichneten Kinde Zugewendete dessen eintrittsberechtigten Nachkommen gleichsam als gesetzlichen Ersatzerben oder Ersatzvermächtnisnehmern zufällt (oben § 495, III, 3);

[45]) Vgl. z. B. Entsch. Slg. Nr. 162.
[46]) Über das vieldeutige Vermächtnis der „Effekten" vgl. Pfaff und Hofmann S. 469.
[47]) Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte 3. Aufl. S. 281.
[1]) § 2068 DBGB.
[2]) § 2069 DBGB.

b) sind aber die Kinder eines andern bedacht, so sind nach dem Gesetze nur Söhne und Töchter gemeint. Es wäre besser gewesen, für diesen Fall[3]) dieselbe oder (wie das deutsche bürgerliche Gesetzbuch) gar keine Auslegungsregel aufzustellen.

Für beide Fälle[4]) gilt im Zweifel die Regel, daß nur diejenigen Nachkömmlinge bedacht sind, die beim Ableben des Erblassers schon erzeugt waren. Bedenkt er also die Kinder seiner Tochter oder die Kinder seiner Schwester, so sind nur die zur Zeit des Todes, nicht auch die später erzeugten Kinder bedacht, wenn sie nicht ausdrücklich eingeschlossen sind. Es muß aber immer wieder an die mögliche Entkräftung dieser wie aller anderen Auslegungsregeln durch „stärkere Vermutungsgründe" (§ 683) erinnert werden.

2. Eine ohne nähere Bestimmung für die „Verwandten" des Erblassers oder eines Dritten ausgesetztes Vermächtnis gebührt denjenigen Verwandten[5]), die zur Zeit des Erbfalles zur gesetzlichen Erbfolge nach dem Erblasser oder dem Dritten berufen wären, und zwar nach der Ordnung der gesetzlichen Erbfolge (§ 682).[6]) Sind neben dem Ehegatten oder Kindern auch die „Verwandten" bedacht, so sind gewöhnlich die Verwandten der zweiten Linie (oder die Großeltern) gemeint, die erben würden, wenn keine Kinder da wären[7]), nicht aber Nachkommen verstorbener Großeltern.[8]) Mit § 682 steht § 651 nicht im Widerspruche. Dieser Paragraph ist anzuwenden, wenn der Erblasser die Verteilung von Andenken, Almosen u. dgl. unter eine „gewisse Klasse von Personen, als: Verwandte, Dienstpersonen oder Arme" angeordnet hat (Verteilungsvermächtnis). Er kann die Verteilung, welchen aus diesen Personen und was jeder zukommen soll, dem Erben oder einem Dritten überlassen. Hat er hierüber nichts bestimmt, so bleibt die Auswahl dem Erben vorbehalten. Dafür, daß zwischen §§ 651 und 682 kein Widerspruch bestehe[9]), spricht schon der Umstand, daß sie ganz Verschiedenes

[3]) Vgl. z. B. Entsch. Slg. XI Nr. 4207.

[4]) Nicht bloß für den Fall unter a, wie man nach der Fassung des § 681 glauben könnte. Entsch. Slg. Nr. 1498. Staudinger in der ZfRuSt. 1829 II S. 299, Pfaff und Hofmann I S. 482 f., Stubenrauch 8. Aufl. I S. 870. ALR. I 12 § 527. Gruchot II S. 188 ff.

[5]) Im Zweifel nur leiblichen Verwandten, nicht dem Wahlkinde (Entsch. Slg. I Nr. 116) oder dem Ehegatten.

[6]) Das gilt auch, wenn der Ausdruck „nächste Verwandte" gebraucht wurde; doch können besondere Umstände (vgl. z. B. Entsch. Slg. Nr. 12.607) für den Vorzug des näheren Grades sprechen. Vgl. § 2067 DBGB.

[7]) Pfaff und Hofmann S. 484.

[8]) Für diese Einschränkung spricht § 757 und nicht minder die Erfahrung der Urkundenverfasser: M. Reich, NotHandb. S. 335.

[9]) Unger § 57 Anm. 7, Pfaff und Hofmann S. 401 ff., 483 ff. Auch Nagel GZ. 1866 Nr. 46 bezieht den § 651 auf den besonderen Fall, wenn die letztwillige Anordnung die Bestimmung enthält, daß zwar jemandem die Verteilung, welchen Verwandten und was jedem zukommen soll, überlassen sei, aber nicht ausgedrückt ist, wer dieselbe vorzunehmen habe; sowohl § 651 als § 682 spreche aber nur von den Verwandten des Erblassers. Krainz bezieht den § 682 auf die eigenen Verwandten des Erblassers, den § 651 auf die Verwandten eines Dritten.

enthalten: Die §§ 681 bis 683 geben bloße Worterklärungen und diese sind selbst auf Erbeinsetzungen anwendbar, während § 651 eine Abmilderung der für die Erbeinsetzungen geltenden strengen Regel des § 564 für Vermächtnisse enthält: der Erblasser soll die Austeilung der Vermächtnisse nicht notwendig bis ins einzelne selbst vornehmen müssen, er soll sie auch einem andern (im Zweifel: dem Erben) auftragen können; es genügt, wenn er selbst nur den Kreis der Personen, aus denen zu wählen ist (nicht allzuweit), bezeichnet und den zu verteilenden Gesamtbetrag angibt.[10]) Von diesem Standpunkte aus ist es dann unbedenklich, § 682 auf Vermächtnisse für eigene, wie für fremde Verwandte zu beziehen.

3. Hat der Erblasser seinen Dienstboten oder seinen sonstigen „Dienstpersonen"[11]) ein Vermächtnis hinterlassen und sie bloß durch das Dienstverhältnis bezeichnet, so wird nach § 683 vermutet, daß es diejenigen erhalten sollen, die zur Zeit seines Ablebens in dem Dienstverhältnisse stehen. Hat der Erblasser die Dienstpersonen eines andern bedacht, so kann diese Regel unter Umständen analog angewendet werden.[12])

4. Zuwendungen an Arme sind Verteilungsvermächtnisse (§ 651), wenn eine Summe unter bestimmte Arme — einen eng begrenzten Kreis — zu verteilen ist; sie sind Auflagen, wenn es dem Erben anheimgestellt ist, beliebige Arme nach seiner Wahl zu beteilen; sonst aber, wenn ein Betrag einfach „den Armen" hinterlassen wird, fällt das Vermächtnis dem Armenfonds zu (HfD. vom 3. Juni 1846, JGS. Nr. 964). Auch bestehen besondere Vorschriften über unbestimmte Vermächtnisse für „fromme Werke (oder Zwecke)", so HfD. vom 7. April 1831 u. a.

§ 522.

E. Fälligkeit des Vermächtnisses.

I. Der Zahlungstag (oben § 518) fällt bei gewissen besonders begünstigten Vermächtnissen[1]) mit dem Anfallstage zusammen: sie können „sogleich" gefordert werden (§ 685). Tatsächlich werden auch diese Ver-

[10]) Pfaff und Hofmann S. 402. Vgl. § 2151 DBGB.: „Der Erblasser kann mehrere mit einem Vermächtnis in der Weise bedenken, daß der Beschwerte oder ein Dritter zu bestimmen hat, wer von den mehreren das Vermächtnis erhalten soll." Gültig ist daher auch die Anordnung, daß der Bedachte das Vermächtnis einem seiner Söhne (als Nachvermächtnis) hinterlassen solle. A. M. Daninger NotZ. 1911 Nr. 11. Ein „Verteilungsvermächtnis" ist dies freilich nicht. Aber § 564 gilt eben nur für die Erbeinsetzung.

[11]) Entsch. Slg. III Nr. 1225. Veranlassung zu der vorbildlichen Bestimmung des ALR. I 12 § 548 gab die Verfügung einer preußischen Prinzessin (1786), womit „den beiden Kavalieren" je eine mit Brillanten besetzte Dose vermacht war. Die kurz vor dem Tode der Prinzessin in deren Dienst getretenen Kavaliere machten ihren Vorgängern das Vermächtnis streitig und gewannen den Prozeß. Dernburg, Preuß. Privatrecht III § 120.

[12]) Pfaff und Hofmann S. 401, 484.

[1]) Vgl. Harrasowsky, Cod. Ther. II S. 320 f. Anm. 4.

mächtnisse nicht sofort nach dem Verscheiden des Erblassers ausbezahlt werden. Die Vermächtnisnehmer müssen sich vielmehr aus verschiedenen Gründen einen oft ziemlich langen Aufschub gefallen lassen.[2]) Dafür werden sie durch die vom Todestage an laufenden Verzugszinsen oder Früchte entschädigt (oben § 519, II).

Diese Begünstigung gilt nach § 685 für

1. Einzelne Verlassenschaftsstücke und darauf sich beziehende Rechte. Denn der Erbe bedarf „keiner Vorbereitung, um dem Legatar einen im Nachlasse vorhandenen Gegenstand auszufolgen".[3]) Daher gilt das gleiche auch für das Vermächtnis von Gattungssachen aus dem Nachlasse (§§ 656, 657).[4])

2. Kleine Belohnungen des Dienstgesindes; ob sie „klein" sind, hat der Richter nach vernünftigem Ermessen zu entscheiden.[5])

3. Fromme Vermächtnisse. Dahin gehören nicht nur Vermächtnisse zu religiösen Zwecken, sondern auch Vermächtnisse, die mittelbar oder unmittelbar für Arme bestimmt sind[6]), nicht auch Vermächtnisse für dürftige, aber erwerbsfähige Personen[7]) oder für gemeinnützige, aber nicht der Armenpflege oder dem Kultus dienende Anstalten.[8])

II. Die übrigen Vermächtnisse werden erst ein Jahr nach dem Tode des Erblassers fällig (§ 685). Zahlungstag ist der gleichnamige Tag, also wenn der Erblasser z. B. am 1. Mai gestorben ist, der nächste 1. Mai. An diesem Tage endet gemäß § 902, Abs. 2 die Jahresfrist und damit wird das Vermächtnis fällig (§ 903, Satz 1).[9]) Es wird mit Beginn dieses Tages fällig, obwohl der Erbe erst in Verzug kommt, wenn der Tag ganz abgelaufen ist (§ 903, Satz 2). Die Jahresfrist gilt z. B. für Summenvermächtnisse, aber auch für Ver-

[2]) Pfaff und Hofmann S. 499, 506.

[3]) v. Harrasowsky, Entw. Martinis S. 135 Note 4.

[4]) Entsch. Slg. V Nr. 1812, Unger § 64 Note 3, Fischer-Colbrie in Grünhuts Zeitschr. 41, 172; dagegen Pfaff und Hofmann II S. 499, Krasnopolski S. 143 und Entsch. Slg. Nr. 5788: Gegenstand eines Vermächtnisses waren „10 Stück Nordbahnaktien"; obwohl sich derartige Papiere im Nachlasse vorfanden, wurde erkannt, daß das Vermächtnis erst ein Jahr nach dem Tode des Erblassers fällig geworden sei. Die Dividendencoupons wurden dem Vermächtnisnehmer erst von diesem Zeitpunkte ab zuerkannt. Die Entscheidung war jedenfalls insofern unrichtig, als sie den einzelnen Coupon wie „eine unteilbare Einheit nach Analogie physischer Früchte" behandelte, statt den Wert nach Verhältnis der Zeit zu verteilen: Pfaff und Hofmann S. 507.

[5]) Pfaff und Hofmann S. 500.

[6]) Entsch. Slg. XV Nr. 5977, Unger § 64 Note 6, Pfaff und Hofmann S. 500, Schiffner, Gesetzliche Vermächtnisse S. 208 Note 30, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 875 Note 5.

[7]) Daher sind zwar arme Schulkinder begünstigt (Entsch. Slg. IV Nr. 1350), aber nicht Handwerker (III Nr. 1159) oder Hochschüler (Slg. Nr. 16.014).

[8]) Dagegen Entsch. Slg. Nr. 13.561, III Nr. 1236. Vgl. auch oben § 494 Note 24.

[9]) Vgl. Art. 328 HGB. § 685 sagt freilich „nach einem Jahre" und der alte Landesbrauch sprach geradezu von „Jahr und Tag". Aber dergleichen Besonderheiten sind gegenüber den durchgreifenden Regeln der Novelle als beseitigt anzusehen.

schaffungsvermächtnisse, obwohl es sich dabei um bestimmte Sachen handelt.[10]) Sie gilt aber nicht, wenn der Erblasser ausdrücklich einen andern Zahlungstag bestimmt hat[11]), wie z. B. bei Rentenvermächtnissen[12]), ferner beim Vermächtnisse des Pflichtteils[13]) und beim Vermächtnisse des Unterhaltes. Die Unterhaltsbeiträge sind vom Tage des Erbfalles an (§ 691) monatlich im voraus (§ 1418) zu entrichten.

§ 523.

F. Die Erfüllung (Übergabe) und die Lasten des Vermächtnisses.

I. Aus dem Vermächtnisse entspringt immer nur ein Forderungsrecht, auch wenn eine bestimmte Nachlaßsache vermacht ist.

Der Vermächtnisnehmer darf nicht eigenmächtig den Besitz der vermachten Sache ergreifen. Selbst wenn ihm dies der letzte Wille ausdrücklich gestattet, begeht er durch die eigenmächtige Besitzergreifung gegenüber dem ruhenden Nachlasse eine Besitzstörung. Denn eine solche Erlaubnis ist ungültig.[1])

Das Eigentum erlangt der Vermächtnisnehmer „nur nach den für die Erwerbung des Eigentums in dem fünften Hauptstücke aufgestellten Vorschriften" (§ 684), also an beweglichen Sachen durch die Übergabe, an unbeweglichen regelmäßig durch die Einverleibung, §§ 688, 437.[2]) Die vermachte, aber noch nicht übertragene Sache gehört zum Nachlasse und nach der Einantwortung zum Vermögen des Erben[3]), der Erbe kann sie also nach der Einantwortung wirksam an einen Dritten veräußern[4]) oder belasten, sowie sie fortan auch von seinen Gläubigern und schon vorher von den Nachlaßgläubigern gepfändet und verwertet werden kann. Hingegen können die Gläubiger des Vermächtnisnehmers auf die vermachte Sache erst nach der Übergabe greifen. Dafür können sie jederzeit die Vermächtnisforderung pfänden.

---

[10]) Patent v. 12. April 1737, Greneck, Theatrum S. 263 (Abs. 9).

[11]) Gebührenbehandlung: § 9 Abs. 6 V. v. 29. Dez. 1915 RGBl. Nr. 397. Rigler, Die Gebührenbehandlung von betagten Legaten in der Festschr. der Union S. 96.

[12]) Unterjährige Renten können schon im ersten Jahre gefordert werden.

[13]) Pfaff und Hofmann S. 502, Trsek, Prälegat und Kollation in der NotZ. 1904 Nr. 7—9.

[1]) Entsch. Slg. XII Nr. 4705.

[2]) Über das Verhältnis des § 688 zu § 684 vgl. Pfaff und Hofmann II S. 513. Zur Geschichte des (nun geänderten) § 437: Krainz in § 228 Note 5 (4) der älteren Auflagen dieses Lehrbuches.

[3]) Steinlechner II S. 186 ff. läßt den Eigentumserwerb des Bedachten bis zum Zeitpunkte des Todes des Erblassers zurückwirken, er findet „unter anderem gerade in der Bestimmung des § 686 BGB., welche sowohl das commodum wie das periculum der legierten Nachlaßsache auf den Legatar schon vom Tode des Erblassers an übergehen läßt, einen Beleg dafür, daß auch das Eigentum derselben ungeachtet des Erfordernisses der Übergabe vom Zeitpunkte des Todes des Erblassers zu datieren sei" (S. 194).

[4]) Nach Steinlechner II S. 193 wäre die vom Erben vorgenommene Veräußerung der vermachten Sache vermöge der Rückwirkung des Vermächtniserwerbes ungültig.

Der Vermächtnisnehmer erwirkt die Einverleibung auf Grund einer Bestätigung (§ 178 VaSt.), die ihm das Abhandlungsgericht erst nach der Einantwortung[5]) und auch dann nur nach Erfüllung der gebührenrechtlichen Voraussetzungen (§ 27 GebV.) erteilt. Ebenso wird beim eigentlichen Forderungsvermächtnis (§ 664) der Bedachte nicht schon durch den Anfall, sondern erst durch die Abtretung Inhaber der Forderung und beim Befreiungsvermächtnisse wird er erst durch den vom Erben vorgenommenen Schulderlaß befreit (§ 663); da aber der Erbe zu diesem Erlasse verpflichtet ist, kann der Vermächtnisnehmer schon vorher die Zahlung verweigern (oben § 157, III).

II. Den Vermächtnisnehmer können verschiedenartige Verbindlichkeiten treffen.

1. Der Vermächtnisnehmer muß das Untervermächtnis entrichten, auch wenn sein Wert den des Hauptvermächtnisses übersteigt (§ 650). Der Untervermächtnisnehmer kann die Leistung vom Hauptvermächtnisnehmer erst verlangen, wenn dessen eigener Anspruch fällig geworden ist[6]), er muß aber nicht warten, bis das Hauptvermächtnis wirklich ausgezahlt worden ist[7]), kann vielmehr den Hauptvermächtnisnehmer[8]) schon vorher belangen. An den Erben kann er sich halten, wenn der Hauptvermächtnisnehmer ausgeschlagen hat.

2. Der Vermächtnisnehmer zahlt die auf das Vermächtnis entfallende Erbgebühr. Hat sie der mithaftende Erbe gezahlt, so ersetzt sie ihm der Vermächtnisnehmer, außer wenn der Erblasser die Gebührenentrichtung dem Erben auferlegt hat (§ 23, Abs. 3 GebV.).[9])

3. Der Vermächtnisnehmer trägt die fortlaufenden Lasten vom Zahlungstage an, weil mit diesem Tage auch sein Anspruch auf die Nutzungen beginnt (§ 686). Ist ihm also ein Nachlaßgrundstück vermacht worden, so trifft ihn die Grundsteuer vom Todestage an. Die zur Zeit des Todes aushaftenden Rückstände treffen den Erben.[10])

4. Zweifelhaft ist die Frage, ob der Vermächtnisnehmer mit der verpfändeten Sache nur die dingliche Pfandlast oder auch die Schuld übernehme, ob also die Entlastung auf seine oder auf des Erben Kosten gehe.[11]) § 662 sagt: „Ist die vermachte Sache verpfändet oder belastet, so übernimmt der Empfänger auch die darauf haftenden Lasten." Gemeint war: es ist seine Sache, aus eigenen Mitteln die Pfandschuld zu tilgen, er hat keinen Rückgriff gegen den Erben, wohl aber dieser, wenn er als persönlicher Schuldner zur Zahlung genötigt ist, gegen ihn.[12]) Die herrschende Lehre aber zieht das römische Recht zur

[5]) Entsch. Slg. Nr. 6255, 9981, 12.105, VIII Nr. 3048, XIII Nr. 5301, oben § 227 Note 23; a. M. Rintelen, Grundriß S. 79.

[6]) § 2186 DBGB.

[7]) Pfaff und Hofmann II S. 400 f.

[8]) Nicht etwa den Erben; anders Entsch. Slg. Nr. 269 und Krainz.

[9]) Entsch. Slg. VIII Nr. 3220.

[10]) Dagegen Entsch. Slg. Nr. 14.588.

[11]) Dabei ist nur an den Fall gedacht, daß die vermachte Sache zur Zeit des Todes für eine Schuld des Erblassers verpfändet war.

[12]) Man vgl. Ofner, Prot. I S. 397 f. (Antrag des inneröster-

Vergleichung heran und findet in der angeführten Bestimmung nur den römischen Grundsatz abgelehnt, daß der Erbe die Sache pfandfrei übergeben müsse. Der Vermächtnisnehmer erhalte also die belastete Sache, habe aber ein Rückgriffsrecht, wenn das Pfandrecht gegen ihn geltend gemacht werde.[13]) Man kann sich dabei beruhigen. Keine von beiden Auslegungen führt zu durchwegs befriedigenden Ergebnissen. Der Rechtssatz der Gesetzesverfasser dürfte hinsichtlich der Hypotheken, der der herrschenden Lehre hinsichtlich der verpfändeten Fahrnisse den Vorzug verdienen.[14]) Keiner von beiden Rechtssätzen kann andrerseits im einzelnen Falle zu offenbar unpassenden Entscheidungen führen, weil die Auslegungsregel des § 662, wie immer man sie verstehen mag, gemäß § 683 gegenüber „stärkeren Vermutungsgründen" gar nicht in Betracht kommt.

§ 524.

G. Sicherstellung des Vermächtnisses.[1])

I. Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch gab den Vermächtnisnehmern keinen Anspruch auf Sicherstellung. Sie sollten Sicherstellung nur in den Fällen verlangen können, „in welchen ein Gläubiger von einem Schuldner Sicherstellung zu fordern berechtigt ist" (§ 688). Danach konnte also ein Vermächtnisnehmer ein Pfand nur verlangen, wenn er einen Pfandrechtstitel hatte; einen solchen kann ihm der letzte Wille ausdrücklich gewähren (§ 449).[2])

Das Patent über das Verfahren außer Streitsachen geht hier, wie auch in anderen Fragen, von der Regel des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches ab und knüpft an die frühere Praxis an. Gewisse Vermächtnisse müssen nun von Amts wegen sichergestellt werden (§§ 158 bis 160 VaSt.), bei allen anderen kann der Vermächtnisnehmer Sicherstellung fordern, solange sie noch nicht fällig sind (§ 161, Abs. 2).

II. Bei den begünstigten Vermächtnissen ist von Amts wegen vor der Einantwortung auf mündelmäßige Sicherstellung zu dringen. Solche Vermächtnisse sind:

1. Nachvermächtnisse und Anordnungen, die ihnen nach §§ 707 bis 709 ABGB. gleichstehen (§ 158 VaSt.)[3]),

reichischen Appellationsgerichtes), ALR. I 12 §§ 325, 326, Zeiller, Komm. zu § 663.

[13]) Unger § 67 Anm. 1, Pfaff und Hofmann S. 435 ff., Stubenrauch 8. Aufl. I S. 859, v. Anders S. 112, Krasnopolski S. 126; ebenso die Praxis: Entscheidung der II. Instanz in der GZ. 1871 Nr. 14, ferner Entsch. Slg. Nr. 1566 und 4205, noch mehr verlangt vom Erben Entsch. v. 6. Mai 1916 GH. 1917 Nr. 6. Dagegen Blitzfeld in der GZ. 1859 Nr. 43—48, Till nach Zoll GZ. 1907 Nr. 52, K. Wolff, Belastungsübernahme S. 179 ff.

[14]) Vgl. § 2166 DBGB. und den oben Note 12 erwähnten Antrag.

[1]) Pfaff und Hofmann S. 510 ff., M. Reich, NotHandb. S. 429, Krasnopolski V S. 141, Rintelen § 57.

[2]) Reich, NotHandb. S. 430. In der Anordnung, daß der Erbe für das Vermächtnis nur mit einer bestimmten Liegenschaft haften solle, liegt die Zuwendung eines Pfandrechtes an dieser Liegenschaft: Entsch. Slg. XVI Nr. 6578.

[3]) Entsch. v. 28. Sept. 1915 NotZ.

2. der Fruchtgenuß der Erbschaft oder eines Erbteiles (§ 158 VaSt.), nicht auch der Fruchtgenuß einer einzelnen Sache[4]),

3. fromme oder gemeinnützige Vermächtnisse (§ 159 VaSt.), soweit sie der inländischen Staatsaufsicht (§ 84 VaSt.) unterliegen[5]),

4. Vermächtnisse für Minderjährige und Pflegebefohlene sowie für ungewisse Personen und für Personen, deren Aufenthalt nicht bekannt ist (§ 160 VaSt.).[6])

Wird das begünstigte Vermächtnis bestritten, so erläßt das Abhandlungsgericht im Verfahren außer Streitsachen eine Vorentscheidung: entweder ordnet es die sofortige Sicherstellung trotz der Bestreitung an[7]) oder es verschiebt die Sicherstellung (aber auch die Einantwortung) bis zur Erledigung des Rechtsstreites über die Gültigkeit[8]) oder es sieht wegen offenbarer Ungültigkeit des Vermächtnisses von der Sicherstellung ab.

III. Bei den gewöhnlichen (d. h. den nicht begünstigten) Vermächtnissen ist das Abhandlungsgericht nicht verpflichtet und auch nicht berechtigt[9]), von Amts wegen auf Sicherstellung oder Zahlung zu dringen; der Erbe muß nur vor der Einantwortung nachweisen, daß er die Vermächtnisnehmer von den ihnen zugefallenen Vermächtnissen verständigt habe (§ 817). Auch diese Pflicht entfällt, wenn das Vermächtnis offenbar ungültig ist.[10]) In der Regel wird aber das Abhandlungsgericht die Verständigung des Vermächtnisnehmers verlangen, ohne sich auf eine Prüfung der Gültigkeit des Vermächtnisses einzulassen.[11])

Es bleibt dem Vermächtnisnehmer überlassen, Zahlung oder, wenn das Vermächtnis noch nicht fällig ist, Sicherstellung zu verlangen. Sein Sicherstellungsanspruch (§ 161 VaSt.) setzt nichts weiter voraus, als daß er die Zahlung noch nicht fordern kann. Der Vermächtnisnehmer kann also vor oder nach der Einantwortung gesetzliche Sicherstellung fordern „für fortlaufende jährliche Zahlungen[12]) und andere Vermächtnisse, deren Bezahlung entweder wegen noch nicht verstrichener gesetzlicher Frist (§ 685 ABGB.) oder wegen einer in dem letzten Willen beigefügten Zeitbestimmung oder Bedingung noch nicht gefordert werden kann" (§ 161 VaSt.).

Der Vermächtnisnehmer muß auf Sicherstellung klagen[13]) Könnte er auf Grund des letzten Willens ohneweiters die Vormerkung einer

1915 Nr. 48. Hofer, Die fideikommissarische Substitution in der NotZ. 1895 Nr. 45, 46, Fr. U., Zur Frage der Auslegung des KaisP. v. 9. Aug. 1854 ebda. 1897 Nr. 45.

[4]) Gugg, Die Stellung des Legatars im Abhandlungsverfahren NotZ. 1914 Nr. 9.

[5]) Entsch. Slg. III Nr. 1031.

[6]) Vgl. Entsch. Slg. Nr. 15.884.

[7]) Entsch. Slg. III Nr. 1503, XV Nr. 5827, 5977.

[8]) Entsch. Slg. II Nr. 807. Auch die Entscheidung über die Auslegung eines Vermächtnisses bleibt dem ordentlichen Rechtswege vorbehalten: Entsch. Slg. XI Nr. 4207, Entsch. v. 11. März 1914 JBl. 1914 Nr. 21.

[9]) Entsch. Slg. XVI Nr. 6421.

[10]) Entsch. Slg. XIV Nr. 5666.

[11]) Entsch. Slg. VIII Nr. 3106, X Nr. 3874.

[12]) Arbeitsleistungen: Entsch. Slg. Nr. 4504.

[13]) A. M. Ott, Rechtsfürsorgever-

Hypothek erwirken[14]), so wäre er vor der Fälligkeit des Vermächtnisses besser daran als nachher.[15])

Mit der Einantwortung wird nicht gewartet, bis für gewöhnliche Vermächtnisse die verlangte Sicherstellung geleistet[16]) oder bis über ihre Gültigkeit entschieden worden ist.[17])

IV. Bei allen Vermächtnissen — begünstigten und nicht begünstigten — ist die Sicherstellung zwar grundsätzlich die gesetzmäßige (Mündelsicherheit)[18]), sie gebührt aber vor der Einantwortung nur soweit sie aus dem Nachlasse geleistet werden kann[19]), und das Inventarrecht schließt auch nach der Einantwortung den Anspruch auf weitergehende Sicherstellung aus.[20])

Bei allen Vermächtnissen entscheidet übrigens — soweit sie nicht zur Deckung des Pflichtteiles des Vermächtnisnehmers zu dienen haben — über die Sicherstellung in erster Linie der Wille des Erblassers. Der Erblasser kann also dem Erben die Sicherstellung eines Vermächtnisses ganz erlassen[21]) oder eine bestimmte Art der Sicherstellung vorschreiben oder ausschließen.[22])

V. Vermächtnisnehmer, die nicht vollkommen sichergestellt sind, können wie die Erbschaftsgläubiger die Absonderung des Nachlasses erwirken (§ 812, oben § 516, II). Im übrigen können sie sich zwar in die Verwaltung des Nachlasses nicht einmengen, es sollte ihnen aber die Befugnis nicht abgesprochen werden, gegen Verfügungen, die ihre Interessen berühren (z. B. gegen die Ausscheidung von Aktiven aus dem Inventar), Rechtsmittel zu ergreifen.[23])

II. Die Schenkung auf den Todesfall.[1])

§ 525.

A. Die unwiderrufliche Schenkung auf den Todesfall.

I. Begriff der Schenkung auf den Todesfall. Es gibt Zuwendungen, die in der Rechtsform der Schenkung letztwillige Verfügungen ersetzen sollen. Sie nach Vermächtnisrecht zu behandeln, entspricht oft

fahren S. 95, Krasnopolski V S. 142, Rintelen a. a. O.

14) Entsch. Slg. Nr. 11.201.

15) Vgl. den lehrreichen Rechtsfall Slg. III Nr. 841.

16) Anders Entsch. Slg. XII Nr. 4504.

17) Entsch. Slg. VIII Nr. 3106.

18) Reich S. 429 f., Rintelen S. 78.

19) Entsch. Slg. VI Nr. 2276.

20) Entsch. Slg. III Nr. 1090.

21) § 158 VaSt., Fr. U. a. a. O.

22) Entsch. Slg. XVI Nr. 6419, Entsch. v. 28. Nov. 1916 JBl. 1917 Nr. 1.

23) Vgl. gegen Entsch. Slg. X Nr. 3813 Rintelen S. 66.

1) Unger, Erbrecht § 77, Geller, Die Schenkung a. d. T. in der GH. 1876 Nr. 69—72 und im ZBl. 1902 S. 441 ff., 521 ff., Ungenannter, Z. L. v. d. Schenkung a. d. T. (insbesondere bei Stiftungen) NotZ. 1880 Nr. 48, Fried ebda. 1888 Nr. 19, Schiffner, Vermächtnisvertrag 1891, Derf., Gesetzliche Vermächtnisse S. 155, Ramin, Versicherung des eigenen Lebens zu fremden Gunsten JWSchr. 35, 1, v. Neumann-Ettenreich, Gebührenrecht und BGB. Festschr. 1911

dem Willen der Beteiligten: so wenn der genesende Schenker zurückverlangt, was er auf dem Krankenbette voreilig vergeben hat; jedenfalls aber verlangt das Interesse der Nachlaßbeteiligten diese Behandlung, denn sonst könnte die Ordnung des Erbganges, die mit mancherlei Last und Mühe verbunden ist, nur allzu leicht vereitelt werden.

Schon das römische Recht behandelte Schenkungen dieser Art in den meisten Beziehungen wie Vermächtnisse. Sie hoben sich in ihren Rechtsfolgen als Schenkungen auf den Todesfall von den Schenkungen unter Lebenden ab. Unsicher waren und blieben die Voraussetzungen. Die gemeinrechtlichen Schriftsteller sahen in der Bedingung, daß der Beschenkte den Schenker überlebe, das Kennzeichen der Schenkung auf den Todesfall, und dabei beruhigt sich noch das deutsche bürgerliche Gesetzbuch (§ 2301).[1a]) Aber wie oft wird diese Bedingung nicht ausgesprochen, weil ihre Erfüllung selbstverständlich erscheint! Wie oft sinkt sie zur schwer faßbaren Voraussetzung herab, weil das Überleben des Beschenkten nach menschlichem Ermessen als gewiß gelten muß! Die Kirche stirbt nicht — sollen deshalb Schenkungen an die Kirche stets als Schenkungen unter Lebenden gelten? Dem älteren deutschen Rechte war diese unpraktische Unterscheidung fremd. An die Stelle der römischen Schenkung von Todes wegen (donatio mortis causa) trat dort die Schenkung auf Todeszeit (donatio post obitum), d. i. die Schenkung, bei der die sachenrechtliche Wirkung (der Eigentumsübergang) bis zum Tode des Schenkers hinausgeschoben ist.[2]) An dieser Begriffsbestimmung hat das österreichische Gewohnheitsrecht festgehalten. Bei der Schenkung unter Lebenden, so lehrten unsere alten Schriftsteller[3]), geht das Eigentum des Geschenkes noch bei Lebzeiten des Schenkers auf den Beschenkten über, bei der Schenkung auf den Todesfall tritt diese Wirkung erst nach seinem Tode ein. Dieser Begriff der Schenkung auf den Todesfall ist denn auch in unser allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (§ 956) übergegangen.[4]) § 956 kennt als Schenkung auf den Todesfall (§ 603) nur die „Schenkung, deren Erfüllung erst nach dem Tode des Schenkenden erfolgen soll", also die betagte, nicht die (durch Überleben) bedingte Schenkung.[5])

Schenkungen, die bei Lebzeiten des Schenkers vollzogen worden sind, fallen also nicht unter § 956.[6]) Sie sind nach den allgemeinen, für

I S. 557, Ehrenzweig, Schenkung a. d. T. ebda. II S. 625, Krasnopolski V § 37, v. Anders § 88. — Altgriechisches Recht: E. Fr. Bruck, Die Schenkung a. d. T. 1909. Französisches Recht: F. Senn, La donation à cause de mort 1914.

[1a]) Vgl. auch § 1781 Ung. Entw.

[2]) Hübner, Die donationes post obitum 1888. Ehrenzweig § 3.

[3]) In bewußtem Gegensatze gegen den (niemals rezipierten) gemeinrechtlichen Begriff: Suttinger, Consuetudines S. 138 (Entsch. v. 1637), Finsterwalder, Pract. Observ. 4, 20, Beckmann s. v. Donatio, J. G. Kees, Comm. ad Inst. II 7. Vgl. Ehrenzweig S. 635.

[4]) Ähnlich Art. 620 span. ZGB., Art. 1457 portug. ZGB.

[5]) Unger, Erbrecht § 77 Anm. 16, 22, anders noch System II S. 199 Note 41. Vgl. Schiffner, Vermächtnisvertrag S. 52 ff., Ges. Vermächtnisse S. 155 f., Ramin S. 40.

[6]) Sie unterliegen gleichwohl der

Schenkungen geltenden Grundsätzen zu beurteilen, auch wenn kraft Vereinbarung (auflösende Bedingung) die Schenkung zerfallen soll, falls der Beschenkte vor dem Schenker stirbt oder falls der Schenker die Krankheit, die zu dem Geschäfte Anlaß gegeben hat, übersteht.[7]) Ist dies nicht ausdrücklich bedungen worden, so kann doch das unerwartete Ereignis (der vorzeitige Tod des Beschenkten, das Überstehen der vermeintlich hoffnungslosen Krankheit) nach Umständen gemäß §§ 572, 901 (Voraussetzung) zur Anfechtung der Schenkung Anlaß geben.[8])

Die Schenkung gilt als vollzogen, auch wenn sich der Schenker den Fruchtgenuß vorbehalten hat[9]), nicht auch, wenn er sich das Eigentum[10]) oder beliebigen Widerruf vorbehalten hat. Soll der Beschenkte erst nach des Schenkers Tode Eigentümer der übergebenen Sache werden, dann haben wir es mit einer „Übergabe auf den Todesfall" zu tun; darüber unten § 526.

II. Der „Vertrag" des § 956. Eine Schenkung auf den Todesfall ist nach §§ 603 und 956 entweder als ein „Vermächtnis" (ein „letzter Wille") oder als ein „Vertrag" zu betrachten — als ein Vertrag dann, wenn der Schenker auf den Widerruf ausdrücklich verzichtet hat. Außerdem ist zum Vertrage begriffsmäßig die Erklärung der Annahme erforderlich und, da es sich um eine Schenkung ohne wirkliche Übergabe handelt, jedenfalls[10a]) die Form des Notariatsaktes.[11]) Dafür entfällt die besondere Formvorschrift des § 956: Übergabe einer schriftlichen Urkunde.[12]) Der Notariatsakt muß das ganze Geschäft, auch die Annahme[13]) und den Widerrufsverzicht[14]) umfassen. Er wird aber dem Beschenkten nicht eingehändigt, bleibt vielmehr in der Verwahrung des Notars (§ 49 NotO.).

Erbgebühr, wenn sie in den letzten drei Lebensmonaten gemacht worden sind: § 1 Abs. 3 Z. 3 GebG. Dazu Entsch. des Obersten Gefällsgerichtes im VBl. 1908 S. 102.

7) Entsch. Slg. Nr. 1671, 7622, 15.547, IX Nr. 3400, XV Nr. 6066. Ramin S. 18 ff.

8) Entsch. Slg. Nr. 6526, Zeiller, Komm. III S. 188.

9) Entsch. Slg. Nr. 13.015.

10) Die Sicherstellung des Anspruches des Beschenkten genügt nicht: Entsch. Slg. VI Nr. 2481 (anders v. Neumann-Ettenreich S. 577); auch nicht die Einlage in ein auf dessen Namen lautendes Sparkassebuch: Entsch. Slg. VI Nr. 2481. Vgl. den Ungenannten in der NotZ. 1884 Nr. 5.

10a) Im Geltungsgebiete des Notariatszwangsgesetzes.

11) Treffenschedl, Ist zur Gültigkeit eines Schenkungsvertrages auf den Todesfall über Rechte respektive Schuldforderungen die notarielle Form erforderlich? in der GH. 1881 Nr. 53; dagegen Ofner ebda. Nr. 55 und Lewinski ebda. Nr. 60; zu diesen Aufsätzen L. R., über Schenkungen auf den Todesfall in der NotZ. 1881 Nr. 32; Fried ebda. 1888 Nr. 19, Frankl, Formerfordernisse der Schenkung S. 153 ff.

12) Traditio cartae bei der donatio post obitum; HfD. v. 2. Okt. 1795 JGS. Nr. 257. Ehrenzweig S. 633, 639.

13) Entsch. v. 22. Nov. 1904 RichterZ. 1905 Nr. 1. Vgl. für das ältere Recht (§ 956 „darüber") Entsch. Slg. Nr. 3062; anders Unger S. 331 Anm. 20, Robitschek in den Prager Mitt. 1872 Nr. 1.

14) Entsch. Slg. Nr. 12.858.

Als was für ein „Vertrag" soll nun die Schenkung behandelt werden, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind? Darüber wird seit jeher gestritten.

Nach der Meinung Zeillers und seiner Mitarbeiter ist dieser Vertrag ein gewöhnlicher Schenkungsvertrag. Die Schenkung auf den Todesfall besteht also als eine besondere Rechtseinrichtung nicht mehr. Sie war vormals „ein obskurer juridischer Zwitter"[15]), fortan aber gibt es nur noch Vermächtnisse und Schenkungen und die Unterscheidung zwischen Schenkungen unter Lebenden und Schenkungen auf den Todesfall fällt weg.[16]) Das wäre die zweckmäßigste Lösung der ganzen Frage, wenn das Schenkungsrecht passender geregelt wäre.[17]) Solange aber die „Schenkungsschulden" des Erblassers als wirkliche Nachlaßpassiven behandelt werden, empfiehlt es sich, wenigstens die Verpflichtungen aus Schenkungen auf den Todesfall von dieser Behandlung auszunehmen.

Die Praxis ist denn auch, ohne sich durch den sonst so einflußreichen Kommentar Zeillers irremachen zu lassen, lange (bis 1868) dem Standpunkte des altösterreichischen Gewohnheitsrechtes treu geblieben. Sie hat dem auf den Todesfall Beschenkten in der Verlassenschaftsabhandlung die Stellung eines Vermächtnisnehmers zugewiesen.[18]) Der „Vertrag" des § 956 war ihr nicht ein Schenkungsvertrag unter Lebenden, sondern ein Geschäft von Todes wegen nach Art des Erbvertrages. Um 1850 tritt diese Auffassung auch in der Gesetzgebung — zumal im Gebührengesetze — deutlich genug an den Tag.[19]) Im Schrifttume behauptete dennoch die Zeillersche Auffassung die Herrschaft bis auf den heutigen Tag, obgleich die Lehre, daß der Vertrag des § 956 ein Vertrag besonderer Art, keine Schenkung unter Lebenden sei, von einzelnen Schriftstellern immer wieder vertreten worden ist.[20]) Dabei zeigt sich freilich die Neigung, beide Möglichkeiten offen zu lassen und die vertragsmäßige Schenkung auf den Todesfall von einer auf Todeszeit gestellten Schenkung unter Lebenden zu unterscheiden.[21]) Soll es darauf ankommen, ob der Schenker dem Beschenkten ein gegenwärtiges betagtes Recht oder nur eine Anwartschaft auf ein künftiges Recht einräumen

[15]) Ofner, Prot. II S. 406.

[16]) Ebenso § 2301 DBGB. und Art. 893 Code civil: „On ne pourra disposer de ses biens à titre gratuit, que par donation entre-vif ou par testament."

[17]) Ehrenzweig § 10.

[18]) Davon geht (1868) zum ersten Male ab Entsch. Slg. Nr. 2987. Ehrenzweig S. 660. Seither folgt die Praxis der Zeillerschen Auffassung; doch scheint sie nicht völlig fest zu sein, vgl. die Entsch. v. 10. Dez. 1913 (unten Note 32).

[19]) Ehrenzweig § 7.

[20]) Nippel, Schiffner, v. Neumann-Ettenreich.

[21]) Wirklich kennt die GebV. v. 1915 neben der Schenkung auf den Todesfall (§ 1 Abs. 1 Z. 2) die Schenkung unter Lebenden, deren Vollzug bis zum Tode des Geschenkgebers aufgeschoben ist (§ 1 Abs. 3 Z. 1). Hier wirkt eine Unterscheidung nach (s. AH. XIX Beil. 670 S. 107), die im GebG. v. 1850 (§ 1) vielleicht im Hinblicke auf das (damals in Krakau geltende) französische Recht gemacht worden ist. Vgl. die Redaktionsgeschichte bei Ehrenzweig S. 655 Note 75 und Art. 1340 Code civil.

wollte[22]), so bedeutet das einen Rückfall in eine lehrhafte Unterscheidung, die vielleicht dem Theoretiker naheliegt, über die aber schon unsere Redaktoren dank dem praktischen Sinne Haans hinweggekommen sind.[23])

Wenn wir nun im Gegensatze zur herrschenden Lehre in dem Vertrage des § 956 die unwiderrufliche Schenkung auf den Todesfall als ein Geschäft besonderer Art anerkannt sehen, dann müssen wir zugeben, daß es sich hier gerade um das handelt, was die Redaktoren abschaffen wollten: ein Mittelding zwischen Schenkungsvertrag und Vermächtnisvertrag. Denn darin besteht das Wesen der Schenkung auf den Todesfall. Sie ist Schenkung gegenüber dem Schenker, Vermächtnis gegenüber dem Nachlasse, also Schenkung, solange der Schenker lebt, und Vermächtnis, sobald er gestorben ist.[24]) Nach dem Rechte der Schenkung unter Lebenden richtet sie sich hinsichtlich des zulässigen Umfanges: der Erblasser kann also höchstens die Hälfte seines nach der Schenkung erworbenen Vermögens im voraus verschenken (§ 944). Verschenkt er ausdrücklich den ganzen Nachlaß[25]), so bleibt dem Erben doch die Hälfte des nach der Schenkung erworbenen Vermögens vorbehalten.[26]) Der Schenker kann ferner die Schenkung wegen Undankes widerrufen.[27]) Als unbeschränkter Eigentümer kann er über die auf den Todesfall verschenkte Sache mit voller Wirkung dinglich verfügen; aber der Beschenkte erlangt einen Ersatzanspruch gegen den Nachlaß, wenn der Schenker durch eine solche Verfügung sein Recht vereitelt hat. Die Analogie des Erbvertrages (§ 1252) versagt hier durchaus. Der Beschenkte kann seinen Anspruch trotz § 879 einem Dritten noch bei Lebzeiten des Schenkers abtreten;[28]) seine Gläubiger können den Anspruch pfänden. Der Schenker kann den Anspruch des Beschenkten sicherstellen.[29]) Solche Sicherstellung kommt oft vor. Sie wäre unzulässig, wenn die unwiderrufliche Schenkung auf den Todesfall nach Analogie des Erbvertrages (§ 1252) behandelt werden müßte.[30])

[22]) v. Neumann-Ettenreich S. 568.

[23]) Ofner, Prot. II S. 561.

[24]) Ehrenzweig § 7. Ebenso in seiner gleichzeitigen Abhandlung (S. 572) v. Neumann-Ettenreich: Die Schenkung auf den Todesfall „unterliegt den Rechtsregeln, die für Schenkungen aufgestellt sind. Der mit dem Tode des Geschenkgebers eintretende Erwerb des Rechtes an dessen Nachlaß ist dagegen den Regeln über die Einzelnachfolge von Todes wegen unterstellt."

[25]) Entsch. Slg. Nr. 10.556 und 10.670.

[26]) Nach Schiffner S. 94 besteht gar keine Schranke; nach Krainz kann nie der ganze Nachlaß oder ein Bruchteil davon verschenkt werden, „weil sonst die Schenkung in einen nur unter Ehegatten zulässigen Erbvertrag übergehen würde". Vgl. J. Kohn in den Prager Mitt. 1874 S. 58 ff., Krasnopolski V S. 172.

[27]) Das Widerrufsrecht geht auf die Erben über, § 949 BGB. Entsch. Slg. XIII Nr. 4892. Ehrenzweig S. 664. Vgl. Unger Anm. 21, v. Neumann-Ettenreich S. 573.

[28]) A. M. v. Neumann-Ettenreich S. 572 f.

[29]) Z. B. nach Umständen durch ein Veräußerungsverbot (§ 364 c). Ein Belastungsverbot wird damit gewöhnlich nicht verbunden werden: M. Reich, NotHandb. S. 76.

[30]) Für diese Behandlung Schiffner S. 120. Nach v. Neumann-Ettenreich S. 577 ist die sichergestellte

Erst nach dem Tode des Schenkers — also dem Nachlasse gegenüber — tritt die Vermächtnisnatur der Schenkung auf den Todesfall hervor. Nunmehr kann der Beschenkte die längst angenommene Schenkung ausschlagen.[31]) Macht er sein Recht geltend, so ist er doch kein Nachlaßgläubiger, steht vielmehr den Nachlaßgläubigern und nicht minder den Noterben[32]) nach. Er muß sogar dem Erben weichen, der sein Erbrecht auf einen älteren Erbvertrag stützt.[33]) Aber den eigentlichen Vermächtnisnehmern geht der unwiderruflich Beschenkte vor, wie ja auch der Vertragserbe dem Testamentserben vorgeht.[34]) Auch bleiben ihm die dinglichen Rechte gewahrt, die er schon bei Lebzeiten des Schenkers erworben hat; soweit die Sicherstellung reicht, ist die Schenkung eine Schenkung unter Lebenden.[35])

III. Der Erlaß auf den Todesfall.[36]) Wird vereinbart, daß eine Forderung beim Tode des Gläubigers erlöschen solle, so liegt hierin nicht ein „typischer Fall einer wahren Schenkung auf den Todesfall"[37]), vielmehr ist § 956 überhaupt nicht anzuwenden. Daß die Forderung im Augenblicke des Todes des Gläubigers „erlassen" werde, bedeutet einfach, daß sie nur bis dahin besteht, also unvererblich ist. Zum vertragsmäßigen Ausschlusse der Vererblichkeit bedarf es nicht der Beobachtung der Schenkungsform oder gar der besonderen Form des § 956.[38]) Die Vereinbarung geht gewöhnlich dahin, daß der Gläubiger sich vorbehält, von dem Kapitale Beträge nach Bedarf oder nach Belieben abzuheben, und daß der zur Zeit seines Todes noch erübrigende Kapitalsrest dem Schuldner zufallen solle. Derartiges wird besonders bei Übergabe von Bauerngütern oder geschäftlichen Unternehmungen[39]), aber auch bei Darlehensverträgen[40]) vereinbart. Daß dazu mündliche Abrede genügt, wird in der Praxis nicht bezweifelt. Aus dem Rechte des Gläubigers, Kapitalsbeträge zu erheben, darf nicht etwa auf Widerruflichkeit geschlossen werden. Vielmehr ist das Geschäft — als ein Teil des Über-

Schenkung auf den Todesfall eine Schenkung unter Lebenden. Auch wenn die Sicherstellung keine ausreichende Deckung bietet?

[31]) Vgl. Entsch. BudwF. Nr. 4491, Ehrenzweig S. 665 Note 107.

[32]) Der Pflichtteil wird ohne Rücksicht auf die Schenkung auf den Todesfall berechnet, diese gilt also nicht als den reinen Nachlaß minderndes Passivum, auch wenn die Voraussetzungen des § 785 nicht vorliegen, z. B. wenn es sich nur um die Pflichtteile der Eltern handelt. § 785 spricht ja nur von Schenkungen, „die der Erblasser unter Lebenden gemacht hat". Vgl. Entsch. v. 10. Dez. 1913 NotZ. 1915 Nr. 13.

[33]) Ehrenzweig S. 668.

[34]) v. Neumann-Ettenreich S. 575.

[35]) Ehrenzweig S. 666, vgl. auch oben Note 30.

[36]) Ehrenzweig S. 677, v. Neumann-Ettenreich S. 576, Ungenannter, Ein Testament NotZ. 1882 Nr. 25.

[37]) So v. Neumann-Ettenreich a. a. O.

[38]) Ehrenzweig S. 677.

[39]) „Zehrpfennigskapital", Entsch. Slg. Nr. 5277, 6621, 14.349, Entsch. BudwF. Nr. 6776, 10.100.

[40]) Entsch. Slg. Nr. 6161, 11.218, BudwF. Nr. 8271 (vgl. P., Die Gebührenbehandlung von Schenkungen a. d. T. NotZ. 1911 Nr. 30).

gabs- oder Darlehensvertrages — wie dieser selbst unwiderruflich.[41]) Hat also der Gläubiger die Forderung ganz oder teilweise gekündigt, so verliert die Kündigung ihre Wirkung, wenn der Gläubiger vor Ablauf der Kündigungsfrist stirbt. Ist hingegen der Schuldner in Verzug gekommen, so können die Erben des Gläubigers fordern, was dem Gläubiger rechtzeitig hätte geleistet werden sollen.[42])

§ 526.

B. Die widerrufliche Schenkung auf den Todesfall.

I. Wenn die besonderen Voraussetzungen des unwiderruflichen Vertrages nicht erfüllt sind, ist die Schenkung auf den Todesfall in jeder Hinsicht als ein Vermächtnis zu behandeln. Das Geschäft bedarf also der Testamentsform (§ 956). Daß der Bedachte die Zuwendung angenommen hat, nützt und schadet nicht. Testierabsicht ist nicht erforderlich; das Geschäft kann als Vermächtnis gelten, auch wenn es in Schenkungsabsicht errichtet worden ist.

