

Verhandlungen

des

Dreizehnten deutschen Juristentages.

Herausgegeben

von

dem Schriftführer-Amt der ständigen Deputation.

Erster Band.

Berlin, 1876.

Commissions-Verlag von J. Guttentag.

(D. Colln.)

Inhaltsverzeichnis.

| | Seite |
|---|-------------------|
| I. Gutachten des Herrn Kammer-Präsidenten Peterfen zu Straßburg im Elsaß über die Gesetzgebungsfrage: Ist es wünschenswerth, in einem gemeinsamen bürgerlichen Gesetzbuch für Deutschland neben dem einheitlichen System des ehelichen Güterrechts noch subsidiäre Systeme für die Privatautonomie aufzustellen? | 3 |
| II. Gutachten über die Frage: Soll in dem gemeinsamen bürgerlichen Gesetzbuch für Deutschland bestimmt werden, daß der Erbschaftserwerb ipso jure stattfindet? a. vom Herrn Consistorial-Präsidenten Dr. Mommsen zu Kiel b. " " Fiscal Dr. Jung zu Frankfurt a./M. c. " " Professor Dr. Randa zu Prag | 13 22 198 |
| III. Gutachten über die Frage: Soll der Spruch der Geschworenen wegen falscher Rechtsbelehrung des Präsidenten angefochten werden können und wie? a. vom Herrn Hofrath Professor Dr. Wahlberg zu Wien b. " " Bezirksgerichtsdirector Stöckel zu Freiberg in Sachsen | 29 161 |
| IV. Gutachten über die Gesetzgebungsfrage: Soll im Falle der Begünstigung von Gläubigern zwischen der Zahlungseinstellung und der Concursöffnung eine Strafbarkeit des Creditors, beziehungsweise des begünstigten Gläubigers eintreten? a. vom Herrn Ober-Staatsanwalt Dalcke in Marienwerder b. " " Obergerichtsrath Thomsen zu Hannover | 36 59 |
| V. Gutachten des Herrn Dr. Felix Hecht zu Mannheim über die Frage: Durch welche Einrichtungen läßt sich das gerichtliche Hinterlegungsverfahren am Zweckmäßigsten ersetzen? | 86 |
| VI. Gutachten über die Frage: Ist der beendigte Versuch im Strafgesetzbuche beizubehalten, und ist event. dabei die freiwillige Verhinderung der Vollendung als Strafaufhebungsgrund anzuerkennen? a. vom Herrn Geh. Justizrath Prof. Dr. Verner zu Berlin b. " " Oberappellationsgerichtsrath Lamm zu Dresden c. " " Ministerialsecretär Dr. Leuthold zu Dresden | 109 145 178 |
| VII. Gutachten des Herrn Appellationsgerichts-Präsidenten Kühne zu Greifswald über die Gesetzgebungsfrage: Wie ist die Zulässigkeit der Klageänderung in der deutschen Civilprozeßordnung sachgemäß zu bestimmen? | 216 |

G u t a c h t e n.



I.

Gutachten des Herrn Kammer-Präsidenten Petersen zu Straßburg i. Elsaß

über die Gesetzgebungsfrage:

„Ist es wünschenswerth, in einem gemeinsamen bürgerlichen Gesetzbuch für Deutschland neben dem einheitlichen System des ehelichen Güterrechts noch subsidiäre Systeme für die Privatautonomie aufzustellen?“

Obgleich es sich bei den bisherigen Verhandlungen des Juristentags über das eheliche Güterrecht hauptsächlich um die Fragen handelte, ob überhaupt eine einheitliche Gesetzgebung auf diesem Gebiete wünschenswerth sei und welches der bisher in Deutschland geltenden Systeme den Vorzug verdiene, so haben doch fast alle Personen, welche sich eingehender mit der Sache befaßt, bereits die Frage erörtert, ob eventuell neben dem System des gesetzlichen Güterrechts noch andere Systeme kodificirt werden sollten. Auch erklärt sich dies von selbst aus den Interessen, um welche es sich bei den Hauptkämpfen handelte.

Wenn darüber gestritten wurde, ob für ganz Deutschland ein einheitliches Güterrecht geschaffen, oder für mehrere geographisch abgegrenzte Bezirke das in diesen Gebieten bisher herrschende Recht kodificirt werden solle, so hatte dieser Kampf vornehmlich seinen Grund in der verschiedenen Stellung der Streitenden zu dem in den verschiedenen Theilen von Deutschland historisch entstandenen Recht. Auf der einen Seite ging man von der Anschauung aus, die Bevölkerung werde im Wesentlichen doch an dem hergebrachten Güterrecht festhalten und habe auch ein Recht auf dasselbe.

Andrerseits stellte man dagegen in Abrede, daß in den einzelnen Ländern oder bei den einzelnen Stämmen ein bestimmtes, eigenartiges Rechtsbewußtsein und ein Bedürfnis nach Aufrechterhaltung der partikulären Rechtsbildungen bestehe, behauptete vielmehr, die Verhältnisse in Deutschland seien im Großen und Ganzen gleichartig, und es liege deshalb kein Grund vor, hier auf die Einheit des Rechts zu verzichten. Bei dieser Sachlage ist es selbstverständlich, daß die Vertheidiger des sog. „Regionalsystems“, wenn sie mit diesem nicht durchbringen, dafür eintreten, daß die zurückgesetzten Güterordnungen wenigstens in zweiter Linie als subsidiäres Recht kodificirt werden sollen. Auf der anderen Seite sind die Anhänger der Rechtseinheit allerdings nicht in derselben Weise genöthigt, sich gegen die subsidiäre Kodification mehrerer Güterrechtssysteme zu erklären; aber bei entschiedenen Anhängern dieser Richtung hat sich doch vielfach die Furcht geltend gemacht, ein solches Verfahren werde die Rechtseinheit wieder zerstören oder doch die Bildung eines einheitlichen Rechtsbewußtseins erschweren, und diese Furcht hat wohl allein dazu geführt, das Begehren, es sollten im Gesetzbuch mehrere Güterrechtssysteme aufgestellt werden, zu bekämpfen. Thatsächlich war bisher der oben hervorgehobene Gegensatz fast durchweg maßgebend, und es könnte bei oberflächlicher Betrachtung scheinen, daß bei einer Untersuchung von diesem Punkte auszugehen sei und der Standpunkt, den man zur Frage des einheitlichen Güterrechts einnehme, auch für die Stellung zu der hier zu erörternden Frage entscheidend sein müsse. Eine genauere Prüfung ergibt aber, daß dies keineswegs der Fall ist.

Von vornherein leuchtet ein, daß wer eine einheitliche Gesetzgebung will, deshalb noch nicht zu wünschen braucht, daß der Gesetzgeber die Mannigfaltigkeit der bestehenden Zustände vernachlässige und möglichst einförmige Rechtszustände herbeizuführen strebe.

Deshalb sind auch neben den bisherigen Vertretern des „Regionalsystems“ die meisten Vertheidiger der einheitlichen Gesetzgebung für die Aufstellung mehrerer Systeme aufgetreten.*) Außerdem ist es noch gar nicht ausgemacht, daß die Aufstellung eines einzigen Systems mit Beibehaltung der Vertragsfreiheit, gleichförmigere Rechtszustände herbeizuführen und der Ausbildung eines einheitlicheren Rechtsbewußtseins Vorschub leisten

*) Von den Gutachten, welche dem Juristentag erstattet wurden, haben sich drei, nämlich die von Paul von Roth, Agricola und Schröder, welcher letztere aber seine Ansicht bekanntlich später modificirte, für das Regionalsystem ausgesprochen. Aber auch Euler und von Beaulieu-Marconnay sind dafür eingetreten, daß neben dem gesetzlichen Güterrechtssystem noch andere Systeme aufgestellt werden sollen; insbesondere hat Letzterer, der manchmal mit Unrecht als Gegner dieser Ansicht aufgeführt wird, am Schluß seines Gutachtens ausdrücklich bemerkt: „es solle durch Formulirung

würde. Vielmehr dürfte gerade wenn man es unterläßt, ein besonderes System der Gütergemeinschaft aufzustellen, dadurch das Fortbestehen vieler partikulärer Rechtsbildungen befördert werden, denen nur noch historische Bedeutung zuzusprechen ist.

