

no. 2064

22-C-164

# Das gesetzliche Erbrecht und Pflichtteilsrecht des Ehegatten

in den Entwürfen einer Novelle zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche.

36

Studien zum österreichischen Erbrecht und ehelichen Güterrecht

von

**Dr. Gustav Hanaufek,**

k. k. Hofrat, Professor an der Universität Graz.



*H. b. v. b. 14.*



Wien, 1910.

Manzliche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.

I., Kohlmarkt 20.

Das Recht der Übersetzung in andere Sprachen bleibt vorbehalten.



Leopold Pfaff

in Verehrung zugeeignet.



## Inhaltsübersicht.

	Seite
Einleitung. Geltendes Recht. — Aufgabe der folgenden Darstellung	1—4
§ 1. Gesetzliches Erbrecht des überlebenden Ehegatten neben Kindern des Erblassers. — Erbteil oder Erbnießbrauch? — Verschiedenheit der Erbnießbrauchsquote neben Kindern aus der Ehe mit dem Erblasser und neben Stiefkindern. — Erbnießbrauchsersparrenten? . . . . .	5—11
§ 2. Vorausvermächtnis der zum ehelichen Haushalt gehörenden beweglichen Sachen? — Einlösungrecht des überlebenden Ehegatten? . . . . .	12—15
§ 3. Gesetzliches Erbrecht des überlebenden Ehegatten neben Eltern oder Personen elterlichen Stammes, neben Großeltern oder Personen großelterlichen Stammes . . . . .	16—21
§ 4. Pflichtteilsrecht des überlebenden Ehegatten? — Stillschweigende Übergehung im Sinne der Entwürfe zulässig. — Gesetzliches eheliches Güterrecht (§§ 91, 1034, 1238 bis 1241 ABGB). — Beseitigung des gesetzlichen ehemännlichen Verwaltungs-, Nutzungs- und Vertretungsrechts bezüglich der Parapherna der Frau? — Enterbungsgründe (Gründe der Entziehung des Pflichtteils im Sinne der Entwürfe und formelles Noterbrecht des überlebenden Ehegatten? . . . . .	22—37
§ 5. Kritik der §§ 540 und 770 ABGB. — Reformvorschläge . . . . .	38—44
§ 6. Berücksichtigung der Schenkungen bei Berechnung des Pflichtteils? — Widerspruch gegen das Prinzip der Entwürfe. — § 951 ABGB. ist unverändert beizubehalten. — Vorschläge bezüglich einzelner Bestimmungen der Entwürfe . . . . .	45—54
§ 7. Einrechnung in den Pflichtteil des Ehegatten? . . . . .	55—57

- § 8. Der Anspruch auf den mangelnden anständigen Unterhalt des § 796 ABGB. Neue Fassung in den Entwürfen. — Kritik und Vorschläge zur Abänderung und Ergänzung der neu vorgeschlagenen Fassung. — Besprechung des § 700 ABGB. und des JHfD. vom 23. Mai 1844, JGZ. Nr. 807. — Streichung des zweiten Satzes des § 700 ABGB. empfohlen 58—68
- § 9. Vorschlag einer Modifikation des Schlusssatzes des § 1237 ABGB. (praesumptio Muciana). — Das Witwenrecht des § 1243 ABGB. . . . . 69—72
- § 10. Zusammenstellung meiner Vorschläge in Gestalt eines Gegenentwurfes . . . . . 73—82

## Abkürzungen und Citate.

Entwurf I (RV.) = Regierungsvorlage eines Gesetzes, betreffend die Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches.

Entwurf II = Beschlüsse des Subkomitees der juridischen Kommission des Herrenhauses über die Novelle zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Erste Lesung (Juli 1909).

Entwurf III = Beschlüsse des Subkomitees der juridischen Kommission des Herrenhauses, Zweite Lesung (Jänner 1910). Vgl. unten S. 3, Anm. 4.

Gerichtszeitung = Allgemeine österreichische Gerichtszeitung, Wien, Manz.

JBl. = Juristische Blätter, Eine Wochenchrift, Wien, Fromme.

NotZ. = Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit, Wien, Fromme.

Die von Glaser, Unger und Walther begründete, von Unger, Walther und Pfaff, später von Pfaff, Schey und Krupský fortgesetzte Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichtshofes ist mit Sammlung zitiert.

Von dem „System des österreichischen allgemeinen Privatrechts“ von Krainz-Pfaff-Ehrenzweig ist die vierte Auflage zitiert.

## Einleitung.

Das gesetzliche Erbrecht des überlebenden Ehegatten ist nach dem ABGB. folgendermaßen gestaltet:

1. Dem überlebenden Ehegatten gebührt „wofern drei oder mehrere Kinder vorhanden sind, mit jedem Kinde ein gleicher Erbteil; wenn aber weniger als drei Kinder vorhanden sind, der vierte Teil der Verlassenschaft zu lebenslangem Genusse; das Eigentum davon bleibt den Kindern“ (§ 757). Dieser Erbnießbrauch des überlebenden Ehegatten ist weder ein Erbrecht noch ein Vermächtnis, sondern ein Genusrecht sui generis.<sup>1)</sup>

2. „Ist kein Kind, aber ein anderer gesetzlicher Erbe vorhanden, so erhält der überlebende Ehegatte das unbeschränkte Eigentum auf den vierten Teil der Verlassenschaft“ (§ 758, Satz 1).

3. Die ganze Erbschaft fällt dem Ehegatten nur dann zu, wenn kein Verwandter des Erblassers aus den sechs Linien der §§ 732 bis 750, „noch ein anderer aus den in den §§ 752 bis 756 berufenen Erben vorhanden ist“.

Es schließen also insbesondere erbberechtigte legitimierte Kinder, erbberechtigte Kinder aus einer Putativehe, erbberechtigte uneheliche Kinder und erbberechtigte Wahlkinder dieses subsidiäre Erbrecht

<sup>1)</sup> Vgl. Krausz-Pfaff-Ehrenzweig, II, § 489, S. 603, „Dieses Recht des Gatten ist weder ein Erbrecht noch ein Vermächtnis“. Unger, Erbrecht, § 35, Der erbberechtigte Gatte ist „Einzelnachfolger und befindet sich in der rechtlichen Stellung eines Legatars, dem der Nießbrauch an einer Quote des Erbvermögens vermacht worden ist“. Pfaff-Hermann, Kommentar II, S. 747 fg., „Der Gatte ist im Falle des § 757 hinsichtlich des Viertels, respektive des Kopfteiles fideuziarischer Erbe; Nacherben dieser Portion sind die ihn überlebenden Deszendenten des Erblassers, wofern sie diesen auch beerbt hätten, wenn er jetzt (d. h. unmittelbar vor dem Restitutionsfalle) als intestatus gestorben wäre.“ — Fest steht jedenfalls, daß der überlebende Ehegatte eine Abfindungsrente weder anzunehmen braucht noch fordern kann.



des überlebenden Ehegatten aus (§ 759 ABGB.) Dieses subsidiäre Erbrecht des überlebenden Ehegatten wird fast nur im Falle unehelicher Geburt des Erblassers praktisch.<sup>2)</sup> Ein Pflichtteilsrecht räumt das ABGB. dem überlebenden Ehegatten nicht ein, wohl aber gebührt dem überlebenden Ehegatten unter gewissen Voraussetzungen der „mangelnde anständige Unterhalt“ (§ 796). Obwohl nun, wie sich auch aus den in den „Erläuternden Bemerkungen zu dem Entwurfe eines Gesetzes, betreffend die Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches“, S. 110, angeführten Bestimmungen ergibt, die erbrechtliche Stellung des überlebenden Ehegatten durchaus nicht in allen anderen Gesetzgebungen eine erheblich günstigere ist als nach unserem ABGB.<sup>3)</sup>, ist es gewiß zu billigen,

<sup>2)</sup> v. Anders, Grundriß des Erbrechts, 2. Aufl., S. 48.

<sup>3)</sup> Nach italienischem Recht erhält der überlebende Ehegatte neben ehelichen Kindern den Fruchtgenuß an einem Kopfteil, jedoch nie von mehr als einem Viertel; neben Ascendenten oder unehelichen Kindern oder neben Geschwistern oder deren Descendenten den dritten Teil der Erbschaft als Eigentum; trifft er mit Ascendenten und unehelichen Kinder zugleich zusammen, so erhält er nur ein Viertel der Erbschaft; neben anderen erbberechtigten Verwandten bis innerhalb des sechsten Grades erhält er zwei Drittel der Erbschaft; wenn auch solche Verwandte nicht vorhanden sind, die ganze Erbschaft (Art. 753 bis 755 des Zivilgesetzbuches). Dazu kommt, daß der Wiederverehelichte dem späteren Ehegatten auch testamentarisch keinen größeren Erbteil hinterlassen kann als er dem mindestbegünstigten Kinde aus der früheren Ehe hinterlassen hat (Art. 770 des Zivilgesetzbuches).

Nach französischem Recht erhält der überlebende Ehegatte den Nießbrauch von höchstens einem Viertel neben Kindern des Erblassers; von einer Hälfte neben allen anderen erbberechtigten Verwandten bis einschließlich des zwölften Grades römischer Komputation; wenn weder erberechtigte Verwandte noch uneheliche Kinder da sind, die ganze Erbschaft (Art. 767 in der Fassung des Gesetzes vom 9. März 1891; näheres vgl. unten Anm. 20). Dazu kommt, daß nach dem letzten Abfaz des Art. 767 in seiner neuen Fassung der Nießbrauch des überlebenden Ehegatten im Falle der Wiederverehelichung aufhört, wenn der Erblasser Descendenten hinterlassen hat.

Dänemark und Norwegen. I. In Dänemark erhält der Ehegatte neben Abkömmlingen „so viel als ein Sohn erhalten würde, wenn er den doppelten Teil in Verhältnis zu demjenigen der Schwester erbte (Bruderteil), doch nicht mehr als ein Viertel der Erbschaft nach Abzug dessen, was durch letztwillige Verfügung verschenkt ist“. In Norwegen erbt der Ehegatte neben Abkömmlingen nichts. In Dänemark und in Norwegen

daß unsere Entwürfe<sup>4)</sup> eine wesentliche Besserung der erbrechtlichen Situation des überlebenden Ehegatten vorschlagen. Da mit Rücksicht auf die wirtschaftliche und gesellschaftliche Stellung von Mann und Frau die Witwe einer erbrechtlichen Sicherung viel häufiger und dringender bedarf als der Witwer, so entspricht die in Aussicht genommene Reform den auf die Besserung der

besteht aber zwischen Ehegatten regelmäßig Gütergemeinschaft und dann hat der überlebende Ehegatte Anspruch auf Verbleiben in ungetrennter Gütergemeinschaft. Daraus hat der Witwer ein gesetzliches Recht, so lange er ledig bleibt und wenn keine anderen Erben als die gemeinschaftlichen Kinder vorhanden sind. Für die Witwe bedarf es dazu obrigkeitlicher Erlaubnis (welche in Dänemark nur gegeben wird, wenn die Kinder noch nicht 18 Jahre alt sind, in Norwegen, wofern sie jünger als 25 Jahre sind) oder in Dänemark auf Grund testamentarischer Verfügung des Mannes. Sind die Erben die Stiefkinder des überlebenden Ehegatten, so ist sowohl für den Witwer, wie für die Witwe die Erlaubnis der Obrigkeit zum Verbleiben in der Gütergemeinschaft erforderlich, welche auch erteilt werden kann falls die Kinder noch nicht 18 Jahre alt sind. II. Hat der verstorbene Ehegatte keine Abkömmlinge hinterlassen, so ist ein Verbleiben in der Gütergemeinschaft nicht zulässig. Der Ehegatte erbt dann einen Drittel des Nachlasses. III. Hat der verstorbene Ehegatte gar keine erbberechtigten Verwandten hinterlassen, so erbt der Erblasser den ganzen Nachlaß. (Die vorstehenden Angaben über Dänemark und Norwegen sind der Darstellung von Deunher-Ges bei Leske-Boewensfeld, Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr, II, S. 856 fg., entnommen; vgl. auch Braun, Handbuch der internationalen Nachlaßbehandlung, S. 254 fg., 335.) Für das italienische Recht liegt mir eine Ausgabe des Codice civile del Regno d'Italia per cura di A. Bruno, Firenze Barbéra 1909, sowie die deutsche Übersetzung des Zivilgesetzbuches des Königreiches Italien von Leone Roncali, Wien, Hölder 1885, vor. Für das französische Recht habe ich die Ausgabe des Code Civil der Petite Collection Dalloz 1910, sowie das Bulletin des Lois de la République Française, Nr. 1392, eingesehen.

<sup>4)</sup> Ich zitiere die Regierungsvorlage mit Entwurf I oder mit RV.; die Beschlüsse des Subkomitees der juristischen Kommission des Herrenhauses erster Lesung mit Entwurf II; die Beschlüsse dieses Subkomitees zweiter Lesung mit Entwurf III. — Da der Entwurf III im Buchhandel nicht erschienen ist und der Motivenbericht zu demselben noch nicht veröffentlicht ist, so lege ich der folgenden Darstellung den Entwurf II zu Grunde, werde aber die abweichenden Bestimmungen des Entwurfes III zitieren und berücksichtigen. — Für die gütige Vermittlung von Exemplaren des Entwurfes III, spreche ich den Mitgliedern des Herrenhauses, Herren Hofrat v. Buschin und Hofrat Freih. v. Schey meinen wärmsten Dank aus.



Stellung der Frau in der heutigen Rechts- und Gesellschaftsordnung abzielenden Bestrebungen. Das Vorbild für die vorgeschlagene Neuregelung der erbrechtlichen Stellung des überlebenden Ehegatten bot das deutsche bürgerliche Gesetzbuch, dessen Bestimmungen unsere Entwürfe in weitem Umfange übernommen haben.<sup>4a)</sup>

Die folgende Darstellung bespricht das gesetzliche Erbrecht und Pflichtteilsrecht des überlebenden Ehegatten in den Entwürfen einer Novelle zum ABGB. und will mehrfache Änderungen derselben anregen. Die folgenden Erörterungen beschränken sich nicht auf die unter diesen — den siebenten — Titel des vierten Abschnittes zusammengefaßten Bestimmungen der Entwürfe, sondern es soll (was ich hier hervorheben möchte) auch das gesetzliche eheliche Güterrecht des ABGB., welches mit dem gesetzlichen Erbrecht und Pflichtteilsrecht des überlebenden Ehegatten nahe zusammenhängt, in Betracht gezogen werden; das gesetzliche Erbrecht und Pflichtteilsrecht des überlebenden Ehegatten ist ja, wenn man sich auch dieser Bezeichnung nicht zu bedienen pflegt, das gesetzliche eheliche Güterrecht von Todes wegen. Das gesetzliche Erbrecht der Entwürfe, abgesehen von den Bestimmungen über das gesetzliche Erbrecht und Pflichtteilsrecht des Ehegatten, betrachte ich hier als feststehend, weil ich meine Ausführungen über andere Fragen des gesetzlichen Erbrechts anderem Zusammenhange vorbehalten möchte. So soll z. B. das in den Entwürfen vorgeschlagene gesetzliche Erbrecht der unehelichen Kinder, welches zweifellos einen Fortschritt gegenüber dem ABGB. bedeutet, vielleicht aber einer weitergehenden Reform bedarf, in der folgenden Darstellung zunächst als feststehend gelten. Den Schluß der Darstellung wird eine Zusammenfassung der im Laufe meiner Ausführungen gemachten Vorschläge in der Form von Gesetzesparagraphen — also eine Art Gegenentwurf — bilden.

<sup>4a)</sup> Am günstigsten ist die Stellung des überlebenden Ehegatten nach dem ungarischen Entwurf eines Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches. Im § 1805 heißt es „Sind keine Abkömmlinge vorhanden, so ist der Ehegatte der Erbe“. Und nach § 1816 gebührt der Witwe für die Zeit ihrer Wittenschaft der Nießbrauch an der Hälfte der Erbschaft.

## § 1.

§ 1931 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches lautet: „Der überlebende Ehegatte des Erblassers ist neben Verwandten der ersten Ordnung zu einem Vierteile, neben Verwandten der zweiten Ordnung oder neben Großeltern zur Hälfte der Erbschaft als gesetzlicher Erbe berufen. Treffen mit Großeltern Abkömmlinge von Großeltern zusammen, so erhält der Ehegatte auch von der anderen Hälfte den Anteil, der nach § 1926 den Abkömmlingen zufallen würde. Sind weder Verwandte der ersten oder der zweiten Ordnung noch Großeltern vorhanden, so erhält der überlebende Ehegatte die ganze Erbschaft.“<sup>5)</sup>

Unsere Entwürfe (I [RV.], § 96, II, § 121, III, § 134) haben sich dem oben zitierten § 1931 vollkommen angeschlossen. Entwurf II, § 121, hat folgende Fassung: „§ 757 a. b. G. B. hat zu lauten: Der überlebende Ehegatte des Erblassers ist neben Kindern des Erblassers und deren Nachkommen zu einem Viertel des Nachlasses, neben den Eltern des Erblassers und deren Nachkommen oder neben Großeltern zur Hälfte des Nachlasses gesetzlicher Erbe. Sind neben Großeltern Nachkommen verstorbener Großeltern vorhanden<sup>6)</sup>, so erhält überdies der Ehegatte von der anderen Hälfte der Erbschaft den Teil, der nach §§ 739 und 740 den Nachkommen der verstorbenen Großeltern zufallen würde.“<sup>6)</sup> Sind weder gesetzliche Erben der ersten oder zweiten Linie, noch Großeltern vorhanden, so erhält der überlebende Ehegatte die ganze Erbschaft.“<sup>7)</sup>

<sup>5)</sup> Im Entwurf I [RV.], § 96 hieß es „Treffen Großeltern mit Nachkommen verstorbener Großeltern zusammen“.

<sup>6)</sup> Dem § 1926 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches entsprechen die zitierten §§ 739 und 740 bzw. die §§ 738—740 ABGB.

<sup>7)</sup> Entwurf III, § 134, enthält die Bestimmungen des § 121 Entwurf II. Über einen neuen Zwischenatz des Entwurfes III, im § 134. spreche ich später.



Ich kann mich mit den vorgeschlagenen Bestimmungen nicht einverstanden erklären. Meines Erachtens spricht gegen die vorgeschlagene Normierung zunächst die Erwägung, daß es sehr unzweckmäßig ist, den überlebenden Ehegatten neben Kindern des Erblassers zum Eigentümer eines Teiles des Nachlasses zu machen. Der überlebende Ehegatte darf in Anspruch nehmen, daß seine Lebenshaltung durch den Tod des anderen Ehegatten nicht allzu stark gedrückt werde. Diesem Anspruche auf aus dem Nachlasse zu bestreitende Versorgung des überlebenden Ehegatten entspricht, neben dem im § 757 ABGB. gewährten Erbnießbrauche, die später zu erörternde — in den Entwürfen (I [RV.], § 102, II, § 128, III, § 141 gleichlautend) neu formulierte — Norm des § 796 ABGB., durch welche dem überlebenden Ehegatten unter gewissen Voraussetzungen ein Versorgungsanspruch gewährt wird. Ich halte es für durchaus ausreichend, wenn auch in Zukunft der überlebende Ehegatte neben Kindern bloß zum Fruchtnießer eines Teiles des Nachlasses ex lege erklärt wird. Dem in den erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage (S. 111) geltend gemachten Gesichtspunkte, daß „die Begründung von Nießbrauch auf Lebenszeit in großem Maßstabe weder für die Beteiligten noch für die Volkswirtschaft wünschenswert ist“, wäre wie schon Wellspacher, „Kritische Bemerkungen zur Zivilgesetznovelle“ (S. 44), mit Recht bemerkt, dadurch zu begegnen, „daß man beiden Teilen das Recht gibt, die Umwandlung des Fruchtgenusses in eine jährliche Rente zu verlangen.“<sup>8)</sup> Selbst wenn neben dem überlebenden Ehegatten gemeinsame Nachkommen erben, also Kinder des Erblassers, welche gleichzeitig Kinder des überlebenden Ehegatten sind, halte ich es für unbillig, daß der Tod des Erblassers zu einer Teilung des

<sup>8)</sup> Art. 463 des schweizerischen Zivilgesetzbuches gewährt dem überlebenden Ehegatten, wo ihm die Nutznießung zusteht, das Recht „an ihrer Stelle jederzeit eine jährliche Rente von entsprechender Höhe zu verlangen“. Vgl. auch § 1257 ABGB., in welchem es für den Fall der Einräumung einer Fruchtnießung auf den Todesfall (Abvidualitätsrecht) heißt, „In dem Falle, daß der überlebende Teil sich wieder verehelicht, oder die Fruchtnießung einem anderen abtreten will, haben die Kinder des verstorbenen Ehegatten das Recht, zu verlangen, daß ihnen dieselbe gegen einen angemessenen jährlichen Betrag überlassen werde“.

Vermögens nach Eigentumsquoten führt, von denen eine der überlebende Ehegatte erhält. Man denke nur daran, wie sehr es die Situation erschwert, wenn im Falle der Vererbung eines Landgutes oder eines geschäftlichen Unternehmens dem überlebenden Ehegatten eine Eigentumsquote an diesem Landgute, an diesem geschäftlichen Unternehmen zukommt. (Vgl. hiezu Ehrenzweig, Gutachten, S. 78 fg.)<sup>9)</sup> Der sich etwa später wieder verehelichende Ehegatte wird möglicherweise durch ein von seinem Standpunkte aus begründetes Teilungsbegehren den Kindern das Landgut entziehen oder das Gedeihen des Unternehmens gefährden. Man beachte ferner, daß durch die Gewährung des Anspruches auf eine Eigentumsquote des Nachlasses an den überlebenden Ehegatten Kinder aus einer früheren Ehe des Erblassers durch dessen zweite Ehe zu Gunsten des zweiten Ehegatten in nicht zu billiger Weise verkürzt werden. Der Stiefvater, die Stiefmutter darf aus einem Teile des Nachlasses versorgt werden, aber es ist unbillig dem Stiefvater, der Stiefmutter zu Lasten der Kinder aus früherer Ehe eine Eigentumsquote des Nachlasses zu gewähren. Endlich ist hervorzuheben, daß der überlebende Ehegatte, welchem eine Eigentumsquote des Nachlasses zugestanden wird, in die Lage versetzt ist, diese Eigentumsquote seinen Kindern aus einer früheren oder aus einer späteren Ehe, unehelichen Deszendenten (ex testamento und eventuell auch ex lege), seinen Ascendenten, seinen Kollateralen und dritten Personen zu vererben.<sup>10)</sup> Die Schaffung einer solchen

<sup>9)</sup> In dem zitierten dem österreichischen Advokatentage erstatteten „Gutachten über den Entwurf eines Nachtragsgesetzes zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche“, S. 78 fg., führt Ehrenzweig überzeugend aus, daß die Bestimmung des Entwurfes, welche dem überlebenden Ehegatten eine Eigentumsquote einräumt, nicht bloß den bäuerlichen Besitz, sondern „alle Arten des festen von Geschlecht zu Geschlecht forterbenden Grundbesitzes“ schwer gefährde. „Überall droht vom Erbrechte her die Gefahr der Zersplitterung oder die der Verschuldung. Und was für den Grundbesitz gilt, das gilt genau so auch für jedes Unternehmen, das zu seinem Gedeihen der Vereinigung beweglicher Güter in einer Hand bedarf“, S. 81.

<sup>10)</sup> Wenn die überlebende Ehegattin, sei es vor ihrer Ehe mit dem Erblasser, sei es nach dessen Tode, ein uneheliches Kind geboren hat, so wird dieses uneheliche Kind nach dem Tode seiner Mutter Erbe ihres Nachlasses



Sachlage, welche sicher viel mehr bedeutet, als eine bloße Versorgung des überlebenden Ehegatten, ist meines Erachtens in hohem Grade unbillig. Schließlich ist nicht zu übersehen, daß die dem überlebenden Ehegatten zugewendete Eigentumsquote nach seinem Tode neuerlich Gegenstand der Verlassenschaftsabhandlung wird und daß für dieses Vermögen dann neuerlich Übertragungsgebühren zu zahlen sind. (Ehrenzweig, Gutachten, S. 80 fg.)<sup>11)</sup>

Aus den angeführten Gründen scheint es mir das allein richtige zu sein, daß wir an dem Gedanken unseres alten bürgerlichen Gesetzbuches, welches neben Kindern des Erblassers dem überlebenden Ehegatten bloßen Erbnießbrauch gewährt, festhalten.<sup>12)</sup>

Eine andere Frage ist freilich die, ob die dem überlebenden Ehegatten neben Kindern des Erblassers zuzuwendende Nießbrauchquote nicht verschieden zu bemessen wäre, je nachdem diese Kinder seine eigenen oder aber Stiefkinder sind. Ich möchte in dieser Beziehung als Vorbild die Bestimmung des französischen Gesetzes vom 9. März 1891, durch welche der Art. 767 des Code Civil eine neue Fassung erhält, empfehlen. Nach französischem Recht erhält der überlebende Ehegatte, welcher neben seinen Kindern aus der Ehe mit dem Erblasser erbt, ein Viertel des Nachlasses zu Nieß-

und damit auch einer etwaigen, aus dem Vermögen des Erblassers stammenden, seinen Kinder entzogenen Eigentumsquote (§ 754 ABGB., § 93 Entwurf I [gleichlautend Entwurf II, § 128, Entwurf III, § 131]). — Auch ein uneheliches Kind der überlebenden Ehegattin, welches sie während ihrer Ehe mit dem Erblasser geboren hat, ist ihr Erbe (vgl. die oben zitierten Normen). Der Ehemann kann nach § 158 ABGB. die eheliche Geburt eines von seiner Ehegattin geborenen Kindes mit Erfolg bestreiten, die Ehe aber deffenungeachtet fortgesetzt haben und ohne testamentarische Verfügung gestorben sein. — Ich halte es für eben so unbillig, wenn Kindern des Erblassers zu Gunsten von unehelichen Kindern des überlebenden Ehegatten, eine Nachlassquote entzogen wird, wie wenn Kinder aus einer früheren oder späteren Ehe des überlebenden Ehegatten eine den Kindern des Erblassers entzogene Eigentumsquote erhalten.

<sup>11)</sup> Ehrenzweig, a. a. D., S. 80, hebt mit Recht hervor, daß, wenn der überlebende Ehegatte bloßer Nießbraucher wird, die Abhandlung möglicherweise „armutshalber abgetan“ wird.