II. Die Testamentsform wird gewöhnlich dann außeracht gelassen, wenn der Erblasser dem Bedachten das Geschenk sofort übergibt.[1]) Geht die Meinung dahin, daß der Beschenkte zunächst bloß Verwahrer und erst beim Ableben des Schenkers Eigentümer werden solle, so haben wir es mit einer Schenkung auf den Todesfall zu tun, die als letztwillige Anordnung zu behandeln, also ein ungültiges Vermächtnis ist; gültig bleibt nur der Verwahrungsvertrag.[2]) Wenn nun der Erblasser die übergebene Sache nicht zurückgenommen hat, so erlischt mit seinem Tode die Verpflichtung aus dem Verwahrungsvertrage und der Empfänger wird Eigentümer wie ein anderer Vermächtnisnehmer, dem sein (ungültiges) Vermächtnis trotz eines Formmangels ausgefolgt worden ist. Denn der Erbe muß gemäß § 547 die vorgreifende Erfüllungshandlung des Erblassers so gelten lassen, wie wenn er selbst sie vorgenommen hätte. Er kann also das Gegebene nicht wegen des Formmangels zurückfordern.[3]) Der Beschenkte bleibt — von dem im voraus geheilten Formmangel abgesehen — allen Beschränkungen unterworfen, die für Vermächtnisse bestehen. Er muß daher z. B. nach §§ 692, 693 bei Unzulänglichkeit des Nachlasses[4]) seinen Beitrag leisten oder das Empfangene zurückstellen.[5])

[41]) Dagegen freilich Entsch. Slg. Nr. 5277.

[42]) Deshalb darf die Hypothek nicht auf Grund des Totenscheines gelöscht werden. Ehrenzweig S. 678.

[1]) Ehrenzweig § 11: Die übergabe auf den Todesfall. Vgl. § 1781 ung. Entw.

[2]) Anders v. Neumann-Ettenreich S. 577: unwiderrufliche Schenkung auf den Todesfall — „die übergabe kann einseitig widerrufen werden, die Schenkung selbst bleibt unwiderruflich". Dem Willen der Beteiligten wird diese Auffassung nicht gerecht.

[3]) § 1432, oben § 295 Note 13.

[4]) Das Geschenk bildet trotz der übergabe ein Aktivum des Nachlasses.

[5]) So entschied das preußische LR. (I 11 §§ 1065, 1135) und so entscheidet auch das englische Recht, das keine andere donatio mortis causa kennt als die von unserem Gesetze übersehene

Ist dem Bedachten das Geschenk nicht von Hand zu Hand übergeben worden oder hat er es dem Schenker zur ferneren Aufbewahrung zurückgestellt, so gilt das Gesagte nicht, vielmehr schließt dann der Mangel der Testamentsform jeden Anspruch des Bedachten aus. Ein bloßes Besitzkonstitut kann also den Mangel der Form nicht heilen.[6])

III. Die Abtretung einer Forderung auf den Todesfall[7]) soll bewirken, daß der Schenker zunächst Gläubiger bleibt, daß aber bei seinem Tode die Forderung auf den Bedachten übergeht. Oft behält er sich die Verfügung über die Forderung ausdrücklich vor, so daß nur das zur Zeit des Todes etwa noch bestehende Guthaben den Gegenstand der Schenkung bildet, und regelmäßig wird vereinbart, daß die Verständigung des Schuldners erst nach dem Tode des Schenkers erfolgen solle. Ist nun die Schenkung widerruflich, so ist das Geschäft Vermächtnis (§ 664); eine widerrufliche Abtretung gibt es eben nicht. Es ist daher die Vermächtnisform nötig. Nur wenn die Ausübung der Forderung an den Besitz einer Urkunde geknüpft ist (Sparkassenbuch), wird diese Form nach den eben dargelegten Grundsätzen durch die Übergabe des Papiers erspart. Ist das Geschäft unwiderruflich, so muß die im § 956, Satz 2, angegebene Form beobachtet werden.

IV. Beim Auftrage auf den Todesfall[8]) bedient sich der Erblasser eines Treuhänders. Diesem übergibt er eine Sache, z. B. ein Wertpapier, ein Sparkassebuch, eine Barschaft mit dem Auftrage, diese Sache nach seinem Tode einem Dritten auszufolgen. Bis zum Tode des Übergebers ist das Geschäft widerruflich; gewöhnlich wird es bis dahin geheim gehalten.[9])

Der Auftrag auf den Todesfall ist kein reiner Vertrag zu Gunsten Dritter.[10]) Dem Dritten erwächst daraus auch nach dem Tode des Schenkers kein Klagerecht, wenn die Testamentsform nicht beobachtet worden ist.[11]) Aber wenn der Erblasser nicht widerrufen hat und wenn nach seinem Tode der Treuhänder das Geschenk dem Dritten aus eigenem Antriebe oder auf Verlangen des Erben (§ 881, Satz 1) übergibt, dann ist die Lage des Bedachten dieselbe wie in dem oben (II) erörterten Falle:

übergabe von Todes wegen: Stephen, New Commentaries II S. 53, Civil Code von Kalifornien § 1153, Ehrenzweig S. 676. Die bei uns herrschende Lehre und Übung sieht sich vor die Wahl gestellt, das Geschäft entweder in jeder Hinsicht als Schenkung unter Lebenden oder gar nicht gelten zu lassen; eines ist so unpassend wie das andere. Vgl. z. B. Krasnopolski S. 170 f.

[6]) Entsch. Slg. XVI Nr. 6609.

[7]) Entsch. Slg. Nr. 6028, 15.174, 15.576. Ehrenzweig S. 677.

[8]) Ehrenzweig § 12, Ebbecke, Verfügungen von Todes wegen, Recht 1916 Sp. 233.

[9]) Unbekümmert um die regelmäßige Absicht der Beteiligten nimmt Krasnopolski S. 171 hier eine Schenkung unter Lebenden mit wirklicher übergabe an. Danach wäre der Auftrag unwiderruflich! Solcher Konstruktionen pflegt sich die Praxis gelegentlich zu bedienen, wenn sie im einzelnen Falle zu angemessenen Ergebnissen führen.

[10]) Oben § 319 bei Note 34, J. Lehmann, Wann untersteht ein Vertrag zu Gunsten Dritter den Vorschriften über die Schenkung a. d. T.? ArchBürgR. 36, 81.

[11]) Entsch. Slg. III Nr. 1208.

er hat sein Vermächtnis trotz des Formmangels erhalten und behält es.[12]) Als Vermächtnisnehmer zahlt er nun die Erbgebühr[13]), trägt zu den Pflichtteilen bei (§ 783) usf. Fraglich ist nur, ob der Treuhänder berechtigt ist, den Auftrag auch gegen den Willen des Erben auszuführen. Die Bejahung dieser Frage ist gewiß dann am Platze, wenn zur Ausführung des Auftrages nur solche Nachlaßsachen erforderlich sind, die sich bereits im Gewahrsam des Treuhänders befinden. Man kann sich dafür, wenn man will, auf § 1022 berufen: Der Gewalthaber hat gegenüber dem Erben „das Recht und die Pflicht, das Geschäft zu vollenden".[14])

Ein Erblasser also, der die Testamentsform nicht beobachtet, überläßt die Ausführung seines letzten Willens als ein wahres fidei commissum dem guten Willen des Erben oder des Vertrauensmannes.[15]) Beispiel: Der Pfarrer Peter reist nach Wien, um sich dort einer lebensgefährlichen Operation zu unterziehen. Vorher hat er seinem Amtsbruder Paul ein Sparkassenbuch mit dem Auftrage übergeben, es, wenn er nicht mehr zurückkehre, seiner Haushälterin auszufolgen. Peter stirbt, Paul übergibt das Buch der Haushälterin, Peters Erben verlangen es von ihr zurück. Alle Instanzen haben diese Klage zurückgewiesen.[16]) Hätte Paul — statt Peters Willen auszuführen — das Buch den Erben zurückgestellt, so wäre der Haushälterin nicht zu helfen gewesen.

Vierter Abschnitt.

Pflichtteilsrecht.

§ 527.

I. Wesen des Pflichtteilsrechtes. Die Pflichtteilsberechtigten.

I. Eine verbreitete Auffassung sieht in der gesetzlichen Erbfolge die wünschenswerte Ordnung, die allein im Interesse der Familie liegt, im Testamente hingegen den Ausdruck einer Willkür, die sich gegen dieses Interesse kehrt. Das Pflichtteilsrecht soll die Einrichtung sein, die diesen Gegensatz überbrückt und der Familie wenigstens einen Teil des Nachlasses sichert. In Wirklichkeit dient auch das Testament dem Interesse der Familie, nicht nur weil es den Einfluß des Familienhauptes stärkt, sondern vor allem weil es die schablonenhafte gesetzliche Ordnung den Bedürfnissen des einzelnen Falles anpaßt. Wenn das Testament ein Kind

[12]) Vgl. Entsch. des OLG. Dresden v. 15. März 1906, Annalen 27, 440. Kretzschmer: Erbrecht S. 42 Note 19. Entsch. BudwF. Nr. 3712. Ehrenzweig S. 680.

[13]) § 1 Abs. 2 DchfV. v. 29. Dez. 1915 RGBl. Nr. 397.

[14]) Aber die Konkurseröffnung über den Nachlaß hebt den Auftrag auf (§ 26 KO.). Anders für das ältere Recht Entsch. Slg. XII Nr. 4805.

[15]) Ehrenzweig S. 682.

[16]) Entsch. Slg. XIV Nr. 5327 mit der Begründung, es handle sich um eine Schenkung unter Lebenden; ebenso Entsch. Slg. Nr. 8229, anders Nr. 7101.

zurückſetzt, ſo geſchieht dies in der Regel zu Gunſten des Ehegatten oder zu Gunſten eines andern Kindes aus wohlerwogenen, triftigen Gründen. Oft wäre für alle Kinder, auch die unmündigen, am beſten geſorgt, wenn es möglich wäre, den ganzen Nachlaß dem überlebenden Gatten zu überlaſſen. Oft ermöglicht nur die Begünſtigung eines einzelnen Kindes die Erhaltung des Familienbeſitzes oder die Fortführung eines ausſichtsvollen Unternehmens. Teſtamente, in denen der Erblaſſer den Gatten und die Kinder zu Gunſten Fremder zurückſetzt, ſind beiweitem ſeltener, als man anzunehmen pflegt.[1]) Immerhin kommen ſie vor. Ob und wie deshalb die Teſtierfreiheit beſchränkt werden ſoll, darüber beſteht ſeit jeher Streit. Die Geſetze gehen weit auseinander.[2])

1. Das eine Äußerſte iſt das Syſtem des *unentziehbaren geſetzlichen Erbrechtes*. Es galt im alten deutſchen Rechte: heredes successoresque sui cuique liberi et nullum testamentum (Tacitus). Dieſem Syſteme näherte ſich 1793 und 1794 die Geſetzgebung der franzöſiſchen Revolution, indem ſie letztwillige Verfügungen nur für einen geringen Bruchteil des Vermögens und auch da nur mit beſonderen Beſchränkungen gelten ließ. Der eben beſeitigte Vorzug der Erſtgeburt ſollte nicht durch teſtamentariſche Anordnungen aufrecht erhalten werden. Davon kam man nach wenigen Jahren ab.

2. Das entgegengeſetzte Syſtem iſt das der *unbeſchränkten Teſtierfreiheit*. Es galt lange Zeit bei den Römern.[3]) Aber die Rechtſprechung ließ unbillige Teſtamente nicht gelten: ſie nahm an, der Teſtator ſei nicht bei Sinnen geweſen.[4]) So iſt das römiſche Pflichtteilsrecht entſtanden. In neuerer Zeit iſt das Syſtem der ſchrankenloſen Teſtierfreiheit — ohne Pflichtteilsrecht — in England, Amerika, Kanada durchgedrungen. Dort hat es ſich bisher bewährt. Die Engländer erblicken in dem Fehlen des Pflichtteilsrechtes einen Sporn für den Erwerbstrieb und den Unternehmungsgeiſt der Kinder.[4a])

3. Zwiſchen dem Syſteme des unentziehbaren geſetzlichen Erbrechtes und dem der ſchrankenloſen Teſtierfreiheit ſtehen die drei Syſteme der *beſchränkten Teſtierfreiheit* — das franzöſiſche, das deutſche und das mexikaniſche. Das erſte gewährt den Hinterbliebenen einen geſetzlichen Erbteil (die Reſerve), das zweite eine einmalige Abfindung in

[1]) Vgl. Ehrenzweig JBl. 1908 Nr. 8 und beſonders v. Wöß, Das römiſche Erbrecht und die Erbanwärter S. 307 Note 28 (unter fünfhundert Verlaſſenſchaften kein einziger derartiger Fall).

[2]) Albert, La liberté de tester 1895, R. De la Grasserie, De la liberté testamentaire 1897.

[3]) v. Wöß S. 132, 280.

[4]) Über dieſe Fiktion v. Wöß S. 199. Über die ruſſiſche Praxis vgl. Gebhard, Ruſſiſches Familien- und Erbrecht S. 109: „Ein ſehr alter Menſch iſt faſt nie ganz normal, und wenn das Teſtament wirklich ſehr ungerecht iſt, ſo ſind auch die Gerichte im allgemeinen geneigt, Geiſtesſchwäche, Mangel an voller Beſinnung oder die Unfähigkeit zu klarem, logiſchem und vernünftigem Denken zu konſtatieren und infolgedeſſen das Teſtament für ungültig zu erklären.“ Unſer ABGB. (§ 567) iſt dieſer Neigung nicht günſtig.

[4a]) Schuſter im Dict. of Pol. Economy; De la Grasserie S. 5.

Geld (Pflichtteil im engeren Sinne) und das dritte den mangelnden Unterhalt.

a) Das System der Reserve findet sich schon im syrisch-römischen Rechtsbuche.[5]) Danach zerfällt das Vermögen in zwei Teile. Den einen erhalten als „Reserve" die gesetzlichen Erben, über den andern kann der Testator frei verfügen. So verfügt er in Frankreich über einen je nach der Zahl der Kinder verschieden bestimmten Bruchteil (quotité disponible), in Rußland über das selbsterworbene Vermögen im Gegensatze zum Stammgut[6]), in der Türkei über ein Drittel des Nachlasses. Drei Teile unterscheidet das spanische Recht:[7]) ein Drittel ist die Reserve, ein anderes Drittel der frei verfügbare Bruchteil und das dritte Drittel ist die Mejora, über die der Erblasser zwar verfügen kann, aber nur zu Gunsten eines Kindes. Will also der spanische Bauer den „Anerben" begünstigen, so wendet er ihm den verfügbaren Teil (ein Drittel) und die Mejora zu (ein Drittel). Sind nun im ganzen z. B. drei Kinder vorhanden, so erhält der Anerbe außerdem noch ein Drittel der Reserve (ein Neuntel), im ganzen also sieben Neuntel, während die weichenden Geschwister sich mit je einem Neuntel begnügen müssen. So wird eine volkswirtschaftlich nachteilige Überlastung des Besitzes mit Erbabfindungen vermieden. Bei uns gilt das System der Reserve nur für das Testament des wegen Verschwendung, Trunksucht oder dgl. Entmündigten (§ 568).

b) Das System des Geldpflichtteiles stammt aus dem gemeinen Rechte.[8]) Das österreichische und das deutsche Recht halten daran fest. Danach kann der Erblasser über sein ganzes Vermögen nach Gutdünken verfügen. Aber gewisse Angehörige haben, wenn sie im Testamente nicht ausreichend bedacht sind, das Recht, vom Testamentserben eine einmalige Abfindung in barem Gelde zu verlangen. Sie haben also kein Erbrecht, sondern ein Forderungsrecht. Man hat dieses System bei der Beratung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches bekämpft, weil es die Kinder von Haus und Hof weise. Mit Unrecht! Gerade dieses System ermöglicht es, den Besitz in der Familie zu erhalten, indem ihn ein Kind übernimmt und die anderen abfindet.[9])

c) Das System des Unterhaltsanspruches gilt in Mexiko, auch in Guatemala und in Costarica. Hier erfreut sich voller Testierfreiheit, wer für niemanden zu sorgen hat. Unversorgte Kinder, Eltern und Gatten können aus dem Nachlasse den Unterhalt fordern. Unser Gesetz hat für den Ehegatten (§ 796) und für die unehelichen Kinder eines männlichen Erblassers (§ 171) diesen fortschrittlichen Grundsatz längst angenommen, während es im übrigen an dem römischen Pflichtteilsrechte festhält.[10])

[5]) v. Wöß S. 272.

[6]) Der Erblasser kann aber das Stammgut bei Lebzeiten verkaufen: Gebhard S. 111.

[7]) Auch Peru und Chile kennen die Mejora.

[8]) Über das ältere römische Recht vgl. v. Wöß S. 302.

[9]) De la Grasserie S. 39, v. Wöß S. 305.

[10]) Vgl. gegen das Pflichtteilsrecht der versorgten Kinder die bei v. Wöß

II. Wem steht das Pflichtteilsrecht zu?[11]) Auch in dieser Frage gehen die Gesetzgebungen auseinander. Der Ehegatte hat ein Pflichtteilsrecht im Deutschen Reiche, in der Schweiz, in Italien, in Spanien: aber nicht bei uns oder in Frankreich, in den Niederlanden, in Norwegen. Großeltern sind bei uns und in mehreren Ländern französischen Rechtes pflichtteilsberechtigt: aber nicht im Deutschen Reiche, in der Schweiz, in Rumänien. In Schweden gebührt nicht einmal den Eltern ein Pflichtteil. Seitenverwandte (Geschwister) berücksichtigt die Schweiz.[11a])

Bei uns galt bis zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche im wesentlichen das römische Pflichtteilsrecht. Danach hatten also z. B. auch die Geschwister ein Pflichtteilsrecht, wenn eine persona turpis bedacht war. Aber Eltern und Großeltern waren nicht pflichtteilsberechtigt. Für sie hat sich bei der Beratung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches Sonnenfels mit Erfolg eingesetzt: im Jahre 1804 wurde mit knapper Mehrheit die Einführung des elterlichen Pflichtteilsrechtes beschlossen. Zu den Gegnern gehörte Zeiller. Der Bevölkerung ist dieses Pflichtteilsrecht heute noch so gut wie unbekannt. Daß das Gesetz es in vielen Beziehungen ungünstiger behandelt als das Pflichtteilsrecht der Kinder, ist begreiflich (§§ 766, 769, 781, 785).

Dem Ehegatten wollte die Regierungsvorlage der Novelle (1907) ein Pflichtteilsrecht gewähren. Davon ist man glücklicherweise abgekommen (§ 796).[12])

Pflichtteilsberechtigt sind also bei uns nur Kinder und Eltern oder vielmehr (§ 42) Nachkommen und Vorfahren (§ 762), und zwar — da der Pflichtteil ein Teil des Wertes ihres gesetzlichen Erbteiles ist — immer nur, wenn „für diese Personen das Recht und die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge eintreten würde" (§ 763).

1. Die Ordnung ist die bei der gesetzlichen Erbfolge maßgebende; daher sind nicht pflichtteilsberechtigt Enkel von noch lebenden erbberechtigten Kindern, Eltern des Erblassers neben Kindern[13]), oder Großeltern neben den Eltern oder deren Nachkommen. Der Bruder, obwohl er selbst kein Pflichtteilsrecht hat, bringt also den Großvater um das seine, weil

S. 20 Genannten, insbesondere v. Miaskowski (auch die Äußerung von Baldus ebda. S. 16). Über die Unzulänglichkeit des Schutzes der unversorgten Kinder vgl. Hilsenrad, Die Erbteilung de lege ferenda GZ. 1913 Nr. 34 (dazu die Korr. JBl. 1913 Nr. 39).

[11]) Prazak, über eine Reform des österr. Erbrechtes GH. 1898 Nr. 17.

[11a]) Die Kantone können sogar Nachkommen der Geschwister das Pflichtteilsrecht gewähren: Art. 472 Schweiz. ZGB. „Das Schweizer Recht ist hier nicht vorbildlich." Kohler, Enzyklop. II S. 186.

[12]) Gegen dieses Pflichtteilsrecht Ehrenzweig JBl. 1908 Nr. 8 und Hanausek, Das gesetzliche Erbrecht und Pflichtteilsrecht des Ehegatten 1910 S. 22 ff.

[13]) Auch wenn sie nur mit Wahlkindern zusammentreffen, sind sie nicht pflichtteilsberechtigt, Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 729; a. M. Kokesch, Schließt ein Adoptivkind die Eltern seiner Wahleltern vom Pflichtteile aus? in den JBl. 1895 Nr. 32, gegen ihn Meißels ebda. Nr. 34.

er ihm in der Ordnung der gesetzlichen Erbfolge (§ 763) vorangeht.[14]) Den Urgroßeltern steht auch der Ehegatte im Wege.

2. Auch das Recht auf den Pflichtteil richtet sich nach den Grundsätzen der gesetzlichen Erbfolge: pflichtteilsberechtigt sind also nicht nur eheliche, sondern hinsichtlich der Mutter und der mütterlichen Vorfahren auch uneheliche Kinder (§ 763), auch Wahlkinder gegenüber den Wahleltern[15]) und legitimierte gegenüber jenen Vorfahren, nach denen sie erbberechtigt sind (§§ 752, 753). Gleiche Grundsätze gelten in aufsteigender Linie, daher namentlich die Ausschließung der Wahleltern vom Pflichtteilsrecht.[16]) Ausgeschlossen sind daher auch erbunfähige oder erbunwürdige Noterben oder solche, die auf ihr Erbrecht vollständig und vorbehaltlos verzichtet haben, und zwar diese (im Zweifel) samt ihren Nachkommen, ferner die rechtmäßig Enterbten (§ 767).

§ 528.

II. Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsanspruch.

I. Als Pflichtteil gebührt den Kindern nach dem Gesetze die Hälfte (§ 765), den Eltern ein Drittel dessen, was sie nach der gesetzlichen Erbfolge erhalten haben würden (§ 766). Doch ist das nicht buchstäblich zu nehmen. Es wäre vollkommen richtig, wenn wir das System der Reserve hätten. Da aber die Kinder oder Eltern, wenn ihnen ein geringerer Teil des Nachlasses oder gar keiner zugewendet worden ist, auf eine entsprechende Geldforderung beschränkt sind (HfD. vom 31. Januar 1844, Nr. 781), so ist vielmehr zu sagen, daß der Pflichtteil in der Hälfte oder in einem Drittel des Wertes des gesetzlichen Erbteiles bestehe.[1]) Diesen Wert erhalten die Berechtigten entweder in Gestalt eines Erbteiles oder in der eines Vermächtnisses oder kraft des Pflichtteilsanspruches[2]) in Geld.

II. In Gestalt eines Erbteiles erhalten die Noterben ihren Pflichtteil vor allem, wenn sie im Testamente zu Erben eingesetzt sind, wenn „auch ohne ausdrückliche Benennung als Pflichtteil".[3]) Es kommt oft vor, daß der Erblasser einen Pflichtteilsberechtigten im Testamente ausdrücklich auf den Pflichtteil beschränkt, z. B. für den Fall, daß er mit dem Testamente nicht zufrieden sein sollte (Socinische Kautel, siehe unten). Dann wird im Zweifel angenommen, daß er ihn hiemit nicht zum Erben einsetzen oder mit einem Vermächtnisse bedenken[4]), sondern einfach auf sein gesetzliches Forderungsrecht habe verweisen wollen.[5]) Deshalb

[14]) Der „garstige Bruder" der mohammedanischen Rechtslehrer. Tewes in Grünhuts Zeitschr. Bd. 1886 S. 544.

[15]) HfD. v. 10. Mai 1833 JGS. Nr. 2610. Schiffner in Grünhuts Zeitschr. 25 S. 270 Note 11.

[16]) Schiffner a. a. O. Note 12.

[1]) Vgl. § 2303 DBGB.

[2]) v. Wöß, Die Entstehung des Pflichtteilsanspruches in der Festschr. 1911 S. 687.

[3]) v. Wöß S. 691 Note 6.

[4]) Hiefür Unger § 82.

[5]) Vgl. § 2304 DBGB. und dazu Prot. V S. 499. Krasnopolski V § 47, Zahn, Hat der in einem letzten

muß sich der Pflichtteilsberechtigte hier (trotz § 790, Satz 1) die Anrechnung von Vorausempfängen gefallen lassen[6]) und für die Verjährung seines Anspruches gilt § 1487.[7]) Auch eine Erbeinsetzung auf den Pflichtteil kann diesen Sinn haben; dann hat sich der Erblasser im Ausdrucke vergriffen. Das ist aber nicht geradezu im Zweifel anzunehmen, wie das Judikat Nr. 39[8]) will, das dem eingesetzten Erben nur einen Geldanspruch zuerkennt, wenn sein Erbteil den Pflichtteil nicht übersteigt. Im Zweifel muß vielmehr eine Erbeinsetzung eben als Erbeinsetzung gelten.

Auch die gesetzliche Erbfolge gibt dem Noterben in Gestalt eines Erbteiles den Pflichtteil. Doch erlangt das Pflichtteilsrecht hier nur ausnahmsweise neben dem gesetzlichen Erbrechte praktische Bedeutung, so gegenüber einem Intestatkodizille[9]) oder gegenüber dem gesetzlichen Vorausvermächtnisse des Ehegatten oder wenn der Pflichtteil durch Schenkungen verkürzt worden ist (unten § 531).

Der Erblasser kann den Pflichtteil auch in Gestalt eines Vermächtnisses hinterlassen (§ 774).[10]) Das Vermächtnis kann in Gegenständen bestehen, die dem Pflichtteilsberechtigten unerwünscht sind — genug daran, daß ihr Schätzwert den Pflichtteil deckt. Ob der Bedachte diesen Wert bei der Veräußerung wirklich herausschlägt, ist gleichgültig.[11]) Wenn also der einzige Sohn, dem als Pflichtteil der Wert des halben Nachlasses in Geld gebühren würde, mindestens auf die Hälfte zum Erben eingesetzt oder mit einem den halben Wert des Nachlasses erreichenden Vermächtnisse bedacht ist, so kann er nicht etwa die Erbschaft oder das Vermächtnis ausschlagen und den Pflichtteil in barem Gelde fordern.[12]) Ebenso steht ihm, wenn der Wert des Erbteiles oder des Vermächtnisses den Betrag des Pflichtteiles nicht erreicht, der Pflichtteilsanspruch nur hinsichtlich des Fehlenden zu (§ 787).

Das Judikat Nr. 226[13]) sagt: „Ein letztwillig zum Erben eingesetzter Noterbe kann die Erbschaft mit Vorbehalt des Anspruches auf Ergänzung des Pflichtteiles antreten (§§ 774 und 808 ABGB.)." Aber er bedarf dazu keines Vorbehaltes, weil er keine Wahl hat. Es ist selbstverständlich, daß in der Antretung kein Verzicht auf den Ergänzungsanspruch liegt.

Willen auf den Pflichtteil Beschränkte Anspruch auf eine Quote des Nachlasses? in den Prager Mitt. 1875 S. 146 f.

[6]) Entsch. Slg. Nr. 2986, 4442, 13.223.

[7]) Andrerseits ist im Zweifel anzunehmen, daß die Beschränkung nur zu Gunsten der Testamentserben gelte, also nicht, wenn sie z. B. ausschlagen: Unger § 82 Note 1. A. M. Zeiller II S. 786.

[8]) Manzsche Slg. I S. 36.

[9]) Entsch. Slg. VII Nr. 2882, vgl. auch Gogg in der NotZ. 1913 Nr. 52.

[10]) Vgl. v. Härdtl, über den Pflichtteilsanspruch des mit einem Vermächtnisse bedachten Noterben in den JBl. 1890 Nr. 23.

[11]) Dagegen v. Wöß a. a. O. S. 692. Aber unser Gesetz begünstigt nun einmal den letzten Willen und es tut gut daran.

[12]) Oben § 509 III.

[13]) Beschl. v. 11. Mai 1915 OG. Nr. 1649.

Ist der Erbteil oder das Vermächtnis durch eine Bedingung oder Belastung eingeschränkt, so ist nicht etwa die Zuwendung, wohl aber die Einschränkung soweit ungültig, als der Erbteil oder das Vermächtnis eben nur den Betrag des Pflichtteiles deckt. Hinsichtlich des Überschusses ist sie gültig. Der Pflichtteilsberechtigte kann also auch in diesem Falle nicht den Pflichtteil in barem Gelde fordern[14]), dagegen überläßt es das Gesetz (§ 808) seinem Belieben, den überschießenden (gültig belasteten) Teil der Zuwendung anzunehmen oder auszuschlagen.[15]) Anders ist es, wenn der Erblasser dem Pflichtteilsberechtigten diesen Überschuß nur unter der Bedingung zugewendet hat, daß er sich die angeordnete Beschränkung (z. B. die Nacherbeinsetzung) hinsichtlich der ganzen Zuwendung gefallen lasse: sogenannte Socinische Kautel.[16]) Ist ihm ein belasteter Erbteil ohne diese Kautel hinterlassen worden, so kann er auch nach der (vorbehaltlosen) Erbserklärung die Gültigkeit der Last auf Grund des § 774 bestreiten.[17])

Der Erbteil des mit mehr als dem Pflichtteile bedachten Noterben besteht also aus zwei Teilen: aus der Pflichtteilsdeckung und aus der freien Zuwendung. Auf die Pflichtteilsdeckung erstrecken sich Bedingungen und Lasten nicht, auch nicht z. B. eine Auflage[18]), eine Befristung[19]) oder eine Nacherbeinsetzung. Die Nacherbeinsetzung ist hinsichtlich der Pflichtteilsdeckung selbst dann ungültig, wenn der Noterbe testierunfähig und der Nacherbe nur für den Fall berufen ist, daß der Noterbe stirbt, ohne die Testierfähigkeit zu erlangen. So hat 1853 das Judikat Nr. 8[20]) entschieden: „Die letztwilligen Verfügungen der Eltern, wodurch sie ihren des Testierens unfähigen Kindern rücksichtlich des Vermögens, welches sie ihnen hinterlassen, einen Nacherben ernennen, sind in Ansehung des Pflichtteiles der Kinder ungültig."[21]) Doch ist die Nacherbeinsetzung auch hinsichtlich des Pflichtteiles nicht immer bedeutungslos; sie begreift ihrem vollen Umfange nach gemäß § 608 stillschweigend eine (gültige) Ersatzerbeinsetzung in sich und sie kann hinsichtlich des testierunfähigen Kindes als Nacherbeinsetzung auf den Überrest (oben § 504, XI) gültig sein.[22])

[14]) Vgl. Entsch. Slg. VI Nr. 2422. Anders Entsch. Slg. Nr. 12.735.

[15]) Oben § 509 III.

[16]) Sie heißt so nach Marianus Socinus dem Jüngeren (gest. in Siena 1556), der sie in einem Gutachten ausführlich verteidigt hat. Ihre Zulässigkeit ist auch für das österr. Recht nicht zweifelhaft. Entsch. Slg. IV Nr. 1507, 1589. Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 651, F. Leonhard, Die Entziehungsklausel IheringsJ. 66, 91.

[17]) Entsch. Slg. VI Nr. 2422, VIII Nr. 3117.

[18]) Entsch. Slg. Nr. 6422.

[19]) § 13 Ges. v. 1. April 1889 Nr. 52 betr. das bäuerliche Erbrecht. Auch die gesetzliche Zahlungsfrist eines Vermächtnisses fällt weg, soweit es nur den Pflichtteil deckt. Daran ist — gegen v. Wöß S. 689 — allen Ernstes festzuhalten. Vgl. Gogg, Über die Fälligkeit der Pflichtteilsforderungen NotZ. 1913 Nr. 51.

[20]) Manzsche Slg. I S. 16.

[21]) So auch Entsch. Slg. XI Nr. 4383 und — zu weit gehend (nämlich über den Pflichtteil hinaus) — Entsch. Slg. XVI Nr. 6337. Die drückende Vorschrift des § 774 sollte einschränkend, nicht ausdehnend ausgelegt werden!

[22]) Beides übersieht die „nicht nur aller Billigkeit, sondern auch dem Rechte" widersprechende Entsch. Slg.

Im Zweifel ist die Nacherbeinsetzung, soweit sie sich auf die Pflichtteilsdeckung bezieht, in diesem Sinne auszulegen, wenn der Vorerbe testierunfähig ist, d. h. eben: sie ist als ein gültiges Fideikommiß auf den Überrest zu behandeln.[23])

Die ungültigen Beschränkungen der Pflichtteilsdeckung sind nur relativ ungültig: der Noterbe kann sie, wenn er will, gelten lassen. Hat er sie nicht ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt, so bleiben sie ungültig und binden auch seinen Erben nicht.[23a])

Der Noterbe verfügt über den empfangenen Pflichtteil frei, er kann ihn beliebig belasten, nur dem Erblasser ist dies im § 774 verwehrt. Deshalb kann auch der Pflichtteil eines minderjährigen Noterben, z. B. gelegentlich der Erbteilung, mit Genehmigung des Gerichtes beliebig belastet werden. Das ist ganz selbstverständlich und wird doch gelegentlich in der Praxis verkannt.[24])

III. Der Pflichtteilsanspruch entsteht, wenn der Pflichtteilsberechtigte im letzten Willen nicht oder nicht ausreichend bedacht worden ist; er ergänzt die Pflichtteilsdeckung.

Der Pflichtteilsanspruch ist kein Erbrecht, sondern eine Forderung.[25]) Daran darf weder die Bezeichnung „Noterbe" (§ 764) noch der Umstand irre machen, daß das Gesetz den Pflichtteil als „Erbteil" bezeichnet (§ 764) und die Verkürzung der Noterben zu den Fällen der gesetzlichen Erbfolge zählt (§ 727).[26]) All das hat ja zu Zweifeln Anlaß gegeben, aber der Streit über den Inhalt des Pflichtteilsanspruches ist längst entschieden.[27]) Nach dem Hofdekrete vom 31. Januar 1844, Nr. 781, hat der Noterbe „keinen Anspruch auf verhältnismäßige Anteile an den einzelnen zur Verlassenschaft gehörigen beweglichen und unbeweglichen Sachen, sondern nur auf den nach der gerichtlichen Schätzung berechneten Wert seines Erbteils".[27a]) Er kann zu diesem Zwecke die Errichtung eines Inventars verlangen (§ 804)[28]), dagegen spricht ihm § 784 ausdrücklich das Recht ab, zur Erhebung des wahren Wertes auf eine Feilbietung der Verlassenschaftsstücke zu bringen.

Nr. 2473; vgl. Pfaff und Hofmann, Exk. II S. 146 ff., dagegen L. v. Mayer, Bemerkungen über einen den Pflichtteil betreffenden Rechtfall in der GH. 1886 Nr. 14. Richtig nunmehr Entsch. Slg. VIII Nr. 3042 und besonders XVI Nr. 6321.

[23]) Entsch. Slg. XVI Nr. 6321.

[23a]) Entsch. Slg. Nr. 3012, XI Nr. 4383, XVI Nr. 6337. Anerkennung war anzunehmen in den Fällen der Entsch. v. 24. März 1903 GZ. 1909 Nr. 36 und Slg. VIII Nr. 2931.

[24]) Vgl. z. B. Entsch. Slg. Nr. 15.978 und die sonderbare JMV. v. 12. Dez. 1896 VBl. Nr. 42.

[25]) Deshalb kann sich der übergangene Noterbe nicht als Erbe erklären. Entsch. Slg. Nr. 13.659. Das Bestreitungsrecht des § 159 BGB. steht ihm nicht zu: Entsch. Slg. XV Nr. 5732. Vgl. auch JB. Nr. 41 (Manzsche Slg. I S. 38): Dem Haupterben steht nicht die Wahl zu, den Pflichtteil entweder in Geld oder in Natur auszufolgen.

[26]) Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 287 ff., Schiffner, Ges. Verm. S. 122 ff.

[27]) A. M. freilich Schnatterer, Das Noterbrecht JBl. 1910 Nr. 3.

[27a]) Anders nach § 1808 ung. Entw.

[28]) Rintelen, Grundriß § 31, E. Weiß JBJSchr. 33 S. 393.

„Bis zur wirklichen Zuteilung ist die Verlassenschaft in Ansehung des Gewinnes und der Nachteile als ein zwischen den Haupt- und Noterben verhältnismäßig gemeinschaftliches Gut zu betrachten" (§ 786).[29] „Zuteilung" ist die ziffermäßige Feststellung des Pflichtteiles.[29a] Den Noterben trifft bis dahin z. B. Kursgewinn und Kursverlust der zum Nachlaß gehörenden Wertpapiere. Von dem Werte der bis zur Auszahlung wirklich erzielten Früchte gebührt ihm der verhältnismäßige Anteil, dafür kann er — selbstverständlich![30] — vom Betrage der Pflichtteilsforderung nicht die gesetzlichen Zinsen seit dem Todestage verlangen. Ein Hofdekret vom 27. März 1847, Nr. 1051, spricht ihm das Recht zu, „über den ihm vom Tode des Erblassers an bis zur wirklichen Zuteilung des Pflichtteiles gebührenden verhältnismäßigen Anteil an Gewinn und Verlust und an den Früchten der Erbschaft Rechnung zu fordern". Aber den Offenbarungseid kann er vom Erben nur verlangen, wenn der Verdacht der Verschweigung oder Verheimlichung von Nachlaßaktiven besteht (Art. XLII EinfG. zur ZPO.).[31]

In der Verlassenschaftsabhandlung[32] hat das Gericht die Rechte pflegebefohlener Noterben von Amts wegen zu wahren (§§ 49, 162 VaSt.). Ebenso muß es für Abwesende sorgen, deren Aufenthalt nicht bekannt ist.[33] Vor der Feststellung[34] und Sicherung ihres Pflichtteiles darf der Nachlaß nicht eingeantwortet werden.

Die Pflichtteilsschuld geht als Passivum den Vermächtnissen vor, steht aber den Schulden des Erblassers nach. Doch haftet der Noterbe den Gläubigern nicht, eben weil er kein Erbe, sondern selbst ein Gläubiger, wenn auch schlechteren Ranges, ist. Als Gläubiger kann er gemäß § 812 die Absonderung des Nachlasses verlangen, und zwar auch dann — ja besonders dann — wenn der Haupterbe im Konkurse ist.[35]

Eine Beitragspflicht der Vermächtnisnehmer ist im § 783 vorgesehen. Hat der Erblasser unter Übergehung des Noterben über den ganzen Nachlaß verfügt und wird sodann der Pflichtteilsanspruch mit Erfolg geltend gemacht, so wird es dem Willen des Erblassers nicht entsprechen, daß den Nachteil der Erbe allein trage, während die Vermächtnisse unberührt bleiben. Man nehme an, eine Frau habe ihren Mann zum Erben eingesetzt und ihm Vermächtnisse an Freunde und Bekannte auferlegt, die die Hälfte des reinen Nachlasses ausmachen. Nun

[29]) Cod. Ther. II 14 n. 87. Nach Unger § 85 Note 3 ist „diese dem gemeinen Rechte zuwiderlaufende Anordnung gewiß nicht zu billigen". Auch Till GZ. 1907 Nr. 52 ist dagegen.

[29a]) J. Gogg, über die Fälligkeit der Pflichtteilsforderungen NotZ. 1913 Nr. 51, 52.

[30]) Unrichtig Entsch. Slg. Nr. 10.454.

[31]) Entsch. Slg. VIII Nr. 2941, XIV Nr. 5574; vgl. oben § 299 Note 9, Krasnopolski V § 49, Eisinger in der NotZ. 1917 Nr. 12 und für das ältere Recht Entsch. Slg. Nr. 10.767.

[32]) Rintelen, Grundriß § 36, Eisinger, Verlassenschaftsabhandlung und Pflichtteilsrecht NotZ. 1917 Nr. 11, 12.

[33]) Entsch. Slg. XII Nr. 4775.

[34]) Pflichtteilsausweis (§ 162 VaSt.), vgl. Fried in der NotZ. 1887 Nr. 36 und dagegen Moro ebda. Nr. 43.

[35]) Unrichtig Entsch. Slg. Nr. 12.315.

fordert ein uneheliches Kind der Erblasserin seinen Pflichtteil, d. h. drei Achtel des Nachlasses. Sollen nun gerade die Vermächtnisse, an denen der Erblasserin weniger gelegen ist, voll ausbezahlt werden, während der Mann statt der ihm zugedachten Hälfte des Nachlasses nur ein Achtel behält? Zeiller[36]) bejaht die Frage, obwohl § 783 erklärt, daß zur vollständigen Entrichtung des Pflichtteiles „sowohl die eingesetzten Erben, als auch die Legatare verhältnismäßig beitragen" müssen. Das Gesetz stellt Erben und Vermächtnisnehmer einander durchaus gleich.[37]) Der Noterbe kann allerdings seinen Anspruch nur gegen den Erben richten, aber dieser hat gegenüber dem Vermächtnisnehmer den Anspruch auf den verhältnismäßigen Beitrag.

Der Pflichtteilsanspruch ist vererblich[38]) und abtretbar. Er ist Gegenstand der Exekution und gehört zur Konkursmasse des Noterben, aber beides nur, wenn ihn der Noterbe (oder sein Rechtsnachfolger) gerichtlich oder außergerichtlich geltend gemacht hat.[39]) Fügt sich der Noterbe der Enterbung, so müssen dies seine Gläubiger hinnehmen. Das ergibt sich aus dem Zwecke des Pflichtteilsrechtes. Denn die Testierfreiheit des Erblassers ist nur um des Noterben willen beschränkt, auf seine Gläubiger muß der Erblasser keine Rücksicht nehmen, im Gegenteile: die Schulden des Noterben können ein Grund sein, ihn zu übergehen (§ 773). Der Kredit, der einem Schuldner mit Rücksicht auf sein Pflichtteilsrecht gewährt wird, „verdient nicht, begünstigt zu werden; ein solcher Kredit ist erfahrungsgemäß nicht selten ein für den Schuldner verderblicher".[40]) Die Anerkennung des letzten Willens kann durch sittliche Pflicht und Anstand geboten sein.[41]) Sie kann den Zweck haben, die peinliche Erörterung von Enterbungsgründen[42]) oder die Nachforschung nach Vorempfängen (z. B. nach den bereits bei Lebzeiten zur Befriedigung von Gläubigern gebrachten Opfern) zu ersparen.[43]) Mit der Möglichkeit, daß ein Kind bei der Erbfolge leer ausgeht, sollen seine Gläubiger rechnen.

[36]) Komm. II S. 783. Ebenso die Mehrheit bei Ofner, Prot. II S. 552: Den Erben gebühre nichts, bis nicht alle Anordnungen berichtigt sind, selbst wenn sie ganz leer ausgehen. Dagegen Entsch. v. 28. Jan. 1851 GZ. 1856 Nr. 34, Unger § 85 Note 4, Stubenrauch 8. Aufl. I S. 954, Krasnopolski S. 235, v. Anders § 93, Till GZ. 1907 Nr. 52. Vgl. § 2318 DBGB.

[37]) Das gilt aber nicht für das gesetzliche Vorausvermächtnis des Ehegatten. Dieses wird erst nach Erschöpfung des übrigen Nachlasses geschmälert.

[38]) Oben Note 23a. A. M. Krasnopolski V § 49.

[39]) Entsch. v. 12. Jan. 1915 OG. Nr. 1689: „Der Überweisungskläger kann den ihm überwiesenen Pflichtteilsanspruch des Verpflichteten in dessen Vertretung auch dann einklagen, wenn dieser seinen Pflichtteilsanspruch nur außergerichtlich geltend gemacht hatte." Gerichtliche Geltendmachung verlangt E. Weiß, Der Erwerb des Pflichtteiles JWSchr. 33, 385, nicht einmal außergerichtliche die herrschende Lehre (z. B. Rintelen, Handb. S. 198, Bartsch und Pollak, Komm. I S. 69, Alb. Ehrenzweig, Komm. zur AnfO. S. 331), dagegen Rechtshängigkeit oder Anerkennung durch Vertrag § 852 DZPO.

[40]) Motive zum DBGB. V S. 418.

[41]) Vgl. E. Weiß S. 391.

[42]) Vgl. z. B. Entsch. Slg. IX Nr. 3362.

[43]) Vgl. z. B. Entsch. Slg. I Nr. 431.

Der Pflichtteilsanspruch verjährt in drei Jahren (§ 1487). Die Verjährung beginnt in der Regel[44]) mit dem Tage der Kundmachung des Testamentes.[45]) Wann der eingesetzte Erbe die Erbschaft angetreten hat, ist gleichgültig.[46])

§ 529.

III. Die Enterbung.

I. Voraussetzungen. Enterbung heißt eine letztwillige Erklärung des Erblassers, die dem Noterben den Pflichtteil entzieht. Sie kann ausdrücklich oder stillschweigend dadurch geschehen, daß der Erblasser den Nachlaß anderen Personen zuwendet (Übergehung, Präterition, § 782). Die Enterbung ist ferner entweder rechtmäßig oder unrechtmäßig, je nachdem sie vom Gesetze gestattet ist oder nicht, die unrechtmäßige erfolgt entweder absichtlich oder irrtümlich. Über die Wirkungen irrtümlicher Übergehung (§§ 777 bis 779 ABGB.) siehe oben § 494, III; die absichtliche unrechtmäßige Enterbung oder Übergehung entzieht das Erbrecht, aber nicht den Pflichtteilsanspruch (§§ 775, 776, 781).

Eine wirksame, d. h. den Pflichtteilsanspruch ausschließende Enterbung oder Übergehung setzt voraus:

1. Einen rechtmäßigen Enterbungsgrund;[1]) die Enterbungsursache muß „in den Worten (!) und dem Sinne des Gesetzes gegründet sein" (§ 771). Damit ist jedenfalls die Analogie ausgeschlossen;[2]) die Verfasser wollten auch die ausdehnende Auslegung ausschließen, „da die Enterbungsursachen odiosa sind".[3])

Abfall vom Christentum ist nicht mehr Enterbungsgrund (§ 768, Z. 1).[4]) Die Enterbung ist begründet:

a) wenn der Noterbe den Erblasser im Notstande hilflos gelassen hat (§§ 768, Z. 2, 769). Ursprünglich war an den Fall gedacht, daß der Noterbe den in feindliche Gefangenschaft geratenen Erblasser nicht ausgelöst hat.[5]) Davon ist mit Rücksicht auf die „unter den gesitteten Nationen nun übliche Beschaffenheit der feindlichen Gefangenschaft und

---

44) Anders wenn der Pflichtteilsanspruch ausnahmsweise bei der gesetzlichen Erbfolge geltend gemacht wird, z. B. gegenüber dem Voraus des Ehegatten.

45) Entsch. Slg. Nr. 3084, vgl. auch XI Nr. 4480. Nach § 2332 DBGB. beginnt die dreijährige Verjährung mit dem Zeitpunkte, in dem der Noterbe von dem Erbfalle und der ihn beeinträchtigenden Verfügung Kenntnis erlangt.

46) Diesen Zeitpunkt will Krasnopolski V § 49 entscheiden lassen.

1) Über die geschichtliche Entwicklung vgl. J. Merkel, Die Justinianischen Enterbungsgründe 1908 (österr. R.: S. 134 f.).

2) Corpus juris Fridericiani II 7 tit. 5 § 19: „Außer diesen benannten Enterbungsursachen sollen keine anderen, sie mögen pares oder similes sein, attendiert noch admittiert werden." Merkel S. 127.

3) Ofner, Prot. I S. 477.

4) Ges. v. 25. Mai 1868 Nr. 49 Art. 7, und schon StGG. v. 21. Dez. 1867 Nr. 142 Art. 14 (Gutachten GH. 1868 Nr. 21).

5) Merkel S. 11. Westgal. GB. II § 579 Z. 4.

Art der Auslösung" keine Rede mehr.[6]) Nun ist vor allem an den Fall zu denken, daß der Noterbe seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht absichtlich aus verwerflicher Gesinnung nicht nachkommt.[7]) Den Notstand und die Unterlassung der Unterstützung muß der Erbe beweisen (§ 771);[8])

b) wenn der Noterbe eines Verbrechens wegen zur lebenslangen oder zwanzigjährigen Kerkerstrafe verurteilt worden ist (§§ 768, Z. 3, 769), um so gewisser also, wenn er zum Tode verurteilt worden ist.[9]) Der Grund liegt vor allem darin, daß in diesen Fällen die Ausmessung des Pflichtteiles gewiß oder sehr wahrscheinlich dem Enterbten „nie zum Nutzen, den Geschwistern oder anderen Erben aber zum Abbruche gereichen würde".[10]) Daran hat das Gesetz vom 15. November 1867 (oben § 70) nichts geändert;[11])

c) wenn der Noterbe eine gegen die öffentliche Sittlichkeit anstößige Lebensart beharrlich führt (§§ 768, Z. 4, 769). Die von Zeiller[12]) gerühmte „Würde, Schonung und Zartheit im Ausdrucke", die dem § 768 eigen ist, darf nicht dazu verleiten, musterhaftes sittliches Betragen zu fordern. Ein Kind kann enterbt werden, wenn es trotz der erhaltenen ehrbaren Erziehung[13]) sich der Schande ergibt, so vor allem die Tochter, die eine anständige Heirat ausschlägt und eine feile Dirne wird;[14]) dazu muß noch kommen, daß das Kind sich von dem schmählichen Treiben ungeachtet aller Bemühungen nicht abbringen läßt.[15]) Gewiß aber kann z. B. ein Sohn nicht deswegen enterbt werden, weil er sich mit seiner Geliebten öffentlich im Theater und beim Rennen zeigt.[16]) Angesichts der bedeutenden Einschränkung der Erbunwürdigkeit (§ 770) durch die Novelle von 1916 wird man auch das Verhalten des Noterben gegen den Erblasser zur „Lebensart" rechnen müssen.[17]) Die Enterbung wird also zulässig sein, wenn der Noterbe durch fortgesetzte rohe oder entehrende Behandlung des Erblassers oder seines Ehegatten die öffentliche Sittlichkeit verletzt;

d) wenn er sich nach §§ 540, 542 erbunwürdig gemacht hat (§ 770); in diesem Falle bedarf es keiner Enterbung, doch macht die Enterbung auf die vorliegende Erbunwürdigkeit aufmerksam und schließt den Einfluß nachträglicher Verzeihung aus (unten III);

---

[6]) Ofner, Prot. II S. 399.

[7]) Vgl. § 2333 Z. 4 DBGB.

[8]) Entsch. Riehl II S. 762.

[9]) Die Todesstrafe ist, wie im § 61, unerwähnt geblieben. Vgl. Unger § 83 Note 6. Anders Till (GZ. 1907 Nr. 52).

[10]) Ofner, Prot. I S. 474 (Zeiller).

[11]) Unger § 83 Note 6, v. Brandhuber, Delikt und Erbrecht S. 21 ff.; a. M. Krainz und v. Anders S. 131.

[12]) Komm. II S. 778.

[13]) § 769, vgl. § 409 ALR. II 2.

[14]) § 579 Westgal. GB. II. Merkel S. 12 f.

[15]) § 768: „beharrlich". Der Enterbungsgrund wird unwirksam, wenn der Enterbte noch vor dem Tode des Erblassers seinen unsittlichen Lebenswandel aufgibt (§ 2336 DBGB.). Dagegen rettet z. B. die in wilder Ehe lebende Tochter ihren Pflichtteil nicht, wenn sie erst nach dem Tode des Vaters ihren Freund heiratet. Entsch. des RG. v. 3. Jan. 1910 Recht 1910 Nr. 4.

[16]) Anders freilich entscheidet Slg. VI Nr. 12.990.