Aber alle diese Erwägungen, bei denen es sich darum handelt, ob die künftige Rechtsentwicklung in bestimmte Bahnen geleitet werden kann und soll, und bei denen deshalb auch immer mehr oder weniger politische Motive mit hereinspielen, können doch offenbar erst in zweiter Reihe in Betracht kommen. In erster Linie müssen rein technische Gesichtspunkte entscheidend sein, und kann es sich nur darum handeln, ob die Gesetzgebung, wenn nur ein Güterrechtssystem aufgestellt wird, den Zuständen, wie sie nun einmal bestehen, entspricht, und die Anforderungen, die sie selbst für berechtigt erklärt, in genügender Weise berücksichtigt.

Da aber alle Welt darüber einig ist, daß im Allgemeinen eine weitgehende Vertragsfreiheit bestehen und den Ehegatten nicht bloß das Recht zustehen solle, das gesetzliche Güterrechtssystem zu modifiziren, sondern auch dasselbe vollständig in seinen Grundlagen aufzugeben und ein ganz entgegengesetztes System anzunehmen, so spitzt sich die Frage dahin zu, ob die Rechtsverhältnisse, die aus den in dieser Weise zu Stande gekommenen Eheverträgen entspringen, überhaupt einer besonderen Regelung durch die Gesetzgebung bedürfen, oder ob das gesetzliche Güterrecht auch in dieser Beziehung genügt. Vergewärtigt man sich sodann die Zustände, wie sie in Deutschland bestehen, und nach Einführung eines einheitlichen Zivilgesetzbuchs, in welchem das System der „Verwaltungsgemeinschaft“ ja unzweifelhaft als gesetzliche Güterordnung zu Grunde gelegt werden wird, gestalten werden, so wird sich praktisch die Frage so stellen, ob die bezüg-

eines oder mehrerer Systeme der Gütergemeinschaft dem Privatwillen Gelegenheit gegeben werden, abweichend vom gesetzlichen Recht vertragsweise Gütergemeinschaft festzusetzen.“ Verh. des Juristentags S. XI Bd. I S. 46 u. ff. II S. 276 u. 285 u. ff., ferner S. XII, Bd. I S. 29 u. 45 u. ff. In gleichem Sinne hatte sich auf dem XI. Juristentag Brunner geäußert (Bd. II S. 65 u. ff.). Als Gegner dieser Auffassung war vor den letzten Verhandlungen überhaupt nur Binding aufgetreten, der wohl Abänderung des gesetzlichen Güterrechts durch Vertrag gestatten, aber diesen Abänderungen keine besondere im Gesetz selbst festgesetzte Formen darbieten will. V. dessen Abh.: Die Grundgestaltung des ehelichen Güterrechts im Archiv für civilist. Praxis N. F. Bd. 57 S. 109 u. ff. insbes. S. 129. Bei den Verhandlungen auf dem XII. Juristentag haben sich nur zwei Redner, nämlich von Wilmowski und Beck gegen die Kodifikation mehrerer Systeme erklärt, während die anderen Redner diese entweder ausdrücklich verlangten (wie Schröder und Euler) oder doch dem Verlangen nicht entgegentraten (wie Albrecht). Verh. Bd. III S. 33 u. ff. insbes. S. 43, 49, 68, 73 und 75.

lich der „Verwaltungsgemeinschaft“ aufgestellten Grundsätze und Regeln ausreichen, um nach ihnen auch die vertragsmäßig bedungene Gütergemeinschaft zu beurtheilen, oder ob diese letztere einer besonderen Regelung bedarf. Wenn aber die Frage so gestellt wird, ergibt sich die Antwort von selbst.

Das System der Verwaltungsgemeinschaft ist von dem der wirklichen Gütergemeinschaft seiner Natur nach so verschieden, daß die Vorschriften, welche bezüglich des ersten Systems erlassen werden, unmöglich genügen können, um auch die Rechtsverhältnisse, die aus der Gütergemeinschaft entspringen, zu ordnen. Ja es wird das bezüglich der Verwaltungsgemeinschaft geltende Recht in vielen Beziehungen gar nicht auf derartige Verhältnisse passen; es werden vielmehr, soweit es sich um die Gütergemeinschaft handelt, vielfach abweichende Bestimmungen getroffen werden müssen.

Schon in Beziehung auf den Umfang der Gemeinschaft werden gesetzliche Vorschriften erforderlich sein. Denn wenn es auch den Ehegatten überlassen werden wird, ob sie dieselbe auf das ganze (gegenwärtige und zukünftige) Vermögen ausdehnen, oder auf einen Theil desselben; z. B. das gegenwärtige oder bewegliche Vermögen beschränken oder bestimmte Gegenstände von der Gemeinschaft ausschließen wollen, so wird doch über die Absicht derselben im Einzelnen leicht Streit entstehen und wird es zweckmäßig sein, allgemeine Verfügungen zu treffen, nach denen Streitigkeiten über den Umfang der Gemeinschaft im Zweifel zu entscheiden sind. In noch höherem Grade wird es nothwendig sein, zu bestimmen, welchen Einfluß die Beschränkung der Gütergemeinschaft auf einen Theil des beiderseitigen Vermögens auf die Rechtsverhältnisse der Ehegatten unter einander und zu Dritten hat. Die Schuldhast muß bei der Gütergemeinschaft wohl von vornherein ganz anders geregelt werden als bei der bloßen Verwaltungsgemeinschaft, und es würde schon dieser Punkt hinreichen, um eine besondere Regelung der Gütergemeinschaft nothwendig zu machen, da an dieser Frage auch Dritte, die mit den Ehegatten in Geschäftsverkehr treten, theilhaftig sind. Aber es wird diese Schuldhast wohl auch bei der partikulären Gütergemeinschaft anders als bei der allgemeinen Gütergemeinschaft geregelt werden müssen. Die Frage, wann die Gütergemeinschaft beendet wird, und ob dieselbe nach dem Tod eines Ehegatten zwischen dem Ueberlebenden und den Kindern fortgesetzt werden kann, bedarf nothwendig einer gesetzlichen Regelung. Ebenso werden in Beziehung auf die Theilung des gemeinschaftlichen Vermögens besondere Vorschriften erforderlich sein, die sich im System der Verwaltungsgemeinschaft nicht vorfinden, bezüglich deren man aber auch nicht einfach auf die Bestimmungen über die Theilung des Gesellschaftsvermögens wird verweisen können. Ja es werden wohl auch

die Verwaltungsbefugnisse des Ehemanns bei dem System der Gütergemeinschaft anders geregelt und der Ehefrau mit Rücksicht auf ihre ausgedehnte Schuldhast in höherem Grade ein Mitwirkungsrecht eingeräumt werden müssen.