<sup>12)</sup> Vgl. auch für die Gewährung einer bloßen Nießbrauchsquote die eingehenden trefflichen Ausführungen von Schiffner, Die Erbrechtsreform in der Novelle zum österr. ABGB., S. 30 fg. Vgl. aber dagegen Strohal, Deutsches Erbrecht, I, § 10, und die daselbst Anm. 2 angeführte Literatur.

brauch; erbt er aber neben Kindern aus einer früheren Ehe des Erblassers, so erhält er den Nießbrauch an einem Kopfteil, aber nie an mehr als einem Viertel. Dieser Unterscheidung liegt die sehr richtige Erwägung zu Grunde, daß die neue Ehe die Situation der Kinder aus der früheren Ehe nicht allzusehr schädigen solle. Wenn ein Vater von sechs Kindern wieder heiratet, so darf sich die zweite Gattin nicht beklagen, wenn sie nach dem Tode ihres Gatten eben nur den Fruchtgenuß an einem Kopfteil, also an einem Siebentel erhält. Anders liegt die Sache dann, wenn die Ehegattin mit sechs eigenen Kindern erbt; hier darf man ja davon ausgehen, daß sie von ihrem Erbnießbrauch an einem Viertel nach Kräften ihren Kindern helfen werde. Das italienische Recht hat (wie ebenfalls bereits oben Anm. 3 erwähnt wurde) demselben Gedanken in der Bestimmung Ausdruck gegeben, daß dem überlebenden Ehegatten letztwillig kein größerer Erbteil hinterlassen werden dürfe als das mindest bedachte Kind aus der früheren Ehe des Erblassers erhält (Art. 770). Wird, wie später darzutun sein wird, der Unterhaltsanspruch des § 796 ABGB. entsprechend ausgestaltet, dann wird in der hier vorgeschlagenen, dem französischen Recht nachgebildeten Neuerung (Erbnießbrauch an einem Viertel neben eigenen Kindern, an einem Kopfteil, aber nie an mehr als einem Viertel neben Stiefkindern) ein wesentlicher Fortschritt gegenüber dem geltenden Recht zu erblicken sein.<sup>13)</sup>

Der Art. 462 des schweizerischen Zivilgesetzbuches lautet in seinem ersten Absatz: „Der überlebende Ehegatte erhält, wenn der Erblasser Nachkommen hinterläßt, nach seiner Wahl entweder die Hälfte der Erbschaft zu Nutznießung oder den Viertel zu Eigentum“

<sup>13)</sup> Art. 473 des schweizerischen Zivilgesetzbuches enthält eine spezielle Norm für den Fall, daß der Ehegatte neben „gemeinsamen Nachkommen“ erbt. Dieser eine weitreichende Begünstigung des überlebenden Ehegatten enthaltende Artikel lautet: „Der Erblasser kann dem überlebenden Ehegatten durch Verfügung von Todes wegen gegenüber gemeinsamen Nachkommen die Nutznießung an dem ganzen ihnen zukommenden Teil der Erbschaft zuwenden. Diese Nutznießung tritt an die Stelle des dem Ehegatten neben den gemeinsamen Nachkommen zustehenden gesetzlichen Erbrechtes. Im Falle der Wiederverheiratung verliert jedoch der überlebende Ehegatte die Hälfte dieser Nutznießung“. — Daß auch das dänisch-norwegische Recht den überlebenden Ehegatten neben eigenen Kindern anders stellt als neben Stiefkindern wurde bereits oben Anm. 3 erwähnt.



und nach Art. 292 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches haben die Eltern „die Nutzung an dem Vermögen des Kindes, solange dieses unmündig ist und ihnen die elterliche Gewalt nicht wegen ihres Verschuldens entzogen wird“. <sup>14)</sup>

Ich möchte mich weder für eine derartige Ausdehnung des elterlichen Nutznießungsrechtes, noch für die erwähnte Normierung des Intestaterbrechtes des überlebenden Ehegatten aussprechen.

Für die Gestaltung des Intestaterbrechtes des überlebenden Ehegatten, bzw. für die Berechnung der ihm zufallenden Erbnießbrauchsquote werden nach dem ABGB. die durch nachfolgende Ehe legitimierten Kinder, die in einer sogenannten Putativehe geborenen Kinder, ferner uneheliche Kinder einer Erblasserin den ehelichen gleich gezählt (§§ 752, 754). Ein per rescriptum Principis legitimiertes Kind wird ebenfalls einem ehelichen gleich gezählt „wenn es auf Ansuchen des Vaters, um gleiche Rechte mit den ehelichen Kindern in dem frei vererblichen Vermögen zu genießen, legitimiert worden ist“ (§ 753 ABGB.). Diese Bestimmungen werden in den Entwürfen der Novelle nicht berührt und bleiben daher in Geltung. Im Sinne des § 755 ABGB. werden in der eben erwähnten Beziehung auch Wahlkinder den ehelichen gleich gehalten. Für diese von der herrschenden Lehre allgemein angenommenen Auffassung ist auch de lege ferenda zu sagen, daß der Erblasser zwar durch die Annahme eines Kindes die Situation seines überlebenden Ehegatten nachteilig beeinflusst hat, daß er ja aber auch in der Lage gewesen wäre, durch eine testamentarische Verfügung das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten auszuschließen, bzw. ihn nach dem Recht der Entwürfe auf den Pflichtteil zu beschränken. Sollte der Vorschlag, daß der neben eigenen Kindern erbende überlebende Ehegatte eine höhere Erbnießbrauchsquote als der neben Stiefkindern berufene, erhält, Anklang finden, dann wären Wahlkinder, welche der Erblasser allein angenommen hat, Stiefkindern, Wahlkinder, welche auch der überlebende Ehegatte angenommen hat, Kindern aus der Ehe des Erblassers mit dem überlebenden Ehegatten gleichzuhalten; Wahlkinder, welche im Sinne des § 184 ABGB.

<sup>14)</sup> Art. 14 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches lautet: „Mündig ist, wer das zwanzigste Lebensjahr vollendet hat. Heirat macht mündig.“

vom Erbrecht ausgeschlossen sind, hätten nicht als Kinder (Nachkommen) des Erblassers zu gelten.

Der in Vorschlag gebrachte Erbnießbrauch des überlebenden Ehegatten neben Kindern des Erblassers wäre dem Recht zu lebenslangem Genusse des § 757 ABGB. gleich wirksam. Den nachteiligen Konsequenzen dieser Art „Belastung“ der gesamten Verlassenschaft, bzw. der den Kindern (Nachkommensstämmen) zugewiesenen Vermögensobjekte sollte meines Erachtens dadurch begegnet werden, daß jedem Kinde und dem überlebenden Ehegatten das Recht eingeräumt wird, die Umwandlung des die einzelnen Objekte belastenden dinglichen Genussrechtes in eine jährliche Rente zu verlangen (vgl. oben Anm. 8); dieses Rentenbezugsrecht wäre sicherzustellen (§ 688 ABGB., § 161, Abs. 2 des Kais. Pat. v. 9. August 1854). Ich stelle mir vor, daß jedes Kind dem überlebenden Ehegatten die Umwandlung des dinglichen Genussrechtes in eine jährliche Rente anbieten und daß der überlebende Ehegatte gegenüber jedem Kinde die Umwandlung des ihm zustehenden Genussrechtes in eine jährliche Rente fordern könnte. Ich hätte z. B. keine Bedenken dagegen, daß etwa eine Witwe, welche neben zwei Stiefföhnen erbt, das dingliche Genussrecht an einem Viertel des dem einen Stieffohne zugewiesenen Landgutes behält, während sie von dem anderen Stieffohne, dem der Effektenbesitz des Erblassers zugewiesen wurde, die Sicherstellung einer vom Viertel dieser Effekten berechneten Rente verlangt.

Zum Schlusse noch die Bemerkung, daß nach italienischem Recht (Art. 819) die Erben berechtigt sind, „die Ansprüche des Ehegatten entweder durch Sicherstellung einer Leibrente oder durch Anweisung der Erträgnisse von Liegenschaften oder Kapitalien der Erbschaft, welche entweder einverständlich oder sonst durch die Gerichtsbehörden unter Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles zu bestimmen sind, zu befriedigen.“ Nach dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Art. 463, vgl. oben Anm. 8) kann umgekehrt der überlebende Ehegatte an Stelle der Nutznießung eine jährliche Rente (welche im Falle der Gefährdung sicherzustellen ist) verlangen. <sup>14a)</sup>

<sup>14a)</sup> Auch des § 1257 ABGB. gedacht bereits oben Anm. 8 Erwähnung.



§ 2.

Entwurf II, § 122 hat folgende Fassung: „§ 758 a. b. G. B. hat zu lauten: Dem überlebenden Ehegatten gehören außer dem Erbteil die zum Haushalt gehörenden beweglichen Sachen, neben Kindern des Erblassers jedoch nur das für seinen eigenen Bedarf Nötige als ein Vorausvermächtnis.“<sup>15)</sup> Unsere Entwürfe gehen also weiter als der § 1932 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches. Dieser Paragraph lautet nämlich: „Ist der überlebende Ehegatte neben Verwandten der zweiten Ordnung oder neben Großeltern gesetzlicher Erbe, so gehören ihm außer dem Erbteil die

<sup>15)</sup> Entwurf III, § 135 stimmt mit Entwurf II, § 122 wörtlich überein. — Im Entwurf I [R.V.], § 97, hieß es: § 758 ABGB. hat zu lauten: „Dem überlebenden Ehegatten gehören außer dem Erbteil die zum ehelichen Haushalt gehörenden beweglichen Sachen als ein Vorausvermächtnis.“

Das Vorausvermächtnis ist nicht ein Pflichtteil oder ein „gegenwilliger“ Anspruch (Schiffner, Erbrechtsreform, S. 38 fg.; vgl. auch Schiffner, Gesetzliche Vermächtnisse, S. 88 fg.). Der Erblasser kann den Hausrat z. B. einem Sohn oder einem Dritten vermachen. Der Anspruch auf das Vorausvermächtnis ist unabhängig davon, ob der überlebende Ehegatte gesetzlicher Erbe wird. Auch wenn der überlebende Ehegatte z. B. infolge eines Erbvertrages keinen gesetzlichen Erbteil erhält oder von dem gesetzlichen Erbteil (und nicht zugleich von dem Vorausvermächtnis) ausgeschlossen wird, erhält er das gesetzliche Vorausvermächtnis. Anders Schiffner, Erbrechtsreform, S. 39. Der Anspruch auf das Vorausvermächtnis ist trotz der Worte „Außer dem Erbteile“ der Entwürfe nicht ein bloßes Akzessorium des Erbteiles oder gar nur des gesetzlichen Erbteiles. Der überlebende Ehegatte ist im Sinne der Entwürfe a) Erbe, b) Vorausvermächtnisnehmer; beide Ansprüche sind voneinander unabhängig; das Gegenteil müßte im neuen Gesetz besonders ausgedrückt sein. Dazu kommt, daß die Entwürfe dem überlebenden Ehegatten ein Pflichtteilsrecht einräumen und daß auch § 796 ABGB. dem überlebenden Ehegatten einen „gegenwilligen“ Anspruch einräumt. Der vom gesetzlichen Erbteil und nicht vom „Voraus“ ausgeschlossene Ehegatte erhält demnach im Sinne der Entwürfe meines Erachtens a) den Pflichtteil, b) den Voraus und c) eventuell den Anspruch des § 796 ABGB.

zum ehelichen Haushalt gehörenden Gegenstände, soweit sie nicht Zubehör eines Grundstückes sind<sup>16)</sup> und die Hochzeitsgeschenke als Voraus. Auf den Voraus finden die für Vermächtnisse geltenden Grundsätze Anwendung.“ Ich kann mich weder mit der Bestimmung des § 97, Entwurf I [R.V.] (vgl. Anm. 15), nach welcher der überlebende Ehegatte auch neben den Kindern die zum Haushalte gehörenden beweglichen Sachen als ein Vorausvermächtnis erhalten soll, noch mit der im Entwurf II, § 122 vorgeschlagenen Bestimmung einverstanden erklären. Zunächst bedeuten die Worte, „das für seinen eigenen Bedarf Nötige“, schon in Folge ihrer Unbestimmtheit ein recht geringes Zugeständnis an die Kinder des Erblassers. „Das für seinen eigenen Bedarf Nötige“ wird in vielen Fällen, namentlich bei einer einigermaßen liberalen Interpretation alle zum ehelichen Haushalt gehörenden Sachen umfassen. Sodann können die zum ehelichen Haushalt gehörenden beweglichen Sachen nicht bloß relativ, sondern auch absolut von hohem Werte sein (vgl. Touaillon Notz. 1908, S. 226)<sup>17)</sup> und sie können den ganzen Nachlaß bilden (Ehrenzweig, ZBl. 1908, S. 86). Der „Voraus“ kann also eine sehr empfindliche Benachteiligung der übrigen gesetzlichen Erben, insbesondere der neben dem überlebenden Ehegatten erben den Kinder bedeuten. Krasznopolski in seinem Vortrag über die Regierungsvorlage einer Novelle zum ABGB.<sup>18)</sup> S. 23, macht insbesondere auf die unbilligen Konsequenzen dieses Anspruches auf den „Voraus“ aufmerksam, welche sich dann ergeben, wenn der überlebende Ehegatte zu einer zweiten Ehe schreitet und bald darauf stirbt. Hier fällt dann der aus der ersten Ehe stammende „Voraus“ nicht an die Kinder aus erster Ehe, sondern an den zweiten Ehegatten als „Voraus“. — Wir sollten uns entweder ganz an das Vorbild des § 1932 des deutschen bürgerlichen

<sup>16)</sup> Eine zweite wesentliche Abweichung unserer Entwürfe vom deutschen Vorbild ist also die, daß in demselben die Worte „so weit sie nicht Zubehör eines Grundstückes sind“ fehlen.

<sup>17)</sup> Der Erblasser hatte ein Stadthaus und ein Schloß, den Sommer-sitz der Familie, hinterlassen. Gehört die Gemäldesammlung in den Salons des Stadthauses und die Einrichtung des Schlosses auch zum Voraus?

<sup>18)</sup> Wien, Manz, 1908.



Gesetzbuches halten oder aber, was mir empfehlenswerter zu sein scheint, nach dem Vorschlage Touaillons, a. a. D., dem überlebenden Ehegatten bloß ein Einlösungsrecht bezüglich der zum Haushalte gehörenden beweglichen Sachen einräumen; die Einlösung hätte zu dem im Streitfalle durch gerichtliche Schätzung festzustellenden gemeinen Preise zu erfolgen. Wir werden damit umso eher unser Auslangen finden, wenn wir den § 1237 ABGB. sachgemäß ändern. Hievon wird im § 9 zu handeln sein.

Der Entwurf I (RV., § 97, vgl. Anm. 15) und der Entwurf II, § 122, hatten die Bestimmung des § 758 ABGB., nach welcher „dasjenige, was gemäß der Ehepacten, eines Erbvertrages, oder einer letzten Anordnung dem überlebenden Ehegatten aus dem Vermögen des anderen zukommt in den Erbteil eingerechnet“ wird, aufgehoben. Der überlebende Ehegatte hätte also, auch wenn er neben Kindern des Erblassers erbt, neben seinem Erbteil und dem Vorausvermächtnis auch das behalten, was er gemäß der Ehepacten, eines Erbvertrages oder einer letzten Anordnung aus dem Vermögen des Erblassers erhalten hat. Gegen diese Häufung von Rechten des überlebenden Ehegatten zum Nachtheile der Kinder des Erblassers muß mit Ehrenzweig, *ZBl.* 1908, S. 86 und mit Wellspacher, *Kritische Bemerkungen zur Zivilgesetznovelle*, 1908, S. 44, entschieden Widerspruch erhoben werden.<sup>19)</sup> Entwurf III hat denn auch in seinem § 134, Abs. 1, einen Satz eingefügt, welcher lautet: „In allen Fällen wird in den Erbteil des Ehegatten dasjenige eingerechnet, was ihm gemäß der Ehepacten oder eines Erbvertrages aus dem Vermögen des Erblassers zukommt“. Ich halte auch diese Bestimmung nicht für ausreichend, glaube vielmehr, daß auch das auf Grund einer letztwilligen Anordnung, also insbesondere auf Grund eines Vermächtnisses dem überlebenden Ehegatten zukommende Vermögen in seinen gesetzlichen Erbteil (Erbnießbrauch)

<sup>19)</sup> Wellspacher, a. a. D., Anm. 48, hat insbesondere mit Recht darauf aufmerksam gemacht, daß nach dem von der Novelle nicht berührten § 1258 ABGB. der das Advitalitätsrecht in Anspruch nehmende Ehegatte kein Recht auf den gesetzlichen Erbteil habe.

einzurechnen ist. Hat der Erblasser letztwillige Anordnungen getroffen und dem überlebenden Ehegatten nicht mehr zugewendet als seinen gesetzlichen Erbteil (den Wert seines gesetzlichen Erbnießbrauches), dann soll es bei dem gesetzlichen Erbteil (Erbnießbrauch) bleiben. In solchen Fällen bedürfen die Kinder des Erblassers eines Schutzes ihrer Interessen und nicht der überlebende Ehegatte. — Es hätten daher in dem Schlußsatz des Abs. 1 des § 134, Entwurf III die Worte eingefügt zu werden „oder einer letzten Anordnung“.



§ 3.

Wir wenden uns nunmehr zur Besprechung des Falles, daß mit dem überlebenden Ehegatten andere erbberechtigte Personen konkurrieren, u. zw. zunächst zu dem Falle, daß neben dem überlebenden Ehegatten Eltern des Erblassers oder Erben des elterlichen Stammes in Betracht kommen. In diesem Falle erhält nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch und nach unseren Entwürfen (I [RV], § 96, II, § 121, III, § 134) der überlebende Ehegatte die Hälfte des Nachlasses. Nach unserem künftigen Rechte soll also der überlebende Ehegatte neben Eltern, neben Geschwistern sowie neben Nachkommen von Geschwistern des Erblassers die Hälfte zu Eigentum erhalten, während er nach gegenwärtigem österreichischen Rechte neben Ascendenten oder Kollateralen niemals mehr als den vierten Teil des Nachlasses erhält. Daß das geltende Recht dem überlebenden Ehegatten zu wenig gibt, ist richtig. Eine andere Frage ist aber die, ob es wirklich sachentsprechend ist, dem überlebenden Ehegatten zu dem Viertel des geltenden Rechtes noch eine weitere Portion des Nachlasses zu Eigentum zuzusprechen, also wie dies die Entwürfe tun, neben Eltern und Personen elterlichen Stammes ihm eine Hälfte des Nachlasses zuzuwenden. Es ist nicht wünschenswert, daß ein allzugroßer Teil des Vermögens des Erblassers durch den überlebenden Ehegatten hindurch an seinen zweiten Ehegatten, an seine Descendenten aus einer früheren oder einer späteren Ehe, an die unehelichen Descendenten des überlebenden Ehegatten (vgl. Anm. 10), an Kollateralen des überlebenden Ehegatten oder an dritte dem Erblasser fremde Personen gelange. Die Rücksicht auf die Eltern und auf die Personen elterlichen Stammes des Erblassers soll den überlebenden Ehegatten nicht, wie dies nach geltendem österreichischen Rechte manchmal der Fall ist, allzusehr in den Hintergrund drängen, aber das Vermögen

des Erblassers soll doch auch nicht seinen Eltern und den Personen seines elterlichen Stammes ex lege in zu weitem Umfange zu Gunsten von ihm (dem Erblasser) ganz ferne stehenden Personen entzogen werden.

Das schweizerische Zivilgesetzbuch bestimmt im Art. 462, Abs. 2, daß der überlebende Ehegatte neben Erben elterlichen Stammes „einen Viertel zu Eigentum und drei Viertel zu Nutznießung“ erhalten solle. Ich möchte vorschlagen, daß dem überlebenden Ehegatten neben Eltern des Erblassers und neben Personen elterlichen Stammes als Erben des Erblassers ein Viertel des Vermögens des Erblassers zu Eigentum und ein weiterer Viertel zur Nutznießung eingeräumt werde. — Eine derartige Bestimmung hielte meines Erachtens die richtige Mitte zwischen den kollidierenden Interessen des überlebenden Ehegatten einerseits und der Eltern des Erblassers bzw. anderer Erben elterlichen Stammes andererseits.<sup>20)</sup>

Nach geltendem Recht erhält der überlebende Ehegatte, wenn neben ihm Großeltern oder Personen großelterlichen Stammes erben, nur den vierten Teil des Nachlasses. Nicht nur Großeltern des Erblassers, Onkel und Tanten desselben und Geschwisterkinder, sondern auch Urgroßeltern und deren Nachkommen und noch entferntere Kollateralen bis einschließlich der sechsten Parentel reduzieren ja den Erbanspruch des überlebenden Ehegatten auf den vierten Teil des Nachlasses. Nach den Entwürfen sollen aber genau wie nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch nur mehr die Großeltern als Erben neben dem überlebenden Ehegatten gelten und Nachkommen der Großeltern sollen als gesetzliche

<sup>20)</sup> Nach französischem Recht (Art. 767 in der Fassung des Gesetzes vom 9. März 1891) erhält der überlebende Ehegatte neben Eltern ebenso wie neben anderen erbfähigen Verwandten den Nießbrauch an der Hälfte. Nach italienischem Recht fällt dem überlebenden Ehegatten der dritte Teil der Erbschaft als Eigentum zu, wenn keine ehelichen Kinder, wohl aber Ascendenten oder uneheliche Kinder, oder Geschwister oder deren Descendenten vorhanden sind. Trifft der Ehegatte mit Ascendenten und mit unehelichen Kindern zusammen, so hat er nur auf ein Viertel der Erbschaft Anspruch (Art. 754). In Dänemark und in Norwegen (vgl. oben Anm. 3) erhält der überlebende Ehegatte, wenn kein Descendent vorhanden ist, den dritten Teil der Erbschaft.



Erben neben dem überlebenden Ehegatten überhaupt nicht mehr in Betracht kommen. Die Entwürfe bestimmen ja, dem deutschen bürgerliche Gesetzbuche folgend, daß jene Vermögensteile, welche an die Nachkommen verstorbener Großeltern gefallen wären, die Hälfte des überlebenden Ehegatten, welche ihm in jedem Falle als Minimum zufällt, vermehren. Es kann sich also ereignen, daß der überlebende Ehegatte, welcher neben einem großelterlichen Teile erbt, sieben Achtel des gesamten Nachlasses erhält. Das schweizerische Zivilgesetzbuch bestimmt in dem bereits oben erwähnten Art. 462, daß der überlebende Ehegatte neben Erben des großelterlichen Stammes die Hälfte zu Eigentum und die andere Hälfte des Nachlasses zur Nutznießung erhalten solle. Ich bekenne, daß ich diese Bestimmungen des schweizerischen Zivilgesetzbuches der Normierung der Entwürfe vorziehen würde; ich würde aber, um von dem geltenden Recht nicht allzustark abzuweichen, vorschlagen, dem überlebenden Ehegatten bloß ein Viertel des Nachlasses zu Eigentum und drei Viertel zu Nießbrauch zuzuwenden. Nach den Entwürfen gelangen Personen großelterlichen Stammes (Onkel, Tanten, Vetter, Basen) niemals direkt zu einem Teile des Nachlasses. Man denke an folgenden Fall: der kinderlose Erblasser stirbt mit Hinterlassung einer Witwe; von seinen Verwandten lebt der väterliche Großvater A und dessen Sohn B aus der Ehe mit der verstorbenen Großmutter des Erblassers, (ein Bruder des Vaters des Erblassers). Nach den Entwürfen erhält der Großvater ein Viertel des Nachlasses, die Witwe (da ihr das an den Onkel B als Repräsentanten seiner Mutter zufallende Viertel zuwächst) drei Viertel des Nachlasses. Nach dem Tode des Großvaters A erhält dann der Onkel B dessen Viertel; wäre A 14 Tage später nach dem Tode des Erblassers gestorben, erhielte die Witwe den ganzen Nachlaß, B (auch indirekt) nichts. Nach meinem Vorschlage (welcher sich im Prinzip, wenn auch nicht in der Quotierung mit dem Rechtsätze des Art. 462, Abs. 2 des schweizerischen Zivilgesetzbuches deckt) erhielte die Witwe ein Viertel zu Eigentum, drei Viertel zu Erbnießbrauch; der Großvater A und der Onkel B je drei Achtel zu Eigentum; die drei Achtel des Großvaters A fielen dann eventuell nach dessen Tode an den Onkel B,

welcher dann die ganzen drei Viertel zu Eigentum erhielte. Ein anderer Fall: Der Erblasser hinterläßt eine Witwe, von Verwandten den väterlichen Großvater A und einen Bruder seiner Mutter C. Nach den Entwürfen erhält die Witwe drei Viertel zu Eigentum, der Großvater A erhält ein Viertel vom Nachlaß, der Onkel C nichts. Nach meinem Vorschlage (dem Schweizer Prinzip) erhält die Witwe ein Viertel zu Eigentum, drei Viertel zu Erbnießbrauch; der väterliche Großvater A erhält drei Achtel, der mütterliche Onkel C drei Achtel zu Eigentum. Nach meinem Vorschlage (dem Schweizer Prinzip) sind überlebende Großeltern zunächst und für ihre Person weniger gut gestellt als nach den Entwürfen; ihre Eigentumsquoten sind ja belastet durch den Erbnießbrauch des überlebenden Ehegatten. Dagegen sind dienachden Grundsätzen gesetzlicher Erbfolge an sich zunächst berufenen Personen großelterlichen Stammes nach meinem Vorschlage (dem Schweizer Prinzip) unvergleichlich besser gestellt als nach den Entwürfen; denn sie erhalten nach meinem Vorschlage (dem Schweizer Prinzip) Eigentumsquoten, welche freilich zunächst durch den Erbnießbrauch des überlebenden Ehegatten belastet sind, nach den Entwürfen aber nichts. Dazu kommt die folgende Erwägung: Onkel und Vettern, Tanten und Basen mögen dem Erblasser sehr ferne gestanden sein, aber vielleicht (um nicht mehr zu sagen) stehen ihm der zweite Ehegatte seiner Witwe, ihre Kinder aus einer anderen Ehe und ihre sonstigen Angehörigen (an welche nach ihrem Tode sein Vermögen fallen soll) auch nicht näher. Und so erscheint mir denn mein Vorschlag (das Schweizer Prinzip) auch aus diesem Gesichtspunkte der gerechtere zu sein. Ich meine, für den überlebenden Ehegatten ist genug geschehen, wenn er nicht nur ein Viertel zu Eigentum, sondern den Ertrag des ganzen übrigen Nachlasses für Lebensdauer gesichert erhält. Eine dauernde Vermögensverschiebung von der erblasserischen Angehörigengruppe weg zur Angehörigengruppe des überlebenden Ehegatten scheint mir über den Rahmen berechtigter weitgehender Fürsorge für den überlebenden Ehegatten hinauszugehen.

Der dem überlebenden Ehegatten neben Eltern und deren Nachkommen, neben Großeltern und Personen großelterlichen Stammes zustehende Erbnießbrauch wäre ebenfalls dem ding-



lichen Genußrechte des § 757 ABGB. gleich zu halten. Jeder Erbe wäre berechtigt, dem überlebenden Ehegatten statt des seine Vermögensobjekte belastenden Erbnießbrauches eine jährliche (sicherzustellende) Rente anzubieten. Und ebenso wäre der überlebende Ehegatte berechtigt, gegenüber jedem Erben die Umwandlung seines Erbnießbrauches an den diesem Erben zugewiesenen Vermögensobjekten in eine jährliche (sicherzustellende) Rente zu verlangen (vgl. oben S. 11).

Die Ausführungen und Vorschläge des § 2 (oben S. 12fg.) über die Behandlung des sogenannten „Voraus“ und bezüglich der „Einrechnung“ des dem Ehegatten aus dem Vermögen des Erblassers zukommenden, in seinen gesetzlichen Erbteil gelten sinngemäß auch dann, wenn der überlebende Ehegatte neben Eltern und deren Nachkommen sowie neben Großeltern und gesetzlichen Erben großelterlichen Stammes Erbe, bzw. Erbe und Erbnießbraucher wird.