[17]) Oben § 483 Note 19.

e) Eltern können auch enterbt werden, wenn sie das Kind in der Erziehung ganz verwahrlost haben (§ 769). Man pflegt diesen Enterbungen als Enterbungen zur Strafe[18]) gegenüberzustellen

f) die sogenannte Enterbung in guter Absicht.[19]) Ein sehr verschuldeter oder verschwenderischer Noterbe kann enterbt werden, wenn es wahrscheinlich ist, daß sonst der Pflichtteil seinen Kindern entgehen würde; in diesem Falle kann der Erblasser den Pflichtteil unmittelbar den Kindern des Noterben zuwenden (§ 773). Die Verschuldung muß also soweit gehen, daß eine den künftigen Erwerb sichernde Ordnung der Vermögensverhältnisse nicht möglich ist.[20])

Wegen Verschwendung kann der Noterbe in guter Absicht enterbt werden, auch wenn er nicht entmündigt worden ist, ja selbst wenn er wegen Mangels an Vermögen noch gar nicht in die Lage gekommen ist, seiner Verschwendungssucht (die dann freilich schwer nachweisbar sein wird) zu frönen.[21]) In dieser Weise können nach österreichischem Rechte[22]) nicht nur Kinder, sondern auch Eltern enterbt werden, obwohl die Nachkommen der Eltern gegenüber dem Erblasser kein Pflichtteilsrecht haben. Die Kinder des Noterben, zu deren Besten die Enterbung gereichen soll, müssen also nur gegenüber dem Noterben pflichtteilsberechtigt sein.[23]) Deshalb kann der Erblasser seinen Sohn zwar nicht zu Gunsten eines unehelichen, wohl aber zu Gunsten eines Wahlkindes eben dieses Sohnes enterben. Sind die Kinder des Noterben auch gegenüber dem Erblasser — z. B. als eheliche Enkel — bedingt d. h. bei Wegfall des Noterben pflichtteilsberechtigt, so ist es nach dem geltenden Rechte nicht mehr notwendig, daß ihnen der Erblasser den Pflichtteil ausdrücklich zuwendet, da ihnen das Recht darauf schon nach dem Gesetze (§ 780) zufällt.[24]) Jedenfalls aber gilt die Enterbung nur, wenn der Noterbe zur Zeit des Erbfalles Kinder hat;[25]) später erzeugte bleiben unberücksichtigt.[26])

2. Die Enterbung erfolgt in einem gültigen letzten Willen, der den Noterben entweder ausdrücklich enterbt oder übergeht (§ 782). Es ist ein Vorzug des österreichischen Rechtes, daß der Erblasser den Enterbungsgrund nicht angeben muß.[26a]) Der Grund bleibt also geheim, wenn sich der Enterbte fügt.

---

[18]) Im Falle b ist es aber nicht auf eine Strafe abgesehen, oben bei Note 10.

[19]) Diese Bezeichnung ist nur geschichtlich zu erklären. Richtiger wäre für das österreichische Recht die Bezeichnung Enterbung zum Besten der Nachkommen.

[20]) Vgl. § 2338 DBGB.

[21]) Entsch. Slg. Nr. 12.990.

[22]) Ebenso nach § 515 ALR. II 2, anders nach § 2338 DBGB., Art. 480 Schweiz. ZGB.

[23]) Vgl. für das ältere Recht SpR. Nr. 210 (Slg. XVI Nr. 6251).

[24]) Unten bei Note 27. Anders nach dem deutschen Rechte, das die Enterbung aus guter Absicht wesentlich anders auffaßt.

[25]) Vgl. den Fall der Entsch. v. 11. Okt. 1851 GZ. 1856 Nr. 36.

[26]) P. v. L., Rechtsfall Zeitschr. f. RGel. 1844 II S. 170.

[26a]) Anders § 2336 DBGB. Art. 479 Schweiz ZGB.

3. Verlangt der Enterbte den Pflichtteil, so muß der Testamentserbe den Enterbungsgrund angeben und beweisen (§§ 771, 782).

II. Die Wirkung der rechtmäßigen Enterbung oder Übergehung ist für den Enterbten der Verlust des Anspruches auf den Pflichtteil (§ 767). Doch können an Stelle eines rechtmäßig enterbten Kindes dessen Abstämmlinge den Pflichtteil so verlangen, wie wenn der Enterbte den Erbfall nicht erlebt hätte (§ 780)[27]), während sie im Falle einer unrechtmäßigen Enterbung nichts verlangen können.[28])

Der notwendige Unterhalt (§ 795)[29]) gebührt dem Noterben nicht nur, wenn er rechtmäßig enterbt worden ist, sondern überhaupt, wenn er „von seinem Pflichtteile selbst gesetzmäßig ausgeschlossen wird", also auch im Falle der Erbunfähigkeit (insbesondere der Erbunwürdigkeit) und im Falle des Erbverzichtes[30]) — der Enterbte soll nicht der öffentlichen Armenpflege zur Last fallen. Nur der notwendige Unterhalt gebührt, nicht der standesgemäße; er gebührt nur, soweit er mangelt, also nicht, wenn der Enterbte sich selbst zu erhalten vermag;[31]) er kann den Betrag des Pflichtteiles nicht übersteigen.[32])

III. Die ausdrückliche oder stillschweigende Enterbung wird nur durch eine formgerechte letztwillige Verfügung aufgehoben (§ 772), nicht durch die bloße Verzeihung. Dies gilt auch für die auf Erbunwürdigkeit (§ 770) beruhende Enterbung.

§ 530.

IV. Bestimmung des Pflichtteiles.[1])

Der Pflichtteil ist ein Bruchteil des Wertes des reinen Nachlasses.

I. Der Bruchteil. Der Pflichtteil beträgt bei Abkömmlingen die Hälfte (§ 765), bei Vorfahren ein Drittel (§ 766) ihres gesetzlichen Erbteiles, genauer: des Wertes ihres gesetzlichen Erbteiles.

1. Durch das Vorhandensein eines Ehegatten wird — obwohl der Ehegatte selbst kein Pflichtteilsrecht hat — der Pflichtteil aller Noterben geschmälert. Die Testierfreiheit wird also entsprechend erweitert. Das wird von vielen bemängelt.[2]) Mit Unrecht! Der verheiratete

[27]) K. Schreiber, über die Pflichtteils- resp. Erbansprüche der nachrückenden Noterben in der GZ. 1879 Nr. 79, 80.

[28]) Denn in diesem Falle steht der Pflichtteilsanspruch eben dem Enterbten zu. Vgl. § 2309 DBGB.

[29]) Schiffner, Ges. Vermächtnisse S. 127 ff.

[30]) Schiffner S. 129, Krasnopolski V S. 231 Note 6. A. M. Unger § 79 Note 8, § 83 Note 22.

[31]) Zeiller, Komm. II S. 824.

[32]) Schiffner a. a. O., Krasnopolski V S. 232 Note 1, v. Anders S. 131; a. M. v. Hussarek Grünhuts Zeitschr. 20, 664 Note 27.

[1]) Vgl. v. Kvassay, Zur Frage der Pflichtteilsbemessung in der JurZ. 1892 Nr. 15, 17.

[2]) Port in der GZ. 1914 Nr. 50, Gortany in der NotZ. 1915 Nr. 20 und 23, Ofner ebda. Nr. 22, Sorli ebda. Nr. 38; Kočevar in der GH. 1917 Nr. 5 verteidigt geradezu die Ansicht, daß der Pflichtteil der Kinder auch nach heutigem Rechte immer dem halben Nachlasse gleichkommen müsse.

Familienvater bedarf einer größeren Testierfreiheit als der Witwer, um eben den Ehegatten ausreichend bedenken zu können. Zwar zwingt ihn das Gesetz nicht dazu, aber es nimmt doch darauf Rücksicht, daß der verheiratete Erblasser nach dem Zeugnisse der Erfahrung neben den Kindern regelmäßig den Ehegatten zu bedenken pflegt. In aller Regel wird er sich dazu verpflichtet fühlen. Anders, wenn für den Gatten in den Ehepakten ausreichend gesorgt ist: aber dann fallen ja auch die Pflichtteile dank der Einrechnung (§ 757) größer aus.[3]) Bedenklich wäre nur eine Schmälerung der Pflichtteile durch das gesetzliche Vorausvermächtnis, aber davon kann nach § 786 keine Rede sein: „Der Pflichtteil wird ohne Rücksicht auf Vermächtnisse berechnet" — also auch ohne Rücksicht auf das Vorausvermächtnis.[4])

Der Pflichtteil des einzigen Kindes beträgt also, wenn ein Ehegatte da ist, nicht mehr wie nach früherem Rechte[5]) die Hälfte, sondern nur drei Achtel des Nachlasses, der des Vaters ein Sechstel[6]) oder, wenn z. B. außer ihm ein vollbürtiger Bruder da ist, ein Zwölftel.[7]) Ebenso vermindert sich der Pflichtteil der Mutter und der der Großeltern. Die Urgroßeltern sind, wenn ein Ehegatte da ist, überhaupt nicht pflichtteilsberechtigt.

2. Die Noterben eines katholischen Geistlichen erhalten ein Sechstel (Kinder) oder ein Neuntel (Eltern) des Nachlasses als Pflichtteil. Über die verbleibenden fünf Sechstel oder acht Neuntel darf er frei verfügen. Das verstößt wohl nicht gegen den Grund des Gesetzes, da dem Geistlichen ebendamit freigestellt ist, den Armen oder der Kirche mehr als den gesetzlichen Anteil zu hinterlassen.

3. „Auch ein Verschwender ist nach den §§ 568 und 765 ABGB. seinen Kindern nur die Hälfte, nicht drei Vierteile seines Vermögens als Pflichtteil zu hinterlassen schuldig."[8]) Dasselbe gilt für den wegen Trunksucht u. dgl. Entmündigten (§ 6 EntmO.).

4. Wer bei der gesetzlichen Erbfolge wegen Verzichtes (§ 551)[9]), Vorausempfanges (§ 793), Erbunwürdigkeit oder aus irgend einem andern Grunde nichts erhalten würde, wie auch der rechtmäßig Enterbte wird bei der Ausmessung des Pflichtteiles gemäß § 767 so betrachtet, als wenn er gar nicht vorhanden wäre;[10]) der Pflichtteil der

[3]) E. Weißberger in der NotZ. 1915 Nr. 38.

[4]) Rodwin in der GZ. 1915 Nr. 34, Beer und Binder in der NotZ. 1916 Nr. 36; unrichtig Port in der GZ. 1914 Nr. 50, E. Weißberger in der NotZ. 1916 Nr. 34, 43, Kundera und Nebeský ebda. Nr. 39.

[5]) Über die Auslegung älterer, den Pflichtteil gewährender Testamente oben § 495 bei Note 11 a.

[6]) Vgl. Entsch. Slg. Nr. 11.115.

[7]) Vgl. Entsch. Slg. Nr. 3686. Notar X., Eine Pflichtteilsberechnung in der NotZ. 1899 Nr. 28.

[8]) Note der Gesetzgebungshofkommission v. 11. Okt. 1821 in Pratobeveras Materialien VI S. 315, dazu Zeiller ebda. S. 324 ff. Vgl. Unger § 79 Anm. 2, Pfaff und Hofmann II S. 109, Stubenrauch, Komm. 8. Aufl. I S. 936 Note 1; oben § 493 bei Note 24.

[9]) Entsch. Slg. Nr. 2175, 13.770, XI Nr. 4480.

[10]) Es bleibt aber auch die Ab-

anderen Noterben fällt also um so größer aus.[11]) Hat aber ein Noterbe nicht auf das gesetzliche Erbrecht, sondern nur auf sein Pflichtteilsrecht verzichtet[12]) oder ist nur sein Pflichtteilsanspruch[13]), nicht auch der ganze gesetzliche Erbteil durch Vorausempfänge erschöpft, so wird er mitgezählt. § 767 gilt übrigens nur für die „Ausmessung" des Pflichtteiles, beantwortet also nur die Frage, wie groß der Pflichtteil eines andern ist, nicht auch die Vorfrage, ob ihm überhaupt ein Pflichtteil gebühre. Wenn also das einzige Kind rechtmäßig enterbt (und kinderlos) ist, so ist es nicht auch in dieser Hinsicht gemäß § 767 als nicht vorhanden anzusehen, so daß nun die Eltern pflichtteilsberechtigt wären. Daß seine Kinder an seine Stelle treten, folgt nicht aus § 767, sondern aus § 780.

II. Aktiven. Um den Pflichtteil berechnen zu können, muß der Wert des reinen Nachlasses festgestellt werden. Zunächst muß daher der Aktivstand inventiert[14]) und gerichtlich geschätzt werden, denn nur der Schätzwert ist für den Pflichtteil maßgebend. Aber bedingte oder unsichere Rechte sind nicht etwa nach der Wahrscheinlichkeit zu schätzen, vielmehr gebührt hievon der Pflichtteil erst, wenn die aufschiebende Bedingung eingetreten oder die zweifelhafte Forderung eingebracht oder ausreichend sichergestellt ist. Daß der Erbe rechtzeitig für die Feststellung, Sicherung oder Einbringung sorge, kann der Noterbe verlangen.[15]) Zur Schätzung müssen die Noterben geladen werden.[16]) Sie sind berechtigt, dabei ihre Erinnerungen vorzubringen, während sie kein Recht haben, unter dem Vorwande, daß die Feilbietung einen höheren Erlös liefern werde, auf eine solche zu dringen (§ 784). Zum Aktivstande rechnet man alles, was der Erblasser frei vererben konnte, also allerdings auch Forderungen an den Erben oder Vermächtnisnehmer, nicht aber Lehen, Fideikommisse und Vorerbschaften (§ 784). Was der Erblasser bei Lebzeiten verschenkt hat, wird unter bestimmten Voraussetzungen zum reinen Nachlasse hinzugerechnet (darüber unten § 531), außerdem Vorempfänge, auch wenn sie nicht zugleich Schenkungen sind, und zwar gleichviel, ob es sich dabei um die Berechnung des Pflichtteiles des Begünstigten oder desjenigen eines andern Noterben handelt (unten IV). Nur wenn der Empfänger gemäß § 767 nicht mitzuzählen ist, werden auch seine Vorempfänge nicht eingerechnet.[16a])

III. Passiven. Nachlaßpassiven, die von den Aktiven abgezogen werden müssen, um den reinen Nachlaß zu finden, sind

findung des Verzichtenden oder der Vorausempfang unberücksichtigt.

[11]) Ofner, Prot. I S. 472 f. Anders nach §§ 417, 488 ABR. II 2 und — abgesehen vom Falle des Verzichtes — auch nach § 2310 DBGB.

[12]) Unger § 80 Note 3, Zoll, Sind Schenkungen bei Berechnung des Pflichtteiles in Anschlag zu bringen? S. 55 Note 67, dazu Wróblewski, Zur Anrechnungslehre S. 26.

[13]) Entsch. Slg. Nr. 9370.

[14]) Über den Offenbarungseid vgl. oben §§ 299 Note 9 und 528 Note 31.

[15]) Ofner, Prot. I S. 485. Vgl. § 2313 DBGB.

[16]) § 274 VaSt.

[16a]) Oben Note 10, Unger § 81 Note 14.

a) die bereits bei Lebzeiten des Erblassers auf dem Vermögen haftenden Schulden. Auflösend bedingte Lasten sind vorläufig wie unbedingte, fortlaufende Lasten von ungewisser Dauer mit dem Höchstbetrage abzuziehen; bei Eintritt der auflösenden Bedingung und beim früheren Erlöschen der fortlaufenden Last erhält der Noterbe die gebührende Ergänzung.[17]) Vermächtnisse und Verpflichtungen aus Schenkungsverträgen auf den Todesfall[18]) werden nicht abgezogen, denn ihnen geht der Pflichtteil vor. Verpflichtungen aus Schenkungen unter Lebenden werden, soweit nicht § 785 (unten § 531) eingreift, wie andere Schulden behandelt; um so gewisser also die Verpflichtung zur Entrichtung der Widerlage oder des Witwengehaltes.[19]) Bestand eheliche Gütergemeinschaft, so muß zunächst das reine gemeinschaftliche Vermögen festgestellt werden; die Hälfte davon gehört in den Nachlaß.

b) Die Begräbniskosten (§ 549).[20])

c) Die Kosten des Inventars (§ 111 VaSt.)[21]) und die bis zur Zuteilung des Pflichtteiles auflaufenden Kosten der Nachlaßverwaltung (§ 786).

Nicht abzuziehen sind Erbgebühren. Den Noterben trifft nur die besondere Gebühr für den Anfall des Pflichtteilsrechtes, dagegen z. B. nicht die Immobiliargebühr, auch nicht wenn die Nachlaßliegenschaften veräußert werden müssen, um den Pflichtteil flüssig zu machen.[22]) Durch den Unterhaltsanspruch des überlebenden Ehegatten (§ 796)[23]) oder des unehelichen Kindes (§ 171)[24]) darf die in den Pflichtteilen der noch unversorgten Noterben liegende Deckung ihres eigenen Unterhaltes nicht geschmälert werden.

IV. Letztwillige Zuwendungen und Vorempfänge. Alles, was die Noterben durch Erbeinsetzung, Vermächtnis oder Schenkung auf den Todesfall aus dem Nachlasse erhalten, ist in den Pflichtteil einzurechnen (§ 787). Beschränkungen (Bedingungen, Lasten) fallen gemäß § 774 weg, stehen also der Einrechnung nicht im Wege.[25]) Bei dieser Einrechnung wird zum Nachlasse nichts hinzugefügt; es wird lediglich der Wert der Zuwendung vom Betrage des Pflichtteiles abgezogen.[26])

1. Ein Kind muß sich aber auch in den Pflichtteil[27]) die Vor-

[17]) Oben Note 15. Dagegen will Entsch. v. 23. Jan. 1915 GZ. 1915 Nr. 26 das Ausgedinge nach der (für den einzelnen Fall wesenlosen!) durchschnittlichen Lebensdauer abschätzen.

[18]) Oben § 525 Note 32.

[19]) A. M. Krainz.

[20]) A. M. Krainz.

[21]) Entsch. Slg. Nr. 5058.

[22]) Entsch. Slg. XV Nr. 5789. Darin liegt freilich eine unbillige Begünstigung des Noterben.

[23]) Oben § 442 II 2 b.

[24]) Oben § 461 IV a.

[25]) Ofner, Prot. I S. 486 Note 1. Über die Einrechnung von Vermächtnissen in den letztwillig hinterlassenen Pflichtteil vgl. Unger § 81 Note 6 und Stubenrauch 8. Aufl. I S. 959 Note 2.

[26]) Anders bei den Vorempfängen, was freilich Wróblewski, Zur Anrechnungslehre (Sonderabdruck aus ZBl. 1905, 961) S. 21 ff. bestreitet.

[27]) Auch wenn ihm der Pflichtteil im letzten Willen ausdrücklich hinterlassen worden ist, oben § 528 bei Note 6.

empfänge des § 788 (oben § 513) einrechnen lassen, und zwar nicht nur diejenigen, die es selbst erhalten hat, sondern auch was seine Eltern, an deren Stelle es tritt, empfangen haben.[28]) Anzurechnen ist auch, was vereinbarungsgemäß als Vorschuß[29]) auf den Erb- oder Pflichtteil gegeben worden ist; letztwillig kann der Erblasser die Anrechnung nicht verfügen.

Bei den Eltern gibt es keine gesetzlichen Vorempfänge. Die Vereinbarung der Anrechnung irgend welcher Zuwendungen ist zwar denkbar, aber, da das Überleben der Eltern nicht vorausgesetzt wird, pflegt man ihnen keine Vorschüsse auf den Pflichtteil oder den gesetzlichen Erbteil zu geben. Bei den „Vorschüssen", von denen § 789 spricht, war an Vorschüsse gedacht, „welche der Erblasser zurückzufordern berechtigt gewesen wäre"[30]), also an eigentliche Schulden.[31]) Die Eltern sollen Schulden auch dann an die Masse bezahlen, wenn der Erblasser dies nicht ausdrücklich angeordnet hat. Sie stehen also als Schuldner den anderen Verlassenschaftsschuldnern gleich[32]), alles übrige aber „wird billigerweise als ein Zoll der Dankbarkeit betrachtet".[33]) Daß Leistungen „aus bloßer Freigebigkeit" den Eltern nicht anzurechnen sind, war in der ursprünglichen Fassung des § 789 ausdrücklich gesagt und es ist in der Teilnovelle von 1916 nur versehentlich weggelassen worden „Selbstredend (!)", meint der Herrenhausbericht[34]), „bedeutet diese Streichung nicht mehr, als daß die Eltern empfangene Schenkungen sich anrechnen zu lassen haben, wenn die Voraussetzungen des neuen § 787, Abs. 2 vorliegen." Nein, die Streichung bedeutet überhaupt nichts. Denn wenn die Voraussetzungen der angeführten Gesetzesstelle vorliegen — wenn also ein pflichtteilsberechtigtes Kind da ist (§ 785) —, dann sind die Eltern nicht pflichtteilsberechtigt! —

2. Wie die Einrechnung der Vorempfänge zu vollziehen sei, ist streitig.[35]) Ganz unbrauchbar ist für die Pflichtteilsanrechnung § 793. Würde man zunächst den gesetzlichen Erbteil unter Berücksichtigung der Vorempfänge berechnen, um dann einfach die Hälfte davon als Pflicht-

[28]) Vgl. § 2315 DBGB. Krasnopolski V S. 222 Note 4. Dagegen Zeiller II S. 811, Till GZ. 1907 Nr. 52 u. a.

[29]) Der Rechtsgrund der Zuwendung (z. B. als Schenkung) wird dadurch nicht geändert. Entsch. Slg. VIII Nr. 3007, Entsch. v. 12. Sept. 1916 JBl. 1916 Nr. 53 (Erbschaftsvorhilfe); anders Entsch. Slg. Nr. 14.234.

[30]) Ofner, Prot. I S. 493.

[31]) Zeiller, Komm. II S. 813. Einen „rapport des dettes" kennt das französische (italienische, rumänische) Recht. Art. 829 Code civil, Planiol III 2298, Kohler, Enzyklopädie 7. Aufl. II S. 176.

[32]) Anders nach dem ursprünglichen Vorschlage Zeillers, s. Ofner a. a. O.

[33]) Zeiller, Komm. a. a. O. Anders Zoll, Sind Schenkungen . . . in Anrechnung zu bringen (Sonderabdruck aus GZ. 1905 Nr. 4—11, 21, 25) S. 64 ff.

[34]) S. 117.

[35]) Vgl die gründliche Untersuchung von P. Stuiber, Die Anrechnung der Vorausempfänge beim Pflichtteil und beim Erbteil, insbesondere die Anrechnungsmethoden 1912 (Sonderabdruck a. d. NotZ. 1911 Nr. 32—52, darüber E. Adler JBl. 1913 Nr. 15), auch P. Stuiber im ZBl. 1912 S. 897 und in den JBl. 1913 Nr. 40.

teil gelten zu lassen[36]), so hätte man auf den Pflichtteil tatsächlich nur den halben Vorempfang angerechnet. Den richtigen Weg weist das Judikat Nr. 114, Slg. Nr. 9872:

„Die im § 788 ABGB. vorgeschriebene Einrechnung der in diesem Paragraphen und im § 789 bezeichneten Vorausempfänge in den Pflichtteil geschieht in der Art, daß dem reinen Nachlasse die Summe der anzurechnenden Vorausempfänge zugezählt, die Gesamtsumme durch die Zahl der Noterben, bezüglich ihrer Stämme geteilt, der Quotient bei Noterben absteigender Linie durch zwei, bei Noterben aufsteigender Linie durch drei weiter geteilt, und der Pflichtteil des Einzelnen dadurch ermittelt wird, daß man von dem letzteren Quotienten den ihn betreffenden Vorausempfang in Abzug bringt."[37])

Wer nichts voraus empfangen hat, erhält seinen Bruchteil von dem durch die Vorempfänge der anderen erhöhten Nachlasse ohne Abzug. Die Vorempfänge haben also doppelte Bedeutung:

a) als Vorempfänge auf den Pflichtteil mindern sie den eigenen Pflichtteil des Begünstigten zum Vorteile des Testamentserben; nur diese Wirkung hat die dem einzigen Noterben obliegende Anrechnung;

b) da sie zugleich Vorempfänge auf den gesetzlichen Erbteil sind, erhöhen sie den gesetzlichen Erbteil (§ 790) und daher auch den Pflichtteil der anderen Noterben.[38]) Diese Erhöhung kann der Erblasser nicht durch Erlaß der Anrechnung (§ 792) verhindern.[39])

3. Der Vorempfang eines Noterben kann nach beiden Richtungen hin übermäßig sein:

a) er kann so groß sein, daß sich bei der Berechnung des eigenen Pflichtteiles eine negative Differenz ergibt. Dann erhält der Noterbe keinen Pflichtteil, zahlt aber nichts heraus. Die Differenz ist für den Testamentserben[40]) verloren.

b) Der Vorempfang kann aber auch den gesetzlichen Erbteil überschreiten. Dann ist der Überschuß nicht nur für den Testamentserben, sondern auch für die anderen Noterben verloren, weil ja auch im Falle der gesetzlichen Erbfolge die Ausgleichung unterbleiben müßte (§ 793). Der Vorausbegünstigte wird aber, eben weil er für die gesetzliche Erbfolge nicht in Betracht kommt, nicht mitgezählt (analog § 767), so daß sich die Bruchteile der Übrigen erhöhen, während der Vorempfang ganz ausscheidet.

Beispiele: (a) Der Nachlaß beträgt 30.000 K. Der Erblasser hat mit Übergehung der pflichtteilsberechtigten Kinder Peter und Paul den Franz zum Erben eingesetzt. Peter hat bereits seinen vollen Pflichtteil, nämlich 10.000 K, vorausempfangen. Er erhält nichts, Paul erhält

---

[36]) So Wagner in Pratobeveras Materialien 6, 64.

[37]) Wichtig ist die Reihenfolge der Rechnungsoperationen: zuerst teilen, dann abziehen!

[38]) Dagegen v. Wöß, Berücksichtigung von Schenkungen bei der Pflichtteilsbemessung (Sonderabdruck aus NotZ. 1906 Nr. 4—11) S. 28 ff.

[39]) Entsch. Slg. XVI Nr. 6593, oben § 513 Note 27.

[40]) Nicht auch für die anderen Not-

10.000 K (statt — ohne Anrechnung — 7500 K), der Testamentserbe 20.000 K (statt 15.000 K); man sieht, daß die Anrechnung beiden zum Vorteile gereicht. Hat Peter 14.000 K voraus empfangen, so beträgt der Pflichtteil Pauls 11.000 K, dem Testamentserben aber bleiben nur 19.000 K — immerhin mehr, als er ohne Anrechnung erhielte. (b) Hat aber Peter 30.000 K oder irgend einen höheren Betrag voraus empfangen, so würde er auch bei der gesetzlichen Erbfolge leer ausgehen. Er wird deshalb samt seinem Vorausempfange übergangen, der Pflichtteil Pauls beträgt 15.000 K und ebensoviel bleiben dem Testamentserben.

Eine andere Meinung will den Vorempfang unter allen Umständen in vollem Umfange zum Nachlasse hinzurechnen; danach „kann der auf den nicht bedachten Noterben entfallende Pflichtteilsanspruch größer sein als der reine Nachlaß, und dann erhält der berufene Erbe gar nichts".[41]) Derartiges liegt dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche ferne, es ist nach der neuesten Gesetzgebung möglich, wenn nämlich der Vorausempfang als Schenkung zu behandeln ist (unten § 531, VII, 2).

Eine dritte Meinung will den Vorempfang nur bei Berechnung des Pflichtteiles des Begünstigten — also nur zu Gunsten des Testamentserben — berücksichtigen, die Pflichtteile der übrigen Noterben aber ohne Rücksicht auf den Vorempfang berechnen.[42])

4. Ist neben Kindern ein Ehegatte vorhanden (wenn auch nicht bedacht), so wird vor allem ein Viertel des Nachlasses für den Testamentserben abgerechnet.[43]) Von den übrigen drei Vierteln werden dann die Pflichtteile der Kinder nach dem Judikate Nr. 114 berechnet. Beispiel: Der Nachlaß beträgt 40.000 K, ein Kind hat 6000 K voraus empfangen, das andere hat nichts bekommen. Der Pflichtteil des ersten ist

$$\frac{30.000 + 6000}{4} - 6000 = 3000 \text{ K},$$

der des zweiten

$$\frac{30.000 + 6000}{4} = 9000 \text{ K},$$

dem Testamentserben bleiben 28.000 K.

§ 531.

V. Pflichtteilserhöhung wegen Schenkungen.[1])

I. Bis zur Novelle von 1916 bot das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch dem Pflichtteilsrechte der Kinder nur gegen übermäßige Schenkungen

erben. So mit Recht Stuiber S. 48 und JBl. a. a. O. gegen unsere vorige Auflage.

41) Krainz bezeichnete dies als eine „dem § 1253 widerstreitende Absurdität". Dafür gleichwohl Zoll S. 14, Krasnopolski V S. 225. Anders Ofner GZ. 1894 Nr. 35, Wróblewski S. 24 f., v. Wöß S. 28 f.

42) v. Wöß a. a. O.

43) Oben bei Note 2.

1) Stuiber, Die Berücksichtigung

Schutz. Aber auch die übermäßige Schenkung schmälerte das Recht des Schenkers nicht, über das noch übrige Vermögen letztwillig zu verfügen. Den Kindern gebührte als Pflichtteil immer nur die Hälfte des Nachlasses. Nur gegen den Beschenkten begründete die übermäßige Schenkung einen — karg zugemessenen — Anspruch der Kinder.[2])

Unsere Zeit legt weniger Gewicht auf die Testierfreiheit. Die Novelle trägt kein Bedenken, dem Erblasser, der einen großen Teil seines Vermögens verschenkt hat, letztwillige Verfügungen über den Rest unmöglich zu machen, so daß er nicht das geringste Vermächtnis zur Belohnung geleisteter Dienste mit Erfolg anordnen und nicht einmal seinen Ehegatten bedenken kann. Mit voller Sicherheit können in solchen Fällen die Kinder des Schenkers auf seinen Nachlaß rechnen.[3])

Die Schenkungen werden nämlich nach dem neuen § 785 bei der Ausmessung des Pflichtteiles zum Nachlasse hinzugerechnet. Danach kann der Pflichtteil den Wert des Nachlasses übersteigen. Dann muß der Testamentserbe, wenn er die Erbschaft überhaupt annimmt, ihren vollen Wert als Pflichtteil entrichten; die Vermächtnisse werden hinfällig; was dann noch fehlt, ersetzt der Beschenkte.

II. Das Pflichtteilsrecht ist nun übersein ausgebaut. Wir unterscheiden den gewöhnlichen oder Nachlaßpflichtteil, der nach den oben § 530 dargestellten Grundsätzen berechnet wird und die von den Schenkungen herrührende „Pflichtteilserhöhung“[4]) oder den Schenkungspflichtteil. Beide zusammen ergeben den „erhöhten Pflichtteil“.

Mit dem Nachlaßpflichtteile müssen sich die Eltern zufrieden geben. Man hat das getadelt.[5]) Mit Unrecht! Die Kinder sind die natürlichen Erben ihrer Eltern, nicht umgekehrt. Eltern rechnen nicht auf den Nachlaß ihrer Kinder, sie betrachten auch große Schenkungen an den Gatten oder an Geschwister usf. nicht als pflichtwidrig.[6])

Pflichtteilsberechtigte Kinder können die Pflichtteilserhöhung verlangen. Um den erhöhten Pflichtteil zu finden, soll der Gegenstand der Schenkung nach § 785 dem Nachlasse mit dem Werte hinzugerechnet werden, der für die Anrechnung von Vorempfängen gilt (§ 794, oben § 513, IV). Dieser Wert muß zum reinen Nachlasse, nicht etwa — vor Abzug der Passiven — zu den Aktiven gerechnet werden. Vorempfänge bleiben bei der Berechnung des Betrages der Pflichtteilserhöhung außer Betracht (unten VII).

III. Nur Schenkungen unter Lebenden (§ 785) sind einzurechnen, denn nur sie können die Pflichtteilsberechtigten beeinträchtigen.[7]) Gewisse

von Schenkungen bei Berechnung des Pflichtteiles nach der Novelle zum ABGB. GZ. 1913 Nr. 19, Hanausek in der NotZ. 1917 Nr. 25 f.

[2]) Jud. Nr. 157 (Slg. VI Nr. 2365).

[3]) Ehrenzweig JBl. 1908 Nr. 8.

[4]) Das DBGB. sagt „Pflichtteilsergänzung“. Aber dieser Ausdruck hat für uns einen anderen Sinn (§§ 775, 1487). Schiffner, Erbrechtsreform S. 71.

[5]) Stuiber a. a. O.

[6]) Ehrenzweig a. a. O., Hanausek, Das gesetzliche Erbrecht S. 49.

[7]) Vgl. über die Schenkung auf den Todesfall oben § 525 Note 32. Nicht

Schenkungen sind jedoch ausgenommen. Sie bleiben gemäß § 785, Abs. 2 unberücksichtigt. Es sind dies:

1. Schenkungen, die der Erblasser zu einer Zeit gemacht hat, da er noch keine pflichtteilsberechtigten Kinder hatte. „Gemacht" ist die Schenkung schon, wenn ein formgerechter Schenkungsvertrag abgeschlossen worden ist; der Zeitpunkt der Erfüllung ist gleichgültig. „Pflichtteilsberechtigt" ist ein Kind, das, wenn der Erblasser zur Zeit der Schenkung gestorben wäre, den Pflichtteil hätte verlangen können. Die Pflichtteilserhöhung gebührt aber, wenn ein solches Kind da war, auch anderen später erzeugten oder ehelich gemachten[8]) oder angenommenen Kindern, und zwar selbst dann, wenn das schon zur Zeit der Schenkung vorhanden gewesene Kind vor dem Erblasser gestorben ist. Nur darf die Schenkung nicht gerade diesem Kinde gemacht worden sein.[9])

2. Schenkungen aus den Einkünften ohne Schmälerung des Grundstockes des Vermögens.[10]) Denn der Pflichtteilsberechtigte hat „nur einen Anspruch darauf, daß der Erblasser sein Vermögen nicht durch Schenkungen vermindere, keineswegs aber auch darauf, daß der Erblasser Schenkungen nicht vornehme und auf diese Weise sein Vermögen vermehre".[11]) Also nicht was, sondern wieviel der Erblasser verschenkt hat, ist die Frage. Ob der Grundstock des Vermögens geschmälert worden ist, das ergibt — unter Zugrundelegung eines längeren Zeitraumes[11a]) — die Bilanz.

3. Schenkungen, die einer sittlichen Pflicht oder Rücksichten des Anstandes entsprechen — nach dem Muster des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches (§ 2330), das derartige Schenkungen auch sonst in besonderer Weise behandelt.[12]) Aber diese Ausnahme hat im Zusammenhange unseres Gesetzes mehr zu bedeuten. Die üblichen kleinen Spenden, an die man gewöhnlich denkt, sind ja schon durch die vorhergehende Ausnahme gedeckt und die folgende zeigt, daß unser Gesetzgeber nicht allzu ängstlich auf den Schutz des Pflichtteiles gegen Schenkungen bedacht ist. Zu den sittlichen Pflichten gehören vor allem die „Pflichten des Besitzes". Sie können auch eine Schmälerung des Grundstockes des Vermögens recht-

---

erfüllte Schenkungen unter Lebenden mindern als Passiven den Nachlaß; die Einrechnung gleicht den Abgang wieder aus.

[8]) Vgl. Entsch. Slg. X Nr. 3955.

[9]) Das folgt aus dem Gesetzesgrunde. Vgl. ErlBem. zur RegVorl. S. 114, HHBer. S. 115.

[10]) So einige Schriftsteller für das französische Recht, Planiol, Droit civil III n. 3088. Ebenso noch Entw. II zum DBGB. („aus dem Stamme seines Vermögens") und für unser früheres Recht Zoll GZ. 1905 Nr. 8 (Sonderabdruck S. 36: „Schenkungen, welche den Grundstock des Vermögens mindern"). Gegen diese Beschränkung Stuiber a. a. O.

[11]) Prot. zum DBGB. V S. 582.

[11a]) Der Erblasser muß wohl berechtigt sein, das in einem Jahre Ersparte im nächsten Jahre zu verschenken oder das in einem Jahre zuviel Verschenkte aus den Einkünften des folgenden Jahres zu ersetzen.

[12]) §§ 534, 1446, 1641, 1804, 2113, 2205. Die Motive (V S. 469) bemerken zu § 2330, „daß derartige Schenkungen sich nicht sowohl als reine Freigebigkeitsakte, sondern als die Erfüllung einer Art natürlicher Verbind-

fertigen: so wenn der wohlhabende Erblasser seine arme Ziehtochter ausstattet, die Gläubiger seiner Frau befriedigt, seinem armen Schuldner die Schuld erläßt u. dgl.

4. Schenkungen zu gemeinnützigen Zwecken. Das bestätigt das eben Gesagte. Hier geht ja das Gesetz noch weiter. Zu gemeinnützigen Zwecken kann der Erblasser ohne Rücksicht auf seine Kinder sein ganzes Vermögen verschenken.[13])

5. Schenkungen, die mehr als zwei Jahre vor dem Tode „gemacht" worden sind. Die Frist beginnt also nicht erst, wie die des deutschen Rechtes, mit der Leistung, sondern schon mit der Vertragschließung. Die praktische Bedeutung dieser Einschränkung des Anspruches auf Pflichtteilserhöhung ist gering, weil die größten Schenkungen gewöhnlich den nächsten Angehörigen zuteil werden. Für diese aber gilt Besonderes:

a) Schenkungen an Noterben sind immer zu berücksichtigen, für sie gibt es keine Frist. Gedacht ist zunächst an den Fall, daß ein vor mehr als zwei Jahren Beschenkter die Einrechnung eines Geschenkes verlangt, das ein anderer Noterbe erst später erhalten hat. Hier wäre die Berufung auf den Fristablauf unbillig.[14]) Aber die Ausnahme ist nicht auf diesen Fall beschränkt. Das ist sonderbar. Ein Noterbe, der sein Pflichtteilsrecht in keiner Weise geltend macht, sollte schlechter behandelt werden als irgend ein Fremder, bloß weil er nun einmal ein Noterbe ist?

b) „Bei Schenkungen an den Ehegatten beginnt die Frist nicht vor Auflösung oder Scheidung der Ehe."[14a]) Die Beratungsprotokolle zum deutschen bürgerlichen Gesetzbuche[15]) begründen das so: „Bei Schenkungen unter Ehegatten bleibe der verschenkte Gegenstand tatsächlich gemeinschaftliches Vermögen, der Schenker habe also während der Ehe auch nach der Schenkung den Genuß desselben nicht zu entbehren[16]), zudem liege hier auch aus anderen Gründen der Verdacht arglistigen Verhaltens besonders nahe." Beispiel: Der Mann ist der Schenker, die Ehe wird nicht geschieden oder getrennt. Ist nun die Frau der überlebende Teil, so beginnt die Frist überhaupt nicht zu laufen, die Kinder des Mannes können also nach seinem Tode die Hinzurechnung des Geschenkes verlangen. Ist aber der Mann der überlebende Teil, so beginnt die Frist mit dem Tode der Frau und die Kinder des Mannes können die Einrechnung nur verlangen, wenn er innerhalb zweier Jahre nach dem Tode der Frau stirbt.

---

lichkeit darstellen". Gierke, Deutsches Privatrecht III S. 432 ff. Art. 239 Schweiz. OR.

13) Stuiber a. a. O. findet das „geradezu rechtswidrig".

14) Wellspacher, Der Entwurf im HH. S. 20, ErlBem. zur RegVorl. S. 115, HHBer. S. 116. Vgl. Entsch. des RG. Bd. 69 S. 389.

14a) Die Fassung des Gesetzes wirkt verwirrend, da als Ausgangspunkt der Frist zuerst der Tod des Erblassers und dann die Auflösung der Ehe angenommen wird.

15) V S. 588.

16) Nach deutschem Rechte soll ja die gesetzliche Frist erst mit der Leistung beginnen.

Die in der Lebensversicherung zu Gunsten eines Dritten liegende unentgeltliche Verfügung ist nach Analogie der Schenkung zu behandeln, auch wenn ein Schenkungsvertrag zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Begünstigten nicht abgeschlossen worden ist.[16a]) Dabei ist zu beachten, daß der „Grundstock des Vermögens" weder durch die Zahlung der Prämien[16b]) noch durch die der Versicherungssumme geschmälert wird; denn jene werden regelmäßig aus den Einkünften entrichtet und die Zahlung der Versicherungssumme obliegt nicht dem Erblasser, sondern der Versicherungsgesellschaft. Wohl aber gehört zum Grundstocke des Vermögens der Wert der Polizze, wie er sich vor dem Ableben des Versicherungsnehmers[17]) darstellt (der Rückkaufswert, § 150 VersO.). Liegt in der Lebensversicherung die Erfüllung einer sittlichen Pflicht, so entgeht auch dieser Wert den pflichtteilsberechtigten Kindern.

IV. Wenn ein Noterbe selbst ein Geschenk bekommen hat, so erhält er (wenn das Geschenk nicht zugleich ein Vorempfang ist) den gewöhnlichen Pflichtteil aus dem Nachlasse, aber eine Pflichtteilserhöhung kann er deswegen selbstverständlich nicht verlangen. Hat auch ein Dritter ein Geschenk erhalten, so gebührt dem beschenkten Noterben die Pflichtteilserhöhung, doch muß er sich auf die Erhöhung — nicht etwa auch auf den Nachlaßpflichtteil[17a]) — das erhaltene Geschenk anrechnen lassen (§ 787, Abs. 2). Beispiel: Der Erblasser hat zwei Söhne Peter und Paul hinterlassen. Er hat dem Peter 8000 K und irgend einem Fremden 4000 K geschenkt. Der Nachlaß beträgt 10.000 K. In diesem Falle gebühren jedem Sohne als gewöhnlicher Pflichtteil je $\frac{10.000}{4} = 2500$ K. Paul erhält außerdem als Erhöhung $\frac{8000 + 4000}{4} = 3000$ K. Dem Peter wird auf die Erhöhung (3000 K) das empfangene Geschenk (8000 K) angerechnet. Er muß also mit dem gewöhnlichen Pflichtteile zufrieden sein.

Nachrückende Noterben müssen sich analog § 790 die Geschenke anrechnen lassen, die ihre Eltern empfangen haben.[18])

V. Die Pflichtteilserhöhung ist zunächst nach Zulänglichkeit aus dem Nachlasse zu decken. Sie ist ein Teil des Pflichtteiles, schließt also gemäß § 774 Bedingungen und Lasten aus und schmälert gemäß

[16a]) Anders die Rechtsprechung im Deutschen Reiche (dagegen E. Josef, Lebensversicherung und Pflichtteilsergänzungsanspruch ArchBürgR. 42, 319) und in Frankreich (Planiol n. 3086).

[16b]) Vgl. Kohler in der Enzyklop. II S. 188.

[17]) Zur Zeit der Schenkung, wenn der Erblasser dem Dritten schon bei Lebzeiten den Versicherungsanspruch abgetreten (die Polizze geschenkt) hat: Josef a. a. O. S. 324; sonst entscheidet der Wert, den die Polizze unmittelbar vor Eintritt des Versicherungsfalles, also noch bei Lebzeiten des Erblassers, erlangt hat. Vgl. Art. 529 Schweiz. ZGB.

[17a]) Vgl. Wellspacher a. a. O. S. 18 f.

[18]) Entsch. des RG. Bd. 69 S. 389.

§ 783 die Testamentserbschaften und Vermächtnisse. Es ist möglich, daß der Testamentserbe ganz leer ausgeht und das ist besonders deshalb bedauerlich, weil Testamentserbe — neben Kindern — am häufigsten der Ehegatte ist. Beispiel: Ein Erblasser hat 5000 K verschenkt. Er hinterläßt 3000 K. In seinem letzten Willen hat er seine Frau zur Erbin eingesetzt und das einzige Kind auf den Pflichtteil beschränkt. Hier erhält das Kind als erhöhten Pflichtteil 3000 K, also den Wert des ganzen Nachlasses. Hätte der Mann nur 1000 K hinterlassen, so ergäbe sich ein Abgang. Diesen ersetzt die Testamentserbin nicht, auch dann nicht, wenn sie die Rechtswohltat des Inventars nicht genießt, also den Gläubigern unbeschränkt haftet. Wohl aber kann der Noterbe, wenn der Nachlaß zur Deckung des erhöhten Pflichtteiles nicht ausreicht, vom Beschenkten „die Herausgabe des Geschenkes zur Deckung des Fehlbetrages verlangen. Der Beschenkte kann die Herausgabe durch Zahlung des Fehlbetrages abwenden" (§ 951).[19]) Bestand das Geschenk in Geld, so wird demgemäß der Beschenkte zur Zahlung des Fehlbetrages verurteilt, bestand es in einer andern Sache, so muß er sich die Zwangsvollstreckung in diese Sache gefallen lassen.[20]) Er kann die Zwangsvollstreckung nur durch Zahlung des vollen Fehlbetrages abwenden; es genügt nicht, daß er zahlt, was die Sache jetzt wert ist. Beispiel: Der Erblasser hat ein Grundstück im Werte von 6000 K verschenkt und nichts hinterlassen. Das Grundstück ist zur Zeit des Erbfalles nur noch 2000 K wert. Die Pflichtteilserhöhung, die dem einzigen Kinde gebührt, beträgt 3000 K (§ 794). Will der Beschenkte das Grundstück behalten, so muß er diesen Betrag voll herauszahlen. „Besitzt der Beschenkte die geschenkte Sache oder ihren Wert nicht mehr, so haftet er nur insofern, als er sie unredlicherweise aus dem Besitze gelassen hat" (§ 952).[21]) Der redliche Beklagte haftet also bis zum Betrage der Bereicherung nach den oben § 133, II dargelegten Regeln. Der Vorwurf der Unredlichkeit kann den Beklagten treffen, auch wenn er das Geschenk schon bei Lebzeiten des Schenkers beiseite geschafft hat, obwohl er — solange der Schenker lebt — mit dem Empfangenen nach Gutdünken verfahren kann. Einstweilige Verfügungen, z. B. ein Veräußerungsverbot, sind erst nach dem Tode des Schenkers zulässig.

Unter mehreren Beschenkten haftet der Spätere vor dem Früheren (§ 951, Abs. 3).[22]) Hat zuerst Peter 500 K und dann Paul gleichfalls 500 K erhalten, so beträgt die Pflichtteilserhöhung für das einzige Kind 500 K. Ist nun kein Nachlaß da, so büßt Paul sein ganzes Geschenk, Peter aber gar nichts ein. Nach der ersten Schenkung war eben der Pflichtteil noch durch den Vermögensrest gedeckt, erst die zweite

[19]) Vgl. § 2329 DBGB.

[20]) Hinsichtlich der einstweiligen Verfügungen ist dieser Anspruch nicht als Geldanspruch zu behandeln. Anders (für das ältere Recht) Entsch. Slg. X Nr. 3885.

[21]) Vgl. ALR. I 11 § 1165. „Wert" ist hier, was an die Stelle der Sache getreten ist (der Erlös, die Entschädigung).

[22]) „Gleichzeitig Beschenkte haften verhältnismäßig" (ebda.).

Schenkung hat diesen Rest aufgezehrt und die ergänzende Haftung des Beschenkten nach § 951 ausgelöst. Hätte der Erblasser außerdem noch früher dem Andreas 100 K geschenkt, so wäre die Erhöhung 550 K, die noch fehlenden 50 K hätte nun nicht etwa Andreas, sondern Peter zu ersetzen. Ebenso trifft den früher Beschenkten (Peter) der Abgang, soweit der später Beschenkte (Paul) wegen Wegfalles der Bereicherung[23]) zur Herausgabe „nicht verpflichtet" oder[24]) wegen Zahlungsunfähigkeit dazu „nicht imstande ist" (§ 951).

Die einzelnen Schenkungen werden dem Noterben oft sorgfältig geheimgehalten. Er hat gleichwohl kein Recht, vom Beschenkten Auskunft oder gar den Offenbarungseid zu fordern.[25]) Nur der Erbe ist verpflichtet, auf Verlangen in den Pflichtteilsausweis[26]) die ihm bekannten Schenkungen einzusetzen — freilich nur so weit, als die dadurch bewirkte Pflichtteilserhöhung durch den Nachlaß gedeckt wird.

Der Herausgabeanspruch gegen den Beschenkten verjährt gemäß § 1487 in drei Jahren. Die Verjährung beginnt mit dem Tode des Schenkers.[27])

VI. Besonderer Erörterung bedarf der Erhöhungsanspruch eines Noterben gegen einen andern Noterben.

1. Ein Noterbe ist Testamentserbe. Beispiel: Der Erblasser hat seinen Sohn Peter zum Erben eingesetzt und seinen Sohn Paul übergangen. Er hat seinem Freunde Andreas 14.000 K geschenkt und 10.000 K hinterlassen. Paul verlangt von Peter den erhöhten Pflichtteil, also $\frac{24.000}{4} = 6000$ K. Zahlt Peter diesen Betrag, so bleiben ihm, obwohl ihm der gleiche Pflichtteil gebührt, nur 4000 K. Nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuche (§ 2328) darf er seinen erhöhten Pflichtteil (6000 K) behalten, zahlt also nur 4000 K heraus und Paul muß sich die fehlenden 2000 K beim Beschenkten abholen. Unser Gesetz hat diesen Vorzug des eingesetzten Noterben nicht übernommen. Beide Noterben sollen gleich behandelt werden. Peter zahlt also dem Paul 5000 K und jeder von ihnen hat sodann die fehlenden 1000 K von Andreas zu fordern.[28])

2. Ein Noterbe ist Beschenkter. Dann haftet er als Beschenkter nur soweit, als die erhaltene Schenkung seinen eigenen durch Schenkungen erhöhten Pflichtteil übersteigt (§ 951, Abs. 2). Beispiel: Der Erblasser hat seinem Bruder Andreas 3000 K und dann seinem Sohne Peter 1000 K geschenkt. Er hat außerdem einen Sohn Paul hinterlassen. Ein Nachlaß ist nicht vorhanden. Die Pflichtteile der beiden Söhne betragen je 1000 K. Peter behält also sein Geschenk, er ist „zur Herausgabe

[23]) Vgl. auch den unten (VI 2) erörterten Fall des § 951 Abs. 2.
[24]) Dies abweichend vom DBGB.
[25]) Entsch. des RG. Bd. 84 S. 204; anders die österr. Entsch. Slg. Nr. 1474.
[26]) Oben § 528 Note 34, vgl. auch ebda. Note 31 (kein Offenbarungseid).
[27]) Vgl. § 2332 DBGB. Unger § 86 Note 11, Entsch. Slg. Nr. 13.542.
[28]) Schiffner, Erbrechtsreform S. 72.

nicht verpflichtet" (§ 951, Abs. 3) und Paul kann sich deshalb an den früher beschenkten Andreas halten. Umständlicher wird die Rechnung, wenn ein Nachlaß vorhanden ist. Dann gebührt zunächst jedem Noterben der gewöhnliche Pflichtteil. Aus dem Reste des Nachlasses sind die Pflichtteilserhöhungen, wie sie sich nach Abzug der eigenen Geschenke ergeben, verhältnismäßig zu decken und dann die Abgänge von den Beschenkten nach den eben dargestellten Grundsätzen zu tragen.