Wie man auch über diese Fragen im Einzelnen denken mag; im Allgemeinen wird kein Zweifel darüber bestehen können, daß die auf die Verwaltungsgemeinschaft bezüglichen Vorschriften auf die aus der Gütergemeinschaft zwischen Ehegatten entstehenden Rechtsverhältnisse vielfach nicht passen, jedenfalls aber zu deren Regelung nicht genügen. Würde die Errichtung eines Ehevertrags bei jeder Eheschließung erforderlich sein, und es sich, wie bei anderen Vertragsformen, nur darum handeln, die Rechtsverhältnisse, die sich aus den Eheverträgen ergeben, gesetzlich zu regeln, so würde gewiß Niemand daran denken, diese Regelung nur bezüglich einer Hauptform vorzunehmen und wohl das System der Verwaltungsgemeinschaft, nicht aber das der Gütergemeinschaft zu regeln. Vielmehr würde man es sicher bei Regelung des ehelichen Güterrechts wie bei dem übrigen Vertragsrechte für nothwendig halten, die verschiedenen Hauptformen der Verträge gleichmäßig zu berücksichtigen. An dieser Sachlage wird aber dadurch nichts geändert, daß man in erster Linie ein gesetzliches Güterrecht aufstellt, daneben jedoch das System der Vertragsfreiheit beibehält, und den Ehegatten gestattet, ihre Verhältnisse abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen in beliebiger Weise durch Vertrag zu regeln. Vielmehr hat dieses Vertragsrecht, auch wenn es nur einen subsidiären Charakter hat, in derselben Weise Anspruch auf gesetzliche Regelung, wie jedes andere Vertragsrecht. Wollte man diese gesetzliche Regelung verweigern, so würde man das System der Vertragsfreiheit zwar theoretisch zugestehen, dasselbe aber thatsächlich in erheblicher Weise verkümmern. Dieses Verfahren, bei dem die Ehegatten genöthigt wären, die Rechtsverhältnisse, die sich aus dem von ihnen gewählten System im Einzelnen ergeben, im Ehevertrag selbst zu regeln, und in demselben ein förmliches Güterrechtssystem aufzustellen, wie es bezüglich der Verwaltungsgemeinschaft das Gesetzbuch selbst enthält, würde aber ohne Zweifel auch große Verwirrung und Rechtsunsicherheit zur Folge haben, unter welcher nicht bloß die Ehegatten selbst, sowie deren Familien leiden müßten, sondern durch welche auch der ganze Verkehr betroffen würde. Will man also die Gütergemeinschaft überhaupt zulassen — und die Ausschließung derselben hat bisher Niemand verlangt — so ist eine gesetzliche Regelung derselben unbedingt geboten und diese Regelung kann der Natur der Sache nach nur durch Aufstellung eines besonderen, subsidiären, Güterrechtssystems zur Benützung für die Privatautonomie erfolgen. Die Aufstellung eines einzigen Systems für die Güterge-

meinschaft mit den entsprechenden Unterabtheilungen wird aber auch genügen. Für alle Fälle, in denen das Vermögen der Ehegatten innerlich, d. h. dem Eigenthum nach getrennt bleibt, werden die Vorschriften, welche das gesetzliche Güterrecht enthält, im Allgemeinen hinreichen, und werden die Modifikationen desselben, die ja ebenfalls in großer Ausdehnung erfolgen können, innerhalb des Rahmens der Verwaltungsgemeinschaft geregelt werden können. Ja es wird sich empfehlen, dies in möglichst einfacher Weise gelegentlich der einzelnen Materien zu thun, und nicht aus jeder Modifikation wieder ein besonderes System oder eine besondere Unterabtheilung abzuleiten. Der Code Napoléon, der auf diesem Gebiet ganz an das historische Recht Frankreichs anknüpfte und alle bisher gebräuchlichen Klauseln konserviren wollte, ist zwar bekanntlich anders verfahren und hat, nachdem er in Art. 1400—1496 die gesetzliche Gütergemeinschaft geregelt, in einer besonderen Abtheilung (Art. 1497—1539) die Verträge, durch welche die gesetzliche Gütergemeinschaft abgeändert oder ausgeschlossen wird, im Einzelnen behandelt, und aus einer Menge von untergeordneten Abänderungen, die man mit einigen allgemeinen Vorschriften hätte erledigen können, in dieser Weise besondere Unterabtheilungen oder Systeme gemacht. Die Anordnung des Code ist aber hier eine anerkannt mangelhafte und es haben sich auch aus dieser Art der Behandlung viele Streitigkeiten ergeben. *) Ganz abgesehen von formellen und technischen Gründen wird es sich sogar, wenn man dem gesetzlichen Güterrecht auch thatsächlich in möglichst weiten Kreisen Geltung verschaffen will, empfehlen, den Ehegatten in dieser Beziehung einen möglichst weiten Spielraum zu lassen und z. B. auf abändernde Verfügungen bezüglich des ehelichen Erwerbs, der Haftung der Ehefrau für Schulden u. Rückficht zu nehmen. Auf diese Weise kann wohl ein großer Theil des Gebiets auf dem die Errungenschaftsgemeinschaft gilt, für das gesetzliche Güterrecht gewonnen werden. **) Nur die eigentliche Gütergemeinschaft, bei welcher die Ehegatten ihr Vermögen von vornherein ganz oder theilweise zusammennehmen, also einen Theil ihres Eigenthums aufgeben, läßt sich mit der bloßen „Ver-

*) Man vgl. in dieser Beziehung meine Abhandlung: Der Code Napoléon und das deutsche Bürgergesetzbuch Abth. II Eherecht in Hausers Zeitschrift für Rechts- und Landesrecht Bd. III § 38 u. 39.

**) In meiner oben angeführten Abhandl. (s. a. a. O. § 41 und Nachschrift) habe ich auszuführen gesucht, daß es auch bei Annahme der „Verwaltungsgemeinschaft“, wie solche vom Juristentag vorgeschlagen wurde, nothwendig sei, der Ehefrau Antheil am ehelichen Erwerb einzuräumen. Sollte aber diese Auffassung nicht durchdringen, so sollte jedenfalls den Eheleuten gestattet werden, die Theilung des ehelichen Erwerbs im Ehevertrage zu bedingen.

waltungsgemeinschaft" nicht unter dasselbe System bringen, sondern bedarf einer besonderen Regelung.

Nachdem die Gründe, welche für die Aufstellung mehrerer Systeme des ehelichen Güterrechts, insbesondere für die Codification des Systems der Gütergemeinschaft sprechen, entwickelt worden sind, ist es nothwendig, noch die Einwendungen zu prüfen, welche gegen die Codification mehrerer Güterrechtssysteme erhoben werden, und welche im Wesentlichen darauf hinauslaufen, daß man auf diesem Wege kein einheitliches Recht erhalten oder daß sich doch kein einheitliches Rechtsbewußtsein bilden werde, wenn man dem gesetzlichen Güterrecht andere Güterordnungen an die Seite stelle, welche die Ehegatten eben so leicht wie das gesetzliche Güterrechtssystem wählen könnten.

In erster Linie ist hier zu bemerken, daß der einheitliche Charakter des geltenden Rechts dadurch nicht aufgehoben wird, daß die Gesetzgebung gestattet, die ehelichen Güterrechtsverhältnisse in verschiedener Weise zu regeln, sondern daß es sich in dieser Beziehung nur darum handelt, ob dasselbe Gesetz im ganzen Reiche gilt. So gut wir ein einheitliches Handelsrecht haben, obgleich es verschiedene Arten von Handelsgesellschaften gibt, die in ganz verschiedener Weise gesetzlich geordnet sind, so gut wird unsere Gesetzgebung auch auf dem Gebiet des ehelichen Güterrechts eine einheitliche genannt werden müssen, wenn dieselbe auch verschiedene Güterrechtssysteme zuläßt und regelt. In der That wird dies auch von Niemand geleugnet, sondern hat man, wenn man von der Aufstellung mehrerer Güterrechtssysteme Gefahren für die Einheitlichkeit des Rechts fürchtet, mehr die thatsächlichen Rechtszustände im Auge. Man hegt die Besorgniß, es würden sich bei Aufstellung mehrerer Systeme sehr ungleichförmige Rechtszustände entwickeln und kein einheitliches Rechtsbewußtsein ausbilden.

Vollständig einförmige Rechtszustände darf nun freilich Niemand erwarten, der für das System der Vertragsfreiheit eintritt. Auch ist es gerade auf dem Gebiet des ehelichen Güterrechts ganz natürlich, daß die Rechtsverhältnisse der Ehegatten bei den verschiedenen Ehen in ganz verschiedener Weise geregelt werden. Sind doch auch die thatsächlichen Verhältnisse bei den einzelnen Ehen äußerst verschieden, und gibt es doch eine Menge von Umständen, welche eine verschiedenartige Regelung bedingen, z. B. der Beruf des Ehemannes, eine große Verschiedenheit der Vermögensverhältnisse, oder des Alters der Ehegatten u. s. w. u. s. w.