§ 121, Abs. 2 des Entwurfes II lautet, wie bereits oben erwähnt wurde: „Sind weder gesetzliche Erben der ersten oder zweiten Linie, noch Großeltern vorhanden, so erhält der überlebende Ehegatte die ganze Erbschaft“ (gleichlautend Entwurf I [R.V.], § 96, Abs. 2, Entwurf III, § 134, Abs. 2).<sup>21)</sup> Die durch diese Bestimmung verfügte Ausschließung der Verwandten der vierten, fünften und sechsten Linie (nämlich der Urgroßeltern

<sup>21)</sup> Aus der Zusammenstellung der in Frankreich, Dänemark und Norwegen geltenden Bestimmungen in der Anm. 20 ergibt sich, daß die Situation des überlebenden Ehegatten im Falle der Konkurrenz mit Großeltern und Personen großelterlichen Stammes nach diesen Erbrechtsordnungen eine erheblich weniger günstige ist. Anders freilich der ungarische Entwurf (vgl. oben Anm. 4a). Art. 755, Abs. 1 des italienischen Zivilgesetzbuches lautet: „Hinterläßt der Erblasser andere erbberechtigte Verwandte (als die im Art. 754 [vgl. oben Anm. 20] aufgezählten) so fällt die Erbschaft zu zwei Dritteln dem Ehegatten zu.“ Im Abs. 2 des Art. 755 aber heißt es: „Die Erbschaft fällt dem überlebenden Ehegatten ganz zu, wenn der Erblasser keine erbberechtigten Verwandten innerhalb des sechsten Grades hinterläßt.“ Nach Art. 767 des Code Civil in der Fassung des Gesetzes vom 9. März 1891 erhält der überlebende Ehegatte den ganzen Nachlaß, wenn kein erbfähiger Verwandter und kein uneheliches Kind [enfant naturel] vorhanden ist. Erbfähig sind Verwandte bis zum zwölften Grade römischer

und ihrer Nachkommen, der zweiten Urgroßeltern und ihrer Nachkommen, sowie der dritten Urgroßeltern und ihrer Nachkommen, §§ 741—750 ABGB.) zu Gunsten des überlebenden Ehegatten ist gewiß zu billigen. Mit Rücksicht auf die vorstehenden Ausführungen wären aber nach dem Vorbild des Art. 462, Abs. 2 des Schweizer Gesetzbuches nach dem Worte „Großeltern“ die Worte „oder gesetzlichen Erben großelterlichen Stammes“ einzuschalten. Es hieße dann also: „Sind weder gesetzliche Erben der ersten oder zweiten Ordnung, noch Großeltern oder gesetzliche Erben großelterlichen Stammes vorhanden, so erhält der überlebende Ehegatte die ganze Erbschaft.“

Komputation, Art. 738, 755). In Dänemark und Norwegen erhält der überlebende Ehegatte den ganzen Nachlaß, wenn keine Verwandten bis einschließlich der fünften Parentel vorhanden sind. Leske-Böwenfeld, Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr, II, S. 855.



## § 4.

Dem Vorbild des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches folgend, statuieren die Entwürfe der Novelle abweichend vom bisherigen Recht ein Pflichtteilsrecht des überlebenden Ehegatten.<sup>22)</sup> Im § 124 Entwurf II (gleichlautend mit § 99 Entwurf I [RV.], § 137 Entwurf III) heißt es: „§ 762 a. b. G. B. hat zu lauten: Die Personen, welche der Erblasser in der letzten Anordnung mit einem Erbteile bedenken muß, sind seine Kinder und sein Ehegatte und in

<sup>22)</sup> § 2303 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches lautet: „Ist ein Abkömmling des Erblassers durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen, so kann er von dem Erben den Pflichtteil verlangen. Der Pflichtteil besteht in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteiles. — Das gleiche Recht steht den Eltern und dem Ehegatten des Erblassers zu, wenn sie durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen sind.“ Auch das schweizerische Zivilgesetzbuch normiert ein Pflichtteilsrecht des überlebenden Ehegatten. Vgl. Art. 470, Abs. 1: „Wer Nachkommen, Eltern oder Geschwister oder den Ehegatten als seine nächsten Erben hinterläßt, ist befugt bis zu deren Pflichtteil über sein Vermögen zu verfügen.“ Im Art. 471 aber heißt es: „Der Pflichtteil beträgt . . . 4. für den überlebenden Ehegatten den ganzen Anspruch zu Eigentum, wenn neben ihm gesetzliche Erben vorhanden sind, und die Hälfte, wenn er einziger gesetzlicher Erbe ist.“ Vgl. ferner folgende Bestimmungen des italienischen Zivilgesetzbuches, Art. 812. „Der Ehegatte, gegen welchen kein rechtskräftiges Erkenntnis der persönlichen Scheidung vorliegt, hat auf die Erbschaft des anderen Ehegatten in dem Falle als dieser eheliche Kinder oder deren Abkömmlinge hinterläßt, das Fruchtgenußrecht eines Anteiles, welcher jenem gleichkommt, der jedem Kinde aus dem Titel des Pflichtteiles zukäme, wobei in die Zahl der Kinder auch der Ehegatte miteingerechnet wird.“ Art. 813. „Wenn der Testator keine Abkömmlinge, wohl aber Abzendenten hinterläßt, so beträgt der dem Ehegatten vorbehaltenen Teil das Viertel zum Fruchtgenusse.“ Art. 814. „Der Anteil zum Fruchtgenusse beträgt ein Drittel, wenn der Testator keine pflichtteilsberechtigten Abkömmlinge oder Abzendenten hinterläßt.“ — Die Hälfte des Vermögens ist den Kindern als Pflichtteil vorbehalten (Art. 805). — In den Fällen der Art. 813 und 814 hat also der pflichtteilsberechtigte überlebende Ehegatte das Viertel bzw. Drittel des Nachlasses zum Fruchtgenuß.

Ermanlung von Kindern seine Eltern.“ Im § 125 Entwurf II (gleichlautend § 100 Entwurf I [RV.], § 138 Entwurf III) aber heißt es: „§ 765 a. b. G. B. hat zu lauten: Als Pflichtteil bestimmt das Gesetz jedem Kinde und dem Ehegatten die Hälfte dessen, was ihm nach der gesetzlichen Erbfolge als Erbteil zugefallen wäre.“ Da nach § 123, Abs. 1 Entwurf II<sup>23)</sup>, ein aus seinem Verschulden geschiedener Ehegatte kein gesetzliches Erbrecht und keinen Anspruch auf das gesetzliche Vorausvermächtnis hat, so steht dem aus seinem Verschulden geschiedenen Ehegatten auch kein Pflichtteilsrecht zu. Gesetzliches Erbrecht, der Anspruch auf das gesetzliche Vorausvermächtnis und daher auch das Pflichtteilsrecht ist dem überlebenden Ehegatten auch dann versagt, „wenn der Erblasser die Klage wegen Trennung oder Scheidung der Ehe aus Verschulden des anderen schon angebracht hatte und der Klage stattgegeben wird“ (Entwurf II, § 123, Abs. 2).<sup>24)</sup> Von dem Pflichtteil ausgeschlossen werden kann der Ehegatte aus den Gründen des § 768 ABGB., ferner kann der Ehegatte von dem Pflichtteil ausgeschlossen werden, wenn der Erblasser berechtigt war die Trennung oder Scheidung aus Verschulden des anderen zu begehren (§ 126 Entwurf II).<sup>25)</sup> Über diesen „Enterbungsgrund“ und über den eben zitierten § 123, Abs. 2 Entwurf II, wird später eingehend gesprochen werden. Gleich hier sei aber darauf aufmerksam gemacht, daß unsere Entwürfe eine stillschweigende Übergehung des pflichtteilsberechtigten Ehegatten zulassen. Zwar heißt es im § 127 Entwurf II<sup>26)</sup>, ein mit Stillschweigen über-

<sup>23)</sup> Gleichlautend Entwurf III, § 136, Abs. 1; § 98, Abs. 1 Entwurf I (RV.) in der Textierung abweichend.

<sup>24)</sup> § 136, Abs. 2 des Entwurfes III stimmt wörtlich überein. Entwurf I (RV.), § 98, Abs. 2, lautet: „Beides ist dem überlebenden Ehegatten auch dann versagt, wenn der Erblasser die Klage wegen Trennung oder Scheidung der Ehe aus Verschulden des anderen Ehegatten schon bei Gericht angebracht hatte und nach dem Stande des Prozesses zur Zeit des Todes des Erblassers sein Begehren offenbar berechtigt war“.

<sup>25)</sup> Diese Bestimmung war schon im § 101 Entwurf I (RV.) enthalten. — § 139 Entwurf III stimmt mit § 126 Entwurf II wörtlich überein, schließt aber mit den Worten „des anderen Ehegatten“ zu begehren“

<sup>26)</sup> Entwurf II, § 127 und Entwurf III, § 140 stimmen wörtlich überein und lauten: „§ 781 a. b. G. B. hat zu lauten: Wird der Ehegatte



gangener Ehegatte könne immer nur den Pflichtteil aus der Masse fordern. Diese Bestimmung könnte zu der Meinung veranlassen, daß nach den Entwürfen der Pflichtteil durch Stillschweigen (durch Übergehung) nicht entzogen werden könnte. Diese Interpretation des § 127 Entwurf II, wäre aber darum eine irrige, weil die Entwürfe den § 782 ABGB. unberührt lassen. In diesem Paragraphen heißt es: „Wenn der Erbe beweisen kann, daß ein mit Stillschweigen übergangener Noterbe sich einer der in den §§ 768—770 angeführten Enterbungsursachen schuldig gemacht hat; so wird die Übergehung als eine stillschweigende rechtliche Enterbung angesehen.“ Der die Ausschließung des Ehegatten vom Pflichtteil regelnde § 126 Entwurf II (§ 139 Entwurf III) beginnt nun mit den Worten „§ 769 a. b. G. B. hat zu lauten“, substituiert seine Bestimmung daher dem § 769 ABGB.; § 769 ist aber, wie wir sehen, im § 782 zitiert. Daraus folgt, daß § 782 ABGB. trotz des § 127 Entwurf II (§ 140 Entwurf III) gilt, also daß eine Ausschließung des Ehegatten von seinem Pflichtteilsansprüche auch stillschweigend geschehen könne.

Ich bin der Meinung, daß dem überlebenden Ehegatten ein Pflichtteilsrecht nicht eingeräumt werden soll und spreche mich insbesondere gegen die Art aus, wie dieses Recht in den Entwürfen geregelt ist.

Findet man, daß die Bestimmung des § 796 ABGB., welche dem überlebenden Ehegatten statt eines Pflichtteiles in gewissen Fällen einen Anspruch auf den „mangelnden anständigen Unterhalt“ gewährt, in ihrer gegenwärtigen Fassung nicht befriedigt, so reformiere man diese Norm. Und es wird später zu besprechen sein, ob die in den Entwürfen vorgeschlagene Fassung des § 796 ABGB. (gleichlautend in Entwurf I [RV.], § 102, Entwurf II, § 128, Entwurf III, § 141) etwa geändert werden sollte. Ich halte es aber jedenfalls für nicht richtig, wenn die Eheschließung als solche dem Ehegatten ein festes Recht auf mindestens ein Viertel des Nachlasses des anderen Ehepartners und eventuell sogar auf einen bis zur Hälfte steigenden Nachlastteil gewährt. Denn

oder ein Noterbe der aufsteigenden Linie mit Stillschweigen übergangen, so kann er immer nur den Pflichtteil aus der Masse fordern“. Im Entwurf I (RV.) hat diese Bestimmung gefehlt.

im Falle einer unbekinderten Ehe ist der überlebende Ehegatte im Sinne der Entwürfe jedenfalls zur Hälfte gesetzlicher Erbe und daher zu einem Viertel Pflichtteilsberechtigter. Sind neben Großeltern Nachkommen verstorbener Großeltern vorhanden, so kann sich der gesetzliche Erbteil auf Grund der Entwürfe, wie bereits oben S. 18 ausgeführt wurde, auf sieben Achtel des Nachlasses steigern und der Pflichtteil wächst dann proportionell bis zur Hälfte von sieben Achtel des Nachlasses. „Sind aber weder gesetzliche Erben der ersten oder zweiten Linie, noch Großeltern vorhanden, so erhält der überlebende Ehegatte die ganze Erbschaft“ (§ 96 Entwurf I [RV.], § 121 Entwurf II, § 134 Entwurf III), der Pflichtteil steigt daher auf die Hälfte des Nachlasses. Nur wenn der eine Ehegatte bereits einen ehelichen Nachkommen hat oder ein uneheliches Kind der Ehegattin lebt, ist der Anspruch des anderen Teiles im Sinne der Entwürfe von vornherein auf ein Achtel des Vermögens des anderen reduziert. Es wird immer Ehen geben, die aus Berechnung geschlossen werden. Ich meine aber, daß das Gesetz das Interesse an der pekuniären Bereicherung durch die Eheschließung nicht in so rücksichtsloser Weise in den Vordergrund stellen soll.

Den Ausführungen Ungers, Erbrecht, § 78, Anm. 7, über die „legislative Frage, ob dem überlebenden Gatten ein Pflichtteilsrecht oder nur ein Alimentationsanspruch zu gewähren sei“<sup>27)</sup>, Hofmanns, Grünhuts Zeitschrift, I, S. 546 fg.<sup>28)</sup>, sowie den Ausführungen Ehrenzweigs, Bl. 1908, S. 86 fg. und in seinem oben (zu Anm. 9) zitierten Gutachten, S. 82 fg., in welchem in entschiedenster Weise gegen das in der Regierungsvorlage einer Zivilgesetznovelle vorgeschlagene Pflichtteilsrecht des überlebenden Ehegatten Stellung genommen wird, möchte ich folgende Bemerkungen beifügen.

<sup>27)</sup> Unger erklärt die Frage für schwierig und die Erwägung, welche für den bloßen Unterhaltsanspruch spricht, für begründet.

<sup>28)</sup> Hofmann, a. a. D., S. 547, sagt, „Wäre das Ausmaß des gesetzlichen Erbrechts in § 758 nicht so fehl. gegriffen, so jede gesunde Anschauung des Gattenverhältnisses verletzend, so verdiente unser Gesetzbuch in dieser Materie alle Anerkennung“. Hofmann tritt demnach für das Pflichtteilsrecht des überlebenden Ehegatten nicht ein.



Unser bürgerliches Gesetzbuch hat im ehelichen Güterrecht grundsätzlich das System der Gütertrennung rezipiert, weicht aber allerdings von diesem nach meiner Überzeugung ethisch höchststehenden System dadurch ab, daß es dem Manne in den §§ 1238, 1239 und 1034, „so lange die Ehegattin nicht widersprochen hat“, ein Verwaltungs-, Nutzungs- und Vertretungsrecht bezüglich des freien Vermögens (der Parapherna) der Frau zugesteht. Das österreichische Güterrechtssystem ist sicherlich dem gesetzlichen Güterrechtssystem des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches (System der Verwaltungsgemeinschaft) und dem System der Güterverbindung des Schweizer Rechtes vorzuziehen.<sup>29)</sup> Der Effekt dieser Systeme ist doch schließlich nicht wie häufig gesagt wird, eine Steigerung der Innigkeit der Lebensgemeinschaft, sondern die Unterwerfung der Frau unter den Mann und in so manchen Fällen schwere Schädigung vermögensrechtlicher Interessen der Frau durch den Gatten, während das österreichische Recht der Ehegattin in ihrem Widerspruchsrecht ein wertvolles Schutzmittel gegen den egoistischen Mißbrauch des ehemännlichen Verwaltungs-, Nutzungs- und Vertretungsrechts gewährt. Ich bin nun der Meinung, daß auch dieses ehemännliche Verwaltungs-, Nutzungs- und Vertretungsrecht<sup>30)</sup>

<sup>29)</sup> § 1363 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches stellt folgenden Grundsatz auf: „Das Vermögen der Frau wird durch die Eheschließung der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterworfen (eingebrachtes Gut). — Zum eingebrachten Gut gehört auch das Vermögen, das die Frau während der Ehe erwirbt“.

Das schweizerische Zivilgesetzbuch stellt im Art. 178 folgendes Prinzip auf: „Die Ehegatten stehen unter den Vorschriften der Güterverbindung, insofern sie nicht durch Ehevertrag etwas anderes vereinbaren oder unter ihnen der außerordentliche Güterstand eingetreten ist“ und nach Art. 194 vereinigt die Güterverbindung „alles Vermögen, das den Ehegatten zur Zeit der Eheschließung gehört oder während der Ehe auf sie übergeht“ zum ehelichen Vermögen; der Ehemann verwaltet das eheliche Vermögen (Art. 200, Abs. 1); „Der Ehemann hat die Nutzung am eingebrachten Frauengut und ist hieraus gleich einem Nutznießer verantwortlich“ (Art. 201, Abs. 1).

<sup>30)</sup> Der Ehemann ist zwar nicht Fruchtnießer ist aber über die während der Verwaltung bezogenen Nutzungen, „wenn es nicht ausdrücklich bedungen worden, keine Rechnung schuldig“ (§ 1239). Der Ehemann ist verpflichtet, die Ehegattin auf ihr Verlangen in „allen Vorfällen“ zu vertreten (§ 91 ABGB.). Behufs Durchführung seines Verwaltungs- und Nutzungsrechtes

in nicht wenigen Fällen die ohne jede Lebens- und Geschäftserfahrung in die Ehe eintretende unbeschützte Frau empfindlich und ungerecht schädigt und glaube es würde vollkommen ausreichen, wenn der Mann das Vermögen der Frau auf ihr Verlangen zu verwalten, sie auf ihr Verlangen zu vertreten hätte. Ich sehe auch nirgends ein sachlich zwingendes Argument für die Gewährung eines bis auf Widerruf zustehenden privilegierten Nutzungsrechtes des Ehemannes. Wir sollten einfach zu der Norm des römischen Rechtes zurückkehren, daß es einer ein Verwaltungs- und Vertretungsrecht des Ehemannes begründender und nicht einer daselbe ausschließenden rechtsgeschäftlichen Erklärung der Ehegattin bedürfe und wir sollten zum Schutze der Frau diese durch „Verlangen“ der Frau (§ 91 ABGB.) begründete Verwaltungs- und Vertretungsbefugnis durch eine fongente Norm für jeder Zeit widerruflich erklären.<sup>31)</sup> Jeden-

steht ihm auch eine gesetzliche Vertretungsbefugnis zu (§ 1034). Da er für das Stammgut oder Kapital haftet (§ 1239) so erstreckt sich auch seine Vertretungsbefugnis nicht auf das Stammgut oder Kapital gefährdende Geschäfte. Vgl. hiezu und über weitere Einzelheiten die vortreffliche Darstellung bei Krainz-Pfaff-Chrenzweig, § 439.

<sup>31)</sup> Nach § 1020 ABGB. steht es dem Machtgeber frei „die Vollmacht nach Belieben zu widerrufen; doch muß er dem Gewalthaber nicht nur die in der Zwischenzeit gehaltenen Kosten und den sonst erlittenen Schaden ersetzen; sondern auch einen der Bemühung angemessenen Teil als Belohnung entrichten“. Die Widerruflichkeit des Mandats ist ein aus dem römischen Recht übernommener weiser Elementarsatz des Mandatsrechtes (vgl. auch § 671 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches; ferner Schey, Obligationsverhältnisse, S. 680 fg.); es gibt keinen Verzicht auf die Widerruflichkeit des Mandats. Auch ein in „Ehepacten“ in Form eines Notariatsaktes erteiltes Verwaltungs- und Vertretungsmandat ist im Zweifel widerruflich. Nur, wenn die „Verwaltung des Vermögens“ der Ehefrau dem Ehemann „ausdrücklich und für immer“ in einem in Form eines Notariatsaktes errichteten Vertrage übertragen ist, greift die Norm des § 1241 ABGB. Platz, welche besagt, daß eine in dieser Weise dem Ehemanne übertragene Verwaltung ihm nur „in dringenden Fällen oder bei Gefahr eines Nachteiles“ abgenommen werden kann. Ein sogenannter Bewirtschaftungsvertrag kann also unter § 1241 ABGB. fallen und ist dann unwiderruflich (Pfaff-Krainz-Chrenzweig, § 439, Anm. 15). — § 1241 ABGB. müßte meines Erachtens ebenso wie die §§ 1238, 1239, 1240 ABGB. fallen bzw. völlig umgestaltet werden; es müßte durch eine fongente Norm ausgesprochen werden,



falls aber sollen wir, wenn es schon nicht möglich sein sollte unser eheliches Güterrecht in so gerechter und sachgemäßer Weise

daß auch ein in Form eines Notariatsaktes errichteter „Ehepakt“ einen rechtswirksamen Verzicht auf die Widerruflichkeit des Verwaltungs- und Vertretungsmandats der Ehefrau an den Ehemann nicht enthalten könne. Eine Ehefrau bedarf nicht selten gegen niemanden so dringend des Rechtsschutzes als gegen ihren Ehemann und § 1241, welcher einen grundsätzlich unwiderruflichen Bewirtschaftungsvertrag ermöglicht, ist eine wahre Fußangel für vertrauensfessige in ökonomischen Dingen unerfahrene Frauen.

Nach § 150 ABGB. sind von den Einkünften des Vermögens eines Kindes dessen Erziehungskosten zu bestreiten, ein etwaiger Überschuß muß angelegt und darüber jährlich Rechnung gelegt werden. „Nur dann, wenn dieser Überschuß gering wäre, kann der Vater von Legung einer Rechnung freigegeben und ihm derselbe zur freiwilligen Verwendung überlassen werden“. In merkwürdigem Gegensatz zu dieser ganz berechtigten Begrenzung des väterlichen Rechts stehen die Fülle von Rechten für den Ehemann an dem Vermögen der Frau der §§ 1238—1241.

§ 1240 stellt nämlich die Frau keineswegs so wie § 1239 den Gatten. Der Gatte hat ein Verwaltungs-, Vertretungs- und Nutzungsrecht bezüglich des freien Vermögens der Frau so lange die Frau nicht widersprochen hat (§§ 1238, 1239). Die Frau ist nur von der Rechnungslegung bezüglich eines ihr gehörigen, dem Manne abgetretenen Fruchtgenusses befreit. Und § 1240 beißt sich auch gleich beizufügen „es steht aber den Ehegatten frei dergleichen stillschweigend eingestandene Verwaltungen einzustellen“. Für die Ehegattin bedurfte es dieses Satzes nicht. § 1238 gibt ja der Frau ohnedies ein Widerspruchsrecht und es ist nicht abzusehen wozu im Verhältnis der Frau zum Manne der Schlußsatz des § 1240 nötig war. Wohl aber will der Schlußsatz des § 1240 außer Zweifel stellen, daß wenn die Frau den ihr gehörigen, dem Manne abgetretenen Fruchtgenuß bezieht, diese „Nießbrauchszession“ oder „Nießbrauchsrückzession“ jederzeit widerruflich ist. Darauf folgt dann gleich § 1241, welcher einen unwiderruflichen Bewirtschaftungsvertrag zu Gunsten des Mannes an den Parapherna der Frau zuläßt, nicht aber auch nur eine „unwiderrufliche Nießbrauchsrückzession“ des Mannes an die Frau. Um so weniger kann es zweifelhaft sein, daß die Frau bezüglich des Vermögens des Mannes, welches sie verwaltet, verrechnungspflichtig ist (vgl. Sammlung I, Nr. 390). — Das Resultat ist also für den Mann Verwaltungs-, Vertretungs- und Nutzungsbefugnis (ohne Verrechnungsverpflichtung quoad fructus) bezüglich des Vermögens der Frau, so lange sie nicht widersprochen hat — und die Möglichkeit eines unwiderruflichen Bewirtschaftungsvertrages. — Die Frau aber ist jedenfalls immer nur gewöhnliche Mandatarin, wenn sie Vermögen des Mannes verwaltet; ein „unwiderruflicher Bewirtschaftungsvertrag“ zu ihren Gunsten ist unmöglich; nur bezüglich des ihr gehörigen, von ihr dem Manne abgetretenen

zu „romanisieren“<sup>32)</sup>, uns hüten es durch Aufstellung eines Pflichtteilsrechtes des Ehegatten in peius zu reformieren. Denn daß Bestimmungen über das Pflichtteilsrecht des Ehegatten, wenngleich sie in der Novelle ebenso wie in dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch und im schweizerischen und italienischen Zivilgesetzbuch in das Erbrecht eingefügt sind, zu den grundlegenden Bestimmungen des ehelichen Güterrechts gehören, wird sich nicht bestreiten lassen. Unser bürgerliches Gesetzbuch regelt in seinem Hauptstück über die Ehepakten die Gütergemeinschaft auf den Todesfall, den Witwengehalt, die wechselseitigen Testamente, die Erbverträge und die Fruchtnießung auf den Todesfall (Abvitalitätsrecht). Und so wenig uns diese systematische Eingliederung der erwähnten Institute hindern darf, dieselben auch als erbrechtliche anzusehen, so wenig dürfen wir verkennen, daß die durch die

von ihr aber bezogenen Fruchtgenusses (als Nießbrauchsrückzessionarin) ist sie von der Rechnungslegung befreit; aber auch diese Dispens ist stets eine widerrufliche, sie kann als unwiderrufliche gar nicht gegeben sein.

Gegen Dgonowski, Öterr. Ehegüterrecht I, S. 402, welcher behauptet, die Vermutung des § 1238 gelte auch zu Gunsten der Frau, vgl. Krasnopolski, Grünhuts Zeitschrift IX, S. 581, Pfaff, JBl. 1887, S. 450.

Über den Schlußsatz des § 1241 „Sinegen ist auch er befugt, der unordentlichen Wirtschaft seiner Gattin Einhalt zu tun und sie unter den gesetzlichen Vorschriften sogar als Verschwenderin erklären zu lassen“, vgl. Pfaff, JBl. 1883, S. 267 fg. Die Bestimmung gehört — gelinde gesagt — zu den sonderbarsten und überflüssigsten des bürgerlichen Gesetzbuches. Eine Gesetzespolitische Begründung derselben ist unmöglich. Ich halte de lege ferenda deren Streichung für selbstverständlich.

<sup>32)</sup> „Frauen können bei Errichtung schriftlicher Urkunden und bei letzten Anordnungen Zeugen sein und bei Errichtung von Notariatsakten als Aktszeugen sowie bei gerichtlichen und notariellen Beglaubigungen oder anderen notariellen Beurkundungen als erster oder einziger Identitätszeuge zugezogen werden. Ihre Mitfertigung als Zeugen auf Privaturkunden in geringfügigen Grundbuchsachen kann die Mitfertigung männlicher Zeugen ersetzen“ (Entwurf I [RV.], § 5, Entwurf II, § 5, Entwurf III, § 8). Ich halte diese Bestimmungen, wie ich noch in anderem Zusammenhange näher darzulegen mir vorbehalte, nicht nur für überflüssig, sondern für durchaus nicht empfehlenswert. Ich glaube wir tun besser daran, die Frauen mit derartigen, für sie selbst unpraktischen Benefizien zu verschonen, ihnen aber dort Gerechtigkeit zu gewähren, wo sie ihnen gebührt, ihnen daher insbesondere auch im ehelichen Güterrecht die gerechte Gleichstellung mit dem Manne einzuräumen.



Statuierung eines Ehegattenpflichtteilsrechtes geschaffene Beschränkung der Testierfreiheit der Ehegatten unser eheliches Güterrecht von Grund aus ändert.