VII. Schenkungen und Vorempfänge können zusammentreffen. Dann entsteht eine besonders verwickelte Rechtslage. Die Berücksichtigung der Schenkungen ist von der der Vorempfänge nach Zweck und Art verschieden. Die Berücksichtigung der Schenkungen nützt nur den Noterben, dem Testamentserben kann sie den Nachlaß sogar ganz entziehen. Hingegen dient die Berücksichtigung der Vorempfänge in erster Linie dem Interesse des Testamentserben. Sie kann bewirken, daß ihm der ganze Nachlaß zufällt. Vorempfänge sind niemals zurückzuerstatten (§ 793), Schenkungen müssen nötigenfalls herausgegeben werden (§ 951). Vorempfänge schmälern den ganzen Pflichtteil des Begünstigten (§ 788), Schenkungen nur den ihm gebührenden Schenkungspflichtteil (die Erhöhung, § 787).

1. Hat ein Noterbe sowohl eine Schenkung als auch einen Vorempfang erhalten, so ist zunächst der gewöhnliche Pflichtteil (Nachlaßpflichtteil) aller Noterben unter Berücksichtigung des Vorempfanges und dann die Pflichtteilserhöhung unter Berücksichtigung der Schenkung zu berechnen. Beispiel:[29]) Der Erblasser hat seinem Sohne eine Heiratsausstattung von 24.000 K gegeben und dann noch 15.000 K geschenkt. Er stirbt vermögenslos. Die geringfügigen Habseligkeiten decken nicht einmal die Beerdigungskosten. Ein Noterbe (der an die Stelle eines vorverstorbenen Sohnes tretende Enkel) verlangt als Pflichtteil $\frac{24.000 + 15.000}{4} = 9750$ K. Das ist falsch. Da kein Nachlaß vorhanden ist, gebührt dem Enkel kein Nachlaßpflichtteil. Der Vorempfang bleibt also unberücksichtigt und der Enkel kann nur den Schenkungspflichtteil von $\frac{15.000}{4} = 3750$ K fordern. Vorempfänge können den Beschenkten als solchen nie belasten, wohl aber können sie ihn, wenn ein Nachlaß da ist, entlasten, weil nämlich der (durch die Anrechnung des Vorempfanges erhöhte) Anteil des Testamentserben in erster Linie zur Deckung des Schenkungspflichtteiles heranzuziehen ist.

2. Dieselbe Gabe kann — ganz oder teilweise — zugleich Vorempfang und Schenkung sein. Das ist ein häufiger Fall. So z. B. wenn ein Vater seiner Tochter ein Heiratsgut gibt, obwohl sie hinlängliches Vermögen besitzt (§ 1220) oder wenn sich der Erblasser bei einer Schenkung die Anrechnung auf den Erbteil ausbedingt (§ 791).[30]) Dann müssen

[29]) Entsch. des RG. Bd. 77 S. 82. | [30]) Oben § 530 Note 29.

die Regeln über Vorempfänge mit den Schenkungsregeln zum Nachteile des Begünstigten verbunden werden. Er muß sich also die Zuwendung auf den ganzen Pflichtteil (nicht bloß auf die Erhöhung) anrechnen lassen[31]) und muß, wenn der Nachlaß zur Deckung der erhöhten Pflichtteile der anderen nicht ausreicht, für den Fehlbetrag aufkommen (§ 951).

VIII. Auch bei der gesetzlichen Erbfolge kann ein Kind den erhöhten Pflichtteil fordern und dies auch dann, wenn die einzurechnende Schenkung einem andern Kinde gemacht worden ist (trotz § 791). Von dem erhöhten Pflichtteile muß der gesetzliche Erbteil des verkürzten Miterben abgerechnet werden, obgleich § 787, Abs. 1 von dieser Abrechnung schweigt. Die Erhöhung mindert den Erbteil des miterbenden Ehegatten. Das ist schlimm. Aber es ist ja auch nicht anders, wenn der Ehegatte Testamentserbe ist (oben V).

Fünfter Abschnitt.

Rechte der eigenen Gläubiger des Erben.

§ 532.

I. Vor der Einantwortung ist der Nachlaß noch nicht Eigentum des Erben. Ein Recht, aus dem Nachlasse Befriedigung zu verlangen, steht den Gläubigern des Erblassers, den Vermächtnisnehmern, den Pflichtteilsberechtigten, aber nicht den Gläubigern des Erben zu. Die Nachlaßbeteiligten können Pfandrechte an einzelnen Nachlaßsachen im Exekutionswege erlangen; ihnen — unter Umständen auch anderen Personen — können auch Pfandrechte vom Verlassenschaftskurator oder vom Erben (als Vertreter des Nachlasses) mit Genehmigung des Abhandlungsgerichtes bestellt werden.[1]) Im eigenen Namen kann der Erbe vor der Einantwortung nur über sein Erbrecht verfügen. Obwohl er aber gemäß § 1278 sein Erbrecht veräußern kann, ist eine Pfändung oder Verpfändung des „Erbrechtes im ganzen"[2]) nach dem Spezialitätsgrundsatze (oben § 277, Note 4) ausgeschlossen (HfD. vom 3. Juni 1846, JGS. Nr. 968). Dafür konnte der Erbengläubiger nach der alten Fassung des § 822 Pfandrechte an den dem Erben zustehenden erbrechtlichen Anwartschaften auf die einzelnen Nachlaßstücke erwerben. Ein regelrechtes (vollwirksames) Pfandrecht entstand dann allerdings erst mit der Ein-

[31]) Vgl. § 2327 Satz 2 DBGB.

[1]) § 145 Abs. 1 VaSt.

[2]) Es kann also auch das Erbrecht eines Miterben nicht gepfändet werden. Davon darf der einem Miterben zukommende „Anspruch auf seinerzeitige Ausfolgung und Ausscheidung des ihm zukommenden Anteiles" nicht — mit v. Ohmeyer GZ. 1901 Nr. 23 — unterschieden werden. Wróblewski S. 12 ff. Entsch. Slg. V Nr. 1741, XII Nr. 4635. Gegen die ErlBem. zur RegVorl. S. 119 (Exekution „auf die Anteilsrechte des Miterben") vgl. Krapf, Die Sicherung der Erbengläubiger nach der Novelle GZ. 1913 Nr. 24. Die im Deutschen Reiche mit dem Erbteilspfandrechte gemachten Erfahrungen sind nicht gerade ermutigend. Vgl. z. B. Entsch. RG. 84, 395.

antwortung, also mit dem Eigentumserwerbe der Erben, dann aber von selbst, so daß der Erbe oder ein jüngerer Rechtsnehmer des Erben daran nichts ändern konnte. „Allerlei Bedenken und Schwierigkeiten in der Rechtsanwendung“[3]) bestimmten die Regierung, den Erbengläubigern die Möglichkeit einer solchen bedingten Sicherstellung in der Novelle von 1916 ganz zu entziehen. Die Einsprache erfahrener Praktiker[4]) blieb unbeachtet. Was die Novelle den Erbengläubigern bietet, ist unzulänglich.

II. Erst nach der Einantwortung können die Erbengläubiger eine dingliche Sicherstellung an den Nachlaßsachen erlangen. Die Teileinantwortung (oben § 511, III) macht den Erben zum Eigentümer der ihm im voraus überlassenen beweglichen Sachen. Sie unterliegen daher sofort dem Zugriffe der Erbengläubiger (§ 822). Für den Grundbuchsverkehr ist auch die schließliche Einantwortung bis zur Einverleibung des Erben nicht vorhanden. Bis dahin erlangen die Gläubiger des Erblassers noch auf Grund des gegen ihn erwirkten Titels, z. B. auf Grund der von ihm unterzeichneten Pfandbestellungsurkunde, die Eintragung; der Erblasser gilt noch als bücherlicher Vormann. Die Erbengläubiger aber können bis dahin nur einstweilige Verfügungen erlangen, wenn sie nicht gemäß § 350 EO. die Eintragung des Erben erwirken.[5])

III. Von jeder Teileinantwortung und von der Schlußeinantwortung muß das Gericht sofort diejenigen Erbengläubiger verständigen, die solche Verständigung rechtzeitig begehrt und zugleich ihre Forderungen bescheinigt haben (§ 74 Nov. III). Das Abhandlungsgericht stellt diesen Gläubigern Abschriften der Einantwortungsbeschlüsse zu, und zwar gleichzeitig mit der Zustellung an den Erben. Alle Gläubiger sollen also zur selben Zeit die Zustellung erhalten. Das wird sich nicht immer durchführen lassen. Aber es ist nicht mehr als billig. Denn hiemit gibt der Richter den wartenden Gläubigern, die nun den entscheidenden Wettlauf um den Vorrang beginnen sollen, das Zeichen zum Ablaufen.

IV. Vor der Einantwortung können die Erbengläubiger nur einstweilige Verfügungen erwirken (§ 75 Nov. III). Doch können sie sich auch zur Sicherung von Geldforderungen unter der Voraussetzung des § 379, Abs. 2 EO. (Gefährdung[6]) aller zweckdienlichen Verfügungen bedienen, auch solcher, die sonst nur zur Sicherung anderer Ansprüche zugelassen werden (§ 382 EO.). „Namentlich ist“ nach der Meinung der Erläuternden Bemerkungen (S. 119) „zur Sicherung der Erbengläubiger unter Umständen unerläßlich, auch hinsichtlich unbeweglicher Sachen ein Veräußerungs- oder Belastungsverbot oder überhaupt das Verbot einzelner nachteiliger Handlungen oder die Vornahme bestimmter oder aller Veränderungen zu erlassen.“ Die unbeweglichen Sachen kann der Erbe ohnehin nicht eigenmächtig veräußern oder belasten und einer

[3]) HHBer. zur Novelle S. 119.
[4]) Touaillon NotZ. 1908 Nr. 33, 34, Krapf a. a. O.
[5]) Entsch. Slg. IV Nr. 1585.
[6]) Vgl. für das ältere Recht Entsch. Slg. Nr. 8316.

vom Abhandlungsgerichte bewilligten Veräußerung würde die einstweilige Verfügung nicht im Wege stehen; immerhin mag das Veräußerungsverbot unter Umständen zweckmäßig sein, weil es den Erben nach der Einantwortung bindet. Durch einstweilige Verfügungen können die Erbengläubiger übrigens auch die Veräußerung des Erbrechtes hindern und auf die Erbteilung[7]) Einfluß nehmen.

Sechster Abschnitt.

Die Veräußerung der Erbschaft.

§ 533.

I. Rechtsgrund der Veräußerung. Das Gesetz (§§ 1278 bis 1283) spricht nur vom Erbschaftskauf.[1]) Es regelt jedoch nicht nur die aus diesem Geschäfte entspringenden wechselseitigen Verbindlichkeiten, also das innere Verhältnis zwischen dem Verkäufer und dem Käufer, sondern auch die gegenüber dritten Personen, insbesondere den Gläubigern und Schuldnern des Nachlasses eintretenden Wirkungen. In dieser Hinsicht ist aber der Rechtsgrund der Veräußerung gleichgültig. Die fraglichen Bestimmungen sind daher auf alle Veräußerungsgeschäfte, insbesondere auch auf die Erbschaftsschenkung anzuwenden.[2]) Das wird nicht selten übersehen. In der Praxis begegnet die Verzichtleistung zu Gunsten dritter Personen;[3]) ist der Dritte nicht ohnehin bei Wegfall des Verzichtenden berufen (als Ersatzerbe, Anwachserbe usw.), so muß das Geschäft als Erbschaftsschenkung behandelt[4]) und danach z. B. erkannt werden, daß Schenker und Beschenkter den Erbschaftsgläubigern zur ungeteilten Hand haften (§ 1282).

II. Form der Veräußerung. Die Novelle von 1916 (§ 1278, Abs. 2) verlangt für den Erbschaftskauf ebenso wie für den Erbverzicht „Aufnahme eines Notariatsaktes oder Beurkundung durch gerichtliches Protokoll". Der Vertrag muß also vor Gericht oder vor einem Notar geschlossen werden. Diese Formvorschrift gilt, ohne Rücksicht auf den Rechtsgrund, für jeden Vertrag, mit dem der Erbe über sein Erbrecht verfügt[5]), und wohl auch für Verträge, wodurch er sich zu solcher Verfügung verpflichtet.[6]) Denn die Form bezweckt sowohl die Klarstellung

[7]) Vgl. Art. 609 Schweiz. ZGB. und dazu J. Trott ZSchweizR. 54, 404.

[1]) Unger, Erbrecht § 49, Steinlechner, Schwebendes Erbrecht I S. 380 ff., v. Anders, Grundriß § 59, Stubenrauch 8. Aufl. II S. 595 ff., Krasnopolski V § 58, Josef, Verfügungen über Erbschaftsanteile ArchZivPrax. 99, 315, Pringsheim, Die Rechtsstellung des Erwerbers eines Erbteiles 1910, Planiol, Droit civil II 1639—1646.

[2]) Auf die Schenkung ist nicht anzuwenden § 1283 (dafür § 943). § 1268 (§ 1278 a. E.) entfällt. Gegenüber §§ 1279—1281 ist § 915 zu beachten.

[3]) § 14 Abs. 2 GebG. v. 15. Sept. 1915 RGBl. Nr. 278, dazu § 13 DchfG. v. 29. Dez. 1915 RGBl. Nr. 397.

[4]) Entsch. Slg. Nr. 11.507.

[5]) Vgl. § 2033 DBGB.

[6]) Vgl. §§ 2371, 2385 BGB. Ein bloß schuldrechtlicher Erbschaftskauf

der Rechtslage gegenüber dritten Personen[7]), als auch den Schutz des Erben gegen die Folgen der Übereilung.[8])

III. Einzelnachfolge oder Gesamtnachfolge? Im Anschlusse an die Pandekten lehrt Krainz nach dem Vorgange Ungers[9]), Gegenstand des Erbschaftskaufes sei nicht das — unveräußerliche — Erbrecht, sondern das dem Erben kraft Erbrechtes zugefallene Erbvermögen, es handle sich also um die Veräußerung eines ganzen Vermögens. Eigentümer der einzelnen Erbstücke werde der Erwerber erst durch die Übergabe, Gläubiger hinsichtlich der Erbschaftsforderungen erst durch die Abtretung.[10]) Gegenüber dem Schlußsatze des § 1282 (Erbserklärung des Erbschaftskäufers) beschränkt sich Krainz auf die Bemerkung, daß die Erbserklärung ihrem Wesen nach nur dem Veräußerer zustehen sollte. Die Schwierigkeit, die sich für die einzelnen Abtretungen und Übergaben vor der Einantwortung daraus ergibt, daß der Erbe selbst noch nicht Eigentümer der Nachlaßsachen ist, umgeht Krainz durch Aufstellung des Erfordernisses abhandlungsbehördlicher Genehmigung und (überdies!) Beschränkung der Wirkung durch den — dem geltenden Rechte fremden — Vorbehalt des alten § 822. Aber schon eine oberflächliche Vergleichung zeigt, daß sich unser bürgerliches Gesetzbuch verständigerweise nicht dem römischen, sondern dem preußischen Muster angeschlossen hat. Danach wird der Erbschaftskäufer Gesamtnachfolger, er selbst wird Erbe an Stelle des Veräußerers, die einzelnen Übergaben, Abtretungen, Schuldübernahmen entfallen. Den Fortschritt, den das preußische Recht[11]) gegenüber dem Pandektenrechte herbeigeführt hat, vergleicht der hervorragendste Vertreter des preußischen Rechtes „mit der Ersetzung einer holperigen Landstraße, an welcher zahlreiche Zollhäuser die Reisenden zahlungspflichtig machen, durch eine Eisenbahn, welche direkt, rasch und ohne solche Plackereien zum erwünschten Ziele führt".[12]) Das geltende deutsche Recht gestattet nur dem Miterben, in dieser Weise über seinen Erbteil im ganzen zu verfügen (§ 2033 DBGB.), der Alleinerbe aber ist wieder auf den umständlichen Weg der Einzelübertragung angewiesen.[13]) Das erklärt sich aus Gründen, die für unser Recht nicht in Betracht kommen[14]), hat übrigens praktisch nicht viel zu bedeuten.[15]) Das österreichische Recht

dürfte übrigens schwerlich vorkommen. Josef S. 323.

[7]) HHVer. S. 147.

[8]) ErlBem. zur RegVorl. S. 129.

[9]) Erbrecht § 49; anders Allgemeiner Teil I S. 571 Note 11: „Das österreichische Gesetzbuch sieht in nicht zu billigender Weise gewissermaßen auch den Käufer der Erbschaft als Erben an usw."

[10]) Ebenso Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 18, 53, v. Anders § 59, Krasnopolski a. a. O., Steinlechner in Gellers ZBl. 35 S. 21.

[11]) Vgl. darüber v. Blume, Der Erbschaftskauf des PreußLR. V § 193.

[12]) Dernburg, B. R. V § 193.

[13]) Prot. V S. 837 f. Josef a. a. O. S. 316.

[14]) Die Nachlaßgegenstände gehören nach deutschem Rechte bereits zum Vermögen des Alleinerben; „eine dingliche Sonderung dieses letzteren vom Nachlasse besteht nicht" (Josef S. 319). Anders — bis zur Einantwortung — bei uns!

[15]) Josef versichert (S. 324), „daß Gegenstand des Erbschaftskaufes fast

behandelt, wie seinerzeit das preußische, ohne zwischen Miterbrecht und Alleinerbrecht zu unterscheiden, als Gegenstand des Erbschaftskaufes immer das dem Verkäufer angefallene Erbrecht. Darüber waren die älteren österreichischen Schriftsteller, von Zeiller[16]) angefangen, einig, bis Unger eine abweichende (romanistische) Auffassung verteidigte. Wir halten an der älteren Lehre fest.[17])

IV. Teilnahme des Erwerbers an der Verlassenschaftsabhandlung. Das Gesetz setzt voraus, daß die Erbschaft dem Veräußerer angefallen[18]), aber noch nicht eingeantwortet ist.[19]) Der Erwerber tritt an Stelle des Veräußerers in die Abhandlung ein.[20]) Die vom Berufenen bereits getroffenen Verfügungen und die gegen ihn eingeleiteten Maßregeln wirken auch gegen den Käufer: so die Erbserklärung (§ 1282), die Einberufung der Verlassenschaftsgläubiger, das Inventar, die Erbrechtsklage usf. Der Käufer einer bereits angetretenen Erbschaft tritt also als (bedingt oder unbedingt) erklärter Erbe in die Abhandlung ein.[21]) Hatte der Veräußerer sich noch nicht als Erbe erklärt, so ist die Erbserklärung nunmehr Sache des Käufers.[22])

V. Verhältnis zu den Gläubigern und Schuldnern der Erbschaft. Die Rechte der Erbschaftsgläubiger und die der Erbschaftsschuldner sollen durch die Veräußerung des Erbrechtes nicht geschmälert oder gefährdet werden. Vor allem müssen die Erbschaftsgläubiger gegen die Gefahr geschützt werden, daß der unbedingt erklärte Erbe einen zahlungsunfähigen Strohmann als Erbschaftskäufer vorschiebt. Aber auch im Falle des Inventarrechtes und bei voller Zulänglichkeit des Nachlasses

regelmäßig der Anteil eines Miterben ist, der Verkauf seitens des Alleinerben aber fast gar nicht vorkommt.

[16]) Komm. III S. 678.

[17]) Ehrenzweig in der GZ. 1893 Nr. 25. Ebenso Till nach Zoll ebda. 1907 Nr. 52. Steinlechner schreibt dem Käufer einer nicht angetretenen Erbschaft „ein vom Willen des Verkäufers unabhängiges Recht zum Antritte der Erbschaft als Grundlage der Realisierung seines Erbschaftskaufes" zu (S. 383). Die Art und Weise, wie die Veräußerung der Erbschaft im österreichischen Rechte normiert sei, berechtige zu der Auffassung, „daß der Erbanfall für den Delaten einen Vermögenswert repräsentiere, daß das Sukzessionsrecht einen Bestandteil seines Vermögens (bona) bilde, möge man nun die rechtliche Natur desselben so oder anders konstruieren" (S. 386). Auch über die Erbteilsveräußerung des deutschen Rechtes wird gestritten. Gegen die Lehre, daß sie das Erbrecht übertrage, z. B. Pringsheim S. 32; ebendort (Note 4) die Literatur dieser Konstruktionsfrage.

[18]) Das Gesetz will wohl nur die Veräußerung vor dem Tode des Erblassers (§ 879) ausschließen, vgl. Stubenrauch 8. Aufl. II S. 595 Note 3, v. Anders S. 86. Die Praxis hält sich an den Wortlaut, s. bezüglich des Nacherben oben § 504 VI.

[19]) Die Veräußerung des (in der Abhandlung nicht geltend gemachten) Erbrechtes nach der Einantwortung steht unter anderen Regeln. Vgl. zu § 823 Cod. Ther. II 21 nr. 173.

[20]) Zu seiner Legitimation dient jetzt die öffentliche Urkunde (oben II). Über den früheren Rechtszustand vgl. Entsch. Slg. III Nr. 1113.

[21]) Eine neuerliche Erbserklärung ist ist weder nötig noch zulässig. Entsch. Slg. Nr. 13.826.

[22]) Daß nur der Berufene, nicht auch der Käufer erbfähig sein muß, folgt aus § 545. Unger § 49 Anm. 6, Pineles in Grünhuts Zeitschr. Bd. 14 S. 121, Steinlechner S. 383 Anm. 4.

wäre eine Gefährdung nicht ausgeschlossen.[23]) Deshalb läßt das Gesetz (§ 1282) den Erben neben dem Käufer zur ungeteilten Hand haften. Es ist also nun für die Gläubiger gleichgültig, wer sich als Erbe erklärt hat, ob (vor der Veräußerung) der Berufene oder (nachher) der Käufer. „Die Erbschaftsantretung des einen gilt auch für den andern" (§ 1282). Das ist zwingendes Recht![24]) Auch wenn der Käufer (dem Erben gegenüber) nur einen Teil der Passiven zur Selbstzahlung übernommen hat, haften den Gläubigern für alle Schulden beide.[25]) Wenn aber der Käufer nur bestimmte (die inventierten) Aktiven, nicht die Erbschaft als solche gekauft hat, dann ist das Geschäft überhaupt kein Erbschaftskauf. Die Erbschaft wird dann nicht dem Käufer, sondern dem Verkäufer eingeantwortet und der Käufer haftet für die Passiven nicht nach § 1282[26]), sondern nach § 1409.

Die Rechte der Erbschaftsschuldner werden durch den Verkauf der Erbschaft nicht geändert (§ 1282), sie können also dem Käufer nach den für die Forderungsabtretung geltenden Regeln[27]) die gegenüber dem Verkäufer in gutem Glauben erlangten Einwendungen (§ 1395) entgegensetzen.

VI. Wechselseitige Verbindlichkeiten. Der Käufer erwirbt das Eigentum an den Nachlaßstücken durch die Einantwortung. Soweit sich der Nachlaß in den Händen des Veräußerers befindet, ist dieser zur Herausgabe verpflichtet. Aber er gibt nur heraus, was ihm als Erben gebührt hätte, also nicht Vorausvermächtnisse und Nacherbschaften[28]) oder sonstige Vermögensvorteile, die ihm aus einem andern Titel als dem des Erbrechtes gebühren (§ 1279). Forderungen und Schulden des Erben bleiben aufrecht, da der Nachlaß dem Käufer eingeantwortet wird, also keine Vereinigung eintritt. Der Käufer erhält, was der Erbschaft durch den Abgang eines Vermächtnisnehmers[29]) oder sonstwie zuwächst (§ 1279), insbesondere auch die bezogenen Früchte (§ 1280).[30]) Ebenso gebühren ihm die Forderungen für veräußerte Erbstücke oder Nutzungen, die dem Erben als solchem zukommenden Klagen, ferner Ersatz für eingetriebene Forderungen, für veräußerte oder verzehrte Erbstücke (§ 1280). Der Erbe dagegen kann vergütet verlangen, was er aus dem Seinigen auf die Verlassenschaft verwendet hat (bezahlte Schulden, abgeführte Vermächtnisse, Gebühren, Verwaltungskosten, im Zweifel auch Begräbniskosten) § 1280;[31]) der Erbe als mittlerweiliger Verwalter der Erbschaft steht also dem Verwalter eines fremden Vermögens gleich (§ 1281), daher er auch zur Rechnungslegung verpflichtet ist (§ 1012).

[23]) Die Gläubiger haben z. B. im Vertrauen auf die Person des Erben Sicherungsmaßregeln (Absonderung und dgl.) unterlassen. Auch wird ihnen die Veräußerung nicht immer rechtzeitig bekannt.

[24]) Ebenso nach §§ 2382, 2383 DBGB.

[25]) Entsch. Slg. Nr. 5373.

[26]) Entsch. Slg. XII Nr. 4794.

[27]) Zeiller, Komm. III S. 636.

[28]) § 2373 DBGB.

[29]) Vgl. § 2372 DBGB.

[30]) Vgl. Art. 1697 Code civil.

[31]) Vgl. Art. 1698 Code civil.

VII. Gewährleistung (§ 1283). Der Erbschaftskauf in Pausch und Bogen ist ein Glücksvertrag. Dem Käufer steht also das Rechtsmittel wegen Verletzung über die Hälfte nicht zu (§ 1268). Der Verkäufer haftet ihm nicht für die Höhe der Aktiven und Passiven, sondern nur „für die Richtigkeit seines Erbrechtes, wie er es angegeben hat" (§ 1283), „wie nämlich solches als geteilt oder ungeteilt, beschwert oder unbeschwert, bedingt oder unbedingt angegeben worden ist".[32]) Außerdem haftet er für allen dem Käufer durch sein Verschulden, z. B. durch fahrlässige oder absichtliche Irreführung, zugefügten Schaden.

Ist das Erbrecht von den Vertragschließenden als ein zweifelhaftes angesehen und als solches — um einen entsprechend geringen Betrag — verkauft worden, dann fällt die Haftung für die Richtigkeit des Erbrechtes weg.[33])

Wer eine Erbschaft auf Grund eines Inventars (oben § 366 III) verkauft, haftet dafür, daß mindestens die verzeichneten Aktiven und nicht mehr als die verzeichneten Passiven vorhanden sind. Die Meinung wird aber gewöhnlich die sein, daß der Käufer nur die inventierten Aktiven übernehmen solle, und dann ist das Geschäft überhaupt kein Erbschaftskauf (oben V).

Viertes Hauptstück: Schutz des Erbrechts.

§ 534.

I. Die Verlassenschaftsabhandlung.[1])

I. Geschichtliches. Schon im Mittelalter schreitet bei Todesfällen von Geistlichen die kirchliche Behörde ein, um die Verschleppung des Nachlasses zu verhüten.[2]) Den Nachlaß des Bauern sperrt der Gutsherr,

[32]) Martinis Entwurf III 11 § 22. Vgl. § 2376 DBGB., Art. 1696 Code civil.

[33]) Entsch. Slg. Nr. 4944.

[1]) Schuster v. Bonnott, Komm. zum Gesetze über VaSt. (4. Aufl.) 1894, Ott, Rechtsfürsorgeverfahren 1906, Reich, NotHandb. 1907 S. 370 ff., Rintelen, Grundriß des VaSt. §§ 21—43. Zur Reform der Verlassenschaftsabhandlung: Unger, Die Verlassenschaftsabhandlung in Österreich. Ein Votum für deren Aufhebung 1862. Dagegen sind gerichtet: Harrasowsky, Grundzüge der Verlassenschaftsabhandlung 1862 und Helm in Haimerls VJSchr. X S. 198—251. Unger zustimmend: Dworzak ebda. S. 59—69. Aus neuerer Zeit: C. Graf Chorinsky, Das Notariat und die Verlassenschaftsabhandlung in Österreich 1877 (aus der NotZ. 1876, Rez. von Nowak in der GZ. 1877 Nr. 64 bis 66, von Luschin und Steinbach in Grünhuts Zeitschr. 4 S. 782 ff.), Fuka, Aufsätze zur Reform der österreichischen Verlassenschaftsabhandlung in der NotZ. 1892 Nr. 10—15, Derš., Die Reform der Verlassenschaftsabhandlung (Vortrag) ebda. 1896 Nr. 4, Weißler, Die Reform der vorbeugenden Rechtspflege in Österreich (Rez. von Schauer in der GZ. 1900 Nr. 41), Leinweber, Zur Reform des Erbschaftserwerbes 1906.

[2]) Chorinsky S. 22 ff., Ott S. 20 f.

um die ihm zukommenden Erbgebühren (Sterbvieh, später Todfallsgeld u. dgl.) zu sichern. Ist der Erbe unbekannt oder abwesend, so hat in allen altösterreichischen Ländern nach dem Innsbrucker Libell vom 24. Mai 1518 die Obrigkeit den Nachlaß zu inventieren und zu verwahren.[3]) Der Erbschaft des Minderjährigen nimmt sich die Vormundschaftsbehörde an. Seit dem 17. Jahrhunderte[4]) hat die Besorgnis, es könne der Nachlaß verschleppt werden, und das Bestreben, fiskalische und gutsherrliche, den Nachlaß betreffende Interessen zu sichern[5]), allmählich zu dem Grundsatze geführt, es müsse das Gericht bei jedem Todesfalle von Amts wegen einschreiten und Vorkehrungen dahin treffen, daß der Nachlaß in die rechten Hände gebracht und das Interesse des Staatsschatzes, des Grund- und Gerichtsherrn und der öffentlichen Anstalten gewahrt werde.[6]) Eine notwendige Folge dieses Grundsatzes war das Verbot der eigenmächtigen Besitzergreifung der Erbschaft. Der gleiche Gedanke, wenn auch etwas abgeschwächt[7]), gilt noch in der heutigen Nachlaßabhandlungspflege (vgl. oben § 509). — Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch will bloß die Vorschriften für den Erben und die anderen Parteien herausheben; Vorschriften, die sich nur an den Richter wenden, sind einem besonderen Gesetze vorbehalten worden (§ 798). Zunächst blieb neben dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche das Manipulationspatent vom 9. September 1785, JGS. Nr. 464[8]) in Kraft. An seine Stelle trat ein provisorisches Patent vom 28. Juni 1850, RGBl. Nr. 255[9]) und dann das noch heute geltende Patent vom 9. August 1854, RGBl. Nr. 208, über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (VaSt.). Es regelt im zweiten Hauptstücke die Abhandlung der Verlassenschaften, vielfach anknüpfend an alten Gerichtsgebrauch, im Sinne einer Vielgeschäftigkeit, die nicht immer mit den leitenden Gesichtspunkten des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (z. B. § 811, Satz 1, § 817, Satz 2) im Einklange steht.

Nach deutschem Rechte schreitet das Nachlaßgericht nur in besonderen Fällen ein.[10]) Es sichert den Nachlaß bis zur Annahme, soweit ein Bedürfnis besteht, insbesondere auch wenn der Erbe unbekannt ist (§ 1960 DBGB.). Es bescheinigt die Erbfolge nur, wenn der Erbe die Bescheinigung (den Erbschein) verlangt (§ 2353 DBGB.). Bei uns greift das Abhandlungsgericht auch in Fällen ein, wo niemand seiner Hilfe bedarf. Die Vorzüge dieses oft so lästig empfundenen Abhandlungssystems sind sehr verschiedener Art. Sie liegen insbesondere in der Sicherstellung der Erbgebühren, in der Vermeidung von Erbstreitigkeiten, in der Fürsorge für die beteiligten Pflegebefohlenen und in der Ordnung des Grundbuchstandes.

[3]) v. Luschin S. 784.
[4]) Den Wendepunkt bilden die Novellæ declaratoriæ Ferdinand III. von 1640 für Böhmen, Unger S. 61 f., Chorinsky S. 74 ff., oben § 2 Note 70.
[5]) Unger S. 61 f., 80 f.
[6]) Unger S. 8, 117 ff.
[7]) Unger S. 104 ff.
[8]) Ott S. 44.
[9]) Ott S. 52.
[10]) Motive zum DBGB. V S. 541.

II. Vorverfahren. Was für den Prozeß Klage und Urteil, das sind für die Verlassenschaftsabhandlung Erbserklärung und Einantwortung: Anfang und Ende. Das Abhandlungsgericht fordert den vermutlichen Erben auf, die Erbserklärung einzubringen, „damit die Erbverhandlung gepflogen werden könne" (§ 75 VaSt.). Dieser Erbverhandlung, d. i. der eigentlichen Verlassenschaftsabhandlung, geht ein Vorverfahren voran.

Todesfälle und Todeserklärungen werden dem Abhandlungsgerichte angezeigt (§ 34 VaSt.).[11]) Mit dieser Anzeige beginnt das Vorverfahren. Das Gericht ordnet die Todfallsaufnahme (§ 36 VaSt.) an. Der Gemeindevorsteher[12]), der Notar[13]) oder ein anderer Gerichtsabgeordneter erhebt die Verhältnisse, die bei der Verlassenschaftsabhandlung in Betracht kommen:[14]) ob ein Nachlaß vorhanden ist[15]), ob und wo ein letzter Wille zu finden ist[16]), ferner Namen und Aufenthaltsort der vermutlichen Erben und manches andere (§ 39 VaSt.).

Der Nachlaß bleibt in der Regel in Verwahrung der mutmaßlichen Erben, nur müssen die Gebühren vorschriftsmäßig gesichert werden. Unter Umständen, z. B. wenn die Erben unbekannt sind, wird der Nachlaß versiegelt; dabei werden Geld und andere Wertsachen in gerichtliche Verwahrung genommen.[17]) Zu einer nachträglichen Versiegelung gibt die Absonderung der Verlassenschaft nach § 812 ABGB. Anlaß (§ 44 VaSt.). Über das Inventar, das in gewissen Fällen schon vor der Erbserklärung aufgenommen wird (§ 81 VaSt.), vgl. oben § 515.

Jeder letzte Wille wird von Amts wegen eröffnet, kundgemacht und sodann bei Gericht verwahrt (§§ 61 bis 70 VaSt.).[18]) Formgebrechen stehen der Kundmachung nicht im Wege. Ein Testament wird auch dann kundgemacht, wenn es durch ein anderes oder sonstwie aufgehoben ist.

Wie, wenn der Erblasser verboten hat, daß sein Testament alsbald nach seinem Tode eröffnet werde? Nach § 2263 DBGB. soll dieses Verbot nicht beachtet werden: der Erblasser soll nicht das Recht haben,

[11]) Vgl. Entsch. v. 26. Mai 1915 NotZ. 1915 Nr. 37 betr. Militärpersonen.

[12]) Nowack in der GZ. 1885 Nr. 45, 46, Reich, NotHandb. S. 375.

[13]) Ausschließung: Entsch. Slg. XVI Nr. 6403. Wirkungskreis: Entsch. Slg. XVI Nr. 6470, Reich a. a. O. S. 373.

[14]) Vgl. Zur Praxis der Gerichte in Abhandlungsfällen in der NotZ. 1888 Nr. 26, Tobiaschek, Abhandlung der Verlassenschaft nach Besitzern geistlicher Pfründen ebda. 1891 Nr. 16, 17, Hartmann, Kritische Bemerkungen und Reformvorschläge zur Todfallsaufnahme NotZ. 1915 Nr. 10, 11.

[15]) Auskunftspflicht der Sparkassen: Entsch. Slg. IX Nr. 3339, 3371, XIII Nr. 5210.

[16]) Darf man im Grabe des Erblassers nach seinem Testament suchen? Darüber A. Pann, über die Rechtsfragen in Exhumierungsfällen in der GH. 1881 Nr. 41. Vgl. ferner über den „Zentraltestamentskataster", eine private Auskunftsstelle: VBl. 1915 S. 155 und Plaß in der NotZ. 1915 Nr. 24.

[17]) § 45 VaSt. Entsch. v. 9. Febr. 1915 NotZ. 1915 Nr. 37 (gerichtliche Hinterlegung der Barschaft).

[18]) Vgl. Hartrodt, Die Testamentseröffnung nach deutschem bürgerlichen Rechte 1911.

die Frage, wer Erbe sei, im Dunkeln zu lassen.[19]) Anders nach österreichischem Rechte.[20]) Wer jetzt Erbe ist, bleibt ja nicht im Dunkeln, weil sich aus dem Kundmachungsverbote von selbst ergibt, daß das Testament erst mit dem bestimmten Zeitpunkte wirksam werden soll.[21]) Hingegen darf eine Anordnung, nach der ein vorgefundenes Testament vernichtet werden soll, nicht befolgt werden.[22]) Eine Fälschung hätte in diesem Falle eine ganz andere Tragweite als bei dem bloßen Kundmachungsaufschube.

Die Kundmachung besteht darin, daß der Gerichtsabgeordnete (§ 41 VaSt.) oder der Richter[23]) das Testament in Gegenwart zweier Zeugen vorliest (§ 61 VaSt.). Die Beteiligten werden dazu nicht eingeladen, sie können sich aber unaufgefordert einfinden (§ 62 VaSt.). Ein mündliches Testament, das die Zeugen zu Papier gebracht und unterzeichnet haben, wird wie ein schriftliches Testament kundgemacht. Liegt eine solche Aufzeichnung nicht vor, so werden die Zeugen unbeeidet vernommen. Das über ihre Aussage aufgenommene Protokoll wird sodann als Testament kundgemacht (§ 65 VaSt.). Hierüber und über die auf Verlangen vorzunehmende Beeidigung vgl. oben § 498.

Auf Grund der Ergebnisse des Vorverfahrens kann das Gericht aussprechen, daß wegen Abganges eines Vermögens keine Verlassenschaftsabhandlung stattfinde: die Abhandlung wird armutshalber abgetan (§ 72 VaSt., oben § 509, I).[24]) Auch eine Einantwortung nach Gläubigerrecht (§ 73 VaSt., oben ebenda) oder die Konkurseröffnung (§ 74 VaSt.) kann die eigentliche Verlassenschaftsabhandlung ersparen. Sonst aber (§ 75 VaSt.) fordert das Gericht den vermutlichen Erben auf, sich innerhalb einer gewissen Frist (§ 115 VaSt.) oder bei einer hiezu bestimmten Tagsatzung (§ 116 VaSt.) als Erbe zu erklären. „Vermutlicher Erbe" im Sinne des § 75 VaSt. ist bei offenbarer Ungültigkeit der kundgemachten Anordnung der gesetzliche Erbe.[25]) Näheres über die Erbserklärung, insbesondere auch über die Folgen ihrer Versäumung oben § 509. Außer der Aufforderung des vermutlichen Erben obliegen dem Abhandlungsgerichte noch manche andere Verständigungen: es benachrichtigt die Finanzbehörde von jeder Todesfallsaufnahme (§ 82 VaSt.)[25a]), teilt den Vormündern die ihren Mündeln zugefallenen Vermächtnisse mit[26]) (§ 83 VaSt.) u. dgl.

[19]) Motive V S. 307.
[20]) Entsch. Slg. Nr. 11.895.
[21]) Dernburg, Preuß. Privatrecht III § 215.
[22]) Entsch. Slg. XVI Nr. 6334.
[23]) Nicht der Gerichtsvorsteher, s. Hellmer RichterZ. 1915 Nr. 5.
[24]) Die Zuständigkeit des Nachlaßgerichtes für die Angelegenheiten des (beständig ruhenden) Nachlasses dauert fort, so z. B. für die Genehmigung von Löschungserklärungen. Gogg, NotZ. 1914 Nr. 44 und 48, Bablik ebda. Nr. 46.
[25]) Vgl. die Abhandlungen von Pelzer und Touaillon oben § 509 Note 45.
[25a]) JMV. v. 12. Jan. 1916 VBl. Nr. 2.
[26]) Vgl. zur V. des Präsidiums des Wiener OLG. v. 9. Sept. 1881 gegen eine überflüssige Fürsorge für Minderjährige: Formalismus in der Abhandlungspflege in den JBl. 1881 Nr. 39.

III. Erbrechtsausweis. Der Erbe muß bei oder nach der Erbserklärung sein Erbrecht dem Gerichte nachweisen (§ 799 ABGB., § 122 VaSt.), auch wenn es niemand bestreitet. Doch muß sich das Gericht, solange kein Gegner auftritt, mit einem gewissen Maße von Wahrscheinlichkeit zufrieden geben. Der Testamentserbe bedarf daher keines weiteren Beweises, wenn er in einem nach Inhalt und äußerer Form gesetzmäßig eingerichteten letzten Willen eingesetzt ist[27]), und dem gesetzlichen Erben erspart die Todfallsaufnahme den Beweis, wenn er nach den ihr zu Grunde liegenden „unverdächtigen Angaben" als der nächste zur gesetzlichen Erbfolge berufene Verwandte erscheint (§ 123 VaSt.). Sonst aber wird das gesetzliche Erbrecht durch Standesurkunden bewiesen; auch ältere Abhandlungsakten[28]) und die Aussagen von Auskunftspersonen[29]) können den Beweis herstellen. Immer hat der Erbe nur seinen eigenen Erbrechtstitel und nicht das Fehlen gleich naher oder näher Berufener zu beweisen; doch kann das Abhandlungsgericht in dieser Richtung von Amts wegen Nachforschungen einleiten (§ 124 VaSt.).

IV. Widersprechende Erbserklärungen. Kommen widersprechende Erbserklärungen vor, so sind sie alle anzunehmen, die Frage aber, wer Erbe sei, darf nicht in der Abhandlung, sondern muß im Prozeßwege entschieden und mit der Abhandlung so lange innegehalten werden, bis diese Entscheidung erfolgt ist (§§ 125, 127 VaSt.).[30])

Wem im Prozesse die minder günstige Rolle des Klägers zuzufallen hat, das wird — da noch keiner der Streitenden Erbschaftsbesitzer ist — von Fall zu Fall vom Abhandlungsgerichte bestimmt. Grundsätzlich hat das Gericht die Klägerrolle demjenigen zuzuweisen, dessen Erbrechtstitel schwächer ist, also die Entkräftung des gegnerischen Titels voraussetzt (§ 126 VaSt.). Schwächer ist das Gesetz gegenüber dem Testamente[31]), das Testament gegenüber dem Erbvertrag; unter den angeblichen gesetzlichen Erben ist die entferntere Linie gegenüber der näheren[32]), unter den angeblichen Testamentserben das ältere Testament gegenüber dem jüngeren[33]) im Nachteile. Ist aber die Echtheit eines Testamentes zweifel-

---

Vgl. auch v. Némethy in der GZ. 1899 Nr. 49.

27) Entsch. Slg. XIII Nr. 5272, XVI Nr. 6686.

28) v. P., Zur Praxis des Nachweises des gesetzlichen Erbrechtes JBl. 1899 Nr. 28 und 29.

29) Entsch. Slg. Nr. 5999. Vgl. auch (über den Standesbesitz) oben § 171 bei Note 59—61.

30) Steinlechner, Schwebendes Erbrecht I S. 373 Note 2, II S. 120 und in der NotZ. 1910 Nr. 13, Touaillon im JBl. 26 S. 971 und 29 S. 193, Rintelen, Grundriß § 30.

31) Aber gerade deshalb steht der durch negatives Testament enterbte dem nicht enterbten gesetzlichen Erben nach; unrichtig Entsch. Slg. XV Nr. 5738.

32) Entsch. Slg. II Nr. 443.

33) Entsch. Slg Nr. 13.156. Ist es streitig, welches Testament das ältere sei, so muß (wenn die Testamente kein oder das gleiche Datum haben) jeder Erbe hinsichtlich eines Teiles der Erbschaft die Klägerrolle übernehmen. Unger, Verl. Abh. S. 131, Erbrecht § 50 Note 4, Eisinger NotZ. 1916 Nr. 23. — Vgl. auch Entsch. Slg. X Nr. 3974 (Entmündigung).

haft[34]), ist es nicht in der gehörigen äußeren Form errichtet[35]), ist es durchschnitten, in Verlust geraten usw. (§ 722)[36]), dann fällt die Klägerrolle demjenigen zu, der die Gültigkeit des Testamentes behauptet. Wenn bei gleichem Titel das Recht eines Miterben bestritten wird, muß wohl die Beweislast über die Zuweisung der Klägerrolle entscheiden. Wer also z. B. behauptet, daß der Miterbe auf sein Erbrecht verzichtet habe, wird sein Anwachsungsrecht als Kläger geltend machen müssen.[37]) Bei Zweifeln über die Auslegung des Testamentes wird derjenige klagen müssen, gegen den der Wortlaut der Verfügung spricht.[38]) Sind mehr als zwei Erbrechtsansprecher vorhanden, so muß dafür gesorgt werden, daß nicht Prozesse unabhängig voneinander geführt werden, die widersprechende und daher für die Abhandlung nicht zu verwertende Ergebnisse liefern könnten. Beispiel:[39]) Peter hatte sich auf Grund des älteren, Paul auf Grund des jüngeren Testamentes und Andreas auf Grund des Gesetzes als Erben erklärt. Der Oberste Gerichtshof verwies zunächst Peter zur Klage gegen Paul und dann Andreas zur Klage gegen den Sieger.

Wird die Erbrechtsklage rechtzeitig überreicht, so wird die Abhandlung unterbrochen, um nach Rechtskraft des Urteiles mit dem Sieger fortgesetzt zu werden.[40]) Ihm wird der Nachlaß schließlich eingeantwortet. Inzwischen kann jeder Teil Sequestration des Nachlasses oder des streitigen Teiles des Nachlasses[41]) verlangen (§ 127 VaSt.). Doch bewilligt sie das Gericht nicht, wenn der erbrechtliche Anspruch des Antragstellers dem Anscheine nach unbegründet ist[42]) oder wenn einer der angeblichen Erben bereits vor der Anbringung der widersprechenden Erbserklärung[43]) die Verwaltung erlangt hat.[44]) Der Gegner kann dann die Sequestration nur im prozessualen Sicherungsverfahren (§ 382, Z. 2 EO.), also nur bei bescheinigter Gefährdung (§ 381 EO.) durchsetzen (§ 127 VaSt.).[45])

V. Gebührenbemessung. Wird kein Inventar errichtet, so hat der Erbe das Verlassenschaftsvermögen im eidesstättigen Vermögens-

[34]) Der Gegner kann sich nicht etwa die Beklagtenrolle schon dadurch sichern, daß er erklärt, die Echtheit des Testamentes zu bestreiten; es müssen besondere Verdachtsgründe die Echtheit zweifelhaft erscheinen lassen. Entsch. Slg. Nr. 3419, 5031, 7840, 9172, XVI Nr. 6237. Raucher in den JBl. 1890 Nr. 34, Rintelen S. 64.

[35]) Vgl. Entsch. Slg. Nr. 10.591, XI Nr. 4344, Entsch. v. 23. Febr. 1915 NotZ. 1916 Nr. 1 und v. 18. April 1916 ebda. Nr. 36.

[36]) Entsch. Slg. Nr. 115, 3327.

[37]) Vgl. Entsch. Slg. XV Nr. 6063.

[38]) Entsch. Slg. XIV Nr. 5714.

[39]) Entsch. Slg. Nr. 15.554.

[40]) Wie wenn die Parteien den Prozeß ruhen lassen? Dann nimmt das Abhandlungsgericht das Verfahren wieder auf und führt es durch, wie wenn die Klage nicht überreicht worden wäre.

[41]) Entsch. Slg. IX Nr. 3547.

[42]) Entsch. Slg. XIII Nr. 5017.

[43]) Entsch. Slg. Nr. 15.343.

[44]) § 145 VaSt. Es ist nicht eine „außerstrittig bewilligte Sequestration" gemeint, wie G. Fuchs Grünhuts Zeitschr. 34, 653 glaubt.

[45]) Vgl. Entsch. Slg. VI Nr. 2396; G. Fuchs a. a. O.

bekenntnisse[46]) nach allen seinen Bestandteilen zu beschreiben (§ 114 VaSt.). Das Vermögensbekenntnis dient hauptsächlich, wenn auch nicht ausschließlich[47]), dem Zwecke der Gebührenbemessung. Der Erbe hat ferner zur Bequemlichkeit der Finanzbehörde die Nachlaßnachweisung zu überreichen.[48]) Sie enthält die Aktiven (nach dem Inventar oder Vermögensbekenntnisse), die Passiven, die Erbteile und Vermächtnisse nebst den nötigen Angaben über die persönlichen Verhältnisse der einzelnen Erwerber (insbesondere die Verwandtschaft mit dem Erblasser), dann eine eigene Zusammenstellung für die Berechnung der Immobiliargebühren und Angaben über die Erbteilung, Vorausempfänge u. a.[49]) Wenn der Erbe die Nachlaßnachweisung nicht binnen sechs Monaten nach dem Erbfalle vorlegt, sind von der bemessenen Gebühr nachträglich fünf Prozent „Ersatzzinsen" für die Zeit seit dem Ablaufe jener Frist zu entrichten.[50])

VI. Über die Einantwortung vgl. oben § 511.

§ 535.

II. Die Erbschaftsklage.[1])

I. Ist die Verlassenschaft dem erklärten Erben eingeantwortet worden, so kann, wer ein besseres oder gleiches Erbrecht zu haben behauptet, den Erbschaftsbesitzer, d. h. den vom Gerichte mit der Einantwortung in den Nachlaß eingewiesenen Erben auf Abtretung der ganzen Verlassenschaft oder eines Erbteiles[2]) belangen (§ 823), wenn nicht über sein Erbrecht schon während der Abhandlung im Erbrechtsprozesse (oben § 534, IV) entschieden worden ist.[3])

Vor der Einantwortung ist immer nur die Erbrechtsklage zulässig.[4]) Sie setzt voraus, daß sich der Kläger als Erbe erklärt hat, mag auch seine Erbserklärung zurückgewiesen worden sein.[5]) Das Begehren beschränkt sich bei der Erbrechtsklage auf die Feststellung des

[46]) Reich, NotHandb. S. 388, Eisinger NotZ. 1915 Nr. 21, Entsch. v. 18. April 1916 GH. 1916 Nr. 37.

[47]) Auch der Noterbe kann sich darauf berufen: Entsch. Slg. Nr. 8814.

[48]) Verfassung durch das Gericht: § 34 DchfV. v. 29. Dez. 1915 RGBl. Nr. 397; durch den Notar als Gerichtskommissär: Entsch. Slg. XVI Nr. 6375.

[49]) § 46 GebG., §§ 31—35 der bezogenen DchfV.

[50]) § 11 G. v. 18. Juni 1901 RGBl. Nr. 74, § 29 KV. v. 15. Sept. 1915, § 43 DchfV.

[1]) Unger, Erbrecht §§ 50—53, v. Anders, Grundriß §§ 61—65, Pfersche, Privatrechtliche Abhandlungen 1886 S. 254 ff., Leonhard, Der Erbschaftsbesitz 1899, Leinweber, Die hereditatis petitio 1899, Krasnopolski V § 60, Touaillon, Von der Erbserklärung zum Erbschaftsstreite ZBl. Bd. 28 S. 369, Bd. 29 S. 193 und 273, Bd. 30 S. 100, 201 und Bd. 31 S. 973.

[2]) Nicht auf „Teilung", wie § 823 sich ausdrückt. Die Teilungsklage ist von der Erbschaftsklage sehr verschieden, sie ist unverjährbar, während diese verjährt usf.

[3]) Geschichtliches bei Harrasowsky, Cod. Ther. II S. 426 Note 11: Hormayer berichtet (aus Vorderösterreich), daß, nachdem ein Erbe in den Besitz des Nachlasses eingewiesen worden ist, eine Besitzeinweisung von einem anderen Erbprätendenten nicht mehr be-

Erbrechtes; den Nachlaß selbst erlangt der siegreiche Erbrechtskläger durch die Einantwortung. Die Erbschaftsklage hingegen betrifft einen bereits eingeantworteten Nachlaß. Deshalb begehrt hier der Kläger nicht nur die Feststellung seines Erbrechtes, sondern auch die Abtretung der Erbschaft oder des streitigen Erbteiles.