Man würde aber den Gegnern der Codification mehrerer Güterrechtssysteme gewiß Unrecht thun, wenn man annehmen wollte, sie seien gegen eine derartige Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse und wollten um jeden Preis nicht bloß gleiches Recht, sondern auch gleichförmige Rechts-

verhältnisse herstellen, was sich ja auch nur durch Beseitigung der Vertragsfreiheit erreichen ließe. Vielmehr geht deren Furcht offenbar nur dahin, daß es, wenn man neben dem gesetzlichen Güterrechtssystem noch andere Systeme aufstelle, überall beim Alten bleiben und die Bevölkerung allenthalb bei dem Güterrechtssysteme verharren werde, das für sie hergebracht sei. Sie haben also in Beziehung auf die künftige Rechtsentwicklung dieselben Erwartungen wie die Verteidiger des „Regionalsystems“, ziehen aber daraus, weil sie in höherem Grade an einer einheitlichen Rechtsentwicklung hängen, ganz andere Folgerungen.

Es ließe sich nun, wenn die Anhänglichkeit an das hergebrachte oder historische Recht wirklich eine so große wäre, wie angenommen wird, Vieles dagegen sagen, daß man die Vertragsfreiheit beibehalten und der Bevölkerung die Ausübung desselben demnach durch Versagung der Codifikation erschweren will. Aber es braucht auf diesen bereits oben berührten Punkt hier nicht weiter eingegangen zu werden; denn es läßt sich unschwer darthun, daß die erwähnte Befürchtung überhaupt eine übertriebene ist, und dann, daß das in Vorschlag gebrachte Mittel eher geeignet ist, die Beibehaltung partikulärer Rechtsbildungen zu fördern, als solchen ein Ende zu machen.

In der ersten Beziehung kommt in Betracht, daß der Gesetzgeber, wenn er subsidiär neben dem System der gesetzlichen Güterordnung noch andere Systemen aufstellt, diese deshalb dem gesetzlichen Güterrecht nicht gleichsetzt. Das Gesetz sagt bei diesem Verfahren den Ehegatten nicht, wie die Sache auf dem letzten Juristentag dargestellt wurde: „Ihr könnt ebenso gut nach System II oder III als nach System I heirathen“, sondern es stellt ein im Allgemeinen geltendes System auf und nöthigt denjenigen, der sich diesem System nicht unterwerfen will, seine Absicht in besonderer Form zu erklären, und wahrscheinlich sogar einen besonderen Ehevertrag abzuschließen. Darin liegt aber ein ganz erheblicher Unterschied. Einmal denkt, wie vielfach gegen das Regionalgesetz geltend gemacht wurde, eine ganz große Zahl der Eheschließenden überhaupt nicht viel über die Güterrechtsverhältnisse nach, sondern verläßt sich darauf, der Gesetzgeber werde schon richtig für sie gesorgt haben. Sodann ist aber die Errichtung eines Ehevertrags, der doch wohl in authentischer Form wird verbrieft werden müssen, immerhin mit erheblichen Kosten und Umständen verknüpft, und man darf unter diesen Umständen wohl als sicher annehmen, daß die unbemittelteren Klassen wohl nur selten zur Errichtung von Eheverträgen schreiten, das gesetzliche Güterrecht also für die weitaus größte Zahl der Ehen Geltung erhalten wird.*) Dadurch wird demselben aber allenthal-

*) In Frankreich, wo allerdings die Errichtung von Eheverträgen besonders kostspielig ist, aber auch durch die Gesetzgebung bezw. die Unterscheidung zwischen beweg-

ben, auch bei den wohlhabenderen Klassen, Bahn gebrochen, und es wird dasselbe auch thatsächlich überall Geltung erlangen, wenn die Gesetzgebung selbst zweckmäßig eingerichtet wird und man bei Regelung der „Verwaltungsgemeinschaft“ nicht zu sehr an der bisherigen Schablone festhält, sondern von allgemeineren Gesichtspunkten ausgeht. Kann man sich entschließen, bei dem gesetzlichen Güterrecht die Theilung der gesetzlichen Erzungenschaft als Regel aufzustellen, so wird man die thatsächliche Ausbreitung desselben gewiß in höherem Maße sichern und dem System der Gütergemeinschaft mehr Abbruch thun als es der Fall sein wird, wenn man dies nicht thut, aber Codification dieser Güterordnung unterläßt.

Fragt man nun schließlich noch, welche Folgen diese Unterlassung in der oben bezeichneten Richtung haben würde, so ist wohl klar, daß man dadurch allein die Bevölkerung, die einmal an die (partikuläre oder allgemeine) Gütergemeinschaft gewöhnt ist, und daran hängt, nicht veranlassen wird, dieselbe aufzugeben. Wenn aber das Gesetz keine Regeln bezüglich der Gütergemeinschaft giebt, so ist man, wie bereits erwähnt, genöthigt, ein ganzes System in den Ehevertrag hereinzusetzen und es werden dafür besondere Formulare entstehen, welche von den Notaren oder sonstigen öffentlichen Beamten, denen die Verbriefung der Eheverträge zufällt, benützt werden. Diese Formulare werden dann ohne Zweifel in den verschiedenen Ländern und Provinzen meist dem früher dort geltenden Rechte entnommen werden, ja vielleicht nur einen Abklatsch desselben enthalten. Auch die Gerichte wären dann, da es sich lediglich um die Ermittlung der Absicht der Ehegatten handelt, vielfach genöthigt, auf das ältere Recht zurückzugehen, und es würden wahrscheinlich nicht bloß die verschiedenen Formeln und Klauseln desselben, sondern auch ein großer Theil der alten Controversen conservirt werden. Während bei Aufstellung eines subsidiären Systems

lichem und unbeweglichem Vermögen, die in dieser Weise heute keinen Sinn mehr hat, die Besitzenden förmlich gezwungen sind, Eheverträge zu errichten, in denen die gesetzliche Gütergemeinschaft meist auf die Erzungenschaft beschränkt wird, bildet die Abschließung eines Ehevertrags immerhin die Ausnahme (vergl. die oben citirte Abhandlung). In Elsaß-Lothringen wurde nach einer, neuerdings bekannt gewordenen, offiziellen Zusammenstellung in den Jahren 1870 bis (einschließlich) 1874 bei 65,405 Eheschließungen nur 16,879 also nicht ganz 26% Eheverträge errichtet. Von diesen Eheverträgen haben 15,123 also mehr als 89% die gesetzliche Gütergemeinschaft beschränkt, und 14,745 einfach die Erzungenschaftsgemeinschaft stipulirt. Dagegen enthalten nur 1321 Verträge eine Ausdehnung der gesetzlichen G. G. (meist durch Stipulirung des allg. G. G.) und nur in 128 Fällen (nicht ganz 1%) wurde die Gütergemeinschaft (durch Stipulirung der Gütersonderung oder des Totalsystems etc.) ganz ausgeschlossen.

der Gütergemeinschaft die meisten Ehegatten, welche diese Güterordnung vorziehen, sich darauf beschränken werden, dieselbe einfach in der einen oder andern gesetzlichen Form zu acceptiren, oder doch die etwaigen Abänderungen im Anschluß an die Gesetzgebung vorzunehmen, der dadurch ein weitgreifender Einfluß gesichert würde, könnte die Unterlassung einer solchen Codification nur eine künstliche Erhaltung des älteren Rechts mit einer Menge von abgelebten Formen und lediglich in der historischen Entwicklung begründeten Verschiedenheiten bewirken. Dies würde aber der Absicht derer, welche die Aufstellung von mehreren Güterrechtssystemen bekämpfen, schnur gerade zuwiderlaufen, und um so verkehrter sein, als man allgemein darüber einverstanden ist, es solle durch die neue Gesetzgebung nicht gestattet werden, einfach im Ehevertrag zu erklären, daß man ein bestimmtes Landes- oder Provinzial-Recht aus der früheren Zeit als Güterrecht annehme. *)

Hiernach haben sich auch die Gründe, welche man im Interesse der Rechtseinheit gegen die Aufstellung mehrerer Güterrechtssysteme geltend gemacht hat, als unstichhaltig erwiesen und darf die gestellte Frage mit aller Bestimmtheit bejaht werden.