Ich glaube nicht, daß die Innigkeit des ehelichen Zusammenlebens dadurch gefördert wird, daß jeder Ehegatte weiß, er erwerbe mit der Eheschließung ein Recht darauf, daß ihm der andere Ehegatte ein Achtel, ein Viertel oder die Hälfte seines Vermögens von Todes wegen zuwenden müsse. In einer guten Ehe wird der Ehegatte nicht durch letztwillige Anordnungen den ganzen Nachlaß dem anderen Ehegatten, für welchen nicht in anderer Weise durch Ehepakte, durch Schenkungen inter vivos oder auf den Todesfall vorgesorgt ist, grundlos entziehen. Eine unglückliche Ehe wird aber dadurch nicht gebessert, daß der wohlhabende Ehegatte den andern über die Höhe seines Vermögens in Unkenntnis läßt und ihn durch mit leicht zu erwerbender Geschicklichkeit inszenierte Rechtsgeschäfte inter vivos um seinen Pflichtteilsanspruch zu bringen versucht.<sup>33)</sup> Der Gesetzgeber soll die Unfreiheit, welche die Eheschließung notwendig mit sich bringt, nicht durch derartige Pflichtteilsansprüche überspannen, die Testierfreiheit, die schon durch unser jetziges Pflichtteilsrecht vielleicht im Übermaß beschränkt wird, nicht durch die Statuierung eines auf die (leider nur allzuhäufig fehlende) „Innigkeit der Lebensgemeinschaft“ gestützten Pflichtteilsrechtes des Ehegatten noch mehr verkümmern.<sup>34)</sup> Und ist es wirklich gerecht und billig, daß der Erblasser seiner Ehegattin, seine Kinder oder seinen Bruder nicht fideikommissarisch substituieren kann, bzw. daß diese fideikommissarische Substitution für ein Achtel oder ein Viertel des Nachlasses (den Pflichtteil des Ehegatten) ungiltig ist.<sup>35)</sup> Ist

<sup>33)</sup> Der kinderlose Ehegatte braucht nur einen Neffen zu adoptieren und der Pflichtteil der Ehegattin ist auf ein Achtel des Nachlasses gesunken. Die draconischen Bestimmungen der Entwürfe, durch welche der Pflichtteil gegen Schenkungen geschützt werden soll, werden später besprochen werden. Gerade die wirklich inoffiziösen, illoyalen gegen Pflichtteilsansprüche abichtlich gerichteten Schenkungen werden am schwersten zu fassen sein.

<sup>34)</sup> „Kein wertvolleres Gut haben uns die Römer hinterlassen als die Testierfreiheit“ (Chrenzweig, *JBl.* 1908, S. 86).

<sup>35)</sup> Die Cautela Socini muß letztwillig angeordnet sein; in Deutschland ist sie Gesetz (§ 2306 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches). Der Erblasser

es wirklich gerecht und billig, wenn der Ehegatte, der keine erbberechtigten Kinder hat, genötigt ist, ein Viertel oder gar die Hälfte seiner Familie zu entziehen und sie dem anderen Ehegatten und damit dessen Familie zuzuwenden? Ist es gerecht und billig, wenn der in einer kinderlosen Ehe lebende Ehemann, seiner Ehegattin ein Viertel oder die Hälfte seines Vermögens als Pflichtteil zuzuwenden verpflichtet ist, obwohl er Vater unehelicher Kinder ist, während die in einer kinderlosen Ehe lebende Ehegattin, welche Mutter unehelicher Kinder ist, ihrem Ehegatten bloß ein Achtel ihres Vermögens als Pflichtteil zuzuwenden braucht? Ist es gerecht und billig, wenn der Witwer, welcher eine zweite Ehe eingehen will, ein Achtel seines Vermögens (welches vielleicht von seiner ersten vorverstorbenen Frau ererbt ist) seinen Kindern aus erster Ehe entziehen muß, wenn die Witwe, welche ihren Kindern einen Stiefvater gibt, diesen Kindern ein Achtel ihres (vielleicht vom ersten Gatten ererbten) Vermögens entziehen muß? Es sind dies poenae secundarum nuptiarum, welche sonderbarer Weise nicht den parens binubus, sondern die Kinder aus erster Ehe, die eine Stiefmutter, einen Stiefvater erhalten, treffen. Der überlebende Ehegatte, welcher zu einer zweiten Ehe schreitet, wäre nur dadurch in der Lage die erwähnte nachteilige Wirkung seiner zweiten Eheschließung zu beseitigen, daß er den Ehegatten, mit welchem er die zweite Ehe eingeht, veranlaßt, durch einen Erbverzicht sein Pflichtteilsrecht, u. zw. in einer auch für seine Nachkommen wirkenden Erklärung aufzugeben. Ein derartiger Erbverzicht wäre wohl ein ebenso seltenes als merkwürdiges Produkt des neu eingeführten Ehegattenpflichtteilsrechtes.<sup>36)</sup>

muß also, wenn er z. B. seinem Ehegatten seine Kinder fideikommissarisch substituiert, im Testamente ausdrücklich sagen, der Ehegatte werde auf das Achtel (seinen Pflichtteil) beschränkt, wenn er die fideikommissarische Substitution für den ganzen Erbteil nicht anerkennt.

<sup>36)</sup> Im Schlusssatz des § 106 Entwurf II heißt es: „Eine solche Verzichtleistung wirkt, wenn nichts anderes vereinbart ist, auch auf die Nachkommen“ (Entwurf III, § 116 stimmt wörtlich überein. Im Entwurf I [R.V.], § 79 waren nur die Worte „des Verzichtenden“ beigefügt.). Die Wirkung des Verzichts auf die Nachkommen wird in den Entwürfen ausdrücklich als dispositives Recht erklärt. Auch nach geltendem Recht kann



Nach § 123, Abs. 1 Entwurf II (vgl. oben Anm. 23) hat der überlebende Ehegatte kein gesetzliches Erbrecht und keinen Anspruch auf das gesetzliche Vorausvermächtnis und daher im Sinne des § 125 Entwurf II (gleichlautend § 100 Entwurf I [RV.], § 138 Entwurf III) auch kein Pflichtteilsrecht, wenn die Ehe aus seinem Verschulden geschieden wurde. Die Entwürfe halten also das gesetzliche Erbrecht, den Anspruch auf das gesetzliche Vorausvermächtnis und das Pflichtteilsrecht auch für den geschiedenen Ehegatten aufrecht, wenn die Ehe freiwillig geschieden worden ist, oder wenn auf die Scheidung zwar durch richterliches Urteil erkannt worden ist, kein Teil aber Schuld an der Scheidung trägt. In diesen Fällen bedürfte es eines gegenseitigen Erbverzichts, u. zw. eines im Sinne der Entwürfe auch für die Nachkommen wirksamen, um das gesetzliche Erbrecht, den Anspruch auf das gesetzliche Vorausvermächtnis und das Pflichtteilsrecht für den geschiedenen Ehegatten und deren Nachkommen zu beseitigen; ein solcher Vertrag (Erbverzicht) bedürfte im Sinne des § 106 Entwurf II (gleichlautend § 116 Entwurf III; in der Textierung abweichend § 79 Entwurf I [RV.]) „zu seiner Gültigkeit der Aufnahme eines Notariatsaktes oder der Beurkundung durch gerichtliches Protokoll“. Daß ein getrennter, obgleich schuldloser Ehegatte ein gesetzliches Erbrecht und ein Pflichtteilsrecht nicht in Anspruch nehmen kann, sagen die Entwürfe nicht ausdrücklich, ergibt sich aber aus § 1266 ABGB.<sup>37)</sup>

Das gesetzliche Erbrecht, der Anspruch auf das gesetzliche Vorausvermächtnis und das Pflichtteilsrecht ist dem überlebenden Ehegatten auch dann versagt „wenn der Erblasser die Klage wegen Trennung oder Scheidung der Ehe aus Verschulden des anderen schon angebracht hatte und der Klage stattgegeben wird“ (§ 123, Abs. 2 Entwurf II, gleichlautend § 136, Abs. 2 Ent-

die Wirkung des Verzichts auf die Nachkommen ausgeschlossen werden. Vgl. Pfaff-Hofmann, Excurse II, S. 54, Krausz-Pfaff-Ehrenzweig, § 483, Anm. 21, Schifflner, Erbrechtsreform, S. 7, Sinner, Protokolle I, S. 488.

<sup>37)</sup> Für den nicht österreichischen Leser sei bemerkt, daß unser Recht eine Scheidung von Tisch und Bett und eine Trennung der Eh dem Bande nach für „nicht katholische christliche Religionsverwandte“ (§§ 115 fg. ABGB.) und für Juden kennt (§§ 133 fg. ABGB.).

wurf III). Die Erben des Erblassers müssen also das wegen Trennung oder Scheidung der Ehe aus Verschulden des überlebenden Ehegatten anhängig gemachte Verfahren unter Umständen nur deshalb fortsetzen, um den Anspruch des überlebenden Ehegatten auf ein gesetzliches Erbrecht und damit auf ein Pflichtteilsrecht zu beseitigen. Ein Trennungs- oder Scheidungsprozeß, welcher bezüglich einer durch den Tod des klagenden Ehegatten gelösten Ehe nur deshalb fortgesetzt wird, um den überlebenden Ehegatten seines gesetzlichen Erbrechts und Pflichtteilsrechts verlustig zu erklären, ist sicherlich eine nicht zu empfehlende Neuerung.<sup>38)</sup> Es ist ungehörig, wenn fremde Testamentserben über das Eheleben des Erblassers nur deshalb gerichtlich verhandeln, um sich einen finanziellen Vorteil auf Kosten des überlebenden Ehegatten zu sichern. Geradezu unmöglich aber erscheint mir eine Norm, welche Kindern des Erblassers, welche zugleich Kinder des überlebenden Ehegatten sind, das Recht einräumt, einen Prozeß auf Trennung oder Scheidung der Ehe einer durch den Tod ihres Vaters gelösten Ehe, gegen ihre eigene Mutter zu übernehmen, um ihre Mutter an den Pranger zu stellen, und dies darum, um sich den Pflichtteil ihrer Mutter anzueignen! Auch wird dem überlebenden Ehegatten, welcher vielleicht um des lieben Friedens willen auf den ihm gebührenden Pflichtteil ganz oder teilweise verzichtet hätte, diese Großmut erschwert oder unmöglich gemacht, wenn er durch dieselbe den Schein auf sich ladet, er habe das Scheidungs- oder Trennungsbegehren als berechtigt anerkannt, z. B. also den Ehebruch, dessen er beschuldigt wurde, zugegeben.

Es ist ferner zu beachten, daß die Prozeßlage des beklagten überlebenden Ehegatten durch den Tod des Erblassers, welcher auf Scheidung oder Trennung der Ehe geklagt hat, in dem

<sup>38)</sup> In dieser Frage bedeuten die Entwürfe II und III keine Verbesserung des Entwurfes I (RV.). — Nach der Regierungsvorlage, § 98 (vgl. oben Anm. 24), soll wenigstens eine Prozeßführung nach dem Tode des klagenden Ehegatten vermieden werden; die „offenbare Berechtigung“ des Klagebegehrens soll „nach dem Stande des anhängigen Prozesses zur Zeit des Todes des Erblassers“ beurteilt werden.



fortgesetzten Verfahren sich verschlechtern oder sich doch verschlechtern kann. Vielleicht hätte der Kläger, wenn er persönlich der geklagten Ehegattin vor Gericht entgegenzutreten genötigt gewesen wäre, ihr vergeben, vielleicht hätten seine Aussagen, sein Auftreten im Kreuzverhör, sein ganzes Verhalten vor dem Richter zu einer ganz anderen Beurteilung des moralischen Niveaus der Prozeßparteien, zu einer günstigeren Auffassung der Handlungsweise der beklagten Ehegattin geführt als die Verlesung der Aussagen des Klägers und „Kronzeugen“ vor Gericht aus den Akten.

§ 126 Entwurf II (vgl. oben Anm. 25) bestimmt, daß der Ehegatte vom Pflichtteil ausgeschlossen werden kann, „wenn der Erblasser berechtigt war die Trennung oder Scheidung aus Verschulden des anderen zu begehren“.<sup>39)</sup> Ich kann dieser Norm nicht zustimmen. Hat der Erblasser es für gut befunden mit dem schuldigen Ehegatten die Ehegemeinschaft fortzusetzen, hat der Erblasser, aus welchen Gründen immer, gegen den schuldigen Gatten nicht geklagt bzw. nicht ein auf Scheidung oder Trennung lautendes Urteil erwirkt, dann soll er nicht aus sicherer Grabesruhe das Versäumte nachholen wollen, nicht die schuldige Ehegattin des Ehebruchs zeihen und es seinen Erben (welche ja vielleicht Kinder der schuldigen Gattin sind) überlassen, gerichtlich das Verschulden seiner Ehegattin feststellen zu lassen, um ihr so den Pflichtteil zu entziehen. Ein solches Verhalten des Erblassers ist der Anerkennung durch den Gesetzgeber wahrhaftig nicht wert. Ja, die Entwürfe verlangen nicht einmal — vom deutschen bürgerlichen Gesetzbuch und vom schweizerischen Zivilgesetzbuch abweichend (vgl. unten Anm. 40) — daß der dem schuldigen Ehegatten den Pflichtteil entziehende Erblasser diesen Enterbungsgrund ausdrücklich anführe. Hiernach wäre es also zulässig und möglich, daß fremde Testamentserben, ja daß Kinder des überlebenden Ehegatten, wenn der Erblasser diesem ohne Angabe eines Enterbungsgrundes den Pflichtteil entzogen oder ihn in seinen Dispositionen über sein Vermögen mit Stillschweigen übergangen hat, eine gerichtliche Feststellung der Tatsache verlangen und erlangen, „der Erb-

<sup>39)</sup> § 139 Entwurf III schließt mit den Worten „des anderen Ehe-  
teiles zu begehren“. Dieselben Worte gebraucht § 101 Entwurf I (RV.).

lasser sei berechtigt gewesen, die Trennung oder Scheidung aus Verschulden des anderen Ehepartners zu begehren“. Und diese Feststellung würde ausschließlich zu dem Zwecke erfolgen, um ein bestehendes Pflichtteilsrecht zu beseitigen und den Erben einen Vermögensvorteil zu sichern. Treffend führt Krasnopolski, a. a. O., S. 18 fg., in seiner Kritik des noch immer nicht beseitigten § 101 Entwurf I (RV.) aus: „Es können also die Kinder gegen ihre eigene Mutter mit dem Beweise, daß sie sich eines Ehebruchs schuldig gemacht habe, auftreten und das ganze innere eheliche Leben ihrer Eltern vor Gericht zur Sprache bringen und das alles vielleicht wegen eines ganz geringfügigen Betrages, welcher dem Pflichtteil ihrer Mutter entsprechen würde. Darin soll keine Verletzung der Eltern, keine Impietät gegen die Mutter liegen.“ Eine derartige Ungehörigkeit soll der Gesetzgeber nicht sanktionieren oder gar hervorrufen.“<sup>40)</sup> Der gegen

<sup>40)</sup> Nach italienischem Recht (Art. 812 des Zivilgesetzbuches) ist der Ehegatte „gegen welchen kein rechtskräftiges Erkenntnis der persönlichen Scheidung vorliegt“ pflichtteilsberechtigt (vgl. oben Anm. 3). Ich finde diese Bestimmung zweifellos richtiger als die Normen des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches, des schweizerischen Zivilgesetzbuches und unserer Entwürfe.

Das Vorbild des § 126 Entwurf II (§ 101 Entwurf I [RV.], § 139 Entwurf III) war der § 2335 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches, welcher lautet, „Der Erblasser kann dem Ehegatten den Pflichtteil entziehen, wenn der Ehegatte sich einer Verfehlung schuldig macht, auf Grund deren der Erblasser nach den §§ 1561 bis 1568 auf Scheidung zu klagen berechtigt ist. Das Recht zur Entziehung erlischt nicht durch den Ablauf der für die Geltendmachung des Scheidungsgrundes im § 1571 bestimmten Frist.“ Das deutsche bürgerliche Gesetzbuch verlangt aber in § 2336, Abs. 1, Entziehung des Pflichtteiles durch letztwillige Verfügung und in § 2336, Abs. 2, Angabe des Grundes der Entziehung in der Verfügung. „Der Beweis dieses Grundes liegt demjenigen ob, welcher die Entziehung geltend macht“ (§ 2336, Abs. 3). Nach unseren Entwürfen dagegen kann, wie bereits oben S. 23 erwähnt wurde, der Ehegatte auch stillschweigend, d. h. durch bloße Übergehung enterbt werden und den Erben die durch diese Übergehung einen Vorteil erlangen, steht es frei den Enterbungsgrund, insbesondere auch den Enterbungsgrund des § 126 Entwurf II (§ 101 Entwurf I, § 139 Entwurf III) geltend zu machen. — Nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch ist der Erblasser „befugt, durch Verfügung von Todes wegen einem Erben den Pflichtteil zu entziehen: 1. wenn der Erbe gegen den Erblasser oder gegen eine diesem nahe verbundene Person ein schweres Verbrechen be-



die vorstehenden Ausführungen auf Grund des § 540 ABGB. etwa erhobene Einwand wird im folgenden Paragraphen zu erörtern sein.

Soll in unserem neuen Recht wirklich ein Ehegattenpflichtteilsrecht eingeführt werden, dann müßte die vom Erblasser verfügte Entziehung des Pflichtteiles ohne Rücksicht auf das Vorliegen eines „Enterbungsgrundes“ gelten. Über die Gründe, welche einen Ehegatten veranlaßt haben dem anderen Eheiteile den Pflichtteil zu entziehen, soll niemand zu Gericht sitzen. Will man ein Ehegattenpflichtteilsrecht einführen, dann sollte es meines Erachtens so gestaltet werden, daß die stillschweigende Übergehung des überlebenden Ehegatten in den letztwilligen Verfügungen des Erblassers als unzulässig erklärt wird. Jeder Ehegatte darf von dem anderen Eheiteil die Rücksicht verlangen, daß er ihn in seinen letztwilligen Dispositionen nicht mit Stillschweigen übergehe. Ich würde daher für den Fall, daß man überhaupt ein Ehegattenpflichtteilsrecht einzuführen für gut findet, eine Norm vorschlagen, welche ungefähr folgendermaßen zu lauten hätte: „Dem in dem letzten Willen des Erblassers mit Stillschweigen übergangenen überlebenden Ehegatten gebührt die Hälfte davon, was ihm nach der gesetzlichen Erbfolge zugefallen wäre, als Pflichtteil. Die Entziehung des Pflichtteils des überlebenden Ehegatten muß ausdrücklich geschehen. Der Angabe oder des Beweises eines Grundes der Entziehung des Pflichtteiles bedarf es nicht. Dem geschiedenen oder getrennten, wenngleich schuldlosen Ehegatten gebührt kein Pflichtteil.“

gangen hat, 2. wenn er gegenüber dem Erblasser oder einem von dessen Angehörigen die ihm obliegenden familienrechtlichen Pflichten schwer verläßt hat“ (Art. 477). „Eine Enterbung ist nur dann gültig, wenn der Erblasser den Enterbungsgrund in seiner Verfügung angegeben hat. Ficht der Enterbte die Enterbung wegen Unrichtigkeit dieser Angaben an, so hat der Erbe oder Bedachte, der aus der Enterbung Vorteil zieht, deren Richtigkeit zu beweisen“ (Art. 479, Abs. 1 und 2). Das Ergebnis für die im Text erörterten Fragen wird also nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuche das gleiche sein wie nach dem Recht des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches. — Vgl. zu Art. 477 des schweizerischen Zivilgesetzbuches Robert von Mayr, „Das schweizerische Zivilgesetzbuch und die österreichische Zivilgesetznovelle“, S. 54.

Ich möchte also dem überlebenden Ehegatten nicht ein materielles Pflichtteilsrecht, sondern höchstens (d. h. wenn man ihm überhaupt einen Schutz gegen die Testierfreiheit des anderen Eheiteiles geben will) ein an das alte formelle Noterbrecht der römischen Sui erinnerndes formelles Recht geben. Der Erblasser soll die Situation klarstellen (Dernburg, Pandekten, III, § 143); er soll sagen, was er bezüglich der erbrechtlichen Stellung seines Ehegatten wolle. Das beleidigende geringschätzige Schweigen soll ihm verwehrt sein. Übergeht der Erblasser den Ehegatten mit Stillschweigen, so soll das wie ein Versehen, wie ein Irrtum gedeutet werden und das Gesetz dem überlebenden Ehegatten die Hälfte der legitima portio als Pflichtteil geben. Hat der Erblasser nur über den halben Nachlaß verfügt, so wird der mit Stillschweigen übergangene überlebende Ehegatte seinen Pflichtteil als gesetzlicher Erbe von der zweiten Nachlaßhälfte erhalten.<sup>41)</sup> Hatte er über mehr als die Nachlaßhälfte verfügt, so setzt sich der Pflichtteil des mit Stillschweigen übergangenen Ehegatten zusammen aus den ihm als gesetzlichen Erben und aus den ihm contra testamentum zugewiesenen Vermögensobjekten.<sup>42)</sup>

<sup>41)</sup> In dieser Weise wäre auch der Pflichtteilsanspruch des Deszendenten nach dem ABGB. und der Pflichtteilsanspruch des Ehegatten nach den Entwürfen zu befriedigen. — Der Nachlaß beträgt 100.000, über 50.000 ist disponiert. Die nächsten Verwandten sind Vettern. Der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten nach den Entwürfen ist 50.000; dieser wird durch Zuweisung der 50.000, über welche der Erblasser nicht disponiert hat, beglichen. Genau dieselbe Behandlung würde auch nach der im Texte formulierten Fassung des Pflichtteilsrechts Platz greifen.

<sup>42)</sup> Der Nachlaß beträgt 200.000; der Erblasser hat über 150.000 disponiert. Die nächsten Verwandten des Erblassers sind Vettern; nach den Entwürfen erhielte der überlebende Ehegatte als gesetzlicher Erbe den ganzen Nachlaß; sein Pflichtteil wäre 100.000. Der Pflichtteil setzt sich zusammen aus den 50.000 über welche nicht disponiert und aus 50.000, welche gegen den letzten Willen dem Pflichtteilsberechtigten zugewiesen werden. Das hätte genau ebenso auch nach der im Text formulierten Gestaltung des Pflichtteilsrechts zu gelten.



## § 5.

Im § 4 wurde gegen die Bestimmung der Entwürfe (II, § 126, III, § 139), daß der Ehegatte vom Pflichtteil ausgeschlossen werden könne, „wenn der Erblasser berechtigt war, die Trennung oder Scheidung aus Verschulden des anderen Ehepartners zu begehren“<sup>43)</sup>, Stellung genommen. Hiegegen wird nun vielleicht eingewendet werden, daß nach unserem geltenden Recht die Erbunwürdigkeit der Witwe wegen Ehebruches seitens ihrer Miterben (auch seitens ihrer Kinder) geltend gemacht werden kann und daß auf diesem Wege die Kinder ihre Mutter jedes gesetzlichen oder testamentarischen Erbrechts nach ihrem Gatten (möglicherweise dem Vater der Kläger) berauben oder doch zu berauben versuchen können! In der Tat ist der § 540 ABGB. so gefaßt, daß die Stichhaltigkeit dieses Einwandes nicht abgelehnt werden kann. Wir können diesen Einwand für das geltende Recht nur durch eine verständige einschränkende Interpretation des § 540 ABGB. und für die Zukunft durch eine Reform des § 540 ABGB. im Sinne des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches und des schweizerischen Zivilgesetzbuches begegnen. Um dies zu begründen bin ich genötigt, eine längere Besprechung des § 540 hier einzuschalten.

Die Bestimmungen des § 540 und des § 542 (welcher in der folgenden Darstellung außer Betracht bleibt)<sup>44)</sup> sind ohne Zweifel unter dem Einfluß der Bestimmungen des römischen

<sup>43)</sup> Im Entwurf I (RV.), § 101, hieß es, „wenn der Erblasser berechtigt war, die Trennung oder aus Verschulden des anderen Ehepartners die Scheidung der Ehe zu begehren“.

<sup>44)</sup> § 542 ABGB. soll die Testierfreiheit des Erblassers schützen und Verfehlungen gegen seinen wahren letzten Willen strafen. Der dritte Indignitätsgrund des österr. Rechts ist der des § 121 ABGB. Auch dieser Paragraph bleibt hier außer Betracht.

Kaiserrechts über Indignität entstanden (Pfaff-Hofmann, Excurse, II, S. 9fg.). In Rom war, von Ausnahmefällen abgesehen, der Fiskus Cripient. Die Indignität bewirkte Konfiskation zu Gunsten des Fiskus. Die maßlose Ausdehnung der Indignitätsfälle im Rom der Kaiserzeit ist darum verständlich.<sup>45)</sup> Der § 540 ist deshalb kein gutes römisches Erbstück; daß die bona ereptitia bei uns nicht dem Fiskus, sondern den übrigen Erben zufallen, entspricht unseren heutigen Vorstellungen, hat aber zur Folge, daß nunmehr Miterben nach Indignitätsgründen forschen und sie geltend machen können.

§ 540 lautet: „Wer den Erblasser, dessen Kinder, Eltern oder Gatten aus bösem Vorsatze an Ehre, Leib oder Vermögen auf solche Art verletzt oder zu verletzen gesucht hat, daß gegen ihn von Amts wegen oder auf Verlangen der Verletzten nach den Strafgesetzen verfahren werden kann; der ist so lange des Erbrechts unwürdig, als sich aus den Umständen nicht entnehmen läßt, daß ihm der Erblasser vergeben habe.“ Daß unser Gesetz „bei der Abgrenzung der so zu ahnenden Handlungen“ sehr weit geht und „im Vergleiche mit anderen Gesetzgebungen auffallend streng“ ist, geben auch Pfaff-Hofmann, Excurse, II, S. 14, zu und ebenda, S. 18, ist von „ernsten Bedenken“ gegen die Angemessenheit des § 540 die Rede. Daß § 540 und die Art seiner Auslegung durch die herrschende Lehre zu unerträglichen Übertreibungen führt, soll die folgende Zusammenstellung darlegen.

Jede unter das Strafgesetz fallende Beleidigung des Erblassers, eines seiner Kinder, seines Vaters, seiner Mutter, seines Gatten, auch wenn ein Strafantrag nicht gestellt wurde, macht erbunwürdig.<sup>46)</sup> Ehebruch ist Erbunwürdigkeitsgrund, und zwar soll nicht nur der Gatte der die Ehe gebrochen hat und sein Mitschuldiger, sondern es soll jeder Ehebrecher, dessen Tat eine der aufgezählten, den Erblasser nahestehenden Personen verletzt hat, erbunwürdig werden; es soll also der Ehebruch mit der Schwiegertochter des Erblassers unter § 540 fallen, „weil der Sohn der Verletzte ist; dagegen nicht der Ehe-

<sup>45)</sup> Dem Fiskus verfiel die Beute auch dann, wenn der Erbunwürdige ausschlug. Dernburg, Pandekten, III, § 60 a. E.

<sup>46)</sup> Pfaff-Hofmann, Kommentar, II, S. 24.



bruch mit der Tochter, wo der Schwiegerohn gekränkt ist<sup>47)</sup> Die Verzeihung braucht nicht gerade ausdrücklich erklärt zu sein, darf aber aus einem bloß negativen Verhalten, Unterlassung der Strafanzeige, Nichtänderung des Testaments nicht gefolgert werden.<sup>48)</sup> Hausdiebstähle, auch wenn die Bestrafung seitens des Erblassers nicht begehrt wurde, sollen von einem Erben gegen den anderen als Erbnunwürdigkeitsgrund geltend gemacht werden können; die Verzeihung des direkt Verletzten soll nicht genügen, es müsse Verzeihung des Erblassers vorliegen.<sup>49)</sup> Auch wenn die Strafbarkeit der Handlung zur Zeit des Erbansfalles bereits verjährt war, soll Erbnunwürdigkeit eintreten.<sup>50)</sup> Der Versuch genügt nach dem Wortlaut des Gesetzes, Kenntnis des Erblassers von der Verletzung ist nicht erforderlich, das Delikt kann auch ein nach dem Tode des Erblassers begangenes sein<sup>51)</sup>; es sollen

<sup>47)</sup> Pfaff-Hofmann, Excurse, II, S. 16; Michel in Haimers WZSchr. 1858, 2. Bd., S. 48, wollte nur den mit dem Gatten des Erblassers begangenen Ehebruch als Erbnunwürdigkeitsgrund gelten lassen.

<sup>48)</sup> Pfaff-Hofmann, Kommentar, II, S. 25; Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 482, S. 590.

<sup>49)</sup> Pfaff-Hofmann, Excurse, II, S. 18.