Möglich, obwohl im Gesetze nicht erwähnt, sind auch negatorische Erbschaftsklagen, mit denen der Erbschaftsbesitzer die Befreiung von Beschränkungen, z. B. von einem Erbschaftsfruchtgenusse[6]) oder von einem Nacherbrechte[7]) geltend macht. Wir erörtern im folgenden nur die eigentliche (vindikatorische) Erbschaftsklage. Von ihr sind die Einzelklagen zu unterscheiden, z. B. die Eigentumsklage (§ 823, Satz 2), die publizianische Klage[8]), die Widerspruchsklage[9]) usf., die dem Erben zustehen, mag auch sein Erbrecht — als Voraussetzung der Klagelegitimation — bestritten sein. Der Erbschaftsbesitzer hat als Kläger dank der Einantwortung die Vermutung des Erbrechtes für sich (oben § 511, II, 2), kann also die zur Verlassenschaft gehörigen Rechte ohneweiters geltend machen. Dem Beklagten bleibt es gegenüber der Einzelklage in jedem einzelnen Falle unbenommen, jene Vermutung zu widerlegen und z. B. nachzuweisen, daß er selbst der wahre Erbe sei. Er bedarf hiezu keiner Erbschaftsklage, erreicht aber mit dieser Einwendung nur die Abweisung des Klägers, nicht die rechtskräftige Feststellung seines eigenen Erbrechtes.[10])

II. Als Kläger tritt mit der Erbschaftsklage ein Bewerber auf, der sich ein Erbrecht zuschreibt, ohne daß dieses in der vorausgegangenen Einantwortung nach Maßgabe des Erbanspruches, wie er ihn erhebt, berücksichtigt worden wäre, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er sich im Besitze einzelner zur Erbschaft gehöriger Vermögensstücke befindet oder nicht und ob sein Erbrechtstitel nach § 126 VaSt. als ein stärkerer oder schwächerer anzusehen ist. Denn es handelt sich um die Entkräftung der gegen ihn streitenden Einantwortung und die Erlangung des seinem Gegner auf dieser Grundlage zustehenden Besitzes der Erbschaft. — Die Erbschaftsklage steht auch dem Nacherben, dem Erbschaftskäufer und dem Staatsschatze (als Heimfallsberechtigtem) zu. Dagegen kann sie von dem Noterben als solchem nicht angestellt werden.

III. Beklagter ist der juristische Besitzer der Erbschaft, d. h. jener, dem sie eingeantwortet wurde, oder auch dessen Erbe, auch der Erbschaftskäufer[11]), desgleichen der Staatsschatz, der eine Erbschaft als ver-

---

gehrt werden konnte, daß aber ein Erbrechtsanspruch binnen 30 Jahren auf dem ordentlichen Rechtswege gegen den eingewiesenen Erben und gegen den Fiskus, welchem ein erbloses Gut zufiel, geltend gemacht werden durfte.

[4]) Gegen die Unterscheidung zwischen Erbrechts- und Erbschaftsklage Till, und zwar nach Zoll GZ. 1907 Nr. 52 „mit überzeugenden Argumenten".

[5]) Oben § 509 VI.

[6]) Vgl. Entsch. Slg. X Nr. 3935.

[7]) Vgl. Entsch. Slg. Nr. 327.

[8]) Entsch. Slg. Nr. 3985.

[9]) Entsch. Slg. XII Nr. 4766.

[10]) Entsch. Slg. Nr. 39, 6498. Nach Krasnopolski S. 331 müßte, wer Erbschaftssachen „unter Anmaßung des Erbrechtes, nicht jure singulari besitzt", mit der Erbschaftsklage belangt werden.

[11]) Leonhard S. 25 f., Krasnopolski S. 331, vgl. § 2030 DBGB.

meintlich erbloses Gut in Besitz genommen hat[12]), der siegreiche Erbschaftskläger, auch ein Miterbe (dem zuviel eingeantwortet worden ist)[12a]), aber nicht ein Vermächtnisnehmer.[13])

IV. Beweisen muß der Kläger den Anfall des Erbrechtes; die Antretung entfällt.[13a]) Der Staatsschatz muß als Kläger die Heimfälligkeit des Nachlasses beweisen. Den Anfall beweist der Kläger:

a) durch ein Testament, dessen (widersprochene) Echtheit vom Kläger dargetan werden muß;[14]) im übrigen sind, wenn dessen Form äußerlich unbedenklich ist, allfällige sonstige Mängel Gegenstand von Einwendungen, deren Beweis dem Beklagten obliegt.[15]) Ging die Testamentsurkunde verloren oder wurde sie durch Zufall zerstört, so hat der Kläger sowohl den Zufall als auch den Inhalt zu erweisen (§ 722);

b) durch einen Erbvertrag; hier gilt das soeben von Testamenten Gesagte;

c) durch die Dartuung der Verwandtschaft (oder Ehe), auf die sich das gesetzliche Erbrecht gründet.[16]) Tritt der Kläger auf dieser Grundlage gegen einen andern gesetzlichen Erben auf, so hat er seine nähere oder gleich nahe verwandtschaftliche Erbenstellung oder die Erbunfähigkeit oder Erbunwürdigkeit seines Gegners darzutun. Will er hingegen ein Testament oder einen Erbvertrag umstoßen, so muß er auch beweisen, daß es von Anfang an nichtig, oder später ungültig geworden sei; ihm obliegt auch der Beweis der von ihm behaupteten Unechtheit[17]), weil der Gegner dank der Einantwortung die Vermutung des Erbrechtes für sich hat (oben § 511, II, 2). Hingegen braucht der Kläger das Nichtdasein näher berechtigter Verwandten nicht zu beweisen; ebensowenig hat er den Beweis seiner eigenen Erbfähigkeit zu erbringen. Wird mit der Erbschaftsklage nur ein Teil der Erbschaft angesprochen, so hat der Kläger auch die Größe seines Erbteils darzutun.

V. Den Gegenstand der Klage und somit auch der Verurteilung bildet:

1. die Abtretung der Erbschaft oder eines Erbteiles. Mit dieser Abtretung, d. h. mit der Überlassung des durch die Einantwortung erlangten Erbschaftsbesitzes, gehen auch die Passiven auf den Kläger über, ohne daß dadurch der Beklagte immer von aller Haftung frei würde (unten VIII). Die Abtretung ist vollzogen, sobald das Urteil in Rechtskraft erwachsen ist (§ 367 EO.);

[12]) Entsch. Slg. I Nr. 85.
[12a]) Entsch. Slg. Nr. 1920.
[13]) Entsch. Slg. XI Nr. 4122.
[13a]) Oben § 511 bei und in Note 8.
[14]) v. Larcher, über den Beweis der Echtheit eines Testamentes in der GZ. 1876 Nr. 85, Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 150, Erk. II S. 78 bis 88.
[15]) §§ 123, 126 VaSt. Touaillon Bd. 29 S. 288.
[16]) Vgl. Wöß, über die Art und Anwendung der Erbrechtsbeweisführung in der NotZ. 1891 Nr. 9.
[17]) Stubenrauch 8. Aufl. I S. 1013 Note 1, Touaillon Bd. 29 S. 275; a. M. Pfaff und Hofmann, Erk. II S. 85, Krasnopolski S. 313.

2. die Ablegung des Offenbarungseides;[18])

3. die Herausgabe der in Händen des Beklagten befindlichen Erbschaftssachen, aber auch fremder Sachen, die nur im Besitze oder nur im Gewahrsam des Erblassers gewesen sind.[19]) Im einzelnen ist zwischen dem redlichen und dem unredlichen Erbschaftsbesitzer zu unterscheiden (§ 824).

a) Hat der redliche Erbschaftsbesitzer Erbschaftssachen veräußert, so gibt er den noch vorhandenen Wert heraus (vgl. § 852)[20]), und zwar in Geld.[21]) Es gilt nicht, wie im deutschen Rechte[22]), der Grundsatz der dinglichen Surrogation; die aus Mitteln der Erbschaft angeschafften Sachen sind Eigentum des Erbschaftsbesitzers, ihn trifft nur eine Herausgabepflicht und auch die bezieht sich nur auf den Geldwert, nicht auf die angeschaffte Sache. Für verbrauchte Sachen haftet der redliche Erbschaftsbesitzer, soweit er durch den Verbrauch Ersparnisse erzielt hat, die er noch in irgend einer Form besitzt.[23]) Für Sachen, die er zufällig verloren hat, ist er — vom Falle des mutwilligen Rechtsstreites abgesehen (§ 338) — nicht verantwortlich. Die Früchte, die vor der Zustellung der Klage abgesondert worden sind, und die bis dahin eingehobenen fälligen Nutzungen verbleiben ihm (§ 330).

b) Der unredliche Erbschaftsbesitzer ersetzt jeden Schaden und gibt alle Früchte und sonstigen Vorteile heraus (§ 335). Er muß also, wenn er für eine Sache einen den Wert übersteigenden Kaufpreis erzielt hat, den vollen Kaufpreis und, wenn er weniger als den Wert gelöst hat, den vollen Wert ersetzen.[24]) Er haftet sogar für den Zufall, der die Sache beim Kläger nicht getroffen hätte (§§ 338, 335).

VI. Gegen dritte Besitzer einzelner nach der Einantwortung veräußerter Erbschaftssachen gibt es keine Erbschaftsklage. Auch die Eigentumsklage ist ausgeschlossen, wenn sie die Sache durch ein Rechtsgeschäft mit dem Erbschaftsbesitzer redlich erworben haben, und zwar ohne Unterschied, ob der Erwerb entgeltlich oder unentgeltlich war (§ 824, letzter Satz).[25]) Der redliche Erwerber erlangt das Eigentum dank der legitimierenden Kraft der Einantwortung (oben § 511, II, 3).[26]) Ebenso

Vor der Einantwortung, nicht auch danach gilt der Grundsatz, daß der Testamentserbe als Kläger wie als Beklagter die bestrittene Echtheit des Testamentes beweisen muß.

[18]) Oben § 295 Note 7, Zeiller II S. 873. Vgl. § 2027 DBGB.

[19]) Leonhard S. 13.

[20]) Zeiller II S. 874, Schuster Zeitschr. f. österr. RG. 1835 I S. 225; vgl. auch § 639 Westg. GB. II 18, § 498 ALR. I 9.

[21]) Oben § 133 bei Note 24.

[22]) § 2019 DBGB. Bellermann, Der Erbschaftsanspruch bei Erbschaftsveräußerungen 1910.

[23]) Von jeder Haftung zählt ihn v. Anders S. 93 los. Vgl. aber oben § 411 bei Note 26 und 28.

[24]) Krasnopolski S. 335.

[25]) Nach Krainz soll es auch keinen Unterschied machen, ob die Sache beweglich oder unbeweglich war. Aber an unbeweglichen Sachen kann der Erwerber nur durch bücherliche Eintragung Eigentum erlangen und den Eingetragenen schützt der öffentliche Glaube des Grundbuches, nicht der der Einantwortung. Wellspacher, Vertrauen auf äußere Tatbestände S. 189.

[26]) Krasnopolski, Schutz des redlichen Verkehrs S. 24 ff., Well-

kann ein redlicher Dritter vom Erbschaftsbesitzer andere dingliche Rechte an Erbschaftssachen sowie Erbschaftsforderungen erwerben. Den Erbschaftsschuldner befreit die im guten Glauben an den Erbschaftsbesitzer geleistete Zahlung.

Nicht geschützt wird — wie in allen ähnlichen Fällen — der Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung, weil der Zwangsvollstreckung grundsätzlich nur das eigene Vermögen des Verpflichteten unterliegt.[27])

Forderungsrechte, die gegen den Erbschaftsbesitzer gerichtet sind, z. B. auf Lieferung einer von ihm verkauften Erbschaftssache, wirken nicht gegen den Erbschaftskläger.[28])

Gegen die Veräußerung oder Belastung von Liegenschaften kann sich der Erbschaftskläger durch einstweilige Verfügung (§ 382, Z. 6 EO.), nicht aber durch Streitanmerkung (§ 61 GG.) sichern, denn er ist nicht in einem bücherlichen Rechte verletzt.[29])

Den Dritten trifft keine Erkundigungspflicht. Er ist redlich, wenn er nicht weiß, daß sein Erwerb dem wahren Erben zum Schaden gereicht. Er darf im Zweifel annehmen, daß der wahre Erbe, der die Einantwortung nicht erwirkt hat, nicht die Absicht habe, sein Erbrecht geltend zu machen. Er darf ferner, auch wenn er das bessere Recht des andern kennt, den Erbschaftsbesitzer im Zweifel für redlich (also für den Eigentümer der Nachlaßerträgnisse) ansehen.

VII. Der Erbschaftsbesitzer kann Vergütung der auf den Nachlaß verwendeten Kosten nur nach jenen Grundsätzen verlangen, die für den redlichen oder unredlichen Besitzer gelten (§ 824).[30]) Er kann wegen Verwendungen auf einzelne Sachen diese Sachen, wegen Verwendungen auf den ganzen Nachlaß den ganzen Nachlaß zurückbehalten (§ 471). Zu den Verwendungen auf den Nachlaß gehören die Befriedigung der Erbschaftsgläubiger und Vermächtnisnehmer[31]), die Berichtigung solcher Erbgebühren, die sonst der Erbschaftskläger hätte zahlen müssen, die Bestreitung der Begräbniskosten und der Verwaltungsauslagen. Wegen seiner persönlichen Forderungen (als Erbschaftsgläubiger, als Pflichtteilsberechtigter) kann der Beklagte den Nachlaß nicht zurückbehalten.

VIII. Für das Verhältnis der Streitparteien zu Dritten[32]) ist entscheidend der Umstand, daß der Beklagte durch die Einantwortung jedem gegenüber so lange als Erbe legitimiert ist, als die Einantwortung

spacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände S. 184 ff., Crémieu, De la validité des actes accomplis par l'héritier apparent. Revue trim. 1910 S. 39 ff.

[27]) Dagegen Entsch. Slg. Nr. 4235, und Krasnopolski S. 337, aber vgl. oben §§ 274, 278. Auch das DBGB. (§ 2366) schützt nur den rechtsgeschäftlichen Erwerb.

[28]) Wellspacher S. 188 f. über das Recht des Mieters vgl. oben § 242 Note 15.

[29]) Dagegen Entsch. Slg. Nr. 15.737.

[30]) Leonhard S. 68 ff., Leineweber S. 99 ff., Unger, Erbrecht § 52 Note 10. Vgl. v. Tuhr in der Festschr. für Bekker S. 321.

[31]) § 2022 DBGB.

[32]) Touaillon ZBl. 1913 S. 975: Wirkungen des Urteiles im Erbschaftsprozesse.

nicht durch ein rechtskräftiges Urteil entkräftet wurde, wobei jedoch auch die Schranken der Rechtskraft im Auge behalten werden müssen. Erbschaftsgläubiger können also auch nach Anbringung der Klage gegen den Erbschaftsbesitzer, und zwar nur gegen ihn, nicht auch gegen den Erbschaftskläger ihre Forderungen geltend machen; der Erbschaftsbesitzer kann dem Erbschaftskläger zur Sicherung seines Rückgriffsrechtes den Streit verkünden. Der siegreiche Erbschaftskläger ist den Gläubigern ebenso haftbar, wie dies bisher nach dem Ergebnisse der Verlassenschaftsabhandlung (Erbserklärung, Inventar, Gläubigereinberufung) der Erbschaftsbesitzer gewesen ist. An diesem Ergebnisse kann er nichts mehr ändern, da er sein Recht eben nicht rechtzeitig, d. h. in der Verlassenschaftsabhandlung, geltend gemacht hat. Er kann also nicht etwa — nach Schluß der Abhandlung! — eine bedingte Erbserklärung abgeben, vielmehr gilt die (bedingte oder unbedingte) Erbserklärung des Erbschaftsbesitzers auch für ihn.[33]) Seine Stellung ist also der des Erbschaftskäufers (§ 1282) ähnlich. Es wird aber auch der Erbschaftsbesitzer nicht — wie Krainz annimmt — ohneweiters frei. Vielmehr haften nach der Analogie des § 1282[34]) zunächst beide Teile zur gesamten Hand. Denn dem Erbschaftsgläubiger gegenüber wird, da er an dem Rechtsstreite nicht teilgenommen hat, durch das Urteil nicht festgestellt, daß der Kläger der wahre Erbe sei, sondern nur, daß er die Erbschaft (mit Recht oder Unrecht) erlangt habe.[35]) Die Analogie der Veräußerung liegt um so näher, als der Sieg auch auf der Anerkennung oder dem unwahren Geständnisse des Beklagten oder auf nachlässiger Verteidigung (Versäumnis) beruhen kann; hievon abgesehen kann ja auch das Urteil geradezu durch einen Vergleich ersetzt werden. Der Erbschaftsbesitzer kann daher sich der Haftung nur dadurch entziehen, daß er dem Gläubiger gegenüber das bessere Recht des siegreichen Klägers nachweist.[36])

Das Nämliche gilt auch von den Vermächtnisnehmern. Sie können sich selbst dann an den siegreichen Erbschaftskläger halten, wenn er als gesetzlicher Erbe dem Testamentserben gegenüber die Ungültigkeit des Testamentes dargetan hätte — es sei denn die Umstoßungsklage auch gegen die Vermächtnisnehmer gerichtet worden. Denn auch der gesetzliche Erbe muß gültige Vermächtnisse entrichten (§ 726) und die Ungültigkeit der Vermächtnisse muß eben gegenüber den Vermächtnisnehmern besonders dargetan werden.[37])

Dingliche Klagen dritter Personen können schon ihrer Natur nach nur gegen denjenigen, der die Sache besitzt, gerichtet werden.

---

[33]) Oben § 511 bei und in Note 8. Eine Erbserklärung nach dem Urteile hält für zulässig und nötig Krasnopolski S. 335 f. Dagegen z. B. Ott, Rechtsfürsorgeverfahren S. 262 Note 8.

[34]) Vgl. auch § 1409.

[35]) Oben § 160 bei Note 55.

[36]) v. Anders S. 95, Krasnopolski S. 338. Nach Unger § 53 Note 8 soll die Beweislast den Gläubiger treffen; ebenso Stubenrauch 8. Aufl. II S. 1014.

[37]) Pfaff und Hofmann, Komm. II S. 208, Kirschbaum, Die Nebenintervention der Legatare in Testamentsungültigkeitsprozessen. GH. 1900

Gegenüber dem Erbschaftsschuldner ist der Erbschaftsbesitzer, solange er nicht zur Herausgabe der Erbschaft verurteilt ist, zur Klage legitimiert. Doch steht dem Schuldner der Gegenbeweis offen[38]), denn er wird durch die Zahlung an den Erbschaftsbesitzer nur befreit, wenn er in gutem Glauben ist (§ 824, Schlußsatz), also nicht, wenn er die Rechtslage kennt. Diesen Gegenbeweis kann er sich durch die gerichtliche Hinterlegung des Schuldgegenstandes (§ 1425) ersparen. Nach dem Urteile ist nur der siegreiche Kläger legitimiert, ein Gegenbeweis könnte nichts daran ändern, daß er die Erbschaft, wenn wirklich der Erbschaftsbesitzer der berufene Erbe war, durch die urteilsmäßige Abtretung erlangt hat.[39])

Zur Neubemessung der Erbgebühren hat der siegreiche Kläger dem Registeramte[40]) eine Nachlaßnachweisung zu überreichen.[41])

IX. Die Verjährungszeit beträgt regelmäßig 30 oder 40 Jahre (§ 1478, 1485), nur wenn das Recht geltend gemacht wird, „eine Erklärung des letzten Willens umzustoßen", bloß drei Jahre (§ 1487).

Die regelmäßige längere Verjährung beginnt mit dem Anfalle der Erbschaft;[42]) sie läuft ohne Rücksicht darauf fort, ob eine Verlassenschaftsabhandlung anhängig ist oder nicht.[43]) Sie kann aber durch die Geltendmachung des Erbrechtes in der Verlassenschaftsabhandlung, also durch Erbserklärung[44]) unterbrochen werden, nur muß (analog § 1497) die Rechtsverfolgung gehörig fortgesetzt werden. Wenn also der erklärte Erbe angesichts einer widersprechenden Erbserklärung auf den Klageweg verwiesen wird, so muß er die Klage rechtzeitig anbringen[45]), sonst ist die Verjährung für ununterbrochen zu halten.[46])

Nicht mit dem Erbanfalle, sondern mit der Kundmachung[47]) beginnt die dreijährige Verjährung bei Umstoßung eines Testamentes (§ 1487) oder eines Erbvertrages[48]), die Ungültigkeit mag auf einem Formmangel[49]), auf dem Mangel der Testierfähigkeit[50]) oder auf welchem Grunde immer beruhen; nur auf den Widerruf[51]) und auf die Unterschiebung oder Fälschung ist § 1487 nicht zu beziehen.[52]) Das echte, aber ungültige Testament wird gleichwohl nicht etwa durch den Ablauf

---

Nr. 22, 23; vgl. auch v. Schrutka, Grundriß S. 93 und oben § 160 Note 56.

38) Vgl. oben Note 10.

39) A. M. Touaillon Bd. 30 S. 973.

40) Steueramt, Finanzkasse, Gebührenbemessungsamt.

41) § 31 DchfV. v. 29. Dez. 1915 RGBl. Nr. 397. Vgl. Fischel, Erbrechtskollission und Gebührenbemessung in der GZ. 1902 Nr. 35—40.

42) Judikat Nr. 28 (Slg. Nr. 565). A. M. v. Anders S. 91, Krasnopolski S. 336 f.

43) Judikat Nr. 28.

44) § 1497 spricht nur von der Klage, aber die Form der Geltendmachung muß sich eben dem Verfahren anpassen. Vgl. bezüglich des Exekutionsverfahrens oben § 154 IV.

45) Vgl. Entsch. Slg. II Nr. 587.

46) Vgl. den Rechtsfall Entsch. Slg. Nr. 1037 (Judikat Nr. 29).

47) Entsch. Slg. Nr. 7037, 11.589.

48) Judikat Nr. 29 (Slg. Nr. 1037), Unger § 265 Note 18.

49) Vgl. z. B. Entsch. Slg. Nr. 11.589.

50) Entsch. v. 3. Nov. 1914 bei Eisinger, Zur Testamentsanfechtungsklage NotZ. 1915 Nr. 6.

51) Winiwarter in Pratobeveras Mat. 8, 126, Eisinger a. a. O.

52) Judikat Nr. 67 (Slg. Nr. 3124).

von drei Jahren seit der erfolgten Kundmachung unanfechtbar. Denn sonst würde der darin Bedachte durch den bloßen Aufschub der Geltendmachung sich der Abweisung seines Anspruches entziehen. Vielmehr steht die Verjährung nach § 1487 nur demjenigen entgegen, der genötigt ist, als Kläger die Ungültigkeit des Testamentes zu behaupten — also nur demjenigen, dem in der Abhandlung die Klägerrolle zugewiesen ist, oder der seinen Anspruch erst nach der Einantwortung erhebt.[53]) Dem Gegner gebührt die Beklagtenrolle; er muß also nicht ein Testament, auf das sich — vorläufig — niemand beruft, im Klagewege umstoßen, kann vielmehr die Geltendmachung der Ungültigkeit (im Einredewege) bis zur Erhebung eines Anspruches verschieben. Daraus folgt, daß zwar auch die Umstoßung eines Kodizilles[54]) oder einer Schenkung auf den Todesfall[55]), wie überhaupt die Anfechtung von Vermächtnissen der Verjährung nach § 1487 unterliegt, aber nur dann, wenn ausnahmsweise der Erbe, der das Vermächtnis z. B. irrtümlich ausbezahlt hat, sich genötigt sieht, als Kläger aufzutreten. Gegenüber dem klagenden Vermächtnisnehmer kann die Ungültigkeit jederzeit eingewendet werden.[56])

[53]) Pratobevera in seinen Mat. 6 S. 134.

[54]) Entsch. v. 16. Dez. 1903 RichterZ. 1905 Nr. 3, Zeiller IV S. 246.

[55]) Judikat Nr. 29 (Slg. Nr. 1037).

[56]) Entsch. Slg. Nr. 563. Unger § 61 Anm. 2.

Register.

Die größeren Ziffern bezeichnen die Paragraphen des Werkes, die kleineren die Noten und die entsprechenden Stellen im Text. Wo ausnahmsweise eine Seitenzahl gemeint ist, ist dies besonders gesagt. — Band I umfaßt die §§ 1—293, II die §§ 294—535.

Abandon 477 59.
Abandonsystem 295 II.
Abbauvertrag 363 6.
Abbitte 139 16, 396.
Abfahrtsgeld 73.
Abfall vom Christentum 529 4.
Abfindung des materiellen Klagsanspruches 297 31.
Abfindungsgrundstück 234.
Abfluß 192 VI.
Abgaben von der Bestandsache 370 I.
— vom Nachlasse s. Erbgebühren.
— Verjährung 152, 154 11.
— Zurückzahlung 413 17.
Abgeordnete, Diäten 296 16.
Abgraben 192 VI.
Abhandlungskosten 504 24, 514 15, 16, 515 6, 530 21.
Abhandlungspfleger 506 III.
Abhängigkeit der Bürgschaft 308.
— des Pfandrechtes 268.
Abholen 421 II.
Abirrung 180 14a; der Exekution 412, 413.
Ablieferungsort 302.
Ablösung der Dienstbarkeiten 259.
— der Renten 264.
Abnahmeverzug 339 II, 364 5.
Abneigung, unüberwindliche 433 II A.
Abnützungsgebühr 365 54.
Abrechnung 162 5, 310 a. E., 354.
Abschlagszahlung 317 5, 389 18.
Abschlußagent 388 63.
Abschoß 73.
Abschreibung, grundbücherliche 230, 290, 302 23.
Absicht, böse 138; erklärte 114 a. E., 502; klare 13.
Absolutorium des Vormundes 475.
Absonderung der Verlassenschaft, Rechtswohltat 351, 516, 524 V, 528 V.
Abstandvertrag 138 47, 139 18, 315, 415 II A.
Abstehung, gegenseitige 353.
Abstiftung 239.
Abstockungsverträge 363 5, 504 21.
Abteilung 218 7.
Abtrennung des Aufwandes 243, 411 III.
Abtretung 329—332.
— Aufrechnung 332, 348 13, 44.
— des Bestandrechtes 370 II.
— einer Bestandzinsforderung 329 II, 371 8.
— einer Forderung an den Staatsschatz 329 II.
— bei Gesamtschulden 306.
— gesetzliche 329.
— einer Hypothek 282, 332.
— mehrfache 330.
— notwendige 329, 332.
— Rechte des Übernehmers gegen den Schuldner, 331; gegen den Überträger 332.
— an den Schuldner 292 6.
— auf den Todesfall 526 III.
— unentgeltliche 133 I, 329 III.
— des Verlagsrechtes 376.
— zahlungshalber, an Zahlungs Statt 346.
Abtretungsurkunde 329 35.
Abtretungsverbot 329.
Abtuung, armutshalber 509 I, 534 24.
Abweisung, Anmerkung der 229 III.
— der Klage 160 3.
Abwesende, Vertragsschluß 313; Pflegschaft 477, 478 III; Erbserklärung 509 IV.

Abwesenheit des Vaters 459.
— freiwillige und schuldlose 209; in Zivil- und Kriegsdiensten 155.
Accessio temporis s. Zeiteinrechnung.
Achalandage 399 [2].
Actus mandati specialis und specialissimi 125.
Adel 79, 196 IV, 452, 453 III, 455 I.
Adelsdiplom 417 [6], 480 [3].
Adhäsionsprozeß s. Anschlußverfahren.
Admodiation 369 [2].
Adnotation s. Anmerkung.
Adoption s. Annahme an Kindes Statt, Wahlkinder.
Advitalitätsrecht 2 (S. 16), 445, 508 [13], 513 [32].
Advokat, Antwortpflicht 381 II; Gebühren 373 [19]; Gehilfen 383 [2]; Pfandrecht 273 [4], 347 [6]; Zurückbehaltungsrecht 168.
— als Kurator 478 [9], [13]; Vormund 473.
— Kündigung 384 [6].
— s. auch Rechtsfreund.
Advokaturskanzlei, Verkauf 363 [8].
Affektionswert 92.
Affiliation 82 [26].
Affinitas secundi generis 422 [19].
Afterbürge 308.
Aftermiete, Afterpacht 160 IV, 275 I, 369 [21], 370 II.
Afterpfandrecht 285, 289, 292 III.
Agenten (Mäkler) 377. S. auch Versicherungsagenten.
— Irreführung durch 106 V, 388 (S. 408).
Agenturvertrag 377.
Agiotage 362 [3].
Agrargenossenschaft 80 V.
Ägypten 17.
Ahnentafel 422 II.
Akkord 373 IV.
Akkreszenz s. Anwachsungsrecht.
Aktie 80 [50], 286 [17].
Aktiengesellschaft 80 IV, 82, 152 [3], 388 (S. 405).
Aktivlegitimation 164 [11].
Akzession s. Zuwachs, Nebensache.
Akzessorietät s. Abhängigkeit.
Alimentation s. Unterhalt.
Alleebäume 400 [18], 401 [5].
Allmendgut 80 V.
Allodialisierung 194, 200.
Allodialvermögen 198.
Alluvion 238.
Alpen 91, 279 [25].
Alpengenossenschaften 80 V.
Altenteil s. Ausgedinge.
Alter 75; Ehehindernis 425, 426 [8].
— bei der Lebensversicherung 388 [57].
Altersnachsicht s. Großjährigkeitserklärung.
Alterszuflucht 387 [78].
Altertumsfunde 204.
Alterum tantum, Zinsen 300.
Altkatholiken, Ehen derselben 426 [28], 433 [13].
Amortisation 325 VIII (dazu Bd. II S. VI), 344.
Amortisationsgesetze 192 [17], 483 [5].
Amortisierung alter Hypothekarforderungen 287 [30], 292 IV.
Amtspflicht, Verletzung der 408.
Analogie 16, 529 [2].
Analphabet 120, 497 II, 500.
Anbietungsrecht s. Einlösungsrecht.
Anbot (bei Versteigerung) 313 III.
Änderung der Rechte und Verbindlichkeiten 63.
Änderungsklage 160 [38].
Aneignung 202, 239.
Aneignungshandlung 313.
Anerbe 489, 512 [19].
Anerkennung 155 II, 162.
— bei der Abtretung 331.
— des Saldos 354 [13]; der Spielschuld 295; der Vaterschaft 451, 460; des Testamentes 493 III, 496 [6].
Anfall des Erbrechtes 482, 502; an den Ersatzerben 503 V.
— des Vermächtnisses 518.
Anfangstermin 112, 113.
Anfechtbarkeit 128—130; der Sicherstellung des Heiratsgutes 439 [31]; der Versicherung 389 [5], 480 [5].
Anfechtungsklage, Anmerkung der 223.
Anfechtungsrecht der Gläubiger 148 [7], 157 [15], 342 [6], 409, 411 IV 1, 484 [27], 510 III.
Angabe s. Angeld.
Angehörige, nahe 409 [28], 422 [19].
Angeld 314 [15], 317, 373 [20], 424 [12].
Angelobung 468, 473.
Anglikaner 426 [37].
Animus obligandi 411.
Ankaufswert 92 III.
Anlaß des Gesetzes 13 [4].
Anlehen, öffentliches 361 VII.
Anliegerrecht 86.
Anmerkung, grundbücherliche 190 IV.
Annahme des Antrages 313.
— der Erbserklärung 509 VI.

Annahme an Kindes Statt 25 28, 426 50, 51, 453, 508 3, 40; Ehe 426 50; Erbrecht 487; Staatsbürgerschaft 73 11.
— des Vermächtnisses 518 II.
Annuitäten 154 13, 361 IV.
Anrechnung auf den Erbteil 299 10, 513; auf den Pflichtteil 530 IV.
Anrüchigkeit 70.
Anschlag, Pacht nach 370 I.
Anschlußpfändung 274.
Anschlußverfahren 139 III, 155.
Anspruch 46; unverjährbarer 152.
Anspruchsfrist 141 49.
Anspruchsverjährung 141, 152 f.
Anspülung 238.
Anstalten 80; öffentliche 494 24.
Anstaltsvormundschaft 465 II.
Anstandsrücksichten 531 III 3.
Ansteckung 392 5, 397 9.
Anstellung gefährlicher oder untüchtiger Personen 406.
Antichrese 284.
Antinomie 16.
Antrag 313; s. auch Versicherungsantrag.
Antreibung 238.
Antretung s. Erbserklärung.
Anwachsungsrecht der Miteigentümer 239 2; der Miterben 482 10, 495; des Vermächtnisnehmers 518 III.
Anwärter 196, 199; Aussterben 200.
Anwartschaftsrecht 110, 195, 504.
Anweisung 315 I, 334, 335, 336.
— Besitzübertragung durch 175 IV.
Anwenderecht 259 68, 421.
Anzeigepflicht 388 (S. 409, 412).
Anzeigevertrag 376.
Apotheke: Haftung 406 19; Pacht 369 9, 21; Realrecht 49 13; Vererbung 480 15; Verkauf 363 8.
Appalto 43 3.
Arar s. Staatsschatz.
Arbeiterversicherung 269, 279, 295 33, 389 (S. 426); s. auch Kranken-, Unfallversicherung.
Arbeiterversicherungsanstalt 80 33.
Arbeiterwohnhaus: Veräußerungsverbot 201; Widmung als 264 V; Vorkaufsrecht 365 20.
Arbeitsbuch 347 2, 373 104, 458 45.
Arbeitslosenversicherung 389 47.
Arbeitsordnung 313 VII.
Arglist s. Einrede.
Argument a contrario, a majori, a minori 13.
Arme 490 7, 8, 495 39, 509 26, 515 II, 521, 522 6.
Armenarzt 398 11.
Armenfonds 514 9.
Armenvertreter 348 14.
Arrest s. Verfügung, einstweilige.
Arrha s. Angeld.
Artisten 374.
Arzneitaxe 363 26.
Arzt 315, 363 8, 411 40, 497 33; Haftpflicht 373 38, 392 4, 476 36; s. auch Armenarzt.
Assignation s. Anweisung.
Aufforderungsklagen 170, 171 58.
Aufführungsagenturvertrag 376 a. E.
Aufführungsrecht 49 21.
Aufführungsvertrag 316 11, 376 II.
Aufgebot 426 Z. 12; Befreiung 430 I; Bestreitungsrecht 431 II 2d; Privathindernis 431 II 1.
Aufgebotsverfahren 325 VIII.
Aufgriffsrecht 417 17, 479 a. E., 489 XI, 508 12, 512, 517 5.
Aufhängen, Hinausgießen usw. 404.
Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft 432 I.
Aufhebungsvertrag 353.
Aufklärung, rechtzeitige 106 VIII.
Aufkündigung s. Kündigung.
Auflage 114 f., 132 30, 201 15, 319 13, 502, 528 18.
Auflage eines Buches 376.
Auflassung 189.
Aufrechnung 348 f.
— bei Abtretung 332; Bürgschaft 308 11; Gesamtschuld 306; natürlicher Verbindlichkeit 295; Schuldübernahme 334 44.
— im Prozesse 155, 160, 349; in der Exekution 349 15; im Konkurse 348; vor der Einantwortung 481 II.
— Rückwirkung 349.
Aufruhrschäden 408.
Aufsandung 227 17.
Auftrag 123, 381 f.; s. auch Auflage.
— zu Gunsten Dritter 319.
— auf den Todesfall 319 14, 526 IV.
Aufwand 410 III, 411; notwendiger, nützlicher usw. 243; beim Fideikommiß 198.
Augenblick, lichter 425 I a, 493 8.
Augenschein 322 74.
Auktionshalle 275 17, 359 VI.
Auktor s. Vormann.
— Benennung 180 a. E., 241.
Ausbesserung 218 I.

Ausbeute 97 2a, 252.
Ausbeutung 121.
Ausdrücklich 118 1, 497 II 3, 513 3.
Ausgabe 376.
Ausgedinge 261, 262, 264, 287 II, 387, 530 17; Verjährung 154 21.
— des Vorwirtes 479 18.
Ausgleichung 513 2.
Ausgußrecht 251.
Aushilfe 373 85.
Auskunft, falsche 398.
Auskunftei 375.
Ausländer 22, 73; Bevormundung 465 I; Ehen 25, 425, 427 Z. 5, 433 19; Eheprozeß 431 64, 65; Entmündigung 476 27; Erblosigkeit 491 V; Nachlässe 26, 516 VI; Untauglichkeit zur Vormundschaft 466.
Auslegung von allgemein lautenden Erklärungen 119 a. E.; von letztwilligen Erklärungen 495; von Formvorschriften 120; von Gesetzen 11—15; von Rechtsgeschäften 106 VII, 107 II, 108, 119; von Substitutionen 504 X; unrichtige 408 10; von Vermächtnissen 524 8.
Auslegungsregeln 10.
Auslieferungsverträge 384 2.
Auslobung 326.
Ausnahme s. Ausgedinge.
Ausschlußfrist 141 VI.
Außerungstheorie 313.
Aussichtsrecht 251.
Aussperrung 373 22.
Ausspielgeschäft 366, 390 (S. 433).
Ausstand 295, 339 21, 373 22.
Ausstattung eines Sohnes 435 15, 456, 461 46, 463 15, 513 III.
Ausstattungsvertrag 435 12.
Aussteuer 438 I 1, 456 5, 513 11.
Austrag s. Ausgedinge.
Austritt eines Miteigentümers 193 12, 417 9; eines Gesellschafters 380; eines Dienstnehmers 373.
Ausübung der Rechte 52, 138; des Fruchtgenusses 248.
Ausübungszwang 55.
Auswahlschuld, reine 297.
Auswanderung 70, 73, 483 9, 493.
Ausweiskarte 325 52.
Ausziehordnungen 372 15.
Auszug s. Ausgedinge.
Automaten 173 2.
Automobil 14, 138 96, 301, 394 III.
Autonomie 7 2.
Avulsion 238.
Bachställe 419.
Badeanstalten 359 I 1.
Bahnbestandblatt 190 II.
Bahneinheit 190 II.
Balkenrecht 251.
Bank, Österreichisch-ungarische 282 28, 469 16.
Bankdepot 357 III.
Banken, Befriedigung aus beweglichen Pfändern 283 20.
Banknoten § 298 Z. 3.
Bankschuldverschreibungen 282, 477 47.
Bannrecht 43.
Bannwald 192 V.
Baptisten 426 38.
Barattohandel 316 10, 362.
Bargeld s. Geld.
Barkaution 269 III, 283 28.
Bauen 236.
Bauerngut 489.
Bauernlegen 489 11.
Bauernstand 79, 479, 489 9.
Baufälligkeit 420.
Bauführer, Haftung 402 1a.
Bauführung 220 29, 236, 252; Einspruch gegen 188.
Baugeldervertrag 361 VII.
Baugrund 166 11, 192, 216 30, 230 15, 234 3.
Bauhandwerker 279 33, 375 5.
Baulinie 192 V.
Baum auf fremdem Grunde 93, 265; s. auch Alleebäume, Grenzbaum.
Baurecht 266, 470 17.
Baurevers 251, 261 7.
Bausch und Bogen 322, 364 24, 370 I.
Bauverbot (privatrechtlich) 188, (öffentlichrechtlich) 192.
Bauwerk s. Gebäude.
Bauwert 92.
Bauzins 266.
Beamter 374; Ehe 427; Haftung 408.
Bearbeitung, Besitzerwerb durch 172.
Bedeckungskapital 259 58, 387 VIII, 519 III.
Bedenkzeit des Erben 509 V, 509 71.
Bedingung 108 f., 482, 502.
— aufschiebende und auflösende 108.
— bei der Eheschließung 428 a. E.
— bei Erbverträgen 508 III.
— beim Pflichtteil 528 II.
— bejahende und verneinende 108, 109, 504 VII.
— Beweislast 164 22.
— der Nichtverehelichung 502.
— eigentliche und uneigentliche 108.

Bedingung, erfüllte, schwebende, vereitelte 109, 110.
— fortgesetzte 109.
— Geschäfte, die keine — vertragen 111 II.
— notwendige 111.
— perplexe 111 9.
— potestative, zufällige, gemischte 108.
— unerlaubte 111.
— unmögliche 111.
— unverständliche 111.
— und Ursache 138.
Beerdigung 16 8.
Beerdigungskosten 392 IV, 455 46, 461 39, 514.
— der Sträflinge 275 II.
Befangenheit 497 II B.
Befreiung 143; von Ehehindernissen 430.
Befreiungsklausel (Seerecht) 359 43.
Befreiungsvermächtnis 520, 523 I.
Befriedigungsrecht 267 II.
Befristung 112 f., 502; gesetzliche 141 VI.
— reine und gemischte 112.
— Geschäfte, die keine — vertragen 113 III.
Befruchtung, künstliche 450 I.
Begegnung, anständige 434 26.
Begehrungsneurose 392, 392 25.
Beglaubigung (Legalisierung) 227; des Handzeichens 497 43.
Begräbnisplätze s. Friedhof.
Begriffe 13.
Begünstigte 389 (S. 420).
Begünstigung eines Gläubigers 409 II B.
Behältnis 520.
Behaltungsrecht 217 III.
Beherbergung gefährlicher Personen 405.
Beholzungsrecht 250.
Behörde als juristische Person 80 (S. 174).
Beilbrief 206 3.
Beistand 464, 476.
— vorläufiger 476 32, 478 I, 478 21.
Beistandspflicht des Ehegatten 434 III 2.
Bejahung als letztwillige Erklärung 495, 497 52.
Belastung der Rechte 62.
Belastungsübernahme 334.
Belastungsverbot 201, 286 II, 502 II 2.
Beleidigung 139 9, 396.
— Tilgung der verursachten 139 I, 183 18, 408 a.
Belohnung des Erben 519 I; des Beauftragten 383; des Vormundes, Beistandes oder Kurators 474, 478.
Benachrichtigung des übernommenen Schuldners 330.
Beneficium inventarii s. Inventar.
— separationis s. Absonderung.
Beratungsprotokolle 3 12, 13.
Bereicherungsklage 411, 412.
Bereinigung 323 12.
Bergarbeiter 269, 374.
Bergbau 203; Enteignung 216 20, 53.
Bergbaudienstbarkeiten 49 9, 248 30 258 28 a, 259 59.
Bergbaugenossenschaft 80 30.
Bergbeamte 192 IV, 373 77, 374 22 a.
Bergbuch 190 II.
Bergelohn 202, 275 43, 410 (S. 509).
Bergrecht, Quellen 2 17.
Bergschaden 138 59, 403; Gesamthaftung 327; Verjährung 301 14; Verzicht 251.
Bergwerksausbeute s. Ausbeute.
Bergwerkseigentum 171 33, 188 17, 190 II, 203; Pacht 369 13; Teilbarkeit 51, 512 22.
Bergwerksfruchtgenuß 252.
Bergzehententschädigung 88.
Berichtigung im RGBl. 12.
— des Grundbuches 231.
Beruf 79.
Berufsgenossenschaft der Landwirte 80, 80 5 a.
Berufsvormund 465 II.
Berufung des Vormundes 467; des Kurators oder Beistandes 478 II.
— zur Erbfolge 484 f.; Berufungsgründe 484 I, 509 III; Berufung aus mehreren Gründen 509 III, VII.
Beschädigung 312.
Beschäftigung, Recht auf 373 IV.
Beschlagnahme (Einziehung) 215, (einer Druckschrift) 408, (des Vermögens) 408 a.
Bescholtenheit 70 III.
Beschränkung des Eigentums 192; Eintragung im Grundbuche 190 27, 504 16.
Beschreibung, pfandweise 275.
Besitz 169 f.
— an Gewässern 86 34, 171.
— an körperlichen Teilen einer Sache 171.
— bejahender, verneinender, Verbotsrechte 177, 178.
— bücherlicher s. Tabularbesitz.

Besitz, echter **208**, 245.
— fingierter 241 a. E.
— Gegenstände desselben 171.
— legitimierende Kraft 170.
— Nachfolge in den, 173 [4], 511 II.
— Recht oder Tatsache 169 II.
— rechtlicher 208.
— rechtmäßiger 208.
— Rechtswirkungen 170.
— redlicher **208**, 242, 243, 245.
— ruhiger 146, 181, 186 [25].
— schwächerer 245.
— Subjekte desselben 171.
— titulierter 208, 245.
— des Vermächtnisses 523 I.
Besitzabtretung 175 [24].
Besitzanschluß 210, 211, 217 [23a].
Besitzauflassung **174**, 206.
Besitzauftragung s. Konstitut.
Besitzbereicherung 412 [9].
Besitzeinführung 173 [22].
Besitzeinrechnung s. Besitzanschluß.
Besitzentziehungsklage 184.
Besitzer 169 III.
— Ansprüche gegen den Eigentümer 243.
— Haftung gegenüber dem Eigentümer 242; aus nützlicher Verwendung 411 (S. 516).
— redlicher, Fruchterwerb **205**, 242.
Besitzergreifung 172 f.
— ein- und zweiseitige, mittelbare und unmittelbare 172.
Besitzerwerb 172 f.
— durch Vertreter **175**, 208.
— Umfang 176.
— von bejahenden, verneinenden, Verbotsrechten 177; von Individualrechten 177 [9].
Besitzfeststellungsklage 183 [2].
Besitzklagen 180, 182 f.
Besitznachfolgerecht 512.
Besitzprozeß, Einreden in demselben 186.
— einstweilige Verfügungen **185**, 187 [2].
Besitzrecht 170, 245, 260 [9].
— und Forderungsrecht 34.
Besitzschutz 180 f.
— Grund desselben 169 I.
— der Familienrechte 171 (S. 470).
— der Wasserrechte 86 [34].
Besitzstörung 180.
Besitzstörungsklage 183.
Besitzübertragung 173.
Besitzverletzung 180, 391 II.
Besitzverlust 178 f.; durch Vertreter 179.
Besitzwille 174 f.; Beweis 183 [14].
Besorgung des Nachlasses 509 VIII.
Besserungsanstalt 463 I.
Bestallung s. Vormundschaftsdekret.
Bestandgeber: gesetzliches Pfandrecht 171 [51], **275**.
— Verbindlichkeiten 370.
— Verzicht auf des Kündigungsrecht 369 I.
Bestandnehmer, Verbindlichkeiten 371.
Bestandrecht: Abtretung 329 II; Dinglichkeit, Eintragung 370 III; Verpfändung 269 [31].
Bestandteil 93.
Bestandvertrag 369—372.
— Einverleibung 277, 370 III.
— der Erben 350.
— über Fideikommißgüter 197 [18a].
— fortgesetzter 265.
— Fruchterwerb 205.
— des Fruchtnießers 252.
— im Konkurse 340 II.
— über Mündelgüter 471 III.
— über Substitutionsgüter 504 [22].
— in der Zwangsverwaltung 270 [10].
Bestandzins 369 III, 371; Abtretung 329 II.
Bestechung 415.
Besteller 375.
Bestellschein 314 III.
Bestellung zum Vormunde 468.
Bestimmtheit des Kaufpreises 363; der Leistung 297; des letzten Willens 495.
Bestreitung der Ehe 431.
— der Vaterschaft 451.
Bestreitungsverbot 502 II 1.
Betragsbeschränkung 295 II.
Betreten 172.
Betriebsauslagen 287 [42].
Betriebsgefahr **394**, 406.
Betriebspflicht, gewerbliche 313 [97].
— des Bergbauunternehmers 55.
Betriebssperre 396 II.
Betrug **106**, 206 II, 398, 494, 497 [37].
Beute 214.
Bevollmächtigter bei der Eheschließung 429 IV.
Bevollmächtigungsvertrag 381 f.
Beweggrund des Vertrages 108; des Testamentes 494; der Rechtsausübung 138 [48].
— irriger 106.
Beweis 164.
Beweislast 164.
Beweisurkunde (Anfechtung) 409 [7].
Beweisvertrag **164** a. E., 318 [28].

Bezeichnung, Besitzerwerb durch 172.
Bewirtschaftungsvertrag 440 V.
Bezirkskrankenkasse 411 40.
Bezugsvertrag 313 IV.
Bienen 192 18, 25, **203**; s. auch Raubbienen.
Bierabnahmevertrag (Bierbezugspflicht) 261 7, 313 IV, 316 13, 369 28.
Bierzwang 43.
Bilanz 299, 378 57, 472 5.
Bild, eigenes 33 12.
Billigkeit 10, 436 36.
Bischof 429 14, 490.
Bittleihen 360 II.
Blinde 77, 123 13, 314, 497.
Blindtüren 419.
Blödsinnige 77; s. auch Geisteskrankheit.
Blumensuchrecht 250 5 d.
Blutschande 483 I 5.
Bodenrecht, Bodenzins 265.
Bodmerei 315 3, 333, 389 (S. 417).
Bonus 388 22.
Bordellkauf 415 IV.
Borgkauf 364.
Börse 80 31.
Börsegeschäfte: Pfandrecht 283; Spieleinwand 390 56.
Bosnien 2 16 a, 26 7.
Bote 106 VI, **122**; Besitzerwerb durch 175 3.
Boykott 396 II.
Brand 389 22.
Braukommunion 80 V.
Brautgeschenke 414 3, **424** II.
Bräutigam 463 III.
Brautkinder 452 IV.
Brautstand 424 II.
Brief 120, 206 11; eingeschriebener 359 60.
Briefhypothek 282.
Bringschuld **302**, 339, 388 (S. 411).
Bringung von Waldprodukten 138 58, 251 16, 421.
Bruchteil 51; Fruchtgenuß daran 252 5; Hypothek 270 II.
Bruder, garstiger 527 14.
Bruderlade 269 12, 279 15.
Brunnen 86, 192 26; Eimer und Seile 94.
Brunnenzins 248.
Bruttoprämie 389 72.
Bucheigentum 224.
Buchforderungen s. Eskontierung.
Buchhandel 368 5.
Buchservitut 248.
Bühnendienstvertrag 374.
Bulgaren 17, 73 8.
Bürge und Zahler **307**, 309, 310.
Bürgschaft 307—311; Aufrechnung 348 12; Vereinigung 310.
Buße s. Geldbuße.

Carmen 23 7.
Casus mixtus s. Zufall, gemischter.
Causa s. Rechtsgrund.
— traditionis 206.
Cautio damni infecti 420.
— de non amplius turbando 183 15.
Census 264.
Chalizza 426 Z. 7.
Chantage 105.
Chartervertrag 359 III, 375 8.
Chauffeur 373 96, 394 III.
China 17.
Cholera 499 2.
Christen 425 Z. 5.
Claque 121 23.
Clausula ceterata 498 6.
— rebus sic stantibus s. Rebus sic stantibus.
Codex Austriacus 2 48.
— Theresianus 3.
Communio pro diviso, indiviso 91.
Compensatio lucri cum damno s. Vorteilsausgleichung.
Condictio s. Kondiktionen.
Congrès 431 85.
Constitutum possessorium s. Konstitut.
Coupon: Amortisierung 325 43; Verjährung 154; nach Verlosung 50 2.
Couponprozesse 298.
Croupier 378 28.
Culpa s. Verschulden.
— in contrahendo 121 43.

Dachs 8 15.
Dachtraufe 251.
Damenstift 490 II.
Damno 300 3.
Dampfkraft 83 5, 363 13.
Dampfschiffahrtsunternehmung 359 V.
— Haftpflicht 394 91.
Darangabe s. Angeld.
Darfrecht 139.
Darlehen 361; s. auch Soldatendarlehen.
— zu Gunsten Dritter 319 10.
— zu unerlaubtem Spiele 390 (S. 430).
Datum des Testamentes **497 I**, 500 8.
Deckgebühr 205.