Mein Gutachten geht daher dahin: „daß es allerdings wünschenswerth ja nothwendig ist, in einem gemeinsamen bürgerlichen Gesetzbuch für ganz Deutschland neben dem einheitlichen System des ehelichen Güterrechts subsidiäre Systeme für die Privatautonomie aufzustellen und daß dies insbesondere, wenn das gesetzliche Güterrecht auf der Grundlage der Verwaltungsgemeinschaft geregelt wird, bezüglich des Systems der Gütergemeinschaft geboten ist.

*) Man v. hierüber insbesondere die Gutachten von Beaulieu-Marcconnay, Euler und Paul von Roth XI. Juristentag Bd. I S. 70 und 71 und XII Juristentag Bd. I S. 45 und Bd. II S. 284.

II.

Gutachten des Herrn Consistorial-Präsidenten Dr. Mommsen zu Kiel

über die Frage:

„Soll in dem gemeinsamen bürgerlichen Gesetzbuch für Deutschland bestimmt werden, daß der Erbschaftserwerb ipso jure stattfindet?“

Wenn der Erbschaftserwerb ipso jure, d. h. ohne eine darauf gerichtete Willenserklärung stattfinden soll, so kann als Zeitpunkt dieses Erwerbs nur der Zeitpunkt der Berufung zur Erbfolge angenommen werden. Die Frage, um welche es sich handelt, läßt sich daher nicht beantworten, ohne daß man zugleich die Wirkungen ins Auge faßt, welche im Fall der Verneinung der Frage der Berufung zur Erbfolge beizulegen sind.

Die Berufung zur Erbfolge als solche gewährt nur die Möglichkeit des Erwerbes der Erbschaft. Sowie Derjenige, dem ein Geschenk angeboten wird, dadurch allein noch kein Recht erwirbt, der Erwerb eines Rechts vielmehr erst durch die Annahme des Geschenkes erfolgt, ebenso ist die Möglichkeit des Erwerbes der Erbschaft, wie sie durch die Berufung zur Erbfolge herbeigeführt wird, an und für sich noch kein Recht.

Dies ist der Standpunkt, den das Römische Recht noch zur Zeit der classischen Juristen im Wesentlichen einnimmt. Abgesehen von der in jure cessio hereditatis legitimae, wird das Verhältniß, in welches Jemand durch die bloße Berufung zur Erbfolge tritt, nicht als ein erworbenes Recht, sondern nur als Möglichkeit eines Rechtserwerbes betrachtet. Das Römische Recht nimmt jedoch an, daß bei einer gewissen Classe von Erben mit der Berufung zur Erbfolge sich eo ipso der Erwerb der Erbschaft verbindet. Es unterscheidet zwischen den Erben, welche unmittelbar in

der potestas des Erblassers gestanden haben (den sui heredes und den cum libertate eingesetzten Slaven des Erblassers) und den übrigen Erben (den heredes voluntarii). Bei den zuerst genannten Erben verbindet sich mit der Berufung zur Erbfolge zugleich der Erwerb der Erbschaft, welcher ipso jure in dem Augenblick der Berufung stattfindet; den sui heredes (nicht den eingesetzten Slaven) ist es jedoch aus nahe liegenden Billigkeitsgründen gestattet, durch eine nachfolgende Ablehnung der Erbschaft den ipso jure eingetretenen Erbschaftserwerb rückgängig zu machen. Bei den heredes voluntarii zeigt sich die Berufung zur Erbfolge in ihrer vorher bezeichneten Bedeutung. Stirbt der zur Erbfolge berufene heres voluntarius, ehe er die Erbschaft angetreten hat, so tritt, falls er der alleinige Erbe war, eine neue Berufung ein; war er nur Miterbe, so wird seine Erbportion vacant und fällt auf Grund des Anwartschaftsrechts den übrigen Erben zu. Dies gilt nicht nur für den Fall der testamentarischen Erbfolge (vorausgesetzt natürlich, daß keine Substitution stattgefunden hat), sondern auch für den Fall der gesetzlichen Erbfolge, indem eine successio graduum bei nur theilweisem Wegfall der Erben nicht anerkannt wird. Daß diese Behandlung der Sache unter Umständen dem natürlichen Billigkeitsgefühl in hohem Grade widerspricht, braucht nicht ausgeführt zu werden und ist auch in dem neuesten Römischen Recht zur Anerkennung gelangt. Nachdem Theodosius II. schon für einen besonderen Fall eine Transmission der Erbschaft angeordnet hatte, hat Justinian allgemein bestimmt, daß, wenn der Delat, ohne sich über die Annahme der Erbschaft erklärt zu haben, innerhalb eines Jahres nach erlangter Kunde von der Berufung zur Erbfolge stirbt, das Recht, die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen, auf die Erben des Delaten übergeht.

Das ältere Deutsche Recht geht von einer wesentlich andern Auffassung aus, als das Römische Recht. Nach dem älteren Deutschen Recht gehen die zum Nachlaß gehörigen Vermögensgegenstände ipso jure auf den Erben über, ohne daß es einer Antretung von Seiten des Erben bedarf. „Der Todte erbt den Lebendigen.“ Als gemeines Recht hat sich der erwähnte Grundsatz des Deutschen Rechts gegen das Römische Recht nicht behaupten können, dagegen hat er sich particularrechtlich erhalten, im Ganzen aber doch wohl nur in einer modificirten Weise, nämlich in der Weise, daß das Recht, die Erbschaft anzutreten oder auszuschlagen, ganz allgemein auf die Erben des Delaten übergeht, wenn der Letztere stirbt, ohne sich über die Annahme der ihm deferirten Erbschaft erklärt zu haben. In dieser Weise hat sich der fragliche Grundsatz z. B. in Holstein erhalten.

Von den neueren Gesetzbüchern lassen das Preuß. Landrecht und das Zürcher Gesetzbuch, letzteres jedoch nur für die gesetzlichen Erben, den

Erbschaftserwerb ipso jure im Augenblick des Anfalls eintreten, indem sie zugleich bestimmen, daß dieser Erwerb wieder rückgängig gemacht wird, wenn innerhalb einer im Gesetz bestimmten Frist eine Ablehnung der Erbschaft erfolgt. Hat der Erbe die Frist verlaufen lassen, ohne die Erbschaft abzulehnen, so bleibt er Erbe. Der Code civil, das Oesterr. Gesetzb. und das Sächs. Gesetzb. fordern zum Erwerb der Erbschaft, daß der Erbe den Willen, Erbe zu sein, erkläre; zugleich nehmen sie aber an, daß durch die Berufung zur Erbfolge ein Recht, die Erbschaft anzutreten oder auszuschlagen, begründet wird, welches, sofern es von dem zur Erbfolge Berufenen noch nicht ausgeübt worden ist, immer auf seine Erben übergeht. Dasselbe bestimmt auch der Hessische Entwurf eines Erbrechts, sowie das Zürch. Gesetzb. für den Fall der testamentarischen Erbfolge. Vgl. Preuß. Landr. I., Tit. 9, §§ 367 ff. Code civil art. 774 ff., 781. Oesterr. Gesetzb. §§ 537, 547, 797 ff., 809. Zürch. Gesetzb. §§ 1968, 1986, 1990, 2082 ff., 2123. Sächs. Gesetzb. §§ 2010, 2250. Hess. Entw. Art. 225 ff., 235.

Die ganze geschichtliche Entwicklung weist darauf hin, daß man mit der Berufung zur Erbfolge außer der bloßen Eröffnung der Möglichkeit, die Erbschaft zu erwerben, noch fernere rechtliche Folgen verbinden muß. Es fragt sich, wie weit man hierin gehen soll, insonderheit, ob es richtig ist, mit der Berufung zur Erbfolge ohne weiteres den Erwerb der Erbschaft eintreten zu lassen.