<sup>50)</sup> Unger, Erbrecht, § 5, Anm. 10; anders Michel, a. a. D., S. 44 fg.

<sup>51)</sup> Dagegen Unger, § 5, Anm. 12. (Unger bemerkt mit Recht, „wo läge da die Grenze insbesondere in Fällen der mittelbaren Beleidigung des Erblassers“.) Dafür Pfaff-Hofmann, Excurse, II, S. 19. Bei Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 482, S. 589, heißt es mit Recht, das die Erbnunwürdigkeit begründende Delikt könne nach dem Tode des Erblassers begangen sein, „wenn es seiner Natur nach den Tod des Erblassers voraussetzt“. — Daß eine vor der Geburt des Erblassers begangene Handlung nicht erbnunwürdig macht, darüber vgl. DGS. Sammlung XXXI, Nr. 14.730. (Die Mutter des Kindes war von ihrem Gatten aus ihrem Verschulden von Tisch und Bett geschieden worden. Das später geborene Kind beerbt seinen Vater; vor der Annahme der Erbschaft für das Kind stirbt es und die Mutter beerbt nun als Transmissarin ihren Gatten den Vater des Kindes (des Erblassers). Die behauptete Erbnunwürdigkeit der Mutter wird nicht angenommen, sie sei weder erbnunwürdig gegenüber dem Kinde noch schade ihr als Transmissarin des Kindes die Erbnunwürdigkeit gegenüber dem Vater.) — Treffend heißt es in der Entscheidung des OGH., Sammlung XXXII, Nr. 15.149, „Würden unter den § 540 ABGB. auch Delikte subsumiert, welche erst nach dem Tode des Erblassers begangen werden, so wäre für den

z. B. Schmähungen des Verstorbenen, Entwendungen aus dem ruhenden Nachlaß Erbnunwürdigkeit begründen.<sup>52)</sup> Auch die „Freiheit“ gehört neben „Ehre, Leib oder Vermögen“ zu den geschützten Gütern, auf welche sich § 540 bezieht.<sup>53)</sup> Über die Erbnunwürdigkeit „entscheidet der Zivilrichter, ihm steht auch die Beurteilung der Strafbarkeit zu, sofern ihm nicht der Strafrichter durch einen Schuldspruch zuvorkommt.“<sup>54)</sup> Unter verletzten Eltern und Kinder seien Vorfahren und Nachkommen überhaupt, also auch Großeltern und Enkel zu verstehen, „auch Wahl-eltern und Kinder; uneheliche Kinder, wenigstens hinsichtlich der Mutter.“<sup>55)</sup> Auch die Verletzung eines Pflegekindes soll erbnunwürdig machen und wer das uneheliche Kind verletzt hat, soll auch nach dessen Vater erbnunwürdig sein, wenn Verletzter und Erblasser einander wie Vater und Kind behandelt haben.<sup>56)</sup> Wir sehen also, daß der § 540 nach der Auffassung der herrschenden Lehre jedem Erben die Möglichkeit gibt, Jahre und Jahre nach dem Tode des Erblassers das Leben seiner Miterben mit Sorgfalt zu durchforschen; der bloße Verdacht, daß ein Miterbe vielleicht Jahre vor dem Tode des Erblassers<sup>57)</sup>, vielleicht

Beginn der Erbnunwürdigkeit gar keine zeitliche Grenze vorhanden und müßte die Exzeption auch nach Dezennien nach dem regelmäßigen Erbansfalle zugelassen werden.“

<sup>52)</sup> Vgl. Pfaff-Hofmann, Kommentar, II, S. 25. Gewiß wird derjenige der eines der Kinder des Erblassers Jahre lang nach dessen Tode ermordet hat, erbnunwürdig. Soll aber auch eine Jahre lang nach des Erblassers Tode gegen eines seiner Kinder ausgesprochene Ehrenbeleidigung erbnunwürdig machen?

<sup>53)</sup> Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, a. a. D.; Pfaff-Hofmann, Excurse, II, S. 15.

<sup>54)</sup> Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, a. a. D.

<sup>55)</sup> Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, a. a. D.

<sup>56)</sup> Pfaff-Hofmann, Excurse, II S. 14.

<sup>57)</sup> In dem Falle Sammlung I, Nr. 155, hatte die Tochter ihre Mutter drei Jahre vor deren Tode angeblich „eine alte Gatsche (Onkel) geschimpft“. Das Oberlandesgericht Wien hatte die Tochter in der Tat für erbnunwürdig erklärt. Der Oberste Gerichtshof erklärte, es liege eine Erbnunwürdigkeit nicht vor. In dem Falle Sammlung XVII, Nr. 7370, waren in einer Klage auf Anerkennung des Noterbrechtes ehverletzende Behauptungen über die Erblasserin entfallen. Die von der Beklagten eingewendete Erbnunwürdigkeit wird in allen drei Instanzen nicht angenommen, weil die Erbfähigkeit nach



Jahre nachher eine strafbare Handlung gegen den Erblasser oder gegen eine der conjunctae personae begangen haben könnte, bietet ausreichende Basis den angeblichen Täter vor dem Zivilrichter erbunwürdig zu „schemten“, um ihm die Erbschaft zu entziehen.

Ich halte durch diese Zusammenstellung das Bedürfnis nach einschränkender Interpretation des § 540 für erwiesen. 1. Zunächst heißt es im § 540, „daß gegen ihn (den Täter) nach den Strafgesetzen verfahren werden kann“. Kann gegen den Täter wegen Zeitablauf nicht mehr verfahren werden, dann ist derselbe auch nicht erbunwürdig. Daher darf der Ehebruch als Erbunwürdigkeitsgrund nicht mehr geltend gemacht werden, wenn die sechs Wochen des § 503 StG. seit der Zeit, „da der Ehebruch dem beleidigten Gatten bekannt geworden ist, verfloßen sind.“ Daher ist eine Ehrenbeleidigung kein Erbunwürdigkeitsgrund, wenn die sechs Wochen des § 530 StG. verfloßen sind. Daher entfällt die Erbunwürdigkeit wegen anderer Übertretungen und Vergehen mit Ablauf der Fristen des § 532 StG. (drei Monate, sechs Monate, ein Jahr). 2. Die Erbunwürdigkeit dauert „so lange, als sich aus den Umständen nicht entnehmen läßt, daß ihm der Erblasser vergeben habe“. Wer seinen künftigen Erben wegen einer ihn verletzenden strafbaren Handlung weder anzeigt oder anklagt, noch in seinem Testament ausschließt, wer sein Testament zu ändern unterläßt, wer das Zusammenleben mit dem Erben der sich eines Deliktes gegen ihn oder ihm nahe stehende Personen schuldig gemacht hat, fortsetzt, ohne eine Handlung zu setzen, aus welcher man schließen muß, er habe nicht verziehen, von dem ist zu sagen, er habe verziehen. Die Rechtsordnung hat kein Interesse daran eine Tat zu ahnden, welche der Erblasser ungeahndet gelassen hat. Für die Verzeihung spricht zwar keine praesumptio iuris wohl aber die Regeln verständiger Beurteilung der Lebensverhältnisse.<sup>58)</sup>

dem Zeitpunkte des Todes zu beurteilen ist und „durch die nachher in der Klage vorgebrachten Behauptungen selbst dann, wenn sie eine Ehrenbeleidigung der Erblasserin begründen würden, nicht mehr verwirkt werden konnte“.

<sup>58)</sup> DZG. und DGH., Sammlung XXI, Nr. 9596, nehmen mit Recht an es liege keine Verzeihung vor. Der Erblasser hatte sein erstes Testament zum Nachteil des Erbunwürdigen (Enterbten) durch ein zweites Testament abgeändert.

Die vorstehenden Ausführungen dürften aber auch den Satz rechtfertigen, daß derjenige den § 540 am besten auslegt, der diesen unser ABGB. wahrhaftig nicht zierenden Paragraphen, diese Antiquität im schlechten Sinne, beseitigt. Ich schlage vor, an seine Stelle folgende an die Bestimmungen des § 2339, Z. 1 und § 2343 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches und an Art. 540 des schweizerischen Zivilgesetzbuches sich anlehrende Norm zu setzen: „§ 540 ABGB. hat zu lauten: Wer den Erblasser vorsätzlich und widerrechtlich getötet oder zu töten versucht hat, ist des Erbrechtes unwürdig.“<sup>59)</sup> Die Geltendmachung der Erbunwürdigkeit wird durch Verzeihung des Erblassers ausgeschlossen.“

Da § 540 ABGB. in § 770 ABGB. zitiert ist, so ist in Folge der vorgeschlagenen Neufassung des § 540 auch eine Änderung des § 770 nötig. Ich schlage daher folgende Bestimmung vor: „§ 770 ABGB. hat zu lauten: Ferner kann dem Nacherben durch letztwillige Verfügung der Pflichtteil entzogen werden, 1. wenn er sich gegen den Erblasser, gegen dessen Gatten oder ein Kind des Erblassers eines Verbrechens schuldig gemacht hat, 2. wenn er sich nach § 542 des Erbrechtes unwürdig gemacht hat“.

Der Abs. 2 bedarf, wenn § 542 unverändert aufrechterhalten wird, mit Rücksicht auf die gegenwärtige Fassung des § 770 ABGB. keiner weiteren Begründung. Der Abs. 1 schließt sich an Art. 477, Abs. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches an, welcher lautet: „Der Erblasser ist befugt, durch Verfügung von Todes wegen einem Erben den Pflichtteil zu entziehen, 1. wenn der Erbe gegen den Erblasser oder gegen eine diesem nahe verbundene Person ein schweres Verbrechen begangen hat“. Das Wort „schweres“ hat mit Rücksicht auf den Sprachgebrauch unserer Strafgesetzgebung wegzubleiben. Wenn ich die Worte „diesem nahe verbundenen Person“ des schweizerischen Vorbildes, durch „Gatten, oder ein Kind“ substituieren, so bestimmt mich hiezu die Erwägung, daß auch die Kasuistik der §§ 2333 und 2334 des

<sup>59)</sup> Vgl. DZG. und DGH., Sammlung XXVIII, Nr. 13.467 (Verbrechen des Totschlages an seinem eigenen Vater). Die Bedingung der „Kinderlosigkeit“ wird trotz der Erbunwürdigkeit des einzigen Sohnes nicht für gegeben erachtet.



deutschen bürgerlichen Gesetzbuches die *conjunctae personae* ähnlich abgrenzt, und daß diese Art der Abgrenzung auch im Verhältnis zu pflichtteilsberechtigten Defzendenten bzw. Asczendenten eine ausreichende ist.<sup>59a)</sup> § 153 StG. erklärt eine körperliche Beschädigung leiblicher Eltern auch dann für ein Verbrechen, wenn derselben die Kriterien des § 152 StG. fehlen. Durch die von mir vorgeschlagene Fassung erscheinen daher körperliche Mißhandlungen leiblicher Eltern ebenso als Enterbungsgrund wie nach § 2333 des deutschen Gesetzbuches.

<sup>59a)</sup> Für die Ausschließung des Ehegatten vom Pflichtteil haben die Entwürfe besondere Bestimmungen. Vgl. oben S. 32 fg. (Entwurf I [R.V.], § 98, Abs. 2, § 101, Entwurf II, § 123, Abs. 2, § 126, Entwurf III, § 136, Abs. 2, § 139). Oben S. 36 fg. habe ich den Vorschlag begründet, daß die Entziehung des Pflichtteiles des Ehegatten ohne Angabe oder Beweis des Grundes derselben gelten solle.

## § 6.

Das Judikat Nr. 157 (vom 3. Juni 1903, Sammlung XL, N. F. VI, Nr. 2365) des Obersten Gerichtshofes lautet: „Behufs Berechnung des Pflichtteils sind Schenkungen, welche der Erblasser unter Lebenden gemacht hat nicht in Anschlag zu bringen.“ — Die Entwürfe der Zivilgesetznovelle nehmen einen anderen Standpunkt ein. Im § 134 Entwurf II heißt es:

„§ 785 a. b. G. B. hat zu lauten:

„Auf Verlangen eines Pflichtteilsberechtigten sind bei Berechnung des Nachlasses die Schenkungen in Anschlag zu bringen, die der Erblasser unter Lebenden gemacht hat. — — — —

Unberücksichtigt bleiben Schenkungen, die der Erblasser zu einer Zeit machte, da er keine Noterben hatte; ferner Schenkungen, die aus den Einkünften des Geschenkgebers ohne Schmälerung des Grundstockes seines Vermögens gemacht wurden sowie Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder Rücksichten des Anstandes entsprochen wurde, [endlich Schenkungen, die mehr als fünf Jahre vor dem Erbanfalle gemacht wurden].“

Der § 148 des Entwurfes III ist gleichlautend, setzt jedoch an Stelle der eingeklammerten Worte folgenden Schlusssatz, „endlich Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen, welche mehr als fünf Jahre vor dem Tode des Erblassers gemacht wurden. Bei Schenkungen an den Ehegatten beginnt die Frist nicht vor Auflösung oder Scheidung der Ehe.“<sup>60)</sup>

Der Standpunkt der Entwürfe hat abweichende Beurteilungen erfahren. Während Wellspacher, Kritische Bemerkungen zur Zivilgesetznovelle, S. 44 fg.; und Touaillon, Notz. 1908, S. 235, dem Prinzip der Novelle zustimmen und nur an Einzelheiten, bzw. an der Art seiner Durchführung Kritik üben

<sup>60)</sup> Die Abweichungen des Entwurfes III, § 148, von dem Entwurf I (R.V.), § 105, sind im wesentlichen nur Abweichungen in der Fassung.



(vgl. auch Wellspacher, Der Entwurf der Zivilgesetznovelle im Herrenhause, Gerichtszeitung 1909, S. 371 fg.)<sup>61)</sup>, bestreitet Steinlechner, Vortrag über die Regierungsvorlage einer Novelle zum ABGB., S. 44, die besondere Dringlichkeit der Neuerung und spricht sich Ehrenzweig, *Wl.* 1908, S. 86 fg., nicht nur gegen eine Reihe von Detailbestimmungen, sondern auf das entschiedenste gegen das Prinzip der Novelle aus. Ich meine, daß wir bei unserem alten § 951 ABGB. bleiben sollen und daß der ganze Titel der Entwürfe „Berücksichtigung der Schenkungen bei Berechnung des Pflichtteils“ abzulehnen wäre.<sup>62)</sup> Zur Be-

<sup>61)</sup> Die treffende Kritik, welche Ehrenzweig, *Wl.* 1908, S. 87, und Wellspacher, Kritische Bemerkungen, S. 45, an § 106 Entwurf I (RV.), sowie Wellspacher, Gerichtszeitung 1909, S. 373 fg., an § 135 Entwurf II geübt haben, berücksichtigt folgende Neufassung dieser Bestimmung in Entwurf III, § 149:

„Dem § 787 a. b. G. B. ist als zweiter Absatz beizufügen:

Wenn bei Bestimmung des Pflichtteiles Schenkungen in Anschlag zu bringen sind, muß sich jeder Noterbe auf die dadurch bewirkte Erhöhung seines Pflichtteiles die nach § 785 zum Nachlasse hinzuzurechnen den Geschenke anrechnen lassen, die er selbst vom Erblasser erhalten hat.“

<sup>62)</sup> Der Titel X der Entwürfe II und III wird durch einen Paragraphen eingeleitet, welcher wegen seiner Harmlosigkeit wegb bleiben könnte. Es ist dies § 134 Entwurf II, gleichlautend mit § 147 Entwurf III. (Der Paragraph fehlte im Entwurf I [RV.].) Dieser Paragraph enthielt nämlich nichts als eine Zusammenfassung der §§ 784 und 785 ABGB. in eine Bestimmung mit den Eingangsworten „§ 784 ABGB. hat zu lauten“. Ferner ist das Wort „ordentlich“ vor „geschägt“ im § 784 ABGB. weggelassen.

Vorbilder der Entwürfe waren vor allem das deutsche bürgerliche Gesetzbuch, § 2325 fg. (Vgl. insbesondere § 2325, Abs. 1.) „Hat der Erblasser einem Dritten eine Schenkung gemacht, so kann der Pflichtteilsberechtigte als Ergänzung des Pflichtteiles den Betrag verlangen, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlasse hinzugerechnet wird. — — Abs. 3. Die Schenkung bleibt unberücksichtigt, wenn zur Zeit des Erbfalls zehn Jahre seit der Leistung des verschenkten Gegenstandes verstrichen sind; ist die Schenkung an den Ehegatten des Erblassers erfolgt, so beginnt die Frist nicht vor der Auflösung der Ehe.“ § 2326: „Der Pflichtteilsberechtigte kann die Ergänzung des Pflichtteiles auch dann verlangen, wenn ihm die Hälfte des gesetzlichen Erbteils hinterlassen ist. — —“ Ferner das schweizerische Zivilgesetzbuch, Art. 475, 522 fg. (Art. 475 lautet: „Die Zuwendungen unter Lebenden werden insoweit zum Vermögen hinzugerechnet, als sie der Herabsetzungsflagge unterstellt sind.“ Ferner den

gründung dieses prinzipiellen Standpunktes glaube ich mich auf folgende Bemerkungen beschränken zu dürfen. Entwurf III setzt (im Wesentlichen in Übereinstimmung mit Entwurf I [RV.]) für die Einbeziehung von Schenkungen an pflichtteilsberechtigte Personen keine Frist, für die Einbeziehung von Schenkungen an (dritte) nicht pflichtteilsberechtigte Personen eine Frist von fünf Jahren „seit dem Tode des Erblassers“. Der Bruder A kann also die Berücksichtigung der vom Vater zehn Jahre vor seinem Tode seinem Bruder B zur Gründung eines Geschäftes und der Schwester C als Heiratskaution gegebenen Kapitalien für die Berechnung seines Pflichtteiles verlangen; wenn der Vater nun in den letzten Jahren Geschäftsverluste hatte und sich herausstellt, daß der Nachlaß zur Deckung des vom Kläger A auf Grund der Einbeziehung der B und C gegebenen Kapitalien berechneten Pflichtteiles nicht ausreicht, so müssen B und C dann zur Ergänzung des Pflichtteiles des A einen Teil der von ihnen vor mehr als zehn Jahren erhaltenen Kapitalien herausgeben! (§ 137, Abs. 2 Entwurf II, § 151, Abs. 2 Entwurf III.) Ein anderer Fall: Der Erblasser hat drei Jahre vor seinem Tode seiner aus ihrem Verschulden von ihm geschiedenen Frau bald nach vollzogener Ehescheidung

ungarischen Entwurf, §§ 1962, 1964, 1974, vgl. insbesondere § 1962, Abs. 1: „Auf Verlangen des Pflichtteilsberechtigten sind zu dem Nachlasswerte auch alle übrigen Schenkungen des Erblassers nach dem Wert zur Zeit der Schenkung hinzuzurechnen, die er innerhalb zehn Jahre vor seinem Tode gemacht hat.“

Das französische Recht stellt Liberalitäten unter Lebenden und durch Testament zum Schutze des Pflichtteilsrechts völlig gleich; diese Liberalitäten dürfen den verfügbaren Teil des Vermögens nicht übersteigen. Der verfügbare Teil beträgt, um die wichtigsten Fälle zu nennen, die Hälfte, wenn ein eheliches Kind oder in Ermanglung von Kindern (à défaut d'enfant) Ascendenten von väterlicher und mütterlicher Seite in Frage sind, ein Drittel, wenn zwei eheliche Kinder, ein Viertel, wenn drei oder mehrere eheliche Kinder, drei Viertel, wenn nur Ascendenten von einer Seite (der väterlichen oder der mütterlichen) da sind (Art. 913, 914 des Code Civil). Auch nach italienischem Recht werden zur Feststellung des verfügbaren Teiles die Vermögensstücke, über welche aus dem Titel der Schenkung verfügt worden ist, zum Nachlaß hinzugerechnet (Art. 822). Und im Art. 823 heißt es ausdrücklich, daß alle testamentarischen Anordnungen wirkungslos sind, wenn der Wert der Schenkungen den verfügbaren Anteil übersteigt oder demselben gleichkommt. (Ebenso Art. 925 des Code Civil).



eine größere Geldsumme geschenkt. Der pflichtteilsberechtignte Sohn kann nun, da die aus ihrem Verschulden geschiedene Mutter nicht pflichtteilsberechtigt ist, verlangen, daß diese Summe für die Berechnung seines Pflichtteiles dem Nachlaß hinzugerechnet werde und ferner verlangen, daß falls der Nachlaß zur Deckung seines Pflichtteiles nicht ausreicht, die Herausgabe des Geschenkes zur Deckung des Fehlbetrages erfolge (§ 137, Abs. 1 Entwurf II, § 151, Abs. 1 Entwurf III).<sup>63)</sup> Beide Begehren wären allerdings dann abzuweisen, wenn der Richter etwa feststellte, daß dieses Geschenk „einer sittlichen Pflicht oder Rücksichten des Anstandes entsprochen“ hat. Man vergleiche dazu folgenden Fall: Der Erblasser hat vor vielen Jahren (sagen wir etwa vor zwölf Jahren) seiner Gattin ein Landgut geschenkt; er hinterläßt die pflichtteilsberechtignte Gattin und einen pflichtteilsberechtignten Sohn. Der Sohn kann nun verlangen, daß der Wert des Landgutes zum Nachlaß hinzugerechnet werde. Ist nun der Nachlaß genau so viel wert als das Landgut, so wäre das Ergebnis, daß die Mutter ihr Landgut ungeschmälert behielte, der Sohn den ganzen Nachlaß erhält und alle letztwilligen Dispositionen des Vaters hinfällig werden. Zu ganz merkwürdigen Konsequenzen gelangen wir auch, wenn wir an die Geltendmachung des uns hier vor allem interessierenden Pflichtteilsrechts des Ehegatten denken. Die Ehefrau des Erblassers, dessen nächster Verwandter ein Vetter ist, darf nach den Entwürfen die volle Hälfte des Nachlasses als Pflichtteil in Anspruch nehmen. Zu dem Nachlasse sind aber alle Schenkungen, welche sich der Erblasser in den letzten fünf Jahren „zu Schulden“ kommen ließ, hinzuzurechnen, insofern sie nicht aus den Einkünften seines Vermögens genommen waren oder „einer sittlichen Pflicht oder Rücksichten des Anstandes“ entsprochen haben. Der Erblasser hat innerhalb der kritischen fünfjährigen Frist die Schulden seines besten Freundes bezahlt, eine Frau beschenkt, die zu heiraten ihm das Gesetz verwehrt — das durfte er nicht. Der Erblasser hat seine unehelichen Kinder erhalten, versorgt, beschenkt, als ob

<sup>63)</sup> Wäre das Geschenk kein Geldgeschenk, so kann der „Beschenkte die Herausgabe durch Zahlung des Fehlbetrages abwenden“ (Schlußsatz der zitierten Bestimmung). Ebenso § 2329, Abs. 2 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches.

sie seine ehelichen Kinder wären. Ich nehme an, daß ein „guter“ Richter dieses Verhalten als Erfüllung sittlicher Pflicht auffassen wird. Wie aber, wenn die Welt nicht weiß, daß der Junge, für den der Erblasser eine Wirtschaft gekauft hat, sein Kind gewesen. Ist es denn wirklich gerecht und billig, daß der überlebende Ehegatte derartige Schenkungen zum Nachlaß rechnen darf, auf dieser Basis seinen Pflichtteil verlangt, die letztwilligen Dispositionen des Erblassers ignoriert, ja vielleicht diese Schenkungen der Reihe nach — die spätere früher, die frühere später<sup>64)</sup> — ansieht, weil der Nachlaß zur Deckung seines Pflichtteilsrechts nicht ausreicht. Man mag nach fremden Vorbildern, welche ja nicht immer nachahmenswert sind, das Pflichtteilsrecht der Descendenten mit Schutzwehren gegen Schenkungen umgeben und darin über das weise Maß § 951 ABGB. hinausgehen. Daß man aber für das Pflichtteilsrecht des Ehegatten solches Bollwerk errichtet, halte ich für eine maßlose Überspannung dieses für Österreich neuen Pflichtteilsrechts.<sup>65)</sup> Ich hoffe, daß uns dieses Pflichtteilsrecht in seiner, in den Entwürfen vorgeschlagenen Gestalt und die Bestimmungen die dasselbe gegen Schenkungen sichern sollen, erspart bleiben werden.

Auch das Pflichtteilsrecht der Ascendenten wird nach den Entwürfen gegen Schenkungen in derselben Weise geschützt, weil es ja in den Entwürfen ganz allgemein heißt, daß auf Verlangen eines Pflichtteilsberechtignten Schenkungen bei Berechnung des Nachlasses in Anschlag zu bringen sind. Dies ist darum unbegründet, weil der Regel des Lebens nach zwar der Descendent den Ascendenten, nicht aber umgekehrt der Ascendent den Descendenten beerbt; man kann daher gewiß nicht sagen, daß der Ascendent der Volks-

<sup>64)</sup> Im § 137, Abs. 3 Entwurf II (gleichlautend § 151, Abs. 3 Entwurf III; nahezu gleichlautend § 108, Abs. 4 Entwurf I [RV.]), heißt es: „Unter mehreren Beschenkten haftet der früher Beschenkte nur in dem Maße, als der später Beschenkte zur Herausgabe nicht verpflichtet oder nicht im Stande ist. Gleichzeitig Beschenkte haften verhältnismäßig.“ (Ebenso deutsches bürgerliches Gesetzbuch, § 2329, Abs. 3, Art. 532 schweizerisches Zivilgesetzbuch. Im deutschen und im schweizerischen Gesetzbuch fehlt aber der Schlußsatz.)