Deckname 69.
Deckungsverhältnis 335 III.
Delation s. Berufung.
Delegation s. Anweisung.
Delikt s. Handlungen, unerlaubte.
Deliktsfähigkeit 138 II; juristischer Personen 81.
Delkredere 308.
Delogierung 372 [26].
Demolierungsrevers 261 [8].
Demonstratio falsa 106 VII, 494 II.
Dénigrement 359 [43].
Denunziation s. Benachrichtigung.
Depositen, gerichtliche: Heimfälligkeit 217 III, 347; Pfändung 274 [8]; Verpfändung 273 [6], 287 [6].
Deposition, gerichtliche s. Hinterlegung.
Depositum s. Verwahrungsvertrag.
Depuration 197; Rückstand 198; s. auch Vereinigung.
Dereliktion 178, 239; eines Rechtes 136 [7].
Derogation der Gesetze 18 [3].
Deserteur 70, 483, 493, 505 V, 508 [41].
Deutscher Ritterorden s. Orden.
Devinkulierung 470 [22].
Dice essere 359 [43].
Diebstahlsversicherung 389 (S. 418).
Dienst, öffentlicher 374.
Dienstbarkeiten 247 f.
— Ablösung 216 [31].
— an herrenlosen Grundstücken 247 [5].
— Anmaßung 246.
— bedingte 259 [68].
— bejahende und verneinende 247, 258 [19].
— Besitzerwerb 177; Besitzverlust 178 II.
— entgeltliche 248.
— Erlöschung 259.
— Erwerb 258.
— Gegenstand des Pfandrechtes 269.
— gesetzliche 421.
— offene, verborgene 249 a. E., 258 II.
— persönliche und Grunddienstbarkeiten 247, 249 [2].
— pfandrechtliche Wirkung ihrer Einverleibung 249 [188], 259 [61].
— Schutz 260.
— Teilbarkeit 248, 249.
— unregelmäßige 257, 259 [63].
— Verjährung 259.
— Verpfändung 269.
— vorbehaltene 258 [2].
Dienstbelassung, Vermächtnis der 520 [35].
Dienstbeschaffungsvertrag 319 [40].
Dienstbezüge 269.
Dienstbote 37, 123, 405; s. auch Gesindevertrag.
Dienste des Kindes 457 II.
Dienstehe 423 II.
Dienstgesinde, kleine Belohnungen 522.
Dienstlohn 373; Vermutung der Zahlung 345.
Dienstordnung 313 VII.
Dienstpersonen 123, 495 [37], 521; ohne Zeugnis 405.
Dienstvermittlung 369 [19], 377 IV.
Dienstvertrag 373 f.; im Konkurse 340 III; lebenslänglicher 121 [38], 373 [91]; des Minderjährigen 458 III, 471 II; unentgeltlicher 373 [9].
Dienstzeugnis s. Zeugnis.
Dies interpellat pro homine 339 I.
Differenzgeschäft 295 [21], 390 a. E.
Dingliche Rechte 34.
Disagio 300 [3].
Diskonto s. Zwischenzins.
Dispensation s. Befreiung.
Dispositivgesetze 10, 165.
Dissens s. Abstehung, Mißverständnis.
Dividende 413 [22].
Divisio canonica 490 I.
Doktorat 70 [6].
Domherr, Beerbung 490.
Dominium sine re 152.
Donau 141 [18], 238 [23].
Doppelarbeitsvertrag 373 [11].
Doppelmietvertrag 316 [19], 369 [29].
Doppelversicherung 389 (S. 415).
Dotalsystem 435.
Dotationspflicht 456, 461 II.
Dotierung und Dosbestellung 435 III.
— und Schenkung 132, 438 I 2.
Draufgabe s. Angeld.
Dreißigster 442.
Dritter als Zahler 342.
Drittverbot 167, 201.
Drohung: Besitzstörung 180 [9]; s. auch Erpressung, Furcht.
Droit d'aubaine 73.
— d'épave 73 [3].
— de suite 206 [13].
Druckfehler 12.
Duckhütten 93 [11], [12], 265 [8].
Dürftigkeit des Schenkers 133.

Echtheit der Urkunde 120, 148 [8]; des Besitzes 208 II.
Edikt 155 [56].
Edition 241 [20].
Effekten, Vermächtnis der 520 [46].

Ehe à la Gaulnine 429 I.
— Auflösung 433.
— Begriff 424 I.
— Erfordernis der wahren Einwilligung 428.
— Form der Abschließung 429.
— Fortsetzung 431 II, 431 [81], 432 [58], 433 [48].
— Geschichte 423.
— morganatische 434 I.
— nichtige 431 I.
— persönliche Fähigkeit 425.
— persönliche Wirkungen 434.
— Reform 423 IV.
— rituelle 431 I c α.
— Salzburger 431 I c β.
— Scheidung s. Ehescheidung.
— ungarische (siebenbürgische) 426 Z. 2.
— zweite 427 [4].
Eheband, Ehehindernis des bestehenden 426 Z. 2, 430 [9]; s. auch Verteidiger.
Ehebewilligung 425, 427.
Ehebruch: Erbunfähigkeit 483 I 5; des geschiedenen Gatten 432 IV; Ehehindernis 426 Z. 8, 426 [83]; Scheidungsgrund 432 III a; Trennungsgrund 433 [29], [74].
Ehedispens s. Befreiung.
Ehefähigkeit 425.
Ehefrau: Vormünderin 466 I, 475 [16]; Kuratorin 478 II; minderjährige 459 III 3, 475 I 6.
Ehegatte: Erbrecht 488; Anrechnung 513 III.
— Verjährung 155 I.
Ehegewinn 427 Z. 4.
Ehehindernis, Begriff und Arten 424 a bis 429.
— Wegfall 430.
— s. auch Privatehehindernis.
Ehekonsens, politischer 427 Z. 3.
Ehekonvalidation s. Gültigmachung.
Ehelichkeit und Unehelichkeit, Vermutung 450 f.
Ehelichkeitserklärung 452.
Ehemäkler 315 II, 415 [21].
Ehemann als gesetzlicher Vertreter 124 I, 434 III 4, 440 VII.
Ehepakten 435 III, 508 [4].
— Aufhebung und Zerfall 447.
— Einverleibung vor der Trauung 223 [21].
— des Kaufmannes 448.
Ehepatent 423 III.
Eheprozeß 431 III.
Eherecht, zwischenstaatliches 25; zwischenzeitliches 20.
Ehescheidung 432.
— Ehelichkeit der Kinder 450 III c.
— Einfluß auf die Ehepakten 447.
— gesetzliches Erbrecht 488 III.
— Unterhalt 436 II 3.
— vorläufige 433 II a.
— Zuteilung der Kinder 455 III, 463 IV.
Eheschenkung 441 II.
Eheschließung 424 I; Form 429.
Ehetrennung s. Trennung.
Eheverbot 424 a II, 427.
Eheverlöbnis s. Verlöbnis.
Ehevermittlung s. Ehemäkler.
Ehevertrag 424 I.
Ehre: Minderung 70; der juristischen Person 81 [19]; Verpfändung 316; weibliche 397.
Ehrenbeleidigung s. Beleidigung.
Ehrenerklärung 139 [16], 396.
Ehrenfolgen 70.
Ehrenkränkung 139 III.
Ehrenminderung 70.
Ehrennotwehr 146 [6].
Ehrenvormund 473.
Ehrlosigkeit 70.
Eichhörnchen 8 [15].
Eid 316.
Eideshelfer 431 [84].
Eier des Federwildes 203 I; des Grenzsteines 417 [34].
Eigenberechtigung 66.
Eigenmacht 180.
Eigentum 192; an Rechten 35.
— bedingtes 227 III.
— Duplizität 224 [9].
— geteiltes 194, 265.
— künftiges 195.
— öffentliches 86 I.
— vermutetes 245.
— zeitliches 195.
— zur gesamten Hand 193 [2].
Eigentümerdienstbarkeit 248, 259.
Eigentümerhypothek 287 III, 292.
Eigentümerpfandrecht 268.
Eigentumsbeschränkungen 192 V, VI.
Eigentumsblatt 190.
Eigentumserwerb des Vermächtnisnehmers 523.
Eigentumserwerbsarten 202.
Eigentumsklage im w. S. 240, eigentliche 241 f.
— Klagegrund und Beweislast 241.

Eigentumsklage, Gegenansprüche 243.
— Gegenstand 242.
— Unverjährbarkeit 152.
— wegen Eingriffes 246.
Eigentumsvorbehalt 268 [16], 364; an Maschinen 94.
Einantwortung der Erbschaft 480 I, 511, 512 [17], 516 V.
— Legitimation gegen jedermann 511 II 3, 535 VI.
— Nichtigkeit 509 [10].
— Verbücherung 228, 511 II, 532 II.
— teilweise 509 [59], 511 III, 515 [11], 532 II.
— jure crediti 509 [9], 514 IV.
Einberufung der Gläubiger 491 [11], 515.
Einbringlichkeit, Haftung für 332.
Einbruchversicherung 389 (S. 418).
Einfriedung 419 [8].
Einkindschaft 508 [9] f.
Einkommensteuer (Überwälzung) 315 [45].
Einkünfte 97 [14], 270.
Einlagebücher 325.
Einlösungsrecht 259 [61], 288.
Einlösungsscheine 298.
Einquartierung 370 [17]; Schade 408 [22].
Einrechnung in den Erbteil 513 IV.
Einrede 157 f.
— aus dem Rechte zum Besitze 224 II, 244.
— aus dem Rechte des Dritten 411 (S. 515).
— aus eigenem wichtigem Interesse 121 [5], 352 [16].
— der Arglist 157 III, 224 II, 508 [32].
— der Aufrechnung 349.
— der entschiedenen Streitsache 160.
— des Eigentums 245.
— des nicht erfüllten Vertrages 320 III.
— des stärkeren Rechtes, des unechten Besitzes im Besitzprozeß 186.
— des Umganges mit Mehreren 460 III.
Einreden, Arten 157.
— Verjährung 158.
— s. auch Einwendungen.
Einrichtung 520.
Einschließung, nötige 419 II.
Einschreibebuch 123.
Einsitz 387 [15].
Einspruch 230 II.
Einstandsrecht 365 [17].
Einstellung von Dienstbarkeiten 259.
Einstellungsvertrag 316 [4b].
Einsturz, drohender 420.
Eintragung, grundbücherliche 190 IV.
— Anspruch auf 224.
— ohne Titel 223.
— Rechtskraft 231.
— Vollzug 230.
— von Amts wegen 228.
Eintrittsrecht 485, 495 III 3, 530 [28].
— s. auch Vivi nulla repraesentatio.
Einverleibung 190 IV, 221, 227.
— der Dienstbarkeiten 258.
— des Erben 511 II, 532 II.
— des Erbvertrages 508 IV.
— des Fideikommißbandes 196 [13].
— des Pfandrechtes 277.
— des Rechtes zur Gemeinschaft 446 IV.
— des Vermächtnisnehmers 523 I.
— von Bestandrechten 370.
— Wirkungen 232.
Einverleibungsklausel 227.
Einverleibungstitel 221 f.
Einwendungen 64, 157.
— bei Abtretung 331, insbesondere einer Hypothekarforderung 282.
— — Anweisung 335 [13], [18], [19].
— Inhaberpapier 325.
— — Schuldübernahme 334 V.
— Verzicht auf 318.
Einwilligung 137.
— des Beschädigten 138.
— zur Kindesannahme 453 [20].
Einzäunung 172.
Einziehung 215.
Eis 86 [45], [47].
Eisenbahn, Enteignung 216.
— Fahrbetriebsmittel 269 [17].
— Feuerrayon 192 [18], [21].
— Frachterstattungsanspruch 413 [16].
— Fund 217 [8].
— Haftung 359 V, 394; Verzicht darauf 251 a. E.
— Heimfall 195 [3].
— Kontrahierungszwang 313 VI.
Eisenbahnarbeiter 374.
Eisenbahnbedienstete 394 (S. 456).
Eisenbahnbuch 190 II, 190 [21].
Eisenbahneigentum 190 [17a], 195 [3].
Eisenbahnfahrkarten 325 [69].
Eisenbahngrundstück 190 II.
Eisenbahnprioritäten 282 [25].
Eisenbahnunfall 389 [84].
Eisenviehvertrag 371 [49].
Elektrizität 83, 167 [3], 171 [43], 216 [29].
Elektrizitätsschade 394 a. E.

Elektrizitätsvertrag s. Zuleitungsvertrag.
Eltern 422 II.
— eheliche, ihre Rechte 457.
— uneheliche, ihre Rechte 462, 487.
Eltern- und Kinderrechte 449 f.; Schutz 463.
Elternverhältnis, Wirkungen 457.
Emissionstheorie 325 III.
Empfang, verwerflicher 415.
Empfangsbote 122.
Empfängniszeit 450 II, 460 [19].
Empfangstheorie 313.
Empfehlung 114 a. E.; kaufmännische 375 [12].
Endbeschluß 160 I, 183 [15], 187.
Endtermin 112, 113.
Endzweck 114, 502 I; Erwähnung im Vertrage 108.
England, Ehen 25 [1], [16].
Entbindungskosten 462.
Entehrung 397.
Enteignung 31 [8], 216, 220 II, 259, 301 [18], 504 [20].
— Anmerkung der 216 VII.
Enteignungsvertrag 216 [73].
Enterbung 529.
Enterdigung 514 [4], 534 [16].
Entführung 395, 457 [15]; Ehehindernis 428 Z. 2, 431 II 1.
Entlassung aus der väterlichen Gewalt 459.
— des Dienstnehmers 373.
— des Vormundes 475.
Entlastung 475.
Entmündigung 77, 78, 476.
— Anmerkung 190 [28], [29].
— Deliktsfähigkeit 493 [5].
— Ehehindernis 425 Z. 1 und 3.
— Kosten 455 [46], 476 [41].
— Testamentszeugnis 497 [18].
— Testierfähigkeit 493.
— väterliche Gewalt 459 II.
— Vorerbe 504 IX.
Entmündigungsgericht 476 [26].
Entsagung 136 [2].
Entschädigung, angemessene 373 V, 375 III.
Entschädigungsbürgschaft 308.
Entschädigungsklage des Besitzers 186.
Entscheidungen, Sammlungen von 5.
Entscheidungsgründe, Rechtskraft 160 [19].
Entschuldigung, freiwillige und notwendige 468, 475, 478 II.
Entwehrung 323.
Entwurf s. Punktation, Testamentsentwurf.
Entziehungsklausel 528 [16].
Epavierung 73 [3], 82 [32].
Equipage 520.
Erbanfall 482 I.
Erbbaurecht 266.
Erbbegräbnis 80, 95.
Erbe 480.
— als Vertreter des Nachlasses 509 VIII.
— des Fruchtnießers 259 Z. 4.
— des Gesellschafters 380 I 1 und II.
— Eigentumserwerb 220 II, 225, 228, 481 I, 511 II.
— Haftung vor der Einantwortung 509 IX, nach ihr 514 f.
— unbekannten Aufenthaltes 509 IV, 515 [11].
— unbekannter 509 [28], 515 [11].
Erbengemeinschaft 512.
Erbengläubiger 532.
Erbfähigkeit 483.
Erbfall 482 I.
Erbfideikommiß 196 IV.
Erbfolge, gesetzliche 485 f.
— bei Bauerngütern 489.
— des Ehegatten 488.
— nach geistlichen Personen 490.
Erbgang 482—511.
Erbgebühren 511 I 3, 512 [6], 514, 520 [25], 522 [11], 523 [9], 525 [6], 526 [13], 530 III, 534 V, 535 VIII.
Erbgelder 489, 513 [22].
Erbgesellschaft 385.
Erbhöfe 489.
Erblasser 480.
Erblosung 489 VIII.
Erbpacht 265.
Erbrecht 480; besitzbar 171 a. E.; unpfändbar 269 [43].
— außerordentliches der Vermächtnisnehmer 507.
— bäuerliches 489.
— der Kirche, der Versorgungsanstalten 490.
— zwischenstaatliches 26.
— zwischenzeitliches 20.
Erbrechtsausweis 509 VIII, 534 III.
Erbrechtsgrenze 485 [4].
Erbrechtsklage 534 IV, 535 I.
Erbrechtstitel, Angabe 509 III; Änderung 509 VII; Beweis 509 VIII, 534 III, 535 IV.
Erbschaft 480 II.
— eines Lebenden 315 II, 480 II.
— Erwerb 481.

Erbschaft, ruhende s. Nachlaß.
— Veräußerung 533.
Erbschaftsbesitzer 511 II, 535.
Erbschaftskauf 366, 533, 535 11.
Erbschaftsklage 160 IV, 299 7, 511 8, 535.
Erbschaftsschenkung 533.
Erbschaftsschuldner 533 V, 535 VIII.
Erbschein 534 I.
Erbserklärung 509, 511 1.
— des Erbschaftsklägers 511 8, 535 33.
— des Nacherben 504 45, 57.
— Unterlassung 509 V.
— widersprechende 534 IV, 509 74.
Erbteil 495; Exekution 532 2.
Erbteilung 512; bäuerliche 489.
Erbtochter 196 IV.
Erbunfähigkeit s. Erbfähigkeit.
Erbunwürdigkeit 483, 529.
Erbvertrag 483 I, 492 II, 494 15, 508, 509 21, 513 III 2, 525 33, 535 48.
Erbverzicht 409 8, 484, 529 30, 530 9.
Erbzins 265.
Erd-, mauer-, niet- und nagelfest 94 (S. 237).
Ereignung im Verkehr 394 (S. 450).
Erfindung 315 II, 373 III.
Erfolg, Ausbleiben 414.
Erfolghaftung 138.
Erfüllung s. Zahlung.
— Ort und Zeit 302.
Erfüllungsfiktion bei der Bedingung 109, 502 I.
Erfüllungshandlung 313.
Erfüllungsübernahme 334.
Ergänzung der Gesetze 16.
Ergänzungspflegschaft 477.
Erklärungsgeschäfte 100.
Erklärungstheorie 104.
Erlag, gerichtlicher, s. Hinterlegung.
— Anmerkung des 216 VII, 232.
Erlaß 136 2, 353; s. auch Schulderlaß.
— auf den Todesfall 525 III.
Erlaubende Rechtssätze 28.
Erlebensversicherung 389 (S. 420).
Erlöschung der Rechte und Verbindlichkeiten 64.
Ermächtigung 123, 335 I.
Ermessen, billiges 297 I.
Erneuerung des Bestandvertrages 372 IV.
Erneuerungsschein 325.
Erneuerungsschuldschein 292 23.
Ernstlichkeit des Willens 104, 494 I.
Ernte, Kauf 366.
Erpressung 105, 206 II, 415 II.
Ersatzerben 503; stillschweigend berufene 495 III 3, 503 III; Anrechnungspflicht 513 3.
Ersatzinstitut 388.
Ersatzmann 375 (S. 350), 382 I.
Ersatzübergabe, gerichtliche 206 II.
Ersatzvermächtnisnehmer 518 III.
Ersatzzinsen 300, 534 50.
Ersetzungsbefugnis 297, 317 30, 324 22, 517 22, 519 20, 23.
Ersichtlichmachung im Grundbuche 190 27.
Ersitzung 141; beweglicher Sachen 207 ff.; von Liegenschaften 220 II.
— Anmerkung 227 56.
— außerordentliche (uneigentliche) 211.
— Beweis 241.
— der Dienstbarkeiten 258.
— der Freiheit des Eigentums 259.
— des Heimatrechtes 73.
— eines Familienfideikommißgutes 199.
— Gegenstand 141 III A.
— Hemmung 212.
— Hindernisse 212.
— Unterbrechung 212, 258 17.
— von Wegen 86.
Ersitzungszeit 209 f.
Ersteher, Eigentumserwerb 220, 227 22, 228 6, 417 43.
— Kündigung der Bestandverträge 370 a. E.; der Hypothek 300 25.
— Schuldübernahme 334 III.
Ersteherrecht, Pfändung 269 39 a.
Ertragshypothek 269 22, 277, 279.
Ertragswert 92.
Erwerb, außerbücherlicher 224.
— im Vertrauen auf das Grundbuch 155 57, 191, 278, 292, 535 25.
— — exekutiver 278.
Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft 80 55, 477 17, 18.
Erwerbsgefährdung 396.
Erwerbsgesellschaft 378 f.
Erwerbsteuer 279.
Erwerbung der Rechte 59—61, 202 2.
Erwerbungsart 60.
Erzieherin 373 96.
Erziehung des Mündels 470.
— ehelicher Kinder 455 II, 463; unehelicher Kinder 461.
— Vermächtnis der 520 Z. 5.
Erziehungsbeiträge 434 8, 455 31.
Eskontierung von Buchforderungen 329.
Estoppel 206 42.
Evangelische 433 II a.

Eventualaufrechnung 349 III.
Evidenzhaltung des Grundbuches 228.
Eviktion s. Gewährleistung.
Exceptio s. Einrede, Einwendung.
— doli generalis 157 III.
— plurium concumbentium s. Einrede des Umganges mit Mehreren.
— rei non sic sed aliter gestae 157 15, 164 19.
— rei venditae et traditae 244.
Exekution 283, 293.
— Abirrung 412, 413.
— Anfechtung 409.
— Aufschiebung wegen Gläubigereinberufung 515 31.
— auf Ausgedinge 387 V.
— auf Besitzrechte 224 26, 225 5.
— als Besitzstörung 180 21.
— auf Eigentumsanteile 193 6.
— Einschränkung 268, 292.
— auf die Erbschaft 532.
— auf Erbteile 532 2.
— gegen den Fiskus 408 41.
— auf den Fruchtgenuß 248 23.
— gegen Gemeinden 81 41.
— auf den Pflichtteil 528 III.
— zur Sicherstellung 167, 277 46, 515 32.
— auf eine unteilbare Leistung 304 8.
— unterbricht die Verjährung 154 IV.
— Vorvertrag 313 67.
— Wahlschuld 297 III.
— Wohnungsrecht 255 6.
Exekutionsbeschränkung 295 II.
Exekutionskosten 271.
Exekutiver Erwerb in gutem Glauben an Fahrnissen 206 33, 274, 278, 535 27; an Liegenschaften 191 7, 278.
Exhibition 241.
Exhumierung s. Enterdigung.
Expromission 334 2, 12, 41.
Expropriation s. Enteignung.
Exszindierung s. Widerspruch.
Exterritoriale 73.
Exzedent 389 a. E.

Fabriksgerätschaften 94 a. E.
Facultas alternativa s. Ersetzungsbefugnis.
Fähigkeit, persönliche 22 5a.
Fahnenflucht s. Deserteur.
Fahrkarten 325 XI.
Fahrlässigkeit 138.
Fahrweg 250.
Fakultät 482 3.
Fallrecht 2 45, 489 20.
Fälschung eines letzten Willens 483.
Familie 422, 464 IV; als juristische Person 80 a. E.; Fruchtgenuß der — 259.
Familieneinstandsrecht 365 17.
Familienfideikommiß 20 21a, 26 10, 194, 196 f.
— Besitzer, Rechte und Verbindlichkeiten 197.
— Erlöschung und Auflösung 200.
— gemeines 196 IV.
— Geschichte 196 I.
— Kurator 196, 199, 200.
— Nachfolger 198.
— Schulden 197.
— Stiftung 196.
— Veräußerung, Verpfändung 197.
— wirtschaftliche Bedeutung 196 3.
Familiengruft 80 95.
Familienrecht 422 III; Besitz von Familienrechten 171; Unersitzbarkeit, Unverjährbarkeit 141 III.
Familienstand, Besitz 171 60; Urteil 160 IV.
Faßkellner 369 28.
Faustpfand 267, 273; Besitz 171; Zurückstellung 285, 291, 293 VI.
Faustpfandklage, Unverjährbarkeit 152.
Fehlgeburt 462 6.
Feiertag 142 III.
Feilbietung, freiwillige 313 III; s. auch Versteigerung.
Felddienstbarkeiten 249, 250.
Feldfrevel 139 31, 305 38, 406 21.
Feldgut, Beschädigung durch Tiere 400 II.
Fenster 177 10, 178 22, 192 24, 249 6, 251.
Fensterrecht 251.
Fernsprecher 313 13.
Feststellungsklage 148, 149, 183 2, 463 13.
— negative 148, 164 20, 170 I.
Feststellungsurteil 154 IV, 160.
Feuerbestattung 502 36.
Feuerversicherung 252 20, 253 6, 269, 279 11, 18, 286, 389 (S. 416).
Feuerwehr 410 34.
Fideicommissum eius, quod supererit 504 XI.
Fideikommiß s. Familienfideikommiß.
Fideikommissar s. Nacherbe.
Fiduziar s. Vorerbe.
Fiktion 10; der Erfüllung der Bedingung 109, 502 I; der Persönlichkeit 80 I 1.
Finanzdepositen 217 34.

Finanzprokuratur 81 [7], 431 [68], 509 [26].
Finanzvermögen 86.
Findelanstalten 465 II.
Findelkinder 69 [5], 73 [13], 454 [9].
Finden herrenloser Sachen 202 II.
— verlorener oder verborgener Sachen 217.
Finder, Eigentumserwerb 217, Besitzesschutz 170 II; Fruchterwerb 205.
Finderlohn 217.
Fingereinklemmung 394 [59].
Firma 69, 334 IV.
Fische im Teiche 94.
Fischereirecht 49 [12], 86 [54], 186 [8], 203, 250.
Fischnachfolgerecht 203 [10].
Fischotter 203 [15].
Fischzug 366 [7].
Fiskus s. Staatsschatz.
— als Erbschaftsbeklagter 535 [12].
— als Erbschaftskläger 535 II.
Fluß 86; Flußbett 171 [26], 238.
Flüssigkeiten, Vermächtnis 520 Z. 7.
Fonds 80 II.
Fondsbeamter 374 [37].
Fondgebühren 198 [1], 514 I 6.
Forderung, Forderungsrecht 34, 294.
— alternative und generische 297.
— Änderung 337.
— Besitz an 37, 171.
— Entstehungsgründe 312.
— Ersitzung 141 [22].
— Fruchtgenuß daran 254 II.
— gemischt generische 297 II.
— künftige, ungewisse: Abtretung 329 II; Pfandrecht daran 268, 269 [24], 281.
— Pfandrecht an, 269 [29], 281.
— teilbare und unteilbare 296.
— unpfändbare 269; Abtretung 329 II; Aufrechnung 348 a. E.
— Verpfändung 281.
— Wirkung gegen Dritte 37.
— zweifelhafte, deren Abtretung 332.
Forderungsauswechslung 292.
Forderungsvermächtnis 505 IV, 519 [4], 520.
Forderungswille (animus obligandi) 411.
Form 120.
— der Aufhebung eines formellen Geschäftes 484 [25].
— der Eheschließung 429.
— letztwilliger Erklärungen 496 f.
— von Schuldverträgen 314.
Formmangel 295, 415 V.
Forstdienstbarkeiten 248 [3], 249 [25], 250, 258.
Forstfrevel s. Waldbeschädigung.
Forstnutzungsrechte 250, 264 II.
Fortdauervermutung 164 [17].
Fortsetzungspflicht 410 (S. 510).
Frachtbrief, durchgehender 305 [42].
Frachtführer 159, 359.
Frachtgebühren s. Eisenbahn.
Frachtgut, Haftung der Eisenbahn 359 V.
Frachtvertrag 319, 375; unregelmäßiger 375 [26].
Frauen 22 [17], 76, 429 [27].
Frauenschutz 76.
Freiheit 32; Beschränkung durch Vertrag 121.
Freiheitsersitzung 259.
Freiheitsverletzung 138 [9], 395.
Freischurf 43 [1], 205, 269 [37].
Freizeichen 85.
Fremde 22, 73; s. auch Ausländer.
Freundschaftskauf 324 [8], 365 [25].
Friedensordnung 169 II.
Friedhof 84.
Frist 140 f.; s. auch Befristung.
Fristzahlung 371 [6].
Frondienste 264 [15].
Früchte 97, 236, 252, 270.
— am Vermögen 255 III.
— Einverleibung auf die Früchte 228 [9], 277 Z. 8.
— Erwerb 205; kraft redlichen Besitzes 205 Z. 2.
— bei Kauf und Tausch 364 IV 2.
— Teilung beim Fruchtgenuß 253.
Fruchtgenuß 252—254.
— des Ehemannes am freien Vermögen 440; am Heiratsgute 439.
— der Erben; der Familie 259.
— des Pfandgläubigers 284.
— des Vaters 458 II.
— Exekution auf 248 [23].
— an Forderungen 254 II.
— Löschung 259.
— Pfandrecht am 269 [35].
— Rechte des Fruchtnießers 252.
— Teilbarkeit 248, 417 [5].
— auf den Todesfall s. Advitalitätsrecht.
— Übertragbarkeit 248.
— uneigentlicher 254.
— Verbindlichkeiten des Fruchtnießers 253.
— Verpachtung 369 [12].
— bei der Zwangsverwaltung 270 [17].
Fuhrleute 359 II.

Fund 217; archäologischer 204; s. Finden, Finder.
Fundverheimlichung 217.
Funkenflug 251 15, 394 8.
Furcht 105; Ehehindernis 428 Z. 1; Bestreitungsberechtigter 431 II 2 a.
Fürsorgeerziehung 459 3, 463 I, 469 II 1.
Fürsorgepflicht 373 IV.
Fusion 82 III.
Fußsteigrecht 250.

Gabella emigrationis, hereditaria 73.
Garantievertrag 301 17, 308, 398.
Gastaufnahme 359.
Gattenmord 426 Z. 9.
Gattenvertrag 435 8.
Gattungssachen 90; Gewährleistung 321 11; Vermächtnis 520 Z. 1 522 4.
Gattungsschuld 297.
Gattungsvollmacht 125.
Gebäude 88; baufälliges 239; auf fremdem Grunde 93, 266; in der Nähe der Eisenbahn 192 21.
— Haftung des Eigentümers 251.
Gebot bei der Versteigerung 313 III.
Gebrauch 255.
Gebrauchstausch 369 29.
Gebrauchsverjährung 141, 259 Z. 5.
Gebrechen 77, 432 III h; Kuratel wegen 477 Z. 4; Verlängerung der väterlichen Gewalt 459 III 1.
Gebühren s. Erbgebühren; Gesamtschuld 305 f.; Zinsen 339 25; Rückerstattung 413 17.
Gebührenforderung, Abtretung 329 13.
Geburt 67.
Geburtsbuch s. Taufbuch.
Gedinglohn der Bergarbeiter 269.
Gefahr 352; beim Bestandvertrag 371 II; Kauf und Tausch 364 IV; beim gerichtlichen Kauf 367; Vermächtnis 519 II; Werkvertrag 375 II.
Gefahränderung 388 (S. 412).
Gegenforderung, Pfandrecht an 269 33.
Gegenrecht 42.
Gegenseitigkeit 21 12.
Gegenseitigkeitsgesellschaft 388 (S. 405).
Gegenstand 83 7.
Gegenvormund 473.
Gehaltspfändung 269, 290.
Geheimsphäre 32; s. auch Geschäftsgeheimnis.
Gehilfen, Haftung für sie 338 V, 356 13, 375 II, 382 I; s. auch Vertragsgehilfe.
Geisteskrankheit 77, 103, 138 II, 155 I, 466 14, 493, 504 IX.
— Bestreitung der Vaterschaft 451 II.
— Ehehindernis 425 Z. 1.
— Ehetrennung 433 II A 2.
— Entmündigung 476.
— Haftung 401.
— kein Trennungsgrund 433 39.
Geistesschwäche 476.
Geistlicher, Beerbung s. Weltgeistlicher.
Geld 92, 206, 268 20, 298.
Geldbrief 359 60.
Geldbuße 138.
Geldddarlehen 361.
Geldfideikommiß 196 II.
Geldschuld 298.
Geldstrafe 480 (S. 294).
Geldvermengung 219.
Geldwechsel 362 3.
Gelübde s. Ordensgelübde.
Gemeinde 80.
— Besitzstörung 180 II.
— Exekution 81 41.
— Forderung gegen sie 269 18.
— Haftung 81 37, 408.
— Kurator 477 16.
— Redlichkeit 208.
— Teilung und Vereinigung 82 III.
— Vertrag zu Gunsten der Mitglieder 80 48, 313 110.
Gemeindebedienstete 374 a. E.; ihre Haftung 408.
Gemeindefraktion 408.
Gemeindegut 80 V, 86.
Gemeindevermögen 86.
Gemeindewaldungen 91.
Gemeindewege 86.
Gemeingebrauch 86.
Gemeingut aller 85.
Gemeinschaft 417; s. auch Miteigentum.
Gemeinschaftliche Alpen und Weiden 80 V, 91.
— letzte Willenserklärungen 501.
Gemeinschuldner 78; s. auch Konkurs.
Gemütsaufregung 315 III.
Gemütsruhe 32.
Genealogie 422 9.
Genehmigung 126, 137, 175 12, 410 V; vormundschaftsgerichtliche 471 III.
Generalhypothek 20 13, 269 I.
Generalversammlung 81 8.
Generalversicherung 389 (S. 417).
Generalvollmacht 125.
Generalvormundschaft 465 III, 470 11.
Genossenschaft 80.

Genossenschaftsbeitrag 370 18.
Genugtuung 139 I, 408 a.
Genus s. Gattungssachen.
Genußschein 80 43.
Gerechtigkeiten, selbständige 88.
Gerichtsbarkeit, freiwillige 147.
Gerichtsbeamte, Haftung 408.
Gerichtsgebrauch 9.
Gerichtshof, Oberster, Entscheidungen 9; Haftung 408 5.
Gerichtskosten s. Prozeßkosten.
Gerichtskundigkeit 164 3.
Gerichtsstillstand 155.
Gesamteigentum 193.
Gesamtforderung 305.
Gesamthypothek s. Simultanhypothek.
Gesamtnachfolge 59, 480 III, 533 III.
Gesamtpreis 322 II.
Gesamtsache 98.
Gesamtschuld 305; Wirkungen 306.
— wegen Unteilbarkeit 304.
Geschäft, partiarisches 378 I.
Geschäftsbesorgung 381 15.
Geschäftsfähigkeit 103; s. auch Handlungsfähigkeit.
Geschäftsführung des Gesellschafters 378.
— ohne Auftrag 410.
— — angewendete 410 24, 411 9.
— — unechte 410 (S. 507), 411 70.
Geschäftsgebrauch 8.
Geschäftsgeheimnis 373 35, 399 11.
Geschäftsordnung 313 VII.
Geschäftsunternehmen s. Unternehmen.
Geschenkannahme, verbotene 382 II, 415 3.
Geschlecht 76.
Geschlechtskrankheit 77 2, 392 5, 397 9, 424 a 4, 432 III h.
Geschoßeigentum s. Stockwerkseigentum.
Gesellschaft 378—380.
— paziszierte und statutarische 82.
— unerlaubte 82.
— Vergleichung mit der Körperschaft 80 III, 378 I.
— mit beschränkter Haftung 80 56, 477 19.
— stille 409 3.
Gesellschaftsschulden 379.
Gesellschaftsvermögen 378 f.
Gesellschaftsverträge 378—380.
Gesetze 7; transitorische 18; terminierte, kündbare 18 6; starre, ausbaufähige 11.
— Aufhebung 18.
— Ausgaben, Sammlungen 3.
Gesetze, Rückwirkung 19.
— Umfang und Dauer der Wirksamkeit 17 f.
Gesetzesanalogie 16.
Gesetzgebungsgebiet 17.
Gesetzeskraft 18.
Gesetzestext 12.
Gesindevertrag 374; Angeld 314, 317 9, 11, 373 20; Leihkauf 317 39; Vermutung der Lohnzahlung 154, 345 a. E.
Gestaltungsrechte 39.
Geständnis 164 19, 431 80, 483 43; der Beiwohnung 460 IV.
Gestängegebühr 248 30.
Gesundheit 77.
Gewährleistung 321 f.; bei der Abtretung 332; beim Bestandvertrag 370 I; beim gerichtlichen Verkaufe 367; beim Erbschaftskauf 533; beim Pfandvertrag 286; beim Vergleiche 161 31; beim Vermächtnisse 520 Z. 2; beim Werkvertrage 375 II; Verjährung 141 12.
Gewässer, floßbare, schiffbare 86, 238.
— öffentliche 86, 171.
Gewahrsam 169 III.
Gewalt, familienrechtliche 422 III.
— eheherrliche 434 II.
— elterliche 155 I, 457.
— höhere 394 (S. 452).
— väterliche 457, 458; Beschränkung, Ruhen, Erlöschung 459; Verlängerung 459, 493 30.
— vormundschaftliche 155 I, 470.
Geweihe 203 3.
Gewerbe 261 7.
— Betriebsanlage 192 VI.
— Erblichkeit 480 8.
— radizierte 49 13, 190 12.
— Verpachtung 369 19, 25.
— s. auch Unternehmen.
Gewerbebetrieb, lästiger 192 VI.
— eines Minderjährigen 459, 475.
Gewerbegehilfen 37, 374 Z. 3.
Gewerbekonzession 143 10, 261 40, 42, 480 8.
Gewerberecht, subjektives 31 4, 269 II.
Gewerbsleute 315 II e.
Gewerbsmann, Erwerb von einem befugten 206 II.
Gewere 34; ideelle 189, 511 II; rechte 225 8, 511 II.
Gewerkschaft 82 23 a; s. auch Kux.
Gewinn 378; entgangener 138 f.
Gewinnanteil 373 51, 388 22.
Gewohnheitsrecht 8.

Gilten 88; Giltenbuch 88 22.
Gips 369 14.
Glatteis (Bestreuen) 406 9.
Glaube, öffentlicher des Grundbuches 191 II.
Glaubenswechsel 426 30, 33, 43, 433 II, 455 II, 455 26.
Gläubiger 294.
— betreibender, Anfechtungsrecht 409; Haftung 413 (S. 524).
Gläubigerkonvokation s. Einberufung.
Gläubigerverzug 320 20, 339, 373 V.
Gleichartigkeit bei der Aufrechnung 348 3. 3.
Gleichnamigkeit 69 14.
Gleichzeitigkeit von Grundbuchsgesuchen 191.
Gletscher 202 2.
Glücksspiel 390 20.
Glücksvertrag 316 IV.
Gnadengaben 491 III.
Goldgulden 298.
Goldklausel 298.
Gold- und Silbergeräte 87.
Grabstätten 171 37.
Grabstein 84.
Grad 422 II.
Grenzbaum 96.
Grenzberichtigung 418.
Grenzen des Gesetzes, örtliche 21; zeitliche 19.
Grenzerneuerung 152, 418.
Grenzscheidung 152, 418.
Grenzstein 417 34, 419 1, 7.
Grenzüberbau 236.
Grenzwand 419.
Griechen 433 II A, 490 II.
Großeltern 155 14, 422 II, 455 IV 2.
Großjährigkeitserklärung 459, 475.
Großjährigkeit 2 39, 20, 22 21, 75.
Grubenfeld 203, 418 19.
Grubenmaß 190 II, 203.
Grubenwasser 411.
Gruft s. Familiengruft.
Grundbuch 189.
— Berichtigung von Fehlern 189 III, 230 I, 231 III.
— Ergänzung 189 II.
— Geschichte 189 I.
— öffentlicher Glaube 191 II.
— Richtigstellungsverfahren 189 II.
Grundbuchsachen, geringfügige 227 I.
Grundbuchsanlegung 20, 189 II, 241.
Grundbuchsauszug 191 I.
Grundbuchseinlage 190 I.
Grundbuchsgericht 228.
Grundbuchsgesuch 277.
Grundbuchskörper 190 I; Teilung 230 II.
Grundbuchsmappe 191 VI.
Grundbuchsstand, Ordnung des 228.
Grundbuchsurkunde 227.
Grunddienstbarkeiten 249 f.; öffentliche 247 1.
Grundeigentum, Begrenzung nach oben und unten 192 III; außerbücherliches 191 III, 220.
Grundentlastung 216 33, 261 2, 265.
Grundlasten 261 3.
Grundnachbarschaft 192 VI, 418 f.
Grundpfand 267.
Grundruhrrecht 202.
Grundsteuernachlaß 370 19.
Grundstück und Haus 88, 166.
— walzendes 190 9, 489 10.
Grundwasser 86 IV.
Grundwert 92.
Grundzuhaltung 479 5.
Gruppenakkord 373 IV, 378 13.
Gruppenehe 423 I.
Gültigmachung der Ehe 430 I 4, 452 I.
Güter der Ehe 424 I.
— freie 92.
Güterbeamte 374.
Gütergemeinschaft, allgemeine und besondere 378.
— eheliche auf den Todesfall und unter Lebenden 2 51c, 435, 446; Anrechnung 513 III 2; Aufgriffsrecht 512 16.
Güterrecht, eheliches 435 f.; Unwandelbarkeit 25 25.
Güterstand, gesetzlicher 435.
Gütertrennung, Güterverbindung 435.
Güterzertrümmerung 363 29.
Gutsbestandblatt 189 II, 190 I.
Gutsinventar 94.
Gutstaglöhner 374 2, 8.
Gutsübernahme, bäuerliche 319, 387, 480 II.

Haag, Übereinkommen 21, 25.
Haft 167.
Haftpflicht des Auftraggebers 383 III; für Automobile 394 III; für Betriebsgefahren 394; des Dienstgebers 373 IV, 406.
Haftpflichtversicherung 389 (S. 418).
Haftung 34, 45 1, 268, 295.
— beschränkte 295 II.
Hagelversicherung 389 (S. 417).
Halftergeld 317.
Hammerschlagrecht 421.
Hand muß Hand wahren 206 II.

Hand, tote 81 20.
Handelsfrau 434 II.
Handelsgeschäft, Schuldenübergang 334 IV.
Handelsgeschäfte, Zinsen 300 III, 339 25; Verletzung über die Hälfte 324; zwischen Ehegatten 435 IV.
Handelsgesellschaft 80 IV, 379 8.
Handelsgesetzbuch 3 18.
Handelskammer 80 32.
Handelsmäkler 377.
Handelsrecht 1.
Handlungen als Sachen 83; als Leistungen 294, 296, 320 I.
— juristische 100.
— schlüssige 118.
— unerlaubte 100, 138, 327.
— unmögliche 415 IV.
— unschätzbare 92.
— vertretbare und unvertretbare 90 III.
— widerrechtliche 100, 138.
Handlungsagent 377 4.
Handlungsfähigkeit 20, 22, 33, 66, 103, 138, 458, 509 IV.
— des Entmündigten 476.
— der juristischen Person 81.
— des Minderjährigen 458, 471.
— Vorspiegelung 398 II.
Handlungsgehilfen 20 17a, 374.
Handlungsreisende 377 2.
Handlungsunfähige (Betrug) 398.
— Kondiktion 415 III.
— Verträge 313 II.
Handpfand 267.
Handschlag 317 41.
Handzeichen 120, 497 II, 500 7.
Haupt der Familie 434 14.
Hauptbuch 190 I.
Haupteinlage 288.
Hauptintervention 37 6, 241 13a.
Hauptinventar 515 22.
Hauptmängel 322.
Hauptsache 94.
Hauptstamm 378.
Haus 88, 166; s. auch Gebäude.
Hausbesitzer, Haftung 404, 420.
Hausbesorger 316 III, 374, 497 28.
Hausdienstbarkeit 249, 251.
Hauserbauung 237 3.
Hausgemeinschaft 434 III 3.
Hausgenossen 123; besoldete 496 26.
Hausgewalt 422 III.
Haushalt, eigener 459 III 2 b.
Haushälterin 123 27.
Hausierer 368.
Hauskommunionen 2 23a, 80 95.
Hauslache 138 30.
Hausmeister s. Hausbesorger.
Hausordnung 106 V, 313 VII.
Hausrat 520.
Haustiere 203 I, 239 4.
Hausvater, fleißiger, redlicher 138.
Hausverwalter 125 12.
Haverei 411 V.
Hebamme 431 85.
Hebräisch 120, 433 70, 497 II.
Heilquellen 86 35.
Heilungskosten 392.
Heimatrecht 73, 434 8.
Heimatgemeinde (Unterhaltsansprüche) 411 38, 43.
Heimfälligkeiten, Heimfallsrecht 217 III, 470 24; Erbschaft 491; Wasserrecht 86 43.
Heimgangsrecht 387 56.
Heiratsgut 435, 438 f., 456, 463 15.
— Anfechtung 409 36, 439 31.
— Anrechnung 513.
— Empfangsbestätigung 439 IV.
— bei Gütergemeinschaft 437 7.
— Notariatszwang 435 III 2.
— Vermächtnis 513 II.
Heiratskaution s. Militärheiratskaution.
Heiratsvermittler s. Ehemäkler.
Hemmung der Ersitzung 212; der Verjährung 155.
Hengst 205 4a, 400 21.
Herde 98, 400 19.
Herrschaftsrecht 39.
Herstellung des ehelichen Lebens 434 37.
Hetärismus 423 I.
Heuervertrag (Promessengeschäft) 390; (seerechtlich) 37 2, 373 20, 82.
Hilfsarbeiter 374; jugendliche 458 45.
Hilfsbau 190 II.
Hineinvermächtnis 517 28.
Hinrichtung 389 79.
Hinterlegung s. Verwahrungsvertrag.
— gerichtliche 175 27, 347, 469 18.
— notarielle 166 4.
Hirschgeweih 203 3.
Höchstpreis 363, 373 18.
Hochzeitsgeschenke 424 II.
Hofärar 80 II.
Hofbeamte 374 36.
Höfe, geschlossene 91, 190 9, 489.
Höferecht 489.
Hoffnung (bei Besitzverlust) 178.
Hoffnungskauf 161 22, 366.
Holschulden 302; Verzug 339.
Holz, stehendes 92.

Holzbezugsrechte 249 25, 250 Z. 4, 261 8, 264 II.
Holzriesendienstbarkeit 258 14.
Holztrift 421.
Hunde 146 11, 400 13; tolle 400 II.
Hypnotismus 77 3.
Hypothek 267.
— Abtretung 282; Gewährleistung 332 3.
— Amortisierung 292 IV.
— Anfechtung 409 39.
— am Baurecht 266.
— Erlöschung, Löschung 292.
— Kündigung 293 11.
— Übernahme auf den Kaufschilling 334 II und V.
— Überweisung 282 6.
— Verschlechterung 286.
Hypothekarklage 293.
Hypothekenbuch 189.
Hypothekenversicherung 388 20.

Jagd 203.
Jagddienstbarkeit 249, 250.
Jagdgenossenschaft 203, 400 29.
Jagdpachtvertrag 171 41, 340 10, 369 16, 21, 400 29.
Jagdrecht 203, 250 a. E.; Besitz 171 32, 41, 186.
Jagdschiedsgericht 400 29.
Jahr 142; und Tag 2 (S. 22, 24, 27), 141 38, 522 9.
Jdet 427 23.
Jdentität s. Nämlichkeit.
Immissionen 192 VI.
Impotenz s. Unvermögen.
Impresario 374.
Indigenat 73 1.
Indolenza colpevole 138 54.
Indossament 333.
In fraudem legis agere s. Umgehung des Gesetzes.
Inhaber 169 III; dessen Schutz 170 II.
Inhaberpapiere 206 II, 273, 275 5, 281, 315 I, 325; Fund 217.
Inhaberpolizze 325 X, 389 (S. 420).
Inkolat 73 1.
Inkorporation 82 III.
Insel 190 24, 238.
Insidien s. Nachstellungen.
Intabulation s. Einverleibung.
Interesse 92, 138; fremdes 126 11; öffentliches 216 II; des Versicherten 389 (S. 413).
Interimswahrheit 165.
Interimswirtschaft s. Vorwirtschaft.
Interpretation s. Auslegung.
Interzession 307.
Intestaterbfolge s. Erbfolge, gesetzliche.
Inventar beim Erbschaftskauf 366 11, 533 a. E.
— Familienfideikommiß 196 11a.
— Gütergemeinschaft 437 II 2.
— Nacherbschaft 504 V.
— Pflichtteil 528 28, 530 II.
— Rechtswohltat 295 34, 308 15, 508 II, 509 II, VII, 512, 515, 519 III, 524 19.
— Vormundschaft 469.
— s. Gutsinventar.
Irreführung, schuldhafte 398.
Irrenanstalt, Anhaltung 476 8, 478 11.
Irrenrecht 77.
Irrtum 106.
— bei Anerkennung 162; Ausschlagung 510 6; Besitzstörung 180 14; Dereliktion 239 1; Ehe 424 a, 428 Nr. 3, 431 II a; Erbserklärung 509 49; Gewährleistung 320; Testament 494 II, 497 38, 505; Übergabe 206 (S. 590); Vergleich 161; Verletzung über die Hälfte 324 5; Versicherungsvertrag 388 (S. 408).
— des Mitteilungsorganes 106 VI; des redlichen Besitzers 208 12; des Vertreters 126 I.
— entschuldbarer 106 I.
— gemeinsamer 106 VII.
— im Beweggrunde 106 I, 494 II.
— in Nebenumständen 106 IV; über die Handlungsfähigkeit 398 II; über die Zahlungsfähigkeit 106 IV.
— unechter 106 II.
— wesentlicher 106 II, 494.
— s. auch Rechtsirrtum.
Jesuiten 426 29.
Islam s. Muselmanen.
Juden 71.
Judenehe, Ausland 27 4.
— Katholizismus 426 90.
— rituelle 431 I c α.
— Verfahren 431 61, 69, 70.
— Verwandtschaft 426 53.
Judikatenbuch 9.
Jugendliche 463 8.
Juniorat 196.
Jura merae facultatis 55.
Jure crediti s. Einantwortung.
Jus albinagii 73.
— offerendi s. Einlösungsrecht.
— plantandi 93.
— tollendi s. Abtretung.
Justifikation s. Rechtfertigung.
Justizgesetzsammlung 3 22.