Die allgemeinen Gründe sprechen entschieden dagegen. Muß man selbst in Betreff der Schenkung sagen, daß sie Niemandem gegen seinen Willen aufgenöthigt werden kann („non potest liberalitas nolenti acquiri“ L. 19 § 2 D. de donat.), so muß dies in noch weit höherem Grade von der Erbschaft gelten, deren Erwerb Verpflichtungen nach sich zieht. Das Risiko, welches mit der Uebernahme der Erbschaft verbunden ist, kann allerdings dadurch im Wesentlichen aufgehoben werden, daß der Erbe von der Rechtswohlthat des Inventars Gebrauch macht. Darauf aber kann schon deshalb Nichts ankommen, weil der Erbe die Rechtswohlthat des Inventars nicht von selbst hat, es vielmehr in allen Fällen, damit diese Rechtswohlthat ihm zu Theil werde, einer Erklärung, bezw. eines Handelns von seiner Seite bedarf. Und selbst, wenn der Erbe die Rechtswohlthat des Inventars erwirbt, sind, falls die Erbschaft als überschuldet sich erweist, doch regelmäßig einige Kosten und mindestens mancherlei Umstände damit verbunden, die wider Willen sich zu machen, der Natur der

Sache nach Niemand genöthigt werden kann. Sehr richtig sagt Koch (Preuß. Erbrecht S. 1143, Note 7): „Es ist in der That nicht begreiflich, wie die Laune eines Bettlers eine ihm fremde Person dadurch, daß er sie zum Erben einsetzt, soll nöthigen können, sich Umstände und Kosten zu machen.“

Daß man Niemanden nöthigen kann, Erbe zu werden, ist ein Satz, der gegenwärtig von Niemandem bezweifelt wird. Derselbe wird allgemein anerkannt, indem selbst da, wo ein ipso jure eintretender Erbschaftserwerb angenommen wird, doch dem Erben das Recht eingeräumt wird, die Erbschaft abzulehnen und auf diese Weise den erfolgten Erwerb der Erbschaft rückgängig zu machen. Steht es aber fest, daß es von dem Willen des zur Erbfolge Berufenen abhängen muß, ob er Erbe werden will oder nicht, so ist es auch nur der Natur der Sache entsprechend, daß man, damit Jemand Erbe werde, eine Erklärung dieses Willens verlangt.*)

Dies gilt nicht bloß in Betreff der testamentarischen Erben, sondern eben sowohl in Betreff der gesetzlichen Erben. In Beziehung auf das Moment, worauf es hier vor allen Dingen ankommt, daß es nämlich von dem Willen des zur Erbfolge Berufenen abhängen muß, ob er Erbe wird, stehen alle Erben sich gleich. Auch kann man nicht, um etwa rücksichtlich der gesetzlichen Erben im Allgemeinen oder rücksichtlich der Descendenten des Erblassers allein eine andere Behandlung zu motiviren, auf die Idee eines Familien-Gesamteigenthums sich berufen. Denn ist es schon zweifelhaft, ob diese Idee dem Grundsatz des älteren Deutschen Rechts: „der Todte erbt den Lebendigen“ zu Grunde liegt, so ist es jedenfalls gewiß, daß dieselbe in dem gegenwärtigen Rechtsbewußtsein keinen Boden mehr findet.

Die allgemeinen Gründe sprechen also entschieden dafür, den Erwerb der Erbschaft von einer Willenserklärung abhängig zu machen. Soll dennoch ein Anderes durch die Gesetzgebung angeordnet werden, so müssen praktische Gründe dafür sprechen, welche so erheblich sind, daß die theoretischen Bedenken dagegen zurückereten müssen. Als praktische Vortheile, welche die Annahme eines ipso jure eintretenden Erbschaftserwerbs haben möchte, kann man etwa anführen:

1. Daß dadurch eine schnellere Entscheidung darüber, wer als Erbe in Anspruch genommen werden kann, herbeigeführt wird.

*) Wie sehr dies der Natur der Sache entspricht, dafür bietet namentlich auch das Preuß. Landrecht den Beweis. Obgleich es annimmt, daß der Erbschaftserwerb ipso jure stattfindet, begegnet man doch in dem Preuß. Landrecht mehrfach einer Ausdrucksweise, welche in Wahrheit nur für die entgegengesetzte Anschauung paßt. Vgl. Preuß. Landr. I. Tit. 9, §§ 383, 389, 408.

2. daß der berufene Erbe dadurch in den Stand gesetzt wird, sofort über die Erbschaft im Ganzen, sowie über die einzelnen Erbschaftsgegenstände zu disponiren,
3. daß die Erbschaft dadurch auch für den Fall, daß der zur Erbfolge Berufene stirbt, ohne sich vorher über die Erbschaft erklärt zu haben, seinen Erben erhalten wird.

Es wird nöthig sein, auf diese drei Punkte näher einzugehen.

Zu 1. Es liegt entschieden im Interesse der Gläubiger und Vermächtnisnehmer, daß es möglichst bald sich entscheidet, wer Erbe wird. Inwiefern aber nach dieser Seite hin durch die Bestimmung, daß der Erbschaftserwerb ipso jure stattfindet, ein Wesentliches erreicht wird, hängt von den Bestimmungen ab, welche in Beziehung auf das Recht, die Erbschaft nachträglich abzulehnen und dadurch den erfolgten Erbschaftserwerb rückgängig zu machen, gelten sollen.

Wenn man über das erwähnte Recht keine besonderen Bestimmungen trifft, gestaltet sich die Sache so, daß die Gläubiger des Erblassers so gleich den Erben verklagen können und daß der Erbe, wenn er diese Klage von sich abwenden will, in seiner Entgegnung auf die Klage die Erklärung abgeben muß, daß er der Erbschaft entsage. Diese Behandlung der Sache hat aber große Bedenken gegen sich. Sieht man auf die Gläubiger, so laufen diese, wenn sie klagen, ohne eine Erklärung des Erben abzuwarten, die Gefahr nutzloser Aufwendung von Kosten. Sieht man auf den Erben, so wird dieser zu einer Erklärung gezwängt, während er möglicher Weise noch gar nicht sich hat in den Stand setzen können, ein auch nur einigermaßen sicheres Urtheil über die Erbschaft zu gewinnen. Daß Letzteres der Billigkeit nicht entspricht, ist schon im Römischen Recht in Betreff des *suus heres* dadurch anerkannt, daß demselben auf Verlangen ein *spatium deliberandi* eingeräumt wird. L. 7 pr. L. 8 D. de jure deliberandi (28. 8). Wenn man aber dies thun muß, so geht in der That jeder Vortheil verloren. Die Gläubiger können, auch wenn ein ipso jure stattfindender Erbschaftserwerb nicht angenommen wird, dem Erben durch das Gericht eine Frist setzen lassen, innerhalb deren er sich über die Annahme der Erbschaft zu erklären hat.

Will man nach der zur Frage stehenden Seite hin durch die Bestimmung, daß der Erbschaftserwerb ipso jure stattfindet, einen wesentlichen Vortheil erreichen, so wird man durch die Gesetzgebung dem Erben zugleich eine Frist setzen müssen, innerhalb deren er die Erklärung, die Erbschaft abzulehnen, abgeben muß. Dies ist denn auch im Preussischen Landrecht und im Zürcher Gesetzbuch (in letzterem, soweit es überhaupt einen ipso jure erfolgenden Erbschaftserwerb annimmt) geschehen. Wenn der Erbe

innerhalb der vom Gesetze festgesetzten Frist (nach dem Preuß. Landrecht einer Frist von regelmäßig 6 Wochen nach erlangter Kunde von der Berufung zur Erbfolge, nach dem Zürch. Gesetzbuch einer Frist von regelmäßig 30 Tagen) der Erbschaft nicht entsagt, so bleibt er Erbe. Die Frage, wer Erbe ist, ist dann entschieden. — Dem Vortheil, welcher auf diese Weise erreicht wird, stehen aber Bedenken entgegen, welche jenen erheblich überwiegen dürften. Je mehr es der Natur der Sache entspricht, daß Niemand ohne seinen Willen Erbe werden kann, um so weniger kann man voraussetzen, daß, wenn das Gesetzbuch ein Anderes bestimmt, eine solche Bestimmung alsbald in das allgemeine Rechtsbewußtsein eindringt. Es wird, wenn das Gesetz eine solche Bestimmung trifft, in nicht wenigen Fällen dahin kommen, daß die Erben die Frist versäumen, ohne von den Folgen dieser Versäumniß auch nur eine Ahnung zu haben, und sehr leicht kann hieran sich ferner noch eine Versäumniß der, in Beziehung auf das *beneficium inventarii* vorgeschriebenen Fristen schließen. Dies ist ein Bedenken, welches sehr schwer ins Gewicht fällt und den praktischen Vortheil weit überwiegt. Es tritt hier die große Gefahr hervor, welche damit verbunden ist, wenn die Gesetzgebung sich von Demjenigen entfernt, was der Natur der Sache und damit zugleich dem natürlichen Rechtsbewußtsein entspricht.