<sup>65)</sup> Der Code Civil, das Gesetz, welches zuerst Pflichtteilsrechte gegen Schenkungen geschützt hat, kennt kein Pflichtteilsrecht des überlebenden Ehegatten.



anschauung nach eine Art Anwartschaft auf den Nachlaß des Defizienten habe und noch weniger sagen, daß der Defizient sein Vermögen mit Rücksicht auf das Pflichtteilsrecht des Ascendenten durch Schenkungen nicht vermindern dürfe (vgl. hierzu Ehrenzweig, *ZBl.* 1908, S. 87). Ehrenzweig bemerkt a. a. O. mit Recht, daß von Ausnahmen abgesehen, bei Ascendenten „Enterbung und irrtümliche Übergehung praktisch gewissermaßen zusammenfallen“, und daß dies auch der Grund der Bestimmung des § 781 ABGB. sei. Dieser Schutz des Pflichtteilsrechtes des Ascendenten gegen Schenkungen inter vivos ist aber darum sehr bedenklich, weil infolge des Verlangens eines Pflichtteilsberechtigten die Pflichtteile aller Pflichtteilsberechtigter durch Zurechnung der Schenkungen zum Nachlaß erhöht werden. Wenn also der übergangene oder grundlos enterbte Ascendent Zurechnung der Schenkungen des Erblassers zu dem Nachlaß und damit Erhöhung seines Pflichtteiles begehrt, so erhöht sich auch der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten entsprechend. Beträgt z. B. der Nachlaß 120.000 Kronen, die angefochtenen Schenkungen 60.000 Kronen und wird der Erblasser von seiner Mutter und seiner Gattin beerbt, so erhöht sich infolge des Begehrens eines der beiden Pflichtteilsberechtigten der Pflichtteil der Mutter von 20.000 auf 30.000 und der Pflichtteil der Gattin von 30.000 auf 45.000 Kronen; der gesamte disponible Nachlaß beläuft sich daher auf nur 45.000. Daß die Entwürfe Ascendenten anderen Noterben gleichstellen hat aber auch die Folge, daß die Zahl der einzurechnenden Schenkungen bedeutend gesteigert wird. Im § 134, Abf. 2 Entwurf II (§ 148, Abf. 2 Entwurf III, § 105, Abf. 2 Entwurf I [RV.]) heißt es nämlich, „Unberücksichtigt bleiben Schenkungen, die der Erblasser zu einer Zeit machte, da er keine Noterben hatte“. Die bloße Tatsache daher, daß der Erblasser zur Zeit da er schenkte, einen pflichtteilsberechtigten Ascendenten hatte, bewirkt also die Einrechenbarkeit seiner Schenkungen. Hat also z. B. der 1910 verstorbene Erblasser 1906 seinem Freunde geschenkt, während sein im Jahre 1907 verstorbener Vater noch lebte, und 1908 geheiratet, so kann die Ehegattin diese Schenkung anfechten, respektive deren Zurechnung zum Nachlaß verlangen! Hat der Schenker zur Zeit der Schenkung Kinder, Eltern oder einen Ehe-

gatten gehabt, so sind seine Schenkungen einrechenbar auch zu Gunsten von Personen, welche zur Zeit der Schenkung noch nicht geboren oder doch nicht pflichtteilsberechtigt waren.<sup>66)</sup>

Auch sei betont, daß die Entwürfe nicht ausdrücklich festsetzen, daß die Einrechnung der Schenkungen zum Nachlasse behufs Bestimmung des Pflichtteiles auch bei der gesetzlichen Erbfolge gelte (vgl. Ehrenzweig, *ZBl.* 1908, S. 87). Zur Klarstellung diene folgender Fall. Der Erblasser hinterläßt als nächste Blutsverwandte drei Vettern, kein Testament, sondern bloß ein Kodizill, in welchem der Dienerschaft und den Armen 6000 legiert sind. Der Nachlaß beträgt 60.000. Die überlebende Ehegattin erhält nach den Entwürfen die ganze Erbschaft. Die Ehegattin und gesetzliche Universalerin stellt nun fest, daß ihr Gatte zwei Jahre vor seinem Tode seinen Vettern zusammen 100.000 Kronen geschenkt habe und verlangt daher, daß diese 100.000 zum Nachlaß gerechnet werden. Auf dieser Basis beträgt ihr Pflichtteil 80.000, sie braucht daher die Legate zu Gunsten der Dienerschaft und der Armen nicht auszusahlen und kann überdies die Rückgabe von 20.000 von dem zuletzt beschenkten Vetter verlangen (§ 108, Abf. 4 Entwurf I [RV.], § 137, Abf. 2 Entwurf II, § 151, Abf. 3 Entwurf III). Das Begehren der Ehegattin ist sicherlich begründet. Der Schenker vermochte seine Schenkungen nicht dadurch zu nicht einrechenbaren bzw. nicht anfechtbaren zu machen, daß er es unterläßt ein Testament zu errichten. Falls also an den Grundsätzen des zehnten Titels des IV. Abschnittes der Entwürfe II und III („Berücksichtigung der Schenkungen bei Berechnung des Pflichtteiles“) festgehalten wird, dann wäre ausdrücklich zu sagen, daß dieselben auch bei der gesetzlichen Erbfolge gelten.<sup>67)</sup>

<sup>66)</sup> Vom Moment der Eheschließung an werden im Sinne der Entwürfe alle Schenkungen zu Gunsten der noch nicht geborenen Kinder einrechenbar. Die Schenkung an die längst verstorbene erste Gattin ist im Sinne der Entwürfe I (RV.), 105, Abf. 2 und III, § 148, Abf. 2 zwanzig Jahre später zu Gunsten der zweiten Gattin einrechenbar.

<sup>67)</sup> Ebenso gilt § 951 ABGB. auch für den Fall gesetzlicher Erbfolge. Auch hiefür ein Beispiel. Der Erblasser hinterläßt einen pflichtteilsberechtigten Sohn, kein Testament, wohl aber kodizillarisches Vermächtnis; der Nachlaß beträgt 60.000. Festgestellt wird, daß der Erblasser einige Jahre vor seinem Tode eine Schenkung von 100.000 gemacht hat und daß sein Vermögen



Schließlich möchte ich noch unter Aufrechterhaltung meines Widerspruches gegen das Prinzip der Entwürfe eine Reihe von Einzelheiten erörtern. Zunächst ist nicht einzusehen, warum wenn auch nur ein Pflichtteilsberechtigter die Verkürzung des Nachlasses durch eine oder mehrere Schenkungen geltend macht, nun der Nachlaß überhaupt auf dieser Basis berechnet und auf dieser Basis auch alle übrigen Pflichtteile festgesetzt werden. Richtiger scheint mir die Bestimmung des § 2325, Abs. 1 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches (vgl. oben Anm. 62) zu sein, nach welcher nur zur Festsetzung und Ergänzung des Pflichtteiles des sich beschwerenden Pflichtteilsberechtigten die einrechenbaren Schenkungen dem Nachlasse hinzugerechnet werden.<sup>68)</sup> Ferner wäre die Fassung des Schlußsatzes des § 134 des Entwurfes II „endlich Schenkungen, die mehr als fünf Jahre vor dem Erbafalle gemacht werden“, wieder herzustellen, weil die fünfjährige Frist hier auch für Schenkungen an pflichtteilsberechtigte Personen gilt, während nach der Fassung des Schlußsatzes im Entwurf I, § 105 und Entwurf III, § 148, Schenkungen an pflichtteilsberechtigte niemals nichteinrechenbar werden; also einrechenbar bleiben, auch wenn seither Dezennien verflossen wären (vgl. oben S. 47 fg.). Eventuell wäre die zehnjährige Frist des deutschen Rechtes und des ungarischen Entwurfes (vgl. oben Anm. 62)<sup>69)</sup>

damals 160.000 betragen hat. Der Pflichtteil wird von dem Nachlaß berechnet und beträgt 30.000. Der Sohn erhält 20.000 als gesetzlicher Erbe, die weiteren 10.000 durch Verminderung der Vermächtnisse von 40.000 auf 30.000; dieser Anspruch des Sohnes gründet sich auf die §§ 765 und 774 ABGB. und ist eine actio ad supplendam legitimam. Der Sohn hat ferner die querela inofficiosae donationis des § 951 ABGB. und erlangt mit dieser 50.000 vom Beschenkten „als gesetzwidrig empfangenen Überschuß“. (Vgl. hierzu die treffenden Ausführungen bei Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 531.) Nach den Entwürfen wäre der Pflichtteil 80.000, die Legatäre erhielten nichts, der Beschenkte hätte (da er nicht pflichtteilsberechtigt war) auf Grund des Pflichtteilsergänzungsanspruches 20.000 herauszugeben.

<sup>68)</sup> Die Textierung unserer Entwürfe ist vielleicht von der des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Art. 475 (vgl. oben Anm. 62), beeinflusst worden.

<sup>69)</sup> Nach deutschem Recht und nach dem ungarischen Entwurf gilt die zehnjährige Frist freilich für alle Schenkungen, also auch für Schenkungen an dritte, nicht pflichtteilsberechtigte Personen. Nach schweizerischem

für Schenkungen an Pflichtteilsberechtigte festzusetzen. Wenn Schenkungen an pflichtteilsberechtigte Personen grundsätzlich mit Ablauf von fünf Jahren saniert werden, was ich wie erwähnt für das richtige halte, dann hat dies natürlich auch für Schenkungen an den Ehegatten zu gelten. Eine Schenkung an den Ehegatten wäre also nicht erst durch den Ablauf von fünf Jahren seit der Auflösung oder Scheidung der Ehe sondern mit dem Ablauf der allgemeinen fünfjährigen Sanierungsfrist uneinrechenbar bzw. unanfechtbar.

Endlich wäre ausdrücklich zu bestimmen, daß der unbedingt erbserklärte Erbe nicht über den Nachlaß hinaus für die Bezahlung der infolge der Hinzurechnung von Schenkungen sich ergebenden Pflichtteilserhöhung hafte. Es ist richtig, daß der Pflichtteilsberechtigte die Errichtung eines Inventars verlangen kann (§ 804 ABGB.) und daß dann auch der unbedingt erbserklärte Erbe nur mit dem Nachlaß haften würde (§ 807 ABGB.; Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 515). Man könnte daher argumentieren, daß ein Pflichtteilsberechtigter, welcher die Errichtung eines Inventars nicht verlangt hat sich dann ein für allemal mit dem ausbezahlten Betrage begnügen müsse. Allein dagegen wird vielleicht eingewendet werden, daß der Pflichtteilsergänzungsanspruch aus dem Gesichtspunkte unerlaubter, den Nachlaß verkürzender Schenkungen ein selbständiger Anspruch sei, von dessen Bestand der Pflichtteilsberechtigte möglicherweise erst längere Zeit nach dem Tode (wenngleich innerhalb der dreijährigen, vom Tage der Testamentseröffnung laufenden Frist des § 1487 ABGB.)<sup>70)</sup> Kenntnis erhalten hat. Darum wäre es meines Erachtens, da auch die Motive zum Entwurf I (der Regierungsvorlage), S. 116, der Anschauung sind, daß der unbedingt erbserklärte Erbe für die Pflichtteilsergänzung hafte, richtig und billig, die eben erwähnte Kontroverse dadurch zu entscheiden, daß ausdrücklich gesagt würde, auch der unbedingt erbserklärte Erbe hafte für die durch die Einrechnung von Schenkungen

Recht — Art. 527, Z. 3 — unterliegen der Herabsetzung alle Schenkungen, welche der Erblasser „während der letzten fünf Jahre vor seinem Tode ausgerichtet hat, mit Ausnahme der üblichen Gelegenheitsgeschenke.“

<sup>70)</sup> Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 527; Sammlung VI, Nr. 3084.



zum Nachlaß bewirkte Pflichtteilerhöhung nicht. Den Pflichtteilsberechtigten darf es doch wahrhaftig genug sein, wenn ihnen der ganze Nachlaß zufällt und wenn ihnen überdies die Beschenkten im Sinne der neuen Fassung des § 951 ABGB. (Entwürfe I, § 108, II, § 137, III, § 151) haften.<sup>71)</sup> Sache des Pflichtteilsberechtigten, welcher die Inventarisierung des Nachlasses nicht verlangt hat, ist es dann auch, darzutun, daß die vom unbedingt erbserklärten Erben angegebene Nachlaßhöhe unrichtig sei; gelingt ihm eine Widerlegung der Angaben des unbedingt erbserklärten Erben nicht, dann sind dessen Angaben als richtig anzusehen und die eventuelle Pflichtteilerhöhung muß auf dieser Basis begehrt werden.

<sup>71)</sup> Vgl. Ehrenzweig, *StB.* 1908, S. 87 fg.

## § 7.

Die Regel des § 787 ABGB., nach welcher „Alles, was die Noterben durch Legate oder andere Verfügungen des Erblassers wirklich aus der Verlassenschaft erhalten — bei Bestimmung ihres Pflichtteiles in Rechnung gebracht“ wird, gilt unverändert auch nach den Entwürfen der Zivilgesetznovelle und für jeden Pflichtteilsberechtigten, also auch für den Ehegatten.<sup>72)</sup> Der § 788 ABGB., durch welchen die Anrechnung gewisser Zuwendungen unter Lebenden, der sogenannten Vorempfänge, in den Deszendentenpflichtteil angeordnet wird, bleibt unverändert. Es wird also auch in Zukunft eingerechnet werden „Was der Erblasser bei Lebzeiten seiner Tochter oder Enkelin zum Heiratsgut; seinem Sohne oder Enkel zur Ausstattung oder unmittelbar zum Antritt eines Amtes oder was immer für eines Gewerbes gegeben; oder zur Bezahlung der Schulden eines großjährigen Kindes verwendet hat.“ Der § 789 ABGB. hat in den Entwürfen (§ 107 Entwurf I [RV.], § 136 Entwurf II, § 150 Entwurf III) folgende Fassung erhalten: „Bei dem Pflichtteil der Eltern findet die Anrechnung eines

<sup>72)</sup> Der „Voraus“ der Entwürfe (I, § 97, II, § 122, III, § 135) wird bei der Berechnung der Pflichtteile nicht berücksichtigt, das heißt der „Voraus“ wird behufs der Berechnung der Pflichtteile nicht abgezogen (§ 786 ABGB.; vgl. Schiffner, *Erbrechtsreform*, S. 49 fg.). Eine dem § 2311 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches, zweiter Satz („Bei der Berechnung des Pflichtteiles der Eltern des Erblassers bleibt der dem überlebenden Ehegatten gebührende Voraus außer Ansaß“), entsprechende Norm haben die Entwürfe nicht. Bei der Berechnung des Pflichtteiles des überlebenden Ehegatten wird auch nach deutschem Recht der „Voraus“ einbezogen. Vgl. Strohal, *Deutsches Erbrecht*, 3. Aufl., I, S. 448. Der „Voraus“ wäre aber, weil er zwar durch letztwillige Verfügung hätte entzogen werden können aber doch nicht kraft letztwilliger Verfügung dem Ehegatten zufällt (§ 787 ABGB.), in den Pflichtteil nicht einzurechnen.



Vorschusses insoferne statt, als er nicht zur gesetzlichen Unterstützung (§ 154) geleistet worden ist.“ Alle den Eltern geleisteten auch die aus „bloßer Freigebigkeit“ gemachten Vorschüsse (also alle Schenkungen), welche nicht zur gesetzlichen Unterstützung geleistet worden sind, sollen also in Zukunft als in den Pflichtteil einrechenbare Vorempfänge angesehen werden.<sup>78)</sup> Der Ehegatte braucht sich dagegen keinerlei Zuwendung, welche nicht als letztwillige Zuwendung im Sinne des § 787 ABGB. erscheint, in den Pflichtteil einrechnen zu lassen. Nicht was ihm der Erblasser geschenkt hat, nicht was ihm aus Ehepакten zukommt, nicht was er aus einem Erbvertrage erhält, ja nicht einmal eine ihm geleistete Erbabsfindung. Auf diese ganz merkwürdige und durch nichts motivierte Bevorzugung des Ehegatten hat schon Wellspacher, Kritische Bemerkungen, S. 44, aufmerksam gemacht. Eine Erbabsfindung wäre nur dann einzurechnen, wenn sich der Ehegatte hiemit einverstanden erklärt hat und dieses Einverständnis in der für einen Erbverzicht vorgeschriebenen Form (§ 79 Entwurf I, § 106 Entwurf II, § 116 Entwurf III) also durch einen Notariatsakt ausgesprochen oder durch gerichtliches Protokoll beurkundet worden ist.

Dazu kommt noch folgende aus der neuen Fassung des § 134, Abs. 1 Entwurf III sich ergebende Schwierigkeit. Ich halte es nämlich nicht für ausgeschlossen zu argumentieren: In den Erbteil des Ehegatten wird eingerechnet, „was ihm gemäß der Ehepакten oder eines Erbvertrages aus dem Vermögen des Erblassers zukommt“. Da nun die Entwürfe als Pflichtteil dem Ehegatten die Hälfte dessen bestimmen, „was ihm nach der gesetzlichen Erbfolge zugefallen wäre“, der Erbteil aber durch die Einrechnung verringert wird, so beträgt auch der Pflichtteil nur die Hälfte des so verringerten Erbteils, also wird dem Ehegatten nach das aus den Ehepакten oder einem Erbvertrage aus dem Vermögen des Erblassers dem Ehegatten Zukommende zur Hälfte in den Pflichtteil eingerechnet. Eine andere mögliche

<sup>78)</sup> Die Worte „aus bloßer Freigebigkeit“ des § 789 ABGB. sind in der vorgeschlagenen neuen Fassung weggelassen. Vgl. gegen die Ausführung der Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage, S. 115, Wellspacher, Kritische Bemerkungen, S. 46 fg.

Argumentation wäre die, zu sagen, Pflichtteil und gesetzlicher Erbteil werde bezüglich der Einrechnung von Zuwendungen unter Lebenden für die Descendenten im ABGB. gleich behandelt (§§ 788, 790). § 789 ABGB. sei natürlich eine spezielle Norm für Ascendenten, § 765 ABGB. in seiner neuen Fassung (§ 100 Entwurf I, § 125 Entwurf II, § 138 Entwurf III) bestimme die Pflichtteilsquote für jedes Kind und für den Ehegatten in gleicher Höhe. Aus alledem folge, daß die in den gesetzlichen Erbteil des Ehegatten einzurechnenden Beträge genau ebenso auch in den Pflichtteil einzurechnen sind, wie die in den Descendentenerbteil einzurechnenden Beträge auch in den Descendentenpflichtteil eingerechnet werden. Meines Erachtens sollte die eben ausgeführte Kontroverse, insoferne ein Pflichtteilsrecht des Ehegatten überhaupt beibehalten wird, durch eine ausdrückliche Bestimmung entschieden werden und nach meinem Dafürhalten hätte diese Entscheidung in dem Sinne zu erfolgen, daß in den Pflichtteil des Ehegatten nicht nur alles was er durch Legat oder andere Verfügungen des Erblassers wirklich aus der Verlassenschaft erhalten hat (§ 787 ABGB.), sondern auch dasjenige voll einzurechnen ist, was dem Ehegatten gemäß der Ehepакten, insbesondere auf Grund von Erbabsfindungen oder eines Erbvertrages zukommt oder zugekommen ist.



## § 8.

Die Entwürfe begnügen sich nicht damit, dem überlebenden Ehegatten ein Pflichtteilsrecht einzuräumen, sondern sie halten auch den § 796 ABGB., und zwar in folgender neuer Fassung, aufrecht:

„Dem überlebenden Ehegatten gebührt, so lange er nicht zur zweiten Ehe schreitet, der mangelnde anständige Unterhalt, soweit dieser nicht durch den gesetzlichen Erb- oder Pflichtteil und eine für den Fall des Überlebens bedungene oder letztwillig zugewendete ausreichende Versorgung gedeckt ist. In den im § 759 bezeichneten Fällen hat der überlebende Ehegatte auf Unterhalt aus dem Nachlaß keinen Anspruch.“ (§ 102 Entwurf I [RV.], § 128 Entwurf II, § 141 Entwurf III.)

Die neue Fassung bessert die Stellung des überlebenden Ehegatten in mehrfacher Beziehung außerordentlich. Zunächst schließt nach dem Wortlaute des § 796 ABGB. jede für den Fall des Überlebens bedungene Versorgung den Unterhaltsanspruch aus.<sup>74)</sup> Die Entwürfe entscheiden aber, daß jede Versorgung, und zwar sowohl eine bedungene, wie eine letztwillige, ebenso wie der gesetzliche Erb- oder Pflichtteil den Unterhaltsanspruch nur entsprechend vermindern.<sup>75)</sup> Ferner ist es bekanntlich streitig, ob der Unterhaltsanspruch des § 796 ABGB. den dem gesetzlichen Erbteil des überlebenden Ehegatten entsprechenden

<sup>74)</sup> Meines Erachtens schließt die für den Fall des Überlebens bedungene Versorgung jedenfalls, nicht bloß „im Zweifel“ (wie es in der vortrefflichen Darstellung bei Krainz-Pfaff-Chrenzweig, § 442, heißt) den Unterhaltsanspruch des § 796 ABGB. aus. Richtig Hofmann, Grünhuts Zeitschrift, I, S. 548 fg. Testamentarische Fürsorge schließt den Anspruch des § 796 ABGB. nicht aus. So mit Recht DGH., Sammlung XIV, Nr. 6184.

<sup>75)</sup> Das Wort „ausreichende“ in der vorgeschlagenen neuen Fassung des § 796 ist wohl überflüssig und paßt nicht recht zu der Fügung „so weit dieser nicht — gedeckt ist“.

Betrag übersteigen könne.<sup>76)</sup> Die neue Fassung entscheidet die Frage in bejahendem Sinne; der Unterhaltsanspruch soll nicht nur den Pflichtteil, sondern auch den gesetzlichen Erbteil überschreiten können.<sup>77)</sup> In einem Punkte ist freilich die neue Fassung strenger. Nach § 796 ABGB. hat nur der aus seinem Verschulden geschiedene Ehegatte den Unterhaltsanspruch verwirkt; nach der neuen Fassung ist der Unterhaltsanspruch schon dann verloren, „wenn der Erblasser die Klage wegen Trennung oder Scheidung der Ehe aus Verschulden des anderen schon angebracht hatte und der Klage stattgegeben wird“ (Entwurf II, § 123, Abs. 2, Entwurf III, § 136, Abs. 2). Hingegen ist (vgl. das oben S. 33 fg. Ausgeführte) geltend zu machen, daß es als ungebührlich bezeichnet werden muß, wenn das Gesetz die Erben (sei es dritte Erben, sei es gar Kinder des überlebenden Ehegatten) veranlaßt, eine vom Erblasser wegen Trennung oder Scheidung anhängig gemachte Klage nur deshalb fortzuführen um dem überlebenden Ehegatten den mangelnden anständigen Unterhalt zu entziehen. Das ganze innere Eheleben des Erblassers und des

<sup>76)</sup> Hofmann, Grünhuts Zeitschrift, I, S. 550 fg., Schiffner, Gesetzliche Vermächtnisse, S. 83, Anm. 12, S. 476, erklären dies für zulässig (ebenda weitere Literatur), während bei Krainz-Pfaff-Chrenzweig, § 442, ferner DGH., Gerichtszeitung 1852, S. 111, an der alten Zeillerschen Lehre festgehalten wird, daß der Unterhaltsanspruch den gesetzlichen Erbteil niemals übersteigen könne; dieser Auffassung auch DGH., Sammlung XIV, Nr. 6286. — über die Natur des Unterhaltsanspruches des § 796 ABGB. vgl. auch v. Guffarek, Grünhuts Zeitschrift, XX, S. 499.

<sup>77)</sup> Durch die neue Fassung wird die meines Erachtens schon für das heutige Recht richtige Meinung bestätigt, daß der Unterhaltsanspruch auch bei der gesetzlichen Erbfolge Platz greife und daß er auch die Pflichtteile der Kinder und Eltern mindere. Der Anspruch ist nach der alten wie nach der neuen Fassung eine Forderung gegen den Nachlaß. Für die Bemessung des Anspruches ist die Höhe des Nachlasses nach Abzug der Passiven maßgebend. Der Anspruch steht den übrigen Erbschaftsschulden nach, geht aber dem Pflichtteil vor. Sämtliche Erben (Intestat- und Testamentserben) haben beizutragen nach Verhältnis ihrer Erbteile, können aber verhältnismäßig die ihnen auferlegten Vermächtnisse herabmindern. So mit Recht Hofmann, a. a. D., I, S. 565, unter Berufung auf die Analogie aus § 783 ABGB. über die angeführten Streitfragen und deren Literatur vgl. Krainz-Pfaff-Chrenzweig, § 442, ferner Schiffner, Gesetzliche Vermächtnisse, S. 81 fg.



überlebenden Ehegatten soll trotz des Todes des klagenden Streittheiles aus kleinlichen ökonomischen Rücksichten vor Gericht zur Sprache gebracht werden können. Auch verschlimmert sich ja die prozessuale Situation (wie ebenfalls bereits oben S. 33 fg. ausgeführt wurde) des überlebenden Ehegatten durch den Tod des Klägers. Der Kläger hätte vielleicht verziehen, das persönliche Gegenübertreten von Kläger und Beklagten hat oft gerade in so heiklen Prozessen zu einer Ausöhnung geführt. Endlich fehlt das den Beklagten vielleicht entlastende Auftreten des Klägers vor Gericht, der dem Beklagten vielleicht günstige, dem Kläger vielleicht ungünstige Eindruck der persönlichen Einvernahme. Kurz der § 123, Abs. 2 Entwurf II (§ 136, Abs. 2 Entwurf III) wird überhaupt und so insbesondere in der neuen Fassung des § 796 ABGB. fallen müssen. Wir werden wieder zu der alten Fassung des § 796 ABGB. zurückkehren, nach welcher nur der aus seinem Verschulden geschiedene Ehegatte den Unterhaltsanspruch verliert. Auch in Zukunft wird also das bloße Vorhandensein eines Scheidungsgrundes, die Entziehung durch letztwillige Verfügung des Erblassers und von Ausnahmefällen abgesehen, die Erbunwürdigkeit den Unterhaltsanspruch nicht ausschließen dürfen.<sup>78)</sup> Der Anspruch des § 796

<sup>78)</sup> Hofmann, a. a. D., S. 568, lehrt, „Der Scheidung stehen also hier gleich gewisse Tatsachen, welche den andern Teil zur Scheidung (Trennung) berechtigt hätten und nur deshalb nicht zur Scheidung geführt haben, weil sie dem anderen Gatten unbekannt waren, oder weil diese faktisch unmöglich oder doch sehr erschwert war.“ Solche Tatsachen seien aber nur „Delikte, welche auch ohne Antrag des Verletzten den Gegenstand einer Anklage bilden können (also namentlich nicht der Ehebruch). Doch steht dem Gatten frei, zu beweisen, daß der Verstorbene das Delikt gekannt und gleichwohl die Lebensgemeinschaft fortgesetzt habe“. Vgl. für die im Text angenommene Auffassung P f a f f - K r a i n z - E h r e n z w e i g, § 442, S. 477, S c h i f f n e r, Gesetzliche Vermächtnisse, S. 84, Erbrechtsreform, S. 55 fg., Sammlung IV, Nr. 1614. — Hofmann, a. a. D., ist zugegeben, daß dem aus der Strafhast entlassenen Gattenmörder ein Unterhaltsanspruch nicht zu gewähren ist; dies wird wohl auch für den Totschläger des Gatten gelten, welcher aus der Strafhast entlassen, gegen den Nachlaß den mangelnden anständigen Unterhalt in Anspruch nimmt. Der Anspruch wird auf Grund des § 7 ABGB. unter analoger Anwendung des § 540 ABGB. und des Satzes des § 796 ABGB., daß der aus seinem Verschulden ge-

ABGB. ersetzt eben zwar den Pflichtteil, ist aber kein Pflichtteil, sondern ebenso wie der Anspruch des § 795 ABGB. ein unentziehbarer, oder wie Schiffner (Gesetzliche Vermächtnisse, S. 85) sagt, ein gegenwilliger Anspruch. Ein getrennter Ehegatte kann den Unterhaltsanspruch nicht geltend machen. Dies ergibt sich aus analoger Anwendung des Schlüsselsatzes des § 1266, nach welchem „ein getrennter, obgleich schuldloser Ehegatte die gesetzliche Erbfolge nicht ansprechen kann.“<sup>79)</sup> Es würde sich aber vielleicht empfehlen, in dem (ja ohnedies neu redigierten) § 796 ABGB. die Worte „getrennter, wenngleich schuldloser“ aufzunehmen. Daß der Unterhaltsanspruch auch nach der neuen Fassung des § 796 auch dem Witwer zusteht ist zu billigen.<sup>80)</sup>

Hofmann, Grünhuts Zeitschrift, I, S. 548, ist der Ansicht, daß der Witwe der Unterhaltsanspruch nach § 796 ABGB. nicht zustehe, „wenn sie gegen wohlhabende Eltern einen Alimentationsanspruch habe.“ Wäre das richtig, dann müßte dies (da § 796 zwischen Wittven und Witvern nicht unterscheidet) auch für den Witwer gelten.<sup>81)</sup> Wir würden so zu einer praktisch weitreichenden Beschränkung des Unterhaltsanspruches gelangen, nämlich daß die Eltern des überlebenden Ehegatten ihm vor dem Nachlasse des Erblassers unterhaltspflichtig sind. Ich bin nun der Meinung, daß eine derartige Zurückstellung des Unterhaltsanspruches des § 796 ausdrücklich ausgesprochen sein müßte, und aus dem bloßen Wort „mangelnde“ nicht gefordert werden darf. Es handelt sich eher im § 796 um einen erbrechtlichen und nicht

schiedene Ehegatte des Unterhaltsanspruches verlustig werde, abzuweisen sein. Ungeachtet solcher seltener Ausnahmen hat der Grundsatz zu gelten, der Unterhaltsanspruch werde durch Erbunwürdigkeit nicht ausgeschlossen.