Kaduzität s. Heimfälligkeiten.
Kaffehaus 359 7.
Kaiser, Vermögen 86.
Kalender 142.
Kalkbrennen 250.
Kammergut 86.
Kanalgebühr 279 6.
Kannrecht 39.
Kanzleigeschäfte 374 32, 500 2.
Kapitän, Haftung 359 41.
Kapital 300, 361 4, 385 2.
Kapitalisierung von Zinsen 354 7.
Kartelle 315 II.
Karten und Marken 325 XI.
Kassenarzt 411 40.
Kassenscheine 346 15.
Kassenschrankfachgeschäft 356.
Kataster 228.
Katholizismus 25 9, 426 Z. 11, 430 11.
Kauf 363 f.
— auf Abruf 339 1, 47, 364.
— auf Probe 365 IV.
— bricht Miete 370 III.
— gerichtlicher (exekutiver) 367.
— gewagter 366.
— in Bausch und Bogen 364 IV.
— mit Vorbehalt der Rückgabe 365 IV.
— — eines besseren Käufers 365 V.
— nach, zur Probe 365 37.
— unter Ehegatten 435 IV.
Kaufehe 423 II.
Kaufrecht 269 33, 313 85.
Kautel, Socinische 528 II.
Kaution, s. Sicherstellung, Dienstkaution.
Kautionshypothek 277; Abtretung 282.
Keller 93, 190 11.
Kerkerstrafe 426 Z. 13, 477 65, 493 18, 529 9.
Kinder 422 II, 521 1 f.
— adoptierte s. Wahlkinder.
— eheliche 449 f., 455 f.
— eigenes Verschulden 394 57.
— Haftung 401.
— legitimierte 452, 487.
— nachgeborene des Schenkers 133.
— uneheliche 453, 460 f., 487.
Kinderschutzverein 454, 459.
Kindesalter 75, 138 II, 174, 401.
Kindesannahme s. Annahme an Kindes Statt.
Kirche, Eigentumsfähigkeit 81 20; Prozeßfähigkeit 81 40; Vertretung 81 6.
Kirchenglocke 84.
Kirchenstuhl 84, 171 36.
Kirchenvermögen 81 15, 283 31.
Klage 148; Abstehung 305; Wirkung der Erhebung 155, 159; Verzicht, Zurücknahme 138 8.
— aus dem vermuteten Eigentum 245.
— dappelseitige 160 I.
— konfessorische 260.
— negatorische 246.
— publizianische 245, 260.
— revokatorische 199 9.
— unvererbliche 159.
Klageabweisungstheorie 349 22.
Klageanspruch 148.
— Entstehung 149; Erlöschung 151.
— unverjährbare K. 152.
Klagefrist 141 50; bei Besitzstörung 186 II.
Klagegegenstand 148.
Klagegrund 148.
Klagenkonkurrenz 150.
Klagenverjährung 141, 152 f.
Klagerecht 148.
Klagetatsachen 148 10.
Klagezustellung, Wirkungen 159 II.
Klausel, derogatorische 505 III.
— kassatorische 502 II 1.
Kleidungsstücke 89, 254 7.
Kloster, juristische Person 80 29; Liegenschaftserwerb 192 17, 483 5.
Koalition 24 10, 315 II.
Kodizill 492, 505 III, 535 54.
Kokain 476 24.
Kollationspflicht s. Anrechnung.
Kollektant 390 (S. 432).
Kollektivvertrag 313 VII, 373 II.
Kollektivvollmacht 125 IV.
Kollision 57.
Kollisionskurator 477.
Kolonat 8 15, 154 23, 265, 369 27 a.
Komitee 80 VII.
Kommanditgesellschaft 80 IV.
Kommanditist 295 a. E.
Kommassation 216 32, 234, 259, 279 26, 290.
Kommission, trödelartige 368.
Kommissionär 125 10, 126, 175, 268, 275 II, 381 6, 384 2.
Kompensation s. Aufrechnung.
Kondiktionen 411, 412.
— wegen Nichteintrittes des Erfolges 414; Ungültigkeit 415; verwerflichen Empfanges 415; Wegfalles des Rechtsgrundes 416; Zahlung einer Nichtschuld 413.
Konditionsgeschäft 368.
Konfessionslose 433 II, 455 8.
Konfiskation 215.

Konfliktsklagen 148 21, 241.
Konfusion s. Vereinigung.
Konkordat 423 II.
Konkurrenz der Klageansprüche s. Klagenkonkurrenz.
— illoyale s. Wettbewerb.
Konkurrenzbeiträge 279.
Konkurrenzklausel 315 II.
Konkurrenzverbot 121 39, 167 31, 315 II, 378 III.
Konkurs 78.
— Anfechtung im 409.
— Angeld 317.
— Antrag 313.
— Anweisung 336.
— Aufrechnung 348.
— Auftrag 384 Z. 6.
— Bestandvertrag 340 III.
— Bürgschaft 309, 311 9.
— Dienstvertrag 340 III, 373.
— Ehepakten 448.
— Einrede der Unsicherheit 320 III.
— des Erben 509 IV, 516 2, 528 35.
— Fälligkeit 302.
— gegenseitiger Vertrag 340 II.
— Gesamtschuldverhältnis 305.
— Gütergemeinschaft 446 IV 2.
— Heiratsgut 439 III, IV.
— Leibrente 386.
— des Nachlasses 481 25, 509 I, 514 III, 515 18, 526 14.
— Teilschuldverschreibungen, Pfandbriefe 477 53.
— Unterhalt 436 I 3, 442 15, 455 28a, 456 11, 461 63.
— Verjährung 155.
— Vollmacht 127.
— Witwengehalt 443 8.
— Zahlung 342.
Konkursmasse 80 a. E.
Konkursmasseverwalter s. Masseverwalter.
Konnossement 206, 333.
Konsensprinzip 229.
Konstitut 175 II, 206 50, 273 I.
Konsularehen 429 33.
Konsulargerichte 17.
Konsulartestament 500.
Kontadinen 265.
Kontokorrent 329 12, 343, 354 II.
— Saldo, Anerkennung 354 13.
Kontrahierungszwang 313 VI.
Kontumazisten 499.
Konvaleszenz, Konvalidation 130 II, 244; s. auch Gültigmachung.
Konventionalstrafe s. Vertragsstrafe.
Konventionsmünze 298.
Konversion 130 I.
Konvertierung von Hypotheken 287 III; von Wertpapieren 505 37.
Konvokation s. Einberufung.
Konzentration 297.
Konzept s. Punktation, Testamentsentwurf.
Konzession s. Gewerbekonzession.
Konzessionssystem 82.
Konzipient 382 2.
Koppelweide 250.
Körper, moralischer 80, 154.
Körperschaft 80.
Körperschaftsbildung 82.
Körperverletzung 392.
Korrealität 305.
Korrespektivität 501 III.
Kost, Vermächtnis der 520.
Kostbarkeiten der Ehefrau 435 V 2.
Kosten 424 24; s. Exekutions-, Prozeßkosten.
Kostenanschlag 375 III.
Kostenwert 92.
Kostgeschäft 269 54, 283 II.
Kostkinder 454 3.
Kottagedienstbarkeit 248 11, 251 9.
Kraft, elementare 394 II C.
Kraftfahrzeug 394 III.
Kraftloserklärung s. Amortisation.
Krankenhaus 490 II, 514 21.
Krankenkasse 519 40.
Krankenversicherung der Arbeiter 389 (S. 426), 393 II.
Krankheit, ansteckende 77, 432 III h, 499.
— des Dienstnehmers 373 V.
Krankheitskosten 436 4.
Kränkungen 432 III g.
Kränkungsgeld 138.
Kranzgeld 441.
Kreationstheorie 325 III.
Kreditanstalten 168, 273 23, 283 II 3.
Kreditauftrag 308.
Kreditkündigung 375 12.
Kreditgefährdung 396; s. auch Dénigrement.
Kredithypothek 277; Abtretung 282.
Kreditkauf 364.
Kreditversicherung 388 20.
Kreditzinsen 300.
Krepostbuch 189 5.
Kreuz, Rotes 81 27.
Kreuzofferte 313.
Kreuzpartikeln 84.
Kridatar s. Gemeinschuldner, Konkurs.

Krieg 352 9, 16.
Kriegerkinder, Ehelicherklärung 452 IV.
Kriegsschaden 411 V.
Kriegsverrat 408 a.
Kriegsverschollenheit 68.
Kritik des Gesetzes 12.
Kroatien 3 15a.
Kronenwährung 298.
Krugverlagsrecht 261 7.
Kulturänderung 250 11e, 259 68.
Kündigung (einer Forderung) 141, 153, **302.**
— einer Hypothek, Anmerkung 293 III.
— des Auftrages 384.
— des Bestandvertrages 372.
— — beim Besitzwechsel 370 III.
— — Urteil über 160 21.
— des Dienstvertrages 373.
— der ehelichen Verwaltung 440 IV.
— der Gesellschaft 380.
— der Vollmacht 127.
Kündigungsfrist, Berechnung 142 18.
Kündigungsklage 149 18.
Kündigungsrecht des Erstehers (Hypothek) 334 III; (Bestandvertrag) 370 a. E.
— Verzicht des Bestandgebers 369 I.
Kundenschutzklausel 320 13.
Kundmachung 7, fehlerhafte 12.
Kundschaft s. Unternehmen.
Kundschaftssperre 396 II.
Kunstgegenstände 87.
Kurator 464, 476, **477.**
— gemeinsamer 477 Z. 5 c.
— der Leibesfrucht 477 Z. 3.
— der Nachkommenschaft 477 Z. 3.
— zur Verteidigung der ehelichen Geburt 451 II.
Kurhaus 359 8.
Kurpfuscher 138 72.
Kurswert 92 23, 298.
Kux 80 5, 281 6, 342 5, 366.

Laden, Angestellter 123 III.
Ladenpreis 92 22.
Ladeschein 206, 333.
Laesio enormis s. Verletzung über die Hälfte.
Lagerhäuser 275 42, 283; Haftung 359 VI.
Lagerschein 206, 273 9, 333.
Landen 421.
Landesbank, böhmische 469 16.
Landesgesetz 7.
Landesgesetzblätter 3 20, 7; Fehler 12 7.
Landgut 166.
Landkundigkeit 164 3.
Landtafeln 2, 88, 189 I, **190** II, 230 III.
Landwehr 427 3.
Lärm 192 27.
Lasten 62, 232, 264.
— Übergang bei Kauf und Tausch 364 IV; beim Vermächtnis 519 II, 523 II.
— der Bestandsache 370 I.
— öffentliche 264 IV.
Lastenblatt 190.
Lastrecht 251.
Lasttiere 322 IV.
Leben 32 10.
Lebensfähigkeit 67 4.
Lebensmittel 87 6.
Lebensphasen der Rechte und Verbindlichkeiten 58 f.
Lebensvermutung 68, 450 13.
Lebensversicherung 386 4, 387 3, 389 III.
Lebensversicherungspolizze auf den Inhaber 325 X, 389 (S. 420).
Lebensversicherungssumme als Bestandteil des Nachlasses 389 (S. 422), 480 (S. 294).
Lebenswandel, unordentlicher 432 III d; unzüchtiger 461.
Ledigschein 427 Z. 5.
Legalisatoren 227 11.
Legalisierung s. Beglaubigung.
Legalitätsprinzip 229.
Legat s. Vermächtnis.
Legierung 298.
Legitimation der Kinder 452; vollkommenste 430, **452 I**; ad honores 70, 452 a. E.
— — Abfindung 416 7; Erbrecht 487; Staatsbürgerschaft 73.
— des Besitzers 170, 242 15.
— des Scheinerben kraft Einantwortung 511 II 3, **535** VI.
— zum Prozesse, zur Sache 164 12.
Legitimationspapiere 325 X.
Lehen 194.
Lehrvertrag **374**, 422 17.
Leibeigenschaft 2 42, 65.
Leibesfrucht 67; Erbfähigkeit 482 II; Juristische Person? 80 VII; Kurator 461 28, **477**; Vaterschaft 461.
Leibgedinge 443 1.
Leibrenten 385 f.; Verjährung 154 20.
Leichnam 68, 83 2, 217 11.
Leichtsinn 315 III.
Leihvertrag 360.
Leihkauf 317.
Leinpfad 86 5a, 421.

Leistung 296.
— an Zahlungsstatt 348.
— eines Dritten 319 II.
— Unmöglichkeit der — 121, 352, 415 IV.
— Unteilbarkeit 304.
— Zug um Zug 320 III.
Leistungsklage 148.
Leistungsort 302.
Leistungsurteil 160.
Leistungszeit 302.
Leiterrecht 259 [68], 421.
Leitung 192 [16], 250.
Lesensunkunde des Erblassers 497, 500 [6]; s. auch Analphabet.
Letzter Wille 492.
Leviratsehe 426 Z. 7.
Lex Anastasiana 331 [2].
— commissaria s. Verwirkungsklausel.
Lichtrecht 251.
Liechtenstein 3 [16b].
Lieferungsvertrag 375 [7].
Liegezeit 142 [28].
Liegenschaft, unverbücherte 220.
Linien 485 f.
Liquidation 82, 380 II.
Liquidität 348.
Listen, schwarze 396 II.
Literatur des österreichischen Privatrechtes 2, 5.
Lizenz 171 [31], 369 [17].
Lohn 373; Aufrechnung 348; Verjährung 154; Vorzugsrecht 279 [29].
Lohndiener 359 [45].
Lohngefährdung 373 [100].
Lohnunwürdigkeit 377 [33], 383 I.
Lokalbahnschuldverschreibungen 477 [48].
Lombardgeschäft 269 [32], 283 [43]; uneigentliches 269 [54].
Löschung, bücherliche 190 IV; auf Grund des Totenscheines 239.
— alter Satzposten 292.
— der Dienstbarkeiten 259 [8]; des Pfandrechtes 292; der Simultanhypothek 288.
Löschungsklage 225 II, 231 II, 246, 292 III; des Gläubigers 287; gegen den Eingetragenen 223; gegen Dritte 225.
— Verhältnis zum Rekurs 231 II.
Lose 87, 197 [1], 390, 504 [19], 508 [14].
Losratengeschäft 364 [11].
Losungswort 325 [52].
Losversicherung 389 (S. 419).
Lotterie, Lotto 325 [29], 390.
Lottoeinlageschein s. Riskonto.
Löwengesellschaft 378 [49].
Lücken des Gesetzes 11.
Luft, Luftraum 85, 192, 236 a. E.
Luftfahrt 192 [15], 394 (S. 461).

Machtgeber, Machthaber 122, 381.
Mahnung 339 I; des Hauptschuldners 309.
Mahnverfahren 155.
Majorat 196.
Mäklervertrag 377.
Malteserritter s. Orden.
Manager 374 [27].
Mandat s. Auftrag.
Mandatsverfahren 330 [1].
Mandatum qualificatum s. Kreditauftrag.
Mängel s. Gewährleistung.
Mappe s. Grundbuchsmappe.
Marder 203 [15].
Marginalrubriken 12.
Marken und Karten 334.
Markenschutz 49 [18], [23], 399 [9]; Geldbuße 138 I 1 b.
Marktkauf 2 [23c], 206 [39].
Marktpreis 92.
Marokko 17.
Maschine einer Fabrik 94, 273 I.
Masse (Konkurs-, Meistbots-M.) 47.
Massenvertrag 313 VII.
Massenverwalter 78; Rechnung 299.
Mastgerechtigkeit 250.
Materialien des Gesetzes 13.
Matriken 429 IV, 450 f.
Meer 85.
Meeresufer 86, 141 [18].
Meistbotverteilung 160 IV, 227 [48], 277, 287, 439 III.
Mejora 527 I 3 a.
Meliorationen 265 [5], 370 I.
Meliorationsdarlehen 261 [6], 264 [17], 287.
Menschenhilfe 138 [54], [98], 320 [8]; s. auch Geschäftsführung.
Mentalbesitz 178.
Mentalreservation 104.
Meßstipendien 154 [30].
Metallwert 298.
Methode: Einleitung.
Mezzadria 265 [3].
Mietdienstvertrag 369 [30].
Miete s. Bestandvertrag.
— und Pacht, Unterschied 369 I.
Mieter, Besitz § 178 a. E.; Haftung 371 IV, 404.
Mietordnungen 372 [15].

Mietzinsforderung, Abtretung 329 III; gesetzliches Pfandrecht 275; Verjährung 154.
Milchverwandtschaft 426 52.
Militärarzt 408 12.
Militärdienst 155 21, 373 76.
Militärwesen, Aufgebot 426 Z. 12; Bewilligung 427 Z. 1; Befreiungen 430 15.
Militärheiratskaution 269, 427 Z. 1.
Militärlieferungsvertrag 339 I 4, 375.
Militärpersonen 79 4; Abwesende 477 38; Ehrenstrafen 70; Erfolglassung 475 34; als Vormünder 468; s. auch Militärehen, Militärtestamente.
Militärprivatrecht 1, 3 18.
Militärschäden 408 15, 36, 411 62.
Militärtestament 499; Erbvertrag 508 16.
Minderjährige 75, 295, 458, 471.
— Dienstverträge 458 III, 471 II.
— Ehe 425 Z. 3; deren Bestreitung 431 II b.
— freies Vermögen 458 II, 471 II.
— geisteskranke 476 3.
— Scheidung 432 III.
— Testierfähigkeit 493 II.
— Versicherung 388 (S. 411).
— Vorspiegelung der Großjährigkeit 398 II.
Minderjährigkeit, Anmerkung 190 29, 475 35.
Minderungsklage 322 II, 323 II.
Mineralien des Grundeigentümers 192 III, 252 15a, 295 32.
— vorbehaltene, bergfreie 203.
Minister 408.
Minorat 196.
Mise 386.
Mißbrauch 56, 138 48, 157 III.
Mißgeburt 67.
Mißhandlung 392 III, 432 III f, 433 35.
Mißheirat 196 IV.
Mißverständnis 107; bei der Übergabe 206 II.
Mitbesitz 171, 417.
Mitbürge 309; Rückgriff 311 II, 411 58a.
Miteigentum 193, 249, 417.
— als Realrecht 49, 80 V.
— an Bergwerken 366 9.
— bei Gütergemeinschaft 437 III.
— der Bestandsache 370 39.
— Dereliktion 239 a. E.
— nach Mengen 218 I.
— Teilung 417.
Miterben 305, 509 a. E., 512 f., 514 II, 515 I, 516 8.
— Anrechnungspflicht 513.
— Anwachsungsrecht 495 II.
— außerordentliches Erbrecht 507.
— Verwaltung des Nachlasses 509 64, 512 3.
Mitgift 435 10.
Mitgläubiger, Mitschuldner 303.
Mitgliedschaft 33.
Mitoyenneté 419 4.
Mitvormund 473, 475 11, 12, 28.
Mitweide 250.
Möbel, Mobilien 520.
Modalschenkung 132 30.
Modus s. Auflage.
Möglichkeit, nach — 302.
— der Leistung 121.
Mohatra 361 15.
Mönche s. Ordenspersonen.
Monat 142.
Montenegriner 73 8.
Monturstücke, ärarische 87.
Moratorium 302.
Morgengabe 345, 441, 513 30.
Morphium 476 22.
Mortifizierung 344.
Motiv s. Beweggrund.
Mühle 86 53.
Mühlzwang 43.
Mündelsicherheit 166, 266, 470.
Mündigkeit 75.
Munition 87.
Münze, klingende 298 4, 361 III 1.
Münzfund 204.
Museum 80 35.
Muselmanen 426 15, 429 40, 433 II A.
Mutter des unehelichen Kindes, Rechte 462.
Mutterschaft, Beweisbarkeit 449; Geheimhaltung 460 52.
Muttwille 391.

Nachbarrecht 192 VI, 418—421.
Nachbürge 308.
Nacherbe 504; Erbfähigkeit 483 49.
Nacherbfall 504 I.
Nacherbschaft 492 6, 504, 528 20; auf den Überrest 504 XI, 528 22.
Nachlaß 480 II, 481.
— erbloser 491.
— nachträglich aufgefundener 509 8.
— ruhender 80 VII, 481.
— Vertretung und Verwaltung 509 VIII.
Nachlaßkonkurs s. Konkurs.

Nachlaßkurator s. Verlassenschaftskurator.
Nachlaßnachweisung 300 [26], 534 V, 535 [41].
Nachlaßverbindlichkeiten 514, 530 III.
Nachlaßverwalter 506 II.
Nachlese 239 [3].
Nachstellungen 432 III e, 433 [34].
Nachvermächtnisnehmer 518 III, 521 [10], 524 [3].
Näherrecht 224 [10].
Name 69, 80 [95]; Verschweigung des 430.
— der Gattin 434 I.
— des unehelichen Kindes 461 I.
— des Wahlkindes 453 III.
Namensänderung 69, 452 IV, 461 I.
Nämlichkeit des Ehegatten 428 Z. 3; der Leiche 68 [3a]; der Rechte 63; der Sache 241.
Naphtha 190 II, 192, 203 II, 264 I, 270 [2], 369 [15], 512 [20].
Naphthabuch 190 II, 369 [15].
Naphthavertrag 369 [15].
Nasciturus pro jam nato habetur s. Leibesfrucht.
Nativität der Klagen 149.
Natur der Sache 16.
Naturaleigentum 224 II.
Naturalkauf 363.
Naturalobligation 295; Bürgschaft 308 [4]; Pfandrecht 268 [9], 295; Zahlung 413 I.
Naturalteilung 417.
Natürliche Rechtsgrundsätze 16.
Naturrecht Bd. I S. 2, 16.
Nebenabrede, mündliche 314 III.
Nebeneinlage 288.
Nebengebühren 300.
— Kaution für 271, 277 [27].
Nebenrechte 50.
Nebensache 94 f.
Nebenverträge 316; beim Kaufe 365.
Negatorienklage 246.
Negotium mixtum cum donatione s. Schenkung, gemischte, und Freundschaftskauf.
Nemini res sua servit 248.
Nemo plus juris transferre potest quam ipse habet 59.
Nemo pro parte testatus decedere potest 484 I, 495 [15].
Nemo pro præterito alitur 461.
Nemo sibi causam possessionis mutare potest 174.
Nennwert 298.
Nervengifte 78, 476, 493.
Nettoprämie 389 [72].
Neurose 392.
Neuerungsvertrag 292 II, 295, 306, 354.
Nichtehe 431 I, 452 II.
Nichtgebrauch 259.
Nichtigkeit 128—130; absolute und relative, gänzliche und teilweise, ursprüngliche und nachfolgende 129.
— der Ehe, Nichtigkeitsprozeß 431; Einfluß auf die Ehepakten 447 II; auf die Kinder 452 II.
— der Eintragung 223; unheilbare 231 III.
— des letzten Willens 496 Z. 3.
— Gläubigeranfechtung 409 [23].
— Rückforderung des Geleisteten 416.
Nichtigkeitsklage 130; Verjährung 152.
Nichtschuld, Zahlung 413.
Nichtverehelichung, Bedingung 502 I.
Nießbrauch s. Fruchtgenuß.
Nominatio auctoris s. Auktor.
Normativbestimmungen 82.
Notar 459 [14], 500, 534 [13]; Haftung 408 [6]; Kaution 273 [4], 287 [8].
Notariatsakt 104 [17], 120, 471 [1].
— über ein Testament 500.
— vollstreckbarer 160 [11], 227, 283, 318 [28]; Anmerkung der Exekutionsfähigkeit 190 [30].
Notariatszwang 120, 133, 314, 435 III 2, IV, 439 IV, 508 II, 525 [11].
Notbodmerei 389 (S. 417).
Noterbe 516 II, 527 II.
— Unterhaltsanspruch 530 II.
Notifikenbuch 189.
Notrecht 138 II.
Notschlachtung 389 (S. 417).
Notstand 138 II.
Notverordnung 7.
Notweg 258 B, 259 a. E., 287 IV, 323 [3].
Notwehr 138 II, 146, 170 I.
Notzivilehe 429.
Notzucht 138 [10], 397 [10], 432 [92].
Novation s. Neuerungsvertrag.
Novellen zum BGB. 3.
Nutzbesitz 169 [24], 171 [50].
Nutzen und Gefahr 364 IV.
Nutzungen 97, 364 IV; s. auch Früchte.
Nutzungseigentum 194, 265.

Obereigentum 194.
Oberfläche 88 [4].
Oberstaatsanwalt 231 III.

Obervormundschaft s. Vormundschaftsgericht.
Obligation s. Forderung, Schuldverhältnis.
Obligationsverlängerung 339 35.
Obrogation der Gesetze 18 3.
Occasio legis 13 4.
Odd 390 4.
Odpor 2, 223 5.
Offenbarungseid 299, 377 30, 378 54, 430 18, 513 53, 528 31, 531 25, 535 18.
Offertausschreibung 313 III.
Offerte s. Antrag.
Offiziere, Ehen 427 Z. 1.
Okkupation s. Besitzergreifung, Aneignung.
Omnibus 394 IV.
Operationszwang 388 80, 426 10.
Option 313 IV, 370 30.
Oralfideikommiß 295 13.
Orden, Deutscher 74 4, 81 15, 307 13, 466 8, 490 16, 493 10, 31, 505 44.
— Malteser 74 4, 81 15, 466 9, 490 17, 493 11.
— und Titel 79.
Ordensgeistliche 490.
Ordensgelübde 68, 74; Ehehindernis 426 Z. 4; Befreiung davon 430 13.
Ordenspersonen 68, 74, 426 Z. 4, 453, 458 5, 466, 468, 477, 483, 493.
Orderpapiere 206 II, 273, 281, 315 I, 333.
Ordnung (Linie) 485 III.
— öffentliche 121.
Organ 81.
Organisationsverträge 316 1.
Original der Grundbuchsurkunde 227 IV, 230 6.
Ort der Leistung 302.
Ortsgebrauch 8.
Ortsplätze 86 9.
Ottomanische Untertanen, Bruderschaft 483 12.

Pacht s. Bestandvertrag.
— in Bausch und Bogen, nach Anschlag 370 I.
— unregelmäßige 371 51.
Pactum de quota litis 315 II.
Pachtschilling, Verjährung 154.
Pächter, Fruchterwerb 205.
Papiergeld 298.
Paraphernen s. Vermögen, freies.
Parentel 485.
Parteirolle, Spaltung 302.
Parzelle 191 23, 230 13.
Parzellierung, Bewilligung 230 15.
Passiergewicht 298 Z. 1.
Passivlegitimation 164 11.
Passivum s. Verbindlichkeit.
Patent, dessen Enteignung 216.
Patentbesitz 171 31.
Patentrecht 51, 269 38, 281 5, 411 32; Eingriff 138.
Pater est, quem nuptiæ demonstrant 449.
Paterna paternis s. Fallrecht.
Patronatsrecht 49 14, 262 10; Ersitzung 141 27.
Pensionsanstalt 80 34.
Pensionsversicherung 154, 279 17, 389 (S. 427), 393 II.
Pensionsvertrag 316 III.
Perklusionsrecht 275.
Permutation 82.
Persien 17.
Persönlichkeitsrecht 32.
Person 65; bürgerliche 428 Z. 3.
— juristische 80 f.
— — ausländische 22 2, 81 13.
— — Entstehung und Ende 82.
— — Erbfähigkeit 482 a. E., 483 I.
— — Ersitzung gegen, 209.
— — konstruktive 80 VII.
— — Rechts- und Handlungsfähigkeit 81.
— — Redlichkeit 208.
— — Verjährung gegen, 154.
— — Vertrag mit 313 II.
— moralische 80 2.
— natürliche 67—79.
— Recht an der eigenen, 32 8.
— unerzeugte 67.
Personalstatuten 21, 22.
Personenbeförderungsvertrag 375.
Personenrecht 32.
Personenrechte, absolute und relative 33.
Pest (Testament) 499.
Petitorischer und possessorischer Streit 180; petitorium absorbet possessorium 186.
Pfandbestellung, Anfechtung 409 27, 39.
— für eine künftige Forderung 268; für eine natürliche Verbindlichkeit 268 9, 295.
— keine Schenkung 132.
Pfandbrief 282, 287 36; Kuratel 477.
Pfandeigentümer 267; Beschränkungen des — durch das Pfandrecht 286.

Pfandgläubiger 267; Befriedigung aus dem Pfande 283; Gebrauchsrecht 284; Gewährleistungsanspruch 284.
— Verbindlichkeiten desselben 285.
— Rechtsverhältnis mehrerer — zu einander 287.
Pfandklage 293.
Pfandleihanstalten 273 a. E., 283 [23], [43], [46], 289 [10], 477 [43].
Pfandprivilegien 287 IV.
Pfandrecht ad fructus 269 [22], 277 a. E., 279.
— Akzessorietät 268.
— am Erbteil 512 [4], 532 [2].
— am Zubehör 95.
— an der Versicherungssumme 290.
— an Gesamtsachen 98.
— an vermachten Sachen 523 II.
— Begriff und Arten 267.
— Belastung 289.
— Besitz des 171.
— Einverleibung 277.
— Erlöschung 291 f.
— freiwilliges, notwendiges 272; gesetzliches 275, 277 [6], 279; an Forderungen 281; Abtretung des ges. Pfandrechtes 331 [9].
— Gegenstand 269.
— gegenständlicher Umfang 270; Umfang hinsichtlich der Forderung 271.
— kaufmännisches 283.
— Rang 287.
— Schutz 293.
— Teilbarkeit 268.
— Übertragung 282.
— unregelmäßiges 269 III, 291 [31].
— Wandlung 290.
Pfandrechtserwerb 272.
— an nicht eingetragenen Grundstücken 280.
— an Rechten 281, 286 III.
— durch Rechtssatz 275, 279.
— redlicher 273, 274, 275 [35], 278, 292.
Pfandrechtstitel 272, 273, 277.
Pfandschein 217 [28b], 325 X.
Pfandschuldner 268.
Pfandstellen 287 III.
Pfändung 269, 274, 285, 289 I; der eigenen Sache 268 [16].
Pfändungspfandrecht 274; kein Besitzesschutz 171 [52].
Pfandverkauf 283.
Pfandvertrag 273 II, 320 [4].
Pfarre, inkorporierte 74 [10].
Pfarrer 429 II a.
Pfarrgemeinden 80 [28], 81 [6].
Pferde, ärarische 360 [8].
Pferdebahn 394 [90].
Pflanzen 237.
Pflegebefohlene 464 I.
Pflegekinder 454.
Pflegschaft, Pfleger 464, 476—478.
Pflicht, eheliche 434 [25]; sittliche 531 III 3.
Pflichtteil 527.
— bei der bäuerlichen Erbfolge 489 X.
— Bestimmung 508 II, 530.
— Einsetzung auf den 528 II.
— Erhöhung wegen Schenkungen 525 [32], 531.
— Offenbarungseid 299 [9], 528 [31], 531 [25].
— Verletzung 528 II, 531.
— Vorbehalt bei der Antretung 528 [13]; bei der Ausschlagung 509 III, 528 [12].
— Zuteilung 528 [29a].
Pflichtteilsanspruch 528.
Pflichtteilsausweis 528 [34], 531 [26].
Pflichtteilsergänzung 531 [4].
Pflichtteilserhöhung 531.
Pflichtteilsklage 528 III.
Pflichtteilsrecht 528.
Pflockweide 250 Z. 4 d.
Pfründe 34 [1], 534 [14].
Pfründenvertrag 385 [5].
Photographieporträt 32 [12].
Pläntерwirtschaft 97 [3].
Platz (Winkel) 419 [3].
Plombe 191 [13b].
Polizze s. Versicherungs-, Inhaberpolizze.
Polizzendarlehen 389 (S. 421, 424).
Portefort 319 II.
Post 359 V, 375; Kontrahierungszwang 313 [96].
Postanweisung 335 II, 359 [60], 375 [26].
Postenlauf 142 III.
Postmeister 269.
Postsparkasse 217 [28], 269, 325, 339 [11], 408 [20], 470 [22], 471 [9].
Postzustellung 66 [3], 122 [2].
Potioris nominatio 475.
Präklusivfrist s. Ausschlußfrist.
Prälegat s. Vorausvermächtnis.
Prämie 388 (S. 411), 389 [72]; Bringschuld 302, 388.
Prämiengeschäft, doppeltes 316 III.
Prämienlotterie 390 [40].
Prämienreserve 389 (S. 424).
Pränotation s. Vormerkung.
Präsumtion s. Vermutung.
Prätendentenstreit 37.

Praterhütten 88, 93 11.
Präterition s. Übergehung.
Preis 92; Kaufpreis 364; Anspruch des redlichen Käufers 243.
Preisausschreibung s. Auslobung.
Preisgebung der geschuldeten Sache 339 62; s. auch Dereliktion.
Preistaxe, Preistreiberei 363 II.
Prekarium s. Bittleihen.
Pretium succedit in locum rei 47 6, 535 22.
Primogenitur 196.
Priorität der Pfandgläubiger 287.
— des Todes 68.
Prioritäten s. Teilschuldverschreibungen.
Prioritätszession s. Vorrangseinräumung.
Prise 10 2, 214.
Privatbeamte 374.
Privatehehindernis 430 28, 431 II.
Privatgewässer 86.
Privatrecht 31; allgemeines und besonderes 1.
— interlokales 21 15; internationales 21—27; intertemporales 19 f.
— subjektives 31.
Privilegium 143 ff.; s. auch Patentrecht.
Probekauf 365 IV.
Probezeit beim Dienstvertrag 373 VI.
Promessengeschäft 390; Form 295 27.
Promiskuität 423 I.
Promotion 70 6.
Propinationsrecht 43.
Prostitution 415 13.
Protestation 118 3, 8.
Provinzialstatuten 3 17.
Provision 373 34, 50, 377.
— Offenbarungseid 299 5.
— übermäßige 121 37; unerlaubte 382 II.
Prozeß 147; Einfluß des Beginnes 159; Tod der Partei 480 3, 509 67.
Prozeßeinrede 157.
Prozeßkosten 160 5.
— Aufrechnung 348 14.
— bei Bestreitung der ehelichen Geburt 451 57, 461 17.
— des Ehebandverteidigers 431 74.
— Gesamtschuld 305 43.
— Haftung des Bürgen 309; des Pfandes 271; des Vorbehaltserben 515 4.
— Verzugszinsen davon 339 29.
Prozeßunfähigkeit 477 59.
Prozeßvergleich 161 a. E.
Prozeßvollmacht 123 I, 125.
Prozeßzinsen 159, 300.
Pseudoalimente 461 19.
Publizitätsprinzip 191 II, 277.
Punktation 227 31, 313 V.
Punzierung 87.
Pupill 155 5.
Pupillarsicherheit s. Mündelsicherheit.
Putativehe 452, 487.
Putativtutel 208 3.
Putz 520.

Quantitäten 90.
Quantitätseigentum 90, 218 I.
Quantum possessum, tantum praescriptum 213 4.
Quasibesitz s. Rechtsbesitz.
Quasiususfructus 254.
Quelle 86.
Quellen des österr. Privatrechtes 2.
Qui suo jure utitur nemini facit injuriam 138.
Quittung 335 24, 344, 345; Aufbewahrung 141 8; über Heiratsgut 439 III; ihr Überbringer 123.
Quittungskosten 344 3. 1.
Quota litis 315 II.
Quotité disponible 527.

Rabbiner 426 104, 427 32, 429 29.
Rain, hoher 419 3.
Randlose Heiratsverträge 2 51c, 437 I.
Randschrift 12.
Rang der Eintragung 191 IV; des Pfandrechtes 287.
Rangordnung, Anmerkung der 201 9, 232, 232 28, 282, 282 12, 17, 287, 292 III.
Rasende 77.
Rat 398.
Ratengeschäfte 20 14a, 24 10, 155, 314 III, 317, 318, 322 16, 59, 324, 364 II, 365 VI.
Ratifikation bei freiwilliger Versteigerung 313 III.
Ratihabition s. Genehmigung.
Raubbienen 146.
Raubehe 423 II.
Raubnutzung 252 14.
Rauch 192 29.
Räumungsfrist 371 1.
Realapotheke 49 13.
Realfideikommiß 196 II.
Realgenossenschaften 80 V.
Realgewerbe 49 13.
Realkauf 363.
Reallasten 171, 248, 261—264.

Realofferte 313.
Realrecht 49, 177 II.
Realschuld 49.
Realstatuten 23, 26.
Realsteuern 279, 287 IV.
Realverzicht 251.
Reben 87 [6].
Reblaus 286 [5], 411 [60].
Rebus sic stantibus 117, 160 III, 313 IV, 461 [53].
Rechnung keine Mahnung 339.
Rechnungslegung 299, 373 [116], 377 [30], 378, 380 [24], 382 III, 410 (S. 511), 528 III.
Rechnungsruf 515 [26].
Rechnungsverstoß 161 f.
Recht 28; s. auch Rechtssätze.
— ausländisches 21.
— auslegend, dispositiv 10.
— der Persönlichkeit 32.
— ergänzend, nachgiebig und zwingend 10.
— objektives 28.
— öffentliches und Privatrecht 28.
— stärkeres 57.
— strenges 10.
— zum Besitz 170.
Rechte, absolute und relative 36.
— akzessorische 50.
— Änderung der 63.
— als unkörperliche Sachen 83.
— an Rechten 35.
— angeborene 32.
— angefallene 40.
— auf Leben, Gesundheit, körperliche Integrität, Ehre, Freiheit, Gleichheit usf. 32.
— bejahende 41, 177, 178.
— bücherliche 190 I.
— des Besitzes 170.
— dingliche 34.
— erworbene 19.
— gebundene und ungebundene 49, 190 III.
— gegenwärtige und künftige 40, 269 [21], 409 [8].
— gehoffte 40.
— höchst persönliche 49.
— persönliche 34; Wirkung gegen Dritte 37.
— ruhende 53.
— selbständige und unselbständige 50.
— subjektive 28 f.; subjektlose 44.
— teilbare und unteilbare 51.
— unbewegliche 88.
— ungewisse 40.
— unverjährbare 141.
Rechte, variierende 36 [4].
— verneinende 42, 177, 178.
— zweifelhafte 40.
Rechtfertigung der Vormerkung 20 [13a], 227 II, 277.
Rechtmäßigkeit des Besitzers 208 I.
Rechtsanalogie 16.
Rechtsbesitz 169; Beweis 183; Erwerb 177; Gegenstand 171; Verlust 178 II.
Rechtsbesitzer, Fruchterwerb 205.
Rechtserwerb s. Erwerbung.
Rechtsfähigkeit 20, 22 [16], 65.
Rechtsfiktion 10.
Rechtsfindung, freie 16.
Rechtsfreund, Einlösung der Streitsache 104 [16], 315 II; s. auch Advokat.
Rechtsgefühl 11.
Rechtsgemeinschaft, Aufhebung 417; s. auch Miteigentum.
Rechtsgeschäfte 100.
— Anfechtbarkeit, Gültigkeit, Nichtigkeit 128 f.
— einseitige, zweiseitige 101.
— entgeltliche und unentgeltliche 101.
— fiduziarische 206 II.
— förmliche und formlose 120.
— gemischte 101.
— Möglichkeit und Erlaubtheit 121.
— prozessuale 100 [5].
— unter Lebenden und auf den Todesfall 101.
Rechtsgeschichte: Einleitung.
Rechtsgestaltungsklage 148, 149.
Rechtsgestaltungsurteil 160.
Rechtsgrund der Klage 160 [25]; der Verpflichtung 315 I.
— Leistung ohne 415.
Rechtsgrundsätze, natürliche 16.
Rechtshandlungen 100.
Rechtshängigkeit s. Streitanhängigkeit.
Rechtsirrtum 7, 106, 138 [64], 413 [4, 5], 452 [16].
Rechtskraft 9 [2], 160, 413, 535 VIII.
— Einrede der Arglist 157 III.
— im Falle der Aufrechnung 349 III.
— der bücherlichen Eintragung 231.
— Verjährung nach 154 IV.
Rechtslage 38.
Rechtsmängel 323.
Rechtsmißbrauch s. Mißbrauch.
Rechtsnachfolge 59.
— kumulative, restitutive 59 [5].
— Rechtskraft bei 160 IV.
Rechtsnehmer 59 [8].

Rechtsobjekte 83 f.
Rechtsphilosophie Bd. I, S. 5.
Rechtsquellen 2, 3.
Rechtssätze, nachgiebige und zwingende, selbständige und unselbständige 10.
— absolut zwingende 19, 21, 22 [22], 24 [10], 25 [7].
— gebietend, verbietend, erlaubend 28.
— Geltungsbereich 17—27.
Rechtsschutz 145 f.
Rechtsschutzanspruch 138 (S. 349), 148 [3].
Rechtsstreit s. Prozeß.
Rechtstitel 60 f.
Rechtsvergleichung: Bd. I S. 5.
Rechtsverhältnis 38, 480 [3].
Rechtsverjährung 141.
Rechtsvermutung s. Vermutung.
Rechtsverordnung 7.
Rechtsweg 147.
Rechtswidrigkeit 138.
Redaktionsfehler 12.
Redemptoristen 74 [3], 493 [17].
Redlichkeit 206 II, 208 III; deren Vermutung 241.
Reeder 359 III.
Regalien 141 III.
Regenwasser 86, 192 VI, 251.
Regiekostenbeiträge 300 [3].
Register, amtliches 12.
Registeramt 535 [40].
Registerpfand 273 [3].
Reglement 313 VII.
Regredienterbin 196 III.
Regreß s. Rückgriffsrecht.
Regulierungsbauten 238.
Reichsgesetz 7, 17.
Reichsgesetzblatt 3 [19]; Nachdruck, Berichtigung 12.
Reifegrad eines Kindes 450 II, 451 II C, 460 [31].
Rekurs in Grundbuchssachen 231; in Grenzsachen 418 a. E.
— Anmerkung 191 [14].
Religion 71.
— des Kindes 455 II.
— des Vormundes 466 [5], [18].
— Einfluß auf die Trennbarkeit der Ehe 433 II.
Religionsbegriffe 433 [28].
Religionsfonds 80 [23]; Beitrag zum 279 [27].
Religionsverschiedenheit, Ehehindernis 25 [10], 426 Z. 5, 430 [12].
Religionswechsel s. Glaubenswechsel.
Religionswechsel, Anfechtung des 409 [7].
— als Bedingung 111.
Reliquien 84.
Relocatio tacita 372 IV.
Relutum für Ausgedinge 387.
Remission 371 II.
Remontentransporte 400 II, 408.
Remuneration 373 [53].
Renten 264 I, 300, 392, 393, 513 IV 2.
— Verjährung 154.
— s. auch Leibrente.
Rentenbrief 282 [34].
Rentengüter 91, 201 I, 286 IV.
Rentenkauf 264 I.
Rentensteuer 279 [31]; Ersätze 300 [5].
Rentenvermächtnis 518, 519 III, 520 [38], 522 [12], 524 [12].
Rentenversicherung 385.
Rentenvertrag unter Ehegatten 435 IV.
Replik 157 IV; der Aufrechnung 348.
Repräsentationsrecht s. Eintrittsrecht.
Res omnium communes s. Gemeingut.
Reservatwaldungen 141 [16].
Reserve s. Prämienreserve.
— des Noterben 527.
Resolutivbedingung s. Bedingung, auflösende.
Retardat 295 II B, 342 [5].
Retentionsrecht s. Zurückbehaltungsrecht.
Retorsion 21, 73, 483 [12].
Retourkarten s. Rückfahrkarten.
Retraktrecht 365 [17].
Retrozession 389 a. E.
Rettungsaufwand 138 [36].
Rettungslohn 410 [34].
Rettungspflicht 388 (S. 413).
Reugeld 317.
Revenüenhypothek s. Ertragshypothek.
Revers im Gebührenrecht 104 [14].
— de observando reciproco 73 [10].
Revierstollen 190 II.
Revisionsrekurs 231 [10].
Reziprozität 21, 73.
Richter, Haftung 408.
Richtigkeit 348 [26]; Haftung für 332.
Richtigstellungsverfahren 189 II, 231 [11].
Riskonto 325 [29], 390.
Rückbürge 308.
Rückfahrkarten 325 XI.
Rückforderungsklage 246 II; s. auch Kondiktion.
Rückgriffsrecht: bei Abtretung 332; Bürgschaft 311; Gesamtschuld 306; Pfandeigentümer 293 V; Versicherer 389 (S. 415); Simultanhypothek 288.

Rückkauf s. Wiederkaufsrecht.
— der Polizze 389 (S. 421, 424), 531 III.
Rückstände 323 I.
Rücktritt vom gegenseitigen Vertrage 320 II; vom Verlöbnisse 424 II.
Rückverkaufsrecht 365.
Rückversicherung 389 a. E.
Rückverweisung 21.
Rückwärtsversicherung 388 12.
Rückwirkung der Gesetze 19; der Rechtsgeschäfte 99.
— der Ehegültigmachung 430 II.
— der erfüllten oder vereitelten Bedingung 110.
— des Erbschaftserwerbes 481 III; der Ausschlagung der Erbschaft 503 V, 510 III; der Ausschlagung des Vermächtnisses 518 II.
Rückzahlungsprovision 271 21.
Ruhegehalte 268, 388 21.
Ruhen des Prozesses 155 II; von Rechten 259 18, 459 II.
Rumänien 17, 22 17, 73 8, 82 32.

Sachbeschädigung 391.
Sache, Begriff 83, 132 I 2.
Sachen, ansprüchige 202.
— bewegliche und unbewegliche 88.
— freistehende 84.
— gottesdienstliche, heilige 84.
— herrenlose 84, 202.
— in und außer Verkehr 84.
— körperliche und unkörperliche 83 I.
— künftige 83 III.
— öffentliche 84, 86.
— schätzbare 92.
— teilbare und unteilbare 93.
— verborgene 217 II.
— verbrauchbare und unverbrauchbare 89, 254.
— vergessene, verlegte, verlorene 217 II.
— vertretbare und unvertretbare 90, 139 3.
— wertlose 83 II.
Sachenrecht 4.
Sachgesamtheit 98.
Sachmängel 322.
Sachverständige 138.
Sachwalter 477 32.
Sachwehr 138 II, 146.
Sachwucher 315 III.
Sackleihe 316 4a.
Säen 237.
Safe 356.
Säkularisation 493 13, 14.
Salz 203 22.
Sammeldepositum 357.
Sammelpfand 269 III.
Sammelvermögen 80 VII, 82 III.
Sammelvormund 465 15, 468 14.
Sandgraben 250.
Sävitien s. Mißhandlungen.
Schachtgebühr 248 30.
Schade, ideeller 138 I.
Schadenersatz 138, 139, 301, 327, 338 II.
Schadenfreude 391.
Schadenversicherung 388 (S. 401), 389.
Schadloshaltung 139.
Schalttag 142.
Schankwirt 359 6.
Schatz 204, 217 29, 504 18.
Schätzbarkeit 92.
Schätzungseid 356 15.
Schätzwert 92.
Schaufelschlagrecht 421.
Schauspieler 374; Name 69.
Scheck 20 14b, 335 II; Fälschung 106 VI; Zahlungshalber 346 16.
Scheidebrief 433 II B.
Scheidemünze 298.
Scheidewand 419.
Scheidung von Tisch und Bett s. Ehescheidung.
Scheindienstbarkeiten 183 8, 257.
Scheinehe 428 Z. 4.
Scheingeschäft 104.
Scheinvertreter 407.
Scheinvollmacht 123 III, 127 4.
Schenkung 132 f.
— auf den Todesfall 508 IV, 525 f.
— belohnende 132 II.
— einer Erbschaft 533 I.
— einer Forderung 133 11.
— eines ganzen Vermögens 132 a. E.
— Einreihung im System 132 1.
— Form 133.
— gemischte 132 II, 316 23, 324 8.
— Gütergemeinschaft 446 5.
— Heiratsgut als 438 I 2.
— inoffiziose (pflichtwidrige) 531.
— mit fideikommissarischer Substitution 132 30, 319 13a, 504 2.
— Morgengabe als 441.
— Pflichtteilserhöhung wegen 531.
— unter Ehegatten 435 31, 441, 531 III 5; vermutete 435 V.
— unter Verlobten und an Verlobte s. Brautgeschenke.
— wechselseitige 132 II.
— Widerlage als 444 8.
— Widerruflichkeit 133, 305 a. E.

Schenkung, Wirkung 133.
— zum Nachteile der Gläubiger 409.
Schenkungspflichtteil 531.
Scherz 104.
Schichtenlohn 269 7.
Schiedsgericht 163, 348; s. auch Jagd-schiedsgericht, Vereinsschiedsgericht.
Schiedsgutachter s. Schiedsmann.
Schiedsmann 163, 389 (S. 416), 417 18.
Schiedsvertrag 163; Form 314 II.
Schiff s. Seeschiff.
Schiffahrt 86 52.
Schiffahrtstestament 499.
Schiffer 359 II.
Schiffmühlen 15 3, 88.
Schiffsgläubiger 275 II.
Schiffsmannschaft 374.
Schiffspfandrecht 273 8.
Schikane 56, 138 48, 192 23.
Schlachtviehversicherung 389 (S. 417).
Schlafwagen 359 I 1.
Schlüsselgeld 317 III.
Schlüsselgewalt 123 III, 434 41.
Schlüsselübergabe 173 18.
Schlußrechnung des Vormundes 472, 475.
Schmerzengeld 138, 139 14, 300 26, 392; Vererblichkeit 159, 350.
Schmiergeld 373 34, 382 II.
Schmuck der Ehefrau 435 V 2.
Schonungsfläche 250 11 e.
Schornstein 251.
Schrankfachvertrag 356.
Schreibensunkundige s. Analphabet.
Schreiber s. Testamentsschreiber.
Schreibmaschine 497 6, 8.
Schrift, hebräische, s. hebräisch.
Schriftform 120, 314.
Schuld, Schuldner 45, 279 19, 294, 295.
Schuldänderung 354; Gesamtschuld 306.
Schuldbeitritt 334 IV.
Schuldbekenntnis des Ehegatten 435 IV.
Schulden, gebundene 36 3.
Schulderlaß 353; bei Gesamtschuld 306; als Schenkung 133.
Schuldnerverzug 339.
Schuldort 24 17, 302.
Schuldschein 361.
— Darlehen in öffentlichen und Privat- 361.
— Hinterlegung 469 17; Rückstellung und Abschreibung 335 24, 344; Tötung 344.
Schuldschein, Vermächtnis 520 Z. 3 b, Z. 7.
Schuldübernahme 132, 334.
— durch den Ersteher 334.
— kumulative s. Schuldbeitritt.
Schuldverhältnis, Begriff 294.
— dualistisch, pluralistisch, gespalten, einseitig, zweiseitig 303.
— Gegenstand 294 5.
— geteilt 303.
— solidarisch 305.
Schuldverletzung 301, 338 I.
Schuldvermächtnis 520.
Schuldvertrag 313; s. auch Vertrag.
— abstrakt und materiell 315.
— einfach, zusammengesetzt, gemischt, gekreuzt 316.
— einseitig und gegenseitig, entgeltlich und unentgeltlich 316.
— gewagt 316.
— zu Gunsten, zu Lasten Dritter 319.
Schuldverwandlung 354.
Schule 80 27, 494 24.
Schulgemeinde 80 27.
Schürfen 203.
Schutzgenosse 17.
Schutzgesetz 138 30.
Schutzhütte 80 38.
Schutzpfeiler 216 53.
Schutzwald 192 V.
Schwachsinn 77, 476.
Schwägerschaft 422 II; Ehehindernis 426 Z. 7, 430 I.
Schwamm 322 18, 34.
Schwangerschaft, Dauer 450 II, 460 28; Irrtum 428 Z. 3 c; Unterhalt 442; Wartezeit 427.
Schweigen s. Stillschweigen.
Schwein 250.
Schwiegereltern 430 8.
See 238.
Seebrief 333 3.
Seefischerei 203.
Seehafen 86.
Seehypothek 273 8.
Seele als Erbin 495.
Seeleute 374.
Seelsorger 429 II a, 432 16, 465 3.
Seenot 105 11, 315 II, 410 (S. 509).
Seerecht 389 31.
Seeschiffe: Beweglichkeit 88; Eigentumserwerb 206 3; Pfandrecht 273 I; Zusammenstoß 327, 394 IV.
Seeversicherung 389 (S. 417).
Seeversicherungspolizzen 315 3, 333.
Seewurf 411 57.
Seile und Ketten 94 35.