Zu 2. — Wenn der Erbschaftserwerb *ipso jure* erfolgt, so kann der Erbe, sowie er zur Erbfolge berufen wird, sofort über die einzelnen Erbschaftsgegenstände oder die Erbschaft im Ganzen disponiren. Dies gilt aber in gleicher Weise, wenn man eine Willenserklärung fordert, sofern man die Erklärung nicht etwa an eine bestimmte Form bindet. Der Erbe kann auch in diesem Fall sofort die Erbschaft oder einzelne zu derselben gehörende Gegenstände veräußern. Hat er nicht vorher erklärt, daß er Erbe sein wolle, so wird eine solche Erklärung regelmäßig in der von ihm vorgenommenen Handlung liegen. Jedenfalls läßt sich die Erklärung, Erbe sein zu wollen, in jedem Augenblick beschaffen. Einen praktischen Vortheil bietet es hier nicht, wenn man den Erbschaftserwerb *ipso jure* eintreten läßt.

Umgekehrt bietet es in der angegebenen Beziehung freilich auch keinen Vortheil, wenn man den Erwerb der Erbschaft von einer Willenserklärung abhängig macht. Im letzteren Fall könnte allerdings die Frage aufgeworfen werden, ob nicht dem Erben das Recht einzuräumen wäre, sein Recht auf die Erbschaft (das Recht, die Erbschaft anzutreten) zu veräußern und auf diese Weise seine Erbenqualität auf einen Anderen zu übertragen. Diese Frage ist aber entschieden zu verneinen. Es liegt durchaus kein Bedürfniß vor, das Recht, die Erbschaft zu erwerben, in den Kreis des ge-

schäftlichen Verkehrs zu ziehen; überdies würde es für die Gläubiger sehr gefährlich sein, wenn man dem Erben gestatten wollte, durch Veräußerung seines Erbfolgerechts die Person zu bestimmen, an welche die Gläubiger des Erblassers sich ausschließlich zu halten hätten. Demgemäß wird denn auch von den neueren Gesetzbüchern, ebenso wie von dem neuesten Römischen Recht, nur die Veräußerung einer erworbenen Erbschaft, nicht aber die Veräußerung des bloßen Erbfolgerechts anerkannt.

Zu 3. — Wenn man den Erbschaftserwerb ipso jure stattfinden läßt, so geht die Erbschaft unmittelbar mit dem Anfall in das Vermögen des Erben über. Stirbt der Erbe, ohne der Erbschaft entsagt zu haben, so geht dieselbe mit dem übrigen Vermögen des Erben in allen Fällen auf dessen Erben über; die Erbschaft geht, auch wenn der Erbe sich noch nicht für Annahme derselben erklärt hat, den Erben des Erben in keinem Fall verloren, — es sei denn, daß sie selbst derselben noch entsagen.

Daß man den eben bezeichneten Vortheil nicht aufzugeben braucht, wenn man den Erbschaftserwerb von einer Willenserklärung abhängig macht, lehren alle neueren Gesetzbücher und Entwürfe von Gesetzbüchern. Während aber die Gesetzgebung, wenn sie den Erbschaftserwerb ipso jure eintreten läßt (abgesehen von dem, den Erben des Erben etwa noch zustehenden Entsagungsrecht) außer Stande ist, das Schicksal der angefallenen Erbschaft, soweit es hier in Betracht kommt, von dem Schicksal des übrigen Vermögens des Erben zu trennen, ist die Gesetzgebung, wenn sie den Erbschaftserwerb von einer Willenserklärung abhängig macht, in Beziehung auf die über die Transmission zu treffenden Bestimmungen nicht gebunden. Dies ist jedenfalls kein Nachtheil. Ob es ein Vortheil ist, das hängt von der Art und Weise ab, wie man die hierauf bezüglichen Fragen beantwortet.

Es handelt sich hierbei insonderheit um zwei Fragen, nämlich erstens darum, ob das Recht, die Erbschaft anzutreten oder auszuschlagen, auf die Erben des Erben als solche oder ob es, auch wenn der Erbe ein Testament hinterlassen hat, auf Diejenigen übergehen soll, welche nach den Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge dem Erben am nächsten stehen. Für die gesetzlichen Erben könnte man geltend machen, daß diese dem Erblasser im Allgemeinen näher stehen werden, als die von dem Erben in seinem Testament eingesetzten, dem Erblasser vielleicht völlig fremden Personen. Auf der anderen Seite ist aber zu erwägen, daß der Erblasser, wenn er überhaupt an das fernere Schicksal seiner Erbschaft gedacht hat, doch nur daran gedacht hat, daß die Erbschaft demnächst durch die Person des Erben hindurch auf Andere übergehen werde, und daß es, wenigstens in vielen Fällen, ganz zufällig ist, daß der Erbe nicht dazu gelangt ist,

seinen Willen, die Erbschaft anzunehmen, zu erklären. Hätte der Erblasser ein besonderes Gewicht darauf gelegt, daß sein Vermögen nach dem Tode des Erben nicht schlechthin auf dessen Erben übergehen solle, so würde er ohne Zweifel eine fideicommissarische Substitution angeordnet haben. Demgemäß lassen denn auch alle neueren Gesetzbücher das Recht, die Erbschaft anzutreten oder auszuschlagen, wenn der zur Erbfolge Berufene stirbt, ohne sich erklärt zu haben, auf dessen Erben, ohne Unterschied ob diese testamentarische oder gesetzliche Erben sind, übergehen.

Die zweite Frage, um die es sich handelt, ist die, ob, falls der Erblasser ein Testament hinterlassen und in diesem Testament einen Nacherben ernannt hat, dem Substituten der Vorzug vor den Transmissaren eingeräumt werden soll oder nicht. Dies kann zweifelhaft sein und in der That weichen in dieser Beziehung die neueren Gesetzbücher von einander ab, indem das Sächsische Gesetzbuch (§ 2195) dem Transmissar, das Oesterreichische Gesetzbuch (§ 809) dem Substituten den Vorzug giebt. In meinem Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht habe ich mich an das Sächsische Gesetzbuch angeschlossen und mich hierfür zunächst darauf berufen, daß die Substitution zu ihrer Wirksamkeit den Wegfall der ersten Berufung voraussetzt, daß aber in dem fraglichen Fall die erste Berufung wegen der Transmission nicht mit dem Tode des zuerst eingesetzten Erben sofort hinwegfällt. *) Dieser mehr formelle Grund könnte freilich, wie auch von mir in meiner Schrift anerkannt ist, nicht entscheiden, wenn mit Unger (System VI., § 19, Note 7) angenommen werden müßte, daß die Bestimmung des Oesterr. Gesetzbuchs dem vermuthlichen Willen des Erblassers entspricht. Ich kann dies aber auch jetzt noch als zweifellos nicht ansehen. Wie mir scheint, besteht in der zur Frage stehenden Beziehung ein wesentlicher Unterschied zwischen der Bulgar substitution und der fideicommissarischen Substitution.