<sup>79)</sup> Vgl. die Entscheidung, Sammlung XXXVII, R. F. III, Nr. 1147.

<sup>80)</sup> Anderer Ansicht freilich Touaillon, Notz. 1908, S. 227. Allein der mittellose Mann einer wohlhabenden Frau, welcher nach deren Tode nicht mehr in der Lage ist sich einer Erwerbstätigkeit mit Aussicht auf Erfolg zuzuwenden, hat eine nicht unbegründete Anwartschaft darauf, daß er nicht zu tief unter seine bisherige Lebenshaltung herabzusinken brauche und dieser Situation trägt eben § 796 ABGB. in seiner alten wie in seiner neuen Fassung Rechnung.

<sup>81)</sup> Hofmann scheint anderer Ansicht zu sein. Auch seine S. 548, Anm. 7 gegebene Begründung spricht nur von der Witwe und paßt nur für die Witwe.



um einen familienrechtlichen Unterhaltsanspruch. Darum unterscheidet auch § 796 nicht zwischen Witwer und Witwe, während doch die Unterhaltspflicht des Ehegatten gegenüber der Ehegattin eine primäre, die der Ehegattin gegenüber dem Ehegatten jedenfalls nur eine subsidiäre ist.<sup>82)</sup>

Ich möchte mir erlauben, folgende Ergänzungen und Änderungen der in den Entwürfen enthaltenen neuen Fassung des § 796 ABGB. vorzuschlagen.

1. Da unser Gesetz zwar „anständigen“ und „notwendigen“ Unterhalt gegenüberstellt (§§ 91, 796 ABGB. im Gegensatz zu

<sup>82)</sup> § 1360, Abs. 2 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches lautet: „Die Frau hat dem Manne, wenn er außer Stande ist, sich selbst zu erhalten, den seiner Lebenshaltung entsprechenden Unterhalt nach Maßgabe ihres Vermögens und ihrer Erwerbsfähigkeit zu gewähren.“ (Ähnlich ungarischer Entwurf, § 100.) Vgl. auch § 7, Z. 2a AufwG., „Diese Rente beträgt . . . für den Witwer, wenn und insofern er erwerbsunfähig ist, 20%“. — In unserem ABGB. und auch im schweizerischen Zivilgesetzbuch fehlt eine ähnliche Bestimmung. In der österreichischen Literatur ist die Frage streitig. Die Verfasser des ABGB. wollten auch eine subsidiäre Unterhaltspflicht des Ehegatten nicht anerkennen. Dfner, Protokolle I, S. 74. — Ich halte die subsidiäre Unterhaltspflicht der Ehegattin mit Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 440, S. 472, für selbstverständlich und durch die im § 44 ABGB. anerkannte Verpflichtung „sich gegenseitig Beistand zu leisten“, begründet. Für die richtige Auffassung u. a. Armin, ZBl. 1907, S. 38 (ebenda weitere Literatur). Es liegt hier eine solche Lücke im Gesetze vor, welche de lege lata auf Grund des § 7 ABGB. (trotz der Verfasser des ABGB.) auszufüllen wäre. Sammlung XXI, Nr. 9607, weist dagegen jede analoge Anwendung des § 91 behufs Begründung dieser Unterhaltspflicht der Gattin auf Grund des § 6 ABGB. ab. (Es handelte sich um den von einer öffentlichen Anstalt gegen die Frau erhobenen Erbschaftsanspruch für ausgelegte Verpflegungs- und Beerdigungskosten. In der zitierten Entscheidung wird die Frau nur verpflichtet, den Mann zu pflegen und ihm ärztliche Hilfe zu verschaffen.) Dfner, Sammlung VI, Nr. 3136, erklärt, das den Ehegatten zur Alimentierung der Frau verurteilende Erkenntnis sei für die Zeit nach dem Tode des Mannes unwirksam. — Keine exceptio rei judicatae gegenüber einer Klage aus § 796 ABGB. auf Grund einer Entscheidung über den Anspruch der Ehegattin nach § 91 ABGB. Dfner, Sammlung VIII, Nr. 3653.

Ich behalte mir vor in anderem Zusammenhange die Frage zu besprechen, in welcher Weise bzw. Formulierung, eine gesetzliche Regelung der subsidiären Unterhaltspflicht der Frau gegenüber ihrem Gatten in der Novelle zu erfolgen hätte.

§ 795 ABGB.), eine Begriffsbestimmung des „anständigen“ Unterhaltes aber nicht gibt, so wäre es vielleicht empfehlenswert, ausdrücklich zu bestimmen, daß der „anständige“ Unterhalt mit billiger Berücksichtigung der bisherigen Lebenshaltung der Ehegatten und mit Bedachtnahme auf den Stand des Nachlassvermögens bemessen werden solle. Ich würde diese Formulierung für unseren Fall der im § 1610 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches für alle Fälle der Unterhaltspflicht gegebenen — das Maß des zu gewährenden Unterhaltes bestimme sich nach der Lebensstellung des Bedürftigen (standesmäßiger Unterhalt) — vorziehen.<sup>83)</sup>

2. Nach der neuen Fassung des § 796 ABGB. ist, wie bereits oben erwähnt wurde, der Unterhaltsanspruch nicht auf den gesetzlichen Erbteil beschränkt; die gesamten Erträgnisse, ja das ganze Kapital des Nachlasses können durch den Anspruch aufgezehrt werden. In den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage (Entwurf I), S. 112, heißt es, „Konkurriert der Ehegatte mit alimentationsberechtigten Ascendenten oder Descendenten und reicht der Nachlaß zur Deckung des Anspruches nicht aus, so tritt verhältnismäßige Minderung ein. Im Verhältnis zu den eigenen Kindern ergibt sich keine Kollision, da Kinder und Eltern wechselseitig zur Alimentationsleistung verpflichtet sind.“<sup>84)</sup> Ich meine entgegen dieser Auffassung der Motive, daß nur die Kinder, die

<sup>83)</sup> § 1610, Abs. 2 deutsches bürgerliches Gesetzbuch: „Der Unterhalt umfaßt den ganzen Lebensbedarf, bei einer der Erziehung bedürftigen Person auch die Kosten der Erziehung und der Vorbildung zu einem Berufe.“ Von notdürftigem Unterhalt spricht § 1611 deutsches bürgerliches Gesetzbuch: auf den notdürftigen Unterhalt beschränkt sind auch Abkömmlinge, Eltern und der Ehegatte, „wenn sie sich einer Verfehlung schuldig machen, die den Unterhaltspflichtigen berechtigt, ihnen den Pflichtteil zu entziehen“.

<sup>84)</sup> Vgl. gegen die Ausführung der Motive und zum folgenden Ehrenzweig, ZBl. 1908, S. 86. — Hofmann, a. a. D., S. 562 fg., meint, daß, wenn sich der Gatte Descendenten aus einer anderen Ehe gegenübersteht, der Alimentationsanspruch der Descendenten dem des Gatten vorgehe; treffe dagegen der Gatte mit eigenen Kindern zusammen, dann werde die Frage wegen der gegenseitigen Alimentationspflicht der Eltern und Kinder gar nicht praktisch. Hier ist keine Kollision sondern Harmonie der Interessen, seien sie beide dürftig, und der Nachlaß unzulänglich, dann werden sie eben die gleiche Notlage teilen, um so mehr als sie regelmäßig einen Haushalt bilden werden.



gegen ihren verstorbenen Parens einen Anspruch auf Unterhalt, Erziehung und Versorgung hatten, auch gegen den Unterhaltsanspruch des überlebenden Ehegatten zu schützen sind. Es genügt nicht, dem überlebenden Ehegatten den ganzen Nachlaß zur Deckung seines mangelnden Unterhaltes zuzuwenden, die Kinder aber mit ihrem Anspruch auf Unterhalt, Erziehung und Versorgung gegen den überlebenden Ehegatten zu verträsten; auch kann dieser ja ihr Stiefparens sein und ist dann überhaupt nicht verpflichtet für ihre Alimentation, ihre Erziehung und ihre Versorgung aufzukommen.<sup>85)</sup> Ich meine, daß ein billiger Ausweg aus einer solchen Kollision von Ansprüchen der wäre, daß für den Unterhaltsanspruch des überlebenden Ehegatten die eine Hälfte, für den Anspruch der Kinder auf Unterhalt, Erziehung und Versorgung die andere Hälfte des Nachlasses aufzukommen hätte.<sup>86)</sup>

3. Der Ehegatte hat einen Anspruch auf den mangelnden anständigen Unterhalt. Wenn also ein Ereignis eintritt, welches seine ökonomische Situation in solchem Maße verbessert, daß von einem Mangel des anständigen Unterhalts nicht mehr gesprochen werden kann, so entfällt der im § 796 ABGB. sowohl in seiner gegenwärtigen als in der neu vorgeschlagenen Fassung eingeräumte Anspruch. Der Anspruch wird also z. B. entfallen, wenn dem überlebenden Ehegatten einige Jahre nach dem Tode des Erblassers eine ansehnliche Erbschaft zufällt. Auch eine zweite Ehe kann eine erhebliche Besserung der Vermögenslage des überlebenden Ehegatten zur Folge haben und in einem solchen Falle und nur dann scheint es mir gerecht zu sein, wenn der Unterhaltsanspruch in Folge einer zweiten Ehe entfällt. Dagegen halte ich es für ungerecht, wenn die zweite Ehe des überlebenden Ehegatten seinem Unterhaltsanspruche in jedem Falle ein Ende bereitet. Die Rechtsordnung soll eine

<sup>85)</sup> Wenn aber der Gatte seinen Stiefkindern, welche ihre Alimentationsansprüche gegen den Nachlaß unbeschränkt geltend machen können, weichen muß — wie Hofmann, a. a. D., meint — dann wird sehr häufig für seinen Anspruch auf den „mangelnden anständigen Unterhalt“ wohl wenig oder nichts übrig bleiben.

<sup>86)</sup> Von verhältnismäßiger Minderung sprechen auch die Motive.

Eheschließung nicht bestrafen; insbesondere soll die Wiederverehelichung eines Witwers oder einer Witwe nicht von Rechts wegen bestraft werden.<sup>87)</sup> Dazu kommt, daß der Witwer, der sich wieder verehelicht, durch die Eheschließung als solche eine Unterhaltspflicht auf sich nimmt und daß die zweite Ehe für die Kinder des Witwers eine Wohltat sein kann. Auch die Wiederverehelichung einer Witwe kann Erfüllung einer Pflicht gegenüber unehelichen Kindern sein, die durch nachfolgende Ehe legitimiert werden. Die zweite Ehe kann der Witwe ihr hartes Leben erleichtern und verschönern, braucht aber nicht eine Versorgung zu sein. Ich meine also, daß die Worte „so lange er nicht zur zweiten Ehe schreitet“, wegzubleiben haben. Ich würde vorschlagen, statt derselben einen Satz beizufügen: „Der Anspruch fällt weg, wenn die Vermögenslage des überlebenden Ehegatten, sich durch ein späteres Ereignis, insbesondere durch letztwillige Zuwendung seitens einer dritten Person oder durch eine zweite Ehe erheblich gebessert hat.“

In diesem Zusammenhange ist auch die Bestimmung des § 700 ABGB., „Nur eine verwitwete Person muß, wenn sie Ein oder mehrere Kinder hat, die Bedingung (der Nichtverehelichung) erfüllen“, zu besprechen.<sup>88)</sup> Das Motiv einer solchen Bedingung kann Fürsorge für die überlebenden Kinder sein. Allein der fürsorgliche Testator kann für das Interesse seiner Kinder auch in anderer Weise, z. B. durch Bestimmung eines tüchtigen Vormundes, durch die Bedingung, daß der überlebende Ehegatte

<sup>87)</sup> Zwar verliert die sich wiederverehelichende Witwe das Recht auf den Wittwengehalt (§ 1244 ABGB., welcher übrigens nur dispositiv ist, weil, wie bei Krauz-Paff-Chrenzweig, § 443, Anm. 1, mit Recht ausgeführt ist, § 1242 ABGB. nur von dem Falle, nicht von der Dauer des Wittwenstandes spricht). Ebenso gewährt § 1257 ABGB. den Kindern des verstorbenen Ehegatten das Recht, zu verlangen, daß der überlebende und sich wiederverehelichende Teil ihnen sein Abvitalitätsrecht „gegen einen angemessenen jährlichen Betrag“ überlasse. Allein in diesen Fällen handelt es sich um Rechtsfolgen der Wiederverehelichung, welche sich auf einen Vertrag oder doch auf eine letztwillige Verfügung, also eine Parteidisposition gründen. Über den zweiten Satz des § 700 ABGB. wird gleich zu sprechen sein.

<sup>88)</sup> Vgl. zur Geschichte des § 700 ABGB. und über dessen einzelne Bestimmungen Paff-Hofmann, Kommentar, II, S. 580 fg.



eine bestimmte Person nicht heiraten dürfe (eine Bedingung, welche § 700 ausdrücklich als zulässig anerkennt<sup>89)</sup>, sorgen. Auch würde vielleicht das Interesse der Kinder in Folge von für den verstorbenen Ehegatten oder dritten Testator<sup>90)</sup> unvorhersehbaren Umständen durch eine Ehe der Mutter besser

<sup>89)</sup> Die Bedingung eine bestimmte Person zu heiraten, wird bei Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 502, für unzulässig erklärt (vgl. auch Sammlung N. F. VI, Nr. 2466), von Pfaff-Hofmann, a. a. D., S. 582, für zulässig erklärt. Eine solche Bedingung kann ungebührig, unsittlich sein. Allein da § 698 ABGB. Anordnungen unter einer aufschiebenden unerlaubten Bedingung als ungültig erklärt, so müßte die Erbeinsetzung oder das Vermächtnis unter der Bedingung, daß der Eingesezte oder Bedachte eine bestimmte Person heirate, überhaupt als ungültig erklärt werden. Will man diese Konsequenzen nicht ziehen, dann bleibt nur übrig, die Bedingung, der Eingesezte oder Bedachte müsse eine bestimmte Person heiraten, zu tolerieren. — Ob der Testator die Verehelichung mit Personen bestimmten Standes oder Bekenntnisses verbieten dürfe, ist streitig. Pfaff-Hofmann, a. a. D., S. 582, halten dies für schlechtweg zulässig. Bei Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, a. a. D., wird mit Recht die Ansicht vertreten, daß dies nach den Umständen des einzelnen Falles beurteilt werden müsse. Die Bedingung, daß die Tochter des in Indien lebenden Europäers nicht einen Eingeborenen heirate, und umgekehrt das Verbot der Ehe mit einem Europäer für die Tochter des Eingeborenen, würde ich für zulässig halten. Dagegen würde ich eine Testamentsklausel, durch welche die Erbeinsetzung der Tochter an die Bedingung geknüpft wird, daß sie nicht einen Nichtadeligen heirate, als unzulässig erklären. Eine Zwangsbestimmung dieser Art in einem Fideikommißstiftsbrief mag Geltung haben, den in einer dergleichen gewöhnlichen Testamentsklausel geübten gewalttätigen Eingriff in die Entschließungsfreiheit braucht das Recht nicht gelten zu lassen. Wichtig ist, daß der Testator seinen Zweck vielleicht auch erreicht hätte, wenn er bestimmt hätte, seine Tochter werde Erbin, wenn sie einen Adelligen heirate, wenn er also eine suspensiv bedingte Erbeinsetzung ausgesprochen hätte. Der Richter vermag hier nicht zu helfen, weil es sich um eine suspensiv bedingte Erbeinsetzung handelt und eine unerlaubte Suspensivbedingung die Gültigkeit der Erbeinsetzung aufhebt. Allein daraus folgt nicht, daß der Richter dort nicht helfen solle, wo er zu helfen vermag. Der Richter vermag aber zu helfen, wenn eine Erbeinsetzung unter einer Resolutivbedingung ausgesprochen wird, welche er als unerlaubt zu qualifizieren in der Lage ist. Dem Richter ist ja dann die Möglichkeit gegeben, die Bedingung pro non scripta anzusehen, die Erbeinsetzung aber aufrechtzuerhalten (§ 698 ABGB.).

<sup>90)</sup> Auch ein Dritter, nicht bloß der Gatte, kann die Bedingung der Nichtwiederverehelichung „einer verwitweten Person“, welche ein oder mehrere Kinder hat, auferlegen. (Pfaff-Hofmann, Kommentar II, S. 585.)

gewahrt als durch die ihr auferlegte Ehelosigkeit. Ein Verbot überhaupt nicht wieder zu heiraten bei sonstigem Verluste einer Erbschaft oder eines Legates, ist nicht selten durch unsinnigen Egoismus, durch Haß oder Eifersucht übers Grab hinaus veranlaßt und scheint mir jedenfalls ein Mißbrauch der Testierfreiheit zu sein.<sup>91)</sup> Daß die erwähnte Bestimmung erträglicher wird, wenn der § 796 ABGB. im Sinne der vorstehenden Anregungen ausgestaltet wird (denn § 796 ABGB. gewährt einen unentziehbaren Anspruch), oder im Falle der Anerkennung eines Pflichtteilsrechts des überlebenden Ehegatten in der in den Entwürfen anerkannten Gestalt, ist richtig. Allein ich glaube, daß gerade die Anhänger einer Besserung der erbrechtlichen Stellung des überlebenden Ehegatten auf das Argument aus der erwähnten Bestimmung des § 700 ABGB. verzichten und für eine Aufhebung dieser Bestimmung eintreten sollten.<sup>92)</sup>

<sup>91)</sup> Die Bedingung der Ehelosigkeit kann auch dem Witwer auferlegt werden. Die „Fürsorge“ der verstorbenen Gattin wird hier vielleicht zu noch widersinnigeren und den Kindern noch nachteiligeren Konsequenzen führen. Das Verbot der Wiederverehelichung kann nur einer verwitweten Person auferlegt werden, welche eheliche Kinder hat, also z. B. nicht dem Witwer, welcher ein uneheliches Kind oder ein Adoptivkind hat. So mit Recht Pfaff-Hofmann, Kommentar II, S. 585, Anm. 23 (ebenda weitere Literatur). Eine unzumutbare Norm muß restriktiv interpretiert werden. — Die Beschränkung entfällt, wenn die Kinder sterben, die verwitwete Person also kinderlos wird. (So mit Recht DGH., Sammlung IV, Nr. 1618, ZB., Nr. 52.) Es kann sich also ereignen, daß ein Vater, eine Mutter auf den Tod des kranken Kindes warten, um sich wieder verehelichen zu können.

<sup>92)</sup> § 700 ABGB. erklärt die Bedingung der Nichtverehelichung als unzulässig. Von diesem Grundsatz gelten folgende Ausnahmen: I. Gestattet ist eine Bedingung, welche einem Minderjährigen verwehrt, vor erreichter Großjährigkeit „oder innerhalb einer tieferen (innerhalb der Minderjährigkeit liegenden) Altersgrenze zu heiraten“ (Pfaff-Hofmann, Kommentar II, S. 583). II. „Nur eine verwitwete Person muß, wenn sie Ein oder mehrere Kinder hat, die Bedingung erfüllen“ (§ 700, Satz 2). III. „Die Bedingung, daß der Erbe oder Legatar eine bestimmte Person nicht heirate, kann gültig auferlegt werden“ (§ 700, Satz 3; vgl. hierzu oben Anm. 89). Neben diesen drei Ausnahmen gibt es noch eine vierte den § 700 authentisch interpretierende Norm, nämlich eine Novelle vom Jahre 1844. (So mit Recht Pfaff-Hofmann, Kommentar II, S. 586.) Diese Novelle (Justiz-Hofdekret vom 23. Mai 1844, ZGS. Nr. 807), besagt: „Der § 700 des a. b. G. B



findet auf letztwillige Verfügungen keine Anwendung, wodurch der Erblasser seiner Ehegattin den Genuß der ganzen Erbschaft oder eines relativen Theiles derselben oder endlich eines Legates auf die Dauer des Wittwenstandes zuwendet, und ebensovienig auf diejenigen Verfügungen, wodurch er auf die gleiche Art für eine dritte Person bis zu dem Zeitpunkte sorgt, wo dieselbe in den ehelichen Stand tritt.“ Eine Bestimmung, durch welche eine Witwe für die Dauer ihres Wittwenstandes, eine sonstige Person bis zur Abschließung einer Ehe versorgt werden soll, eine Bestimmung, welche versorgen will, soll zulässig; eine Bestimmung, welche eine Ehe hindern will, soll unzulässig sein. Ob eine Bestimmung die zulässige Versorgungs- oder die unzulässige Verhinderungstendenz hat ist im einzelnen Falle festzustellen. Diese Feststellung wird in einzelnen Fällen schwer sein. In dubio mitius. Im Zweifel ist zu Gunsten des Rechts zu heiraten zu erkennen, d. h. es ist dem bedachten Erben oder Legatar der Erbteil, das Legat trotz der Verehelichung zu belassen. Ich wiederhole: steht nicht fest, daß der Testator für die Zeit der Wittwenchaft oder der Cheliosigkeit versorgen wollte, verbirgt das scheinbar wohlwollende Versorgen ein Hinderniswollen, dann enthält die letztwillige Verfügung die unerlaubte Bedingung der Nichtverehelichung und dann ist diese Bedingung zu streichen (§ 698 ABGB.). Eine Erbeinsetzung oder das Vermächtnis einer Sache (z. B. eines Landgutes) für einen Witwer, eine Witwe oder eine ledigen Person für die Zeit der Cheliosigkeit wird im Zweifel als in der Absicht der Verhinderung der Ehe gesehen aufzufassen sein; daher wird die Nichtverehelichungsklausel zu streichen sein. Dagegen wird ein Vermächtnis wiederkehrender Leistungen (insbesondere also ein Renten- oder Alimentenlegat) für die Zeit der Cheliosigkeit gewöhnlich als bona mente gesehen aufzufassen sein; daher wird der Rentenbezug mit der Eheabschließung entfallen. Vgl. Litaweg-Oberhauser, Ztschr. für österr. Rechtsgelehrsamkeit 1845, 1. Bd., S. 157 fg., insbes. S. 162 fg., Pfaff-Hofmann, Kommentar II, S. 586 fg. — Beispiele bei Litaweg-Oberhauser, a. a. D.; eine lehrreiche Besprechung von Fällen aus der Praxis bei Pfaff-Hofmann, a. a. D., S. 587 fg.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die Novelle vom Jahre 1844 in Geltung bleiben kann, auch wenn wir den zweiten Satz des § 700 streichen. Die Novelle vom Jahre 1844 bezieht sich auf das Prinzip des ersten Satzes des § 700 und steht mit dem zweiten Satze nicht in Widerspruch.

§ 700, Satz 1, enthält, soll sein Prinzip überhaupt Wert und Sinn haben, kognentes Recht. Der Erbe oder Legatar der einen ihm zugeordneten Erbteil oder ein ihm zugeordnetes Legat annimmt, unterwirft sich nicht der Bedingung dieser Verfügung. Anders mit Unrecht OLG. und OGH., Sammlung I, Nr. 327, ferner OGH. und OGH., Sammlung R. F. V, Nr. 1777 (richtig OGH. ebenda).

## § 9.

Im Schlusssatz des § 1237 ABGB. („Im Zweifel wird vermutet, daß der Erwerb von dem Manne herrühre“), ist bekanntlich die sogenannte praesumptio Muciana rezipiert. Ziehen also Gläubiger des Ehemannes im Besitze eines der Ehegatten oder beider Ehegatten<sup>93)</sup> befindliche Sachen<sup>94)</sup> in Execution, so hat die Frau entweder zu beweisen, daß sie die in Execution gezogenen Sachen bereits in die Ehe eingebracht hat oder daß diese Sachen zwar während der Ehe erworben, aber ihr Eigentum geworden sind. Diese Vermutung mag im Interesse der Kredit-sicherheit zweckmäßig sein. Auch dagegen ist nichts einzuwenden, daß nach dem Tode der Frau ihre Erben das Eigentum der Frau an jenen Sachen, welche im Besitze eines der beiden Gatten oder beider Gatten gewesen sind, gegen den Witwer darzutun haben, daß sie also nachzuweisen haben, diese Sachen seien eingebrachtes Gut der Frau oder von ihr während der Ehe erworben. Es erscheint billig, den ehelichen Besitzstand in dieser Weise sogar gegen die gemeinsamen Nachkommen der Ehegatten und um so mehr gegen andere Erben zu schützen. Dagegen scheint es mir unbillig zu sein, daß nach dem Tode des Mannes die Ehegattin gegen die übrigen Erben nachzuweisen haben soll, daß die Sachen, welche im Besitze beider Gatten oder eines derselben gewesen sind entweder ihr eingebrachtes Gut oder von ihr während der Ehe erworben worden sind. Hier spricht der eheliche Besitzstand

<sup>93)</sup> § 1237 ABGB. macht keinen Unterschied, ob die Sachen im Besitze eines oder ob sie im Besitze beider Ehegatten sind.

<sup>94)</sup> Das Gesetz unterscheidet nicht zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen. Es ist daher nicht ausgeschlossen, daß die Präsuntion auch für eine nicht verbücherte Diegenenschaft oder bei einer zwar verbücherten Diegenenschaft so lange der Eintrag für die Frau nicht erfolgt ist, wirksam wird.



für und nicht gegen die Frau. Ich schlage daher vor, dem § 1237 ABGB. folgenden Satz beizufügen, „Erben des Mannes dürfen sich auf diese Vermutung nicht berufen“. — Wird dieser Vorschlag akzeptiert, dann wird der in den Entwürfen (I [R.V.], § 97, II, § 122, III, § 135) bezüglich des „Voraus“ ausgesprochene Satz in seiner daselbst enthaltenen Formulierung um so mehr entbehrlich erscheinen.

§ 1362 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches lautet:

„Zu Gunsten der Gläubiger des Mannes wird vermutet, daß die im Besitze eines der Ehegatten oder beider Ehegatten befindlichen beweglichen Sachen, dem Manne gehören. Dies gilt insbesondere auch für Inhaberpapiere und für Orderpapiere, die mit Blankoindossament versehen sind. — Für die ausschließlich zum persönlichen Gebrauche der Frau bestimmten Sachen, insbesondere für Kleider, Schmucksachen und Arbeitsgeräte, gilt im Verhältnis der Ehegatten zueinander und zu den Gläubigern die Vermutung, daß die Sachen der Frau gehören.“

Die Präsumtion des ersten Absatzes, welche an die Stelle der praesumptio Muciana getreten ist, gilt also nicht für das Verhältnis der Ehegatten untereinander und gilt expressis verbis auch für solche bewegliche Sachen, von welchen feststeht, daß sie nicht während der Ehe erworben sind.<sup>95)</sup> Zu billigen ist, daß ausdrücklich von „im Besitz eines der beiden Ehegatten oder beider Ehegatten befindlichen beweglichen Sachen“ die Rede ist. Der für die Frau sehr günstige zweite Absatz ist vielleicht weniger in erbrechtlicher Beziehung als gegenüber Gläubigern des Ehemannes wichtig. Alles in allem genommen glaube ich, daß wir uns mit dem oben vorgeschlagenen Zusatz zu § 1237 ABGB. begnügen könnten.

Schließlich ist noch das der Witwe in § 1243 ABGB. eingeräumte gesetzliche Witwenrecht<sup>96)</sup> zu besprechen. Die Entwürfe

<sup>95)</sup> Für das österreichische Recht gelangen wir zu dem gleichen Ergebnisse eigentlich nicht kraft besonderer Festlegung in § 1237, sondern nach allgemeinen Beweisregeln.