Sekundogenitur 196.
Selbsthilfe 146.
Selbstkontrahieren 125, 477.
Selbstmord 68 [6a], 389 (S. 425).
Selbstschutz 146; des Besitzers 181.
Selbstversicherung 389 (S. 415).
Selbstverteidigung 146, 170 I.
Seniorat 196.
Sennhütten 93 [11].
Sensal 376 I.
Separation s. Absonderung.
Separationskurator 516 IV.
Sequestration 166, 167, 185, 241, 347 [4], 358, 534 IV; s. auch Zwangsverwaltung.
— des Fideikommisses 199.
Serben 73 [8].
Servitus in faciendo consistere nequit 248.
Servituten s. Dienstbarkeiten.
Seuchentestament 499.
Siam 17.
Sicherstellung 166.
— bedingte Geschäfte 110.
— des Fruchtgenusses 253 a. E.
— des Heiratsgutes 439 I.
— der Schenkung auf den Todesfall 525 [10, 29, 30, 35].
— der Vermächtnisse 524.
— wegen drohenden Einsturzes 420.
Sicherungsabtretung 329.
Sicherungshypothek 277.
Sicherungsübereignung 206 II, 273 [3].
Siegel 12 [11], 120.
Simulation 104.
Simultanhypothek 288, 292 [6].
Simultanreallast 262.
Sinnenverwirrung 77, 138 II, 401 II.
Sinnlose 496 [17], 504 IX.
Sippe 422.
Sippenvertrag 435 [9].
Sitten, gute 121, 138 (S. 348 f.), 508 [32].
Sittlichkeit 21, 121, 529 I, 531 III 3.
Skalavertrag 363 [21].
Sklaverei 65.
Snochačestvo 423 [9].
Soldatendarlehen 295.
Solidarität s. Gesamtschuldverhältnis.
Sollklausel 359 [43].
Sollrecht 39.
Sondernachfolge 59.
Sonderschuldverhältnis 303.
Sondervermögen 47.
Sonntag 142 III, 302.
Sonntagsruhe 415 (S. 534).
Sorgfalt, Sorglosigkeit 138.
Sortiment 368 [5].
Sozialpolitik: Einl., 6, 16 [7].
Sozialversicherung 389 (S. 427).
Soziologie Bd. I S. 6.
Sparkasse, Auskunftspflicht 524 [15].
— Befriedigung aus gewissen Pfändern 283 [21].
— Mündelgelder 470 [20].
— unregelmäßiger Verwahrungsvertrag 357 III.
Sparkassebuch 325 IX.
— Fund 217 [28b].
— Sperre 470 [21].
Sparkasseneinlage, Verjährung 154.
— Zinsen 300 [13].
Spediteur 275 [41].
Spezialitätsprinzip 277.
Spezialvollmacht 125.
Spezifikation 218.
Spezifikationskauf 297 [7], 339 [52].
Sperrecht 275.
Spiel, Spielvertrag 295, 390.
— Darlehen zu unerlaubten 390 (S. 430).
Sprega 2 [23b].
Sprengmast 250.
Sprengstoffe 87.
Spruchrepertorium 9.
Staat, Besitzstörung 180; Haftung für Verletzung der Amtspflicht 408.
— s. auch Staatsschatz, Exekution.
Staatsbeamte 374; Haftung 408.
Staatsbürgerschaft 22, 73, 81 [18].
Staatsdienst 374.
Staatsdienstbarkeit 247 [1].
Staatsdomänen 86; Pfandbriefe 282 [29].
Staatsgebiet 17.
Staatsnotrecht 216 [34].
Staatsschatz 80.
— Forderung an: Abtretung 329 II; Aufrechnung 438; Holschuld 302 [10]; Mahnung 339 [3]; Verpfändung 287 [7]; Zahlung 342 [25].
— Verrechnung mit 516 VI.
— Verträge mit 313 [34].
— Zwangsvollstreckung gegen den 408 [44].
Staatsschuldverschreibung, Verjährung 155.
Staatsvermögen 86, 190 II.
Stadterweiterungsfonds 80 [24].
Stamm 486 I.
Stammbaum 422 [10].
Stammtafel 422 II.
Stand 79.

Standesamt 27 [4].
Standesregister s. Matriken.
Standeswahl s. Berufswahl.
Statusklagen 152, 160 IV.
Statuten 7 [2], 81, 378 [18]; Personal-, Real-, gemischte 21.
— s. auch Provinzialstatuten.
Statutentheorie 21.
Steinbruch 250, 252 [15a], 258 [35], 363 [6].
Stellenvermittlung 377 IV.
Stellvertreter s. Vertreter.
Stenographie 497 [12a].
Sterbequartal 432 [6], 514 [8].
Steuerforderung, Abtretung 329 [13].
Steuern, Abtretung 329 [13]; Pacht 171 [41]; Rückvergütung 300; Überwälzung 315 II, 415; Verjährung 152; Verzugszinsen 339 [25].
Steuerwert 92 [13], 288 [11], 489 [25].
Stiefeltern 430 [7].
Stiefvater als Namensgeber 461 I.
Stier 264 I.
Stiftsfähigkeit 79 [9], 196 [24].
Stiftung 80 VI, 82, 482 [14], 509 [26], 515 II; kirchliche 81 [6].
— Kurator 477 [15].
Stillen 455 [4].
Stillschweigen als Zustimmung 118; bei der Eheschließung 429 [28].
— s. auch Erfüllungs-, Aneignungshandlung.
Stillstand der Rechtspflege 155.
Stimme, eigene 32.
Stockwerkseigentum 91, 171 [16].
Stolgebühren 413 [17].
Stoppage in transitu 206 [13].
Stornierung 353 II.
Strafanzeige in Grundbuchssachen 225.
Sträfling 477 [65], 490 [29]; Ehe 426 3. 13.
Strafvermächtnis 502 II.
Strandrecht 202.
Straßenbahn 86; Fahrkarten 325 [70].
Streitanhängigkeit bei Aufrechnung 349 III.
— Wirkung 159.
Streitanmerkung 191, 223, 225, 227 III, 292 III, 535 [29].
Streitgegenstand, Veräußerung 160 IV, 201 [6].
Streitverkündigung 155, 160 [54], 323.
Streitverwahrung 358.
Streubezugsrecht 250.
Stückelung 298.
Stückgütervertrag 359 III.
Stücklohn 373 IV.
Stumme 77, 497 II, 498 [4].
Stundungsvertrag 302.
Sublegat s. Untervermächtnis.
Subrogation 47 [6], 311, 342.
Subsidiarität der Bürgschaft 307.
Substitut 123 IV; s. auch Ersatzmann.
Substitution bei Vermächtnissen 504 [2], 518 III.
— fideikommissarische s. Nacherbschaft.
— — bei der Schenkung s. Schenkung.
— gegenseitige 503 VII.
— gemeine s. Ersatzerben.
— pupillare 492 III, 504 [54].
— stillschweigende 503 III, 504 II.
Substitutionsinventar 504 V.
Substitutionskurator 504 V.
Successio anticipata 387 [2].
— ex pacto et providentia majorum 196 IV.
Sühne 408 a.
Sukzession, hypothekarische 288 [14].
Sukzessivlieferungsvertrag 364.
Summendepositum 288 [14].
Summenpfandrecht 269 III.
Summenverschiedenheit 313.
Summenversicherung 388.
Superädifikat 93, 265 [8].
Superfizies s. Oberfläche, Bodenrecht, Baurecht.
Surrogat der vermachten Sache 519 IV.
Surrogation s. Subrogation.
Surrogattradition s. Ersatzübergabe.
Suspensivbedingung s. Bedingung, aufschiebende.
Syndikat 378 [13].
Syndikatsklage 408, 469 III.
Syphilis s. Geschlechtskrankheit.
System des Privatrechtes 4.

Tabakgeld 387.
Tabularbesitz 169 III, 191 IV, 221, 222, 245.
Tabularersitzung 191, 225.
Tabularurkunde s. Grundbuchsurkunde.
Tag 142.
Tagebuchzahl 191 [16].
Taggeld 373 [52].
Tagmaß 190 II, 203.
Tantième s. Gewinnanteil.
Tarifvertrag s. Kollektivvertag.
Tatirrtum 106.
Tatsachen, juristische 99.
— bedingt ipso jure wirkende 64; negative 164 [10]; offenkundige 164 [3]; rechtserzeugende 59, 164; rechts-

hindernde 157, 164; rechtsvernichtende 64, 157, 164.
Taube 77, 120, 314, 497 II; Taubstumme 477, 478 [24].
Taufbuch 451; Berichtigung 452; Beweis durch 460 IV.
Taufschein 452; Befreiung von Beibringung des 427 [34].
Taufzeugnis 452.
Taufzwang 555 [9].
Tauschvertrag 362; bei Fideikommißgütern 197 II; unter Ehegatten 435 IV; Unterschied vom Kaufe 363 II.
Tauschwert 92.
Taxentschädigung 88.
Teich 86.
Teil 93, 171.
Teilbarkeit 51, 91, 93, 296 II.
Teileigentum 51.
Teileinantwortung s. Einantwortung.
Teilnehmer, unbekannte 477.
Teilpacht 369 III.
Teilschuldverschreibungen 282, 325 II; Kuratel 477, 479 [23].
Teilung 91, 206 II, 417; einer juristischen Person 82; des Gesellschaftsvermögens 380 II; s. auch Erbteilung.
Teilungsanordnung 512 [14], 518 [29].
Teilungsanspruch (Pfändung) 417 [3], 532 [2].
Teilungsklage 417 IV; Anmerkung 417 [26]; Unverjährbarkeit 152.
Teilungsurteil, Anmerkung 417 [28].
Teilungsverbot 417.
Teilurteil 160; Aufrechnung 348.
Teilzahlung 342.
Telegraph, Haftung 408 [24]; Vertragschließung 106 VI, 120, 313 [16].
Telephon, Abonnement 375 [10]; Haftung 408 [25].
Termin s. Frist, Befristung.
Termingeschäft 315 II, 415.
Terminhandel 21 [10], 315 [46].
Terminverlust 318 II.
Territorialsystem 21.
Tertiogenitur 196.
Testament 492; begünstigtes 499, 505 [6], 505, 508 [16]; eigenhändiges 497 I; fremdhändiges 497 II; gemeinschaftliches 501, 508 [18]; korrespektives 501 III; mündliches 498; mystisches 493 [33], 496 III; negatives 484, 534 [31]; öffentliches (gerichtliches, notarielles) 493 II, 500, 505 II; privates 496; wechselseitiges, wechselbezügliches 501 III.
Testament, Aufhebung, Widerruf 505.
— Aufrechthaltung des ungültigen schriftlichen 498 II, 509 [50].
— Fälschung 483 [28].
— Form 496.
— Kundmachung 498, 534 II.
— Umstoßung 535 IX.
— Vergleich über 161.
— verlorenes 505 II, 534 [16 36]; nachträglich gefundenes 509 [6].
Testamentsausweis 506 [8].
Testamentsentwurf 494 [3], 495 [8], 497 [13].
Testamentsschreiber 497 II.
Testamentsvollstrecker 319 [15], 506.
Testamentszeuge 422, 422 [14], 497 II; Beeidigung 498.
Testierabsicht 494 I, 498 II, 526 I.
Testierfähigkeit 493, 527 [4].
Testierfreiheit 527.
Testierverbot 502 II 3.
Texas 73 [8].
Theateragent 377 [23].
Theaterbesuchsvertrag 375.
Theaterkarten 325 [68], 375 [11].
Theaterordnung 313 VII.
Theaterrecht 375; s. auch Schauspieler.
Theaterunternehmer, Haftung 406 [15].
Theatervorstellung, Verschiebung einer 375 [11].
Tiere, Beschädigung durch 400.
— Scheuen 394 [83].
— Tötung 146.
— wilde, zahme, zahmgemachte, reißende 203, 239.
— s. auch Vieh, Wild.
Tierfang 203.
Tierhalter 400.
Tierjungen 97, 205.
Tierkrankheiten 87.
Tierpfändung s. Viehpfändung.
Tilgung der Beleidigung 139.
Titel und Erwerbungsart 60, 61.
— als Voraussetzung der Übergabe 206.
— des Besitzes 208; dessen Vermutung 170, 191 IV; Anmaßung durch den Inhaber 174.
— des Eigentumserwerbes 206 I, 208 I.
— der Einverleibung 221 [1a], 222, 223, 224, 227 [6].
— des Pfandrechtes 272.
— zum Erbrechte 484.
Tod 68; dessen Beweis 68; dessen Reihenfolge (Priorität) 68.

Tod des Auftraggebers oder Beauftragten 384.
— des Bestellers oder Unternehmers 375 a. E.
— des Bürgen 310 16.
— des Dienstgebers oder Dienstnehmers 373.
— des Ehegatten 433 I.
— des Fruchtnießers 259.
— des Gesellschafters 380.
— des Gläubigers oder Schuldners 350.
— des Vertreters oder Vertretenen 127.
Todeserklärung 68; behufs Wiederverehelichung 433 I; Ehelichkeit der Kinder 450 14, 15.
Todesstrafe 529 9.
Todfallsaufnahme 534 II.
Toleranz 298.
Tombola 390 41a.
Tontine 385.
Toreinfahrt 251.
Totalisateur 390 7.
Tote, der, erbt den Lebendigen 2 60d, 481 I.
Totenmahl 392 55, 411 39, 514 3.
Totenschein 68, 239, 433 I, 525 42.
Totgeburt 67, 462.
Tötung 392 IV; des Leibrentners 386.
— s. auch Amortisation.
Traditio brevi manu s. Besitzauflassung.
— longa manu 173 8.
Tradition s. Übergabe.
Traktate 313 2a.
Tramrecht 251.
Translationstheorie 354 2.
Transmission 482, 483 II, 491 II, 503 VI.
— Theodosianische 495 45.
Transportanstalt 359 52, 54.
Transportgefahr 206 I.
Transportversicherung 389 (S. 417).
Trauer 427 22.
Traufrecht 251.
Trauschein 429 44, 430 20.
Trauung 429.
Trauungsbücher 429 V, 431 9, 10, 432 81.
Trauzeugen 429 II c; vertraute 430 25.
Treffer s. Lose.
Trennung der Ehe 432 III, 433.
— Einfluß auf die Ehepakten 447 I 2.
— — auf das gesetzliche Erbrecht 488.
— Zuteilung der Kinder 455 III.
Trennungsgesuch, Anmerkung 230 II.
Trennungsursache, Teilnahme daran 426 Z. 10.
Trennungsvorvertrag 424 8.
Treu und Glauben 119.
Treue, eheliche 434 25a; s. auch Ehebruch.
Treuepflicht des Beauftragten 382 7; des Dienstnehmers 373 III.
Treuhänder 206 II.
Trödelkommission 368.
Trödelvertrag 368.
Trottoir 264 16, 279 5.
Truckspstem 346.
Trunkenheit 77, 401 8, 493 I; s. auch Sinnenverwirrung.
Trunkenheitsgesetz, Entwurf 295 22.
Trunksucht 295 22.
— Entmündigung wegen 476, 493 II.
Tunlichkeit, nach 302.
Turf 390 7.
Türkei 17.
Türkische Untertanen 73 8, 483 12.

Überbaurecht 251.
Überbot 367.
Überfallsrecht 96.
Überfuhr 86 52.
Übergabe (Besitzerwerb) 173; (Eigentumserwerb) 206.
— auf den Todesfall 526 II.
— des Pfandes 273.
— durch Anweisung des Inhabers 175 IV; Erklärung 174 f.; Versendung 175 III, 206 I; Zeichen 173.
— einer Gesamtsache 98 III.
— symbolische 173, 273 I; einer Forderung 133 11, 329.
— unverbücherter Grundstücke 220 I.
— verbücherter Grundstücke 224.
— wirkliche (des Geschenkes) 133.
Übergehung von Noterben im letzten Willen 494 III, 508 39, 529.
Überhangsrecht 96, 186 5, 205.
Überlebensassoziation 386 8.
Überlegungsfrist 313.
Übernahmsantrag 283 II, 367 7.
Übernehmer (Zessionar) 329.
Übernutzung 252.
Überschar 190 II, 203.
Überschwemmung 238, 371 22.
Übersendung 206.
Übersetzung der Grundbuchsurkunde 227 IV.
Überträger 329.

Überverdienst 490 29.
Überversicherung 389 (S. 415).
Überweisung 269 34, 278, 281, 282 14, 289, 292 29, 306, 330, 347 8.
Überwinterungsgrundsatz 250.
Überzeugung, freie 138 15.
Uferrecht 238.
Uferschutz 86.
Ultimogenitur 196.
Umänderung der Forderungen 337.
Umfang der Rechtsnormen, örtlicher 21; zeitlicher 19.
Umgehung des Gesetzes 104.
Umkehrschluß 13.
Umlagen 279, 329 14.
Umstoßung des Testamentes 535 IX.
Unanfechtbarkeit 388 65.
Undank 133 II, 525 27.
Unechtheit s. Echtheit.
Unehelichkeit, Vermutung 450.
Unerfahrenheit 315 III.
Unerlaubtheit 121, 415 IV.
Unerschwinglichkeit 342.
Unerzeugte 67, 477, 482, 504 VI, 518 I.
Unfall 389 (S. 425).
Unfallverschollenheit 68.
Unfallversicherung 389 (S. 425).
— der Arbeiter 389 (S. 426), 393, 408 29.
Ungarn 3 16; Eherecht 25 1, 26 7, 426 Z. 2.
Ungeborene s. Leibesfrucht.
Ungültigkeit 128.
Universität 80 26, 482 3.
Unkenntnis des Gesetzes 7.
Unmöglichkeit 121.
— der Leistung 352, 415 IV.
Unmündige 75, 493 I; Eheunfähigkeit 425 Z. 2.
Unrecht, schuldloses 138 II.
Unschuldig Verurteilte 395.
Unsicherheit, Einrede der 320 III.
Untauglichkeit zur Vormundschaft 466, 468 4, 475 10; zur Kuratel usf. 478 II.
Unteilbarkeit der Leistung 304.
— der Prämie 388 (S. 411).
— der Rente 518 I.
Unterbrechung der Arbeit 373 V; der Ersitzung 212; der Verjährung 155.
Unterfläche 88 4.
Untergang der Sache 352.
Untergesellschaft 378 III.
Unterhalt 300 IV.
— anständiger und notwendiger 436, 455.
Unterhalt, Anspruch, Geltendmachung 463.
— — gegen den Nachlaß 514.
— Aufrechnung 348.
— des Ehegatten 432 III, 436.
— der ehelichen Eltern 457.
— der ehelichen Kinder 455 IV.
— einstweiliger 431 5, 432 III, 436 II, 463 33, 35.
— des Enterbten 455 45, 530 II.
— der geschiedenen Frau 432 87, 436 II.
— Klage vor Fälligkeit 149 18.
— notdürftiger 436, 455 IV 3, 461 III.
— Sicherstellung 272 4.
— standesmäßiger 436, 455 IV 3.
— des überlebenden Ehegatten 442.
— der unehelichen Kinder 461.
— der unehelichen Mutter 462.
— Urteil 160 III.
— Vergleich 161.
— Verjährung 141 17, 154 22.
— Verkürzung durch Schenkung 133 II.
— Vermächtnis des 300 42, 520 Z. 5.
Unterhaltsbeiträge 300.
— künftige, Anfechtung für 409 21.
Unterhaltsvertrag 385.
Unterhandlungen 313, 338 14.
Unterlassung 100, 138 37, 294, 296 I.
— anfechtbare 409 (S. 499).
Untermiete s. Aftermiete.
Unternehmer 375, 393 9; Haftung 406.
Unternehmen 48.
— Beweglichkeit 88.
— Gesamtsache 98.
— gesellschaftliches 380.
— Pacht 369 I, II.
— Pfändung 269 41.
— Veräußerung 334 IV, 363 I.
— Vererbung 480 7, 509 61, 511 11, 515 12.
— Zubehör 94.
— s. auch Gewerbe.
Unterschiebung eines letzten Willens 483 I 4.
Unterschreiben einer ungelesenen Urkunde 106 V.
Unterschrift 120, 496 I, 497 39.
Unterstandgeben s. Beherbergung.
Untersuchung, ärztliche 388 (S. 407).
Untersuchungshaft 395 a. E.
Untertan 22.
Untervermächtnis 517 III, 518 9, 523 6.
Unterversicherung 389 (S. 414).
Untertanen und Schutzgenossen in der Levante 17.

Unvermögen, geschlechtliches 426 Z. 1, 431.
Urbarialrechte 88.
Urentwurf 3.
Urheberrecht 376, 490 [6], 517 [5]; Eingriff 138, 411 [32]; in der Gütergemeinschaft 436 [16]; örtliche und zeitliche Grenzen 23, 20 [8c]; Pfandrecht 269 [39]; Teilbarkeit 51; Übertragung 119 [12].
Urkunden 120; s. auch Grundbuchsurkunden.
— gemeinschaftliche 417 [6].
Urkundenbuch, Urkundensammlung 190 I.
Urkundspersonen 120.
Urlaub 373 [58], [64a].
Ursache 138.
Urschrift s. Original.
Urschuldner 334.
Urteil 160; ausländisches 160 [22]; doppelseitiges 160 I.
— als Titel 222 [2].
— Scheingeschäft 104 [18].
— Veröffentlichung 139 [16].
— Wirkung für und gegen Mitschuldner und Mitgläubiger 306; für und gegen Dritte 160 IV.
Usance 7.
Utile per inutile non vitiatur 496 [4].

Vacatio legis 18.
Vadien 201.
Vaginismus 426 [7].
Valorenversicherung 389 [30].
Valutaverhältnis 335 III.
Vaterschaft, eheliche 449 f.; uneheliche 460; deren Geheimhaltung 460 [52].
Veitstanz 459 [11].
Verarbeitung 218.
Veranlassung 138.
Verarmung des Geschenkgebers 133 II.
Veräußerung 135.
— der Erbschaft 533.
Veräußerungsverbot 167, 201, 286 II, 502 II 2.
Verbindlichkeit 45, 294; natürliche, unvollkommene 295.
Verbindung 218, 235.
Verbotsrecht 43, 177, 178.
Verbrauchbarkeit 89.
Verbrechen, Verurteilung wegen 70, 459 [8], 462 [17], 496 [11].
— — Ehehindernis 426 Z. 13; Scheidung 432 III b; Trennung 433 [30].
— Schadenersatz 301 [4].
Verbrecher, Aufenthaltsgewährung 405.
— Erbunwürdigkeit 483.
— Testierunfähigkeit 493.
Verdienstentgang 392.
Verein 80.
Vereinsschiedsgericht 81 [14].
Vereinigung: Bürgschaft 310; Dienstbarkeiten 259; Forderungen 351, 514 II; Gesamtschuld 306; Pfandrecht 291 f.
Verfachbuch 2 [57], 189.
Verfahren, streitiges und nicht streitiges 147, 463.
Verfolgungsrecht des Absenders 206 I.
Verfügungen, einstweilige 167, 286, 463 VIII, 531 [20].
— — im Besitzverfahren 185.
— — im Eheverfahren 431 [78], 432 [7], 433 [64].
— — für den Erbengläubiger 532 IV.
— unentgeltliche 409.
Verführung 397.
Vergeltungsrecht s. Retorsion.
Vergleich 161, 306 [25].
— Einfluß des Irrtums 161.
— — auf die Verjährung 154 IV, 301 [12].
— Scheingeschäft 104 [18].
— über Ehepakten 435 [20].
— über die Vaterpflichten 461 III, 463 [23].
Vergleichsversuch im Ehetrennungsverfahren 432 III.
Vergütung, angemessene 106 [37].
Vergütungsbetrag s. Konventionalstrafe.
Vergütungszinsen 300.
Verhaftung, gesetzwidrige 395 IV, 408.
Verhalten, rechtswirksames 100 [9].
Verheiratung des Ausgedinges 387 [62].
Verjährung 141, 152 f.; Anmerkung 227 [55]; Aufrechnung 348 [17]; Beweis 164 [10]; Erfordernisse 153 f.; Hemmung, Hindernisse, Unterbrechung 155, 432 [93]; unvordenkliche 141 V, 250 [6]; Vertrag über Verjährung 141 II; Wirkung 156, 295; Wirkung der Verjährung des Hauptrechtes auf das Nebenrecht 50, 153; Zeit (ordentliche und außerordentliche) 154; Berechnung der Zeit 142 [14].
— bei verglichenen, zuerkannten Forderungen 154 IV; Bestandvertrag 370 I, 371 IV; Bürgschaft 310; Dienstbarkeiten 259; Entschädigungsklagen 301; insbesondere

gegen die Eisenbahn 356 [24]; gegen den Vormund 470 [2]; Erbschaftsklage 535 IX; Gesamtschuld 306; Gewährleistungsklage 322, 323; Hypothek 292; Inhaberpapieren 325 [28]; Irrtumsanfechtung 106 IV, 388 (S. 410); Löschungsklage 223; Nebenrechten 50, 153; periodischen Leistungen 154; Pflichtteil 528 III; Rechtsbesitz 178; Sparkasseneinlagen 154; Vaterschaftsklage 451 [8]; Verletzung über die Hälfte 324; Versicherungsanspruch 389 (S. 416).
Verjährung, örtliche und zeitliche Grenzen der Vorschriften 24, 20.
Verkauf aus freier Hand 367.
Verkaufsauftrag 368.
Verkaufspreis 92.
Verkehrsbeschränkungen 87.
Verkehrsfähigkeit 84 f.
Verkehrssitte 8, 119.
Verlagsrecht, Verlagsvertrag 376.
Verlassen, boshaftes 432 III c, 433 [31] f.
Verlassenschaft s. Nachlaß.
Verlassenschaftsabhandlung 2 [70], 509 I, 534.
— über Familienfideikommisse 198 [1].
Verlassenschaftskurator 509 VIII, 519 I.
Verletzung über die Hälfte 324.
Verleumdung 396.
Verlöbnis 424 II.
Verluste der Gesellschaft 378 II.
Vermächtnis 480 III, 517.
— für Arme 521.
— eines Behältnisses 520.
— Belohnung des Gesindes 522.
— bestimmter Sachen 520.
— bücherliche Eintragung 227 [23], 228 II.
— im Erbvertrage 508 I 3 und II b.
— Erwerb 518.
— Fälligkeit 522.
— von Flüssigkeiten 520 Z. 7.
— von Forderungen s. Forderungsvermächtnis.
— frommes 521 a. E., 522, 524 [5].
— des Fruchtgenusses 518 [11], 524 [4].
— von Gattungssachen 520.
— Gegenstand 517.
— von Geld 520 Z. 1.
— gemeinnütziges 522 [8], 524 [5].
— von Gesamtsachen 98.
— gesetzliches 517 I 1.
— des Hausrates 520.
— des Heiratsgutes 513 II, 520.
— von Juwelen, Lebensunterhalt, Möbeln 520.
Vermächtnis, Lasten 523.
— des Pflichtteils 522 [13], 528 II, 528 [19].
— von Putz, Quantitäten, Schmuck 520.
— Sicherstellung 515, 524.
— des Unterhaltes 519 [13], 520.
— einzelner Verlassenschaftsstücke 519 [4], 522.
— für Verwandte 521.
— Verzugszinsen 339 [4], 519 II, 520 [18].
— Widerruf 505 IV.
Vermächtnisnehmer 517.
— Absonderungsrecht 516 [7a].
— außerordentliches Erbrecht 507.
— Beitrag zum Pflichtteil 528 III.
— Eigentumserwerb 517 [6], 523.
— dessen Gläubiger 523 I.
— Verhältnis zum Erbschaftskläger 535 VIII.
Vermächtnisvertrag 445 [14], 508 [13].
Vermengung, Vermischung 218; unbestimmte 219.
Vermengungsdepositum 357.
Vermittlungsagent 388 [63].
Vermögen 47, 98, 269 [23].
— Beschlagnahme 408 a.
— bewegliches und unbewegliches 88.
— freies des Entmündigten 478 [12].
— — der Frau 440.
— — des Kindes 458 II.
— — des Mündels 471 II.
— Fruchtnießung am 255 III.
— Schenkung des 132 a. E.
Vermögensbekenntnis, eidesstättiges 534 V.
Vermögensübertragungsgebühr 269 [23], 279, 287 IV; s. auch Erbgebühren, Gebühren.
Vermutung 165.
— der außerehelichen Vaterschaft 460; Ehelichkeit 450; lebendigen Geburt 67; Todespriorität 68; Unehelichkeit 450; Zahlung 345.
— des Besitztitels, des Rechtes 170, 191 IV; des Todes 68; des Widerrufes 505 IV.
— Muzianische 435 V.
Vernehmungstheorie 313.
Verordnung 7.
Verpflegung, gewöhnliche der Witwe 442.
Verpflichtungsgrund 315.
Verpflichtungsschein, kaufmännischer 333 [2].
Verpfründungsvertrag 385 [5].

Verrufserklärung 396 II.
Versatzamt 283 22, 43, 46.
Versatzschein s. Pfandschein.
Versäumungsurteil gegen Pflegebefohlene 471 21.
Verschaffungsvermächtnis 520, 522 10.
Verschollenheit 68, 477 64.
Verschulden 138.
— eigenes 106, 127, 138 II, 394 (S. 454, 458).
— Einfluß auf das Gesamtschuldverhältnis 306.
— Schuldverletzung 338.
Verschweigung 141 IV, 217, 225, 238, 388 (S. 409).
Verschwender 78, 453 I, 476, 478, 489 21, 493, 505, 508 II, 529, 530.
— Entmündigung des 476.
Versehen 138.
Versendung 175 III.
Versendungsanstalten 359 V.
Versicherer 388 (S. 404).
Versicherter 389 (S. 414).
Versicherung, Versicherungsvertrag 388 f.
— für fremde Rechnung 389 (S. 414, 418).
— mehrfache 389 (S. 415).
— s. auch Feuer-, Lebensversicherung usw.
Versicherungsagenten 106 46, 122 2, 377 3, 388.
Versicherungsanstalten 388 (S. 406).
Versicherungsantrag 388 (S. 406).
Versicherungsbedingnisse 313 VII, 388 (S. 404).
Versicherungsgesellschaft, gegenseitige s. Gegenseitigkeitsgesellschaft.
Versicherungspolizze 342 6, 388 (S. 406).
Versicherungsprämie s. Prämie.
Versicherungssumme 389 (S. 414); Verjährung 301, 389 (S. 416).
Versicherungswert 389 (S. 413).
Versiegelung 534 17.
Versio in rem s. Verwendung.
Versöhnungsversuch 432 II, III, 433 58, 59, 71, 72.
Versorgung ehelicher Kinder 456; unehelicher Kinder 461.
Versorgungsanstalt 388 (S. 405), 490 II.
Versprechen 313.
Verstandesschwäche 315 III.
Versteigerung 313 III; gerichtliche 324 12, 367.
— Anmerkung der Einleitung des Versteigerungsverfahrens 232 23, 28.
Versteigerung des Pfandes 283.
— Erwerb in einer 206.
— freiwillige 417 IV.
Versteigerungsbedingnisse bei Zivilteilung 417 41.
Verteidiger des Ehebandes 431 III 3 und 9, 433 50; der ehelichen Geburt 451 II.
Verteilungsvermächtnis 521.
Vertrag 131; s. auch Schuldvertrag.
— Abschließung 313.
— abstrakter 121 8b, 315.
— Arten 316.
— entgeltlicher 316, 320—324.
— Form 314.
— gegenseitiger 316, 329 II; im Konkurse 340 II.
— Inhalt 315.
— obligatorischer s. Schuldvertrag.
— über Beweislast 164 a. E.
— über Verjährung 141 II.
— Unerlaubtheit 121, 315 II.
— ungeregelter 355.
— vermischter 316 III.
— zu Gunsten Dritter 319, 526 10.
— zu Lasten Dritter 319.
— zweigliedriger 303.
Vertragsgehilfe 122.
Vertragsinteresse, negatives 121, 407.
Vertragskoppelung 316.
Vertragsstrafe 272 21, 301, 318, 424 11, 458 40.
Vertragstheorie 325 III, 326.
Vertragsverletzung, positive 338 I.
Vertragswiederholung 354 II.
Vertrauen auf das Grundbuch s. Erwerb.
Vertrauenspersonen beim Notariatsakt 500.
Vertrauenstheorie 104.
Vertretbarkeit 90.
Vertreter 122.
— Ausübung der Rechte durch 54.
— Besitzstörung durch 180 II 2.
— einstweiliger 509 69.
— falscher 126 III, 407.
— Gesinnung des 126 I.
— mittlerweiliger des Advokaten 125 7.
— stiller 123, 126.
— Wirkung seiner Handlungen 126.
Vertretung 122 f.
— bei der Eheschließung 429 IV; Besitzstörung 180 II 2; Erbserklärung 509 IV.
— bei letztwilligen Anordnungen 492 III.

Vertretung beim Besitzerwerb 175, 208; Besitzverlust 179.
— der Ehefrau 434 III 4, 440 VII.
— des Mündels 471.
— des Nachlasses 509 VIII.
— des Seelsorgers 429 II.
— Erlöschung 127.
— freiwillige und notwendige 122 bis 125.
— juristischer Personen 81.
— mittelbare 123 II, 126 II.
— Umfang 125.
— Willensmängel 126.
Vertretungsbefugnis, Überschreitung der 126 III, 407.
Verunstaltung 392 III.
Veruntreuung 206 II; vertretbarer Sachen 90 [10].
Verurteilung, ungerechtfertigte 395 IV.
Verwahrer, Besitzesschutz 170 II.
Verwahrung, gerichtliche 167, 347 [4].
— s. auch Protestation.
Verwahrungspflicht 359.
Verwahrungsvertrag, regelmäßiger 356; unregelmäßiger 357.
— Aufrechnung 348 [32].
— zu Gunsten Dritter 319 [8].
Verwaltung 123 III; einstweilige 180 [4], 286 [7].
— des Frauenvermögens 440 II.
— des gemeinschaftlichen Gutes 193.
— des Nachlasses 509 VIII.
Verwaltungsgemeinschaft 435 [2].
Verwaltungsvermögen 86.
Verwaltungsvertrag 356 II, 373 [5].
Verwandte 422, 495 [36], 521 [6]; des Mündels 464 IV, 465 [2], 467, 475.
Verwandtenerbfolge 485.
Verwandtschaft 422 II; Beweis 171 [60], 534 III.
— Ehehindernis 426 Z. 6.
Verwendung, nützliche 411.
Verwendungen s. Aufwand.
Verwendungszinsen 300, 383 [7].
Verwirkungsklausel 283, 365 VII, 318 [20], 320 [8], 388 (S. 412).
Verzeihung 432 [57], 483 [15], 529 III.
Verzicht 132, 136, 353.
— auf das Bergwerkseigentum 64 [5]; auf die Dienstbarkeit 259; auf das Familienfideikommiß 198 [1a]; auf die Hypothek 292; auf den Klageanspruch 136 [8]; auf das Kündigungsrecht s. Bestandgeber; auf das Patent 64 [5]; auf den Pflichtteil 484 [13a], 530 [12]; auf den Rechtsweg 136, 295 [14]; auf die väterliche Gewalt 454, 459.
Verzichtsrevers 251.
Verzug 339.
— bei Bürgschaft 309; Gesamtschuld 306; Vermächtnis 519 II; Versicherung 388 [70]; Werkvertrag 375 II 2.
Verzugszinsen 20, 300, 339; Verjährung 154.
Vieh, eisernes 371 IV, 387.
Vieheinstellung 356 [5], 371 [49].
Viehmängel 322 IV.
Viehpfändung 146, 186 [6], 276.
Viehtränke, Viehtrieb 250.
Viehversicherung 389 (S. 417).
Villenservitut 251.
Vinkulationskauf 313 [31], 342.
Vinkulierung von Inhaberpapieren 325 VII; von Polizzen 290 [12]; von Sparkassebüchern 325 [52], 470 [22].
Vis major s. Gewalt, höhere.
Vivi nulla repraesentatio 484 II, 485 IV.
Vizinatrechte 80 [60].
Vogelfang 202 II.
Volenti non fit iniuria 138.
Volksschule 80 [27].
Volljährigkeit s. Großjährigkeit.
Vollmacht 122 f.
— allgemeine und besondere 125.
— beschränkte 125.
— Erlöschung 127.
— geheime und offene 123 II.
— in Grundbuchssachen 227, 228, 231 [4].
— stillschweigende 123 III.
— Umfang 125.
— vermutete 123 [21].
— zur Eheschließung 429 IV.
Vollstreckbarkeit, Anmerkung, s. Notariatsakt.
Vollversicherung 389 (S. 414).
Vollzugsort 302.
Voranschlag 375 III.
Voraus des Ehegatten 488 II, 517 I 1.
Vorausempfang (ges. Erbteil) 513; (Pflichtteil) 530, 531 VII.
Vorausklage 293 IV, 309.
Voraussetzung 116, 525 [8].
Vorausvermächtnis 508 [28], 517 III; gesetzliches 488 IV, 528 [37], 530 [4].
Vorbehalt des Pfandrechtes 291.
— eines besseren Käufers 365 V.
— geheimer 104, 428 [34].
Vorbehaltserbe 515.
Vorbehaltsgut 435.

Vorbehaltszahlung 341, 413 (S. 524), 413 40.
Vorempfang s. Vorausempfang.
Vorflut 192 34.
Vorerbe 504 IV.
Vorhausung s. Vorwirtschaft.
Vorkaufsrecht 132 16, 365; gesetzliches 489 VIII; staatliches 87.
Vorliebe, besondere 92, 138 I, 139 20, 324.
Vormann 59; bücherlicher 225, 277; s. auch Auktor.
Vormerkung 20, 190 IV, 227 II, 277, 282; des Bestandrechtes 370 (S. 302); der Dienstbarkeit 258; der Löschung 292 33; des Pfandrechtes 277; für ein Vermächtnis 524 14; des Vorkaufsrechtes 365 29.
Vormerkungserneuerung 227.
Vormerkungsrechtfertigung 223 6, 227 II, 277; Fristberechnung 142 18.
Vormiete 370 2.
Vormund 464.
— Ansprüche 474.
— Belohnung 474.
— einstweiliger 465 I, 475 5.
— Entlassung 475.
— Haftung 470.
— Untauglichkeit 466, 468.
— weiblicher 76 2, 466 I.
Vormundschaft 464 f.
— amtliche 465.
— Anordnung 465.
— Ausschließung der Ordenspersonen 74, 466.
— — der strafrechtlich Verurteilten 70, 466.
— Berufungsgründe 467.
— Bestellung 468.
— Ende 475.
— Übernahmspflicht 468.
— Verlängerung 475 I, 493 30.
— Vermögensverwaltung 470.
— Vertretung 471.
Vormundschaftsdekret 468.
Vormundschaftsgericht 464; Pflichten 469.
Vormundschaftsrat 464 III.
Vorname 69.
Vorpachtrecht 370 2.
Vorrangseinräumung 132 14, 223 12, 259 62, 287 II, 288 29.
Vorrückungsrecht 287 III.
Vorsatz, böser 138.
Vorschlag 435.
Vorschubleistung 405.
Vorschuß 361 VII, 383 II; auf den Lohn 373 48; auf den Erbteil 484 18, 530 IV.
Vorspann 408.
Vorstellungsrecht s. Eintrittsrecht.
Vorteilsausgleichung 138, 378 III, 410 (S. 511).
Vorvertrag 313 IV, 317 2, 377 25.
Vorweisung s. Exhibition.
Vorwirkung 40, 99.
Vorwirtschaft 387 61, 479, 489 X.
Vorzugsrecht 267 II, 287 IV.

Währung 298.
Waffen, verbotene 87.
Waffenübungen 408.
Wahlbestechung 415 IV A.
Wahleltern 453, 457 III, 527 16.
Wahlkinder 453; Erbrecht 487, 494 17, 521 5, 527 13, 15; Unterhalt 455; Versorgung 456 a. E.
Wahlschuld 297; Rückforderung bei Doppelleistung 413 27.
Wahlvermächtnis 520 2.
Wahnsinn s. Geisteskrankheit.
Waisenanstalt, Vormundschaft 465 II.
Waisenbuch 469 20.
Waisenkassen, gemeinschaftliche 217 34, 470.
Waisenpfleger 464 III.
Waisenrat 464 III.
Wald 192 V; Früchte 97 3; Fruchtgenuß 252.
Waldbeschädigung 138 14, 139 30.
Walddienstbarkeiten s. Forstdienstbarkeiten.
Waldgenossenschaft 80 V.
Waldprodukte, Bringen der 421.
Waldreservat 141 16.
Waldwege 258.
Wandelungsklage 322 ff.
Wandschrank 419.
Wappen 79.
Warrant 273 9.
Wartezeit (Eheverbot) 427 Z. 4, 459.
Wartrecht 195.
Wasser 85 ff.
— Stauung, Verunreinigung 192 VI.
— Zuleitungsvertrag 363 11.
Wasserbauten 216 15, 238 22; Beitragspflicht dazu 411 IV 1.
Wasserbett 238.
Wasserdienstbarkeiten 250.
Wassergenossenschaft 82 14, 264 16, 279 14.
Wasserleitung 86, 250, 258 14, 16.

Wassernutzungen, kleine 86.
Wasserparzellen 86 41.
Wasserrechte 86, 171, 192 a. E., 250.
Wasserschöpfrecht 250.
Wasserstraßen 216 15.
Wasserwerk 138 60, 188 8.
Wasserzins 248, 279 8.
Wechsel 44 5, 305, 335 II, 343 7, 346 14, 348 52, 407 12, 435 36.
Wechselfähigkeit 22 19, 23.
Wechselverjährung 142 27, 155.
Weg, öffentlicher 86, 171, 408 41.
Wegerecht 250; Verlegung 249.
Wehrpflicht 427 Z. 2, 453 31.
Weichsel 86 45.
Weiderecht 250, 258.
Weihen, höhere 426 Z. 3, 430 13.
Weinkauf 317.
Weiterverweisung 21.
Weltgeistliche 453; Beerbung 490, 495 34, 530.
Werkkauf, Werklieferungsvertrag 375 I.
Werkvertrag 375.
Wert 92; der Last, des Rechtes 259; beim Schadenersatz 391.
Wertpapiere 325; Pfandrecht 269 32, 283 11; s. auch Inhaber-, Orderpapiere.
Wettbewerb, unlauterer 48, 399; unbefugter 399 4.
Wette 390, 413 19; halbe 326, 390 5; noble 390 3; ungleiche 390 4.
Wettrennen 390 7.
Widerlage 437 7, 444, 530 19; Anfechtung 409.
Widerruf der Anweisung 336 II; des Antrages, der Annahme 313; des Auftrages 384; der Enterbung 529 III; von letztwilligen Anordnungen 501 III, 505, 508 36; von Schenkungen 133; der Vollmacht 127.
— s. auch Ehrenerklärung.
Widerspruch (Streitanmerkung) 223 11 a
— gegen die Ehelichkeit 450, 451; gegen die Exekution 37 6, 246 II. 274; gegen den Zuschlag 287 III; gegen die Verwaltung des Ehemannes 440 IV.
Widmung 264 V.
Wiederaufnahme 155 II, 160 48.
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand 231 11, 515 36.
Wiederherstellung als Schadenersatz 139 I, 391.
Wiederholung des Vermächtnisses 520 8, 16.
Wiederkaufsrecht 365.
Wiederverehelichung des Kindes 457 27; der Vormünderin 475 II 2.
— vorzeitige, s. Wartezeit.
Wiedervereinigung der Geschiedenen 432 V.
Wiederversteigerung 339 41, 367.
Wien (Fluß) 86 41, 45.
Wild 94, 203.
Wilddieb 203.
Wildschaden 139 32, 400 a. E.
Wille, letzter 492.
Willensbedingung 492 III, 502 3, 508 30.
Willenserklärung 100, 104; Verurteilung zur 160 16, 313 66, 67, 535 V 1.
— — ausdrückliche, stillschweigende 118.
Willensgeschäfte 100.
Willensmängel 104.
Willenstheorie 104.
Willkür (Erfüllungszeit) 302.
Willkürbedingung 492 III, 502 3, 508 30.
Windbruch 97.
Winkel 419 3.
Wirte 13, 359.
Wirtschaftsgerätschaften 94, 275.
Wirtschaftsrecht 479 3.
Wittum 443 1.
Witwe, Gewerbefortführung 480 II; Unterhalt 442.
Witwengehalt 387 5, 443, 513 29; Anfechtung 409 37.
Wochenbett s. Entbindungskosten.
Wohnort, abgesonderter 431 III 5, 432 III.
Wohnsitz 22, 72, 426 96.
— gemeinsamer 431 63.
— idealer 16 8.
— uneigentlicher 429 II a.
Wohnungsfürsorgefonds 80 24 a, 201, 470 28.
Wohnungsrecht 255 4, 256; des Ausgedingers 387 III 1.
Wucher 315 III.
Wunsch 114 a. E., 494 I.
Wurzeln 96.

Zahlenlotterie s. Lotterie.
Zahlstelle 339 I, 342.
Zahlung 341 f.
— Anfechtung einer 409 II.
— Anrechnung bei Mehrheit der Schuldposten 343.
— Beweis 345.
— als Eigentumstitel 61, 206 I.
— einer Nichtschuld 413.

Zahlung, erzwungene 413 7.
— fremder Schulden 132, 342.
— im Konkurse 78.
— unter Vorbehalt s. Vorbehaltszahlung.
— Vermutung der 345.
Zahlungsmandat 319.
Zahlungsort 302.
Zahlungssperre 325 VIII.
Zahlungsstatt, Leistung an; s. Leistung.
Zahlungstag des Vermächtnisses 518, 519 II, 522.
Zahlungsübernahme 334.
Zahlungsunfähigkeit 320, 352; Irrtum darüber 106 39.
Zahlungszeit 302.
Zauberei 204 12.
Zaumgeld 317.
Zechschulden 268 9, 295.
Zehent 263 3.
Zehrpfennigskapital 525 39.
Zeichen der Übergabe 173.
Zeit, bewegliche 142.
— der Leistung 302.
— Einfluß auf Rechtsverhältnisse 140.
— kritische, s. Empfängniszeit.
— mitteleuropäische 142 3.
Zeitberechnung 142.
Zeitbestimmung s. Befristung.
Zeiteinrechnung 154, 210.
Zeitgenossen 504 8.
Zeitpunkt, Zeitraum 140.
Zeitverlust 373 V.
Zeitwert 92.
Zementwässer 86 IV.
Zentraltestamentskataster 534 61.
Zeugen bei Eheschließung s. Trauzeugen.
— bei Rechtsgeschäften 120.
— bei Testamenten s. Testamentszeuge.
— des Grenzsteins 417 34.
— vertraute 430 25.
Zeugnis 373; Aufnahme ohne 405.
Ziege 250.
Zins s. Bestandzins.
Zinsen 20 16, 22 11, 159, 300, 334 III, 343.
— Haftung des Bürgen 309; des Pfandes 271.
— Kapitalisierung 354 7.
— Verjährung 152, 153, 154.
— von öffentlichen Schuldverschreibungen, Verjährung 154.
— von Sparkasseneinlagen 154, 300 13.
Zinsen von Vermächtnissen 339 4, 519 II, 520 18.
— vorbehaltene bei der Abtretung 331 4.
— Weiterlauf ultra alterum tantum 300.
Zinsenbezugsrecht 254 II.
Zinsenbüchel 470 22.
Zinsenvertrag 361 IV.
Zinserlaß 371 II, 372 64.
Zinseszinsen 300.
Zinsfuß 300.
Zinsheller 275 12, 279 7.
Zinstaxen 300.
Zitate 9.
Zivilaufgebot 426 Z. 12.
Zivilehe 423 III, 429, 432 16.
Zivilfrüchte 97, 205, 270, 300.
Zivilpolitik 10 3.
Zivilprozeß 147.
Zivilteilung 417.
Zölibat 426 Z. 3.
Zollamt, Haftung 408 22.
Zollgebühren 275 II.
Zubehör 88 10, 94, 95, 242 2, 270.
— von Unternehmungen 94, 270 II.
Zubuße 295, 342 5.
Züchtigungsrecht 457 9.
Zueignung s. Aneignung.
Zufall 138, 352.
— gemischter 138.
— Beschädigung des Testamentes durch 505 II.
— — des Werkes 375 II 3.
Zuleitungsvertrag 167 3, 171 43, 313 a. E., 340 9, 363 I.
Zurechnungsfähigkeit 138 II.
Zurückbehaltungsrecht 168, 217, 243 III, 375 36.
Zusammenlegung s. Kommassation.
Zusammenspülung 238 27.
Zusammenstoß von Schiffen 394 IV.
Zuschlag (Eigentumserwerb des Erstehers, Anmerkung) 220 II, 232, 313 III, 367.
Zuschläge 279.
Zuschreibung 230 II.
Zustandsrechte 49.
Zustellung in Grundbuchssachen 231 I.
Zuwachs 94; Erwerb durch 235.
Zuzählungsprovision 300 3.
Zwang 105, 494.
Zwangsausgleich 140 18, 160 IV, 161 a. E., 295, 306, 306 14, 315 II, 353, 415 IV B.
Zwangserziehung s. Fürsorgeerziehung.

Zwangshypothek 277; Löschung 292 [29].
Zwangskurs 298.
Zwangslage 315 III.
Zwangsrecht 43.
Zwangsstundung 302.
Zwangstitelberichtigung 228.
Zwangsverkauf 343; einer Forderung 329 a. E.; einer fremden Sache 431 I d; eines Orderpapieres 333 a. E.
Zwangsverpachtung 369 IV.
Zwangsversteigerung 220 II, 267 II, 270, 292, 313 [57], 334 III, 367, 370 III, 387 VIII, 481 [20], 504 [29].
Zwangsverwaltung 197, 248 [23], 252 [22], 259, 267 II, 270, 286 [13], 370 [22], 458 [10].
Zweck s. Endzweck.
Zweckerreichung 352.
Zweckvermögen 80.
Zweikampf 138 (S. 351), 389 [79], 392 [20].
Zwillinge 196 [19b], 422 [13], 495 [43].
Zwischenantrag auf Feststellung 148 [17], 155 [50].
Zwischenurteil 160.
Zwischenzeitrecht 19 f.
Zwischenzinsen 302.
Zwitter 76 [6]; Ehe 424 I.

Berichtigungen.

Zum ersten Bande:

Seite		Zeile	lies	statt
79	Text	3 v. o.	33	23
96	"	1 v. u.	gebietenden	erlaubenden
108	"	4 v. u.	330	380
152	Spalte 1	17 v. u.	VII	IV
225	" 2	15 v. u.	II	III
226	" 2	3 v. u.	298	341
229	Text	14 v. o.	Beschädiger	Beschädigten
232	"	18 v. o.	streiche die Überschrift	—
237	Spalte 1	1 v. u.	streiche „im"	—
262	Text	6 v. u.	aller	alter
275	"	4 v. u.	bedingten	bedigten
301	Spalte 2	16 v. u.	352	351
310	" 1	11 v. u.	Ebenda	Ebendaher
426	" 2	11 v. u.	3993	3994
439	" 1	20 v. u.	4115	4815
532	Text	16 v. u.	35	34
714	"	17 v. o.	Wird	Wir
734	Spalte 2	13 v. u.	17	12

Zur ersten Hälfte des zweiten Bandes:

IV.	Text	3 v. o.	streiche „A. die Verletzung"	—
30	"	4 v. o.	gerichtet	gerichte
48	"	3 v. o.	Verzugszinsen	Vertragszinsen
137	"	11 v. o.	d. h. C	d. h. A
137	"	12 v. o.	an A	an C
189	"	12 v. u.	streiche die Überschrift: „A. die Verletzung"	—

Zur zweiten Hälfte des zweiten Bandes:

289	Text	10 v. u.	§ 284 (alte Fassung)	§ 284

Im ersten Bande der vorliegenden fünften Auflage beziehen sich alle Zitate auf die ursprüngliche Fassung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches. Die erste Hälfte des zweiten Bandes berücksichtigt die beiden ersten, die zweite Hälfte alle drei Teilnovellen.









books2ebooks.eu

www.books2ebooks.eu

eBooks from your library by

eBooks on Demand

digitised by

UNIVERSITÄTS BIBLIOTHEK