Dem Vorstehenden zufolge finde ich darin, daß die Gesetzgebung, wenn sie den Erbschaftserwerb von einer Willenserklärung abhängig macht, in den eben gedachten Beziehungen nicht gebunden ist, freilich keinen Vortheil;

*) Vgl. die Motive zum § 155. Ich kann nicht unterlassen, bei dieser Gelegenheit mein Bedauern darüber auszusprechen, daß sich bei den Citaten in Folge von Druck- oder Schreibfehlern einige Unrichtigkeiten eingeschlichen haben. So hätte in den Motiven zum § 155 nicht der § 462, sondern der § 465 des Preuß. Landrechts I. Tit. 12 citirt werden sollen. Zugleich bemerke ich, daß die Uebereinstimmung mit dem Preußischen Landrecht, auf welche in den citirten Motiven hingewiesen ist, von keiner sonderlichen Bedeutung ist. Da das Preuß. Landr. den Erbschaftserwerb ipso jure eintreten läßt, konnte es gar nicht anders, als dem Erben des Erben den Vorzug vor dem Substituten geben.

umgekehrt gewährt es aber nach der angegebenen Seite hin eben so wenig einen Vortheil, wenn man den Erbschaftserwerb ipso jure eintreten läßt.

Wenn man nun, wie dies meiner Meinung nach richtig und auch in allen neueren Gesetzbüchern geschehen ist, das Recht auf die angefallene Erbschaft auf die Erben des Erben als solche übergehen läßt, so kommt noch ein Ferneres in Betracht, nämlich das Verhältniß derjenigen Personen, denen ein Pflichttheilsrecht am Nachlaß des Erben zusteht.

Läßt man den Erbschaftserwerb ipso jure eintreten, so stellt sich die Sache so, daß, wenn der Erbe ein Testament hinterlassen hat, bei der Berechnung des Pflichttheils seiner Notherben die ihm angefallene Erbschaft mit in Anschlag gebracht werden muß, da sie bereits durch den Anfall ein Theil seines Vermögens geworden ist. Dasselbe Resultat tritt, wenn man den Erbschaftserwerb nicht ipso jure eintreten läßt, für den Fall ein, daß die Erben des Erben die ihm deferirte Erbschaft antreten; die deferirte Erbschaft muß in diesem Fall bei der Berechnung des Pflichttheils mit berücksichtigt werden, da die Erben des Erben nicht kraft eigenen Rechts, sondern nur als Vertreter des Erben die Erbschaft haben erwerben können. Dagegen kann die deferirte Erbschaft nicht in Betracht kommen, wenn die Erben des Erben dieselbe ausschlagen. Ob die dem Erben deferirte, von ihm aber noch nicht erworbene Erbschaft bei der Berechnung des Pflichttheils seiner Notherben mit in Betracht zu ziehen ist, hängt also von dem Willen derjenigen Personen ab, welche der Delat in seinem Testament zu Erben eingesetzt hat. Daß dadurch eine gewisse Gefahr für die im Testament des Delaten ganz präterirten oder nur mit Vermächtnissen bedachten Notherben desselben entstehen kann, läßt sich nicht läugnen; aber als sonderlich groß kann diese Gefahr nicht bezeichnet werden. Jedenfalls würde es um dieser Gefahr willen nicht erforderlich sein, den Erbschaftserwerb ipso jure eintreten zu lassen, indem derselben auch auf andere Weise (durch eine besondere darauf bezügliche gesetzliche Bestimmung) würde begegnet werden können.

Auf Grund der vorstehenden Erwägungen gelange ich zu dem Resultat, daß der Erbschaftserwerb von einer Willenserklärung des zur Erbfolge Berufenen abhängig zu machen ist und also nicht ipso jure stattzufinden hat.

III.

Gutachten des Herrn Fiscal Dr. Jung zu Frankfurt a./M.

über die Gesetzgebungsfrage:

„Soll der Erbschaftserwerb im gemeinsamen bürgerlichen Gesetzbuche für Deutschland ipso jure stattfinden?“

Die Codification des bürgerlichen Rechts wird von dem gemeinem Rechte ihren Ausgang zu nehmen haben. — Das Römische Recht wird im Allgemeinen die Grundlage jeder gesetzgeberischen Arbeit über das bürgerliche Recht bleiben: doch wird der Gesetzgeber unbefangen und frei die Fortbildung des Rechtes im Laufe der Jahrhunderte prüfen, und namentlich darauf achten, inwieweit die Grundsätze des Deutschen Rechtes Boden gewonnen und die Strenge des Römischen Rechtssystems durchbrochen haben. Es gilt auf dieser Grundlage ein einheitliches, ganz Deutschland gemeinsames Rechtssystem zu gestalten.

Das Erbrecht bietet hierbei große Schwierigkeiten. Schon allein die Erbfolge der Ehegatten — hier hat das Römische Recht das Deutsche am wenigsten zu beeinflussen und nur ausnahmsweise ganz zu verdrängen vermocht — wird bei der Verschiedenheit des ehelichen Güterrechts in den einzelnen Deutschen Ländern, schwer in ein einziges System zu bringen sein. Andere wichtige Fragen, bei welchen die einheitliche Gestaltung trotz aller Schwierigkeiten sicher erreicht werden kann, treten uns entgegen, vor allen die: ob die 3 Berufsarten zur Erbfolge: Gesetz, Testament und Erbvertrag, bei einer und derselben Erbschaft unter Aufrechterhaltung des Begriffes der Univerfalsuccession neben einander bestehen können? ferner nach welchen Klassen die Verwandten erben und falls die Parentelen-Erb-

folge je nach der Abstammung von dem nächsten gemeinsamen Stammvater eingeführt wird, ob dabei ein unbeschränktes Repräsentationsrecht zu geben sei? Sodann ob die Testirfreiheit zwar als Regel anzuerkennen, aber durch die Pflichttheilsberechtigung gewisser Verwandten, Kinder und Eltern, beziehungsweise der Ehefrau zu beschränken oder ob neben diesem Pflichttheilsrechte noch ein formelles Notherbenrecht anzuerkennen sei? Ob das Privat testament aufrecht erhalten werde oder ob wenigstens als ordentliche Testamentsform die Errichtung des Testaments vor dem Richter oder Notar in Aussicht zu nehmen sei? nicht minder, ob, unter Weglassung der einzelnen Transmissionsfälle, die mit dem Tode des Erblassers anerfallene Erbschaft allgemein auf die Erben des Erben übergehe?

Diese letztgedachte Frage der allgemeinen Transmission nicht angetretener Erbschaften steht mit der Frage, worüber die ständige Deputation des Deutschen Juristentags von mir ein Gutachten erfordert hat, nämlich:

„Soll der Erbschaftserwerb im gemeinsamen bürgerlichen Gesetzbuche für Deutschland ipso jure stattfinden?“

in engem Zusammenhange. Sie wird daher auch mit derselben beantwortet werden müssen, während die übrigen Fragen mit unserem Gegenstande nicht in directer Beziehung stehen.

Es soll zunächst die geschichtliche Entwicklung der Frage über den Erbschaftserwerb in kurzen Zügen gegeben und daran eine Ansicht über die künftige einheitliche Codification geknüpft werden. Umständliche Forschungen und eingehende Vergleichen der einschlagenden verschiedenen Gesetzgebungen übersteigen die Grenzen dieses Gutachtens. Ist ja auch in dem trefflichen Buche des Herrn Präsidenten Dr. Mommsen zu Kiel:

„Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven. Braunschweig 1876,

ein reiches Material geboten, womit die Ausführungen bei Förster, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen Preussischen Privatrechts, Berlin 1876, Band IV S. 260 folg. zu vergleichen sein werden: anderer Schriften namentlich Koch, Landrecht, Berlin 1870, Theil I S. 490 folg. nicht zu gedenken.

Im Römischen Rechte geschieht der Erbschaftserwerb in zweifacher Weise.

Der *suus heres* des Römischen Rechtes, also jeder, welcher in der *patria potestas* des Erblassers stand, erwirbt die Erbschaft *ipso jure*, ohne Antretung, ohne Willenshandlung, ohne Kenntniß von der Delation ja wider seinen Willen: der *suus* war ursprünglich Zwangserbe. Diese Strenge des alten Rechtes linderte der Prätor durch das *beneficium ab-*