<sup>96)</sup> § 1243 ABGB. ist unter der Marginalrubrik „Witwengehalt“ eingereiht. Vgl. Hofmann, Grünhuts Zeitschrift I, S. 568fg.

lassen den § 1243 ABGB. unverändert bestehen und der in diesem Paragraphen gewährte Anspruch steht der Witwe daher neben sämtlichen ihr durch die Entwürfe eingeräumten Rechten zu. Der Anspruch steht der Witwe nicht gegen die Erben, sondern gegen die Verlassenschaft, daher auch trotz der Eröffnung des Konkurses über die Verlassenschaft, zu (OGH., Sammlung IV, Nr. 1639). Der Anspruch bildet ein Nachlasspassivum und wird, weil weder auf Ehepacten noch auf den letzten Willen gegründet, weder in den gesetzlichen Erbteil. (Entwürfe I, §§ 96, 97; II, §§ 121, 122, III, § 134), noch in den Pflichtteil, der nach unserem künftigen Recht dem Ehegatten zustehen soll, eingerechnet (§ 787 ABGB.). Der Anspruch geht auf die gewöhnliche, das heißt auf die gewohnte Verpflegung<sup>97)</sup>, nicht auf den anständigen Unterhalt (§§ 91, 796 ABGB.); der Anspruch steht auch, nicht wie der Anspruch des § 796, nur einer dürftigen Witwe zu. Durch letztwillige Verfügung des Erblassers kann der gesetzliche Witwengehalt nicht entzogen werden.<sup>98)</sup> Der getrennten Ehegattin steht der Anspruch selbstverständlich nicht zu; aber auch eine (wenngleich ohne ihr Verschulden) geschiedene Ehegattin kann den Anspruch nicht geltend machen, weil sie nicht mit dem Erblasser in gemeinsamen Haushalt gelebt hat und insbesondere nicht in dessen Wohnung gewohnt hat; die Fortbenutzung der Wohnung des Erblassers während der Frist des § 1243 bildet einen besonders wichtigen Teil ihres Witwenrechtes.<sup>99)</sup> „Die gewöhnliche Verpflegung aus der Verlassenschaft“ gebührt der Witwe „noch durch sechs Wochen nach dem Tode ihres Mannes und wenn sie schwanger ist, bis nach Verlauf von sechs Wochen nach ihrer Entbindung.“ Die Witwe hat die Wahl, ob sie das Recht des § 1243 und nach dem Ablauf der erwähnten Frist den Witwengehalt des § 1242 oder ob sie gleich nach dem Tode ihres Mannes den Witwengehalt des § 1242 in Anspruch nehmen will.<sup>100)</sup>

<sup>97)</sup> So Hofmann, a. a. D., S. 569.

<sup>98)</sup> Stubenrauch, Kommentar, Anm. 4 zu § 1243 ABGB.

<sup>99)</sup> Pfaff-Rainz-Ehrenzweig, § 442, Anm. 5.

<sup>100)</sup> Die Entbindungskosten hätte der Mann zu bestreiten gehabt, sie gehören daher zu den Verpflegskosten (Rainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 442); bezieht die Frau statt der ihr nach § 1243 zustehenden „gewöhnlichen Ver-



Ein Vergleich mit den Bestimmungen des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches bietet meines Erachtens keinen Anlaß, eine Änderung des § 1243 ABGB. in Vorschlag zu bringen. § 1969 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches verpflichtet den Erben<sup>101)</sup>, „Familienangehörigen des Erblassers, die zur Zeit des Todes des Erblassers zu dessen Hausstande gehört und von ihm Unterhalt bezogen haben, in den ersten dreißig Tagen nach dem Eintritte des Erbfalles in demselben Umfange, wie der Erblasser es getan hat, Unterhalt zu gewähren und die Benutzung der Wohnung und der Haushaltsgegenstände zu gestatten. Der Erblasser kann durch letztwillige Verfügung eine abweichende Anordnung treffen.“<sup>102)</sup> Und in § 1963 heißt es, „Ist zur Zeit des Erbfalles die Geburt eines Erben zu erwarten, so kann die Mutter, falls sie außer Stande ist sich selbst zu unterhalten, bis zur Entbindung standesmäßigen Unterhalt aus dem Nachlasse oder wenn noch andere Personen als Erben berufen sind, aus dem Erbteile des Kindes verlangen.“<sup>103)</sup> Bei der Bemessung des Erbteiles ist anzunehmen, daß nur ein Kind geboren wird.“

pflegung“, den Wittwengehalt nach § 1242, so soll sie nach der bei Stubenrauch a. a. O. vertretenen Ansicht auch die Entbindungskosten aus ihrem Wittum zu bestreiten haben. Ich glaube dies nicht, weil die Entbindungskosten vom Erblasser zu bestreiten gewesen wären und daher ein Nachlasspassivum bilden.

<sup>101)</sup> Also nicht die Verlassenschaft. Die Verpflichtung bildet daher kein Nachlasspassivum.

<sup>102)</sup> Es liegt also nicht ein unentziehbares Recht vor und dieses Recht steht nicht bloß einer Witwe zu. Der Inhalt der Verpflichtung entspricht ungefähr dem Ausdrucke „gewöhnliche Verpflegung“ des § 1243 ABGB.

<sup>103)</sup> Der Anspruch steht jeder Mutter eines Erben, dessen Geburt zu erwarten ist, nicht bloß der Witwe des Erblassers zu. Der Anspruch setzt Bedürftigkeit der Mutter voraus. (Anders § 1243 ABGB.)

## § 10.

Zum Schlusse sollen die im Verlaufe meiner Ausführungen gemachten Vorschläge in der Form von Gesetzesparagrafen zusammengestellt werden. Die Bestimmungen des Entwurfes II (Beschlüsse des Subkomitees der juridischen Kommission des Herrenhauses, Erste Lesung) sind unter Anführung der abweichenden Bestimmungen des Entwurfes III (Beschlüsse des Subkomitees der juridischen Kommission des Herrenhauses, Zweite Lesung; vgl. oben Num. 4) in Anmerkungen angeführt.

### Erbrecht.

1. § 540 ABGB. hat zu lauten:

„Wer den Erblasser vorsätzlich und widerrechtlich getötet oder zu töten versucht hat, ist des Erbrechtes unwürdig. Die Geltendmachung der Erbunwürdigkeit wird durch Verzeihung des Erblassers ausgeschlossen.“<sup>104)</sup>

2. § 700 ABGB. hat zu lauten:

„Die Bedingung, daß der Erbe oder Legatar sich, selbst nach erreichter Großjährigkeit, nicht verheirathen solle, ist als nicht beigesezt anzusehen. Die Bedingung, daß der Erbe oder Legatar eine bestimmte Person nicht heirate, kann gültig auferlegt werden.“

Der zweite Satz, „Nur eine verwitwete Person muß, wenn sie ein oder mehrere Kinder hat, die Bedingung erfüllen“, hat wegzubleiben.<sup>105)</sup>

<sup>104)</sup> Die Begründung in § 5, S. 38 fg.

<sup>105)</sup> Vgl. § 8, S. 65 fg.



### 3. Gesetzliches Erbrecht.<sup>106)</sup>

§ 757 ABGB. hat zu lauten:

„Der überlebende Ehegatte wird neben eigenen Kindern aus seiner Ehe mit dem Erblasser Erbnießbraucher an einem Viertel des Nachlasses; neben Stiefkindern Erbnießbraucher an einem Kopfteil, zu dessen Berechnung der Ehegatte zur Zahl der Kinder

<sup>106)</sup> Vgl. folgende Bestimmungen des Entwurfes II:

#### § 121.

§ 757 a. b. G. B. hat zu lauten:

Der überlebende Ehegatte des Erblassers ist neben Kindern des Erblassers und deren Nachkommen zu einem Viertel des Nachlasses, neben den Eltern und deren Nachkommen oder neben Großeltern zur Hälfte des Nachlasses gesetzlicher Erbe. Sind neben Großeltern Nachkommen verstorbener Großeltern vorhanden, so erhält überdies der Ehegatte von der anderen Hälfte der Erbschaft den Teil, der nach §§ 739 und 740 den Nachkommen der verstorbenen Großeltern zufallen würde.

Sind weder gesetzliche Erben der ersten oder zweiten Linie noch Großeltern vorhanden, so erhält der überlebende Ehegatte die ganze Erbschaft.

#### § 122.

§ 758 a. b. G. B. hat zu lauten:

Dem überlebenden Ehegatten gebühren außer dem Erbteil die zum ehelichen Haushalt gehörenden beweglichen Sachen, neben Kindern des Erblassers jedoch nur das für seinen eigenen Bedarf Nötige als ein Vorausvermächtnis.

#### § 123.

§ 759 a. b. G. B. hat zu lauten:

Ein aus seinem Verschulden geschiedener Ehegatte hat kein gesetzliches Erbrecht und keinen Anspruch auf das gesetzliche Vorausvermächtnis.

Beides ist dem überlebenden Ehegatten auch dann versagt, wenn der Erblasser die Klage wegen Trennung oder Scheidung der Ehe aus Verschulden des anderen schon angebracht hatte und der Klage stattgegeben wird.

Die einschlägigen Bestimmungen des Entwurfes III sind die §§ 134 bis 136. — § 134 Entwurf III stimmt mit § 121 Entwurf II überein; der erste Absatz schließt aber mit folgendem Zusatz: „In allen Fällen wird in den Erbteil des Ehegatten dasjenige eingerechnet, was ihm gemäß der Ehepacten oder eines Erbvertrages aus dem Vermögen des Erblassers zugekommen ist.“ Im § 135 Entw. III heißt es: „Außer dem Erbteil gebühren dem überlebenden Ehegatten als Vorausvermächtnis.“ Im übrigen stimmt § 135 Entwurf III mit § 122 Entwurf II überein. Ebenso stimmt § 136 Entwurf III mit § 123 Entwurf II überein.

hinzugezählt wird; der Kopfteil darf ein Viertel des Nachlasses nicht übersteigen.<sup>107)</sup> Neben Eltern des Erblassers und deren Nachkommen wird der Ehegatte zu einem Viertel Erbe zu einem weiteren Viertel Erbnießbraucher.<sup>108)</sup> Neben Großeltern und neben Erben großelterlichen Stammes wird der Ehegatte Erbe zu einem Viertel, Erbnießbraucher von drei Vierteln des Nachlasses.<sup>109)</sup>

Sind weder gesetzliche Erben der ersten oder zweiten Linie noch Großeltern oder Erben des großelterlichen Stammes vorhanden, so erhält der überlebende Ehegatte die ganze Erbschaft.“

§ 758 ABGB. hat zu lauten:

„Dem Ehegatten wird sowohl in seinen Erbnießbrauch wie in seinen Erbteil eingerechnet, was ihm gemäß der Ehepacten, eines Erbvertrages oder einer letzten Anordnung aus dem Vermögen des Erblassers zukommt.<sup>110)</sup>

Jeder Erbe ist berechtigt, die Umwandlung des seinen Erbteil belastenden Erbnießbrauches des Ehegatten in eine jährliche Rente zu verlangen. Ebenso ist der Ehegatte gegenüber jedem Erben berechtigt, die Umwandlung seines Erbnießbrauches in eine jährliche Rente in Anspruch zu nehmen. Das Rentenbezugsrecht ist sicherzustellen.<sup>111)</sup>

Der überlebende Ehegatte ist berechtigt, die zum ehelichen Haushalt gehörenden beweglichen Sachen, soweit sie nicht das Zugehör eines Grundstückes bilden, um den gemeinen Preis (§ 306) einzulösen.“<sup>112)</sup>

§ 759 ABGB. hat zu lauten:

„Ein getrennter, wenngleich schuldloser Ehegatte und ein aus seinem Verschulden geschiedener Ehegatte hat kein gesetzliches Erbrecht und keinen Anspruch auf das gesetzliche Einlöfungsrecht“ (§ 758, Abf. 3).<sup>113)</sup>

<sup>107)</sup> Vgl. § 1, S. 5 fg.

<sup>108)</sup> Vgl. § 3, S. 16 fg.

<sup>109)</sup> Vgl. § 3, S. 17 fg.

<sup>110)</sup> Vgl. § 2, S. 14 fg.

<sup>111)</sup> Vgl. § 1, S. 11.

<sup>112)</sup> Vgl. oben § 2, S. 12 fg.

<sup>113)</sup> Vgl. oben § 4, S. 32.



Zusatz.

Der im Entwurf II, § 123 (gleichlautend Entwurf III, § 136), als Abf. 2 des § 759 ABGB. vorgeschlagene Satz: „Beides ist dem überlebenden Ehegatten auch dann versagt, wenn der Erblasser die Klage wegen Trennung oder Scheidung der Ehe aus Verschulden des andern schon angebracht hatte und der Klage stattgegeben wird“, entfällt.<sup>114)</sup> Auch die im § 98 des Entwurfes I (der Regierungsvorlage) vorgeschlagene Textierung des zweiten Absatzes des § 759 ABGB., „Beides ist dem überlebenden Ehegatten auch dann versagt, wenn der Erblasser die Klage wegen Trennung oder Scheidung der Ehe angebracht hatte und nach dem Stande des anhängigen Prozesses zur Zeit des Todes des Erblassers sein Begehren offenbar berechtigt war“, wird nicht empfohlen.<sup>115)</sup>

4. Pflichtteil(srecht).<sup>116)</sup>

§ 770 ABGB. hat zu lauten:

„Ferner kann dem Noterben durch letztwillige Verfügung der Pflichtteil entzogen werden: 1. wenn er sich gegen den Erb-

<sup>114)</sup> Vgl. oben § 4, S. 32 fg.

<sup>115)</sup> Vgl. oben S. 33, Anm. 38.

<sup>116)</sup> Vgl. folgende Bestimmungen des Entwurfes II:

§ 124.

§ 762 a. b. G. B. hat zu lauten:

Die Personen, welche der Erblasser in der letzten Anordnung mit einem Erbteil bedenken muß, sind seine Kinder und sein Ehegatte, in Ermanglung von Kindern seine Eltern.

§ 125.

§ 765 a. b. G. B. hat zu lauten:

Als Pflichtteil bestimmt das Gesetz jedem Kinde und dem Ehegatten die Hälfte dessen, was ihm nach der gesetzlichen Erbfolge als Erbteil zugefallen wäre.

§ 126.

§ 769 a. b. G. B. hat zu lauten:

Aus den nämlichen Ursachen können auch die Eltern und der Ehegatte vom Pflichtteil ausgeschlossen werden; die Eltern überdies noch dann, wenn sie das Kind in der Erziehung ganz verwahrloßt haben, der Ehegatte dann, wenn der Erblasser berechtigt war, die Trennung oder Scheidung aus Verschulden des andern zu begehren.

lasser, dessen Gattin oder gegen ein Kind des Erblassers eines Verbrechens schuldig gemacht hat; 2. wenn er sich nach § 542 des Erbrechts unwürdig gemacht hat.“<sup>117)</sup>

Ein Pflichtteilsrecht des überlebenden Ehegatten empfehle ich nicht. Für den Fall, daß ein Pflichtteilsrecht des überlebenden Ehegatten normiert werden sollte, empfehle ich statt der Bestimmungen der Entwürfe folgende Sätze:

1. § 762 ABGB. hat zu lauten:

„Die Personen, welche der Erblasser in der letzten Anordnung mit einem Erbteil bedenken muß, sind seine Kinder; und in deren Ermanglung seine Eltern. Das besondere Pflichtteilsrecht des Ehegatten regelt § 782a.“

2. Nach § 782 ABGB. ist einzuschalten:

„§ 782a. Dem in dem letzten Willen des Erblassers mit Stillschweigen übergangenen Ehegatten gebührt die Hälfte dessen was ihm nach der gesetzlichen Erbfolge zugefallen wäre als Pflichtteil. Die Entziehung des Pflichtteils des überlebenden Ehegatten muß ausdrücklich geschehen. Der Angabe oder des Beweises eines Grundes der Entziehung des Pflichtteils bedarf es nicht. Dem geschiedenen oder getrennten, wenngleich schuldlosen Ehegatten gebührt kein Pflichtteil.“<sup>118)</sup>

3. Nach § 788 ABGB. ist einzuschalten:

„§ 788a. In den Pflichtteil des Ehegatten ist insbesondere auch einzurechnen, was ihm gemäß von Ehepacten insbesondere auf Grund von Erbabsindungen oder eines Erbvertrages aus dem Vermögen des Erblassers zukommt oder zugekommen ist.“

§ 127.

§ 781 a. b. G. B. hat zu lauten:

Wird der Ehegatte oder ein Noterbe der aufsteigenden Linie mit Stillschweigen übergangen, so kann er immer nur den Pflichtteil aus der Masse fordern.

§§ 137 bis 140 des Entwurfes III stimmen mit den §§ 124 bis 127 des Entwurfes II überein.

<sup>117)</sup> Vgl. oben S. 43 fg.

<sup>118)</sup> Vgl. oben S. 36 fg.



## Zusatz.

Die sämtlichen Bestimmungen der Entwürfe, welche das Pflichtteilsrecht des überlebenden Ehegatten normieren, entfallen. Insbesondere entfällt also die Bestimmung, daß dem Ehegatten der Pflichtteil entzogen werden kann, „wenn der Erblasser berechtigt war, die Trennung oder Scheidung der Ehe aus Verschulden des anderen Ehepartners zu begehren“ (§ 101 Entwurf I [RV.], Entwurf II, § 126, Entwurf III, § 139). Ferner entfällt die im § 140 Entwurf III beantragte Einschaltung der Worte „der Ehegatte oder“ nach Wird im § 781 ABGB. Der im vorstehenden beantragte § 788a wäre selbstverständlich auch dann einzuschalten, wenn das Pflichtteilsrecht des Ehegatten in der Gestalt der Entwürfe beibehalten wird.

5. Unterhaltsanspruch.<sup>119)</sup>

§ 796 hat zu lauten:

„Dem überlebenden Ehegatten gebührt der unter billiger Bedachtnahme auf die bisherige Lebensführung der Ehegatten und unter Berücksichtigung der Höhe des Nachlasses zu bemessende mangelnde anständige Unterhalt, so weit dieser nicht durch den gesetzlichen Erbteil [oder Pflichtteil] und eine für den Fall des Überlebens bedungene oder letztwillig zugewendete Versorgung gedeckt ist. Der Anspruch darf nicht mehr als die Hälfte des Nachlasses ergreifen, wenn der Erblasser Kinder hinterlassen hat, welche des Unterhalts, der Erziehung und der Versorgung bedürfen. Einem aus seinem Verschulden geschiedenen und einem getrennten, wenngleich schuldlosen Ehegatten steht der Anspruch nicht zu.“

<sup>119)</sup> Vgl. § 128 des Entwurfes II (mit welchem § 141 des Entwurfes III wörtlich übereinstimmt):

§ 796 a. b. G. B. hat zu lauten:

Dem überlebenden Ehegatten gebührt, solange er nicht zur zweiten Ehe schreitet, der mangelnde anständige Unterhalt, soweit dieser nicht durch den gesetzlichen Erb- oder Pflichtteil und eine für den Fall des Überlebens bedungene oder letztwillig zugebachte ausreichende Versorgung gedeckt ist.

In den im § 759 bezeichneten Fällen hat der überlebende Ehegatte auf Unterhalt aus dem Nachlaß keinen Anspruch.

Der Anspruch entfällt, wenn die Vermögenslage des überlebenden Ehegatten sich durch ein späteres Ereignis, insbesondere durch letztwillige Zuwendung seitens einer dritten Person oder eine zweite Ehe erheblich gebessert hat.“<sup>120)</sup>

## Zusatz.

Der Unterhaltsanspruch soll auch im künftigen Recht statt des Pflichtteils zustehen, also das Pflichtteilsrecht des Ehegatten entbehrlich machen.

6. Berücksichtigung von Schenkungen bei Berechnung des Pflichtteils.<sup>121)</sup>

Die unter diesem Titel in den Entwürfen vorgeschlagenen Bestimmungen haben wegzubleiben.<sup>122)</sup> Eventuell schlage ich

<sup>120)</sup> Vgl. oben S. 64 fg.

<sup>121)</sup> Vgl. folgende Bestimmungen des Entwurfes II:

## § 133.

§ 784 a. b. G. B. hat zu lauten:

Um den Pflichtteil richtig ausmessen zu können, werden alle zur Verlassenschaft gehörigen beweglichen und unbeweglichen Sachen, alle Rechte und Forderungen, welche der Erblasser auf seine Nachfolger frei zu vererben befugt war, selbst alles, was ein Erbe oder Legatar in die Masse schuldig ist, genau beschrieben und geschätzt. Den Noterben steht frei, der Schätzung beizuwohnen und ihre Erinnerungen dabei zu machen. Auf eine Teilbietung der Verlassenschaftsstücke zur Erhebung des wahren Wertes kann von ihnen nicht gedrungen werden. Schulden und andere Lasten, welche schon bei Lebzeiten des Erblassers auf dem Vermögen hafteten, werden von der Masse abgerechnet.

## § 134.

§ 785 a. b. G. B. hat zu lauten:

Auf Verlangen eines Pflichtteilsberechtigten sind bei Berechnung des Nachlasses die Schenkungen in Anschlag zu bringen, die der Erblasser unter Lebenden gemacht hat. Der Gegenstand der Schenkung ist dem Nachlasse mit dem Wert hinzuzurechnen, der für die Anrechnung nach § 794 maßgebend ist.

Unberücksichtigt bleiben Schenkungen, die der Erblasser zu einer Zeit machte, da er keine Noterben hatte; ferner Schenkungen, die aus den Einkünften des Geschenkgebers ohne Schmälerung des Grundstockes seines Vermögens gemacht wurden, sowie Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht



im Abs. 1 der Bestimmung der Entwürfe I (RV.), § 101, II, § 134, III, § 148, folgende Änderung vor:

oder Rückfichten des Anstandes entprochen wurde, [endlich Schenkungen, die mehr als fünf Jahre vor dem Erbansfall gemacht wurden].

§ 135.

Dem § 787 a. b. G. B. ist als zweiter Absatz beizufügen:

Wenn bei Bestimmung des Pflichttheiles Schenkungen in Anschlag zu bringen sind, muß sich jeder Noterbe auf seinen Pflichtteil die nach § 785 zum Nachlasse hinzuzurechnenden Geschenke anrechnen lassen, die er vom Erblasser erhalten hat.

§ 136.

§ 789 a. b. G. B. hat zu lauten:

Bei dem Pflichtteil der Eltern findet die Anrechnung eines Vor-schusses insofern statt, als er nicht zur gesetzlichen Unterstützung (§ 154) geleistet worden ist.

§ 137.

§ 951 a. b. G. B. hat zu lauten:

Wenn bei Bestimmung des Pflichttheiles Schenkungen in Anschlag gebracht werden (§ 785), der Nachlaß aber zu dessen Deckung nicht ausreicht, kann der verkürzte Noterbe vom Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes zur Deckung des Fehlbetrages verlangen. Der Beschenkte kann die Herausgabe durch Zahlung des Fehlbetrages abwenden.

Ist der Beschenkte selbst pflichttheilsberechtigt, so haftet er dem andern nur so weit, als er in Folge der Schenkung mehr als den ihm bei Einrechnung der Schenkungen gebührenden Pflichtteil erhalten würde.

Unter mehreren Beschenkten haftet der früher Beschenkte nur in dem Maße, als der später Beschenkte zur Herausgabe nicht verpflichtet oder nicht im Stande ist. Gleichzeitig Beschenkte haften verhältnismäßig.

Im Entwurf III enthalten die §§ 147 bis 151 folgende Abweichungen von den oben zitierten Bestimmungen des Entwurfes II:

A. § 148, Abs. 2 schließt statt mit den oben eingeklammerten Worten des § 134 Entwurf II, mit folgenden Worten, „endlich Schenkungen an nicht pflichttheilsberechtigte Personen, die mehr als fünf Jahre vor dem Tode des Erblassers gemacht wurden. Bei Schenkungen an den Ehegatten beginnt die Frist nicht vor Auflösung oder Scheidung der Ehe.“

B. Ferner enthält § 149 Entwurf III folgende Änderung des § 135 Entwurf II, „Wenn bei Bestimmung des Pflichttheiles Schenkungen in Anschlag zu bringen sind, muß sich jeder Noterbe auf die dadurch bewirkte Erhöhung seines Pflichttheiles die nach § 785 zum Nachlaß hinzuzurechnenden Geschenke anrechnen lassen, die er selbst vom Erblasser erhalten hat.“

<sup>122)</sup> Vgl. oben § 6, S. 45 fg.

„§ 785 ABGB. hat zu lauten:

Jeder Pflichttheilsberechtigte darf behufs Bestimmung seines Pflichttheiles verlangen, daß dem Nachlaß die Schenkungen hinzugerechnet werden, welche der Erblasser unter Lebenden gemacht hat“ usw.

Im Abs. 2 desselben Paragraphen wäre am Schlusse die Textierung des Entwurfes II wieder herzustellen, welche lautet: „endlich Schenkungen die mehr als fünf Jahre vor dem Erbansfall gemacht wurden“. Insbesondere hätte auch der im Entwurf III, § 148 (vgl. auch Entwurf I, § 105) beantragte letzte Satz „Bei Schenkungen an dem Ehegatten beginnt die Frist nicht vor Auflösung oder Scheidung der Ehe“, wegzubleiben,

Ferner schlage ich eventuell (das heißt für den Fall, daß die Bestimmungen des 10. Titels des IV. Abschnittes der Entwürfe II und III überhaupt beibehalten werden) folgenden neuen Paragraphen vor:

„Nach § 785 ABGB. ist einzuschalten:

§ 785a. Für die durch Hinzurechnung von Schenkungen zum Nachlaß sich ergebende Pflichttheilserhöhung haftet auch der unbedingt erbserklärte Erbe nur mit dem Nachlasse.“<sup>123)</sup>

### Gesetzliches eheliches Güterrecht.

§ 1237 ABGB. hat zu lauten:

„Haben Eheleute über die Verwendung ihres Vermögens keine besondere Übereinkunft getroffen; so behält jeder Ehegatte 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. Im Zweifel wird vermutet, daß der Erwerb vom Manne herrührt. Erben des Mannes dürfen sich auf diese Vermutung nicht berufen.“<sup>124)</sup>

<sup>123)</sup> Vgl. oben S. 53 fg.

<sup>124)</sup> Vgl. oben § 9, S. 69 fg.



§ 1238 ABGB. hat zu lauten:

„Es steht der Ehegattin frei, dem Ehemanne als ihrem gesetzmäßigen Vertreter die Verwaltung ihres freien Vermögens anzuvertrauen.“

§ 1239 ABGB. hat zu lauten:

„Der Ehegatte wird in Rücksicht einer solchen Verwaltung wie ein anderer gesetzmäßiger bevollmächtigter Sachwalter angesehen. Der Ehegatte haftet stets für das Stammgut oder Kapital; die Ehegattin kann ihn der Verpflichtung entheben, über die während der Verwaltung gezogenen Nutzungen Rechnung zu legen.“

§ 1240 ABGB. hat zu lauten:

„Der Ehegatte kann die Ehegattin der Verpflichtung entheben, den Fruchtgenuß, den sie ihm abgetreten aber während der Ehe selbst bezogen hat, zu verrechnen.“

§ 1241 ABGB. hat zu lauten:

„Die Frau ist jederzeit in der Lage die dem Ehemanne anvertraute Verwaltung ihres Vermögens und insbesondere auch die zugestandene rechnungsfreie Verwendung der Nutzungen zu widerrufen. Eine entgegengesetzte Vereinbarung ist ungiltig.“<sup>125)</sup>

---

<sup>125)</sup> Vgl. zu der im Texte vorgeschlagenen Fassung der §§ 1238 bis 1241 oben S. 26 fg., insbesondere auch Anm. 31.



REV15

ÚK PrF MU



3129S10813